



UOHSX00H22VA

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0167/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-01160/2023/161

Brno 8. 2. 2023

V řízení o rozkladu ze dne 9. 12. 2022 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **VYSSPA Sports Technology s.r.o.**, IČO 27967638, sídlem Skladová 2438/6, 326 00 Plzeň – Východní Předměstí,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-0432/2022/VZ, č. j. ÚOHS-42067/2022/510 ze dne 25. 11. 2022, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 23. 9. 2022 na návrh navrhovatele ve věci přezkumu úkonů zadavatele –

- **SK Řetězárna z.s.**, IČO 16626923, sídlem Sportovní 284, 790 81 Česká Ves, zastoupen na základě plné moci ze dne 26. 10. 2021 společností Procurio, s. r. o., IČO 09097384, sídlem Vrchlického 678/19, 500 02 Hradec Králové,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Rekonstrukce fotbalového hřiště s umělým povrchem**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 25. 8. 2021 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele pod systémovým číslem P21V10000501, jehož účastníkem je i vybraný dodavatel –

- **Delmonte Bauinvest s.r.o.**, IČO 07341814, se sídlem Plzeňská 429/245, 155 00 Praha 5 – Stodůlky,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0432/2022/VZ, č. j. ÚOHS-42067/2021/500 ze dne 25. 11. 2022

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“¹) k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 23. 9. 2022 návrh (dále jako „**návrh**“) navrhovatele – VYSSPA Sports Technology s.r.o., IČO 27967638, sídlem Skladová 2438/6, 326 00 Plzeň – Východní Předměstí (dále jako „**navrhovatel**“) – z téhož dne na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – SK Řetězárna z.s., IČO 16626923, sídlem Sportovní 284, 790 81 Česká Ves, zastoupen na základě plné moci ze dne 26. 10. 2021 společností Procurio, s. r. o., IČO 09097384, sídlem Vrchlického 678/19, 500 02 Hradec Králové (dále jako „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Rekonstrukce fotbalového hřiště s umělým povrchem“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 25. 8. 2021 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele pod systémovým číslem P21V10000501 (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. V podaném návrhu se navrhovatel vymezoval proti postupu zadavatele, když zadavatel zrušil předchozí výběr vybraného dodavatele, jakož i související úkony, avšak vybraného dodavatele nevyločil, přestože nastaly podmínky pro vyloučení podle ustanovení § 48 odst. 8 zákona, když údaje a doklady předložené vybraným dodavatelem neodpovídaly skutečnosti a měly vliv na posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení. Zadavatel přistoupil na změnu kvalifikace vybraného dodavatele, tuto připustil a opět vybral vybraného dodavatele. Navrhovatel dále namítal, že vybraný dodavatel nemá zkušenosti a odborné schopnosti realizovat veřejnou zakázku, neboť prokázal splnění technické kvalifikace (referenční stavby) v celém rozsahu prostřednictvím poddodavatele. Navrhovatel je přesvědčen, že vybraným dodavatelem nemůže být dodavatel, který sám neprokázal ani z části technickou

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 53 odst. 1 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

kvalifikaci/referenční stavby pro plnění veřejné zakázky a nemůže se tak podílet na realizaci stavebních prací, dodávek a služeb v odpovídajícím rozsahu. S ohledem na předmět referenčních staveb musí být dle navrhovatele veškeré práce a dodávky realizovány pouze poddodavatelem, kterým je dotčená část kvalifikace prokázána. Zároveň pak navrhovatel považoval za nedostatečné a nepřezkoumatelné rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele.

3. Dle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**správní řád**“), došlo dne 23. 9. 2022, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele, k zahájení správního řízení ve věci přezkumu úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky. Účastníkem správního řízení je i vybraný dodavatel – Delmonte Bauinvest s.r.o., IČO 07341814, se sídlem Plzeňská 429/245, 155 00 Praha 5 – Stodůlky (dále jako „**vybraný dodavatel**“).

