



UOHSX00FAL3J

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0264/2021/VZ

Brno 7. 10. 2021

Číslo jednací: ÚOHS-33784/2021/500/Alv

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 7. 7. 2021 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje, IČO 70932581, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 9. 7. 2021 společností LAWYA, advokátní kancelář s.r.o., IČO 07013531, se sídlem č. p. 240, 683 01 Tučapy,
- navrhovatel – EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 22. 9. 2021 Advokátní kanceláří Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Klimentská 1216/46, 110 00 Praha 1,
- vybraný dodavatel – Metrostav Infrastructure a.s., IČO 24204005, se sídlem Koželužská 2246/5, 180 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 19. 7. 2021 Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem, ev. č. ČAK 10739, Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., IČO 29415349, se sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „II/385 Čebín obchvat“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 10. 2. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15. 2. 2021 pod ev. č. Z2021-005710, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 3. 2021, 4. 3. 2021, 8. 3. 2021, 15. 3. 2021 a 29. 3. 2021 a v Úředním

věstníku Evropské unie uveřejněno dne 15. 2. 2021 pod ev. č. 2021/S 031-076215, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 1. 3. 2021, 5. 3. 2021, 9. 3. 2021, 17. 3. 2021 a 31. 3. 2021,

rozhodl takto:

I.

Správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele – EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4 – ze dne 7. 7. 2021 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje, IČO 70932581, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno – učiněných při zadávání veřejné zakázky „II/385 Čebín obchvat“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 10. 2. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15. 2. 2021 pod ev. č. Z2021-005710, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 3. 2021, 4. 3. 2021, 8. 3. 2021, 15. 3. 2021 a 29. 3. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 15. 2. 2021 pod ev. č. 2021/S 031-076215, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 1. 3. 2021, 5. 3. 2021, 9. 3. 2021, 17. 3. 2021 a 31. 3. 2021, **se:**

- **v části návrhu týkající se důvodu pro vyloučení vybraného dodavatele** – Metrostav Infrastructure a.s., IČO 24204005, se sídlem Koželužská 2246/5, 180 00 Praha 8 – z účasti v zadávacím řízení spočívajícího v nepravomocném odsouzení společnosti Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8, v trestních řízeních, **a**
- **v části návrhu týkající se účelovosti a neplatnosti převodu části Divize 4** na citovaného vybraného dodavatele

podle ustanovení § 257 písm. h) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů **zastavuje**, neboť předmětné části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.

II.

Návrh navrhovatele – EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4 – ze dne 7. 7. 2021 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje, IČO 70932581, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno – učiněných při zadávání veřejné zakázky „II/385 Čebín obchvat“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 10. 2. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15. 2. 2021 pod ev. č. Z2021-005710, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 3. 2021, 4. 3. 2021, 8. 3. 2021, 15. 3. 2021 a 29. 3. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 15. 2. 2021 pod ev. č. 2021/S 031-076215, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 1. 3. 2021, 5. 3. 2021, 9. 3. 2021, 17. 3. 2021 a 31. 3. 2021, **se v části týkající se posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny a způsobu vyřízení námitek** vybraného dodavatele – Metrostav Infrastructure a.s., IČO 24204005, se sídlem Koželužská 2246/5, 180 00 Praha 8 – **podle ustanovení § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje, IČO 70932581, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 9. 7. 2021 společností LAWYA, advokátní kancelář s.r.o., IČO 07013531, se sídlem č. p. 240, 683 01 Tučapy (dále jen „zadavatel“) – který je veřejným zadavatelem dle § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), odeslal dne 10. 2. 2021 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení zadávacího řízení, čímž bylo podle zákona zahájeno zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky „II/385 Čebín obchvat“ v otevřeném řízení, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15. 2. 2021 pod ev. č. Z2021-005710, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 3. 2021, 4. 3. 2021, 8. 3. 2021, 15. 3. 2021 a 29. 3. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 15. 2. 2021 pod ev. č. 2021/S 031-076215, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 1. 3. 2021, 5. 3. 2021, 9. 3. 2021, 17. 3. 2021 a 31. 3. 2021 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodě II.1.4) formuláře „Oznámení o zahájení zadávacího řízení“ zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky následovně: *„Předmětem veřejné zakázky je novostavba silnice II/385 jihozápadně od obce Čebín. Délka stavby je cca 3,9 km. (...) V rámci stavby dojde k realizaci přeložky silnice II/385, nové okružní křižovatky, 4 mostních objektů, 2 objektů protihlukových stěn a vyvolaných přeložek inženýrských sítí (vodovody, plyn, elektro a sdělovací kabely, kanalizace, meliorací) a vodotečí, dále dojde k demolici bažantnice, k úpravě a budování sjezdů, místních komunikací, polních cest, úpravě odvodnění, rekultivaci a vegetačním úpravám. Dále je součástí projektu úprava objízdných tras a osazení trvalého dopravního značení a DIO.“*
3. Dne 27. 5. 2021 zadavatel rozhodl o výběru dodavatele – Metrostav Infrastructure a.s., IČO 24204005, se sídlem Koželužská 2246/5, 180 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 19. 7. 2021 Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem, ev. č. ČAK 10739, Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., IČO 29415349, se sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1 (dále jen „vybraný dodavatel“). Oznámení o výběru dodavatele ze dne 30. 5. 2021 zaslal zadavatel účastníkům zadávacího řízení téhož dne.
4. Dne 14. 6. 2021 zadavatel obdržel námitky účastníka zadávacího řízení – EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 22. 9. 2021 Advokátní kanceláří Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Klimentská 1216/46, 110 00 Praha 1, (dále jen „navrhovatel“) z téhož dne, které směřují proti *„Oznámení o výběru dodavatele ze dne 30. 5. 2021, rozhodnutí o výběru dodavatele, posouzení splnění podmínek účasti Vybraného dodavatele v Zadávacím řízení, posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce Vybraného dodavatele, a všem souvisejícím a následným úkonům Zadavatele“*. Rozhodnutím o námitkách ze dne 24. 6. 2021, které bylo navrhovateli doručeno dne 25. 6. 2021 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“) zadavatel výše uvedené námitky navrhovatele odmítl.

5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 7.7.2021 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. OBSAH NÁVRHU

6. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel nevyřídil námitky v souladu s § 245 odst. 1 zákona, neboť součástí rozhodnutí o námitkách neučinil odůvodnění, ve kterém by se podrobně a srozumitelně vyjádřil ke každé jednotlivé skutečnosti uvedené v námitkách. Dle názoru navrhovatele zadavatele této povinnosti nezbavuje ani případná skutečnost, že by konkrétní námitka byla lichá či formulovaná méně srozumitelným či méně určitým způsobem. Zadavatel je i v tomto případě povinen uvést, jakými relevantními úvahami se při stanovení svého konkrétního postupu či požadavku řídil, resp. z jakých konkrétních důvodů se s argumentací navrhovatele neztotožňuje. Konkrétně navrhovatel považuje za nedostatečně vypořádanou argumentaci uvedenou v čl. II. bodech 19. až 21. a bodech 32. až 37. námitek.
7. Navrhovatel dále namítá vadné posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele v zadávacím řízení. Navrhovatel uvádí, že vybraný dodavatel přechod referencí od společnosti Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8 (dále jen „Metrostav a.s.“), v zadávacím řízení neprokázal a současně ani splnění technické kvalifikace vybraného dodavatele prostřednictvím jiné osoby – společnosti Metrostav a.s. – nelze mít za prokázané, a to právě s ohledem na tvrzený převod části obchodního závodu společnosti Metrostav a.s. na vybraného dodavatele. Navrhovatel na podporu své argumentace odkazuje na rozhodnutí Krajského soudu v Brně č.j. 30 Af 138/2012-96 ze dne 19. 2. 2015, rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č.j. 10 As 55/2015-46 ze dne 20. 8. 2015 a rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ, ze kterých vyplývá, že pro posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení v souvislosti s převodem části obchodního závodu je zásadní nejen prokázání samotného převodu, ale také skutečnosti, zda dodavatel disponuje s veškerými prostředky svého právního předchůdce, které tento právní předchůdce k plnění dotčené referenční zakázky využíval. Navrhovatel je přesvědčen, že doklady předložené vybraným dodavatelem k prokázání převodu části závodu nesplňují požadavky stanovené citovanou soudní judikaturou a rozhodnutím Úřadu.
8. Navrhovatel namítá, že kopie Smlouvy o prodeji části závodu ze dne 25. 8. 2020 (dále jen „smlouva o prodeji části závodu“) nebyla zadavateli předložena v úplném znění, přičemž obsah smlouvy byl doložen notářským zápisem č. NZ 252/2021 ze dne 7. 5. 2021, což vzbuzuje pochybnosti o skutečném obsahu a účincích této smlouvy. Podle navrhovatele totiž nelze vyloučit, že ty části smlouvy, které nebyly zpřístupněny, mění obsah a účinky smlouvy, a to například zavedením odkládacích či rozvazovacích podmínek. Podle navrhovatele je pro posouzení přechodu dotčených referencí na vybraného dodavatele rozhodující prokázání faktického předání a převzetí výrobních prostředků, které by mělo být doloženo předávacím protokolem, který však doložen nebyl. Navrhovatel zpochybňuje věrohodnost podkladů předložených vybraným dodavatelem k prokázání přechodu referenčních zakázek (výstupy z účetní evidence osvědčené notářskými zápisy, faktury, zprávy auditora, výstupy z interní evidence), neboť všechny doklady byly vyhotoveny vybraným dodavatelem a postrádají tak

prvek objektivitu. Navrhovatel podotýká, že skutečnost, která účetní jednotka společnosti Metrostav a.s. účetně či jinak evidovala realizaci příslušných referenčních zakázek, nevypovídá nic o tom, jaké výrobní prostředky byly ze strany společnosti Metrostav a.s. použity na jejich realizaci. Zprávy auditora tedy mohou osvědčovat způsob účetní evidence konkrétních stavebních prací, nikoli však konkrétní zapojení jednotlivých divizí společnosti Metrostav a.s. Navrhovatel dále poukazuje na § 39 odst. 5 zákona, který svěřuje posouzení splnění podmínek účasti dodavatele v zadávacím řízení výhradně zadavateli, a nikoli notáři, proto považuje notářský zápis osvědčující obsah smlouvy o prodeji části závodu za irelevantní.

9. Navrhovatel uvádí, že je běžnou praxí velkých stavebních společností vytvářet tzv. specializovaná účetní střediska, ve kterých se koncentrují specializované výrobní prostředky, pracovníci, stroje, know-how apod. Společnost Metrostav a.s. disponuje např. Divizí 11 (středisko staveništních kontejnerů, střední a drobné mechanizace, zdvihací techniky), Divizí 6 (tesařské výrobky, bednění a železobetonové konstrukce), Divizí 1 (zámečnické práce a elektroservis, inženýrské, podzemní sítě a plynovody) a tato střediska se podílí na realizaci zakázek prováděných společnostmi Metrostav a.s. v rozsahu, v jakém příslušná zakázka zahrnuje jimi prováděné specializované činnosti, jak mj. vyplývá ze znaleckého posudku ve věci stanovení hodnoty střediska „S04“ tvořícího část organizační složky „Metrostav a.s. – organizační složka Bratislava“ a z aktuální zprávy o vztazích vybraného dodavatele za rok 2020. Podle navrhovatele je vyloučené, aby společnost Metrostav a.s. realizovala referenční zakázky pouze prostřednictvím Divize 4 bez zapojení uvedených specializovaných středisek, proto na vybraného dodavatele nemohly přejít všechny výrobní prostředky, které společnost Metrostav a.s. k realizaci daných referenčních zakázek použila a tím je také vyloučen přechod daných referencí na vybraného dodavatele.
10. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel nemohl mít za prokázané splnění technické kvalifikace ani výhradně referencemi jiné osoby – společnosti Metrostav a.s., neboť v důsledku tvrzeného převodu části obchodního závodu společnosti došlo ke zpochybnění rozsahu výrobních prostředků použitých k realizaci příslušných referenčních zakázek, s nimiž společnost Metrostav a.s. v současné době může disponovat. Nadto navrhovatel zpochybňuje také to, v jakém rozsahu skutečně přešly výrobní prostředky společnosti Metrostav a.s. na vybraného dodavatele, mj. s ohledem na tvrzený převod tolika části Divize 4, a není tak možné ztotožnit výrobní prostředky použité na realizaci dotčených referenčních zakázek s těmi, které přešly na vybraného dodavatele. Navrhovatel rovněž poukazuje na skutečnost, že převodem Divize 4 na vybraného dodavatele neměla být dotčena kromě 2 zahraničních referenčních zakázek také referenční zakázka „D8 – 0805 Lovosice – Řehlovice“, ačkoli vybraný dodavatel tvrdí, že silniční a dálniční stavby realizované společnostmi Metrostav a.s. na území České republiky realizovala část Divize 4 dotčená převodem. Skutečný rozsah výrobních prostředků a referencí, které měly přejít na vybraného dodavatele, je podle navrhovatele pochybný také z toho důvodu, že vybraný dodavatel v současné době aktivně působí na polském trhu silničních a dálničních staveb, přičemž podle tvrzení vybraného dodavatele měla být z převodu části Divize 4 vyčleněna účetní střediska, pod která spadaly zakázky realizované Divizí 4 v zahraničí. Podle navrhovatele je znemožněno rovněž prokázání splnění technické kvalifikace jinou osobou – společnostmi Metrostav a.s. – z důvodu, že vybraný dodavatel předložil závazek jiné osoby podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona po uplynutí lhůty pro podání nabídek, což ovšem rozsudek sp. zn. C-387/14 ve věci Esaprojekt

Sp. z o.o. proti Województwo Łódzkie ze dne 4. 5. 2017 výslovně zapovídá. Dále navrhovatel připomíná znění § 83 odst. 1 zákona, který připouští prokázat prostřednictvím jiných osob pouze určitou část technické kvalifikace, a nikoli celou technickou kvalifikaci, a v této souvislosti odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 3 As 204/2014-46 ze dne 14. 5. 2015.

11. S ohledem na výše uvedené skutečnosti navrhovatel uzavírá, že zadavatel nemohl mít za prokázané, že vybraný dodavatel splnil podmínky účasti v zadávacím řízení.
12. Navrhovatel dále namítá, že zadavatel neposoudil mimořádně nízkou nabídkovou cenu (dále též jen „MNNC“) v nabídce vybraného dodavatele v souladu s § 113 zákona, neboť při posouzení nabídkové ceny vybraného dodavatele měl povinnost vzít v úvahu indicie jako např. podstatný rozdíl nabídkové ceny vybraného dodavatele oproti nabídkovým cenám ostatních účastníků, výrazný rozdíl nabídkové ceny vybraného dodavatele oproti předpokládané hodnotě veřejné zakázky či „predátorské“ jednání vybraného dodavatele, který v rámci zadávacích řízení napříč Českou republikou nabízí výrazně dumpingové ceny. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel nesplnil povinnost uvést odůvodnění jím provedeného posouzení vybraným dodavatelem poskytnutého písemného zdůvodnění MNNC, a to transparentním a přezkoumatelným způsobem ve zprávě o hodnocení nabídek vyhotovené podle § 119 odst. 2 zákona či v jiném dokumentu tvořícím součást oznámení o výběru dodavatele, přičemž tato povinnost vyplývá rovněž z rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č.j. 3 As 332/2019-41 ze dne 26. 5. 2021.
13. Navrhovatel dále namítá, že vybraný dodavatel měl být vyloučen z účasti v zadávacím řízení z důvodu nepravomocného odsouzení společnosti Metrostav a.s. a uložení trestu zákazu plnění veřejných zakázek, neboť v rámci některých trestních řízení stanul před soudem i vybraný dodavatel jakožto osoba, na kterou trestní odpovědnost společnosti Metrostav a.s. přechází. Navrhovatel poukazuje na rozsudek Soudního dvora Evropské unie sp. zn. C-178/16 ze dne 21. 7. 2017, podle kterého směrnice 2004/18/ES umožňuje zadavateli zohlednit odsouzení člena správní rady podniku ucházejícího se o zakázku pro trestný čin zpochybňující profesní etiku tohoto podniku, i když toto odsouzení ještě nenabýlo právní moci, a vyloučit uvedený podnik z účasti na předmětném zadávacím řízení.
14. Navrhovatel vyjadřuje přesvědčení, že převod části Divize 4 nebyl ze strany společnosti Metrostav a.s. a vybraného dodavatele veden právem aprobovaným účelem, nýbrž snahou vyhnout se negativním dopadům v budoucnu pravomocně uložených trestů zákazu plnění veřejných zakázek. Navrhovatel uvádí, že tento záměr společnost Metrostav a.s. sledovala již dne 12. 12. 2019, kdy uzavřela „Zmluvu o predaji časti podniku“, na základě které prodala část organizační složky Bratislava označované jako „Divízia S04 – Dopravné stavby Slovensko“ společnosti Metrostav DS a.s., IČO 4612 602, se sídlem Košická 17180/49, 821 08 Bratislava – městská část Ružinov (dále jen „Metrostav DS a.s.“). Divízia 04 přitom byla součástí Divize 4 společnosti Metrostav a.s., jejíž část měla být převedena na vybraného dodavatele, a tedy již touto první transakcí na Slovensku došlo podle názoru navrhovatele k jejímu dílčímu vyprázdnění. Navrhovatel poukazuje na sporné skutečnosti, které mohou svědčit o účelovosti transakce na Slovensku a mohly být obdobně uplatněny i pro převod části Divize 4 na vybraného dodavatele. První pochybnost spočívá ve velmi nízké pořizovací ceně 100 EUR a zároveň v existenci vnitroskupinového závazku (dluhu) na straně převáděné Divízie S04 v hodnotě 10 089 600 EUR, u něž nelze vyloučit, že byl zahrnut do závazků

(dluhů) převáděné Divízie S04 z toho důvodu, aby pro účely převodu snížil hodnotu této Divízie S04. Navrhovatel má dále pochybnosti o rozsahu výrobních kapacit, které měly být převodem dotčeny a vyvozuje, že předmětem převodu byla v zásadě jen manažerská složka Divízie S04 mající do budoucna řídit a účetně evidovat realizaci jednotlivých stavebních zakázek, které společnost Metrostav a.s. samotná sice nebude moci realizovat, ovšem bude k tomu využívat nadále výrobní prostředky společnosti Metrostav a.s. S ohledem na výše uvedené tedy dle navrhovatele přetrvávají pochybnosti stran účelovosti a tedy možné neplatnosti převodu části Divízie 4 na vybraného dodavatele.

15. Dále navrhovatel navrhuje, aby Úřad podle § 56 správního řádu ustanovil znalce za účelem posouzení, zda zadavatel skutečně identifikoval všechny části nabídkové ceny vybraného dodavatele, které jsou mimořádně nízkými nabídkovými cenami ve smyslu § 28 odst. 1 písm. o) zákona, resp. k posouzení nabídkové ceny vybraného dodavatele z hlediska její přiměřenosti ve smyslu § 11 odst. 1 písm. e) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů.
16. Jako opatření k nápravě navrhovatel navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí o námitkách, oznámení o výběru dodavatele, rozhodnutí o výběru dodavatele, posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele v zadávacím řízení, posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele a všechny související a následné úkony zadavatele v zadávacím řízení.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

17. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dne 7. 7. 2021, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne.
18. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný dodavatel.
19. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-22995/2021/512/SWa ze dne 9. 7. 2021.
20. Usnesením č. j. ÚOHS-25422/2021/512/SWa ze dne 28. 7. 2021 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení provede a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
21. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-27792/2021/500/Alv ze dne 16. 8. 2021 Úřad zadavateli nařídil z moci úřední podle § 61 odst. 1 správního řádu předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na šetřenou veřejnou zakázku.
22. Usnesením č. j. ÚOHS-27832/2021/512/MHo ze dne 16. 8. 2021 určil Úřad vybranému dodavateli lhůtu k provedení úkonů – předložení úplného neredigovaného znění smlouvy

o prodeji části závodu a označení skutečností obsažených v předmětné smlouvě, které vybraný dodavatel považuje za obchodní tajemství.

23. Usnesením č. j. ÚOHS-30480/2021/512/SWa ze dne 7. 9. 2021 stanovil Úřad vybranému dodavateli lhůtu ke sdělení, jaké konkrétní informace obsažené v textu smlouvy o prodeji části závodu a jejích přílohách č. 15 a č. 16 vybraný dodavatel považuje podle § 504 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“) za předmět svého obchodního tajemství, a to včetně zdůvodnění náležitostí vyžadovaných citovaným ustanovením občanského zákoníku (tj. konkurenční významnost, určitelnost, ocenitelnost, běžná nedostupnost v příslušných obchodních kruzích, souvislost s obchodním závodem a zajišťování utajení).
24. Usnesením č. j. ÚOHS-31557/2021/512/SWa ze dne 15. 9. 2021 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
25. Usnesením č. j. ÚOHS-32537/2021/512/SWa ze dne 23. 9. 2021 Úřad na základě žádosti navrhovatele prodloužil navrhovateli a vybranému dodavateli lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí. Citovaným usnesením Úřad dále stanovil zadavateli novou lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 19. 7. 2021

26. K argumentaci navrhovatele týkající se navrhovatelem tvrzeného nedostatečného odůvodnění rozhodnutí o námitkách zadavatel odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu, dle které není podstatný rozsah odůvodnění, popř. to, zda se zadavatel výslovně vyjádřil ke každé dílčí námitce, ale skutečnost, že zadavatel v odůvodnění svého rozhodnutí o námitkách postihl podstatu vznesených námitek. Zadavatel se domnívá, že povinnost vypořádat všechny námitky nelze chápat tak, že se zadavatel vyjádří ke každé větě, která je součástí námitek, či ke každé dílčí námitce, pokud se obsahově týká téhož principu. Zadavatel je přesvědčen, že se s argumentací navrhovatele se v rozhodnutí o námitkách řádně vypořádal a rozhodnutí o námitkách je zcela v souladu s rozhodovací praxí Úřadu.
27. Zadavatel ve svém vyjádření akcentuje účelovost a vnitřní rozpornost navrhovatelovy argumentace, neboť na jednu stranu navrhovatel tvrdí, že referenční zakázky nadále náleží Metrostavu a.s. a tudíž sám vybraný dodavatel nemůže prokázat splnění technické kvalifikace předložením těchto referenčních zakázek, a zároveň vyjadřuje přesvědčení, že vybraný dodavatel nemohl prokázat splnění technické kvalifikace prostřednictvím společnosti Metrostav a.s. jakožto jiné osoby podle § 83 zákona, a to právě z důvodu, že část referenčních zakázek měla přejít na vybraného dodavatele. S ohledem na rozsah plnění společnosti Metrostav a.s. coby jiné osoby ve smyslu § 83 zákona (uvedený v předloženém písemném závazku společnosti Metrostav a.s.) a s ohledem na strukturu a vazby mezi vybraným dodavatelem a společností Metrostav a.s. (tj. jediný akcionář vybraného dodavatele) je podle zadavatele irelevantní, zda dotčené referenční zakázky skutečně přešly na vybraného dodavatele. Vybraný dodavatel a společnost Metrostav a.s. totiž podle zadavatele kumulativně splňují požadavky na technickou kvalifikaci a společně disponují veškerými kapacitami potřebnými pro realizaci veřejné zakázky.
28. K námitce týkající se referenční zakázky „D8 – 0805 Lovosice – Řehlovice“ zadavatel uvádí, že na základě předložených dokladů konstatoval splnění podmínek účasti v zadávacím řízení

vybraným dodavatelem, který předložil předmětnou referenci prokazující splnění technické kvalifikace, aniž by z předložených dokladů vyplývala pochybnost o tom, že uvedená reference nadále nenáleží společnosti Metrostav a.s. Zadavatel poukazuje na to, že z jiných již realizovaných zadávacích řízení mu je známo, že společnost Metrostav a.s. disponuje i dalšími referencemi nedotčenými převodem části obchodního závodu společnosti Metrostav a.s. na vybraného dodavatele, které splňují jím stanovené požadavky v rámci dané veřejné zakázky. Ve vztahu k tvrzení navrhovatele poukazujícím na nedostatečné kapacity vybraného dodavatele s ohledem na jeho působení na zahraničních trzích inženýrských staveb zadavatel namítá, že jde o tvrzení spekulativní. Stejnou „logikou“ lze dle zadavatele zpochybnit i schopnost splnit veřejnou zakázku navrhovatelem, neboť i navrhovatel realizuje jiné zakázky, a tudíž ani on nemusí v danou chvíli disponovat všemi potřebnými kapacitami.

