



UOHSX00198RO

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0109/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-40889/2023/162

Brno 23. 10. 2023

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 22. 8. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jenž podal navrhovatel –

- **ENVIRONMENTAL BUILDING a.s.**, IČO 09713662, se sídlem Říčanská 1799, Voděrádky, 251 01 Říčany, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 5. 6. 2023 Mgr. Filipem Petrášem, advokátem, ev. č. ČAK 14619, společníkem společnosti Advokátní kancelář Petráš Rezek s.r.o., IČO 07417641, se sídlem Opletalova 1525/39, 110 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-29389/2023/500 ze dne 4. 8. 2023, vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0328/2023/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **městská část Praha 12**, IČO 00231151, se sídlem Generála Šišky 2375/6, 143 00 Praha, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 14. 6. 2023 společností QCM, s.r.o., IČO 26262525, se sídlem Heršpická 813/5, Štýřice, 639 00 Brno,

učiněných při zadávání **části 5** „Údržba veřejné zeleně a úklid veřejných prostranství (Čs. exilu, Generála Šišky, Poljanovova, lesním porostem u Lhoteckého potoka)“, **části 6** „Údržba veřejné zeleně a úklid veřejných prostranství (Rakovského, Poljanovova, Generála Šišky, Vazovova, Levského až ke Lhoteckému potoku)“ a **části 8** „Údržba veřejné zeleně a úklid veřejných prostranství (Generála Šišky, Modřanská a Čs. Exilu)“ veřejné zakázky s názvem „**Údržba zeleně a úklid veřejných prostranství ve správě MČ Praha 12**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno

k uveřejnění dne 23. 2. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 2. 2023 pod ev. č. Z2023-008450, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 2. 2023 pod ev. č. 2023/S 042-124399, ve znění pozdějších oprav,

jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů a podle § 152 odst. 6 písm. a) a § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0328/2023/VZ, č. j. ÚOHS-29389/2023/500 ze dne 4. 8. 2023

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – městská část Praha 12, IČO 00231151, se sídlem Generála Šišky 2375/6, 143 00 Praha (dále jen „**zadavatel**“) – jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění účinném ke dni zahájení předmětného zadávacího řízení (dále jen „**zákon**“) zahájil dne 23. 2. 2023 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Údržba zeleně a úklid veřejných prostranství ve správě MČ Praha 12“, přičemž oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 2. 2023 pod ev. č. Z2023-008450, ve znění pozdějších oprav a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 2. 2023 pod ev. č. 2023/S 042-124399, ve znění pozdějších oprav (dále jen „**veřejná zakázka**“ nebo „**zadávací řízení**“).
2. Veřejná zakázka byla rozdělena na 9 částí, mimo jiné na:
 - část 5, resp. část E, s názvem „Údržba veřejné zeleně a úklid veřejných prostranství (Čs. exilu, Generála Šišky, Poljanovova, lesním porostem u Lhoteckého potoka)“ (dále jen „**část 5**“ nebo „**část E**“),
 - část 6, resp. část F, s názvem „Údržba veřejné zeleně a úklid veřejných prostranství (Rakovského, Poljanovova, Generála Šišky, Vazovova, Levského až ke Lhoteckému potoku)“ (dále jen „**část 6**“ nebo „**část F**“) a
 - část 8, resp. část H, s názvem „Údržba veřejné zeleně a úklid veřejných prostranství (Generála Šišky, Modřanská a Čs. Exilu)“ (dále jen „**část 8**“ nebo „**část H**“).
3. Dne 17. 4. 2023 vyzval zadavatel účastníka zadávacího řízení – ENVIRONMENTAL BUILDING a.s., IČO 09713662, se sídlem Říčanská 1799, Voděrádky, 251 01 Říčany (dále jen „**navrhovatel**“) – k objasnění jeho nabídky, neboť hodnotící komise pojala podezření,

že v případě jeho poddodavatele – GREEN PROJECT s. r. o., IČO 27195783, se sídlem Vajdova 1040/8, Hostivař, 102 00 Praha 10 (dále jen „**poddodavatel GREEN PROJECT**“) – došlo ke změně kvalifikace. Navrhovatel hodlal prostřednictvím poddodavatele GREEN PROJECT prokázat splnění určité části kvalifikace a z tohoto důvodu v souladu s § 83 odst. 1 zákona předložil ve své nabídce mimo jiné výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů týkající se tohoto poddodavatele ze dne 29. 3. 2023. Hodnotící komise na svém druhém jednání však shledala, že poddodavatel GREEN PROJECT již v seznamu kvalifikovaných dodavatelů není zapsán, resp. že byl v mezidobí ze seznamu vyřazen.

4. Na shora uvedenou výzvu reagoval navrhovatel přípisem ze dne 19. 4. 2023 (dále jen „**objasnění nabídky**“), v němž uvedl, že jestliže pochybnosti hodnotící komise mohlo vyvolat datum předloženého výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů ze dne 29. 3. 2023, tj. přede dnem 30. 3. 2023, což je datum konce lhůty pro podání nabídek, přikládá nyní ve svém objasnění nabídky elektronický originál výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů s datem 31. 3. 2023, tj. po termínu konce lhůty pro podání nabídek.
5. Z dokumentu „Oznámení o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení“ ze dne 27. 4. 2023 (dále jen „**oznámení o vyloučení**“), plyne, že zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele z části 5, 6 a 8 zadávacího řízení. Důvodem byla skutečnost, že „*údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení: a) nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil, b) nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46, nebo c) neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení. Dále je povinen zadavatel účastníka vyloučit podle § 88 odst. 2 Zákona, protože účastník nesplnil podle § 88 odst. 1 Zákona, tj. nahlásit změnu v kvalifikaci*“.
6. Proti oznámení o vyloučení podal navrhovatel námitky ze dne 11. 5. 2023 (dále jen „**námítky**“), v nichž rozporoval posouzení výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů ve vztahu k poddodavateli GREEN PROJECT a trval na závěru, že zadavatel byl povinen jej přijmout a splnění základní a profesní kvalifikace tohoto poddodavatele pokládat za prokázané. Dále rozporoval závěr zadavatele o tom, že navrhovatel neprokázal splnění ani části technické kvalifikace, o čemž byl navrhovatel informován právě až prostřednictvím oznámení o vyloučení. Navrhovatel dále k námitkám přiložil doklady týkající se jeho poddodavatele VYKRUT zahradní služby a.s., IČO 03921921, se sídlem Pavlovova 3048/40, Zábřeh, 700 30 Ostrava (dále jen „**poddodavatel VYKRUT**“), s tím, že poddodavatel VYKRUT pro účely prokázání části technické kvalifikace nahrazuje poddodavatele GREEN PROJECT.
7. Zadavatel námitky navrhovatele odmítl prostřednictvím rozhodnutí o vyřízení námitek ze dne 25. 5. 2023 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“).
8. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o jím podaných námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 5. 6. 2023 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**návrh**“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“). Dnem, kdy Úřad shora uvedený návrh obdržel, 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 učiněných při zadávání části 5, části 6 a části 8 veřejné zakázky vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0328/2023/VZ.

