



UOHSX00GU677

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0143/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-40576/2022/162

Brno 20. 12. 2022

V řízení o rozkladu ze dne 20. 10. 2022 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 21. 10. 2022 navrhovatelem –

- **EUROVIA CS, a.s.**, IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4 – Michle,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0293/2022/VZ, č. j. ÚOHS-34888/2022/500 ze dne 6. 10. 2022 vydanému ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatelů –

- **obec Temelín**, IČO 00245534, se sídlem Temelín 104, 373 01 Temelín,
- **Správa a údržba silnic Jihočeského kraje**, IČO 70971641, se sídlem Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 17. 7. 2022 společností KOUKAL LEGAL, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 10800387, se sídlem Příkop 834/8, Zábřdovice, 602 00 Brno,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Rekonstrukce křižovatky II/138 a II/141 Temelín**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 11. 2. 2022, která byla uveřejněna na profilu zadavatele dne 16. 2. 2022 pod systémovým číslem P22V00212059, jehož dalším účastníkem je vybraný dodavatel –

- **Š + H Bohunice, s.r.o.**, IČO 45022313, se sídlem Temelín 3, 373 01 Temelín,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0293/2022/VZ, č. j. ÚOHS-34888/2022/500 ze dne 6. 10. 2022

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Zadavatelé – obec Temelín, IČO 00245534, se sídlem Temelín 104, 373 01 Temelín, a Správa a údržba silnic Jihočeského kraje, IČO 70971641, se sídlem Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 17. 7. 2022 společností KOUKAL LEGAL, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 10800387, se sídlem Příkop 834/8, Zábřovice, 602 00 Brno (dále jen „**zadavatel**“) – zahájili dne 16. 2. 2022 dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) uveřejněním výzvy nadepsané „Výzva k podání nabídek a zadávací dokumentace č. 4/VZ/2022“ ze dne 11. 2. 2022 na profilu zadavatele pod systémovým číslem P22V00212059 zjednodušené podlimitní řízení na veřejnou zakázku „Rekonstrukce křižovatky II/138 a II/141 Temelín“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Z dokumentace o zadávacím řízení je zřejmé, že zadavatel obdržel celkem 5 nabídek, a to včetně nabídky navrhovatele – EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4 – Michle (dále jen „**navrhovatel**“).
3. Zadavatel nejprve oznámením o výběru dodavatele ze dne 29. 4. 2022 informoval účastníky zadávacího řízení na veřejnou zakázku, že jako nejvýhodnější vyhodnotil nabídku vybraného dodavatele Š + H Bohunice, s.r.o., IČO 45022313, se sídlem č.p. 3, 373 01 Temelín (dále jen „**vybraný dodavatel**“). Proti tomuto oznámení podal navrhovatel dne 13. 5. 2022 námitky z téhož dne, kterým zadavatel svým rozhodnutím ze dne 20. 5. 2022 nevyhověl. Navrhovatel proto podal dne 27. 5. 2022 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“). Na základě tohoto návrhu bylo zahájeno správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0227/2022/VZ, které bylo následně usnesením č. j. ÚOHS-20960/2022/500, jež nabylo právní moci dne 9. 7. 2022, podle § 257 písm. i) zákona zastaveno, neboť zadavatel zrušil výše uvedené oznámení o výběru. Současně zadavatel znovu rozhodl o výběru dodavatele a dne 15. 6. 2022 uveřejnil na svém profilu nové oznámení o výběru dodavatele (dále jen „**oznámení o výběru**“).
4. Navrhovatel proti oznámení o výběru podal dne 17. 6. 2022 námitky z téhož dne, o kterých zadavatel rozhodl dne 1. 7. 2022 tak, že je odmítá. Úřad následně obdržel dne 8. 7. 2022 návrh

navrhovatele ze dne 7. 7. 2022 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky (dále jen „**návrh**“).

5. Dnem 8. 7. 2022, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
6. Navrhovatel podaným návrhem brojí proti rozhodnutí o výběru dodavatele a namítá, že vybraný dodavatel ke dni podání nabídek nesplňoval kvalifikační podmínky dle § 79 odst. 2 písm. e) a h) zákona stanovené v zadávací dokumentaci, neboť k prokázání předmětné kvalifikace došlo prostřednictvím jiné osoby podle § 83 odst. 1 zákona až po uplynutí lhůty pro podání nabídek.

## II. **Napadené rozhodnutí**

7. Dne 6. 10. 2022 vydal Úřad rozhodnutí sp.zn. ÚOHS-S0293/2022/VZ, č.j. ÚOHS-34888/2022/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým návrh podle § 265 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
8. Úřad odůvodnil zamítnutí návrhu tím, že doplnění dokladů kvalifikace či jejich případná změna je možná a zcela v souladu s principy a ustanoveními zákona. Toto platí i v případě doplnění seznamu poddodavatelů, kteří se budou na plnění veřejné zakázky podílet a jejichž prostřednictvím vybraný dodavatel část kvalifikace prokazuje. Z pohledu Úřadu byl postup zadavatele týkající se využití institutu výzvy dle § 122 zákona i výzvy dle § 46 zákona v pořádku a k pochybení ze strany zadavatele tak nedošlo ani tím, že vybraného dodavatele nevyločil ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 8 zákona, resp. § 122 odst. 7 zákona. Zadavatel využil svého práva opakovaně si od vybraného dodavatele vyžádat doklady prokazující kvalifikaci (neboť předtím svou kvalifikaci prokazoval prostřednictvím čestného prohlášení) a vybraný dodavatel tyto doklady předložil. V daném případě se nejedná o materiální změnu nabídky a doplňované údaje nebyly ani předmětem hodnocení.