29. Ve vztahu k argumentaci navrhovatele odkazující na závěry obsažené v rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ zadavatel uvádí, že tyto závěry nejsou pro daný případ relevantní, jelikož převod části závodu společnosti Metrostav a.s. na vybraného dodavatele nastal ještě před učiněním poddodavatelského závazku společností Metrostav a.s., přičemž tato společnost jakožto jiná osoba dle § 83 zákona splnění technické kvalifikace v daném případě neprokazuje prostřednictvím Divize 4, ani jejími referencemi, jež byly předmětem převodu části závodu, jako tomu bylo ve veřejné zakázce „Jihlava – JV obchvat“. V šetřeném případě šlo naopak o reference výslovně označené za reference, které nebyly převodem části závodu (Divize 4) dotčeny, a které nadále náleží společnosti Metrostav a.s.
30. K otázce doplňování dokladů prokazujících splnění podmínek účasti po skončení lhůty pro podání námitek zadavatel poukazuje na nedůvodnost předmětné argumentace, která je dle něj v rozporu s rozhodovací praxí Úřadu. Zadavatel dále podotýká, že na šetřený případ se neuplatní závěry obsažené v navrhovatelem citovaném rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie, ani závěry obsažené v citovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu, jelikož se vztahují k neaktuální směrnici, resp. k již neúčinnému znění zákona.
31. Zadavatel dále uvádí, že se problematikou mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele řádně zabýval, přičemž odkazuje na protokol o jednání hodnotící komise, v němž je konstatována přítomnost MNNC v nabídce vybraného dodavatele, a dále na žádost zadavatele o zdůvodnění způsobu stanovení MNNC, zdůvodnění způsobu stanovení MNNC vybraného dodavatele a protokol o jednání hodnotící komise, ve kterém je konstatováno, že vybraný dodavatel stanovení způsobu MNNC v nabídce na žádost zadavatele zdůvodnil, a to včetně všech zákonných náležitostí.
32. K navrhovatelem předeštěné otázce nepravomocného odsouzení společnosti Metrostav a.s. a nepravomocného uložení trestu zákazu plnění veřejných zakázek společnosti Metrostav a.s. zadavatel uvádí, že odsouzení jiné společnosti ze stejné holdingové struktury zadavatele k vyloučení vybraného dodavatele neopravňuje, na rozdíl od případného nepravomocného odsouzení přímo vybraného dodavatele, které je však i podle citované rozhodovací praxe Soudního dvora Evropské unie toliko oprávněním zadavatele, nikoli jeho povinností. Zadavatel preferoval zásadu hospodárnosti a rozhodl se vybraného dodavatele, který nabídl výrazně výhodnější nabídku než navrhovatel, z účasti v zadávacím řízení nevylučovat. Zadavatel tak akcentuje, že nebyly dány zákonné důvody pro „povinné“ vyloučení vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení. Ve vztahu k údajnému ztížení dokončení již realizovaných veřejných zakázek zadavatel poukazuje na předčasnost této argumentace

(společnost Metrostav a.s. dosud nebyla pravomocně potrestána) a na její nepodloženost. Zadavateli není zřejmé, jak by měl případný zákaz plnění veřejných zakázek nebo účasti ve veřejné soutěži a zákaz přijímání dotací a subvencí ztěžovat společnosti Metrostav a.s. dokončení již realizovaných veřejných zakázek, jelikož takový zákaz může platit jen pro futuro.

33. Vzhledem k výše uvedenému zadavatel navrhuje, aby Úřad rozhodl o zamítnutí návrhu podle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Vyjádření vybraného dodavatele k návrhu ze dne 27. 7. 2021

34. Vybraný dodavatel připouští, že k přechodu referencí může dojít pouze na základě faktického stavu ve spojení s realizačním zázemím a know-how, o které se daná reference opírá. Vybraný dodavatel nerozporuje, že nabyvatel referencí musí prokázat faktický přechod „výrobní základny“, bez níž by se jednalo o „prodej“ referencí oddělený od hmotné podstaty závodu. Z rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ není zřejmé, zda a do jaké míry Úřad zohlednil právní úpravu prodeje závodu obsaženou v občanském zákoníku, ze které je třeba primárně vycházet (závod je věcí hromadnou), přičemž součástí závodu jsou nepochybně i reference jako jedna z nehmotných složek podnikání. Vybraný dodavatel v tomto kontextu akcentuje, že závěr, podle něž reference plynoucí ze zakázek realizovaných převáděnou částí závodu nepřejdou, pokud v rámci závodu nebudou zdokladovatelné všechny jednotlivosti použité při jejich plnění v minulosti, odporuje zákonné úpravě obsažené v občanském zákoníku (pojetím závodu jako věci hromadné). Vybraný dodavatel má za to, že jediným možným východiskem je ověření, zda dotčené referenční zakázky skutečně plnila převáděná část závodu, což vybraný dodavatel bezesbýtku prokázal. Vybraný dodavatel je tedy přesvědčen, že k prokázání přechodu referencí je třeba doložit, že došlo k převodu určité části závodu, jak byla tato část organizačně vymezena a že referenční zakázky byly realizovány prostřednictvím takto vymezeného organizačního celku. Vybraný dodavatel připomíná, že samotný Úřad v rámci své rozhodovací praxe „pracuje“ se skutečností, že know-how náleží dodavateli a není tak spjato s konkrétním zaměstnancem nebo technickým vybavením.
35. Vybraný dodavatel dále vyjadřuje přesvědčení, že prostřednictvím smlouvy o prodeji části závodu prokázal, že byly převedeny organizační útvary, skrze které byly realizovány příslušné referenční zakázky, a že tak na vybraného dodavatele logicky přešly i závazky z příslušných smluv na referenční zakázky. Zadavatel měl na základě objasnění, které mu vybraný dodavatel poskytl v reakci na zadatelovu výzvu k doplnění a objasnění nabídky ze dne 26. 4. 2021, k dispozici informace a doklady tvořící logický celek svědčící o tom, že na vybraného dodavatele přešla část závodu, která realizovala příslušné referenční zakázky a závazky s těmito zakázkami spojené. Vybraný dodavatel navíc doložil, že osoby, které se podílely ve vedoucích pozicích na realizaci daných referenčních zakázek, přešly jako zaměstnanci na vybraného dodavatele spolu s částí převáděného závodu a vybraný dodavatel tak prokázal jasnou kontinuitu v personální rovině.
36. K tvrzení navrhovatele, že v daném případě nedošlo k faktickému předání a převzetí výrobních prostředků, vybraný dodavatel namítá, že nabytí vlastnictví části závodu kogentně upravuje ustanovení § 2180 občanského zákoníku, podle kterého k nabytí vlastnictví k závodu jako celku (tedy i všech výrobních prostředků) dochází zveřejněním údaje o tom, že

uložil doklad o koupi závodu do sbírky listin, k čemuž prokazatelně došlo. Vybraný dodavatel uvádí, že je po stránce faktické i právní nabyvatelem části závodu, která realizovala předmětné referenční zakázky a má za to, že tuto skutečnost zadavateli jasně prokázal. Za situace, kdy na vybraného dodavatele evidentně přešly závazky odpovídající předmětným referenčním zakázkám, je zcela nepochybné, že přešel ucelený soubor jmění, nikoli účelově selektované položky. Podle vybraného dodavatele bylo v šetřeném případě jednoznačně prokázáno, že se nejednalo o účelový prodej referencí, ale o jejich přechod, který je zcela souladný s ustanovením § 2175 občanského zákoníku.

37. K otázce splnění kvalifikace jinou osobou (společností Metrostav a.s.) vybraný dodavatel akcentuje, že v případě prokazování kvalifikace prostřednictvím subjektů v rámci holdingu je třeba na subjekt poskytující předmětné zkušenosti nahlížet jako na jinou osobu ve smyslu § 83 zákona, nikoli tedy jako na poddodavatele v užším smyslu. Podle vybraného dodavatele tuzemská i evropská rozhodovací praxe využití know-how na základě holdingových vazeb uznává a považuje je za specifický způsob využití kvalifikace jiných osob. Třebaže na základě současného znění zákona musí i propojená osoba prokazující kvalifikaci dokládat formálně stejný okruh dokladů jako „vnější“ poddodavatel, pohled na tento způsob prokazování kvalifikace je dle vybraného dodavatele specifický. Minimálně zde nepřichází v úvahu tzv. „kupování“ referencí, o kterých hovoří citované rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (tyto reference jsou v rámci holdingu k dispozici, a tudíž je není třeba „kupovat“).
38. K tvrzení navrhovatele, že převodem části závodu na vybraného dodavatele může být sledován nepoctivý záměr vyhnout se trestu hrozícímu společnosti Metrostav a.s., vybraný dodavatel uvádí, že převod části závodu není v průběhu probíhajícího trestního řízení zakázán s tím, že cílem úpravy trestní odpovědnosti právnických osob nemůže být znemožnění výkonu běžné podnikatelské činnosti.
39. K argumentu navrhovatele, že vybraný dodavatel měl být vyloučen ze zadávacího řízení z důvodu závažného profesního pochybení v souvislosti s probíhajícími trestními řízeními se společností Metrostav a.s. vybraný dodavatel uvádí, že podle zákona zadavatel musí prokázat, že se účastník dopustil profesního pochybení, které zpochybňuje jeho důvěryhodnost, přičemž nezpůsobilost podle § 74 odst. 1 písm. a) zákona zakládá až pravomocné odsouzení, a do té doby by měla platit presumpce nevinny. I pokud by bylo možné průlom do tohoto principu dovozovat z navrhovatelem citované evropské rozhodovací praxe, s ohledem na neukončená trestní řízení nelze mít podle vybraného dodavatele takové pochybení za prokázané.
40. Vzhledem k výše uvedenému vybraný dodavatel navrhuje, aby Úřad návrh zamítl.

Vyjádření navrhovatele ze dne 27. 8. 2021

41. Navrhovatel uvádí, že se teprve po podání návrhu dozvěděl nové skutečnosti, které nemohl tvrdit dříve, a proto předkládá následující vyjádření a návrh na provedení důkazů. Navrhovatel uvádí další skutečnosti, jež mají dle jeho názoru prokazovat, že k přechodu referencí společnosti Metrostav a.s. na vybraného dodavatele dojít nemohlo, resp. že zadavatel tento přechod referencí řádně neposoudil.
42. Navrhovatel poukazuje na usnesení Vrchního soudu v Praze č. j. 5 To 7/2020-24134 ze dne 3. 2. 2021, které bylo vydáno v trestním řízení – tzv. korupční kauze společnosti Metrostav

a.s. související s opravou hřebčína v Kladrubech, a především na body 64. až 95. citovaného usnesení, jež zachycují skutečnosti rozhodné pro posouzení přechodu referencí společnosti Metrostav a.s. na vybraného dodavatele. Navrhovatel dále zmiňuje stanovisko státního zástupce Vrchního státního zastupitelství v Praze, podle něhož na vybraného dodavatele přešla trestní odpovědnost obžalované společnosti Metrostav a.s. a dále uvádí, že z podkladů, které jsou aktuálně k dispozici, nelze bez dalšího dovodit, v jakém rozsahu převod činnosti proběhl. Ve svém stanovisku pak společnost Metrostav a.s. odmítá, že by v daném případě mělo dojít k přechodu trestní odpovědnosti na vybraného dodavatele, neboť předmětem převodu měla být pouze část Divize 4, jejíž průměrné tržby v letech 2017-2019 činily pouze 9,2 % celkových tržeb společnosti Metrostav a.s. Navrhovatel podotýká, že tvrzený podíl 9,2 % celkových tržeb společnosti Metrostav a.s. odpovídá přibližně jedné třetině tržeb Divize 4, a pokud přešla jen takto malá část společnosti Metrostav a.s., je nanejvýš nepravděpodobné, aby současně přešly veškeré výrobní prostředky použité společností Metrostav a.s. pro realizaci jednotlivých dotčených referenčních zakázek. Navrhovatel se navíc domnívá, že převod části Divize 4 fakticky tříští tento funkčně a organizačně vymezený celek a znemožňuje tak uplatňování referencí Divize 4 jak společnosti Metrostav a.s., tak vybranému dodavateli. Podle navrhovatele zájmem společnosti Metrostav a.s. je zajistit efektivní obcházení trestu zákazu plnění veřejných zakázek, který by jí v budoucnu mohl být uložen, a to skrze realizaci těchto veřejných zakázek vybraným dodavatelem, když předmětem převodu měla být pouze část jinak kompaktní a jednotně řízené Divize 4 realizující veřejné zakázky v České republice, tedy v místě teritoriální působnosti případně uloženého trestu zákazu plnění veřejných zakázek.

43. Navrhovatel dále předkládá fotodokumentaci z aktuálně realizovaných staveb, u nichž mělo dojít k právnímu nástupnictví vybraného dodavatele v souvislosti s tvrzeným převodem části Divize 4, dle které veškerá na fotografiích zdokumentovaná stavební technika na vybraného dodavatele zjevně nepřešla, když je tato nadále opatřena polepy společnosti Metrostav a.s.
44. Ze všech výše uvedených skutečností podle navrhovatele vyplývá, že zadavatel neprovedl řádné posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele v zadávacím řízení a nemohl tak mít postaveno najisto, že vybraný dodavatel podmínky účasti v zadávacím řízení splňuje.
45. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad ve správním řízení provedl tyto listinné důkazy: usnesení Vrchního soudu v Praze č.j. 5 To 7/2020-24134 ze dne 3. 2. 2021, navrhovatelem pořízená fotodokumentace ze staveb vybraného dodavatele, souhrnné výroční zprávy společnosti Metrostav a.s. za roky 2017, 2018 a 2019, článek „Jsem pracovní sportovec“¹, z něhož je podle navrhovatele patrné, že Divize 4 byla budována a řízena jako jeden funkčně a organizačně vymezený útvar a nezahrnovala žádné samostatné pobočky, ve smyslu hospodářský a funkčně samostatných celků, které by splňovaly podmínky samostatné převoditelnosti dle § 2183 občanského zákoníku.

Vyjádření zadavatele ze dne 22. 9. 2021 k podkladům rozhodnutí

46. Zadavatel se ztotožňuje se závěry vybraného dodavatele uvedenými ve vyjádření vybraného dodavatele ze dne 27. 7. 2021, neboť jsou formulovány převážně na základě stejných

¹ dostupný na: <https://www.metrostav.cz/cs/pro-media/995-jsem-pracovni-sportovec> [cit. 23. 8. 2021]

východisek a právních závěrů, které při posouzení splnění podmínek účasti vybraným dodavatelem v zadávacím řízení učinil zadavatel.

47. Zadavatel podle svého přesvědčení dostal všem racionálním požadavkům Úřadu formulovaným v rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ na způsob a rozsah ověření přechodu významných stavebních prací v rámci převodu části závodu, když požadoval doložit, jak převod příslušné části závodu z převodce na nabyvatele, tak příslušnost předložených referencí k této převedené části závodu. Zadavatel zdůrazňuje, stejně jako to činí ve svém vyjádření k návrhu vybraný dodavatel nebo autoři Mgr. Jiří Harnach a Mgr. et. Ing. Kristýna Trávníčková ve svém článku „Přechod referencí při přechodu části závodu“, publikovaném v odborném časopise Veřejné zakázky, že závěry Úřadu učiněné v citovaném rozhodnutí je nutné vykládat racionálně, v souladu s právní úpravou převodu závodu či jeho části, smyslem a účelem technické kvalifikace a v neposlední řadě v souladu s realitou.
48. K vyjádření navrhovatele ze dne 27. 8. 2021 zadavatel předně uvádí, že se jedná o tvrzení nad rámec argumentace uvedené v námitkách a v návrhu, přičemž z tohoto důvodu nemohou být Úřadem jakkoli brána v potaz a navrhovatelem navržené důkazy neměly být Úřadem provedeny. Tvrzení navrhovatele, že se o skutečnostech uvedených v tomto vyjádření měl navrhovatel dozvědět až po podání návrhu, zadavatel považuje za nedůvěryhodné. K argumentaci trestním řízením zadavatel uvádí, že z hlediska jeho postupu v zadávacím řízení či postupu Úřadu v tomto správním řízení, je zcela irelevantní průběh a důkazní stav navrhovatelem zmíněného trestního řízení. Účel a průběh trestního řízení totiž směřuje k prokazování zcela jiných okolností a skutečností, a to jak z hlediska jejich fakticity, tak z hlediska jejich povahy a charakteru či dopadů a důsledků, než jaké se prokazují a jsou relevantní v rámci posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení. K tvrzením ohledně výše údajných tržeb Divize 4 zadavatel podotýká, že navrhovatel tato svá tvrzení nijak blíže nedokládá, a proto je nelze v rámci podkladů pro rozhodnutí jakkoli zohlednit. Za zcela absurdní pak považuje zadavatel argumentaci navrhovatele fotodokumentací stavební techniky, k čemuž uvádí, že na předmětné stavební technice je vylepeno logo používané celou skupinou Metrostav, resp. řadou obchodních společností tvořících skupinu Metrostav, tedy nikoli pouze a výlučně obchodní společností Metrostav a.s.
49. Zadavatel neshledává důvody pro uložení nápravného opatření a navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zamítl.

Vyjádření navrhovatele ze dne 30. 9. 2021 k podkladům rozhodnutí

50. Navrhovatel předně podotýká, že vzhledem k okolnostem případu považuje prodloužení lhůty pro vyjádření k podkladům rozhodnutí na základě žádosti navrhovatele za nepřiměřeně krátké. Navrhovatel se domnívá, že podklady pro rozhodnutí jednoznačně potvrzují důvodnost jím podaného návrhu a všech námitek v něm uvedených.
51. K namítané nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách navrhovatel připouští, že by se zadavatel nemusel vypořádávat s každým dílčím tvrzením stěžovatele, to však pouze v případě, že by proti tvrzení stěžovatele postavil takový právní názor, v jehož konkurenci by argumenty stěžovatele jako celek nemohly (bez dalšího) obstát, což se dle názoru navrhovatele v daném případě nestalo a jím uvedené dílčí argumenty zůstaly v odůvodnění rozhodnutí zadavatele o námitkách nedotčeny, tj. zcela nevypořádány.

52. Navrhovatel trvá na tom, že zadavatel neposoudil prokázání technické kvalifikace vybraného dodavatele v souladu s podmínkami vymezenými relevantní soudní judikaturou a rozhodovací praxí Úřadu (zejména rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ), neboť měl k dispozici jen redigované znění smlouvy o prodeji části závodu s podstatně redigovanými přílohami. Ze skutečnosti, že Úřad tuto smlouvu neučinil součástí podkladů rozhodnutí, pak navrhovatel dovozuje, že nemohla představovat dostatečný důkaz o rozsahu prostředků, které v rámci prodeje části závodu přešly na vybraného dodavatele. Navrhovatel uvádí, že ani notářský zápis č. NZ 252/2021 ze dne 7. 5. 2021 neosvědčuje konkrétní rozsah části obchodního závodu (Divize 4), která byla převedena na vybraného dodavatele.
53. K závěrům zadavatele dovozovaným na základě dokladů vybraného dodavatele účetní a evidenční povahy (výpisy z účetní evidence, faktury, zprávy auditora) navrhovatel namítá, že organizační „prvky“ vymezené v rámci společnosti Metrostav a.s. nejsou organizačními „útvary“ společnosti Metrostav (resp. hospodářsky a funkčně vymezenými samostatnými organizačními složkami společnosti Metrostav a.s.) a závěr o realizaci jakýchkoli referenčních zakázek těmito organizačními prvky je proto podle navrhovatele nesprávný. Navrhovatel uvádí, že organizační prvky jsou pouze účetní jednotkou, nikoli věcným (faktickým) nositelem výrobních kapacit pro realizaci určité zakázky, a tedy nositelem technické kvalifikace, která se v zadávacích řízeních osvědčuje prostřednictvím referenčních zakázek. Navrhovatel dále uvádí, že pokud by hypoteticky měla reference přináležet ke konkrétnímu obchodnímu závodu nebo jeho části bez ohledu na jeho faktické výrobní prostředky použité pro realizaci dané referenční zakázky, jak dovozuje ve svých vyjádřeních vybraný dodavatel, pak ani v takovém případě by nebylo možné učinit závěr o tom, že dotčené reference přináleží právě k převáděné části Divize 4, neboť rozsah (tj. hmotný/věcný substrát představující skutečné výrobní kapacity) takto převáděné části Divize 4 nebyl ze strany vybraného dodavatele jakkoli prokázán. Pokud tedy není zřejmé, jaká materiálně-technická a personální část Divize 4 (ve smyslu skutečných výrobních kapacit) měla být převedena na vybraného dodavatele, nelze dle názoru navrhovatele logicky dovozovat, že by k této části měly přináležet jakékoli reference.
54. Vybraný dodavatel podle navrhovatele neprokázal převod žádných technických kapacit, když pouze doložil, že na základě finančního leasingu disponuje 2 finišery a 1 frézou, což dle navrhovatele nasvědčuje tomu, že vybraný dodavatel stroje používané na každé silniční dopravní stavbě v rámci převodu části Divize 4 nenabyl. To odpovídá dříve uplatněné námitce navrhovatele, že společnost Metrostav a.s. je členěna na mnoho divizí, přičemž strojní vybavení je součástí jiné divize, která nebyla na vybraného dodavatele převedena a bez níž by nebylo možné referenční zakázku realizovat. Proto dle navrhovatele nemohou referenční zakázky předložené vybraným dodavatelem vypovídat o technické kvalifikaci vybraného dodavatele, když vybraný dodavatel zjevně nedisponuje takovými výrobními a technickými kapacitami, kterými disponovala společnost Metrostav a.s. v době realizace referenčních zakázek.
55. V obecné rovině pak navrhovatel uvádí, že v souvislosti s možnými transakcemi typu vyčlenění části obchodního závodu nelze vyloučit ani to, že by konkrétní reference mohla reálně ztratit svoji vypovídací hodnotu (tj. schopnost prokázat relevantní část technické kvalifikace), neboť pokud by v rámci takové transakce došlo k rozdělení obchodní společnosti či seskupení realizujícího konkrétní referenční zakázku na takové části, že by žádné z nich

nebylo možné přiznat ani dílčí zkušenost s realizací takové referenční zakázky, pak by skutečně neexistovala osoba, která by prostřednictvím dané reference mohla bez dalšího prokázat svoji technickou kvalifikaci, tj. způsobilost řádně plnit předmětnou veřejnou zakázku.