II. Napadené rozhodnutí

9. Dne 4. 8. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0328/2023/VZ, č. j. ÚOHS-29389/2023/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jímž návrh navrhovatele zamítl dle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
10. Úřad shledal, že navrhovatel sice ve své nabídce k prokázání základní způsobilosti dle § 74 zákona a profesní způsobilosti dle § 77 odst. 1 zákona poddodavatele GREEN PROJECT předložil výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů ze dne 29. 3. 2023, ale zadavatel nicméně později v průběhu zadávacího řízení zjistil, že tento poddodavatel již není v seznamu kvalifikovaných dodavatelů zapsán. Zadavateli tedy vznikla důvodná pochybnost o tom, zda daný poddodavatel základní a profesní způsobilost splňuje. Dle Úřadu tak zadavatel nepostupoval v rozporu se zákonem, když si nejprve ve smyslu § 39 odst. 5 zákona ověřil, zda je poddodavatel GREEN PROJECT v seznamu kvalifikovaných dodavatelů zapsán, a následně v souladu s § 46 zákona po navrhovateli požadoval objasnění této skutečnosti. Dále Úřad dospěl k závěru, že prostřednictvím objasnění nabídky navrhovatele nemohlo dojít k odstranění pochybnosti zadavatele ohledně splnění základní kvalifikace dle § 74 zákona a splnění profesní kvalifikace dle § 77 odst. 1 zákona poddodavatelem GREEN PROJECT. Jestliže zadavatel shledal naplnění důvodu pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 2 písm. a) a b) zákona, neměl dle Úřadu povinnost se zabývat (resp. povinnost přijmout) doklady dle § 83 odst. 1 zákona týkající se poddodavatele VYKRUT, které předložil navrhovatel v námitkách, tedy až po rozhodnutí o vyloučení navrhovatele. V daném případě se nejednalo ani o situaci předvídanou v § 88 odst. 1 zákona. Dále Úřad uvedl, že celkovou výměnu poddodavatele nelze považovat za tzv. self cleaning, resp. obnovení způsobilosti, dle § 76 zákona, kterého se navrhovatel dovolával, neboť smysl tohoto institutu je jiný.

III. Rozklad navrhovatele

11. Proti napadenému rozhodnutí podal navrhovatel rozklad, který byl Úřadu doručen dne 22. 8. 2023. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 7. 8. 2023. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
12. Navrhovatel je přesvědčen, že napadené rozhodnutí je zatíženo několika podstatnými vadami, které způsobují jeho nezákonnost. Úřad dle jeho názoru zejména neúplně a nesprávně zjistil skutkový stav věci, v jehož důsledku přezkoumávaný případ nesprávně právně posoudil. Úřad dle navrhovatele rovněž nepřezkoumal předmět řízení v rozsahu, jak jej navrhovatel vymezil svým návrhem, a ani neposoudil jednotlivé skutečnosti a postupy ve vzájemných souvislostech, když některé z nich posoudil zcela odděleně bez zohlednění okolností, které jednotlivým procesním krokům předcházely či je následovaly.
13. Předmět správního řízení spadá dle navrhovatele do dvou okruhů: 1) skutečnosti týkající se prokazování kvalifikace poddodavatele GREEN PROJECT, resp. vyloučení navrhovatele pro neprokázání kvalifikace tohoto poddodavatele jako jiné osoby, a 2) skutečnosti týkající se možnosti obnovení způsobilosti a způsobu jejího provedení, přičemž na oba tyto okruhy je dle navrhovatele nezbytné nahlížet ve vzájemné souvislosti podle toku událostí, a nikoli separátně jako na samostatné právní otázky, které je třeba zodpovědět bez zohlednění vzájemných souvislostí. Ačkoli navrhovatel souhlasí s Úřadem, že v šetřené věci jde o spor účastníků správního řízení o oprávněnost vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení,

je navrhovatel přesvědčen o tom, že pravým jádrem tohoto „sporu“ jsou skutečnosti, které jej vyvolaly. Navrhovatel tvrdí, že právě těmito skutečnostmi se Úřad dostatečně nezabýval, když jeho kroky byly soustředěny spíše na formálně-procesní stránku postupu zadavatele, než na materiální stránku věci.

14. Navrhovatel dále rozebírá podstatu výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů, povinnost zadavatele k jeho přijetí, dále poukazuje na místa při posuzování jeho nabídky zadavatelem, která jsou z jeho pohledu problematická, a poukazuje na deficity, které shledává v postupu Úřadu při posuzování této otázky.
15. Další rozkladové námítky se týkají institutu obnovení způsobilosti a odůvodnění napadeného rozhodnutí týkajícího se nemožnosti využít tento postup v šetřeném případě takovým způsobem, jak to učinil navrhovatel.
16. Na podporu rozkladové argumentace navrhovatel odkazuje na předchozí rozhodovací praxi Úřadu a jeho předsedy.

Závěr rozkladu

17. Závěrem rozkladu navrhovatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

18. Zadavatel se k rozkladu navrhovatele vyjádřil prostřednictvím přípisu ze dne 29. 8. 2023. Uvedl své stanovisko k rozkladovým námitkám týkajícím se výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů týkajícího se poddodavatele GREEN PROJECT, který pokládá za neplatný. Dále poukázal na své postupy související s výzvou k objasnění nabídky a odpovědi navrhovatele, jakož i na své důvody pro „neuznání“ obnovení způsobilosti navrhovatele prostřednictvím výměny jeho poddodavatele.
19. Předsedovi Úřadu zadavatel doporučuje, aby podaný rozklad zamítnul a napadené rozhodnutí potvrdil.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

21. Po projednání věci 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 předcházelo jeho vydání, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, ta však toliko v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise předseda Úřadu dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že výrokem napadeného rozhodnutí rozhodl tak, jak je shora uvedeno, nerozhodl správně, neboť neposoudil správně postupy navrhovatele a zadavatele v souvislosti s výměnou poddodavatele GREEN PROJECT za poddodavatele VYKRUT. Z tohoto důvodu je nezbytné napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání, v jehož rámci

Úřad znovu tuto spornou část posoudí. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou uvedeny podrobné důvody, které vedly k tomuto závěru.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

23. Navrhovatel se ve svém rozkladu domáhá posouzení sporných postupů zadavatele ve vzájemné souvislosti podle toku událostí, které v zadávacím řízení nastaly. V rámci tohoto rozhodnutí o rozkladu byly vzaty v úvahu všechny relevantní okolnosti, které postup zadavatele determinovaly. Tyto okolnosti vedou k níže uvedeným závěrům.
24. Ačkoli tímto rozhodnutím o rozkladu dochází ke zrušení napadeného rozhodnutí, neznamená to, že by se předseda Úřadu při posouzení šetřené věci s Úřadem zcela rozcházel. S tím, jak Úřad posoudil otázku prokázání kvalifikace poddodavatele GREEN PROJECT, resp. vyloučení navrhovatele pro neprokázání způsobilosti jeho poddodavatele, je možné se ztotožnit, jak je uvedeno dále.
25. Navrhovatel hodlal část technické kvalifikace prokázat prostřednictvím zkušeností poddodavatele GREEN PROJECT, a v souladu s § 83 odst. 1 písm. a) a c) zákona¹ byl tedy povinen v rámci své nabídky předložit rovněž doklady prokazující splnění profesní způsobilosti dle § 77 odst. 1 zákona a základní způsobilosti dle § 74 zákona tohoto poddodavatele. Za tímto účelem byl součástí nabídky navrhovatele výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů vztahující se k tomuto poddodavateli s datem 29. 3. 2023 (dále jen „**původní výpis z SKD**“), tedy den před koncem lhůty pro podání nabídek.
26. Z Protokolu o druhém jednání hodnotící komise ze dne 17. 4. 2023 (dále jen „**protokol**“) vyplývá, že zadavatel provedl kontrolu zápisu poddodavatele GREEN PROJECT v seznamu kvalifikovaných dodavatelů a zjistil, že poddodavatel již v tomto seznamu není zapsán. Konkrétně je v protokolu uvedeno, že „*komise má důvodné podezření, že došlo ke změně kvalifikace účastníka podle § 88 odst. 1 Zákona, tj. že účastník kvalifikaci nadále nesplňuje kvalifikaci. Pokud k této skutečnosti došlo, účastník navíc nesplnil svoji povinnost nahlásit změnu v kvalifikaci podle uvedeného ustanovení*“. Na tuto skutečnost se zadavatel navrhovatele postupem dle § 46 zákona dotázal prostřednictvím žádosti o objasnění nabídky ze dne 17. 4. 2023 (dále jen „**žádost o objasnění nabídky**“).
27. Na tomto postupu zadavatele nelze shledat ve shodě s Úřadem žádných vad, neboť zadavatel je v souladu s § 39 odst. 5 zákona oprávněn ověřovat věrohodnost poskytnutých údajů, dokladů, vzorků nebo modelů a může si je opatřovat také sám. K takovému postupu by byl zadavatel oprávněn i bez uvedeného výslovného zákonného zmocnění, neboť nelze rozumně předpokládat, že by zadavatel jen slepě přijímal jakékoli doklady splňující formální požadavky zákona či zadávací dokumentace, aniž by si ve svém vlastním zájmu jejich pravdivost a správnost ověřoval. Samozřejmě si lze představit i takovou situaci, že zadavatel k dožádání dodatečných dokladů nepřistoupí, neboť jemu samému či na popud některého z účastníků zadávacího řízení nevznikne o splnění kvalifikace či způsobilosti určitého účastníka žádná pochybnost. Pak se jedná pouze o jeho vlastní riziko spočívající v tom, že by k faktické realizaci poptávaného plnění přistoupil dodavatel, který k tomu nemá dostatečnou kvalifikaci či požadovanou způsobilost.