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 25. 11. 2022 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-0432/2022/VZ, č. j. ÚOHS-42067/2022/510 (dále jako „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že se návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
5. Napadené rozhodnutí pak Úřad odůvodnil následovně. V první řadě se Úřad zabýval rozhodnutím zadavatele o námitkách navrhovatele. Rozhodnutí zadavatele o námitkách v částech namítaných navrhovatelem pak Úřad vyhodnotil jako dostatečně podrobně a srozumitelně odůvodněné. Na vypořádání námitek je dle Úřadu nutno nahlížet v kontextu celého rozhodnutí a zhodnotit, zda jsou úvahy zadavatele uvedené v odůvodnění rozhodnutí o námitkách přezkoumatelné. Z rozhodnutí o námitkách je zřejmé, proč zadavatel považuje argumenty navrhovatele za liché. Rozhodnutí o námitkách je tak dle Úřadu dostačující a přezkoumatelné.
6. Dále se Úřad zabýval navrhovatelem uváděnými důvody pro vyloučení vybraného dodavatele zadavatelem. Úřad zde odmítl argumentaci navrhovatele spočívající ve zpochybnění jedné z referenčních zakázek předložených poddodavatelem vybraného dodavatele (a to před změnou kvalifikace spočívající právě ve změně poddodavatele). Úřad především poukázal na to, že právě s ohledem na dřívější námitky navrhovatele se zadavatel nespokojil pouze s předložením referenčního listu dokládajícího realizaci referenční zakázky, ale přistoupil k ověření referenční zakázky u jejího objednatele, který ji osvědčil mimo jiné čestným prohlášením. Úřad tak dospěl k závěru, že zadavatel řádně posoudil původní kvalifikaci vybraného dodavatele a nedospěl k závěru, že by údaje předložené vybraným dodavatelem k referenční zakázce neodpovídaly skutečnosti, tudíž v této souvislosti neshledal ani důvod pro vyloučení vybraného dodavatele podle § 48 odst. 8 zákona.
7. V otázce samotné změny kvalifikace (spočívající ve změně poddodavatele vybraného dodavatele) pak Úřad vyslovil závěr, že zákon neomezuje rozsah možné změny kvalifikace podle § 88 zákona. Nelze proto přisvědčit tvrzení navrhovatele, že lze změnit pouze kvalifikaci prokazovanou prostřednictvím vybraného dodavatele, a nikoliv kvalifikaci prokazovanou prostřednictvím poddodavatele. Zadavatel tak dle Úřadu nepostupoval v rozporu se zákonem,

když umožnil vybranému dodavateli předložení nových referencí za účelem prokázání technické kvalifikace, neboť takové nově doložené údaje nejsou předmětem hodnocení a zároveň nedochází ke změně předmětu nabídky, a jedná se tak o situaci, kterou zákon nezakazuje. Postup zadavatele, který zrušil rozhodnutí o výběru vybraného dodavatele a následně znovu ve světle nově zjištěných skutečností posoudil, zda daný dodavatel splňuje podmínky účasti (přičemž dospěl k závěru, že ano), nebyl dle Úřadu v rozporu se zákonem.

8. Úřad pak rovněž odmítl argumentaci navrhovatele o údajné nemožnosti prokázání kvalifikace v celém rozsahu prostřednictvím poddodavatele, z čehož navrhovatel dovozuje „přeprodávání“ veřejné zakázky, resp. kupování kvalifikace. Úřad konstatuje, že rozsah plnění realizovaného poddodavatelem zákon na žádném místě neomezuje, pokud se nejedná o činnost dle ustanovení § 105 odst. 2 zákona. Poddodatelský závazek dle Úřadu odpovídá požadavkům zákona i judikatury správních soudů, tudíž zadavateli v tomto případě nevznikla povinnost vyloučit vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení dle § 48 odst. 8 zákona ve spojení s § 48 odst. 2 písm. a) zákona.

III. Rozklad navrhovatele

9. Dne 9. 12. 2022 obdržel Úřad rozklad navrhovatele proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 25. 11. 2022. Rozklad tak byl podán v zákonné lhůtě. Podáním doručeným Úřadu dne 12. 12. 2022 pak navrhovatel podaný rozklad doplnil.

Námítky rozkladu

10. Navrhovatel především namítá, že Úřad nesprávně vyhodnotil posouzení kvalifikace vybraného dodavatele zadavatelem, přičemž dospěl k závěru, že zadavatel nebyl povinen vybraného dodavatele vyloučit. K tomuto závěru měl Úřad dospět opomíjením relevantních skutečností a chybnou interpretací zákona. Obdobně pak dle navrhovatele Úřad dospěl k chybnému závěru, že v řešené věci byla přípustná změna v kvalifikaci vybraného dodavatele, když tento podle navrhovatele kvalifikován nebyl, a tudíž se nejednalo o změnu kvalifikace, ale o nedovolenou změnu nabídky.
11. Navrhovatel rovněž nesouhlasí se závěrem, jaký Úřad vyslovil ohledně prokazování kvalifikace vybraným dodavatelem prostřednictvím další osoby (poddodavatele), když sám vybraný dodavatel nebude dle navrhovatele realizovat předmět veřejné zakázky, nebo jej bude realizovat pouze v minimální míře. Taková situace podle navrhovatele představuje nepřípustné „přeprodávání“ veřejné zakázky, případně pak „koupení kvalifikace“ vybraným dodavatelem, který bude v budoucnosti oprávněn uvádět jím faktickou nerealizovanou veřejnou zakázku jako zakázku referenční.
12. Závěrem se navrhovatel vymezuje proti přístupu Úřadu, když podle navrhovatele v souvislosti s blíže nespecifikovanou změnou Úřad přistupuje negativně k navrhovatelovým návrhům.