## III. **Rozklad navrhovatele**

9. Dne 21. 10. 2022 obdržel Úřad rozklad navrhovatele ze dne 20. 10. 2022. Ze spisového materiálu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 6. 10. 2022. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

### **Námítky rozkladu**

10. Navrhovatel namítá, že napadené rozhodnutí je založeno na nesprávně zjištěném skutkovém stavu věci a na nesprávném právním posouzení věci. Současně má za to, že pokud Úřad v napadeném rozhodnutí neshledal důvody pro uložení nápravného opatření, je napadené rozhodnutí nesprávné a nezákonné.
11. Dle přesvědčení navrhovatele vybraný dodavatel v rámci předkládání dokumentů na základě výzvy zadavatele dle § 122 odst. 3 zákona ve spojení s výzvou dle § 46 zákona materiálně změnil svoji nabídku, a to po lhůtě pro podání nabídek, což je v rozporu se zákonem.
12. Navrhovatel dále namítá, že závěry Úřadu o možnosti „*prakticky bezbřehého doplňování*“, resp. opakovaná změna způsobu prokazování kvalifikace v nabídce dodavatele po skončení lhůty pro podání nabídek na základě výzvy zadavatele jsou nesprávné. Stejně tak jsou dle

navrhovatele nesprávné i ty závěry, dle kterých vybraný dodavatel v předmětné věci svoji nabídku dodatečně nezměnil, neboť byl údajně od počátku kvalifikovaným pro plnění předmětné veřejné zakázky.

13. K dodatečné změně způsobu prokazování kvalifikace a k souvisejícím dodatečně dodaným podkladům (tj. k dodatečnému doplnění vlastní nedostatečné kvalifikace kvalifikací poddodavatele) není zadavatel dle navrhovatele oprávněn přihlížet. Pokud zadavatel k dokladům dodatečně předloženým vybraným dodavatelem i přesto přihlédl, postupoval v rozporu se zákonem a se zásadou rovnosti a transparentnosti zadávacího řízení.
14. Navrhovatel je přesvědčený, že vybraný dodavatel měl být ze zadávacího řízení vyloučen, neboť neprokázal splnění technické kvalifikace dle požadavků zadávací dokumentace. Dodatečné (po uplynutí lhůty pro podání nabídek) vtažení nového poddodavatele do plnění veřejné zakázky a prokazování kvalifikace jeho prostřednictvím (v okamžiku, kdy se ukázalo, že vybraný dodavatel ve svých čestných prohlášeních o splnění kvalifikace neříkal pravdu a ve skutečnosti sám dotčenou kvalifikaci nespĺňuje) je dle navrhovatele nepřípustné, neboť by představovalo dodatečnou materiální změnu nabídky vybraného dodavatele, která je zákonem zakázána.
15. Závěrem rozkladu navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

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

#### **Vyjádření vybraného dodavatele k rozkladu**

17. Vybraný dodavatel se k rozkladu navrhovatele vyjádřil podáním ze dne 25. 10. 2022. V něm uvedl, že veškerou argumentaci navrhovatele uvedenou v rozkladu považuje za zcela účelovou a důkazy nepodloženou, přičemž se plně ztotožňuje se závěry Úřadu obsaženými v napadeném rozhodnutí. Proto vybraný dodavatel navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad navrhovatele zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

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

18. Zadavatel se k rozkladu navrhovatele vyjádřil podáním ze dne 31. 10. 2022. Úvodem vyjádření shrnuje relevantní skutečnosti, dále se vyjadřuje k jednotlivým námitkám navrhovatele a závěrem shrnuje, že je přesvědčen o zákonnosti svého postupu v průběhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Dle zadavatele tudíž není důvod rozkladu vyhovět.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

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

napadeného rozhodnutí, ta však toliko v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.

20. Napadené rozhodnutí je správné a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které bylo napadené rozhodnutí potvrzeno a rozklad navrhovatele zamítnut.