¹ V této souvislosti jsou uvedeny pouze ty doklady, jejichž povaha je mezi účastníky správního řízení sporná.

28. Zadavatel tedy postupoval správně, jestliže se prostřednictvím žádosti o objasnění nabídky pokusil nejasnost spočívající v nenalezení poddodavatele GREEN PROJECT v seznamu kvalifikovaných dodavatelů vyjasnit. V tomto okamžiku ani nemohl postupovat jinak, neboť neměl postaveno najisto, zda poddodavatel GREEN PROJECT je, či není způsobilý dle § 74 a § 77 odst. 1 zákona, jak vyžaduje § 83 odst. 1 písm. a) a c) téhož právního předpisu. Skutečnost, zda je určitý dodavatel v seznamu kvalifikovaných dodavatelů zapsán, či nikoli, totiž není rozhodující pro to, zda je či není způsobilý ve smyslu § 74 či § 77 odst. 1 zákona. Zápis v seznamu kvalifikovaných dodavatelů pouze zjednodušuje prokazování a posuzování skutečností, které osvědčuje. Ve chvíli, kdy je určitý dodavatel z tohoto seznamu vyškrtnut, tedy automaticky nepřestává být způsobilým.
29. V této souvislosti lze vypořádat rozkladové námítky týkající se charakteru výpisů ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů poddodavatele GREEN PROJECT. S navrhovatelem nelze souhlasit, pokud tvrdí, že jestliže původní výpis z SKD osvědčoval zápis poddodavatele GREEN PROJECT ke dni 29. 3. 2023, neměl jej zadavatel jakkoli rozporovat, ale bezpodmínečně přijmout s ohledem na znění § 228 odst. 2 zákona. Toto ustanovení vymezuje povinnost zadavatele přijmout výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů, pokud k poslednímu dni, ke kterému má být prokázána základní způsobilost nebo profesní způsobilost, není starší než 3 měsíce.² Dále zákon ve svém § 86 odst. 5 stanoví, že „*doklady prokazující základní způsobilost podle § 74 a profesní způsobilost podle § 77 odst. 1 musí prokazovat splnění požadovaného kritéria způsobilosti nejpozději v době 3 měsíců přede dnem zahájení zadávacího řízení*“. Zákon tedy výslovně upravuje pouze nejvyšší možné stáří relevantních dokladů.
30. Z kombinace těchto zákonných ustanovení vyplývá, že navrhovatel skutečně ke dni podání nabídky prokázal splnění předemtné způsobilosti, neboť předložil výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů, který odpovídá zákonným požadavkům³ a zadavatel nebyl v souladu s § 228 odst. 2 zákona oprávněn jej odmítnout. To zadavatel ostatně neučinil, neboť navrhovatele nevyločil pro to, že by za účelem prokázání způsobilosti svého poddodavatele dle § 83 odst. 1 písm. a) a c) zákona předložil právě výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů, a nikoli např. čestné prohlášení či dokumenty dle § 75 odst. 1 zákona. Zadavatel tedy postupoval v souladu s jednoznačným zákonným příkazem přijmout takový výpis, jak stanoví § 228 odst. 2 zákona. Ve shodě s navrhovatelem lze uzavřít, že k datu podání nabídky, resp. konce lhůty pro podání nabídek, nemůže být o splnění formálních náležitostí původního výpisu z SKD, a tedy ani o způsobilosti poddodavatele GREEN PROJECT dle § 74 a § 77 odst. 1 zákona k tomuto datu jakýchkoli pochyb.
31. V odlišném časovém okamžiku, kdy zadavatel prováděl posouzení splnění podmínek účasti (dne 17. 4. 2023, blíže srov. protokol), však shledal, že původní výpis z SKD již k datu posuzování neprokazuje základní a profesní způsobilost dle § 77 odst. 1 zákona poddodavatele GREEN PROJECT, neboť k tomuto dni nelze tohoto dodavatele ve veřejně přístupném seznamu vyhledat. Nedošlo tedy k tomu, že by zadavatel v rozporu s § 228 odst. 2 zákona odmítl

² V souladu s tímto ustanovením zákona nemusí zadavatel přijmout ani takový výpis, na kterém je vyznačeno zahájení řízení podle § 231 odst. 4 zákona, tahle okolnost však není pro šetřený případ relevantní, neboť na dotčených výpisech ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů toto vyznačení není.

³ Zadávací řízení bylo zahájeno dne 23. 2. 2023, lhůta pro podání nabídek byla stanovena do 30. 3. 2023 a původní výpis z SKD je datován 29. 3. 2023, odpovídá tedy požadavkům § 228 odst. 2 a § 86 odst. 5 zákona ve znění do 15. 7. 2023, které je pro tento případ rozhodné.

původní výpis z SKD přijmout, nýbrž k tomu, že jej podrobil posouzení, jak mu § 39 odst. 5 zákona umožňuje. Navrhovatel se v této souvislosti ve svém rozkladu dovolává rozsouzení sporu panujícího mezi ním a zadavatelem o tom, „*zda zákonný příkaz k akceptaci výpisu z SKD, který splňuje podmínky § 228 ZZVZ je příkazem absolutním (což zastává Navrhovatel), či zda u tohoto příkazu existují i jiné výjimky než ta, která je výslovně obsažena v § 228 odst. 2 věta druhá ZZVZ (což zastává zadavatel)*“. Jak bylo uvedeno shora, povinnost přijmout výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů odpovídající podmínkám dle § 228 odst. 2 zákona neznámá, že by následně zadavatel nebyl oprávněn ověřit, zda dodavatel skutečně deklarovanou způsobilost splňuje. Zadavatel je oprávněn posoudit veškerá tvrzení, která účastníci zadávacího řízení ve svých nabídkách uvádějí. Povinnost přijmout výpis zakotvená v § 228 odst. 2 zákona znamená toliko, že zadavatel například nemůže odmítnout výpis starý 2 měsíce od rozhodného dne. Jde o pravidlo, jehož smyslem je snížit administrativní zátěž dodavatele v tom, že nemusí u každé nabídky na veřejnou zakázku pořizovat výpis nový, ale je mu umožněno použít výpis, který již má k dispozici. Naopak smyslem tohoto pravidla není zakázat zadavateli ověřit informace v něm obsažené a případně je i vyvrátit, tím méně pak pro dobu po vzniku takového výpisu. V této době totiž logicky může docházet ke změnám ve způsobilosti zapsaného subjektu. Výklad, že zadavatel je bezpodmínečně vázán neaktuálním výpisem, se s ohledem na zásadu transparentnosti, která ovládá všechny postupy zadavatele v zadávacím řízení, jeví zcela absurdním. Zadavatel totiž musí mít oprávnění posoudit soulad údajů tvrzených v nabídce s realitou, jinak by byl vystaven riziku, že zadá veřejnou zakázku dodavateli, který nesplnil zadávací podmínky.