Závěr rozkladu

13. Navrhovatel na základě výše uvedené argumentace navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řešenou věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

IV. Řízení o rozkladu

14. 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 zadavatele k rozkladu

15. Zadavatel se k podanému rozkladu vyjádřil podáním doručeným Úřadu dne 15. 12. 2022. Ve svém vyjádření zadavatel odmítá argumentaci navrhovatele, přičemž poukazuje to, že je navrhovatelem pouze opakována argumentace, kterou již uvedl v námitkách a návrhu. Podle zadavatele je celou podstatou argumentace navrhovatele tvrzení o dostatečném neověření kvalifikace vybraného dodavatele zadavatelem, což zadavatel odmítá a s odkazem na zákon a rozhodovací praxi Úřadu uvádí, že v řešené věci byla z jeho strany kvalifikace vybraného dodavatele posouzena dostatečně.

Stanovisko předsedy Úřadu

16. 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 přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i jeho správnost, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.
17. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které byl rozklad zadavatele zamítnut a napadené rozhodnutí potvrzeno.

V. K námitkám rozkladu

18. Jádrem sporné otázky v řešené věci je postup zadavatele ve vztahu k prokázání technické kvalifikace – předložení referenčních zakázek – vybraným dodavatelem. Vybraný dodavatel prokázal splnění technické kvalifikace podle § 83 odst. 1 zákona prostřednictvím poddodavatele UTsport s.r.o. (dále jako „**poddodavatel 1**“), přičemž mimo jiné předložil referenční zakázku „Pokládka povrchu fotbalového hřiště UMT III. Generace v Sezimově Ústí 7 501 m²“ (dále jen „**referenční zakázka**“). Navrhovatel pak zpochybňuje hodnotu referenční zakázky a pravost dokumentů, kterými byla její realizace prokázána. Vzhledem k těmto skutečnostem měl podle navrhovatele zadavatel především přistoupit k vyloučení vybraného dodavatele ze zadávacího řízení. Neměl současně připustit následnou změnu poddodavatele, neboť vybraný dodavatel nikdy kvalifikován nebyl.
19. V posuzovaném případě lze v otázce obecného řešení sporných právních otázek odkázat na závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 16. 11. 2022 č. j. 31 Af 73/2020-178, který se zabýval velmi podobnou materií. Z tohoto rozsudku se zejména podává, že i vybraný dodavatel může objasnit či doplnit své kvalifikační předpoklady, aniž by jej musel zadavatel vyloučit dle § 48 odst. 8 zákona. Krajský soud v této souvislosti uvádí: „*Smyslu zákona je učiněno zadost, pokud je postaveno na jisto, že smlouva je uzavřena s takovým dodavatelem, který splňuje (mj.) podmínky účasti soutěže. Není proto podstatné, zda závěr o splnění podmínek účasti u vybraného dodavatele zadavatel učiní bez výzvy dle § 46 odst. 1*

ZZVZ a nebo až po reakci vybraného dodavatele na výzvu dle § 46 odst. 1 ZZVZ, tj. až po objasnění či doplnění nabídky.“ V témže rozhodnutí krajský soud konstatuje, že k prokázání splnění podmínek účasti lze dospět i po podání nabídky, když uvádí: „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.“ Konečně se krajský soud vyjadřuje i k možnosti změnit poddodavatele, a to takto: „Tedy směrnice (dokonce) vyžaduje - popřípadě dovoluje (souvětí poslední čl. 63 odst. 1 druhý pododstavec) - aby zadavatel umožnil uchazeči nahradit poddodavatele, kterým uchazeč neprokával (mj. technickou) způsobilost.“ Krajský soud v citovaném rozsudku tedy uzavírá, že i po podání nabídky lze přistoupit ke změně poddodavatele, aniž by se jednalo o nedovolenou změnu nabídky, současně uzavírá, že povinnost dle § 48 odst. 8 zákona lze vztahovat pouze až ke konečnému závěru o výběru dodavatele, nikoliv k okamžiku, kdy je dodavatel za vybraného pouze označen. Ostatně totéž se podává i z nosného závěru citovaného rozsudku: „Suma summarum, pokud zadavatel přihlédl k nahrazení jednoho původního poddodavatele poddodavatelem novým (včetně nahrazení původní 1 referenční zakázky 2 novými referenčními zakázkami), šlo o postup souladný (i) s § 46 odst. 1 a 2 ZZVZ (subsumpce pod pojem „doplnění údajů a dokladů“), a to i ve světle směrnice (eurokonformní výklad). Námitka žalobců – o nedovolené změně nabídky a o následně chybném nevyločení vybraného dovolatele – tak je nedůvodná.“