#### V. K námitkám rozkladu

21. Navrhovatel nesouhlasí se závěrem Úřadu v napadeném rozhodnutí, že doplněním dokladů k prokázání technické kvalifikace dle bodů 5.3.2 a 5.3.3 zadávací dokumentace ze strany vybraného dodavatele nedošlo ke změně nabídky. Předseda Úřadu se s tímto závěrem Úřadu naopak plně ztotožňuje.
22. V nyní šetřené věci vybraný dodavatel v rámci čestného prohlášení, jenž učinil přílohou nabídky, uvedl, že „[p]oužívá opatření k zajištění kvality, který splňuje veškeré podmínky a nařízení shodné s ISO 9001 ve verzi 2015 nebo vyšší“ a „[p]oužívá opatření v oblasti řízení z hlediska ochrany životního prostředí, který splňuje veškeré podmínky a nařízení shodné s ISO 14001 ve verzi 2015 nebo vyšší“. Z čestného prohlášení nelze dovodit, jak se domnívá navrhovatel, jestli bude vybraný dodavatel kvalifikaci prokazovat svými vlastními certifikáty prokazujícími splnění výše uvedených ISO norem, nebo zda bude vybraný dodavatel k prokázání této části kvalifikace používat jiné osoby dle § 83 zákona. Z čestného prohlášení vyplývá pouze to, že vybraný dodavatel používá při své činnosti opatření odpovídající certifikátu managementu kvality ISO 9001 a certifikátu environmentálního řízení ISO 14001. Jestli vybraný dodavatel disponuje rovněž uvedenými certifikáty, to je již otázka jiná. Nelze tedy bez dalšího uzavřít, že by vybraný dodavatel již při podání nabídky deklaroval, zda kvalifikaci prokáže sám, nebo zda k tomu použije poddodavatele. V prvé řadě tedy nelze vůbec činit závěr, že by došlo ke změně nabídky v otázce, kým bude kvalifikace prokázána, protože vybraný dodavatel se k této otázce v čestném prohlášení nevyjádřil.
23. Při pohledu na stanovená kvalifikační kritéria (srov. body 64 a 65 odůvodnění napadeného rozhodnutí) je jasné, že zadavatel bude považovat za kvalifikovaného toho dodavatele, který doloží specifický certifikát. Fakt, že dodavatel přijal určitá opatření v oblasti managementu kvality či environmentálního řízení, není pro zadavatele sám o sobě dostatečnou zárukou toho, že postupy dodavatele odpovídají předmětným normám, tedy dostatečnou zárukou kvality. Právě proto zadavatel požaduje specifický certifikát, který garantuje, že dodržování těchto norem někdo ověřil. Podmínkou naplnění kvalifikačního kritéria je tedy zjevně existence certifikátu, nikoliv pouhé používání určitých postupů či dodržování opatření.
24. V tomto světle budí jisté pochybnosti, že se zadavatel spokojil s předloženým čestným prohlášením, které se vyjadřovalo toliko k otázce, zda byla příslušná opatření přijata, ale už nikoliv k otázce, zda je vybraný dodavatel držitelem konkrétního certifikátu. Nicméně, postupem dle § 122 odst. 3 ve spojení s § 46 zákona se podařilo tento nedostatek odstranit a vybraný dodavatel nakonec svoji kvalifikaci prokázal (byť poddodavatelsky), i pokud jde o tato kvalifikační kritéria. To, že byl jmenovaný postup souladný s citovanými ustanoveními zákona, je vyloženo dále v tomto rozhodnutí o rozkladu.