56. Za nesprávnou navrhovatel považuje argumentaci zadavatele, že z pohledu technické kvalifikace není relevantní následné rozdělení výrobních kapacit mezi vybraného dodavatele a společnost Metrostav a.s., když společnost Metrostav a.s. je poddodavatelem vybraného dodavatele, neboť obecně není přípustné, aby, požaduje-li zadavatel k prokázání technické kvalifikace předložením referenční zakázky o určitých parametrech, byly tyto parametry „skládány“ několika dodavateli. Navrhovatel uzavírá, že v předmětné věci lze konstatovat, že referenční zakázky realizované společností Metrostav a.s. před převodem části Divize 4 na vybraného dodavatele, které měly na vybraného dodavatele přejít, nevypovídají ničeho o schopnosti vybraného dodavatele realizovat předmětnou veřejnou zakázku, neboť není známo, jak velká část závodu společnosti Metrostav a.s. byla na vybraného dodavatele převedena (jaké konkrétní výrobní kapacity).
57. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel řádně neposoudil ani prokázání technické kvalifikace vybraného dodavatele prostřednictvím 3 referencí společnosti Metrostav a.s. jakožto jiné osoby, když vybraný dodavatel prokazující část technické kvalifikace prostřednictvím jiné osoby nedostal své povinnosti dle § 83 odst. 1 písm. b) zákona, když zadavateli nepředložil takové doklady, které by spolehlivě prokazovaly, že tato jiná osoba (společnost Metrostav a.s.) příslušnou část technické kvalifikace splňuje, neboť z předložených referenčních zakázek společnosti Metrostav a.s. nelze seznat, zda jsou vzhledem k okolnostem (převod části závodu po realizaci referenčních zakázek) i nadále způsobilé vypovídat o technické kvalifikaci společnosti Metrostav a.s., která v důsledku převodu části svého obchodního závodu (Divize 4) na vybraného dodavatele mohla ztratit významnou část svých výrobních kapacit využívaných při realizaci předložených referenčních zakázek, bez nichž již nemusí být schopna obdobné zakázky realizovat. Navrhovatel se dále domnívá, že závazek společnosti Metrostav a.s. uvedený v Dodatku č. 1 ke Smlouvě o uzavření budoucí Smlouvy o dílo je formulován zcela neurčitě, a nedokládá tak reálnou míru participace společnosti Metrostav a.s. na plnění předmětu veřejné zakázky.
58. Navrhovatel se rovněž seznámil se zadavatelem posuzovanými referenčními listy a konstatuje, že ani z nich nevyplývá, že by vybraný dodavatel prokázal technickou kvalifikaci předloženými referencemi, neboť jím předložené doklady vykazují řadu nedostatků a nejsou způsobilé k prokázání řádného poskytnutí a dokončení referenčních zakázek uvedených v seznamu stavebních prací vybraného dodavatele. S ohledem na výše uvedené tedy navrhovatel konstatuje, že vybraný dodavatel neprokázal příslušnou část technické kvalifikace způsobem a v rozsahu stanoveném v zadávací dokumentaci a měl tedy být zadavatelem ze zadávacího řízení vyloučen.
59. Nakonec je podle názoru navrhovatele z podkladů rozhodnutí zřejmé i to, že zadavatel vadně posoudil mimořádně nízkou nabídkovou cenu, neboť zdůvodnění mimořádné nízké nabídkové ceny, jak je zadavateli poskytl vybraný dodavatel, je značně nepřesvědčivé. Ve vztahu k položkám 12373.R ODVOZ NA SKLÁDKU a 014122 POPLATKY ZA SKLÁDKU TYP S-OO (OSTATNÍ ODPAD) navrhovatel uvádí, že vybraný dodavatel kalkuluje s odvozem přebytečného materiálu na vlastní mezideponii v blízkosti stavby (v okruhu do 5 km), aniž by

uvedl, o jaký pozemek se má jednat, a tím dodal věrohodnost svým tvrzením/kalkulacím. Vybraným dodavatelem poskytnuté zdůvodnění je tedy dle navrhovatele zcela nepřesvědčivé (nedostatečné).

60. Pokud jde o položku 014132 POPLATKY ZA SKLÁDKU TYP S-NO (NEBEZPEČNÝ ODPAD), z podkladů rozhodnutí podle navrhovatele vyplývá, že vybraný dodavatel de facto mimořádně nízkou nabídkovou cenu obsaženou v jeho nabídce u dané položky nikterak nevysvětlil/nezdůvodnil. Naopak dodavatel přiznal, že nerespektoval požadavky zadavatele na způsob stanovení nabídkové ceny, když cenu za likvidaci nebezpečného odpadu stanovil bez jejich přímé vazby na skutečné ceny v místě a čase obvyklé, když namísto, aby stanovil cenu každé jedné položky položkového rozpočtu, stanovil cenu POPLATKŮ ZA SKLÁDKU TYP S-NO (NEBEZPEČNÝ ODPAD) pro celé stavební objekty a následně takto stanovenou rozpočítal mezi jednotlivé položky stavebních objektů. Vybraný dodavatel dle navrhovatele de facto část ceny některých položek rozpouští v položkách jiných, což je nepřipustné (viz např. na rozhodnutí Úřadu č. j. S364/2006-01226/2007/510-ji ze dne 15. 1. 2007).
61. Dle přesvědčení navrhovatele tedy zadavatel nepostupoval v zadávacím řízení v souladu se základními zásadami zadávacího řízení, zejména se zásadou transparentnosti a přiměřenosti, když nevyloučil vybraného dodavatele ze zadávacího řízení postupem dle § 48 odst. 6 písm. f) zákona ačkoli zákonné předpoklady k jeho vyloučení byly splněny, a ani nevysvětlil, z jakého důvodu tak neučinil. S ohledem na výše uvedené skutečnosti navrhovatel navrhuje, aby Úřad jím podanému návrhu vyhověl.

Vyjádření vybraného dodavatele ze dne 30. 9. 2021 k podkladům rozhodnutí

62. Vybraný dodavatel se domnívá, že v zadávacím řízení prokázal, že referenční zakázky plnila samostatně Divize 4 jakožto divize zaměřená na silniční a infrastrukturní projekty a v jejím rámci jasně určené útvary tvořící její organizační a účetní strukturu, a současně prokázal, že je nabyvatelem závodu tvořeného výše uvedenými organizačními prvky, a v souvislosti s tím právně i fakticky vstoupil do práv a povinností ze smluvních vztahů pojících se k převáděné části podniku, včetně předmětných referenčních zakázek.
63. Rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ nelze dle vybraného dodavatele vykládat tak, že musí být prokázáno, že vybraný dodavatel nabyl veškeré prostředky, které Divize 4 při plnění referenčních zakázek v minulosti použila a opětovně odkazuje na závěry vyjádřené v odborném článku „Přechod referencí při přechodu části závodu“ autorů Mgr. Jiřího Harnacha a Mgr. et. Ing. Kristýny Trávníčkové. Teze o nabytí veškerých výrobních prostředků vyjadřuje dle názoru vybraného dodavatele jediné, a to požadavek, že nesmí dojít k odtržení referencí od určité celistvé výrobní základny. Tedy, aby přešly reference, musí být výrobní základna jako celek zachována, nicméně tento celek je třeba pojímat funkčně a nikoli skrze jednotlivosti, neboť závod je definován funkčním, organizačně-účetním vymezením.
64. K vyjádření navrhovatele ze dne 27. 8. 2021 vybraný dodavatel uvádí, že Úřad by k nově předloženým podkladům neměl podle § 251 odst. 4 zákona přihlížet. K navrhovatelem předloženým fotografiím stavební techniky vybraný dodavatel podotýká, že polepka, samolepka nebo jiné vyobrazení na určitém předmětu nevypovídá nic o tom, komu patří, nebo kdo má právo s ním disponovat, a dále sděluje, že na fotografiích jsou zachyceny polepy s logem skupiny Metrostav, do které vybraný dodavatel spadá a i po převodu části závodu je nadále oprávněn užívat obchodní firmu, jakož i ochranné známky společnosti

Metrostav a.s., a to za podmínek příslušných ujednání a vnitřních předpisů koncernu Metrostav. Vybraný dodavatel tak využívá logo Metrostav pro označování mechanizace ve své dispozici v souladu s manuálem k vizuálnímu stylu. Vybraný dodavatel dále uvádí, že vozy, jejichž SPZ je na fotografiích poznatelná, jsou v dispozici vybraného dodavatele, jakožto leasingového nájemce, a pokud by to Úřad považoval za nezbytné pro zjištění skutkového stavu nutného k vydání rozhodnutí, může tuto skutečnost na výzvu doložit. K usnesení Vrchního soudu v Praze č. j. 5 To 7/2020-24134 vybraný dodavatel akcentuje, že vrchní soud zde v otázce, zda trestní odpovědnost přešla, žádné věcné závěry nečiní, a to proto, že se touto otázkou má zabývat soud prvního stupně, kterému uvedeným usnesením vracel odvolací soud celou trestní věc k novému projednání. Ve vztahu k článku „Jsem pracovní sportovec“ vybraný dodavatel odkazuje na skutečné důkazy ohledně převodu části závodu a toho, co bylo jeho předmětem (smlouva o prodeji části závodu), nikoliv na spekulativní úvahy navrhovatele, navíc založené na článku z roku 2017. Za naprosto zavádějící pak vybraný dodavatel považuje údaje ohledně výše tržeb, přičemž navrhovatel neuvádí, ze kterých čísel vychází, je však evidentní, že ztotožňuje celkové tržby společnosti Metrostav a.s. za dopravní stavby s tržbami Divize 4. Vybraný dodavatel upřesňuje, že dopravní stavby nebyly segmentem, kterému se věnovala výhradně Divize 4, neboť tam spadají i stavby jiných divizí, a to divizí zabývajících se např. stavbami železničními, tunely, tramvají, metra apod., a navíc jsou zde započítány i tržby dosažené na stavbách v zahraničí. Údaje a poměry, které uvádí navrhovatel, jsou proto dle vybraného dodavatele naprosto nerelevantní.

65. S ohledem na výše uvedené vybraný dodavatel navrhuje, aby Úřad návrh zamítl.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

66. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávacím řízení a stanovisek předložených účastníky řízení, a na základě vlastního zjištění
- ve **výroku I.** tohoto rozhodnutí rozhodl podle ustanovení § 257 písm. h) zákona o zastavení správního řízení v části návrhu v části návrhu týkající se důvodu pro vyloučení vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení spočívajícího v nepravomocném odsouzení společnosti Metrostav a.s. v trestních řízeních a v části návrhu týkající se účelovosti a neplatnosti převodu části Divize 4 na vybraného dodavatele, neboť předmětným částem návrhu nepředcházely řádně a včas podané námítky, a
 - ve **výroku II.** tohoto rozhodnutí rozhodl v části návrhu týkající se posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny a způsobu vyřízení námitek vybraného dodavatele podle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K výroku I. rozhodnutí***Relevantní ustanovení zákona***

67. 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 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté zákona hrozí nebo vznikla újma (dále jen „stěžovatel“).
68. Podle § 241 odst. 2 písm. a) zákona se námitky podle § 241 odst. 1 zákona podávají písemně a lze je podat mj. proti všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek.
69. Podle § 242 odst. 2 zákona námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.
70. Podle § 251 odst. 4 zákona náležitosti návrhu podle § 251 odst. 1 zákona věty první a druhé nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány s výjimkou odstranění nedostatků návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem; Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží. K novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných zadavateli přihlédně Úřad jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli; navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli.
71. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky; to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

72. Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že zadavateli byly dne 14. 6. 2021 doručeny námitky, které směřují proti oznámení o výběru dodavatele, rozhodnutí o výběru dodavatele, posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele v zadávacím řízení, posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele a všem souvisejícím a následným úkonům zadavatele.
73. V části XII. odst. 84. až 88. návrhu navrhovatel uvádí argumentaci týkající se důvodu pro vyloučení vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení spočívající v nepravomocném odsouzení společnosti Metrostav a.s. v trestních řízeních a uložení zákazu plnění veřejných zakázek. Navrhovatel uzavírá, že *„Zadavatel nepostupoval v Zadávacím řízení v souladu se základními zásadami Zadávacího řízení, zejména se zásadou transparentnosti, když nevysvětlil, z jakého důvodu nevyloučil Vybraného dodavatele ze Zadávacího řízení, ačkoli zákonné předpoklady k jeho vyloučení splněny byly.“*
74. V části XIII. odst. 89. až 97. návrhu navrhovatel z převodu části Divize 4 do společnosti Metrostav DS a.s. dovozuje pochybnosti týkající se účelovosti a možné neplatnosti převodu části Divize 4 na vybraného dodavatele a namítá, že *»Zadavatel by se uvedenou účelovostí a možnou neplatností měl zabývat a postavit najisto, že převod části „Divize 4“ představuje platné právní jednání mající všechny uváděné účinky.«*

Právní posouzení

75. Úřad úvodem podotýká, že z ustanovení § 241 zákona vyplývá, že námitky může podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté zákona hrozí nebo vznikla újma. Námitky se podávají písemně a lze je podat proti všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté zákona, včetně stanovení zadávacích podmínek. Ve vztahu k námitkám proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, pak dle § 242 odst. 2 zákona platí, že tyto námitky musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli. Jestliže přitom návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, Úřad dle § 257 písm. h) zákona zahájené řízení usnesením zastaví (což neplatí pro návrhy podle § 254 zákona). Předmětné ustanovení zákona respektuje princip, dle kterého je návrh až druhotným nástrojem procesní obrany dodavatele, když prvotním nástrojem je podání námitek přímo zadavateli. Pakliže tedy dodavatel nevyužije možnosti podání námitek, resp. takto neučiní včas a řádně, tj. s veškerými zákonnými náležitostmi, pak není oprávněn domáhat se ochrany svých práv před Úřadem.
76. V šetřeném případě se tedy Úřad předně zabýval tím, zda byla naplněna základní podmínka pro to, aby se mohl návrhem věcně zabývat, spočívající ve splnění povinnosti navrhovatele před podáním návrhu podat zadavateli řádně a včas námitky. Řádnost a včasnost podaných námitek je přitom nutné posuzovat zejména s ohledem na jejich obsah a dodržení lhůty pro jejich podání.
77. Z předložené dokumentace o zadávacím řízení nevyplývá (a navrhovatel to ani netvrdí), že by v průběhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku před podáním návrhu k Úřadu doručil navrhovatel zadavateli jiné podání, jehož obsahem by byly námitky proti rozhodnutí o výběru dodavatele ve smyslu § 242 odst. 2 zákona, než námitky ze dne 14. 6. 2021. Z uvedeného důvodu Úřad vycházel při posouzení splnění předmětné povinnosti navrhovatele (podmínky vedení správního řízení) toliko z obsahu námitek ze dne 14. 6. 2021, jakožto jediných námitek navrhovatele proti rozhodnutí o výběru dodavatele, které předcházely podání návrhu u Úřadu.
78. V podaném návrhu navrhovatel mj. namítá, že zadavatel měl důvod pro vyloučení vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení spočívající v nepravomocném odsouzení společnosti Metrostav a.s. v trestních řízeních a uložení zákazu plnění veřejných zakázek a dále vyjadřuje pochybnosti týkající se účelovosti a možné neplatnosti převodu části Divize 4 na vybraného dodavatele. Citované námitky však byly uvedeny pouze v návrhu na zahájení řízení podaném Úřadu dne 7. 7. 2021, nikoli již v námitkách ze dne 14. 6. 2021. Jedná se přitom jednoznačně o námitky směřující vůči posouzení splnění podmínek účasti vybraným dodavatelem v zadávacím řízení, které je zachyceno v oznámení o výběru dodavatele a v jeho příloze (podrobném zápise o posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení č. 2) a tedy proti úkonu zadavatele spočívajícím v rozhodnutí o výběru dodavatele.
79. Na základě výše uvedeného tedy Úřad shledal, že se v případě uvedených namítaných pochybení jedná o uvedení nových skutečností v návrhu oproti skutečnostem obsaženým

v námitkách, a jakožto k takovým má k těmto skutečnostem Úřad v souladu s § 251 odst. 4 zákona přihlídnout pouze tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli, přičemž navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli. Jelikož v posuzovaném případě navrhovatel ve vztahu k uvedeným skutečnostem neprokázal, že by šlo o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli, Úřad k těmto skutečnostem nepřihlédl.

80. Vzhledem ke skutečnosti, že podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci, a námitky týkající se důvodu pro vyloučení vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení spočívajícího v nepravomocném odsouzení společnosti Metrostav a.s. v trestních řízeních a dále účelovosti a možné neplatnosti převodu části Divize 4 na vybraného dodavatele navrhovatel nedoručil zadavateli ve lhůtě dle § 242 odst. 2 zákona, tzn. ve lhůtě do 15 dnů od doručení oznámení o výběru dodavatele navrhovateli, Úřad konstatuje, že uvedeným částem návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.
81. Z důvodu procesní ekonomie Úřad rozhodl o zastavení řízení o části návrhu (viz výrok I.) rozhodnutím a nikoli usnesením, jak předpokládá § 257 zákona, a to rovněž s přihlédnutím k závěrům předsedy Úřadu, ke kterým dospěl v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0204/2018/VZ-04701/2019/321/ZSř ze dne 15. 2. 2019: *»Za třetí lze zmínit situaci, kdy navrhovatel uvede v návrhu rozsáhlou argumentaci týkající se výhrad, které v námitkách neuplatnil, pak o této části návrhu Úřad rozhodne podle § 257 písm. h) zákona samostatným výrokem. V této situaci zákon sice předpokládá formu usnesení, ale tato forma není nezbytně nutná, pakliže Úřad o zbytku návrhu rozhoduje rozhodnutím. Tudiž Úřad může podle § 257 písm. h) zákona přímo rozhodnout v samostatném výroku rozhodnutí, v jehož dalších výrocích pojedná zároveň i o dalších částech návrhu. Rozhodnutí je totiž vyšší forma než usnesení, tudíž v rámci něj může Úřad pojednat o všech skutečnostech, i o těch, u kterých, pokud by se rozhodovalo pouze o nich, by postačovala forma usnesení. Takový závěr potvrzuje např. usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 1662/2004 ze dne 2. 5. 2005, z něhož vyplývá: „O zrušení rozsudku soudu prvního stupně a o vrácení věci k dalšímu řízení odvolací soud rozhoduje - jak vyplývá z ustanovení § 223 o.s.ř. - formou usnesení. Povahu usnesení neztrácí toto rozhodnutí ani v případě, je-li přiřčeno k jinému rozhodnutí odvolacího soudu, pro něž je ustanovením § 223 o.s.ř. stanovena forma rozsudku.“*«. Z toho důvodu Úřad rozhodoval o zastavení řízení o části návrhu týkající se důvodu pro vyloučení vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení spočívajícího v nepravomocném odsouzení společnosti Metrostav a.s. v trestních řízeních a v části návrhu týkající se účelovosti a neplatnosti převodu části Divize 4 na vybraného dodavatele rozhodnutím.
82. S ohledem na vše výše uvedené Úřad rozhodl podle § 257 písm. h) zákona tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
83. Pro úplnost Úřad podotýká, že se v daném případě nejedná o správní řízení vedené ve věci návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy ve smyslu § 254 zákona, jež by Úřad nebyl oprávněn v souladu s ustanovením § 257 písm. h) zákona zastavit.

K výroku II. rozhodnutí

Posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení vybraným dodavatelem

Relevantní ustanovení právních předpisů

84. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
85. Podle § 39 odst. 2 písm. a) zákona v průběhu zadávacího řízení zadavatel vybírá z účastníků zadávacího řízení vybraného dodavatele na základě posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení.
86. Podle § 39 odst. 4 zákona není-li v zákoně stanoveno jinak, může zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení před hodnocením nabídek nebo až po hodnocení nabídek. U vybraného dodavatele musí zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení a hodnocení jeho nabídky vždy.
87. 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. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.
88. Podle § 46 odst. 2 zákona po uplynutí lhůty pro podání nabídek nemůže být nabídka měněna, nestanoví-li tento zákon jinak; nabídka však může být doplněna na základě žádosti podle § 46 odst. 1 zákona o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení. V takovém případě se doplnění údajů týkajících se prokázání splnění podmínek účasti za změnu nabídky nepovažují, přičemž skutečnosti rozhodné pro posouzení splnění podmínek účasti mohou nastat i po uplynutí lhůty pro podání nabídek.
89. Podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat seznam stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací; zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady i za dobu delší než posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.
90. Podle § 79 odst. 4 zákona nestanoví-li zadavatel v zadávací dokumentaci jinak, může dodavatel k prokázání splnění kritéria kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) nebo b) zákona použít dodávky, služby nebo stavební práce, které poskytl
 - a) společně s jinými dodavateli, a to v rozsahu, v jakém se na plnění zakázky podílel, nebo
 - b) jako poddodavatel, a to v rozsahu, v jakém se na plnění dodávky, služby nebo stavební práce podílel.
91. Podle § 83 odst. 1 zákona může dodavatel prokázat určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti s výjimkou kritéria podle § 77 odst. 1 zákona požadované zadavatelem prostřednictvím jiných osob. Dodavatel je v takovém případě povinen zadavateli předložit
 - a) doklady prokazující splnění profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1 jinou osobou,

- b) doklady prokazující splnění chybějící části kvalifikace prostřednictvím jiné osoby,
 - c) doklady o splnění základní způsobilosti podle § 74 jinou osobou a
 - d) písemný závazek jiné osoby k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele.
92. Podle § 83 odst. 2 zákona se má za to, že požadavek podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona je splněn, pokud obsahem písemného závazku jiné osoby je společná a nerozdílná odpovědnost této osoby za plnění veřejné zakázky společně s dodavatelem. Prokazuje-li však dodavatel prostřednictvím jiné osoby kvalifikaci a předkládá doklady podle § 79 odst. 2 písm. a), b) nebo d) zákona vztahující se k takové osobě, musí dokument podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona obsahovat závazek, že jiná osoba bude vykonávat stavební práce či služby, ke kterým se prokazované kritérium kvalifikace vztahuje.
93. Podle § 502 občanského zákoníku je obchodní závod (dále jen „závod“) organizovaný soubor jmění, který podnikatel vytvořil a který z jeho vůle slouží k provozování jeho činnosti. Má se za to, že závod tvoří vše, co zpravidla slouží k jeho provozu.
94. Podle § 2175 odst. 1 občanského zákoníku nabývá koupí závodu kupující vše, co k závodu jako celku náleží. O koupi závodu se jedná i v případě, že strany z koupě jednotlivou položku vyloučí, aniž tím celek ztratí vlastnost závodu.
95. Podle § 2180 odst. 1 občanského zákoníku je-li kupující zapsán ve veřejném rejstříku, nabývá vlastnické právo k závodu jako celku zveřejněním údaje, že uložil doklad o koupi závodu do sbírky listin podle jiného právního předpisu.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

96. Předmětem veřejné zakázky je podle bodu 5.1.2 zadávací dokumentace *„novostavba silnice II/385 jihozápadně od obce Čebín. Délka stavby je cca 3,9 km. (...) V rámci stavby dojde k realizaci přeložky silnice II/385, nové okružní křižovatky, 4 mostních objektů, 2 objektů protihlukových stěn a vyvolaných přeložek inženýrských sítí (vodovody, plyn, elektro a sdělovací kabely, kanalizace, meliorací) a vodotečí, dále dojde k demolici bažantnice, k úpravě a budování sjezdů, místních komunikací, polních cest, úpravě odvodnění, rekultivaci a vegetačním úpravám. Dále je součástí projektu úprava objízdných tras a osazení trvalého dopravního značení a DIO.“*
97. Zadavatel v bodu 7.4.2 zadávací dokumentace požadoval prokázat splnění technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona předložením seznamu stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací. Požadovanou minimální úroveň uvedeného kvalifikačního předpokladu stanovil následovně:
- a) *„Minimálně 3 stavební práce obdobného charakteru poskytnuté dodavatelem za posledních 5 let (obdobným charakterem se rozumí kompletní rekonstrukce konstrukčních vrstev vozovky pozemní komunikace či výstavba nové pozemní komunikace, a to pozemní komunikace s minimálně s dvěma jízdními pruhy, v rámci které byly provedeny konstrukční vrstvy a obrusná vrstva vozovky v délce minimálně 1*

km, a jejíž součástí byla rekonstrukce nosné konstrukce či výstavba nového minimálně 1 mostu. Každá z těchto stavebních prací musela dosáhnout finančního limitu minimálně 250 000 000 Kč bez DPH.

b) Minimálně 1 stavební práce, jejíž součástí byly stavební práce spočívající ve výstavbě či rekonstrukci kanalizace v délce minimálně 300 m.“

98. Vybraný dodavatel v dokumentu „SEZNAM STAVEBNÍCH PRACÍ“, jenž učinil součástí nabídky, předložil k prokázání technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona seznam těchto realizovaných stavebních prací:

- I. „Dálnice D3 0309/I Bošilec – Ševětín“,
- II. „Stavba silnice S-7 Gdaňsk (A-I) – Elblag (S-22) úsek Koszwaly (státní silnice DK 7, sjezd Koszwaly) – Elblag (se sjezdem Kazimierzowo). Úkol č. 1: Koszwaly – nowy Dwór Gdaňsk“ (prokazováno společností Metrostav a.s.),
- III. „D48 Rybí – MÚK Rychaltice“,
- IV. „D1 modernizace – úsek 03, EXIT 29 Hvězdonice – EXIT 34 Ostředek“,
- V. „D1 modernizace – úsek 06, EXIT 49 Psáře – EXIT 56 Soutice“,
- VI. „Dálnice D11 1105/II Osičky – Hradec Králové v km 78,91 – 90,76“,
- VII. „D8 – 0805 Lovosice – Řehlovice“ (prokazováno společností Metrostav a.s.).