32. V tomto smyslu se jeví jako přílehlavý odkaz navrhovatele na dřívější rozhodnutí Úřadu č. j. VZ/S221/05-01985/2006/520-Pr ze dne 10. 1. 2006 a rozhodnutí Úřadu č. j. VZ/S244/05-154/01536/2006/540-RP ze dne 26. 1. 2006, která byla vydána za účinnosti zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, a ve kterých se Úřad vyjádřil k povinnosti zadavatele přijmout předložený výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů. V případě řešeném rozhodnutím ze dne 10. 1. 2006 se zadavatel skutečně dopustil nezákonného odmítnutí výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů, neboť trval na předložení jiných dokumentů k prokázání kvalifikace dotčeného účastníka.⁴ V rozhodnutí o rozkladu sp. zn. 2R 023/06-ŠP, kterým bylo toto rozhodnutí Úřadu potvrzeno, se navíc uvádí: „*Z uvedeného plyne, že každý zápis v seznamu kvalifikovaných dodavatelů je třeba považovat za správný do chvíle, než je prokázán opak.*“. Tedy i předseda Úřadu v tomto případě dospěl k závěru, že zápis v seznamu kvalifikovaných dodavatelů **nezakládá nevyvratitelnou domněnku** správnosti údajů v něm zapsaných, nýbrž závěr o jejich správnosti lze vyvrátit důkazem opaku. Pokud jde o shora uvedené rozhodnutí ze dne 26. 1. 2006, obsahuje relevantní závěry pro otázku, zda je zadavatel oprávněn požadovat prokázání skutečností zapsaných do seznamu kvalifikovaných dodavatelů jinými doklady. Opět je zde vyjádřeno, že zadavatel je povinen akceptovat výpis, pokud není starší 90 dnů (tedy je v souladu s tehdejší právní úpravou). Závěr Úřadu o tom, že v takovém případě není zadavatel oprávněn požadovat prokázání skutečností zapsaných do seznamu kvalifikovaných dodavatelů jinými doklady se vztahuje ke skutkovému stavu tehdejšího případu, kdy zadavateli žádné pochybnosti o kvalifikaci dotčeného účastníka

⁴ Zadavatel město Litvínov nezákonně vyloučil účastníka FABRICOM CZ, a.s. z důvodu nedoložení aktuálního výpisu z rejstříku trestů, i přes to, že nabídka tohoto účastníka obsahovala výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů, který prokazoval požadavek na ‚beztrestnost‘ a splňoval požadavky tehdejšího zákona o veřejných zakázkách na své stáří.

nevznikly. V této souvislosti tedy nelze ničeho vytknout závěrům Úřadu uvedeným v bodu 87 napadeného rozhodnutí, a to ani ve světle rozkladové argumentace, neboť se skutečně jednalo o zcela odlišné skutkové okolnosti, než je nyní šetřená věc.

33. Pro úplnost lze na tomto místě uvést, že se nelze ztotožnit se stěžejní námitkou související rozkladové argumentace, dle níž „*vyhověl-li uvedený výpis ze SKD všem zákonem stanoveným podmínkám, nebylo jakéhokoliv důvodu odpírat mu jeho zákonem stanovené účinky (a tedy ani zkoumat vedlejší souvislosti)*“. Stále se zde naráží na rozdíl mezi povinnostmi zadavatele přijmout výpis dle § 228 odst. 2 zákona a jeho právem na ověřování věrohodnosti poskytnutých údajů dle § 39 odst. 5 zákona. Tyto dvě oblasti nejsou ve vzájemném rozporu, jak bylo uvedeno shora, neboť zadavatel je skutečně povinen přijmout takový výpis namísto jiných dokumentů, pokud odpovídá požadavkům zákona, ale zároveň je oprávněn ověřit si, zda skutečně platí, že prokazuje jím tvrzené skutečnosti.
34. Dále se nelze ztotožnit ani s rozkladovou námitkou, dle níž má být pro posouzení kvalifikace, resp. způsobilosti, rozhodující pouze den konce lhůty pro podání nabídek. Jestliže je smyslem kvalifikace a způsobilosti zajištění faktické realizace veřejné zakázky toliko takovými dodavateli, kteří k tomu prokazatelně mají vhodné, resp. nezbytné předpoklady, nemůže být pochyb o tom, že účastník zadávacího řízení by měl být kvalifikovaný a způsobilý ve smyslu § 74 a § 77 odst. 1 zákona po celou dobu, kdy se zadavatel posouzením této otázky může a má zabývat. V opačném případě by pozbylo smyslu např. ustanovení § 88 odst. 1 zákona, podle kterého je účastník zadávacího řízení povinen zadavatele informovat o určitých změnách, které v souvislosti s jeho kvalifikací nastanou v průběhu zadávacího řízení.
35. Jak bylo uvedeno shora, zadavatel byl oprávněn navrhovatele vyzvat k objasnění jeho nabídky ve smyslu § 46 zákona. Rovněž žádost o objasnění nabídky navrhovatel v rozkladu napadá, přičemž argumentuje v tom smyslu, že jeho objasnění nabídky bylo určeno právě charakterem této žádosti s tím, že neshledal důvod se explicitně vyjadřovat k podezření zadavatele na změnu kvalifikace poddodavatele GREEN PROJECT. Z důvodu přehlednosti a ucelenosti odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu, které se vztahuje k povaze výpisů ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů, jsou závěry předsedy Úřadu ve vztahu k charakteru žádosti o objasnění uvedeny až v bodech 63 a 64 tohoto rozhodnutí o rozkladu.
36. V reakci na výzvu k objasnění nabídky navrhovatel uvedl pouze níže uvedená tvrzení:
*„Jako uchazeč se oprávněně domníváme, že jsme zcela splnili předložení dokladů dle ZD i z pohledu ZZVZ.
Pochybnost mohl vyvolat datum výpisu SKD ze 29.3.2023, tj. před datem podání nabídky k 30. 3. 2023 a přikládáme el. originály SKD s datem 31. 3. 2023 tj. . po termínu podání nabídek.
Věříme, že objasnění je dostatečné pro vyvrácení podezření nesplnění kvalifikace i s ohledem na § 6 ZZVZ.“*
37. Takové objasnění nabídky nemohlo pochybnosti zadavatele vyvrátit, neboť navrhovatel se nijak nevyslovuje k tomu, jestli je jeho poddodavatel skutečně způsobilý ve smyslu § 74 a § 77 odst. 1 zákona. Jestliže navrhovatel k objasnění nabídky přiložil výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů vztahující se k poddodavateli GREEN PROJECT, který je datován ke dni 31. 3. 2023 (dále jen „**dodatečný výpis z SKD**“), a k tomuto datu tedy prokazuje,

že dotčený poddodavatel je způsobilý, nevyřešil tímto způsobem potřebu prokázat jeho způsobilost i po tomto datu, konkrétně v období od 17. 4. 2023 a dále.