20. Vycházejí ze shora uvedených právních závěrů lze v posuzované věci konkrétně uvést následující. Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že vybraný dodavatel předložil k prokázání technické kvalifikace seznam stavebních prací, přičemž ke každé referenční zakázce předložil osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení příslušné referenční zakázky poddodavatelem 1. V reakci na zpochybnění referenční zakázky navrhovatelem v podaných námitkách přistoupil zadavatel k jejímu dalšímu ověření u jejího objednatele – společnosti IPS Bohemia s.r.o. Zadavateli pak bylo předloženo čestné prohlášení společnosti IPS Bohemia s.r.o., že jí vystavený referenční list je pravý a odpovídá skutečnosti, dále smlouva uzavřená mezi poddodavatelem 1 a společností IPS Bohemia s.r.o. a zápis o odevzdání a převzetí díla, jež je předmětem referenční zakázky.
21. Z uvedeného je zjevné, že zadavatel na ověření skutečností souvisejících s veřejnou zakázkou nerezignoval a že vybraný dodavatel prokázal splnění technické kvalifikace způsobem podle § 79 odst. 5 zákona, podle kterého je rovnocenným dokladem k prokázání technického kritéria spočívajícího v seznamu stavebních prací zejména smlouva s objednatelem a doklad o uskutečnění plnění dodavatelem (v tomto případě poddodavatelem 1). V řešené věci pak byla referenční zakázka osvědčena i explicitním vyjádřením jejího objednatele ve formě čestného prohlášení. V této souvislosti lze odkázat i na závěry rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0174/2021/VZ, č. j. ÚOHS-00340/2022/161 ze dne 7. 1. 2022, z nichž se podává následující: „Je třeba si uvědomit, že plnění referenční zakázky se odehrává na základě soukromoprávní smlouvy uzavřené mezi objednatelem (příp. kupujícím apod.) a dodavatelem, a jsou to pouze smluvní strany, které mohou řádnost plnění takové smlouvy potvrdit či rozporovat, a to i v případě, že smlouva byla uzavřena postupem dle zákona.“
22. Navrhovatel se domnívá, že ve výše uvedené situaci, tj. když referenční zakázka byla zadavateli osvědčena i ze strany objednatele způsobem, který lze považovat za dosti přesvědčivý a v souladu s požadavky kladenými zákonem, měl zadavatel na tyto skutečnosti rezignovat.

Respektive nad nimi mělo převážít zpochybnění referenční zakázky navrhovatelem v podaných námitkách, na jehož základě měl zadavatel vybraného dodavatele vyloučit.

23. Takovýto postup není možné v obecné rovině zcela kategoricky odmítnout. Lze připustit, že může docházet k situacím, kdy bude technická kvalifikace dodavatelem formálně dostatečně prokázána, nicméně se budou vyskytovat skutečnosti nasvědčující tomu, že dodavatelem předložené dokumenty či údaje neodpovídají skutečnosti (a na což může být upozorněno právě v podaných námitkách), což ostatně reflektuje i zákon v § 48 odst. 2 písm. c). Nicméně nelze dovozovat to, že samotné zpochybnění prokázání technické kvalifikace je bez dalšího důvodem k vyloučení účastníka zadávacího řízení. V řešené věci se zpochybnění referenční zakázky navrhovatelem v podstatě zakládalo na tom, že konečným příjemcem předmětu referenční zakázky nebyl její objednatel, ale FK Spartak MAS Sezimovo Ústí z. s. Poddodavatel 1 tak ve vztahu k objednateli IPS Bohemia s.r.o. vystupoval jako poddodavatel. To ovšem nic nemění na tom, že samotná realizace referenční zakázky byla osvědčena jejím objednatel a lze se zde ztotožnit se závěrem, který Úřad vyslovil v bodě 138 napadeného rozhodnutí, že poddodavatel 1 odpovídal za řádné splnění zakázky přímo společnosti IPS Bohemia s.r.o., nikoliv FK Spartak MAS Sezimovo Ústí z. s. Skutečnost, zda nebyla předložena nepravdivá (falešná) reference, tak zadavatel ověřil řádně přímo u objednatele.
24. Navrhovatel rozporuje tvrzení Úřadu, že zákon je postaven na principu „doporučení“ objednatele, tedy osvědčení předchází činnosti dodavatele objednatelem. Takový princip je dle navrhovatele v rozporu s § 79 odst. 5 zákona. Ze znění napadeného rozhodnutí (specificky bodu 134) je zjevné, že Úřad nevyjadřoval to, že by prokázání technické kvalifikace mělo být odvislé od pouhého „doporučení“. Výraz doporučení je zde zjevně použit jako relativně obecný pojem (ostatně jej Úřad uvedl v uvozovkách), který vyjadřuje právě § 79 odst. 5 zákona, podle kterého je rovnocenným dokladem k prokázání technického kritéria spočívajícího v seznamu stavebních prací zejména smlouva s objednatelem a doklad o uskutečnění plnění dodavatele. Zjevně se tak jedná o doklady, na jejichž vystavení se musel objednatel podílet (uzavřením smlouvy, vystavením dokladu o uskutečnění plnění), a právě v tomto spočívá ono Úřadem uváděné doporučení.
25. Na základě výše uvedeného tak lze shrnout, že zadavatel nebyl povinen vyloučit vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 2 ve spojení s § 48 odst. 8 zákona.
26. Další navrhovatelem předkládanou námitkou je to, že zadavatel připustil u vybraného dodavatele změnu kvalifikace podle § 88 odst. 1 zákona.
27. Dne 29. 7. 2022 vybraný dodavatel oznámil zadavateli změnu v kvalifikaci podle § 88 zákona, a to z toho důvodu, že mu byl poddodavatelem 1 vypovězen poddodavatelský závazek. Vybraný dodavatel tak přestal splňovat požadovanou kvalifikaci stanovenou zadávacími podmínkami. Současně vybraný dodavatel oznámil, že splnění chybějící části kvalifikace nově prokazuje prostřednictvím nového poddodavatele, společnosti PROSTAVBY a.s. (dále jako „**poddodavatel 2**“) a dokládá nové doklady ke kvalifikaci (předložené referenční zakázky poddodavatele 2 nebyly navrhovatelem nijak zpochybněny, není tudíž nutné se zde jimi zabývat). Tuto skutečnost zadavatel reflektoval tak, že dne 4. 8. 2022 rozhodl o zrušení posouzení splnění podmínek účasti ze dne 11. 5. 2022, o zrušení rozhodnutí výběru vybraného dodavatele ze dne 12. 5. 2022 a o zrušení oznámení o výběru dodavatele doručeného