25. K námitce navrhovatele, že vybraný dodavatel v rámci předkládání dokumentů na základě výzvy zadavatele dle § 122 odst. 3 zákona a výzvy dle § 46 zákona materiálně změnil svoji nabídku, a to po lhůtě pro podání nabídek, lze dále uvést následující.
26. Pojem „materiální změna nabídky“ představuje takový postup, při jehož provedení dochází ke změně nabízeného předmětu plnění, který je následně jiný, než byl před provedením dané změny. Znamená to tedy věcnou změnu v samotném předmětu plnění, tedy to, že je nabízeno, byť jen částečně, něco jiného, než bylo nabízeno původně.
27. Vybraný dodavatel byl v nyní šetřené věci vyzván zadavatelem v souladu s § 122 odst. 3 zákona k předložení dokladů prokazujících tvrzení o jeho kvalifikaci. V návaznosti na výzvu zadavatele tak měl vybraný dodavatel možnost předložit doklady prokazující kvalifikaci v souladu s požadavky zadávací dokumentace. S ohledem na skutečnost, že vybraný dodavatel předložil zadavateli doklady prokazující splnění základní a profesní způsobilosti a části technické kvalifikace vyjma dokladů stanovených v bodech 5.3.2 a 5.3.3 zadávací dokumentace, požádal zadavatel opětovně vybraného dodavatele o „*řádné doložení splnění technické kvalifikace dle bodů 5.3.2 a 5.3.3 ZD*“, tj. platného certifikátu managementu kvality ISO 9001 a platného certifikátu environmentálního řízení ISO 14001, nebo platného certifikátu EMAS. Následně zaslal vybraný dodavatel zadavateli doplněné dokumenty prokazující splnění technické kvalifikace dle bodů 5.3.2 a 5.3.3 zadávací dokumentace poddodavatelem, tj. písemný závazek, certifikát managementu kvality ISO 9001 a certifikát environmentálního řízení ISO 14001.
28. I kdyby tedy o změnu nabídky šlo – a výše bylo vysvětleno, proč tomu tak není – šlo by o změnu toliko v otázce prokazování kvalifikace, nikoliv v rovině nabízeného plnění. Taková změna by nemohla být považována za materiální změnu nabídky, neboť zadavateli zásadně (pokud výslovně nestanoví jinak) nezáleží na tom, jestli bude kvalifikace prokázána přímo vybraným dodavatelem, nebo jeho poddodavatelem. Důležité je, že kvalifikace bude nakonec prokázána, nikoliv který konkrétní subjekt z výše uvedených splňuje konkrétní kvalifikační podmínku. Výjimku z toho by snad mohly tvořit případy dle § 105 odst. 2 zákona, tj. situace, kdy zadavatel požaduje, aby určité významné činnosti plnil přímo vybraný dodavatel. V předmětném případě však zadavatel takový postup neaplikoval.
29. Zásadním východiskem při prokazování kvalifikace je znění čl. 63 odst. 1, prvního pododstavce směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 (dále jen „**aktuální směrnice**“), který výslovně předpokládá možnost využití kapacity jiných subjektů. Konkrétně zní takto: „*Pokud jde o kritéria týkající se ekonomické a finanční situace stanovená podle čl. 58 odst. 3 a kritéria týkající se technické a odborné způsobilosti stanovená podle čl. 58 odst. 4, může hospodářský subjekt, je-li to vhodné a pro určitou veřejnou zakázku, využít kapacity jiných subjektů bez ohledu na právní povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty. Pokud však jde o kritéria týkající se vzdělání a odborné kvalifikace stanovená v příloze XII části II písm. f) nebo relevantních profesních zkušeností, mohou hospodářské subjekty využít kapacity jiných subjektů pouze tehdy, budou-li uvedené subjekty vykonávat stavební práce nebo služby, pro něž se tyto kapacity vyžadují. Má-li hospodářský subjekt v úmyslu využít způsobilosti jiných subjektů, prokáže veřejnému zadavateli, že bude disponovat nezbytnými zdroji, například tím, že předloží závazek těchto subjektů učiněný za tímto účelem.*“ Jak přitom bylo uvedeno v předchozím odstavci, popisované využití kapacit jiných subjektů je možné postupem zadavatele omezit, což se však ve zdejším případě nestalo.

30. V rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 16. 11. 2022, č. j. 31 Af 73/2020-178 řešil soud situaci, ve které vybraný dodavatel na výzvu zadavatele dle § 46 zákona nahradil jednoho poddodavatele (z celkově původních dvou) novým a též nahradil jednu referenční zakázku původního poddodavatele dvěma jinými referenčními zakázkami nového poddodavatele. Krajský soud se zabýval účelem § 46, konkrétně otázkou, proč zákonodárce rozlišil údaje a doklady, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení na straně jedné, a údaje a doklady, které budou hodnoceny podle kritérií hodnocení na straně druhé. Dospěl k závěru, že podmínky účasti, pokud způsob jejich splnění není hodnoceným údajem, nerozhodují v otázce pořadí uchazečů o veřejnou zakázku, a proto změny v údajích rozhodných pro posouzení splnění podmínek účasti nemají vliv na výběr dodavatele. Proto zákonodárce očividně neměl v úmyslu takové změny zapovědět.
31. K tomu viz následující citace z bodu 20 odůvodnění shora uvedeného rozsudku: *„Z toho plyne, že pokud uchazeč prokáže splnění podmínek účasti až v důsledku vlastního zásahu do své nabídky (po výzvě dle § 46 odst. 1 ZZVZ), nemá to vliv na hodnotící kritéria nabídek, tj. ani jej to bez dalšího nepředsuně před ostatní uchazeče. Značí to ‚jen‘, že uchazeč zůstává v zadávacím řízení a jeho nabídka může být porovnávána s nabídkami ostatních uchazečů podle kritérií stanovených k hodnocení nabídek. Smyslem výzvy dle § 46 odst. 1 ZZVZ je umožnit zadavatelům získat ekonomicky nejvýhodnější nabídku, s čímž by nebylo plně v souladu automatické vyloučení účastníka, který předloží ekonomicky nejvýhodnější nabídku, ale do uplynutí lhůty k podání nabídek se mu nezdaří (z toho kterého důvodu) prokázat splnění podmínek účasti stanovené zadavatelem.“*
32. V bodech 23 a 24 odůvodnění citovaného rozsudku se krajský soud zabýval rovněž vztahem pojmu „doplnění“ k faktické výměně rozhodných údajů a dokladů, tj. jestli § 46, který operuje s pojmem doplnění, umožňuje vlastně i výměnu. Krajský soud se k této otázce vyjádřil následovně: *„Na podřazení zásahu vybraného dodavatele do nabídky pod přípustné ‚doplnění‘ nabídky (dle § 46 odst. 1 a 2 ZZVZ) nic nemění ani okolnost, že nešlo jen o přidání nového poddodavatele a nových referenčních zakázek (k původním dvěma poddodavatelům a původním třem referenčním zakázkám), nýbrž se jednalo o nahrazení (výměnu) jednoho původního poddodavatele novým a nahrazení (výměnu) jedné původní referenční zakázky dvěma novými. Z hlediska popsané teleologie zákona (§ 46 ZZVZ) není podstatné, zda jde o přidání nového údaje (dokladu) k původnímu nebo o výměnu původního údaje (dokladu) za nový. V obou případech (u přidání i výměny) se totiž údaj (doklad) týká výlučně prokázání splnění podmínek účasti, tedy nemá vliv na kritérium hodnocení nabídek. (...)“ (bod 23). „Opačný výklad – dovozující nepřípustnost zásahu do nabídky jen z rozdílu mezi přidáním údaje (dokladu) a výměnou údaje (dokladu) [dále jako ‚opačný výklad‘] – by byl projevem přepjatého formalismu (a je vyloučen i metodou výkladu reductio ad absurdum). Dejme tomu, že by – v situaci přidání nového poddodavatele a jeho (nových) referenčních zakázek k původnímu poddodavateli a původním referenčním zakázkám – zadavatel shledal za prokázané splnění podmínek účasti (technické kvalifikace) za pomoci výlučně nově přidaného poddodavatele a jeho referenčních zakázek. Podle opačného výkladu by však šlo o přípustné doplnění, jelikož uchazeč nevyměnil původního poddodavatele (a jeho zakázky) za nového, nýbrž ‚jen‘ přidal nového ke stávajícímu. Nicméně pokud by uchazeč vyměnil původního poddodavatele (a jeho referenční zakázky) za nového, pak by se podle opačného výkladu jednalo o nepřípustnou změnu nabídky. Přitom obě (komparované) situace by měly*