99. Vybraný dodavatel současně v nabídce k prokázání realizace uvedených referenčních zakázek předložil (v prosté kopii): Protokol o předání a převzetí prací – objekt SO 101 stavby „Dálnice D3 0309/I Bošilec – Ševětín“, potvrzení o převzetí částí stavby „D48 Rybí – MÚK Rychaltice“, osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení stavebních prací: „Stavba silnice S-7 Gdaňsk (A-I) – Elblag (S-22) úsek Koszwaly (státní silnice DK 7, sjezd Koszwaly) – Elblag (se sjezdem Kazimierzowo). Úkol č. 1: Koszwaly – nowy Dwór Gdaňsk“, „D1 modernizace – úsek 03, EXIT 29 Hvězdonice – EXIT 34 Ostředek“, „D1 modernizace – úsek 06, EXIT 49 Psáře – EXIT 56 Soutice“ a „D8 – 0805 Lovosice – Řehlovice“.

100. Vybraný dodavatel dále v nabídce zadavateli předložil ověřenou kopii notářského zápisu NZ 435/2020 ze dne 25. 8. 2020, v němž společnost Metrostav a.s. a vybraný dodavatel souhlasně prohlašují, že na základě smlouvy o prodeji části závodu ze dne 25. 8. 2020 došlo k převodu části organizačního útvaru společnosti Metrostav a.s. nazývaného Divize 4 na vybraného dodavatele. Součástí nabídky vybraného dodavatele byly rovněž dokumenty označené jako „Potvrzení o přechodu referencí v důsledku převodu části závodu“ datované dne 2. 9. 2020 a signované odpovědnými osobami společnosti Metrostav a.s. a vybraného dodavatele, v nichž je uvedeno, že dne 25. 8. 2020 uzavřela společnost Metrostav a.s. s vybraným dodavatelem smlouvu o prodeji části závodu, jejímž předmětem byl »prodej části závodu v podobě části organizačního útvaru společnosti Metrostav a.s. nazývaného „Divize 4“. (...) Společnost Metrostav Infrastructure a.s. v rámci převáděné části závodu nabyla majetek, smluvní vztahy, personální a další zdroje, jejichž prostřednictvím byly v minulosti realizovány zakázky s převáděnou částí závodu spojené.«. V citovaných dokumentech je dále uvedeno, že na základě smlouvy o převodu části závodu přešly na vybraného dodavatele také reference:

- Dálnice D3 0309/I Bošilec – Ševětín,
- D48 Rybí – MÚK Rychaltice,
- D1 modernizace – úsek 03, EXIT 29 Hvězdonice – EXIT 34 Ostředek,
- D1 modernizace – úsek 06, EXIT 49 Psáře – EXIT 56 Soutice,
- Dálnice D11 1105/II Osičky – Hradec Králové v km 78,91 – 90,76,

a dále je v každém takovém dokumentu uvedeno, že „S ohledem na výše uvedené je nadále osobou disponující Referencí společnost Metrostav Infrastructure.“

101. Vybraný dodavatel dále v nabídce předložil „SMLOUVU o uzavření budoucí Smlouvy o dílo“ (dále také jen „smlouva o budoucí smlouvě“) ze dne 29. 3. 2021 s poddodavatelem vybraného dodavatele – společností Metrostav a.s. – prokazujícím technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona. Závazek společnosti Metrostav a.s. ve smyslu § 83 odst. 1 písm. d) zákona podílet se na plnění předmětu veřejné zakázky byl v čl. 1.2 smlouvy o budoucí smlouvě vyjádřen následovně: *»Předmětem budoucí Smlouvy o dílo budou zemní práce vztahující se k přípravě a realizaci stavby „II/385 ČEBÍN OBCHVAT“, která je předmětem otevřeného řízení vyhlášeného (...) v informačním systému o veřejných zakázkách dne 15. 02. 2021, pod ev.č. Z2021-005710.«.*
102. Zadavatel provedl hodnocení nabídek podle kritéria ekonomické výhodnosti na základě nejnižší nabídkové ceny a výsledek hodnocení zachytil ve „Zprávě o hodnocení nabídek“ ze dne 9. 4. 2021. Z „Podrobného zápisu o posouzení splnění podmínek účasti č. 1“ ze dne 16. 4. 2021 vyplývá, že zadavatel (hodnotící komise) shledal v nabídce vybraného dodavatele nejasnosti v prokázání technické kvalifikace u seznamu stavebních prací a u všech osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení stavebních prací či jiných rovnocenných dokladech.
103. Dne 26. 4. 2021 zaslal zadavatel vybranému dodavateli „Žádost o písemné objasnění nebo doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů podle § 46 ZZVZ“, ve které ve vztahu k referenčním zakázkám, jež měly na základě smlouvy o prodeji části závodu přejít na vybraného dodavatele (viz odstavec 100. odůvodnění tohoto rozhodnutí) uvedl, že z dokladů předložených vybraným dodavatelem v nabídce k prokázání technické kvalifikace *„nemá zadavatel za prokázané:*
- *poskytnutí uvedených stavebních prací částí závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako Divize 4;*
 - *přechod práv k uvedeným stavebním pracím v rámci převodu části obchodního závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako „Divize 4“ z obchodní společnosti Metrostav a.s. na obchodní společnost Metrostav Infrastructure a.s.;*
 - *přechod odpovídajících personálních a technických kapacit (ve vztahu k poskytnutí uvedených stavebních prací) v rámci převodu části obchodního závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako „Divize 4“ z obchodní společnosti Metrostav a.s. na obchodní společnost Metrostav Infrastructure a.s.“.*

Ve vztahu ke stavebním pracím, u nichž vybraný dodavatel netvrdil přechod práv v rámci převodu části závodu společnosti Metrostav a.s. označované jako „Divize 4“ na vybraného dodavatele, tj.:

- Stavba silnice S-7 Gdaňsk (A-I) – Elblag (S-22) úsek Koszwaly (státní silnic DK 7, sjezd Koszwaly) – Elblag (se sjezdem Kazimierovo). Úkol č. 1: Koszwaly – nowy Dwór Gdaňsk,
- D8 – 0805 Lovosice – Řehlovice,

zadavatel uvedl, že *„pokud práva k těmto stavebním pracím nadále náleží obchodní společnosti Metrostav a.s., jedná se o stavební práce poskytnuté jinou osobou ve smyslu § 83 ZZVZ, avšak v takovém případě neodpovídá rozsahu prokazované části technické kvalifikace jinou osobou ve smyslu § 83 ZZVZ závazek této jiné osoby ve smyslu § 83 ZZVZ, neboť ten podle předložené smlouvy uzavřené mezi účastníkem a touto jinou osobou ve smyslu § 83 ZZVZ (obchodní společnosti Metrostav a.s.) spočívá v provedení toliko zemních prací, přičemž těmito stavebními pracemi je ale prokazována zkušenost s poskytnutím novostavby nebo rekonstrukce obdobné pozemní komunikace (včetně provedení konstrukčních a obrusných vrstev vozovky pozemní komunikace s minimálně s 2 jízdními pruhy v délce minimálně 1 km a provedení nosné konstrukce minimálně 1 mostu), nikoli zkušenost se zemními pracemi.“*

Z výše uvedených důvodů zadavatel požádal vybraného dodavatele, aby předložil doklady, z nichž bude *„jednoznačně vyplývat splnění požadavků na technickou kvalifikaci účastníka, tj.:*

- *dokladů z nichž bude jednoznačně vyplývat poskytnutí uvedených stavebních prací částí závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako Divize 4;*
- *dokladů z nichž bude jednoznačně vyplývat přechod práv k uvedeným stavebním pracím v rámci převodu části obchodního závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako „Divize 4“ z obchodní společnosti Metrostav a.s. na obchodní společnost Metrostav Infrastructure a.s.;*
- *dokladů z nichž bude jednoznačně vyplývat přechod odpovídajících personálních a technických kapacit (ve vztahu k poskytnutí uvedených stavebních prací) v rámci převodu části obchodního závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako „Divize 4“ z obchodní společnosti Metrostav a.s. na obchodní společnost Metrostav Infrastructure a.s.;*
- *dokladů z nichž bude jednoznačně vyplývat závazek jiné osoby ve smyslu § 83 ZZVZ k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele“.*

104. Vybraný dodavatel v „Písemném objasnění nebo doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů podle § 46 ZZVZ“ ze dne 7.5.2021 (dále jen „objasnění nabídky“) uvedl, že skutečnosti dokládající přechod referenčních zakázek na vybraného dodavatele jsou seznatelné již ze samotné smlouvy o prodeji části závodu a jejích příloh (zejména příloh č. 5, 9, 11, 12 a 14). Smlouvu o prodeji části závodu vybraný dodavatel zadavateli předložil v prosté kopii, ve které byly začerněny všechny odstavce (č. 1. až 4.) článku III., „Kupní cena“, a dále vybrané části příloh č. 1 až 14 smlouvy, které se dle vyjádření vybraného dodavatele netýkaly skutečností nutných k prokázání přechodu referenčních zakázek společnosti

Metrostav a.s. na vybraného dodavatele. Současně vybraný dodavatel předložil zadavateli stejnopis notářského zápisu NZ 252/2021 ze dne 7. 5. 2021, sepsaný Mgr. Františkem Novotným, notářem se sídlem v Praze, (dále jen „notářský zápis o obsahu smlouvy“), který osvědčuje, že předložený listinný originál smlouvy o prodeji části závodu obsahuje v notářském zápise citované klíčové pasáže smlouvy o prodeji části závodu rozhodné pro posouzení přechodu referenčních zakázek na vybraného dodavatele (jedná se o text, který byl ve smlouvě o prodeji části závodu předložené zadavateli začerněn, pozn. Úřadu). Vybraný dodavatel v objasnění nabídky uvedl, že předmětem smlouvy o prodeji části závodu byl organizační útvar společnosti Metrostav a.s. nazývaný Divize 4 zabývající se infrastrukturními projekty v silničním dopravním stavitelství, tj. ucelený soubor organizačních prvků tvořících Divizi 4, ze kterého byly vyčleněny (a tedy z převodu ve smyslu § 2175 občanského zákoníku vyloučeny) organizační útvary, pod něž spadaly zakázky realizované Divizí 4 v zahraničí.

105. Vybraný dodavatel dále spolu s objasněním nabídky předložil řadu dokladů, které mají dokládat, že referenční zakázky dotčené převodem realizovala převedená část závodu a že hmotná i personální podstata, jejímž prostřednictvím by získány tyto referenční zakázky, byla převedena na vybraného dodavatele. Vybraný dodavatel předložil mimo jiné potvrzení bank o trvání bankovních záruk od Raiffeisenbank a.s., UniCredit Bank Czech Republic and Slovakia, a.s., Česká spořitelna, a.s. a Československé obchodní banky, a.s., a dále příslušné části Pracovního postupu ekonomického ředitele Metrostav a.s. „č. 19/EŘ Postupy účtování v Metrostav a.s.“, který stanovuje pravidla pro přidělování číselných označení (kódů) jednotlivým organizačním prvkům a číslování razítek, kdy číslice čísla (variabilní symboly) odběratelských faktur jsou tvořeny tak, že číslice 4 na začátku vyjadřuje příslušnost k Divizi 4. K prokázání technické kapacity pak vybraný dodavatel mj. předložil doklady prokazující, že disponuje technickým vybavením vyžadovaným zadávacími podmínkami veřejné zakázky „D1 modernizace – úsek 06, EXIT 49 Psáře – EXIT 56 Soutice“ (karty dlouhodobého majetku – finišer VOGELE SUPER 2100-3I, vícepruhový finišer S1500, stabilizační fréza WIRTGEN WR 240I), přičemž uvedl, že u ostatních referenčních zakázek dotčených převodem nebylo zadavatelem požadováno v zadávací dokumentaci žádné konkrétní technické vybavení.
106. K jednotlivým referenčním zakázkám, které měly na základě smlouvy o prodeji části závodu přejít na vybraného dodavatele pak v rámci objasnění nabídky vybraný dodavatel předložil následující doklady:

Dálnice D3 0309/I Bošilec – Ševětín

- Čestná prohlášení zaměstnanců Petr Berník, Rostislav Kameník, Josef Král, Petra Pfauserová, Jan Růžička, Petr Stejskal, Jiří Urban
- Pracovní smlouvy zaměstnanců Petr Berník, Rostislav Kameník, Josef Král, Petra Pfauserová, Jan Růžička, Petr Stejskal, Jiří Urban
- Oznámení změny zástupce zhotovitele ze dne 6. 6. 2017
- Souhlas objednatele se jmenováním Ing. Krále ze dne 7. 6. 2017
- Stavební deník SO 201
- Příkaz ředitele Divize 4 k realizaci projektu
- Notářský zápis – výpis z účetní evidence Metrostav a.s.

- Zpráva PricewaterhouseCoopers Audit, s.r.o.
- Kniha nákladů a výnosů
- 56 souborů výnosových faktur s vyúčtováním plnění provedeného na referenční zakázce
- Notářský zápis – výpis ze SOI – databáze obchodních případů Metrostav a.s.
- Doklady k referenci (Protokol o předání a převzetí prací, Prováděcí dohoda – kanalizace, Prováděcí dohoda – konstrukční vrstvy, Prováděcí dohoda – mosty, Prováděcí dohoda – zemní práce, Souhrn smluvních dohod, Společenská smlouva)

D48 Rybí – MÚK Rychaltice

- Čestná prohlášení zaměstnanců Petr Berník, Jiří Capil, Filip Hošek, Karel Janírek, Rostislav Kameník, Jan Růžička, Adam Řeháček, Martin Slovák, Petr Stejskal, Ondřej Strouhal, Miroslav Šenk
- Pracovní smlouvy zaměstnanců Petr Berník, Jiří Capil, Filip Hošek, Karel Janírek, Rostislav Kameník, Jan Růžička, Adam Řeháček, Martin Slovák, Petr Stejskal, Ondřej Strouhal, Miroslav Šenk
- Potvrzení o převzetí pro část stavby nebo sekce ze dne 1. 7. 2020
- Stavební deník pro stavební objekt C231
- Oznámení změny zástupce zhotovitele ze dne 5. 2. 2018
- Souhlas objednatele se jmenováním Ing. Capila ze dne 12. 2. 2018
- Příkaz ředitele Divize 4 k realizaci projektu
- Notářský zápis – výpis z účetní evidence Metrostav a.s.,
- Zpráva PricewaterhouseCoopers Audit, s.r.o.,
- Kniha nákladů a výnosů,
- 40 souborů výnosových faktur s vyúčtováním plnění provedeného na referenční zakázce
- Notářský zápis – výpis ze SOI – databáze obchodních případů Metrostav a.s.
- Doklady k referenci (Smlouva o dílo s přílohami, Dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo, Potvrzení o převzetí stavby, Potvrzení o převzetí pro část stavby – C231 pravý most, Společenská smlouva, Dodatek č. 1 ke společenské smlouvě – Stanovy společnosti)

D1 modernizace – úsek 03, EXIT 29 Hvězdovice – EXIT 34 Ostředek

- Čestná prohlášení zaměstnanců Pavel Aksamit, Jiří Capil, Zdeněk Ludvík, Jan Růžička, Petr Stejskal
- Pracovní smlouvy zaměstnanců Pavel Aksamit, Jiří Capil, Zdeněk Ludvík, Jan Růžička, Petr Stejskal
- Žádost o souhlas se jmenováním zástupce zhotovitele ze dne 26. 4. 2015
- Souhlas objednatele se jmenováním Ing. Ludvíka

- Stavební deník SO 202.2
- Příkaz ředitele Divize 4 k realizaci projektu
- Notářský zápis – výpis z účetní evidence Metrostav a.s.
- Zpráva PricewaterhouseCoopers Audit, s.r.o.
- Údaje z účetnictví – Kniha nákladů a výnosů
- 19 souborů výnosových faktur s vyúčtováním plnění provedeného na referenční zakázce
- Notářský zápis – výpis ze SOI – databáze obchodních případů Metrostav a.s.
- Doklady k referenci (Společenská smlouva, Stanovy ke společenské smlouvě)

D1 modernizace – úsek O6, EXIT 49 Psáře – EXIT 56 Soutice

- Čestná prohlášení zaměstnanců Pavel Aksamit, Petr Berník, Karel Janírek, Zdeněk Ludvík, Jan Růžička, Petr Stejskal, Michal Uruba
- Pracovní smlouvy zaměstnanců Pavel Aksamit, Petr Berník, Karel Janírek, Zdeněk Ludvík, Jan Růžička, Petr Stejskal, Michal Uruba
- Žádost o souhlas se jmenováním zástupce zhotovitele ze dne 1. 2. 2016
- Souhlas objednatele se jmenováním Ing. Ludvíka ze dne 5. 2. 2016
- Stavební deník SO 201.1
- Příkaz ředitele Divize 4 k realizaci projektu
- Notářský zápis – výpis z účetní evidence Metrostav a.s.
- Zpráva PricewaterhouseCoopers Audit, s.r.o.
- Údaje z účetnictví – Kniha nákladů a výnosů
- 24 souborů výnosových faktur s vyúčtováním plnění provedeného na referenční zakázce
- Notářský zápis – výpis ze SOI – databáze obchodních případů Metrostav a.s.
- Společenská smlouva
- Stanovy ke společenské smlouvě

Dálnice D11 1105/II Osičky – Hradec Králové v km 78,91 – 90,76

- Čestná prohlášení zaměstnanců Petr Berník, Jan Dokoupil, Rostislav Kameník, Rostislav Nerad, Richard Rakouš, Martin Slovák, František Šimek, Ondřej Vítek
- Pracovní smlouvy zaměstnanců Petr Berník, Jan Dokoupil, Rostislav Kameník, Rostislav Nerad, Richard Rakouš, Martin Slovák, František Šimek, Ondřej Vítek
- Zápis o předání staveniště ze dne 21. 7. 2014
- Stavební deník SO 232
- Příkaz ředitele Divize 4 k realizaci projektu

- Notářský zápis – výpis ze SOI – databáze obchodních případů Metrostav a.s.
- Notářský zápis – výpis z účetní evidence Metrostav a.s.
- Zpráva auditora PricewaterhouseCoopers Audit, s.r.o.
- Kniha nákladů a výnosů
- 52 souborů výnosových faktur s vyúčtováním plnění provedeného na referenční zakázce

107. Vybraný dodavatel dále v objasnění nabídky ze dne 7. 5. 2021 předložil zadavateli „Dodatek č. 1 ke SMLOUVĚ o uzavření budoucí Smlouvy o dílo“ s poddodavatelem Metrostav a.s. ze dne 7. 5. 2021, kde je závazek poddodavatele v bodu 1.2 nově vymezen následovně: *»Předmětem budoucí Smlouvy o dílo budou zemní práce, provedení konstrukčních a obrusných vrstev vozovky a provedení nosné konstrukce mostu vztahující se k přípravě a realizaci stavby „II/385 ČEBÍN OBCHVAT“, která je předmětem otevřeného řízení vyhlášeného (...) v informačním systému o veřejných zakázkách dne 15. 02. 2021, pod ev.č. Z2021-005710.«*. K prokázání technické kvalifikace prostřednictvím společnosti Metrostav a.s. dále vybraný dodavatel předložil další referenční zakázku, resp. potvrzení objednatele o zhotovení stavebních prací:

- *»Modernizacja ciągu ulic Marsa-Żołnierska na odcinku węzeł „Marsa” – granica miasta – Etap II«*

108. V „Protokolu o jednání hodnotící komise č. 3“, které se uskutečnilo dne 17. 5. 2021, zadavatel konstatoval, že ze všech dokladů předložených vybraným dodavatelem k jednotlivým bodům žádosti o objasnění jeho nabídky vyplývá, že vybraný dodavatel splňuje podmínky účasti v zadávacím řízení.

109. Dne 27. 5. 2021 zadavatel rozhodl o výběru dodavatele a dne 30. 5. 2021 zadavatel zaslal účastníkům zadávacího řízení oznámení o výběru dodavatele. Přílohou oznámení o výběru dodavatele ze dne 30. 5. 2021 jsou mimo jiné zpráva o hodnocení nabídek ze dne 9. 4. 2021 a podrobný zápis o posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení č. 2 ze dne 17. 5. 2021.

110. Pod bodem A. oznámení o výběru zadavatel k **„Poskytnutí uvedených stavebních prací částí závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako Divize 4“** uvedl:

»Vybraný dodavatel k doložení poskytnutí uvedených stavebních prací částí závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako Divize 4 předložil:

- *výstupy z účetní evidence Metrostav a.s. z nichž lze dovodit, že poskytnutí uvedených stavebních prací bylo evidováno pod organizačními prvky, které tvoří součást převedené části závodu; uvedený obsah účetní evidence Metrostav a.s. byl osvědčen notářskými zápisy č. NZ 206/2021, č. NZ 210/2021, č. NZ 216/2021, č. NZ 214/2021 ze dne 27. 4. 2021 a notářským zápisem č. NZ 241/2021 ze dne 4. 5. 2021, sepsanými Mgr. Františkem Novotným, notářem se sídlem v Praze, který byl přítomen nahlédnutí do této účetní evidence a provedl osvědčení tohoto děje (tedy nahlédnutí do účetní evidence);*

- faktury včetně části příloh opatřené razítkem společnosti Metrostav a.s. s číselným označením, které v souladu s interním předpisem společnosti Metrostav a.s. dokládá příslušnost k Divizi 4;
- zprávy o věcných zjištěních auditora PricewaterhouseCoopers Audit, s.r.o., které kromě jiného potvrzují (jednotlivě pro každou z uvedených stavebních prací), že zakázkové kódy patřily pod Divizi 4 společnosti Metrostav a.s. a zároveň konstatují na základě vybraného vzorku účetních dokladů (nákladových a výnosových faktur), že pod danými projektovými kódy byly vedeny stavební práce odpovídající uvedeným stavebním pracím (referencím), které tvoří součást převedené části závodu;
- zprávy o věcných zjištěních auditora PricewaterhouseCoopers Audit, s.r.o., které konstatují, že s účinností od 1. září 2020 byly tyto zakázkové kódy převedeny ze společnosti Metrostav a.s. do společnosti Metrostav Infrastructure a.s.;
- výstupy z interní evidence obchodních případů společnosti Metrostav a.s. „SOI - systém obchodních informací“, které rovněž dokládají, že zakázky odpovídající uvedeným stavebním pracím (referencím) spadaly pod organizační útvary, které tvoří součást převedené části závodu; obsah této interní evidence společnosti Metrostav a.s. byl osvědčen notářskými zápisy č. NZ 205/2021, č. NZ 208/2021, č. NZ 215/2021, č. NZ 213/2021 ze dne 27. 4. 2021 a notářským zápisem č. NZ 240/2021 ze dne 4. 5. 2021, sepsanými Mgr. Františkem Novotným, notářem se sídlem v Praze, který byl přítomen nahlédnutí do této účetní evidence a provedl osvědčení tohoto děje (tedy nahlédnutí do této evidence obchodních případů).

Z předložených dokladů vyplývá poskytnutí uvedených stavebních prací částí závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako Divize 4.«.

111. Pod bodem B. oznámení o výběru zadavatel k **»Přechodu práv k uvedeným stavebním pracím v rámci převodu části obchodního závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako „Divize 4“ z obchodní společnosti Metrostav a.s. na obchodní společnost Metrostav Infrastructure a.s.«** uvedl následující:

»Vybraný dodavatel k doložení přechodu k uvedeným stavebním pracím v rámci převodu části obchodního závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako „Divize 4“ z obchodní společnosti Metrostav a.s. na obchodní společnost Metrostav Infrastructure a.s. předložil kopii Smlouvy o prodeji části závodu ze dne 25. 8. 2020 („smlouva o převodu“) a notářský zápis č. NZ 252/2021 ze dne 7. 5. 2021, sepsaný Mgr. Františkem Novotným, notářem se sídlem v Praze, osvědčující obsah této smlouvy („NZ o obsahu smlouvy o převodu“).

K tomu Vybraný dodavatel dále uvedl, že:

- podle § 2177 občanského zákoníku se Metrostav Infrastructure a.s. stala koupí závodu věřitelem pohledávek a dlužníkem dluhů náležejících k převáděné části závodu;
- v souvislosti s prodejem části závodu se Metrostav Infrastructure a.s. jako nabyvatel stává právním nástupcem převodce ve smlouvách souvisejících s převáděnou částí závodu (zejména s jeho provozem), které převodce uzavřel při výkonu obchodní činnosti spočívající v provozu závodu a/nebo v souvislosti se závodem.