účastníkům zadávacího řízení dne 12. 5. 2022. Zadavatel pak následně dospěl k tomu závěru, že vybraný dodavatel prokázal splnění všech podmínek účasti v zadávacím řízení i poté, co došlo ke změně v kvalifikaci.

28. V tomto postupu zadavatele navrhovatel spatřuje pochybení, když je toho názoru, že vybraný dodavatel od počátku nebyl kvalifikován (prostřednictvím poddodavatele) a nemohlo tak dojít ke změně v kvalifikaci, když fakticky „nebylo co měnit“. Zároveň se navrhovatel vyjadřoval v tom smyslu, že změna v kvalifikaci spočívající ve změně poddodavatele by nebyla přípustná ani v tom případě, že by podmínky technické kvalifikace byly splněny.
29. V první řadě je třeba uvést, že argumentace navrhovatele absencí kvalifikace předcházející její změně není s ohledem na výše uvedené (a stejně tak s na závěry, k nimž Úřad dospěl v bodech 131 až 141 napadeného rozhodnutí) v řešené věci příléhavá, neboť zadavatel dospěl k důvodnému závěru, že podmínky technické kvalifikace vybraným dodavatelem splněny byly. Logicky tak ke změně v kvalifikaci nemohl zadavatel přistupovat s navrhovatelem předestíraným východiskem, tedy že podmínky technické kvalifikace splněny nebyly. Ostatně i v případě, kdy nabídka nesplňuje podmínky kvalifikace, lze takovou její vadu zhojit i dodatečně, a to postupem dle § 46 zákona. Toto ustanovení ostatně v odst. 2 explicitně uvádí, že skutečnosti rozhodné pro posouzení splnění podmínek účasti mohou dokonce i **nastat** po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Z toho jasně plyne, že stejně tak mohou být po uplynutí lhůty pro podání nabídek i prokázány.
30. Ze samotné dikce ustanovení § 88 zákona pak plyne, že v případě změny kvalifikace účastníka zadávacího řízení je tento povinen změnu zadavateli ve stanovené lhůtě oznámit a doložit nové doklady či prohlášení ke kvalifikaci. Za nedodržení této povinnosti stíhá účastníka zadávacího řízení bezodkladné vyloučení ze zadávacího řízení. V tomto směru se úprava § 88 zákona odlišuje od postupu dle § 46 zákona, neboť iniciativa je tomto případě na straně účastníka zadávacího řízení a zadavatel je pouze jejím příjemcem.
31. Zároveň je nutno poukázat na to, že institut změny kvalifikace podle § 88 zákona je pojat značně široce co do rozsahu možných změn. Zákon na žádném místě neomezuje rozsah možné změny kvalifikace dle § 88 zákona. V tomto duchu se k uvedenému ustanovení vyjadřuje i relevantní komentářová literatura: „*V obecné rovině platí, že v mezidobí od podání žádosti o účast (nabídky) konkrétním dodavatelem do okamžiku rozhodnutí zadavatele, jímž by měla být jeho nabídka vybrána jako nejvhodnější, může u tohoto účastníka zadávacího řízení z libovolných příčin dojít ke změně (změnám) kvalifikace². Tyto změny kvalifikace lze rozdělit na dvě skupiny, a sice na změny, jež nemají faktický vliv na prokázání kvalifikace příslušným účastníkem zadávacího řízení (v tomto ohledu je možno zmínit například změnu sídla dodavatele nebo změny v osobách jednatel v případě, kdy noví jednatele základní kvalifikační předpoklady splňují), a změny, které způsobují (vedou k tomu), že při jejich nastání účastník zadávacího řízení přestává kvalifikaci splňovat.*“³
32. Tomu odpovídají i závěry rozhodovací praxe Soudního dvora Evropské unie (dále jen „**soudní dvůr**“). Ten ve svém rozsudku ve věci C-927/19 ze dne 7. 9. 2021 vyslovil v kontextu ustanovení čl. 57 a čl. 63 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „**Směrnice**“) závěr,