38. V souvislosti s institutem výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů je tedy zcela bez debat, že tento výpis může plnit svou funkci jen tehdy, pokud je dodavatel, kterého se výpis týká, v seznamu kvalifikovaných dodavatelů stále zapsán. Tuto skutečnost musí být dodavatel schopen prokázat, což se však v šetřeném případě nestalo. Jak trefně uvedl Úřad v bodu 85 napadeného rozhodnutí, „§ 228 zákona se dotýká situace, kdy je zadavatel povinen přijmout výpis z SKD jako dokument nahrazující doklady uvedené v § 228 odst. 1 zákona, dle § 228 odst. 2 věty druhé zákona však platí, že zadavatel nemusí přijmout výpis z SKD, na kterém je vyznačeno zahájení řízení dle § 231 odst. 4 zákona, tedy řízení o změně údajů nebo o vyřazení dodavatele z SKD podle § 232 zákona. S ohledem na to nelze dle Úřadu po zadavateli vyžadovat, aby výpis z SKD pro účely prokázání splnění základní a profesní způsobilosti jinou osobou akceptoval v situaci, kdy poddodavatel není v SKD zapsán, tedy za situace, kdy již zjevně proběhlo řízení o vyřazení poddodavatele z SKD. Nelze tak dle Úřadu přijmout myšlenku navrhovatele, že má zadavatel při posuzování prokázání kvalifikace prostřednictvím jiných osob přihlížet pouze ke stavu, jaký panoval do konce lhůty pro podání nabídek, a zcela ignorovat, že po uplynutí lhůty pro podání nabídek zjevně došlo u poddodavatele k vyřazení z SKD. Přijetím dané teze by byl zadavatel v podstatě nucen podstoupit riziko, že může následně uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky s navrhovatelem, u jehož poddodavatele nemá postaveno najisto, zda skutečně splňuje základní kvalifikaci dle § 74 zákona a profesní kvalifikaci dle § 77 zákona“.
39. Na dotaz navrhovatele, uvedený na straně 8 jeho rozkladu, „zda se povaha řádně předloženého a platného výpisu ze SKD z hlediska zákonných podmínek prokazování kvalifikace mění v situaci, kdy dodavatel, který tento řádný a platný výpis předložil, bude ze SKD vyřazen“, lze tedy odpovědět, že rozhodně ano. Takový výpis nepřestává být platným, neboť stále odpovídá časovému hledisku dle § 228 odst. 2 zákona, nicméně není již nadále způsobilým prokázat skutečnosti, které jsou v něm uvedeny. Záleží však na postupu zadavatele, jestli přistoupí k ověřování jeho věrohodnosti ve smyslu § 39 odst. 5 zákona a tato skutečnost vůbec vyjde najevo.
40. Argumentace navrhovatele ohledně povahy výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů coby veřejné listiny je bezpředmětná. Zadavatel ani Úřad nezpochybňují platnost dotčených výpisů z SKD, nýbrž nepřisvědčují nemožnosti zadavatele ověřit si jejich věrohodnost, a to zejména pro dobu po jejich vystavení. Navrhovatel uvádí, 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**⁵“. Navrhovatel nicméně přehlíží, že výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů prokazuje splnění podmínek základní a profesní způsobilosti pouze pro den, po kterou je dodavatel v seznamu zapsán. Navrhovatel si zkrátka měl zajistit, že poddodavatel, kterého použil, bude minimálně až do zadání veřejné zakázky disponovat zápisem v seznamu kvalifikovaných dodavatelů (např. nástroji smluvního práva). Případně mohl takové poddodavatele vyměnit, jak bude rozvedeno níže.

⁵ Zvýraznění doplněno.

41. Pro tyto důvody se zadavatel nedopustil porušení zákona, jestliže následně přistoupil k vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení dle § 48 odst. 2 písm. b) zákona.
42. Z oznámení o vyloučení dále vyplývá, že zadavatel přistoupil k vyloučení navrhovatele na základě § 88 odst. 2 zákona, tedy vzhledem k tomu, že předpokládal, že u navrhovatele, resp. jeho poddodavatele GREEN PROJECT, došlo ke změně kvalifikace a navrhovatel nesplnil související oznamovací povinnost dle § 88 odst. 1 zákona. I z jiných částí oznámení o vyloučení je zřejmý závěr zadavatele o tom, že poddodavatel GREEN PROJECT nesplnil základní způsobilost. Jak bylo ovšem uvedeno shora, otázka, zda dotčený poddodavatel způsobilý ve smyslu § 74, resp. § 77 odst. 1 zákona, je, či není, nemohla být vyřešena, neboť navrhovatel za tímto účelem nepředložil doklady, které by způsobilost poddodavatele nade vší pochybnost prokázaly. Zadavatel tedy nebyl oprávněn přistoupit k vyloučení navrhovatele z tohoto důvodu, neboť řešení této otázky neměl postaveno najisto. Nemohl tedy bezpečně uzavřít, že se poddodavatel z původně způsobilého (v souladu s původním výpisem z SKD) stal nezpůsobilým.
43. Z tohoto důvodu není nutné, ale vlastně ani možné, aby zadavatel či Úřad objasňovali či dokládali, u kterého z kritérií základní způsobilosti mělo dojít ke změně kvalifikace poddodavatele GREEN PROJECT, resp. který ze zapsaných údajů má být nepravdivý, jak požaduje navrhovatel v rozkladu. K vyloučení navrhovatele by totiž stačilo naplnění důvodu vyloučení dle § 48 odst. 2 písm. b) zákona.
44. Ačkoli by pro vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení postačovalo nedoložení dokladů dle § 83 odst. 1 písm. a) a c) zákona, které by byly schopné prokázat, že poddodavatel GREEN PROJECT je způsobilým, a následné nedostatečné objasnění ze strany navrhovatele, zadavatel proaktivně přistoupil k posouzení splnění požadavků na technickou kvalifikaci ze strany navrhovatele. V této souvislosti shledal, že některé referenční zakázky realizované poddodavatelem GREEN PROJECT nesplňují požadavky zadavatele, a tedy rovněž z tohoto důvodu navrhovatele z účasti v zadávacím řízení vyloučil. Z oznámení o vyloučení to sice výslovně nevyplývá, nicméně tuto okolnost lze podřadit pod jeden ze zadavatelem uvedených relevantních důvodů vyloučení, konkrétně pod § 48 odst. 2 písm. a) zákona. V této souvislosti je vhodné poukázat na správnost závěru Úřadu uvedeného v bodu 89 napadeného rozhodnutí, týkajícího se navrhovatelem tvrzené povinnosti zadavatele postupovat dle § 46 zákona i ve vztahu k této „nejasnosti“. Je možné se plně ztotožnit s úvahou Úřadu, že zadavateli *„nemohla v daném případě při posouzení splnění technické kvalifikace vzniknout nejasnost ohledně předložení významných služeb, které nedosahují minimálně požadovaných hodnot, neboť, jak vyplývá z Protokolu o třetím jednání komise, navrhovatelem předložené významné služby byly poddodavatelem prováděny přímo pro samotného zadavatele“*. Zadavatel tedy nepostupoval v rozporu se zákonem, pokud v této souvislosti nevyzval navrhovatele k objasnění této části jeho nabídky.
45. Na oznámení o vyloučení reagoval navrhovatel svými námitkami ze dne 11. 5. 2023 (dále jen „námitky“). Ve vztahu k základní a profesní způsobilosti poddodavatele GREEN PROJECT setrval na svém přesvědčení, že původní výpis z SKD, resp. dodatečný výpis z SKD, byly dostatečným dokladem k prokázání způsobilosti tohoto poddodavatele. V reakci na nesplnění části technické kvalifikace pak navrhovatel přistoupil k výměně poddodavatele GREEN PROJECT za poddodavatele VYKRUT a v této souvislosti přiložil k námitkám i doklady

dle § 83 odst. 1 zákona ve vztahu k této osobě. Dále uvedl, že se jedná o doklady předložené z jeho strany k obnovení způsobilosti ve smyslu § 76 zákona.