Z přílohy č. 5 smlouvy o převodu Seznam převáděných obchodních smluv (jejíž obsah byl osvědčen uvedeným notářským zápisem) vyplývá, že předmětem prodeje a převodu části závodu byl mimo jiné převod obchodních smluv souvisejících s uvedenými stavebními pracemi.

Z přílohy č. 9 smlouvy o převodu Seznam vybraných referencí (jejíž obsah byl osvědčen uvedeným notářským zápisem) dále vyplývá, že předmětem prodeje a převodu části závodu byl mimo jiné převod vybraných referencí souvisejících s uvedenými stavebními pracemi.

Z přílohy č. 11 smlouvy o převodu Seznam převáděných účastí v sdruženích / společnostech (jejíž obsah byl osvědčen uvedeným notářským zápisem) dále vyplývá, že předmětem prodeje a převodu části závodu byl mimo jiné převod účastí v sdruženích / společnostech souvisejících s uvedenými stavebními pracemi.

Z přílohy č. 12 smlouvy o převodu Seznam záruk zajišťujících závazky ze smluv a právních vztahů (jejíž obsah byl osvědčen uvedeným notářským zápisem) dále vyplývá, že předmětem prodeje a převodu části závodu byl mimo jiné převod záruk zajišťujících závazky ze smluv a právních vztahů souvisejících s uvedenými stavebními pracemi.

K převodu záruk zajišťujících závazky ze smluv a právních vztahů souvisejících s uvedenými stavebními pracemi vybraný dodavatel dále doložil prohlášení příslušných bank o trvání práv z bankovních záruk, tj. Raiffeisenbank a.s, UniCredit Bank Czech Republic and Slovakia, a.s., Česká spořitelna, a.s. a Československá obchodní banka, a. s. i po převodu části závodu.

Z přílohy č. 14 smlouvy o převodu Seznam převáděných organizačních prvků (jejíž obsah byl osvědčen uvedeným notářským zápisem) dále vyplývá, že předmětem prodeje a převodu části závodu byl mimo jiné převod organizačních prvků souvisejících s uvedenými stavebními pracemi.

Z předložených dokladů vyplývá přechod práv k uvedeným stavebním pracím v rámci převodu části obchodního závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako „Divize 4“ z obchodní společnosti Metrostav a.s. na obchodní společnost Metrostav Infrastructure a.s.«.

112. Pod bodem C. oznámení o výběru zadavatel k **»Přechodu odpovídajících personálních a technických kapacit (ve vztahu k poskytnutí uvedených stavebních prací) v rámci převodu části obchodního závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako „Divize 4“ z obchodní společnosti Metrostav a.s. na obchodní společnost Metrostav Infrastructure a.s.«** uvedl:

»Vybraný dodavatel k doložení přechodu odpovídajících personálních a technických kapacit (ve vztahu k poskytnutí uvedených stavebních prací) v rámci převodu části obchodního závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako „Divize 4“ z obchodní společnosti Metrostav a.s. na obchodní společnost Metrostav Infrastructure a.s. předložil kopii smlouvy o převodu a NZ o obsahu smlouvy o převodu, dokumenty pořízené v průběhu realizace uvedených stavebních prací, pracovní smlouvy vybraných zaměstnanců a dále karty dlouhodobého majetku.

Z přílohy č. 8 smlouvy o převodu Seznam přecházejících zaměstnanců (jejíž obsah byl osvědčen uvedeným notářským zápisem) vyplývá, že předmětem prodeje a převodu části závodu byl mimo jiné převod 534 zaměstnanců, a to včetně zaměstnanců plnicích různé vedoucí, výrobní a další funkce v rámci realizace uvedených stavebních prací. Z předložených

dokumentů pořízených v rámci realizace uvedených stavebních prací (zápisy o předání staveniště, stavební deníky, žádosti o souhlas se jmenováním zástupce zhotovitele, oznámení změny zástupce zhotovitele, souhlasy objednatele se jmenováním zástupce zhotovitele, potvrzení o převzetí pro část stavby nebo sekce, písemné příkazy ředitele Divize 4, čestná prohlášení dalších pracovníků apod.) vyplývají identifikační údaje osob, které se v různých vedoucích, výrobních a dalších funkcích podílely na realizaci uvedených stavebních prací, a které jako původně zaměstnanci společnosti Metrostav a.s. přešly v rámci převodu části obchodního závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako „Divize 4“ z obchodní společnosti Metrostav a.s. na obchodní společnost Metrostav Infrastructure a.s.

K uvedeným osobám vybraný dodavatel dále doložil původní pracovní smlouvy se společností Metrostav a.s., které na straně zaměstnavatele v souladu s interními předpisy a organizačním členěním společnosti Metrostav a.s. uzavíral buď ředitel Divize 4, nebo jeho náměstek, z čehož vyplývá, že tyto osoby působily v rámci Divize 4 a na základě toho a smlouvy o převodu práva a povinnosti z jejich pracovněprávních vztahů přešly na Metrostav Infrastructure a.s.

Z předložených karet dlouhodobého majetku vyplývá dispozice mimo jiné s technickým vybavením, kterým bylo prokazováno splnění technické kvalifikace v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku D1 modernizace - úsek 06, EXIT 49 Psáře - EXIT 56 Soutice.

Příloha č. 1 smlouvy o převodu Seznam převáděného dlouhodobého hmotného majetku, příloha č. 2 smlouvy o převodu Seznam převáděného krátkodobého finančního majetku, příloha č. 3 smlouvy o převodu Seznam převáděných zásob, příloha č. 4 smlouvy o převodu Seznam převáděného softwaru a jiného nehmotného majetku, příloha č. 6 smlouvy o převodu Seznam převáděných pohledávek a příloha č. 7 smlouvy o převodu Seznam převáděných dluhů pak představují přehled dalších převáděných kapacit v rámci převodu části obchodního závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako „Divize 4“ z obchodní společnosti Metrostav a.s. na obchodní společnost Metrostav Infrastructure a.s.

Z předložených dokladů vyplývá přechod odpovídajících personálních a technických kapacit (ve vztahu k poskytnutí uvedených stavebních prací) v rámci převodu části obchodního závodu obchodní společnosti Metrostav a.s. označované jako „Divize 4“ z obchodní společnosti Metrostav a.s. na obchodní společnost Metrostav Infrastructure a.s. nebo jiná dispozice s potřebným technickým vybavením.«.

113. Pod bodem D. oznámení o výběru zadavatel k »**Závazku Metrostav a.s. jakožto jiné osoby ve smyslu § 83 ZZVZ**« uvedl následující:

»Vybraný dodavatel k doložení odpovídajícího závazku poddodavatele Metrostav a.s. jakožto jiné osoby ve smyslu § 83 ZZVZ předložil dodatek č. 1 ke smlouvě o uzavření budoucí smlouvy o dílo, jehož obsahem je rozšíření závazku jiné osoby ve smyslu § 83 ZZVZ na zemní práce, provedení konstrukčních a obrusných vrstev vozovky a provedení nosné konstrukce mostu vztahující se k přípravě a realizaci stavby „II/385 ČEBÍN OBCHVAT“.

V této souvislosti účastník předložil další stavební práci poskytnutou poddodavatelem Metrostav a.s. jakožto jinou osobou ve smyslu § 83 ZZVZ, „Modernizacja ciągu ulic MarsaŹoñnierska na odcinku węzeł „Marsa” – granica miasta – Etap II”, přičemž tím účastník prokazuje splnění požadavků na technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ, vedle

splnění tohoto požadavku prostřednictvím vlastních (převedených) stavebních prací, též pouze prostřednictvím poddodavatele Metrostav a.s. jakožto jiné osoby ve smyslu § 83 ZZVZ.

Z předložených dokladů vyplývá závazek poddodavatele Metrostav a.s. jakožto jiné osoby ve smyslu § 83 ZZVZ k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele (blíže viz podrobný zápis o splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, na který hodnoticí komise odkazuje).

Z předložených dokladů vyplývá splnění požadavků na technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ také prostřednictvím poddodavatele Metrostav a.s. jakožto jiné osoby ve smyslu § 83 ZZVZ (blíže viz podrobný zápis o splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, na který hodnoticí komise odkazuje).«.

Posouzení věci

114. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že kvalifikací se ve smyslu § 28 odst. 1 písm. c) zákona rozumí způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku. Tento pojem tedy nezahrnuje pouze oprávnění k výkonu určité činnosti, ale např. i existenci doložitelných zkušeností či praxe dodavatele. Při posouzení splnění kvalifikace je nutné vždy reflektovat samotný účel tohoto institutu, kterým je objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu subjektů, jež poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Adekvátně nastavené kvalifikační předpoklady jsou tedy jakýmsi „sítem“, které má zamezit účasti subjektů neschopných danou veřejnou zakázku řádně splnit. Co se týče kritérií technické kvalifikace, jejich smyslem je pak konkrétně prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě (srov. § 79 odst. 1 zákona). K prokázání technické kvalifikace u veřejných zakázek na stavební práce může zadavatel podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona požadovat předložení seznamu poskytnutých stavebních prací (tzv. „referenčních zakázek“), přičemž nad rámec seznamu je u veřejných zakázek na stavební práce zákonem vyžadováno předložení osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z uvedených prací.
115. Úřad dále uvádí, že zadavatel posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení provádí na základě údajů a dokladů obsažených v nabídce (případně v doplnění či objasnění nabídky) a pokud zadavatel nemá žádné relevantní indicie zpochybňující správnost a úplnost předložených dokladů, nelze zadavateli nic vytknout, pokud konstatuje prokázání kvalifikace, potažmo splnění podmínek účasti v zadávacím řízení. Naopak, Úřad má se zřetelem k zásadě transparentnosti za to, že pokud v souvislosti s prokázáním kvalifikace konkrétního dodavatele vyvstanou na straně zadavatele jakékoliv pochybnosti, je nejen jeho možností, ale taktéž i jeho povinností tyto pochybnosti odstranit, a vědět jakým způsobem a zda účastník zadávacího řízení kvalifikační kritérium skutečně prokázal a splnil tak podmínky účasti v zadávacím řízení. Zákonem předvídaným způsobem je v této souvislosti zejména institut objasnění nabídky upravený v § 46 zákona.
116. S ohledem na výše uvedené Úřad přistoupil k posouzení okolností nyní šetřeného případu. V daném případě je pro posouzení případu rozhodné to, zda z dokumentace o zadávacím

řízení vyplývá, že zadavatel u vybraného dodavatele řádně posoudil, jakým způsobem prokázal splnění kritéria technické kvalifikace, resp. zda zadavatel u vybraného dodavatele dostatečně vyvrátil pochybnosti s tím související, tedy zda zadavatel u vybraného dodavatele řádně posoudil splnění podmínek účasti tak, jak předpokládá § 39 odst. 4 zákona.

117. V šetřeném případě zadavatel k prokázání technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona požadoval doložení realizace alespoň 3 stavebních prací obdobného charakteru minimálně v hodnotě 250 000 000 Kč bez DPH poskytnutých dodavatelem za posledních 5 let a (navíc či současně) 1 stavební práce, jejíž součástí byly stavební práce spočívající ve výstavbě či rekonstrukci kanalizace v délce minimálně 300 m (viz odstavec 97. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

118. Vybraný dodavatel v nabídce prokazoval technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona dvojím způsobem, jednak **prostřednictvím společnosti Metrostav a.s.**, jakožto jiné osoby podle § 83 zákona, a to referenčními zakázkami:

- „Stavba silnice S-7 Gdaňsk (A-I) – Elblag (S-22) úsek Koszwaly (státní silnice DK 7, sjezd Koszwaly) – Elblag (se sjezdem Kazimierzowo). Úkol č. 1: Koszwaly – nowy Dwór Gdaňsk“ (prokazováno společností Metrostav a.s.),
- „D8 – 0805 Lovosice – Řehlovice“ (prokazováno společností Metrostav a.s.),

ke kterým v nabídce předložil kopie 2 osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení stavebních prací a smlouvu o budoucí smlouvě, ve které se poddodavatel Metrostav a.s. zavázal k provedení zemních prací vztahujících se k přípravě a realizaci šetřené veřejné zakázky. V objasnění nabídky ze dne 7. 5. 2021 vybraný dodavatel tento seznam doplnil o další referenční zakázku

- »Modernizacja ciągu ulic Marsa-Żołnierska na odcinku węzeł „Marsa” – granica miasta – Etap II«,

k níž přiložil kopii osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení stavebních prací a Dodatek č. 1 smlouvy o budoucí smlouvě, ve které byl závazek společnosti Metrostav a.s. podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona rozšířen o „*provedení konstrukčních a obrusných vrstev vozovky a provedení nosné konstrukce mostu*“.

119. Na tomto místě považuje Úřad za vhodné uvést, že v obecné rovině doplňování dokladů k prokázání kvalifikace, tedy i nových referencí (referenčních listů) či závazku jiné osoby podle ve smyslu § 83 odst. 1 písm. d) zákona, které nebyly obsaženy v nabídce, je v rámci institutu objasnění či doplnění nabídky podle § 46 zákona možné, přičemž v této souvislosti Úřad odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu, viz např. rozhodnutí ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0451/2019/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0029/2020/VZ.

120. Zbývající část seznamu stavebních prací prokazoval **vybraný dodavatel samostatně** pomocí následujících referenčních zakázek nabytých na základě koupě části závodu nazývaného „Divize 4“ od společnosti Metrostav a.s.:

- „Dálnice D3 0309/I Bošilec – Ševětín“,
- „D48 Rybí – MÚK Rychaltice“,

- „D1 modernizace – úsek 03, EXIT 29 Hvězdovice – EXIT 34 Ostředek“,
- „D1 modernizace – úsek 06, EXIT 49 Psáře – EXIT 56 Soutice“,
- „Dálnice D11 1105/II Osičky – Hradec Králové v km 78,91 – 90,76“,

ke kterým v nabídce předložil osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení stavebních prací či jiné rovnocenné doklady. K prokázání dispozice referenčními zakázkami společnosti Metrostav a.s. předložil vybraný dodavatel zadavateli ověřenou kopii notářského zápisu NZ 435/2020 ze dne 25. 8. 2020, v němž společnost Metrostav a.s. a vybraný dodavatel souhlasně prohlašují, že na základě smlouvy o prodeji části závodu došlo k převodu části organizačního útvaru společnosti Metrostav a.s. nazývaného Divize 4 na vybraného dodavatele. Součástí nabídky vybraného dodavatele byly rovněž dokumenty vztahující se k pěti výše uvedeným referenčním zakázkám označené jako „Potvrzení o přechodu referencí v důsledku převodu části závodu“ ze dne 2. 9. 2020 a signované odpovědnými osobami společnosti Metrostav a.s. a vybraného dodavatele.

121. Zadavatel provedl posouzení splnění podmínek účasti a na základě dokladů předložených vybraným dodavatelem v nabídce k referenčním zakázkám nabytým na základě smlouvy o prodeji části závodu dospěl k závěru, že nemá za prokázané poskytnutí uvedených stavebních prací částí závodu společnosti Metrostav a.s. označované jako Divize 4, přechod práv k uvedeným stavebním pracím ze společnosti Metrostav a.s. na vybraného dodavatele a rovněž přechod odpovídajících personálních a technických kapacit ve vztahu k uvedeným stavebním pracím, a proto vyzval vybraného dodavatele podle § 46 zákona k objasnění nabídky (viz bod 103. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
122. Úřad k právě řečenému uvádí, že při posuzování možnosti přechodu referencí spolu s převáděnou částí závodu je třeba reflektovat smysl a účel technické kvalifikace, kterým je zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu subjektů, jež disponují lidskými zdroji, technickými prostředky, odbornými schopnostmi a zkušenostmi nezbytnými pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Tzn. aby opravdu reference danému subjektu svědčila, nemůže jít o tzv. „kupování kvalifikace“ (které je zapovězeno, viz např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 204/2014 ze dne 14. 5. 2015, jehož závěry lze mutatis mutandis aplikovat na problematiku přechodu referencí v návaznosti na převod závodu) v tom smyslu, aby pouhou dohodou smluvních stran došlo k převedení zkušeností nabytých při realizaci konkrétní referenční zakázky.
123. Úřad zdůrazňuje, že k přechodu referencí musí dojít na základě faktického stavu (reálné zkušenosti), a to za předpokladu, že na nabyvatele části závodu skutečně přešly v dostatečně relevantní míře prostředky převodce části závodu, které k plnění konkrétních referenčních zakázek tento předchůdce využíval. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 30 Af 138/2012 ze dne 19. 2. 2015, ve kterém rovněž zdůraznil, že pouhé sdělení o převodu části podniku k prokázání dispozice těmito prostředky nepostačuje (tento rozsudek se vztahoval k již neúčinné právní úpravě², která namísto pojmu „obchodní závod“ podle současné právní úpravy používala pojem „podnik“, pozn. Úřadu). Krajský soud v citovaném rozsudku dále uvedl, že takovým dokladem by „mohl“ být doklad o převodu části podniku. V navazujícím rozsudku č. j. 10 As 55/2015 ze dne 20. 8. 2015 pak Nejvyšší

² Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů

správní soud a contrario dovedl, že ani předložení dokladu o převodu části podniku nemusí nutně postačovat pro odstranění pochybností o kvalifikovanosti nabyvatele části podniku. Nejvyšší správní soud zde dále podotkl, že kvalifikovanost „nelze a priori dovozovat u subjektu, který doposud žádnou zakázku nezhotovil, a svou kvalifikaci odvíjí pouze od tvrzení, že převodem nabyl část podniku, která se (prý) v minulosti na takovýchto zakázkách podílela.“

124. Z výše citovaných rozsudků tedy vyplývá, že aby mohl zadavatel kvalifikovaně posoudit, zda nabyvateli části závodu svědčí referenční zakázky převodce, musí vždy disponovat doklady prokazujícími, že skutečně došlo k převodu odpovídajícího realizačního zázemí, které převodce k plnění daných referenčních zakázek využíval. Úřad zdůrazňuje, že takovým dokladem nemůže být prosté souhlasné prohlášení převodce a nabyvatele o přechodu referencí (jaké předložil vybraný dodavatel v nabídce), neboť z jeho obsahu nelze ověřit, v jakém rozsahu na vybraného dodavatele přešly prostředky, které převodce (společnost Metrostav a.s.) k realizaci převáděných referenčních zakázek využíval. Úřad dále uvádí, že ani notářský zápis NZ 435/2020 ze dne 25. 8. 2020, kterým vybraný dodavatel v nabídce dokládá nabytí části závodu společnosti Metrostav a.s., neobsahuje informace, ze kterých by bylo možno učinit závěr, že k přechodu referenčních zakázek skutečně došlo. Proto považuje Úřad za zcela správný postup zadavatele, který se nespokojil s doklady předloženými vybraným dodavatelem v jeho nabídce a požádal jej o doplnění nabídky o další doklady, které by tvrzený převod referenčních zakázek prokazovaly.
125. Úřad dále akcentuje, že aby bylo v daném případě možné učinit závěr o tom, že na vybraného dodavatele přešly referenční zakázky, které podle tvrzení společnosti Metrostav a.s. realizovala Divize 4, muselo by být současně prokázáno, že Divize 4 dotčené referenční zakázky skutečně samostatně plnila. Pro posouzení šetřeného případu tak Úřad považuje za zásadní zodpovězení otázky, zda měl zadavatel dostatek podkladů a informací, aby posoudil:
- 1) zda převodem dotčené referenční zakázky skutečně realizovala Divize 4, a
 - 2) zda došlo k převodu odpovídajícího realizačního zázemí, jež Divize 4 k plnění převodem dotčených referenčních zakázek využívala,
- resp. zda doklady předložené vybraným dodavatelem v nabídce a v objasnění jeho nabídky splnění podmínek pro akceptaci převodu referencí uvedených pod body 1) a 2) prokazují.
126. Vybraný dodavatel spolu s objasněním nabídky ze dne 7. 5. 2021 předložil zadavateli stovky dokumentů, jež mají prokazovat jednak realizaci převodem dotčených referenčních zakázek Divizí 4 a za druhé převod odpovídajících technických a personálních kapacit na vybraného dodavatele (podrobný seznam dokumentů předložených k jednotlivým referenčním zakázkám viz body 105. a 106. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a ze kterých vyplývají následující skutečnosti.
127. Podle „Pracovního postupu č. 19 / EŘ, Postupy účtování v Metrostav a.s.“, ze dne 4. 9. 2015 jsou základními účetními jednotkami společnosti organizační prvky, které jsou z hlediska rozlišení podle číslování charakterizovány šestimístným (sedmimístným na provozovně) číselným kódem, organizační prvek zakázky má označení osmimístné (devítimístné na provozovně), přičemž 1. – 2. znak kódu zakázky tvoří číslo prováděcí divize a 3. – 7. znak

pořadové číslo zakázky v rámci divize. Čísla (variabilní symboly) odběratelských faktur se pak zadávají ve tvaru DDRKČČČČ nebo DRRKČČČČ, kde počáteční číslice DD nebo D označují divizi, další pak rok, kód a pořadové číslo faktury. Vybraný dodavatel v objasnění nabídky uvedl, že číselné označení začínající číslicemi 04 nebo číslicí 4 označuje příslušnost k Divizi 4 v rámci společnosti Metrostav a.s. a stejně tak pro číselné řady razítek společnosti Metrostav a.s. platí, že pokud jeho číselné označení začíná číslicí 4 nebo číslicemi 04, jde o razítko přiřazené Divizi 4.

128. Vybraný dodavatel dále předložil k referenčním zakázkám dotčeným prodejem části závodu řadu (desítky) výnosových faktur, jež jsou mimo jiné označeny osmimístným číselným kódem (v některých případech totožným s variabilním symbolem) začínajícím číslicí 4 a dále jsou označeny razítky společnosti Metrostav a.s. se čtyřmístným kódem začínajícími číslicemi 04, což dokládá, že byly vystaveny účetními jednotkami (organizačními prvky) patřícími pod Divizi 4. Notářskými zápisy č. NZ 206/2021, č. NZ 210/2021, č. NZ 216/2021, č. NZ 214/2021 ze dne 27. 4. 2021 a notářským zápisem č. NZ 241/2021 ze dne 4. 5. 2021, sepsanými Mgr. Františkem Novotným, notářem se sídlem v Praze, pak byly osvědčeny výstupy z účetní evidence společnosti Metrostav a.s. „OW – účetní systém“, „Kniha nákladů a výnosů org. prvků detail“, které vždy ke každé konkrétní referenční zakázce (organizačnímu prvku) sestavili přehled výnosových faktur, evidovaných jako výnosy ze stavební činnosti, jejichž počty a evidenční čísla se shodují s jednotlivými fakturami předloženými vybraným dodavatelem ke každé referenční zakázce.
129. Notářskými zápisy č. NZ 205/2021, č. NZ 208/2021, č. NZ 215/2021, č. NZ 213/2021 ze dne 27. 4. 2021 a notářským zápisem č. NZ 240/2021 ze dne 4. 5. 2021, sepsanými Mgr. Františkem Novotným, notářem se sídlem v Praze, byly osvědčeny výstupy z interní evidence obchodních případů společnosti Metrostav a.s. „SOI – systém obchodních informací“, které dokládají, že převodem dotčené referenční zakázky byly v interní evidenci společnosti Metrostav a.s. evidovány jako zakázky realizované Divizí 4.
130. Zprávy o věcných zjištěních auditora PricewaterhouseCoopers Audit, s.r.o., (dále jen „zprávy auditora“) byly vyhotoveny na základě porovnání podrobného výpisu zakázkových kódů společnosti Metrostav a.s. převedených od 1. 9. 2020 na vybraného dodavatele a podrobného přehledu nákladů a výnosů účtovaných na tyto zakázkové kódy v jednotlivých letech 2013 – 2020. Tyto zprávy auditora potvrzují, a to jednotlivě pro každou z předmětných referenčních zakázek, že osmimístné zakázkové kódy (začínající číslicemi 04) patřily pod Divizi 4 společnosti Metrostav a.s., a zároveň na základě vybraného vzorku účetních dokladů (5 nákladových a 5 výnosových faktur) konstatují, že pod danými projektovými kódy byly vedeny stavební práce odpovídající předmětným referenčním zakázkám. Úřad pak z dokumentace o zadávacím řízení ověřil, že čísla auditorem namátkou vybraných výnosových faktur lze ztotožnit s čísly faktur uvedenými k jednotlivým referenčním zakázkám v Knize nákladů a výnosů a dále s jednotlivými fakturami doloženými vybraným dodavatelem ke každé referenční zakázce.
131. K námitce navrhovatele, že dokumentace způsobu účtování jednotlivých stavebních prací nevypovídá nic o tom, kým byly ve skutečnosti tyto stavební práce realizovány, Úřad uvádí, že participaci Divize 4 na realizaci referenčních zakázek, jež měly při prodeji části závodu přejít na vybraného dodavatele, potvrzují rovněž doklady dokumentující průběh předmětných stavebních prací. Ke každé jednotlivé referenční zakázce byl v objasnění

nabídky předložen stavební deník (SO 201, SO C231, SO 232, SO 202, SO 201.1), ve kterém je Divize 4 společnosti Metrostav a.s. uvedena jako zhotovitel a dále příkaz ředitele Divize 4 (č. 25/2017, č. 9/2018, č. 41/2008, č. 12/2015, č. 08/2016) vedoucímu projektu k realizaci stavebních prací. Nelze rovněž přehlédnout, že ve smluvních dokumentech k realizaci předmětných referenčních zakázek (např. prováděcí dohody k realizaci zakázky „Dálnice D3 0309/I Bošilec – Ševětín“, Smlouva o dílo ze dne ze dne 17. 5. 2017 a Společenská smlouva ze dne 19. 10. 2016 k realizaci zakázky „D48 Rybí – MÚK Rychaltice“, Společenská smlouva ze dne 2. 12. 2014 k realizaci zakázky „D1 modernizace – úsek 03, EXIT 29 Hvězdonice – EXIT 34 Ostředek“, Společenská smlouva ze dne 7. 9. 2015 k realizaci zakázky „D1 modernizace – úsek 06, EXIT 49 Psáře – EXIT 56 Soutice“) byla opakovaně zmiňována Divize 4, a to tak, že buď byla uvedena v kontaktní adrese, případně byli jako osoby oprávněné jednat za zhotovitele Metrostav a.s. uvedeni vedoucí pracovníci Divize 4 nebo byly tyto dokumenty opatřeny razítkem s číselným označením Divize 4. Všechny tyto shora uvedené indicie (nikoliv jednotlivě, ale v souhrnu) podle Úřadu svědčí o tom, že Divize 4 převodem dotčené referenční zakázky skutečně, a nikoliv jen tzv. „papírově“ (tj. podle účetních dokladů), jak namítá navrhovatel, realizovala.