*společnou podstatu, neboť uchazeč by až po uplynutí lhůty k podání nabídek uváděl nového poddodavatele a nové referenční zakázky nového poddodavatele a až za pomoci takového nového poddodavatele a nových referenčních zakázek by prokázal technickou kvalifikaci.“ (bod 24).*

33. Citované pasáže rozsudku krajského soudu se vyjadřují obecně ke všem podmínkám účasti a není tedy důvodné činit rozdíl mezi výměnou referencí, resp. výměnou poddodavatelů na straně jedné, a výměnou vlastní kvalifikace za kvalifikaci prokazovanou poddodavatelsky na straně druhé. V každém případě nejde o změnu nabídky, jak bylo výše vysvětleno.
34. Dále je třeba vyřešit otázku, zda vybraný dodavatel doplnil svoji nabídku v souladu s § 46 zákona. Zadavatel je obecně oprávněn podle § 46 odst. 1 zákona požadovat po účastnících zadávacího řízení objasnění předložených údajů a dokladů, které uvedli ve svých nabídkách. Je-li to třeba pro účely řádného průběhu zadávacího řízení, může zadavatel po účastnících zadávacího řízení také požadovat doplnění jejich nabídek o chybějící údaje a doklady. Z uvedeného ustanovení tak vyplývá, že změna nabídky se primárně zapovídá, lze provést pouze její doplnění nebo objasnění na základě žádosti zadavatele, a to jedině tehdy, pokud doplněné skutečnosti nejsou předmětem hodnocení. Pro upřesnění je pak v daném ustanovení konstatováno, že takovéto doplnění nabídky se za změnu nepovažuje. Zákon ostatně výslovně stanoví rovněž to, že skutečnosti rozhodné pro posouzení splnění podmínek účasti mohou nastat i po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Zadavatel má tedy možnost vytvořit prostor k ověření, zda jsou účastníci zadávacího řízení dostatečně kvalifikovaní, a to tím, že „aktivuje“ žádost dle § 46 odst. 1 zákona. Pokud se tak stane, dotázaný dodavatel je oprávněn předložit k prokázání kvalifikace doklady i o takové kvalifikaci, kterou nově nabyt až po uplynutí lhůty pro podání nabídek.
35. V případě prokazování kvalifikace poddodavatelem se pak dodavatel stává kvalifikovaným až ve chvíli, kdy se kvalifikovaný subjekt stane poddodavatelem tohoto dodavatele. To nastává v okamžiku, kdy se poddodavatel zaváže poskytovat dodavateli plnění relevantní pro dotčenou veřejnou zakázku, tj. zpravidla ve chvíli, kdy dodavatel s poddodavatelem uzavře poddodavatelskou smlouvu či kdy dodavatel od poddodavatele získá závazek ve smyslu § 83 odst. 1 písm. d) zákona. To znamená, že dojde-li ke sjednání poddodávek až po uplynutí lhůty pro podání nabídek, nastává situace předvídaná § 46 odst. 2 věty druhé zákona, tj. že skutečnost rozhodná pro posouzení splnění podmínek účasti nastala po uplynutí této lhůty. V takovém případě tudíž nejde o zakázanou změnu nabídky, nýbrž o její dovolené doplnění.
36. V předmětné věci vybraný dodavatel na základě výzvy dle § 122 zákona a výzvy dle § 46 zákona doložil splnění technické kvalifikace prostřednictvím dokladů od poddodavatele. Na uvedeném postupu nelze shledat ničeho rozporného se zákonem. Námitka navrhovatele týkající se změny ve způsobu prokazování kvalifikace vybraným dodavatelem tak není důvodná.
37. K námitce navrhovatele, že ustanovení § 85 odst. 2 zákona je v předmětné věci zcela irelevantní, neboť situace nebyla taková, že by snad původně vybraným dodavatelem zvolený poddodavatel nesplňoval zadavatelem požadovaná kritéria způsobilosti, nebo že by u něj zadavatel prokázal důvody jeho nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 zákona, lze konstatovat následující.