² Zvýrazněno předsedou Úřadu.

³ KRČ, Robert, VANĚČEK, Jan. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 459

že zadavatel je oprávněn požadovat po účastníku zadávacího řízení nahrazení poddodavatele, jehož nezpůsobilost by jinak zakládala důvody pro vyloučení ze zadávacího řízení. Soudní dvůr zároveň v takové situaci dovozuje právo účastníka zadávacího řízení předložit doklady o tom, že přijal opatření postačující k doložení spolehlivosti poddodavatele navzdory existenci relevantního důvodu pro vyloučení účastníka zadávacího řízení. V tom soudní dvůr spatřuje především naplnění principu proporcionality a minimalizace omezení hospodářské soutěže. Otázce nahrazení poddodavatele se soudní dvůr věnoval rovněž v rozsudku ve věci C-210/20 ze dne 3. 6. 2020. V tomto rozsudku soudní dvůr vyslovil závěr, že pokud jsou přítomny důvody pro vyloučení účastníka zadávacího řízení, pak Směrnice předpokládá, že zadavatel účastníku zadávacího řízení umožní, aby mu představil nápravná opatření, která byla případně přijata k nápravě zjištěné nesrovnalosti, případně mu umožnit, aby nahradil poddodavatele. Není pak přípustné účastníka zadávacího řízení vyloučit, aniž by mu bylo umožněno podniknout kroky k nápravě stavu, který by odůvodňoval právě jeho vyloučení. Jakkoliv uvedené případy, v jejichž kontextu vyslovil soudní dvůr výše uvedené závěry, skutkově zcela neodpovídají řešené věci, je možné je použít jako interpretační vodítko v otázce změny kvalifikace (respektive změny kvalifikace spočívající ve změně poddodavatele) podle § 88 zákona, přičemž z uvedených závěrů je zjevné, že taková změna má být dle soudního dvora přípustná.

33. Zároveň je nutno vzít v úvahu, jaké by byly důsledky restriktivního přístupu ke změně kvalifikace podle § 88 zákona. Pro dodavatele by se stala neřešitelná např. situace, kdy by sám zjistil pochybení na straně svého poddodavatele (či objektivní důvody, pro které poddodavatel přestal splňovat podmínky kvalifikace), v jehož důsledku by nebyly naplněny podmínky technické (ale i třeba profesní) kvalifikace. Jakkoliv by se dodavatel takovou situaci snažil proaktivně řešit změnou poddodavatele, tak by v logice navrhovatele nebyla změna poddodavatele možná, respektive by takový dodavatel měl být ze zadávacího řízení vyloučen. Taková situace by pak byla nežádoucí i z hlediska obecných zásad zadávání veřejných zakázek, specificky zásady přiměřenosti směřující k co nejmenšímu omezení hospodářské soutěže při zadávání veřejných zakázek. Právě k omezení hospodářské soutěže by docházelo v situaci, kdy by z účasti na zadávacím řízení byl vyloučen dodavatel, který by byl jinak kvalifikován k účasti v zadávacím řízení, respektive k plnění předmětu veřejné zakázky, ale nebylo by mu umožněno tuto kvalifikaci prokázat postupem, při kterém by došlo k její změně podle § 88 zákona.
34. Je nutno podotknout, že tento přístup má samozřejmě své meze, když změna v kvalifikaci nemůže být ze strany dodavatele zjevně zneužita např. v situaci kdy kvalifikační požadavky vědomě nesplňuje. Nicméně v řešené věci vybraný dodavatel přesvědčivě prokázal splnění technické kvalifikace způsobem podle § 79 odst. 5 zákona, jak plyne z bodu 20 tohoto rozhodnutí výše, zadavatel její prokázání nezpochybnil a změnu v kvalifikaci akceptoval. Lze tak shrnout, že zadavatel v tomto směru nepostupoval v rozporu se zákonem.
35. Navrhovatel se v podaném rozkladu vymezuje proti odkazu Úřadu na čl. 56 odst. 3 Směrnice (bod 150 napadeného rozhodnutí), když podle něj Úřad zaměňuje změnu kvalifikace s doplněním podkladů na základě výzvy podle § 46 zákona. Navrhovatel zde opomíjí, že Úřad v žádném případě neklade rovnítko mezi změnu kvalifikace podle § 88 zákona a reakci na výzvu k doplnění podkladů, když explicitně uvádí, že se jedná o analogii. S jejím užitím zde lze souhlasit. Pokud zákon opravňuje zadavatele k tomu, aby účastníka zadávacího řízení vyzval