132. Na základě výše uvedených dokladů lze učinit dílčí závěr, že vybraný dodavatel v rámci objasnění jeho nabídky předložil zadavateli dostatečné podklady k prokázání realizace převodem dotčených referenčních zakázek částí závodu společnosti Metrostav a.s. nazývaného Divize 4, z nichž vyplývá, že dotčené referenční zakázky skutečně realizovala Divize 4.
133. K prokázání přechodu referenčních zakázek vybraný dodavatel v objasnění nabídky předložil kopii smlouvy o prodeji části závodu, ve které byly začerněny všechny odstavce (č. 1. až 4.) článku III., „Kupní cena“, a dále vybrané části příloh č. 1 až 14 smlouvy, a notářský zápis osvědčující obsah této smlouvy. Z notářského zápisu o obsahu smlouvy vyplývá, že předmětem převodu je část závodu, která je součástí organizačního útvaru převodce (společnosti Metrostav a.s.) nazývaného Divize 4, zabývající se infrastrukturními projekty v silničním dopravním stavitelství, jež vykazuje hospodářskou a funkční samostatnost. Součástí závodu, jež je předmětem prodeje, jsou věci, práva, dluhy a právní vztahy specifikované v následujících přílohách č. 1 až 14 smlouvy:
- Příloha č. 1 – Seznam převáděného dlouhodobého hmotného majetku,
 - Příloha č. 2 – Seznam převáděného krátkodobého finančního majetku,
 - Příloha č. 3 – Seznam převáděných zásob,
 - Příloha č. 4 – Seznam převáděného softwaru a jiného nehmotného majetku,
 - Příloha č. 5 – Seznam převáděných obchodních smluv,
 - Příloha č. 6 – Seznam převáděných pohledávek,
 - Příloha č. 7 – Seznam převáděných dluhů,
 - Příloha č. 8 – Seznam přecházejících zaměstnanců,
 - Příloha č. 9 – Seznam vybraných referencí,
 - Příloha č. 10 – Seznam zadávacích a výběrových řízení,

- Příloha č. 11 – Seznam převáděných účastí v sdruženích/společnostech,
 - Příloha č. 12 – Seznam záruk zajišťujících závazky ze smluv a právních vztahů,
 - Příloha č. 13 – Seznam převáděných soudních sporů,
 - Příloha č. 14 – Seznam převáděných organizačních prvků.
134. V příloze č. 14 smlouvy – Seznam převáděných organizačních prvků – jsou v notářském zápise o obsahu smlouvy zachyceny vybrané organizační prvky, jež se podílely na realizaci převodem dotčených referenčních zakázek, a to: „D11 1105/II Osičky – H. Králové“, „SDR D1 Moder.-ús.03, Hvězdovice“, „D3 0309/I Bošilec-Ševětín SDR“, „SDR D1 úsek 06, Psáře-Soutice“ a „SDR Rybí – MÚK Rychaltice“. V přílohách smlouvy č. 5, č. 11 a č. 12 jsou pak uvedeny převáděné obchodní smlouvy, účasti ve sdruženích/společnostech a dále záruky zajišťující závazky ze smluv a právních vztahů, jež odpovídají organizačním prvkům a referenčním zakázkám dotčeným převodem. Vybraný dodavatel nadto v objasnění nabídky předložil ke každé z pěti převodem dotčených referenčních i prohlášení jednotlivých bank o trvání práv z bankovní záruky.
135. K příloze č. 8 smlouvy – Seznam přecházejících zaměstnanců – je v notářském zápise o obsahu smlouvy uvedeno, že obsahuje 534 položek (zaměstnanců) a dále je citován seznam 22 konkrétních (jmenovitě uvedených) převáděných zaměstnanců. K těmto konkrétním zaměstnancům dále vybraný dodavatel v objasnění nabídky ke každé z převodem dotčených referenčních zakázek (podrobný seznam dokladů viz odstavec 106. odůvodnění tohoto rozhodnutí) předložil pracovní smlouvy, z nichž vyplývá, že v době realizace referenčních zakázek byli tito zaměstnanci v pracovním poměru ke společnosti Metrostav a.s., a dále čestná prohlášení těchto zaměstnanců, že se podíleli ve vedoucích pozicích na realizaci převodem dotčených referenčních zakázek a od 1. 9. 2020 (tj. od data účinnosti smlouvy o prodeji části závodu, pozn. Úřadu) jsou zaměstnanci vybraného dodavatele. Úřad uvádí, že účast těchto zaměstnanců na realizaci převodem dotčených referenčních zakázek vyplývá nejen z čestných prohlášení, ale rovněž z řady dokladů dokumentujících průběh předmětných stavebních prací, předložených vybraným dodavatelem v rámci objasnění nabídky (zápisy o předání staveniště, stavební deníky, žádosti o souhlas se jmenováním zástupce zhotovitele, souhlasy objednatele se jmenováním zástupce zhotovitele, potvrzení o převzetí pro části stavby, příkazy ředitele Divize 4 k realizaci stavebních prací).
136. Na základě výše uvedeného má Úřad za to, že doklady předložené vybraným dodavatelem v objasnění nabídky k prokázání dispozice referencemi, jež měly na vybraného dodavatele přejít na základě smlouvy o prodeji části závodu, poskytují dostatek informací na to, aby zadavatel a následně Úřad mohl učinit závěr o prokázání technické kvalifikace vybraného dodavatele. Úřad uvádí, že ze smlouvy o prodeji části závodu, jejíž obsah byl osvědčen notářským zápisem, vyplývá, že v šetřeném případě nešlo o účelový „prodej“ referencí, ale že došlo k převodu části závodu včetně odpovídajícího realizačního zázemí (organizační prvky, hmotný majetek, finanční majetek, zaměstnanci) a rovněž závazků vztahujících se k předmětným referencím (obchodní smlouvy, účasti ve sdruženích/společnostech, bankovní záruky zajišťující závazky ze smluv a právních vztahů). Spolu s dalšími již zmíněnými doklady (účetní doklady, doklady dokumentující průběh realizace předmětných referenčních zakázek, pracovní smlouvy a čestná prohlášení zaměstnanců) pak vytvářejí logicky provázaný celek

svědčící o tom, že převodem dotčené referenční zakázky realizovala Divize 4 a dále o tom, že na vybraného dodavatele přešlo na základě smlouvy o prodeji části závodu odpovídající realizační zázemí, jež Divize 4 k plnění převodem dotčených referenčních zakázek využívala. Dle Úřadu při konstatování výše uvedeného nelze tedy považovat za nezákonný postup zadavatele, který na základě dokladů předložených vybraným dodavatelem v jeho nabídce učinil závěr, že vybraný dodavatel je oprávněn prokázat technickou kvalifikaci prostřednictvím referenčních zakázek nabytých na základě smlouvy o prodeji části závodu, přičemž zadavatel tento svůj postup v dokumentaci o zadávacím řízení (rozhodnutí o výběru dodavatele, oznámení o výběru dodavatele – citace viz odstavce 110., 111. a 112. odůvodnění tohoto rozhodnutí) náležitě odůvodnil.

137. K námitce navrhovatele, že k přechodu referenčních zakázek nemůže dojít, pokud nebude prokázáno, že došlo k převodu veškerých prostředků převodce části závodu, které k plnění konkrétních referenčních zakázek tento předchůdce využíval, jak se ostatně vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 30 Af 138/2012 ze dne 19. 2. 2015, Úřad uvádí, že při výkladu požadavku na převod „veškerých“ prostředků převodce části závodu, které k plnění konkrétních referenčních zakázek tento předchůdce využíval, se Úřad přiklonil k názoru vybraného dodavatele v jeho vyjádření k návrhu a k názoru vyjádřenému v odborném článku³, který reagoval na závěry Úřadu vyjádřené v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0513/2020/VZ ze dne 25. 1. 2021 (toto rozhodnutí bylo v řízení o rozkladu zrušeno, pozn. Úřadu). Úřad se domnívá, že výklad požadavku na prokázání převodu „veškerých“ prostředků převodce části závodu využívaných k plnění konkrétní referenční zakázky, jenž prezentuje ve svém návrhu navrhovatel, je v praxi neudržitelný, neboť by fakticky znemožňoval prokazování technické kvalifikace subjektům, jež nabyly část závodu od zhotovitele referenčních zakázek, a to z následujících důvodů. Je třeba si uvědomit, že obchodní závod, jakožto organizovaný soubor jmění, který slouží k provozování činnosti podnikatele⁴, není v čase stálý a neměnný, a proto nelze dle Úřadu trvat na tom, aby bylo prokazováno, že v rámci prodeje části závodu přešly na jeho nabyvatele přesně ty prostředky, ať už se jedná o personální, finanční či materiální zdroje, které byly využity k realizaci určitých referenčních zakázek třeba před 5 či více lety, neboť převodce těmito prostředky ve stejném složení a rozsahu už nemusí disponovat. Skutečnost, že v průběhu času v obchodním závodu dochází k přirozené obměně personálních zdrojů, materiálního vybavení či dalších prostředků využívaných podnikatelem k jeho činnosti, nemůže jít k tíži nabyvatele části obchodního závodu, který by nebyl schopen prokázat, že na něho přešly „veškeré“ prostředky převodce části závodu, které tento kdysi v minulosti pro realizaci referenčních zakázek využíval. Naopak, kdyby Úřad přijal výklad zastávaný navrhovatelem, tak jak jej prezentuje v návrhu a ve svých vyjádřeních ze dne 27. 8. 2021 a 30. 9. 2021, dle Úřadu by to vedlo k tomu, že by takový přístup bránil inovacím a v konečném důsledku tedy i ke snížení efektivity hospodářské soutěže, což by se pak zcela míjelo s účelem právní úpravy veřejného zadávání. I z tohoto důvodu se proto Úřad domnívá, že požadavek na přechod veškerého realizačního zázemí převodce nelze vykládat „absolutisticky“, ale vždy s nezbytnou mírou racionality, tj. v šetřeném případě je třeba posuzovat to, jestli došlo

³ HARNACH, Jiří, TRÁVNÍČKOVÁ, Kristýna. Přechod referencí při přechodu části závodu. Veřejné zakázky. Roztoky: Procurement Publishing, s.r.o., 2021, č. 3, s. 69–71. ISSN 1803-6724.

⁴ § 502 občanského zákoníku

k převodu té části závodu (a to včetně odpovídajícího realizačního zázemí), která referenční zakázku skutečně realizovala a která díky tomu disponuje potřebnými zkušenostmi, a nikoliv zkoumat jednotlivosti, tj. posuzovat převod každého jednotlivého zaměstnance či technického vybavení, jež bylo využito převodcem k realizaci dané referenční zakázky. Úřad vzal v úvahu rovněž to, že ani v ostatních případech, tj. v případech, kdy k převodu části závodu nedochází, se skutečnost, zda dodavatel disponuje totožným realizačním zázemím jako v době plnění referenční zakázky, u referenčních zakázek neprokazuje a zadavatel ji není povinen při posouzení podmínek účasti zkoumat, neboť i kdyby k tomu došlo, tak to nezpůsobuje nekvalifikovanost dodavatele. Proto, jde-li ve svých důsledcích o obdobnou situaci, dle Úřadu není žádný logický a racionální důvod postupovat přísněji vůči nabyvateli části obchodního závodu, který se prokazuje získanými referencemi.

138. Úřad rovněž poukazuje na závěry uvedené v rozhodnutí Úřadu sp.zn.ÚOHS-S247,293,294,295,296,297,298/2013/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R426/2013/VZ: *„Úřad v této souvislosti zdůrazňuje, že prokázání technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona nelze zaměňovat s faktickým plněním předmětu veřejné zakázky. Jinými slovy, v daném konkrétním případě má reference o poskytnutých právních službách předkládat navrhovatel (právnícká osoba), jehož jménem a na jehož účet jsou tyto služby poskytovány a který za ně též odpovídá, lhotejno kým konkrétně jsou dané služby poskytovány. Jestliže tedy dané právní služby poskytoval jménem společnosti konkrétní zaměstnanec v pozici advokátního koncipienta, který z dané společnosti poté odejde, reference nadále zůstávají této společnosti a je její povinností zajistit kontinuitu poskytování těchto právních služeb jiným obdobně fundovaným zaměstnancem, aby byla i nadále schopna fakticky plnit předmět veřejné zakázky.“* Z citovaného textu vyplývá, že referenční zakázka jakožto zkušenost s určitým plněním není vázána na konkrétní zaměstnance, kteří se na plnění zakázky podíleli, ale náleží právnícké osobě (závodu) jako celku. Uvedené závěry rovněž podporují názor Úřadu, že pro posouzení přechodu referenčních zakázek v případě prodeje části závodu není rozhodný přechod všech konkrétních zaměstnanců či technického vybavení využívaného pro plnění převodem dotčené referenční zakázky, ale právě skutečnost, zda přešla ta část závodu, která se na plnění předmětné referenční zakázky podílela, a to vč. odpovídajícího realizačního zázemí.
139. K námitce navrhovatele týkající se možné existence odkládacích či rozvazovacích podmínek ve smlouvě o prodeji části závodu, která nebyla zadavateli předložena v úplném znění, Úřad uvádí, že si v průběhu správního řízení od vybraného dodavatele vyžádal úplné znění smlouvy, které je vyjma částí obsahujících obchodní tajemství vybraného dodavatele součástí podkladů pro vydání rozhodnutí a ze kterého lze ověřit, že žádné rozvazovací či odkládací podmínky neobsahuje. Úřad upřesňuje, že v souladu s § 271 odst. 2 zákona, podle kterého je Úřad povinen činit opatření, aby obchodní tajemství nebylo porušeno, neučinil podkladem pro rozhodnutí odst. 1. čl. III smlouvy obsahující cenové ujednání a dále přílohy č. 1 až 14, které obsahují pouze výčet jednotlivých položek, a nikoliv text, ve kterém by se mohla „skrývat“ navrhovatelem zmiňovaná rozvazovací či odkládací podmínka. Úřad dále uvádí, že při posuzování obsahu smlouvy o prodeji části závodu vycházel v části příloh č. 1. až 14 z obsahu notářského zápisu č. NZ 252/2021 ze dne 7. 5. 2021, který má podle § 6 odst. 1 zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů, charakter veřejné listiny. Podle § 568 občanského

zákoníku pak platí, že je-li nějaká skutečnost potvrzena ve veřejné listině, zakládá to vůči každému plný důkaz o původu listiny od orgánu nebo osoby, které ji zřídily, o době pořízení listiny, jakož i o skutečnosti, o níž původce veřejné listiny potvrdil, že se za jeho přítomnosti udála nebo byla provedena, dokud není prokázán opak.

140. K námitce navrhovatele, že k přechodu referenčních zakázek na vybraného dodavatele mohlo dojít až na základě prokázání faktického předání a převzetí výrobních prostředků, tj. předložení předávacího protokolu, Úřad sděluje, že podle § 2180 občanského zákoníku je-li kupující zapsán ve veřejném rejstříku, je pro nabytí vlastnického práva k závodu rozhodující okamžik zveřejnění údaje, že uložil doklad o koupi závodu do sbírky listin podle jiného právního předpisu, a nikoliv faktické předání součástí závodu.
141. K tvrzení navrhovatele, že doklady předložené vybraným dodavatelem k prokázání přechodu referenčních zakázek (výstupy z účetní evidence osvědčené notářskými zápisy, faktury, zprávy auditora, výstupy z interní evidence) postrádají prvek objektivitu, jak vyžaduje rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0513/2020/VZ, neboť byly vyhotoveny vybraným dodavatelem, Úřad uvádí, že citované rozhodnutí Úřadu nenabývá právní moci, neboť bylo v řízení o rozkladu zrušeno, a tudíž závěry v něm uvedené nelze považovat za rozhodovací praxi Úřadu. Úřad však především zdůrazňuje, že si není vědom toho, že by tento požadavek byl v citovaném zrušeném rozhodnutí Úřadu vůbec vysloven. Nadto lze uvést, že požadavek, aby všechny doklady, které předkládají účastníci v zadávacím řízení k prokázání kvalifikace, byly vyhotoveny výhradně subjektem odlišným od účastníka zadávacího řízení, by fakticky vedl v některých specifických případech ke znemožnění prokazování kvalifikace v zadávacím řízení. Vždy je třeba zohledňovat, co je osvědčováno, a zda je vůbec možné získat informace od odlišných subjektů.
142. K názoru navrhovatele, že Divize 4 nemohla realizovat převodem dotčené referenční zakázky zcela samostatně bez zapojení ostatních specializovaných divizí společnosti Metrostav a.s., Úřad uvádí, že z dokladů předložených vybraným dodavatelem v jeho nabídce a v objasnění nabídky účast jiných divizí než Divize 4 na realizaci předmětných referenčních zakázek neplyne, a zároveň dokumenty⁵ předložené navrhovatelem na podporu jeho tvrzení se vyjadřují pouze obecně a nezmiňují konkrétně žádnou z převodem dotčených referenčních zakázek.
143. K navrhovatelem doložené fotodokumentaci z aktuálně realizovaných staveb, u nichž mělo dojít k právnímu nástupnictví vybraného dodavatele v souvislosti s tvrzeným převodem části Divize 4, na které je dle názoru navrhovatele veškerá zdokumentovaná stavební technika nadále opatřena polepy společnosti Metrostav a.s., Úřad poukazuje na skutečnost, že vybraný dodavatel na své webové prezentaci⁶ a rovněž na písemnostech zasílaných zadavateli v průběhu zadávacího řízení (např. objasnění nabídky) používá logo s nápisem „METROSTAV“, jež označuje jeho příslušnost ke společnosti Metrostav a.s. jakožto mateřské společnosti, a jedná se o stejné logo, jaké je vyobrazeno na navrhovatelem doložené

⁵ „Znalecký posudok 33/2019 vo veci stanovenia hodnoty časti podniku spoločnosti Metrostav a.s., Koželužská 2450/4, 180 00 Praha 8, predstavovanej strediskom „S04“ jej organizačnej zložky Metrostav a.s. – organizačná zložka Bratislava“ a Zpráva o vztazích společnosti Metrostav Infrastructure a.s. mezi ovládající osobou a osobou ovládanou a mezi ovládanou osobou a osobami ovládanými stejnou ovládající osobou za účetní období kalendářního roku 2020

⁶ viz <https://www.m-infra.cz>

fotodokumentaci. Pouze z této skutečnosti tedy dle Úřadu nelze vyvodit, že zdokumentovaná stavební technika nepřešla do vlastnictví vybraného dodavatele.

144. K názorům státního zástupce a soudu vyjádřeným v usnesení Vrchního soudu v Praze č. j. 5 To 7/2020-24134 ze dne 3. 2. 2021 týkající se převodu činnosti společnosti Metrostav a.s. na vybraného dodavatele, na něž navrhovatel odkazuje, Úřad uvádí, že v citovaném usnesení (kde obžalovaným byla společnost Metrostav a.s. a nikoliv vybraný dodavatel) byla řešena otázka přechodu trestní odpovědnosti, nikoliv otázka kvalifikovanosti vybraného dodavatele v návaznosti na převod části závodu, přičemž Vrchní soud v Praze zde konstatoval, že k otázce možného přechodu trestní odpovědnosti nebylo v daném případě provedeno dokazování a tuto otázku přenechal na posouzení soudu prvního stupně v dalším řízení. Navrhovatelem citované usnesení tedy neobsahuje žádné závěry aplikovatelné na problematiku řešenou v tomto správním řízení.
145. Navrhovatel dále poukazuje na vyjádření společnosti Metrostav a.s. v citovaném usnesení Vrchního soudu v Praze, kde společnost Metrostav a.s. uvedla, že předmětem převodu byla část Divize 4, jejíž tržby v letech 2017 až 2019 činily průměrně pouze 9,2 % tržeb společnosti Metrostav a.s. K tomu Úřad uvádí, že tento údaj není ve výrazném nepoměru k celkovému počtu divizí společnosti Metrostav a.s., kterých bylo dle výročních zpráv společnosti Metrostav a.s. z let 2017 až 2019⁷ celkem osm (Divize 1, Divize 3, Divize 4, Divize 5, Divize 6, Divize 8, Divize 9, Divize 11). Navrhovatel dále uvedl, že tvrzený podíl 9,2 % odpovídá přibližně jedné třetině tržeb Divize 4, proto je zpochybněn převod referenčních zakázek, když na vybraného dodavatele měla přejít pouze jedna třetina Divize 4. K tomu lze podotknout, že v článku „Jsem pracovní sportovec“⁸ ze dne 26. 7. 2017 Ing. Josef Neuwirth, který byl od roku 2001 v čele Divize 4, uvedl, že větší část obratu generuje Divize 4 v zahraničí, konkrétně v Polsku, přičemž zmiňuje celkový obrat Divize 4 kolem 4,7 miliard v roce 2016 a současný roční obrat 1,5 miliardy (tj. v poměru cca 32 % k celkovému obratu z roku 2016) ze zakázek realizovaných Divizí 4 v České republice. Vybraný dodavatel přitom v objasnění nabídky uvedl, že předmětem smlouvy o prodeji části závodu byla část Divize 4 zabývající se infrastrukturními projekty v silničním dopravním stavitelství, ze které byly vyčleněny organizační útvary, pod něž spadaly zakázky realizované Divizí 4 v zahraničí. Úřad se tedy vzhledem k právě uvedenému nedomnívá, že by údaje vztahující se k výši obratu části Divize 4 převáděné na vybraného dodavatele mohly zpochybnit závěry Úřadu učiněné v tomto rozhodnutí, když předmětem převodu byla část Divize 4, jež realizovala zakázky v České republice a vybraný dodavatel k prokázání technické kvalifikace předložil referenční zakázky realizované výhradně v tuzemsku.
146. K námitkám navrhovatele obsaženým v jeho vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 30. 9. 2021 týkajícím se způsobilosti dokladů (referenčních listů a jiných obdobných dokladů) předložených vybraným dodavatelem k prokázání technické kvalifikace, kde zejména zpochybňuje tyto doklady z důvodu, že referenční zakázky byly realizovány ve sdružení dodavatelů a není z nich patrné, jaké práce a zda vůbec byly provedeny společností Metrostav a. s., Úřad uvádí, že se jedná o nově namítané skutečnosti, které jsou v rozporu s původně vedenou argumentační linií uvedenou v námitkách a návrhu (viz bod 22. návrhu

⁷ veřejně dostupných ve Sbírce listin Obchodního rejstříku na <https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik>

⁸ <https://www.metrostav.cz/cs/pro-media/995-jsem-pracovni-sportovec>

„Vybraný dodavatel předložil k prokázání výše uvedené technické kvalifikace referenční zakázky a doklady, ze kterých je již na první pohled patrné, že žádnou z doložených referenčních zakázek nerealizoval Vybraný dodavatel, nýbrž všechny doložené referenční zakázky realizovala společnost Metrostav a.s.“), když původně zpochybňoval prokázání technické kvalifikace vybraným dodavatelem pouze s ohledem na prodej části závodu společnosti Metrostav a.s. Zároveň Úřad podotýká, že se nejedná o argumentaci, kterou by navrhovatel nemohl uplatnit dříve, neboť informace o tom, že konkrétní veřejné zakázky byly realizovány ve sdružení dodavatelů, byly zachyceny v dokumentu „PODROBNÝ ZÁPIS O POSOUZENÍ SPLNĚNÍ PODMÍNEK ÚČASTI V ZADÁVACÍM ŘÍZENÍ Č. 2“ ze dne 17. 5. 2021, se kterým byl navrhovatel seznámen již v době před podáním námitek a návrhu v šetřené věci, neboť tvořil přílohu oznámení o výběru dodavatele. Úřad k tomuto závěrem poznamenává, že jak námitky navrhovatele, tak ani návrh nesměřují vůči tomu, jaké práce a zda vůbec byly provedeny společností Metrostav a.s., ale, jednoduše řečeno, vůči „nerealizování“ referenčních zakázek vybraným dodavatelem, a proto Úřad s ohledem na ustanovení § 251 odst. 4 zákona k výše uvedeným námitkám navrhovatele obsaženým v jeho vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 30. 9. 2021 nepřihlédl a ve svém rozhodnutí vycházel z navrhovatelem tvrzeného porušení zákona obsaženého v návrhu (tj. „nerealizování“ referenčních zakázek vybraným dodavatelem), jenž vymezuje předmět tohoto správního řízení.