38. Pakliže je možné na výzvu zadavatele vyměnit poddodavatele, který nesplnil na něj kladené předpoklady způsobilosti, mělo by být jistě možné vyměnit kvalifikaci prokazovanou vlastními kapacitami za kvalifikaci prokazovanou prostřednictvím poddodavatele. Právě uvedené však ničeho nemění na tom, že v nyní šetřené věci vybraný dodavatel nedal v čestném prohlášení konkrétně najevo, zda kvalifikaci prokazuje vlastními certifikáty nebo prostřednictvím poddodavatele (viz výše). Vybraný dodavatel v čestném prohlášení pouze deklaroval, že kvalifikaci splňuje. Dále je třeba doplnit, že citované ustanovení Úřad použil jako argument k podpoře závěru, že nahradit vlastní kvalifikaci za kvalifikaci prokazovanou poddodavatelem je přípustné. Citované ustanovení tedy neaplikoval na projednávaný případ. Námitka, že citované ustanovení se na daný případ nevztahuje, tak není důvodná, resp. se míjí s podstatou argumentace Úřadu.
39. Dle další námítky navrhovatele Úřad přehlíží skutečnost, že dokumenty předložené vybraným dodavatelem v jeho nabídce a na základě výzvy zadavatele dle § 122 odst. 3 zákona nemohou obsahově obstát vedle dokumentů předložených vybraným dodavatelem na základě výzvy dle § 46 zákona.
40. Ani této námitce navrhovatele nelze přisvědčit. Vybraný dodavatel v rámci nabídky využil institutu čestného prohlášení dle § 53 odst. 4 zákona, v němž uvedl, že v rámci své činnosti využívá opatření odpovídající zadavatelem požadovaným ISO normám. Formálně vzato vybraný dodavatel skutečně netvrdil, že sám disponuje rovněž požadovanými certifikáty. Prohlásil pouze, že využívá uvedená opatření. Čestné prohlášení tedy může obstát vedle následně předložených dokladů o kvalifikaci poddodavatelem, neboť není vyloučeno, že vybraný dodavatel příslušné postupy používá, ačkoliv sám nedisponuje relevantními certifikáty, a proto potřebuje poddodavatele.
41. S ohledem na výše uvedené lze proto konstatovat, že dokumenty předložené vybraným dodavatelem nejsou ve vzájemném rozporu, a naopak jejich obsah odpovídá zákonným požadavkům pro daný druh zadávacího řízení.
42. Navrhovatel v rozkladu odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 64/2020-183 ze dne 15. 12. 2021, a je přesvědčen, že závěry tohoto rozsudku lze vztáhnout i na nyní projednávaný případ. Navrhovatel považuje za srovnatelné situace, kdy dojde k úpravě závazku poddodavatele (jako v případě uvedeného rozsudku) a kdy dojde ke zcela nové formulaci závazku nového poddodavatele. Proto zastává názor, že v projednávané věci se jednalo o nepřipustnou změnu nabídky vybraného dodavatele.
43. Předseda Úřadu v první řadě s uvedeným (ojedinělým) rozsudkem Krajského soudu v Brně nesouhlasí, a proto byla z jeho strany v dané věci podána kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu. Zároveň je výsledek této otázky irelevantní pro posouzení nyní šetřené věci. V přezkoumávaném zadávacím řízení na veřejnou zakázku se totiž nejedná o změnu objemu plnění, ke kterému se poddodavatel zavazuje. Nadto jediný rozsudek tohoto charakteru jistě není způsobilý založit tzv. ustálenou rozhodovací praxi správních soudů, která by mohla být pro Úřad v této věci závazným vodítkem (jak uváděl již Úřad v napadeném rozhodnutí).
44. K námitce navrhovatele, že je-li nepřipustná dodatečná změna (rozšíření) závazku poddodavatele, tím spíše musí být nepřipustná formulace zcela nového závazku nového poddodavatele, tj. vtažení nového poddodavatele do prokazování té části kvalifikace, kterou vybraný dodavatel v nabídce prokazoval vlastními kapacitami, lze uvést následující.