46. V rozhodnutí o námitkách zadavatel na tuto změnu poddodavatele reagoval tak, že je to změna nepřípustná a rozporná se základními zásadami zadávání veřejných zakázek. Úřad se při posouzení této otázky zaměřil na charakter institutu obnovení způsobilosti s tím, že *„opožděné doložení dokumentu prokazujícího splnění základní způsobilosti nelze považovat za nápravné opatření ve smyslu § 76 zákona. Nedochozí totiž k obnovení základní způsobilosti, ale pouze k jejímu opožděnému prokázání“*.
47. Ačkoli je možné se ztotožnit s obecnými tezemi a východisky dotčeného institutu, které Úřad v napadeném rozhodnutí vymezil, není možné souhlasit se závěrem, že v šetřeném případě nelze shledat prostor pro uplatnění institutu obnovení způsobilosti v jeho zákonem zamýšleném smyslu. Jak bude rozvedeno dále, navrhovatel byl oprávněn postupem dle § 76 žádat o obnovení své způsobilosti prostřednictvím výměny poddodavatele, neboť v případě původního poddodavatele byla zpochybněna způsobilost základní.
48. Na úvod je třeba podotknout, že v případě obnovení způsobilosti (tzn. self cleaning) se nemusí jednat pouze o způsobilost dodavatele, nýbrž i jeho poddodavatele, jak správně argumentuje navrhovatel ve svém rozkladu. K této otázce blíže srov. např. rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 30. 1. 2020 ve věci C-395/18, z něhož mimo jiné vyplývá, že kdyby účastníkovi zadávacího řízení hrozilo, že bude vyloučen z účasti na zadávacím řízení z důvodu nedodržení povinností,⁶ které je přičitatelné jeho poddodavateli, může účastník zadavateli prokázat, že i přes existenci takového důvodu pro vyloučení, je nadále spolehlivý, přičemž zadavatel musí v souladu s úpravou obnovení způsobilosti danou Směrnicí 2014/24/EU posoudit důkazy předložené tímto účastníkem v závislosti na závažnosti situace a konkrétních okolnostech projednávané věci (viz bod 50 rozsudku).
49. Dále je třeba vycházet ze smyslu, resp. cíle, tohoto institutu, kterým je přispět k co možná maximálnímu rozšíření soutěže dodavatelů o veřejnou zakázku. Díky tomu, že nebude docházet k automatickému vylučování takových účastníků, kteří jsou i přes nesplnění určitých požadavků zákona (stanovených v § 74 a § 48 odst. 5 a 6 zákona), tzn. i přes naplnění důvodů pro jejich vyloučení, schopni přijmout dostatečná nápravná opatření, aby bylo zajištěno řádné plnění veřejné zakázky, nebudou takoví účastníci „zbytečně“ vylučováni a zadavatel bude mít možnost vybírat z většího okruhu nabídek, což je i v jeho zájmu. Zvláště výrazně se tato okolnost projevuje v případě, že účastníkem dotčeným vyloučením je ten, který nabídl nejnižší nabídkovou cenu, resp. nabídku pro zadavatele ekonomicky nejvýhodnější, jak se stalo v šetřeném případě. Zákon pak s možností obnovení způsobilosti v konkrétně vymezených případech výslovně počítá.
50. Současně je třeba dbát na zásadu přiměřenosti dle § 6 odst. 1 zákona, která vyžaduje, aby postupy zadavatele nepřekračovaly meze toho, co je nezbytné pro dosažení cílů stanovených jednotlivými ustanoveními zákona. Důležitost tohoto požadavku se projevuje právě při vylučování účastníků z účasti v zadávacím řízení na základě fakultativních důvodů, jak je tomu v nyní šetřeném případě. Zadavatel by měl v souladu s touto zásadou vzít v úvahu

⁶ V šetřeném případě se jednalo o nedodržení povinností v oblasti práva životního prostředí, a sociálního a pracovního práva, nicméně v obecnosti lze tyto závěry vztáhnout i na další požadavky, které zákon na řádnou účast dodavatelů v zadávacím řízení klade.

úroveň závažnosti důvodu pro vyloučení, jeho relevanci pro následné řádné plnění předmětu veřejné zakázky a porovnat jej s důsledkem, který vyloučení účastníka znamená pro okruh relevantních dodavatelů soutěžících o veřejnou zakázku, který by měl být v zájmu samotného zadavatele co nejširší. Současně tato zásada vyžaduje, aby uvážení zadavatele bylo o to pečlivější, jestliže důvod pro vyloučení spočívá v nedostatku na straně poddodavatele účastníka, tedy osoby, kterou nemá účastník tak říkajíc „zcela pod kontrolou“ (blíže srov. závěry Soudního dvora Evropské unie uvedené v bodu 48 jeho rozsudku ze dne 30. 1. 2020 ve věci C-395/18). Aby nedostatky související s poddodavatelem mohly mít dopad na účastníka (jakožto hlavního dodavatele) až do té míry, že kvůli nim může být vyloučen z účasti v zadávacím řízení, je v souladu se zásadou proporcionality obecně nutné, aby takové nedostatky skutečně učinily účastníka nehodného důvěry zadavatele.

51. Dále nelze shledat, že by obnovení základní způsobilosti dle § 74 zákona nemohlo být provedeno prostřednictvím výměny poddodavatele. Pokud zákonodárce (český i ten evropský⁷) umožňují účastníkům zadávacího řízení předložit důkazy k prokázání toho, že opatření, která přijali, postačují k prokázání jejich způsobilosti navzdory existenci důvodu pro vyloučení, jak je uvedeno v § 76 odst. 1 zákona, a to v podstatě v jakékoli fázi zadávacího řízení a zcela z vůle takových účastníků, není důvod, proč by za tímto účelem neměla být připuštěna rovněž výměna poddodavatele, která sleduje obdobný cíl – ponechat v zadávacím řízení účastníka, který je schopen napravit pochybení (týkající se toliko podmínek účasti), které by jinak znamenalo jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení. Nelze rovněž přehlédnout, že výčet opatření, kterými lze obnovení způsobilosti dosáhnout, je v zákoně pojat toliko jako demonstrativní.
52. V šetřeném případě vyvstává další podstatná okolnost pro připuštění výměny poddodavatele, kterou představuje způsob, jakým zadavatel koncipoval oznámení o vyloučení. Zadavatel v něm nejprve formuloval určité pochybnosti v tom smyslu, že *„tím, že jiná osoba nesplňuje základní způsobilost, nemůže účastník řízení využít reference zapsané v seznamu významných služeb k prokázání technické kvalifikace, protože tyto reference realizovala jiná osoba“*, dále *„je zřejmé, že ve skutečnosti účastník neprovedl práce v požadované hodnotě“* a *„je zřejmé, že účastník nebyl oprávněn významné služby uvést, vzhledem k nesplnění základní způsobilosti jinou osobou, navíc dvě ze tří požadovaných referencí nesplňují požadavky zadavatele“*. Následně zadavatel uvedl, že navrhovatele vylučuje *„podle § 48 odst. 2 Zákona“*, přičemž citoval toto ustanovení, a dále, že *„je povinen zadavatel účastníka vyloučit podle § 88 odst. 2 Zákona, protože účastník nesplnil podle § 88 odst. 1 Zákona, tj. nahlásit změnu v kvalifikaci“*. Z oznámení o vyloučení tedy není patrné, který ze zákonných důvodů se má podle zadavatele vztahovat ke kterému z tvrzených pochybení navrhovatele, a současně některé z důvodů pro vyloučení vůbec neodpovídají zjištěným vadám nabídky navrhovatele. Z tohoto důvodu lze rozumět snaze navrhovatele pokusit se reagovat na takový způsob vyloučení pomocí obnovení způsobilosti skrze výměnu poddodavatele, neboť se jedná o reakci na ne zcela konkrétní výtky vůči jeho nabídce.
53. Díky způsobu uchopení institutu obnovení způsobilosti ze strany českého zákonodárce má zadavatel v souladu § 76 odst. 3 zákona k dispozici poměrně širokou rozhodovací pravomoc k posouzení toho, zda nápravné opatření přijaté účastníkem zadávacího řízení o obnovení jeho

⁷ Blíže srov. bod 102 preambule Směrnice 2014/24/EU a čl. 57 odst. 6 této směrnice.

způsobilosti je s přihlédnutím k závažnosti nesplnění dotčených požadavků skutečně přiměřené.