např. k doplnění dokladů prokazujících technickou kvalifikaci, pak je jen smysluplné, aby tak učinil i samotný účastník zadávacího řízení v intencích § 88 zákona z vlastní iniciativy a mohl tak např. zcela předejít nutnosti toho, aby zadavatel přistoupil k výzvě podle § 46 zákona. Tím spíše, pokud mu takový postup úprava § 88 zákona přímo ukládá jako povinnost (uvedenými závěry není nijak popřena starší rozhodovací praxe Úřadu ohledně postupu zadavatele a dodavatelů dle § 46 zákona). Jako analogii je pak třeba vnímat i odkaz Úřadu v bodě 149 napadeného rozhodnutí na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 27. 4. 2020 č. j. ÚOHS-12505/2020/323/MBr, které se rovněž zabývalo otázkou ohledně doplňování referenčních zakázek v reakci na výzvu zadavatele podle § 46 zákona, přičemž závěry tohoto rozhodnutí v obecné rovině akceptuje i sám navrhovatel v podaném rozkladu.

36. Dále se navrhovatel vymezuje proti závěrům Úřadem ohledně přípustnosti rozsahu prokázání technické kvalifikace vybraného dodavatele prostřednictvím poddodavatele. Navrhovatel zde argumentuje tak, že prokázání kvalifikace prostřednictvím další osoby má mít v zásadě pouze doplňkový charakter k prokázání kvalifikace samotným dodavatelem. Stejně tak má být omezena míra, do jaké bude předmět plnění veřejné zakázky fakticky realizován poddodavatelem. Podle navrhovatele má být podíl vybraného dodavatele na realizaci předmětu veřejné zakázky mimořádně nízký až žádný, přičemž může hrozit i to, že se bude jednat o „koupi kvalifikace“ vybraným dodavatelem, který bude schopen prokázat realizaci veřejné zakázky, jejíž předmět sám fakticky nerealizoval.
37. Zde je nutno poukázat především na § 83 odst. 1 zákona, podle kterého 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. Uvedené ustanovení tak hovoří o určité části kvalifikace, ale jinak rozsah, v jakém může být prokázána prostřednictvím jiných osob, neomezuje. To, že rozsah prokázání kvalifikace, respektive poddodavatelského plnění v zásadě není zákonem omezen pak *a contrario* vyplývá i z § 105 odst. 2 zákona, který umožňuje zadavateli trvat na realizaci části předmětu veřejné zakázky přímo vybraným dodavatelem. U veřejné zakázky pak zadavatel k vymezení činností podle § 105 odst. 2 zákona nepřistoupil.
38. Rovněž zde lze odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) č. j. 3 As 204/2014-16 ze dne 16. 5. 2015 (na který odkazoval sám navrhovatel a kterému se věnoval i Úřad v bodě 163 napadeného rozhodnutí). V tomto rozsudku vyslovil NSS závěr, že *„Pokud podle shora citovaného ustanovení zákona o veřejných zakázkách má ze subdodavatelské smlouvy vyplývat „závazek subdodavatele“, je primárně třeba, aby subdodavatelská smlouva vůbec obsahovala nějakou jasně vymezenou kvalifikační dovednost (schopnost, licenci, zkušenost) a reálný platný závazek k jejímu plnění. Subdodavatelská smlouva proto vždy musí splňovat minimálně obecné požadavky na platnost právních úkonů. To znamená, že kromě obecných požadavků na platnost právního úkonu musí subdodavatelská smlouva být dostatečně určitá a srozumitelná. Mimo těchto minimálních požadavků je však třeba trvat také na tom, aby formulace takové smlouvy byla natolik konkrétní, že z ní bude zřejmé, jaká část kvalifikačních předpokladů bude za dodavatele prokázána prostřednictvím subdodavatele. Uvedený požadavek je dán tím, že subdodavatelská smlouva tvoří právní základ pro doplnění kvalifikace dodavatele v chybějícím rozsahu subdodavatelem. To jasně vyplývá i z dikce shora citovaného § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, podle které ze subdodavatelské smlouvy má vyplývat závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné*