45. Z čestného prohlášení vybraného dodavatele nevyplývá, jak bylo v tomto rozhodnutí o rozkladu již několikrát řečeno, že prokazuje technickou kvalifikaci vlastními certifikáty. Vybraný dodavatel se v rámci čestného prohlášení omezil pouze na sdělení toho, že v rámci své činnosti aplikuje opatření dle zadavatelem požadovaných ISO norem. V tomto čestném prohlášení však není uvedena informace o tom, zda bude vybraný dodavatel prokazovat tuto část technické kvalifikace sám, ani to, že vybraný dodavatel disponuje zadavatelem požadovanými certifikáty o dodržování ISO norem.
46. Současně nutno připustit, že samotný text čestného prohlášení byl do značné míry obecně formulován a mohl tudíž vzbudit u zadavatele pochybnost o tom, co je skutečně prolašováno. S ohledem na to, že se však zadavatel vybraného dodavatele na další podrobnosti stran čestného prohlášení netázal, lze uzavřít, že u něj pochybnosti nevznoslo. Následný postup před uzavřením smlouvy, kdy mu vybraný dodavatel předložil doklady kvalifikace, a to částečně prostřednictvím poddodavatele, přitom jednoznačně potvrdil, že vybraný dodavatel k plnění veřejné zakázky kvalifikován je. Byť tedy nyní může konkrétní čestné prohlášení „mezi řádky“ vyznívat tak, že vybraný dodavatel sám disponuje požadovanými certifikáty, formálně vzato z něj skutečně nevyplývá, že by vybraný dodavatel neměl v úmyslu poddodavatele k prokázání kvalifikace použít. Pokud tedy navrhovatel hovoří o vtažení *nového* poddodavatele, pak jde pouze o jeho interpretaci počínání vybraného dodavatele, která stojí na nejistých základech. Jisté je přitom naopak právě to, že vybraný dodavatel svou kvalifikaci prokázal.
47. Dle navrhovatele neměl zadavatel k dodatečné změně ve způsobu prokazování dotčené části technické kvalifikace přihlížet. Pokud nabídka vybraného dodavatele nesplňovala požadavky zadavatele na kvalifikaci, měl být vybraný dodavatele dle navrhovatele vyloučen ze zadávacího řízení.
48. K tomu je třeba znovu uvést, že § 46 zákona výslovně umožňuje na výzvu zadavatele doplnit nabídku o údaje či doklady prokazující splnění podmínek účasti, tedy i kvalifikace, a to i tehdy, pokud skutečnosti rozhodné pro splnění podmínek účasti (např. dokončení referenčního plnění, získání poddodavatele) nastanou až po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Námitka je tedy nedůvodná zcela zjevně. V předmětné věci však ani k žádné změně nedošlo, vybraný dodavatele pouze doplnil konkrétní doklady od poddodavatele.
49. Navrhovatel dále odkazuje na rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) ve věci C-387/14 ze dne 4. 5. 2017, na rozsudek SDEU ve věci C-223/16 ze dne 14. 9. 2017 a na rozsudek SDEU ve věci C-131/16 ze dne 11. 5. 2017.
50. Předseda Úřadu předně konstatuje, že uvedené rozsudky nejsou k projednávané věci přílehlavé. Rozsudek SDEU ve věci C-387/14 ze dne 4. 5. 2017 nelze na projednávaný případ aplikovat z toho důvodu, že se týká směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004, která otázku objasnění a doplnění nabídka upravovala odlišně od aktuální směrnice. Článek 59 odst. 3 aktuální směrnice výslovně připouští i rozšíření údajů předložených v nabídce, nejde tedy jen o pouhé objasňování, upřesňování či doplňování něčeho, co v důsledku zjevného administrativního pochybení schází (srov. body 38, 42, 43 odkazovaného rozsudku SDEU). Obdobný názor zastává rovněž Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 16. 11. 2022, č. j. 31 Af 73/2020-178, bod 29 odůvodnění. V neposlední řadě lze také podotknout, že předmětný rozsudek SDEU obsahově neodráží postup v rámci zjednodušeného podlimitního řízení dle § 53 zákona, a tudíž ani možnost nahradit doklady

o kvalifikaci v nabídce čestným prohlášením, neboť aktuální směrnice se vztahuje pouze k nadlimitnímu řízení.