147. S ohledem na skutečnost, že Úřad v šetřeném případě dospěl k závěru, že vybraný dodavatel prokázal technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona seznamem stavebních prací, jež na vybraného dodavatele přešly na základě smlouvy o prodeji části závodu, nepovažuje Úřad za účelné vyjadřovat se k argumentaci navrhovatele k nemožnosti prokázat technickou kvalifikaci zcela prostřednictvím společnosti Metrostav a.s., jakožto jiné osoby podle § 83 zákona.
148. Úřad tedy uzavírá, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když na základě dokladů předložených vybraným dodavatelem v nabídce a v objasnění nabídky ze dne 7. 5. 2021 týkajících se prokázání kvalifikačního předpokladu podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona konstatoval, že vybraný dodavatel splnil podmínky účasti v zadávacím řízení.

K údajné nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách

Relevantní ustanovení právních předpisů

149. Podle § 242 odst. 2 zákona platí, že námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.
150. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

151. Navrhovatel proti rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 27. 5. 2021, oznámení o výběru dodavatele ze dne 30. 5. 2021, posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele

v zadávacím řízení, posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele a všem souvisejícím a následným úkonům zadavatele podal námítky ze dne 14. 6. 2021, jež byly zadavateli doručeny téhož dne. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 24. 6. 2021, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne, tyto námítky odmítl.

Posouzení věci

152. Navrhovatel se v návrhu rovněž vymezuje vůči rozhodnutí o námitkách, které považuje za nezákonné a nepřezkoumatelné.
153. V obecné rovině Úřad uvádí, že námítky jako procesní institut představují primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námítky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá, a své rozhodnutí odůvodnit v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona) tak, aby bylo zpětně přezkoumatelné. Úřad v této souvislosti odkazuje na ustálenou judikaturu (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 č. j. 1 Afs 45/2010 – 159), podle které požadavek transparentnosti „(...) není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“ Tato povinnost zadavatele, dovoditelná již ze samotných zásad zadávání veřejných zakázek, je v § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem, aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem v nich uvedeným.
154. Úřad přezkoumal rozhodnutí o námitkách v návaznosti na jeho zákonné obsahové požadavky podle § 245 odst. 1 zákona, a má za to, že zadavatel požadavku na přezkoumatelnost odůvodnění rozhodnutí dostal. Neomezil se totiž na pouhé obecné sdělení, že námítky navrhovatele odmítá, avšak své rozhodnutí opřel o konkrétní skutečnosti, jimiž vyvrací tvrzení navrhovatele v jeho námitkách. Zadavatel se v rozhodnutí o námitkách samostatně vyjádřil k oběma bodům označeným navrhovatelem jako „Vadné posouzení splnění podmínek účasti Vybraného dodavatele v Zadávacím řízení“ a „Vadné posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny“, a to pod totožně označenými nadpisy. Konkrétně k námitce označené „Vadné posouzení splnění podmínek účasti Vybraného dodavatele v Zadávacím řízení“ se zadavatel vyjádřil v rozhodnutí o námitkách na stranách 6 až 10, k námitce označené „Vadné posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny“ potom na stranách 10 až 12. V rámci svého vypořádání nejdříve uvedl námítky navrhovatele na stranách 2 až 5 rozhodnutí o námitkách a poté k nim samostatně na řečených stranách 6 až 10, resp. 10 až 12 předestřel svůj vlastní podrobný komentář, proč dané námitce nemůže vyhovět.
155. Námítky navrhovatele, že postrádá vyjádření zadavatele k některým konkrétním svým citovaným větám s tím, že zadavatel v těchto případech odkázal na svou argumentaci výše, nemohou v kontextu celkového obsahu rozhodnutí o námitkách navrhovatele obstát.
156. Úřad v této souvislosti dále odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-R0205/2019/VZ ze dne 17. 1. 2020, v němž mj. uvedl: „Není možné a především není účelné vyžadovat po zadavateli, aby větu od věty a slovo od slova vypořádával často velmi obsáhle podané námítky zadavatele, pokud mu dá v celkovém kontextu odpovědi na všechny jeho námítky, přičemž vyvrátí nebo potvrdí jeho úmysl zahájit správní řízení. (...) Opakuji tedy, že ač je samozřejmě po zadavateli nutno požadovat vyjádření ke všem navrhovatelovým

námitkám, není účelem institutu námitek a rozhodnutí o nich, zahlcovat zadavatele rozsáhlými podáními, na jejichž každou větu by bylo nutné podrobně odpovídat. Takový postup by byl absurdní, zneužitelný a byl by v rozporu jak se smyslem institutu námitek, tak se zásadami zadávání veřejných zakázek.“

157. Pokud tedy navrhovatel uvádí řadu námitek, z nichž některé spolu úzce souvisí, je nadbytečné, aby byly takové námitky jednotlivě a podrobně vypořádávány, pokud je jinak komplexně postihnuto gros argumentace navrhovatele, což dle mínění Úřadu zadavatel v rozhodnutí o námitkách učinil dostatečně. Systematika rozhodnutí o námitkách je jasná a přehledná, jeho obsah je srozumitelný a dostatečně podrobný, čemuž nasvědčuje i fakt, že navrhovatel s obsahem rozhodnutí o námitkách následně polemizuje ve svém návrhu. Skutečnost, že navrhovatel s argumentací zadavatele uvedenou v rozhodnutí o námitkách i nadále nesouhlasí, nemůže být důvodem pro konstatování nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách, které se dostatečně podrobně a přehledně námitkami navrhovatele zabývá. Tuto námitku navrhovatele směřující proti rozhodnutí o námitkách Úřad proto neshledal případnou.

Posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele

Relevantní ustanovení právních předpisů

158. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
159. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí mimořádně nízkou nabídkovou cenou nabídková cena nebo náklady uvedené účastníkem zadávacího řízení, které se jeví jako mimořádně nízké ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.
160. Podle § 46 odst. 1 zákona zadavatel může 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. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.
161. Podle § 48 odst. 4 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud nabídka účastníka zadávacího řízení obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, která nebyla účastníkem zadávacího řízení zdůvodněna.
162. Podle § 113 odst. 1 zákona posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel provede před odesláním oznámení o výběru dodavatele.
163. Podle § 113 odst. 4 zákona zadavatel požádá účastníka zadávacího řízení o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny. Žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny se považuje za žádost podle § 46 zákona, lze ji doplňovat a vznést opakovaně. V žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny musí zadavatel požadovat, aby účastník zadávacího řízení potvrdil, že
- a) při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a

- b) neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu.
164. Podle § 113 odst. 5 zákona účastník zadávacího řízení musí v objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny potvrdit skutečnosti podle odstavce 4. Mimořádně nízkou nabídkovou cenu může účastník zadávacího řízení dále odůvodnit zejména prostřednictvím
- a) ekonomických aspektů výrobního procesu, poskytovaných služeb nebo konstrukčních metod,
 - b) použitých technických řešení nebo výjimečně příznivých podmínek, které má účastník zadávacího řízení k dispozici pro plnění veřejné zakázky, nebo
 - c) originality stavebních prací, dodávek nebo služeb.
165. Podle § 113 odst. 6 zákona zadavatel posoudí objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Zadavatel účastníka zadávacího řízení vyloučí, pokud z objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny vyplývá, že
- a) nabídková cena je mimořádně nízká nabídková cena z důvodu porušování povinností uvedených v § 113 odst. 4 písm. a) zákona,
 - b) nabídková cena je mimořádně nízká z důvodu veřejné podpory a účastník zadávacího řízení není schopen na výzvu zadavatele prokázat, že veřejná podpora byla poskytnuta v souladu s předpisy Evropské unie; jestliže je účastník zadávacího řízení vyloučen z tohoto důvodu, informuje zadavatel o této skutečnosti Evropskou komisí, nebo
 - c) neobsahuje potvrzení skutečností podle § 113 odst. 4 zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

166. Podle bodu II.1.5 oznámení o zahájení zadávacího řízení uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 15. 2. 2021 pod ev. č. Z2021-005710 předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila 516 410 887,32 Kč bez DPH.
167. Zadavatel stanovil v odstavcích 9.1.4. a 9.1.5. textové části zadávací dokumentace: *„Nabídková cena musí obsahovat veškeré náklady dodavatele nutné k řádnému a včasnému provedení veřejné zakázky. Nabídková cena obsahuje předpokládaný vývoj cen až do konce platnosti smlouvy o dílo, rovněž obsahuje i předpokládaný vývoj kurzů české koruny k zahraničním měnám až do konce platnosti smlouvy o dílo.*
- Nabídková cena rovněž zahrnuje cenu za zařízení staveniště, vodné, stočné, elektrickou energii, odvoz a likvidaci odpadů, náklady na skládky sutě a vybouraných hmot až do skutečného skončení díla, náklady na zhotovování, výrobu, obstarání, přepravu věcí, zařízení, materiálů, dodávek, náklady na případné dopravní značení, náklady na zřízení identifikační tabule na staveništi a jakékoliv další výdaje potřebné pro realizaci veřejné zakázky.“*
168. Ze zprávy o hodnocení nabídek ze dne 9. 4. 2021 vyplývá, že nabídky byly hodnoceny podle jejich ekonomické výhodnosti na základě nejnižší nabídkové ceny. Na 1. místě se umístila nabídka vybraného dodavatele s nabídkovou cenou 358 702 820,32 Kč bez DPH, na 2. místě skončila nabídka navrhovatele s nabídkovou cenou 424 424 424,02 Kč bez DPH, na 3. místě potom skončila nabídka dodavatele STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Kačírkova 982/4, 158 00 Praha 5, s nabídkovou cenou 479 213 903,45 Kč bez DPH.

169. V protokolu o jednání hodnotící komise č. 2 ze dne 16. 4. 2021 je uvedeno, že hodnotící komise přistoupila k posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení u účastníka, který se umístil na 1. místě na základě výsledku hodnocení nabídek, tj. u vybraného dodavatele. Hodnotící komise dále posoudila nabídku z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny a konstatovala, že nabídka vybraného dodavatele obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Hodnotící komise proto pověřila zástupce zadavatele k odeslání žádosti o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny podle § 46 zákona ve spojení s § 113 zákona vybranému dodavateli.
170. V dokumentu „ŽÁDOST O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY PODLE § 113 ZZVZ“ ze dne 26. 4. 2021 (dále jen „žádost o zdůvodnění MNNC“) zadavatel uvedl, že hodnotící komise shledala při posouzení nabídkové ceny vybraného dodavatele, že ve své nabídce uvedl celkovou nabídkovou cenu, která se jeví jako mimořádně nízká ve vztahu k předmětu veřejné zakázky mimo jiné proto, že v celkové výši činí méně než 72 % předpokládané hodnoty stanovené zadavatelem, resp. ceny v místě a čase obvyklé, resp. v některých významných položkách méně než 5 % předpokládané hodnoty stanovené zadavatelem, resp. ceny v místě a čase obvyklé, resp. proto, že v některých významných položkách nedosahuje ani výše zákonných poplatků. Dále zadavatel uvedl, že některé položky, které mají podstatný vliv na celkovou nabídkovou cenu, jsou oceněny tak mimořádně nízkou cenou, že zadavateli vznikly důvodné pochybnosti, zda bude dodavatel schopen veřejnou zakázku za takových podmínek realizovat řádně, včas a s přiměřeným ziskem.
171. Zadavatel v žádosti o zdůvodnění MNNC specifikoval, že požaduje objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny položky „12373.R ODVOZ NA SKLÁDKU“ a vysvětlení dalších technických souvislostí následovně:
- „Jakým způsobem uvažuje účastník provádět odvoz vytěženého materiálu z prostoru staveniště?
Projednal účastník tuto problematiku se zástupci místních skládek s ohledem na jejich možnosti a kapacity?
Uvažuje účastník s jiným postupem při výstavbě – např. odvozem a zapracováním odpadu v rámci jiné stavby, případně jiným využitím?“*
172. Zadavatel svůj dotaz citovaný v předchozím odstavci tohoto rozhodnutí podrobněji odůvodnil takto: „V rámci stavby má dojít k uložení celkem 213 tis. tun ostatního odpadu na skládku. V rámci projektové dokumentace zadavatel hodnotil možnosti uložení veškerého vytěženého materiálu na místní, případně jiné skládky v dojezdové vzdálenosti.
- Skládka umístěná nejbližšího prostoru stavby se nachází přímo v obci Čebín (Čebín č.p. 456), nicméně tato skládka rozhodně není schopna pojmout veškerý vytěžený materiál ve výše uvedeném množství.*
- Proto zadavatel uvažoval v zadávací dokumentaci s alternativní variantou využití jiných skládek v okolí, pro které byla do rozpočtu vyčleněna položka pro odvoz 12373.R ODVOZ NA SKLÁDKU.*
- Zadavatel vycházel z ceny v místě a čase obvyklé, tj. ceny ve výši 30 Kč bez DPH / 1 T / 1 km. Na základě této ceny zadavatel stanovil jednotkovou cenu této položky v rámci kontrolního*

položkového rozpočtu pro účely stanovení předpokládané hodnoty ve výši 300 Kč bez DPH / 1 T, která byla uvažována na pokrytí veškerých dalších odvozů po naplnění kapacit místní skládky.

Účastník v nabídce ocenil tuto položku cenou ve výši 28,28 Kč bez DPH / 1 T, tj. v úrovni nižší než 10 % předpokládané hodnoty, resp. ceny v místě a čase obvyklé, přičemž tato cena neodpovídá ani variantě, že by místní skládka v obci Čebín pojala veškeré množství vytěženého materiálu (v této souvislosti zadavatel opětovně poukazuje na nedostatečnou kapacitu této skládky).“.

173. Zadavatel v žádosti o zdůvodnění MNNC dále specifikoval, že požaduje objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny položky „014122 POPLATKY ZA SKLÁDKU TYP S-OO (OSTATNÍ ODPAD)“, což okomentoval takto: „V rámci stavby má dojít k uložení celkem 213 tis. tun ostatního odpadu na skládku. Podle oficiálního ceníku skládky v obci Čebín (Čebín č.p. 456) je cena za uložení 1 T odpadu, druh Zemina a kamení, kat. č. 170504: 363 Kč vč. DPH / 1 T, tj. 300 Kč bez DPH / 1 T, což je cena, kterou zadavatel uvažoval v rámci kontrolního položkového rozpočtu pro účely stanovení předpokládané hodnoty.

Účastník v nabídce ocenil tuto položku cenou ve výši 12,30 Kč bez DPH / 1 T, tj. v úrovni nižší než 5 % předpokládané hodnoty, resp. ceny v místě a čase obvyklé.“.

174. V žádosti o zdůvodnění MNNC zadavatel rovněž požadoval objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny položky „014132 POPLATKY ZA SKLÁDKU TYP S-NO (NEBEZPEČNÝ ODPAD)“, a to zejména s ohledem na zákonné odvody a ceny v místě a čase obvyklé. Zadavatel k tomuto dotazu dále uvedl: „Účastník v nabídce ocenil tuto položku cenou ve výši 98,37 Kč bez DPH / 1 T, tj. v úrovni řádově nižší než je předpokládaná hodnota, resp. cena v místě a čase obvyklá, přičemž tato cena neodpovídá ani právními předpisy stanoveným povinným složkám ceny za uložení nebezpečného odpadu.“.

175. Zadavatel v žádosti o zdůvodnění MNNC závěrem specifikoval, že požaduje objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny položky „17180 ULOŽENÍ SYPANINY DO NÁSYPŮ Z NAKUPOVANÝCH MATERIÁLŮ“. Zadavatel dále požadoval „objasnění, z jakého důvodu jsou v různých SO různé jednotkové ceny pro totožný materiál.“.

176. Svůj dotaz citovaný v předchozím odstavci tohoto rozhodnutí zadavatel dále odůvodnil, že „vycházel z ceny v místě a čase obvyklé, tj. ceny ve výši 541 Kč bez DPH / 1 m³ podle OTSKP, aktualizace 2019. Na základě této ceny zadavatel stanovil jednotkovou cenu této položky v rámci kontrolního položkového rozpočtu pro účely stanovení předpokládané hodnoty ve výši 541 Kč bez DPH / 1 m³.

Účastník v nabídce ocenil položku 17180 ULOŽENÍ SYPANINY DO NÁSYPŮ Z NAKUPOVANÝCH MATERIÁLŮ v rámci různých stavebních objektů cenou ve výši v rozmezí 221,71 - 381,56 Kč bez DPH / 1 m³, tj. v úrovni cca 41 a 70 % předpokládané hodnoty, resp. ceny v místě a čase obvyklé, resp. v úrovni cca 56 % ceny jiného účastníka

Podle ceníku kamenolomu Lomnička – Tišnov jsou ceny v úvahu přicházejících materiálů, které zadavatel uvažoval v rámci kontrolního položkového rozpočtu pro účely stanovení předpokládané hodnoty:

0 – 32 185 Kč / T = 407 Kč / m³

0 – 32 MZK 320 Kč / T = 704 Kč / m³

$0 - 63\ 205\ \text{Kč} / T = 451\ \text{Kč} / \text{m}^3$

$0 - 125\ 230\ \text{Kč} / T = 506\ \text{Kč} / \text{m}^3$

Štěrkopísek 0 – 32 190 Kč / T = 418 Kč / m³“.

177. Zadavatel rovněž v žádosti o zdůvodnění MNNC výslovně upozornil vybraného dodavatele na povinnost potvrdit, že postupoval v souladu s § 113 odst. 4 písm. a) a b) zákona.
178. V dokumentu označeném jako „Písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny podle § 113 ZZVZ“ ze dne 7. 5. 2021 (dále jen „zdůvodnění MNNC“) vybraný dodavatel reagoval na zadatelovu žádost o zdůvodnění MNNC sdělením, že se snažil najít optimální řešení stavby, aby bylo pro zadavatele dosaženo co nejnižší nabídkové ceny při zachování vysokých standardů a kvality při provádění díla.
179. Vybraný dodavatel dále v rámci obecného zdůvodnění MNNC uvedl následující:

„Vynaložené úsilí vedlo k optimalizaci postupu prací navrženého projektantem zadávací dokumentace. Jedná se především o výraznou optimalizaci stavebních procesů v rámci zemních prací, kdy účastník, na rozdíl od řešení navrženého projektantem zadávací dokumentace, uvažuje s využitím vytěžených materiálů nejen v rámci stavby, ale i v rámci zakázek velkého rozsahu se zápornou bilancí zemních prací v dojezdové vzdálenosti od stavby, což umožňuje snížení nákladů na realizaci stavby a zároveň snížení environmentální zátěže. Toto řešení (know-how) účastník zohlednil ve své nabídce.

Účastník na tomto místě uvádí, že přistoupil ke konstrukci ceny řádně, poctivě a zodpovědně, vložil do konstrukce ceny své řešení, moderní technologie a know how. Zároveň si účastník dovoluje Zadavateli připomenout, že otázku, zda je nabídnutá cena odpovídající ceně, za kterou lze veřejnou zakázku realizovat, je nutné posuzovat vždy individuálně s přihlédnutím ke specifikům, jež účastník zohlednil při sestavování nabídkové ceny a k samotnému předmětu veřejné zakázky a nikoliv s ohledem na cenu předpokládanou.