zakázky dodavatelem (případně k poskytnutí věcí či práv), a to „alespoň v rozsahu v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) (...) Z hlediska posuzované argumentace kasační stížnosti není smlouva způsobilá k prokázání části kvalifikace subdodavately ve smyslu ust. § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách již proto, že obecně formulované závazky subdodavatele nejsou odrazem konkrétních požadavků zadavatele na kvalifikaci. Z neurčitých formulací smlouvy nelze dovodit, v jakém rozsahu, kdy a za jakých konkrétních okolností budou konkrétní kvalifikační předpoklady doplněny subdodavatelem. Namítá-li stěžovatel, že se krajský soud nezabýval otázkou, zda dodavatel v zadávacím řízení prokázal splnění všech stanovených kvalifikačních předpokladů, je třeba konstatovat, že tato otázka nebyla předmětem sporu. Předmětem sporu byla otázka, zda smlouva, jíž uvedený dodavatel prokazoval splnění chybějící části kvalifikace subdodavatelem, je k prokázání této podmínky způsobilá.“ NSS se zde nevymezil proti rozsahu prokazování kvalifikace další osobou, respektive vůči rozsahu poddodavatelského závazku, ale především proti její neurčitosti, když nemůžou být nároky kladené na dodavatele „paušálně“ přesunuty na další osoby, ale musí zde existovat vazba ke konkrétním požadavkům na kvalifikaci a k předmětu plnění veřejné zakázky. Co do rozsahu, v jakém měla být část plnění předmětu veřejné zakázky realizována poddodavatelem 2 v návaznosti na jeho poddodavatelský závazek, lze v řešené věci odkázat na body 165 až 171 napadeného rozhodnutí, kde se touto otázkou Úřad rozsáhle zabýval, přičemž dospěl k závěru, že předložený poddodavatelský závazek poddodavatele 2 odpovídá požadavkům zákona i judikatury správních soudů.

39. Ve vztahu k poddodavatelskému závazku a prokazování technické kvalifikace lze dále odkázat i na rozhodovací praxi Úřadu, např. rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0268/2020/VZ, č. j. ÚOHS-26064/2020/531/VNE ze dne 21. 8. 2020 ve kterém Úřad uvedl: „Úřad opakuje, že pokud vybraný dodavatel prokazuje kvalifikaci v podstatném rozsahu prostřednictvím „kvalifikačního“ poddodavatele, aniž by se současně zavázal k plnění, a to ať už formou jednostranného závazku formulovaného poddodavatelem pro vybraného dodavatele, nebo ve formě uzavřené smlouvy o poddodávkách, toto neodpovídá stávající rozhodovací praxi Úřadu, Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu, resp. platné právní úpravě. Skutečnosti, že vybraný dodavatel prokazuje prostřednictvím tohoto kvalifikačního poddodavatele technické kvalifikační předpoklady v podstatném rozsahu, tj. ze 75 %, navíc zjevně neodpovídá dle názoru Úřadu ani rozsah poddodavatelského závazku obsažený v doložené nové smlouvě o poddodávkách, tzn. rozsah plnění zajišťovaný poddodavatelem, kdy tento bude realizovat pouze část plnění, a to v rozsahu 10 % z celkového objemu stavebních prací.“ V řešené věci vysoký podíl poddodavatele na realizaci předmětu veřejné zakázky koresponduje s tím, v jakém rozsahu jeho prostřednictvím vybraný dodavatel prokazuje technickou kvalifikaci, což odpovídá závěrům citovaného rozhodnutí.
40. Pokud jde o úvahy navrhovatele o tom, že postup vybraného dodavatele může představovat pouze snahu o „nákup kvalifikace“ pro jiné veřejné zakázky, lze s navrhovatelem v obecné rovině souhlasit v tom, že takový postup je nežádoucí. Nicméně v řešené věci zůstává tato otázka pouze v rovině spekulací navrhovatele. V takové situaci je nutno postupovat s ohledem na obecnou zásadu presumpce dobré víry a poctivosti, a nikoliv přičítat vybranému dodavateli *a priori* nekalý motiv.

41. Závěrem je pak nutné se vymezit vůči poznámkám navrhovatele, který se odkazem na jakousi blíže nespecifikovanou změnu v části V podaného rozkladu vymezuje vůči postupu Úřadu. Úřad ve věci jakéhokoliv podnětu či návrhu postupuje individuálně a zcela v souladu s účinnou právní úpravou, judikaturou správních soudů a vlastní správní praxí.

VI. Závěr

42. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, byl učiněn závěr, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu, a proto bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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. Procurio, s. r. o., Vrchlického 678/19, 500 02 Hradec Králové
2. VYSSPA Sports Technology s.r.o., Skladová 2438/6, 326 00 Plzeň – Východní Předměstí
3. Delmonte Bauinvest s.r.o., Plzeňská 429/245, 155 00 Praha 5 – Stodůlky

Vypraveno dne

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