51. Rovněž rozsudek SDEU ve věci C-223/16 ze dne 14. 9. 2017 nelze na projednávaný případ aplikovat. Stejně jako rozsudek předchozí se i tento týká již neúčinné směrnice. Dále skutkový stav věci, které se tento rozsudek týká, je zásadně odlišný od skutkového stavu posuzovaného v tomto správním řízení. Ve věci dotčené rozsudkem šlo totiž o otázku, zda je dovolenou změnou nabídky situace, ve které se změní složení konsorcia dodavatelů, které nabídku podalo, když jeden ze členů konsorcia ztratí oprávnění vykonávat určitou činnost. Ve zdejší věci zůstává dodavatel stále stejný.
52. Z posledně citovaného rozsudku SDEU C-131/16 ze dne 11. 5. 2017 vyplývá závěr, že žádost o objasnění nemůže zhojit neexistenci dokumentu nebo informace, jejichž předložení bylo vyžadováno v souladu se zadávací dokumentací. Nicméně opět jde o rozsudek vztahující se k již neúčinné právní úpravě. Aktuální směrnice připouští doplňování dokladů, které nebyly předloženy, jakož i jejich rozšiřování.
53. Navrhovatel dále poukazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0113/2019/VZ-24101/2019/322/HSc ze dne 30. 8. 2019. Na nyní šetřený případ není ani toto uvedené rozhodnutí příslušné. V tam projednávané věci nedošlo k nahrazení původních dokladů o prokázání technické kvalifikace doklady novými, nýbrž ke změně předmětu plnění.
54. Navrhovatel dále odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 269/2016-27 ze dne 27. 4. 2017. Z tohoto rozsudku dle navrhovatele vyplývá, že kvalifikační předpoklady, jejichž prokázání činí dodavatel prostřednictvím čestného prohlášení, musí být splněny již v okamžiku, kdy dodavatel učinil čestné prohlášení, přičemž nelze prohlásit něco, co vznikne teprve v budoucnu. K tomu je třeba uvést, že vybraný dodavatel prohlašoval čestně toliko to, že používá určité postupy, nikoliv že je držitelem příslušných certifikátů. To zřejmě i činí (nyní to nelze potvrdit, ani vyvrátit), pouze certifikátů se mu patrně nedostávalo, a proto se rozhodl použít poddodavatele, kterým nakonec prokázal svoji kvalifikaci. Není tedy prokázáno, že by prohlášení vybraného dodavatele nebylo čestné (tj. že by lhal). Rozpor s uvedeným rozsudkem je tak jen zdánlivý.
55. Navrhovatel dále zpochybňuje, zda lze požadavek technické kvalifikace podle bodů 5.3.2 a 5.3.3 zadávací dokumentace splnit poddodavately. Nutno konstatovat, že ze zadávacích podmínek nelze dovodit, že dodavatelé nemohou prokázat kvalifikaci prostřednictvím jiných osob. Zadavatel v zadávací dokumentaci nevyužil výhrady dle § 105 odst. 2 zákona, na jejímž základě v případě veřejné zakázky na služby nebo stavební práce nebo v případě veřejné zakázky na dodávky zahrnující umístění nebo montáž mohou zadavatelé v zadávací dokumentaci požadovat, aby jimi určené významné činnosti při plnění veřejné zakázky byly plněny přímo vybraným dodavatelem (tj. bez využití poddodavatele).
56. Navrhovatel v poslední řadě v rámci rozkladových námitek zpochybňuje přijetí opatření k nápravě zadavatelem. Jak ovšem uvedl Úřad v bodě 101 odůvodnění napadeného rozhodnutí, pokud zadavatel v průběhu zadávacího řízení zjistí, že postupoval v rozporu se zákonem, je jeho povinností učinit opatření k nápravě. V předmětné věci bylo vůli zadavatele umožnit všem účastníkům zadávacího řízení rovný přístup k informacím, a proto zrušil původní oznámení o výběru ze dne 29. 4. 2022, které neobsahovalo podrobnější odůvodnění výběru dodavatele. Součástí nového oznámení o výběru, resp. jeho přílohami,

přítom zadavatel učinil zprávu o hodnocení nabídek a výsledek posouzení splnění podmínek účasti u vybraného dodavatele, ze kterých lze ověřit provedené posouzení a hodnocení a případně je možno tyto úkony též rozporovat. Důvody zadavatele pro přijetí opatření k nápravě tak byly zcela relevantní a transparentní. Navrhovatel v rozkladu (bod 49) ani nepodrobuje argumentaci Úřadu věcné polemice, pouze připomíná své předchozí argumenty. Na takto obecně formulovanou námitku rozkladu tedy postačí zde uvedená obecná odpověď.

57. S ohledem na vše výše uvedené lze konstatovat, že vybraný dodavatel prokázal splnění technické kvalifikace dle bodů 5.3.2 a 5.3.3 zadávací dokumentace, a nebyl tudíž dán důvod pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení. Doplněním dokladů k prokázání splnění kvalifikace dle požadavků zadávací dokumentace nedošlo k materiální změně nabídky, nýbrž k předložení a doplnění dokladů prokazujících kvalifikaci vybraného dodavatele. K uvedenému doplnění došlo na základě výzvy zadavatele, kvalifikace není předmětem hodnocení nabídek a v zadávací dokumentaci není obsažena žádná výhrada dle § 105 zákona.
58. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu tak byla přezkoumána zákonnost napadeného rozhodnutí v celém jeho rozsahu a jeho věcná správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, současně byla přezkoumána i zákonnost postupu Úřadu, přičemž napadené rozhodnutí bylo shledáno zákonným a věcně správným. Z napadeného rozhodnutí je jasně patrné, z jakých podkladů pro vydání rozhodnutí Úřad vycházel a jaké právní normy na takto zjištěný skutkový stav aplikoval.

## **VI. Závěr**

59. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, lze dospět k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí. Proto bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí o rozkladu.

## POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

### Obdrží

1. obec Temelín, Temelín 104, 373 01 Temelín
2. KOUKAL LEGAL, advokátní kancelář, s.r.o., Příkop 834/8, Zábřdovice, 602 00 Brno
3. EUROVIA CS, a.s., U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4 – Michle
4. Š + H Bohunice, s.r.o., č.p. 3, 373 01 Temelín

### Vypraveno dne

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