Účastník odmítá jakékoliv pochybnosti o schopnostech účastníka zakázku realizovat řádně a včas. Pokud jde o konkrétní aspekty, účastník uvádí, že společnost Metrostav Infrastructure a.s., člen koncernu Skupina Metrostav, může využít rozsáhlé a moderní technické a technologické vybavení, odborný personál, a nabídnout tak Zadavateli nejvýhodnější nabídku. Uvedené skutečnosti jsou zcela patrné i z předkládaných kalkulací.“

180. K dotazu zadavatele na položku „12373.R ODVOZ NA SKLÁDKU“ vybraný dodavatel uvedl:

„Účastník uvažuje s odvozem přebytečného materiálu na mezideponii v blízkosti stavby. Po nastudování IGP geotechnikem účastníka, se účastník rozhodl pro variantu maximálního využití získaného materiálu. V širším okolí stavby se nachází mnoho staveb velkého rozsahu, na které je rentabilní dovážet chybějící materiál s nulovými pořizovacími náklady za nákup materiálu. Materiál získaný v rámci této stavby, je při odtěžení a zapracování při vhodných klimatických podmínkách možné použít bez zlepšení nebo částečně zlepšený. Proto účastník nacenil odvoz pouze na mezideponii účastníka, ze kterého si materiál odveze nákladními automobily v rámci jiných staveb účastníka. V rámci této položky při uvažované běžné ceně za tkm pro NA 8x8 reprezentuje cena v nabídce účastníka rozvoz do cca 5 km, což je pro dopravu na mezideponii z pohledu účastníka cena na bezpečné straně. Účastník uvažuje s více mezideponiemi a menší průměrnou rozvoznou vzdáleností, do svých kalkulací však pro eliminaci rizik v rámci výstavby rozvoznou vzdálenost navýšil na 5 km. Je uvažováno

s optimalizací rozvozných vzdáleností, minimalizací nadbytečných přeprav, dobrou organizací práce a nasazením kvalitní mechanizace. Tyto aspekty povedou k vysoké efektivitě práce a vysokým pracovním výkonům, od kterých se odvíjí výše stanovené jednotkové ceny. Kalkulaci jednotkové ceny přikládá účastník v příloze č. 1 – rozbor kalkulace č. 01.“

181. K dotazu zadavatele na položku „014122 POPLATKY ZA SKLÁDKU TYP S-OO (OSTATNÍ ODPAD)“ vybraný dodavatel konstatoval:

„Účastník v této položce uvažuje s převzetím materiálu ze stavby dle platné legislativy a jeho následném uložení a využitím dle environmentální politiky účastníka. Převzetí vytěženého materiálu proběhne dle povolení k provozu mobilního zařízení ke sběru odpadů, které účastník přikládá v příloze č. 3. Cena položek obsahuje interní poplatek účastníka za skládky dle jednotlivých kategorií materiálu. Účastník uvažuje s uložení přebytečného materiálu na mezideponii (pozemek účastníka) v blízkosti stavby. V souladu s environmentální politikou a snahou účastníka o maximální možné využití materiálů všech staveb nejen v rámci regionálního zastoupení, ale i zakázek velkého rozsahu, využívá účastník synergických efektů různých bilancí zemních prací na vlastních zakázkách, a tak jednotková cena za poplatek na skládku dále obsahuje rozpuštěné náklady účastníka na provoz pozemků a deponování získaných materiálů. Kalkulaci jednotkové ceny přikládá účastník v příloze č. 1 – rozbor kalkulace č. 02.“

182. K dotazu zadavatele na položku „014132 POPLATKY ZA SKLÁDKU TYP S-NO (NEBEZPEČNÝ ODPAD)“ vybraný dodavatel uvedl:

„Účastník v rámci přípravy nabídky poptával dílčí činnosti u odborných subdodavatelů. Výše zmíněné položky, jsou součástí komplexní nabídky odborného subdodavatele, jehož cenová nabídka byla vybrána jako nejvýhodnější. Účastník obdržel cenové nabídky jako komplexní nabídku v poptávaných kategoriích „Demolice“ a „Oplocení“ v rámci SO 010 a SO 703. Jelikož nejvýhodnější CN byla od lokálního subdodavatele nabídnutá jako KPL, kontoval účastník dle svého nejlepšího vědomí a svědomí náklady mezi jednotlivé položky. Z tohoto důvodu je možné, že jednotkové ceny u vybraných položek jsou v nuancích oproti investorskému rozpočtu či OTSKP, ať už v kladném, či záporném poměru. Účastník ujišťuje Zadavatele, že cenová nabídka obsahuje veškeré právními předpisy stanovené povinné složky ceny za uložení nebezpečného odpadu. Na uvedenou položku je třeba nahlížet z komplexního hlediska stavebního objektu. Účastník přikládá v příloze č. 2 cenovou nabídku vybraného odborného subdodavatele. Kalkulaci jednotkové ceny přikládá účastník v příloze č. 1 – rozbor kalkulace č. 03.“

183. K dotazu zadavatele na položku „17180 ULOŽENÍ SYPANINY DO NÁSYPŮ Z NAKUPOVANÝCH MATERIÁLŮ“ vybraný dodavatel uvedl:

„Účastník uvádí, že ceny v místě a čase obvyklé stanovené dle OTSKP nedokážou zahrnout všechny vlivy z konkrétních zakázek, a tak může docházet a běžně dochází k velkým rozdílům v ceně jednotlivých položek. Účastník v regionu aktivně působí několik let díky realizaci významných zakázek pro jiné investory. V rámci těchto zakázek, díky dlouhodobě velkým objemům odebíraného materiálu, má účastník nasmlouvané o mnoho výhodnější jednotkové ceny, než jaké uvažoval Zadavatel při tvorbě CN. V rámci regionu je navíc velmi silné konkurenční prostředí kamenolomů, což také vede k nižším cenám oproti cenám z jiných regionů.“

V této položce účastník uvažuje s nasazením sestavy strojů – dozer, válec, rypadlo, nákladní automobily, doplněnou pomocným dělnickým personálem, dále je uvažováno především s využitím materiálů získaných z tendrovaných zdrojů účastníka, které lze využít bez úpravy. Je uvažováno s optimalizací rozvozných vzdáleností, minimalizací nadbytečných přeprav, dobrou organizací práce, minimalizací prostojů strojů, nasazením kvalitní mechanizace a vhodnou technologickou úpravou. Tyto aspekty povedou k vysoké efektivitě práce a vysokým pracovním výkonům, od kterých se odvíjí výše stanovené jednotkové ceny.

Položku 17180 dle popisu položky v zadání rozdělil účastník na uložení sypaniny do násypů z nakupovaných materiálů pro:

- 1) Aktivní zónu – zde uvažuje účastník nákup zeminy vhodné pro použití do aktivní zóny za 200Kč/m³. Rozmezí cen dle výkonu strojní sestavy je 365,36 Kč/m³ až 381,56 Kč/m³*
- 2) Vrstevnatý násyp – zde uvažuje účastník nákup zeminy vhodné do násypu za 80 Kč/m³. Rozmezí cen dle výkonu strojní sestavy je 221,71 Kč/m³ až 255,75 Kč/m³*
- 3) Zásyp základů a zásyp opěr – zde uvažuje účastník nákup zeminy vhodné do násypu za 80 Kč/m³. Rozmezí cen dle výkonu strojní sestavy je 255,75 Kč/m³ až 267,10 Kč/m³*

Účastník řádně kalkuluje veškeré položky, které realizuje vlastními kapacitami. V objektech, kde se položka vyskytuje ve větších objemech, uvažuje účastník s vyšším výkonem než u menších položek v rámci jiných objektů. Cenu dále ovlivňuje kontace fixních nákladů, která má u menších položek daleko větší vliv než u velkých položek. Díky řádné kalkulaci zemních prací jsou jednotkové ceny u položek napříč objekty rozdílné z důvodu různých materiálů a různých výkonů strojních sestav. Kalkulaci jednotkové ceny pro násyp a pro AZ položek s nejvyšším výkonem přikládá účastník příloze č. 1 – rozbor kalkulace č. 04 a 05.“.

184. Vybraný dodavatel dále v souladu s § 113 odst. 4 písm. a) a b) zákona potvrdil, že při plnění veřejné zakázky bude zajištěno dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky a nebyla obdržena neoprávněná veřejná podpora.
185. Závěrem zdůvodnění MNNC vybraný dodavatel podotkl, že veškeré položky řádně zkalkuloval dle zadavatelem poskytnutých podkladů, podrobně spočítal všechny náklady a zohlednil přiměřený zisk. Opětovně potvrdil, že všechny cenové položky uvedené v nabídce jsou platné a prohlásil, že po opětovném prověření nabídkové ceny je schopen za nabídnutou cenu dílo v požadovaném standardu, technických parametrech a termínu provést a je připraven v případě výběru jeho nabídky jako nejvhodnější veřejnou zakázku v cenách dle nabídky realizovat. Uzavřel proto, že věří, že rozptýlil veškeré pochybnosti zadavatele o potencionální mimořádně nízké nabídkové ceně.
186. V protokolu o jednání hodnotící komise č. 3 ze dne 17. 5. 2021 bylo zmíněno posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele s tím, že žádost o zdůvodnění MNNC ve lhůtě do 28. 4. 2021 mu byla doručena dne 26. 4. 2021 a na jeho žádost mu byla prodloužena do 7. 5. 2021, kterýžto den vybraný dodavatel zdůvodnění MNNC předložil pro všechny 4 identifikované položky, tj. „12373.R ODVOZ NA SKLÁDKU“, „014122 POPLATKY ZA SKLÁDKU TYP S-OO (OSTATNÍ ODPAD)“, „014132 POPLATKY ZA SKLÁDKU TYP S-NO (NEBEZPEČNÝ ODPAD)“, „17180 ULOŽENÍ SYPANINY DO NÁSYPŮ Z NAKUPOVANÝCH MATERIÁLŮ“, k nimž doložil:

- zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny u zadavatelem identifikovaných položek,
- rozbor kalkulací jednotkových cen u zadavatelem identifikovaných položek,
- cenové nabídky poddodavatelů na realizaci dotčených stavebních objektů,
- povolení k provozu mobilního zařízení ke sběru odpadů.

V protokolu o jednání hodnoticí komise č. 3 ze dne 17. 5. 2021 bylo dále zrekapitulováno vysvětlení vybraného dodavatele ke zmíněným 4 identifikovaným položkám, které je obsahem zdůvodnění MNNC (viz odstavce 180. až 183. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

187. Z rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 27. 5. 2021 vyplývá, že zadavatel rozhodl o výběru vybraného dodavatele, neboť se na základě výsledku hodnocení nabídek jedná o ekonomicky nejvýhodnější nabídku na základě nejnižší nabídkové ceny ve výši 358 702 820,32 Kč bez DPH. Bylo zde také zmíněno posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny obsažené již v protokolu o jednání hodnoticí komise č. 3 ze dne 17. 5. 2021. Závěrem zadavatel uvedl, že nabídková cena vybraného dodavatele je mimořádně nízkou nabídkovou cenou, ale vybraný dodavatel ji na žádost zadavatele zdůvodnil.
188. V oznámení o výběru dodavatele ze dne 30. 5. 2021 zadavatel zopakoval ohledně nabídkové ceny vybraného dodavatele, co bylo obsahem rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 27. 5. 2021 a ohledně bližších podrobností o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny odkázal na podrobný zápis o posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení (konkrétně se jedná o podrobný zápis o posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení č. 2 ze dne 17. 5. 2021), který učinil přílohou oznámení o výběru dodavatele ze dne 30. 5. 2021 a v němž jsou mimo jiné zrekapitulovány dotazy zadavatele obsažené v žádosti o zdůvodnění MNNC a odpovědi vybraného dodavatele obsažené ve zdůvodnění MNNC.

Posouzení věci

189. Závěrem se Úřad zabýval námitkou navrhovatele vůči údajně „vadnému“ posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny ze strany zadavatele. Výhrady navrhovatele v této části lze shrnout tak, že navrhovatel namítá, že nabídka vybraného dodavatele obsahuje MNNC odpovídající pouze 71,6 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, avšak zadavatel vybraného dodavatele nevyloučil, a navíc nikterak neodůvodnil, proč se s vysvětlením nabídkové ceny vybraného dodavatele ztotožnil.
190. Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 5 As 180/2016 ze dne 14. 9. 2017 uvedl následující: *„Smyslem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč ve své nabídce uvede nereálnou cenu, za níž není možné z objektivních důvodů realizovat plnění veřejné zakázky, která by vedla například k nedokončení, nekvalitnímu splnění, případně nekontrolovatelnému navyšování původní nabídkové ceny. Citované ustanovení má také bránit uchazečům v nabízení objektivně nereálné nabídkové ceny s cílem získat ‚konkurenční výhodu‘ oproti ostatním uchazečům a zvítězit tak v zadávacím řízení.“*
191. Zákon zadavateli ukládá povinnost požádat dodavatele o zdůvodnění MNNC pouze v okamžiku, kdy zadavatel přítomnost MNNC skutečně zjistí. Tento závěr ostatně následuje i logiku, se kterou je nutno na institut MNNC pohlížet. Není pochyb o tom, že institut MNNC

chrání především samotné zadavatele před tím, aby byli nuceni uzavřít smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky s dodavatelem, u něhož má zadavatel pochybnosti o tom, že bude schopen veřejnou zakázku řádně realizovat. Právě uvedené lze označit za primární ochrannou funkci MNNC, viz. například důvodová zpráva k zákonu, kde je ve vztahu k § 113 uvedeno: „*Institut mimořádně nízké ceny slouží k ochraně zadavatele před nabídkami dodavatelů, které by s ohledem na cenu představovaly riziko, že dodavatel nebude schopen za nabízenou cenu zakázku splnit.*“.

192. V rámci vyjasňování a vyhodnocování MNNC je zcela pochopitelný důraz kladený na maximální dodržení zásady transparentnosti, neboť tento postup může často směřovat k vyloučení dodavatele, v jehož nabídce byla MNNC identifikována, což je nepochybně krok zadavatele vedoucí k omezení hospodářské soutěže. V tomto smyslu se tak požadavek na transparentnost projeví zejména ve druhé fázi posuzování MNNC, tedy ve fázi, kdy zadavatel žádá dodavatele, aby odůvodnil vyskytující se MNNC. Při posuzování MNNC podle zákona je zde i patrný odklon od předchozí právní úpravy představované zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „ZVZ“). Předchozí právní úprava stanovila, že v případě, kdy MNNC není ze strany dodavatele zdůvodněna vůbec, nebo není zdůvodněna dostatečně, musí zadavatel přistoupit k vyloučení takového dodavatele, resp. k vyřazení jeho nabídky z hodnocení. Zákon však takovou povinnost u zadavatele dovozuje pouze, pokud z odůvodnění MNNC plyne, že dodavatel porušuje pracovněprávní předpisy, povinnosti plynoucí z kolektivní smlouvy nebo právní předpisy vztahující se k předmětu plnění veřejné zakázky, případně v situaci, kdy je MNNC vyvolána veřejnou podporou a dodavatel není schopen předložit, že tato byla získána v souladu s předpisy Evropské unie, případně když vysvětlení dodavatele neobsahuje potvrzení skutečností podle § 113 odst. 4 zákona. To znamená, že pokud nebude MNNC dodavatele odůvodněna v jiném ohledu než dle předchozí věty, nemá zadavatel nadále povinnost takového dodavatele vyloučit.
193. V ostatních případech [tj. v případech, kdy z objasnění účastníka nevyplývá, že MNNC je zapříčiněna porušením právních předpisů ve smyslu § 113 odst. 4 písm. a) zákona nebo z důvodu neoprávněně poskytnuté veřejné podpory ve smyslu § 113 odst. 4 písm. b) zákona, resp. v případě, že účastník zadávacího řízení nepotvrdí skutečnosti ve smyslu § 113 odst. 4 písm. a) a b) zákona] závisí další postup v zadávacím řízení do značné míry na úvaze zadavatele.
194. Úřad podotýká, že posouzení nabídky z hlediska MNNC je obligatorním úkonem zadavatele v rámci každého zadávacího řízení. Je však zcela v diskreci zadavatele, kdy tento úkon provede. Posouzení je ovšem nutné provést vždy alespoň ve vztahu k vybranému dodavateli, a to nejpozději před odesláním oznámení o výběru dodavatele. Jestliže zadavatel přezkoumává nabídkovou cenu účastníků, resp. vybraného dodavatele, z hlediska MNNC, musí tak učinit ve vztahu k předmětu veřejné zakázky [viz § 28 odst. 1 písm. a) zákona]. Zadavatelem stanovená předpokládaná hodnota veřejné zakázky a nabídkové ceny ostatních účastníků mohou při tomto posuzování sloužit jako určitá vodítka (nikoliv však jako určující hlediska) pro určení toho, zda se v konkrétním případě může jednat o MNNC, což také relativizuje námitku navrhovatele, že nabídka vybraného dodavatele obsahuje MNNC odpovídající pouze 71,6 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, a činí ji v daném kontextu zcela neopodstatněnou. Za předpokladu, že zadavatel dojde k závěru,

že se nabídková cena jeví jako mimořádně nízká ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, vyžádá si od účastníka, jehož nabídkovou cenu posuzuje, písemné zdůvodnění způsobu stanovení MNNC.

195. V nyní posuzované věci zadavatel identifikoval (viz protokol o jednání hodnotící komise č. 2 ze dne 16. 4. 2021) u vybraného dodavatele MNNC, a to u čtyřech konkrétních položek (tj. položky „12373.R ODVOZ NA SKLÁDKU“, „014122 POPLATKY ZA SKLÁDKU TYP S-OO (OSTATNÍ ODPAD)“, „014132 POPLATKY ZA SKLÁDKU TYP S-NO (NEBEZPEČNÝ ODPAD)“, „17180 ULOŽENÍ SYPANINY DO NÁSYPŮ Z NAKUPOVANÝCH MATERIÁLŮ“), a tedy byl povinován se vybraného dodavatele dotázat na dané aspekty cenotvorby právě u těchto položek, což zadavatel podrobně a zcela konkrétně učinil, jak vyplývá z obsahu žádosti o zdůvodnění MNNC (viz odstavce 170. až 176. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
196. Vybraný dodavatel ve svém zdůvodnění MNNC také podrobně reagoval na zadatelovu žádost, když zdůvodnění své nabídkové ceny provedl jak obecně, tak i konkrétně ve vztahu ke všem 4 identifikovaným položkám, a to tak, že ke každé z těchto položek poskytl podrobný komentář (viz body 178. až 185. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
197. Jak je patrné z protokolu o jednání hodnotící komise č. 3 ze dne 17. 5. 2021, rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 27. 5. 2021 a oznámení o výběru dodavatele ze dne 30. 5. 2021, jehož přílohou je podrobný zápis o posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení č. 2 ze dne 17. 5. 2021, (viz odstavce 186. až 188. odůvodnění tohoto rozhodnutí), zadavatel objasnění MNNC vybraného dodavatele plně akceptoval, když výslovně potvrdil, že vybraný dodavatel v návaznosti na jeho žádost svou MNNC zdůvodnil.
198. S odkazem na výše citovanou judikaturu Úřad znovu opakuje, že pouhá existence MNNC není obligatorním, nýbrž fakultativním důvodem pro vyloučení účastníka zadávacího řízení, jak odpovídá § 48 odst. 4 zákona. V souladu s § 113 odst. 1 a 4 zákona je zadavatel povinen požádat účastníka zadávacího řízení o zdůvodnění způsobu stanovení MNNC, pokud ji zadavatel v jeho nabídce shledá. Pokud se zadavatel se zdůvodněním MNNC ztotožní, jak nastalo v přezkoumávaném případě u nabídky vybraného dodavatele, je samozřejmé, že takového účastníka nevyloučí a nelze jej ani k takovému vyloučení nikterak nutit, neboť mu takový postup zákon neukládá. Jediným případem, kdy je zadavatel v souvislosti se zdůvodněním MNNC povinen účastníka zadávacího řízení vyloučit, je existence některého z obligatorních důvodů pro vyloučení podle § 113 odst. 6 písm. a) až c) zákona, který ale v daném případě nenastal (viz odstavce 177. a 184. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Ostatně existenci takového důvodu nenamítá ani navrhovatel.
199. Dále je nutno akcentovat, že Úřad jakožto orgán dozoru nad zadáváním veřejných zakázek je oprávněn posuzovat pouze to, zda zadavatel postupoval při posouzení MNNC, případně při následném vyloučení účastníka z důvodů souvisejících s MNNC, v souladu se zákonem, a zda byl jeho postup transparentní. Není v pravomoci Úřadu stanovovat, jak konkrétně měla hodnotící komise při posouzení nabídky účastníka s odkazem na MNNC postupovat, či i jen toto konkrétní posouzení přezkoumávat anebo hodnotit myšlenkové pochody hodnotící komise. Obdobné závěry lze vyvodit například z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 29/2019 – 92 ze dne 9. 6. 2021, v němž je uvedeno následující: *„Je potřeba si v této souvislosti uvědomit, že mimořádně nízká cena nabídnutá uchazečem o veřejnou zakázku s sebou vždy nese pro zadavatele určité riziko. (...) Zadavateli je třeba umožnit, aby s tímto*

rizikem pracoval autonomně a sám – tj. bez ingerence jiných subjektů (ÚOHS či soudu) – se mohl rozhodnout, zda je podstoupí, či nikoliv. Proto zákon nestanovuje žádná kritéria, podle nichž by měl zadavatel hodnotit dostatečnost vysvětlení poskytnutého osloveným uchazečem k mimořádně nízké nabídkové ceně a zakotvuje pravidlo, podle něž zadavatel i v případě vysvětlení nedostatečného daného uchazeče vyloučit může, nikoliv musí. Již ze samotného smyslu a účelu institutu mimořádně nízké nabídkové ceny tedy vyplývá, že ÚOHS i správní soudy mohou hodnotit pouze to, zda zadavatel dostatečně transparentně a přezkoumatelně vysvětlil uchazeči své přetrvávající pochyby o tom, že bude schopen realizovat danou veřejnou zakázku za mimořádně nízkou nabídkovou cenu, nikoliv však již přesvědčivost jeho rozhodnutí.“.

200. V návaznosti na výše citované potom Úřad k námitce navrhovatele, že zadavatel nikterak neodůvodnil, proč se s vysvětlením MNNC vybraného dodavatele ztotožnil, podotýká, že není povinností zadavatele takové detailní odůvodnění poskytovat, pakliže je z jeho postupu patrné, že se se zdůvodněním MNNC vybraného dodavatele plně ztotožnil. Zadavatel dostatečně podrobně identifikoval konkrétní položky, u nichž požadoval zdůvodnění nabídkové ceny, vybraný dodavatel následně podrobné a srozumitelné zdůvodnění nabídkové ceny u těchto konkrétních položek zadavateli poskytl. Zadavatel dal poté výslovně najevo své přesvědčení, že vybraný dodavatel svou MNNC dostatečně zdůvodnil, jak je zřejmé z protokolu o jednání hodnotící komise č. 3 ze dne 17. 5. 2021, rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 27. 5. 2021 a oznámení o výběru dodavatele ze dne 30. 5. 2021. K výtce navrhovatele, že zpráva o hodnocení musí obsahovat posouzení a odůvodnění MNNC, Úřad dodává, že podle nynější právní úpravy (na rozdíl od předchozího ZVZ) může zadavatel provést posouzení nabídek až po jejich hodnocení, jako tomu bylo i v šetřeném případě, proto zpráva o hodnocení nabídek nemusí, resp. v šetřeném případě ani nemůže, obsahovat bližší zdůvodnění posouzení MNNC.
201. K návrhu navrhovatele, aby Úřad ustanovil znalce za účelem posouzení, zda zadavatel skutečně identifikoval všechny části nabídkové ceny vybraného dodavatele, které jsou mimořádně nízkými nabídkovými cenami, resp. k posouzení nabídkové ceny vybraného dodavatele z hlediska její přiměřenosti ve smyslu § 11 odst. 1 písm. e) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, Úřad uvádí, že smyslem institutu MNNC není ochrana hospodářské soutěže jako takové, ale ochrana zadavatele před nereálnými cenami účastníků zadávacího řízení a je na uvážení zadavatele, zda toto riziko podstoupí (viz závěry výše citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 29/2019 – 92 ze dne 9. 6. 2021). Úřad proto nepovažoval za jakkoliv účelné ustanovit v šetřené věci znalce, jak požadoval navrhovatel, neboť ke zjištění stavu věci tak, aby nezbuzoval důvodné pochybnosti, podání posudku není nezbytné. Právní posouzení věci tedy bylo možné provést již na základě podkladů, které byly Úřadem shromážděny ve správním spise.
202. K námitce navrhovatele, že vybraný dodavatel u položky 014132 POPLATKY ZA SKLÁDKU TYP S-NO (NEBEZPEČNÝ ODPAD) část ceny některých položek rozpouští v položkách jiných, což je dle rozhodnutí Úřadu č. j. S364/2006-01226/2007/510-jl ze dne 15. 1. 2007 nepřípustné, Úřad podotýká, že citované rozhodnutí se vztahovalo k již neúčinné právní úpravě a jak již bylo vysvětleno výše (viz odstavce 192., 193., a 198. odůvodnění tohoto rozhodnutí), podle nynější právní úpravy náleží posouzení MNNC výhradně zadavateli, přičemž jediným případem, kdy je zadavatel v souvislosti se zdůvodněním MNNC povinen účastníka

zadávacího řízení vyloučit, je existence některého z obligatorních důvodů pro vyloučení podle § 113 odst. 6 písm. a) až c) zákona, pod které však tato námitka nespadá. Proto Úřad tuto námitku navrhovatele neshledal jako důvodnou.

203. Úřad tedy shrnuje, že zadavatel jednal v souladu se zákonem, když poté, co identifikoval MNNC v nabídce vybraného dodavatele, jej požádal o objasnění MNNC, a to formou jednoznačnou, podrobnou a dostatečně transparentní, vybraný dodavatel následně zadavateli poskytl srozumitelné a přehledné odpovědi formou objasnění MNNC, na základě čehož tak zadavatel mohl konstatovat, že objasnění MNNC přijal a vybraného dodavatele tak neměl důvod vyloučit z účasti v zadávacím řízení. Ani tuto námitku navrhovatele směřující proti posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny Úřad neshledal přípádnou.

Závěr k výroku II. rozhodnutí

204. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
205. Ve světle všech shora uvedených skutečností a v souvislosti se všemi zjištěnými poznatky tedy Úřad uzavírá, že v šetřeném případě zadavatel postupoval při posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení vybraným dodavatelem, posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny obsažené v nabídce vybraného dodavatele a při vyřízení námitek navrhovatele v souladu se zákonem, a proto Úřad podle § 265 písm. a) zákona rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, a návrh navrhovatele v těchto částech zamítl.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I. tohoto rozhodnutí nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu odkladný účinek. Včas podaný rozklad proti výroku II. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

1. LAWYA, advokátní kancelář s.r.o., č. p. 240, 683 01 Tučapy
2. Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., Klimentská 1216/46, Nové Město, 110 00 Praha 1
3. Tomáš Kruták, advokát, Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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