54. V šetřeném případě se však zadavatel odmítl přijatým nápravným opatřením – výměnou poddodavatele – zabývat s tím, že tento postup navrhovatele odporuje základním zásadám zadávání veřejných zakázek, zejména zásadě rovnosti účastníků zadávacího řízení. Dále zadavatel v části XII. rozhodnutí o námitkách uvedl, že takový úkon navrhovatele považuje za podstatnou změnu nabídky. Zadavatel tedy v rozporu s § 76 odst. 3 zákona neprovedl posouzení, zda přijatá nápravná opatření považuje za dostatečná. Zásada rovného zacházení či zásada transparentnosti však nebrání tomu, aby zadavatel uvedené posouzení provedl, a posléze ani tomu, aby k případné výměně poddodavatele mohlo dojít. Všichni dodavatelé i jejich poddodavatele podléhají v průběhu zadávacího řízení obdobnému postupu posuzování a ověřování, který by měl být ze strany zadavatele veden za stejných podmínek. S účastníky nacházejícími se ve stejném postavení tedy musí zadavatel zacházet stejným způsobem. Pokud by se i jiný účastník zadávacího řízení ocitnul v situaci, jako navrhovatel, musel by zadavatel tuto skutečnost v rámci svých postupů zohlednit. Jestliže se však v takové pozici nikdo další neocitl, což vyplývá z dokumentace zadávacího řízení, nelze uzavřít, že zadavatel nebyl oprávněn výměnu poddodavatele připustit z toho důvodu, že ji nepřipustil ani u ostatních účastníků (kteří ji však ani nepotřebovali ani nehodlali využít).⁸
55. Pro šetřený případ je podstatné, že v situaci, kdy zadavatel neměl najisto postaveno, zda poddodavatel GREEN PROJECT splňuje základní a profesní způsobilost, navrhovatel mu nabídl řešení, jímž se tento nedostatek teoreticky mohl zhojit – nového poddodavatele VYKRUT, o němž tvrdil, že veškeré požadavky dle § 74 zákona splňuje. **Není pochyb o tom, že tímto postupem nelze samostatně zhojit nesplnění technické kvalifikace či nesplnění profesní způsobilosti dle § 77 odst. 1 zákona.** Navrhovatel se však ocitl v situaci, kdy by díky obnovení základní způsobilosti dle § 74 zákona prostřednictvím výměny poddodavatele rovněž automaticky došlo ke změně profesní způsobilosti dle § 77 odst. 1 zákona a relevantní části technické kvalifikace, kterou prostřednictvím tohoto poddodavatele navrhovatel prokazoval.
56. V tomto důsledku nelze spatřovat rozpor se zákonem mimo jiné i proto, že prvotní pochybnost zadavatele vzešla právě z neprokázání základní způsobilosti poddodavatele GREEN PROJECT prostřednictvím původního výpisu z SKD. Nutno podotknout, že výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů ani informace o technické kvalifikaci nezahrnuje. Rovněž vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení bylo odůvodněno ve vztahu k neobjasnění či nedoplnění údajů vztahujících se k základní způsobilosti dle § 74 poddodavatele GREEN PROJECT. Ačkoli tedy výměnou poddodavatele GREEN PROJECT za poddodavatele VYKRUT může dojít současně s obnovením základní způsobilosti poddodavatele rovněž k obnovení jeho profesní způsobilosti dle § 77 odst. 1 zákona a relevantní části technické kvalifikace, nepředstavuje tato okolnost rozpor s § 76 odst. 1 zákona.

⁸ Z protokolu, Protokolu o třetím jednání hodnotící komise z 21. 4. 2023 a Protokolu o čtvrtém jednání hodnotící komise z 28. 4. 2023 vyplývá, že zadavatel shledal nejasnosti v souvislosti s prokazováním technické kvalifikace také v nabídkách jiných účastníků podaných pro část C a pro část G veřejné zakázky. Tyto pochybnosti však dotčení účastníci rozptýlili v rámci svých objasnění nabídek a k žádné výměně poddodavatele nepřistoupili.

57. Závěrem je v této souvislosti třeba uvést, že Úřad, ani jeho předseda, nemůže rozhodovat o tom, zda navrhovatelem přijatá opatření představují dostatečnou pravděpodobnost nápravy způsobilosti navrhovatele, resp. jeho poddodavatele. Rozhodnutí Úřadu se může týkat pouze otázky, zda zadavatel skutečně takovou dostatečnost posoudil a vyhodnotil. To se v šetřeném případě nestalo a zadavatel nebyl bez dalšího oprávněn trvat na vyloučení navrhovatele poté, co navrhovatel přistoupil k výměně poddodavatele GREEN PROJECT za poddodavatele VYKRUT. Navrhovatel v šetřeném případě prostřednictvím svých námitek vznesl „návrh“ na obnovení způsobilosti svého poddodavatele a zadavatel byl v souladu s § 76 odst. 3 zákona povinen takový „návrh“ posoudit z hlediska dostatečnosti navrhovaného opatření k nápravě. Jak uvedl Soudní dvůr Evropské unie ve svém rozsudku ze dne 3. 10. 2019, ve věci C-267/18, zadavatel musí v případě zjištění, že jsou naplněny důvody pro vyloučení dodavatele „*ponechat dotčenému hospodářskému subjektu možnost předložit důkazy o tom, že nápravná opatření, která tento subjekt přijal, postačují k tomu, aby zabránila opakování nesrovnalosti, v níž tkví původ ukončení dřívější veřejné zakázky, a že jsou tudíž takové povahy, že mohou prokázat jeho spolehlivost i přes existenci relevantního fakultativního důvodu pro vyloučení*“.⁹
58. Lze tedy shrnout, že zadavatel postupoval správně, pokud navrhovatele vyloučil z účasti v zadávacím řízení z důvodů dle § 48 odst. 2 písm. a) a b) zákona. Jestliže však nepřipustil výměnu poddodavatele za účelem obnovení jeho základní způsobilosti, resp. v rozporu s § 76 odst. 3 zákona se nezabýval posouzením navrhovaných opatření k obnovení způsobilosti, nepostupoval v souladu se zákonem, konkrétně s § 76 odst. 1 a 3 zákona a zásadou proporcionality dle § 6 zákona.
59. Z tohoto důvodu je třeba, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 25. 5. 2023. Zadavatel následně posoudí námitky navrhovatele ve světle shora uvedeného odůvodnění.
60. Dále následuje vypořádání dílčích rozkladových námitek navrhovatele, které je z důvodu přehlednosti a celistvosti předchozího odůvodnění uvedeno samostatně.
61. Navrhovatel ve svém rozkladu polemizuje se závěrem, že jestliže by u něj po datu 31. 3. 2023 došlo k jakékoli změně v kvalifikaci, byl by v souladu s § 88 zákona povinen tuto skutečnost zadavateli oznámit, k čemuž však nedošlo. V prvé řadě nelze dovozovat, že jestliže dodavatel vůči zadavateli neučiní žádné oznámení ve smyslu § 88 odst. 1 zákona, musí zadavatel automaticky předpokládat, že k žádným takovým změnám nedošlo. Stále existuje právo zadavatele ověřovat si věrohodnost poskytnutých informací ve smyslu § 39 odst. 5 zákona, kterou zadavatelé využívají ve svém vlastním zájmu. Současně je podstatný charakter takových změn kvalifikace, neboť ne u všech změn zákon konstruuje oznamovací povinnost vůči zadavateli (blíže srov. § 88 odst. 1 zákona, věta druhá). Ačkoli je účelem tohoto ustanovení zákona ochrana zájmů zadavatele, nejedná se o stanovení povinnosti zadavatele prověřovat a kontrolovat trvání již doložené kvalifikace (v souladu s § 39 odst. 5 zákona jde o jeho právo). Odpovědnost za posouzení, zda nastala taková změna kvalifikace, která vyžaduje, aby byla

⁹ Soudní dvůr Evropské unie hovoří v bodu 37 dotčeného rozsudku o důvodech pro vyloučení dle čl. 57 odst. 4 písm. g) nebo h) směrnice 2014/24/EU, tedy o důvodech, které jsou podřaditelné pod § 48 odst. 5 zákona. Tyto závěry lze aplikovat i na ostatní důvody nezpůsobilosti, které lze v souladu s § 76 zákona obnovit, tzn. rovněž na obnovení základní způsobilosti.

oznámena zadavateli, nese výhradně účastník zadávacího řízení. Dále není zřejmé, proč, když k žádné změně v souvislosti se způsobilostí poddodavatele GREEN PROJECT nedošlo, navrhovatel o této skutečnosti zadavatele ve svém vlastním zájmu neujistil v rámci objasnění nabídky.

62. Zadavatel v rámci svého vyjádření k návrhu ze dne 15. 6. 2023 upozornil na exekuční řízení, která jsou vedena s poddodavatelem GREEN PROJECT, z čehož vyvodil jeho možnou předluženost. Z této skutečnosti nelze automaticky usuzovat na nesplnění podmínek základní způsobilosti dle § 74 zákona, neboť nedokládá, že by měl poddodavatel v evidenci daní zachycen splatný daňový nedoplatek (§ 74 odst. 1 písm. b) zákona), splatný nedoplatek na pojistném nebo na penále na veřejné zdravotní pojištění (§ 74 odst. 1 písm. c) zákona) či splatný nedoplatek na pojistném nebo na penále na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti (§ 74 odst. 1 písm. d) zákona). Může se však jednat o indicii podstatnou pro úvahy zadavatele o splnění základní způsobilosti a možnost jejího obnovení právě prostřednictvím výměny takto nezpůsobilého poddodavatele.
63. Výše byla objasněna správnost postupů zadavatele, pokud vyzval navrhovatele k objasnění jeho nabídky ve smyslu § 46 zákona. Na tomto místě se pro úplnost uvádí, že nebylo shledáno, že by nedostatky objasnění nabídky byly nutným důsledkem charakteru žádosti o objasnění nabídky. Je zřejmé, že přesvědčení navrhovatele o nenapadnutelnosti jeho výkladu povinnosti zadavatele přijmout výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů dle § 228 odst. 2 zákona determinovalo způsob jeho objasnění nabídky. Je však v zájmu samotného dodavatele využít možnost k objasnění nabídky, kterou mu zadavatel dobrovolně poskytuje tak, aby byly veškeré pohybnosti zadavatele rozptýleny. Jestliže navrhovatel možnost vyjádřit se „pro jistotu“ ke všem možným pochybnostem zadavatele pokládá za ponižující „sklapnutí pat“, nelze mu přisvědčit. Je zcela na vůli dodavatele, s jakou mírou ochoty ke svému objasnění nabídky přistoupí a v jaké míře hodlá riskovat, že jeho objasnění nebude dostatečné. V situaci, kdy dodavatel hodlá veřejnou zakázku získat, lze rozumně očekávat, že za tímto účelem vyvine potřebné úsilí. Závěrům bodu 86 napadeného rozhodnutí tedy nelze ničeho vytknout. V šetřeném případě nebylo shledáno, že by navrhovatel nemohl, resp. nevěděl, jak reagovat na žádost o objasnění nabídky. Zadavatel v této žádosti uvedl, že *„má důvodné podezření, že došlo ke změně kvalifikace účastníka podle § 88 odst. 1 Zákona, tj. že účastník kvalifikaci nadále nespĺňuje kvalifikaci. Pokud k této skutečnosti došlo, účastník navíc nespĺnil svoji povinnost nahlásit změnu v kvalifikaci podle uvedeného ustanovení“*. Současně zadavatel požádal o *„vysvětlení výše uvedené nesrovnalosti“*, kterou bylo nenalezení poddodavatele GREEN PROJECT v seznamu kvalifikovaných dodavatelů i přes to, že navrhovatel předložil původní výpis z SKD. Z takové výzvy je zcela jasně seznatelné, že zadavatel očekával, že se navrhovatel jednoznačně vyjádří k jeho podezření ohledně změny v kvalifikaci poddodavatele GREEN PROJECT a k důvodu, proč nelze tohoto poddodavatele v seznamu kvalifikovaných dodavatelů nalézt. Nejednalo se tedy o to, že by zadavatel formuloval *„relativně obecnou otázku s množstvím nevyřčených podotázek či dílčích aspektů s nejasným významem či cílem“*, jak navrhovatel v rozkladu tvrdí. Jestliže se navrhovatel v tomto smyslu nijak nevyjádřil, bylo to zcela na jeho uvážení. Shora však bylo vyloženo, že objasnění nabídky nebylo dostatečné a zadavatel byl oprávněn navrhovatele vyloučit ve smyslu § 48 odst. 2 písm. b) zákona.

64. Ani skutečnost, že zadavatel navrhovateli určil k objasnění jeho nabídky lhůtu dvou pracovních dnů, nepodporuje názor navrhovatele. Zadavatel v rámci bodu 7.1.1 zadávací dokumentace umožnil, aby dodavatelé k prokázání kvalifikace (zahrnující mimo jiné i způsobilost dle § 74 a § 77 odst. 1 zákona) předložili čestné prohlášení. To by byl navrhovatel jistě schopen ve stanovené lhůtě předložit. Související rozkladovou argumentaci je tedy třeba pokládat za účelovou. Současně ani skutečnost, že žádost o objasnění nabídky výslovně nesměřovala k doplnění nabídky, ale „pouze“ k jejímu objasnění, není relevantní. Je zřejmé, že pokud k objasnění nabídky může dopomoci doplnění určitého dokladu či informace, nic dodavateli nebrání, aby takové doplnění provedl, a to i přes to, že zadavatel výslovně požaduje pouze objasnění. Opačný výklad by byl přepjatým formalismem, který se zcela míjí s účelem ustanovení § 46 zákona.

VI. Závěr

65. V řízení o rozkladu nebylo shledáno, že by Úřad neúplně či nesprávně zjistil skutkový stav, jak navrhovatel namítá v rozkladu. Ke zrušení napadeného rozhodnutí dochází proto, že ve vztahu k aplikaci institutu obnovení způsobilosti dle § 76 zákona uplatnil nesprávný výklad zákona, který jej vedl k nesprávnému závěru, že zadavatel postupoval správně, pokud na vyloučení navrhovatele setrval a otázku nutnosti navrhovatele vyloučit neposoudil znovu i přes to, že se navrhovatel obnovení způsobilosti dovolával.
66. Tam, kde se navrhovatel domáhal podrobnějšího odůvodnění k otázkám postupů zadavatele přecházejících jeho vyloučení, bylo v tomto rozhodnutí o rozkladu takové odůvodnění doplněno, případně rozvedeno. Nebylo však shledáno, že by se Úřad skutkovým stavem šetřeného případu zabýval nedostatečně, resp. že by jen nekriticky přejímal závěry zadavatele, jak tvrdí navrhovatel v rozkladu.
67. Předseda Úřadu provedl komplexní přezkum napadeného rozhodnutí, jakož i skutkového stavu šetřeného případu a došel k závěrům, které jsou odůvodněny shora. Úřad se při novém projednání zaměří na okolnosti nahrazení poddodavatele GREEN PROJECT poddodavatelem VYKRUT, přičemž bude vycházet ze závěrů tohoto rozhodnutí o rozkladu, zejm. že k obnovení způsobilosti dle § 74 zákona je přípustná výměna poddodavatele.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

1. Mgr. Filip Petráš, advokát, společník společnosti Advokátní kancelář Petráš Rezek s.r.o., Opletalova 1525/39, 110 00 Praha
2. QCM, s.r.o., Heršpická 813/5, 639 00 Brno

Vypraveno dne

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