



UOHSX00JD8UC

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0170/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-07833/2024/161

Brno 23. 2. 2024

V řízení o rozkladu ze dne 28. 12. 2023, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- společnosti dodavatelů „**Stavební sdružení pro Archlebov**“, jejímiž společníky jsou
 - PRO-SYSTEM, vodohospodářské služby, s.r.o., IČO 26166542, se sídlem Věščínská 1611/19,
 - 153 00 Praha 5 – Radotín, jako správce společnosti,
 - STANTER s.r.o., IČO 09667822, se sídlem Zarámí 4077, 760 01 Zlín, jako společník,
 - STANTER, a.s., IČO 50085956, se sídlem Štefánikova trieda 81, 949 01 Nitra, Slovenská republika,¹ jako společník,
 - I N T E C O N spol. s r.o., IČO 25016911, se sídlem Stará 2569/96, 400 11 Ústí nad Labem, jako společník,

ve správním řízení zastoupena na základě smlouvy o společnosti ze dne 6. 10. 2023 společností PRO-SYSTEM, vodohospodářské služby, s.r.o., IČO 26166542, se sídlem Věščínská 1611/19, 153 00 Praha 5 – Radotín,

¹ Pozn.: dle obchodního rejstříku Ministerstva spravedlnosti Slovenské republiky nesla do 17. 10. 2023 společnost název INPEK HOLDING, a.s., od 18. 10. 2023 nese název STANTER, a.s. (<https://www.orsr.sk/vypis.asp?ID=339554&SID=9&P=1>).

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0647/2023/VZ, č. j. ÚOHS-49687/2023/500 ze dne 13. 12. 2023, kterým bylo rozhodnuto ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- obec **Archlebov**, IČO 00284751, se sídlem Archlebov 2, 696 33 Archlebov,
ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 17. 10. 2023 Mgr. Pavlem Jurečkou, advokátem, ev. č. ČAK 12085, se sídlem Sadová 1688/1, 695 01 Hodonín,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Obec Archlebov – ČOV a stoková síť 2022**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 5. 1. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 6. 1. 2023 pod ev. č. Z2023-001090, ve znění pozdějších oprav,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů a ve spojení s § 152 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-S0647/2023/VZ, č. j. ÚOHS-49687/2023/500 ze dne 13. 12. 2023

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh zadávacího řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“ nebo „**ZZVZ**“)², k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese, s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel dne 6. 10. 2023 návrh navrhovatele – společnosti dodavatelů „**Stavební sdružení pro Archlebov**“, jejímiž společníky jsou PRO-SYSTEM, vodohospodářské služby, s.r.o., IČO 26166542, se sídlem Věštínská 1611/19, 153 00 Praha 5 – Radotín, jako správce společnosti, STANTER s.r.o., IČO 09667822, se sídlem Zarámí 4077, 760 01 Zlín, jako společník, STANTER, a.s., IČO 50085956, se sídlem Štefánikova třída 81, 949 01 Nitra, Slovenská republika, jako společník, a I N T E C O N spol. s r.o., IČO 25016911, se sídlem Stará

² Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího postupu. Postup Úřadu ve správním řízení se řídí právními předpisy účinnými ke dni zahájení správního řízení.

2569/96, 400 11 Ústí nad Labem, jako společník, ve správním řízení zastoupena na základě smlouvy o společnosti ze dne 6. 10. 2023 společností PRO-SYSTEM, vodohospodářské služby, s.r.o., IČO 26166542, se sídlem Věščínská 1611/19, 153 00 Praha 5 – Radotín (dále jen „**navrhovatel**“) – z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – obce Archlebov, IČO 00284751, se sídlem Archlebov 2, 696 33 Archlebov, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 17. 10. 2023 Mgr. Pavlem Jurečkou, advokátem, ev. č. ČAK 12085, se sídlem Sadová 1688/1, 695 01 Hodonín (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Obec Archlebov – ČOV a stoková síť 2022“ v otevřeném řízení, které bylo zahájeno dne 5. 1. 2023 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění zadavatelem, jakožto veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona, přičemž předmětné oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 6. 1. 2023 pod ev. č. Z2023-001090, ve znění pozdějších oprav (dále jen „**veřejná zakázka**“ nebo „**zadávací řízení**“).

2. Dle zadávací dokumentace byla předpokládaná hodnota veřejné zakázky stanovena na 100 000 000 Kč bez DPH, přičemž zadavatel stanovil maximální a nepřekročitelnou nabídkovou cenu ze strany účastníků zadávacího řízení ve výši 127 000 000 Kč bez DPH.
3. Zadavatel požadoval k prokázání kvalifikace mimo jiné zkušenosti se 3 zakázkami, spočívajícími v provedení stavebních prací rekonstrukce nebo intenzifikace ČOV³, které podrobněji specifikoval v zadávací dokumentaci (viz níže).
4. Zadavatel dne 23. 8. 2023 zaslal navrhovateli výzvu k objasnění nabídky z téhož dne (dále jen „**výzva k objasnění nabídky**“), ve které navrhovatele vyzval k vyjádření, zda jeho poddodavatel společnost KDS - stavební s.r.o.⁴, prostřednictvím něhož navrhovatel prokazuje požadovaná kvalifikační kritéria, bude realizovat plnění v rozsahu odpovídajícím minimálně 50 mil. Kč.
5. Na výzvu k objasnění nabídky navrhovatel odpověděl dne 25. 8. 2023 přípisem nazvaným Písemné objasnění nebo doplnění předložené nabídky v rámci zadávacího řízení č. 5 z téhož dne (dále jen „**objasnění nabídky**“). V objasnění nabídky navrhovatel zadavateli mimo jiné potvrdil, že poddodavatel KDS - stavební prokazuje kvalifikační požadavky stanovené v zadávacích podmínkách v požadovaném rozsahu technické kvalifikace a upřesnil, že poddodavatel KDS - stavební se bude podílet na plnění veřejné zakázky realizací stavebních prací na části stavebních objektů kanalizace, na odlehčovací komoře a realizací strojně-technologické části ČOV, a to v předběžném objemu stavebních prací ve výši 28 mil. Kč bez DPH, což odpovídá cca 24 % z celkové ceny díla. Přílohou objasnění nabídky byla smlouva s poddodavatelem (dodatek č. 3 uzavřený dne 24. 8. 2023 ke smlouvě o smlouvě budoucí ze dne 8. 3. 2023, dále jen „**Dodatek č. 3**“) a specifikace referenčních zakázek obsažená ve formuláři nabídky, kde byla mimo jiné specifikována významná stavba č. 3, projekt nazvaný „*Kanalizace, ČOV a vodovod Mirovice*“, kterou jako poddodavatel generálního dodavatele BAK stavební společnost, a.s. realizoval poddodavatel KDS - stavební, konkrétně stavbu ve finančním objemu 70 mil. Kč bez DPH, a to výstavbou gravitační kanalizace 4000 m, 200 ks kanalizačních přípojek, odlehčovací komory, nové mechanicko-biologické ČOV o kapacitě 2000

³ Zkratka ČOV – tj. čistička odpadních vod

⁴ Poddodavatel společnost KDS - stavební, s.r.o., IČO 28084136, se sídlem Vrcovická 2230, Budějovické Předměstí, 397 01 Písek (dále jen „**poddodavatel KDS - stavební**“).

EO a 5 ks čerpacích stanic se separací (dále také jen „**referenční zakázka Mirodice**“ nebo „**Mirodice**“).

6. Dne 30. 8. 2023 zadavatel odeslal rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení z téhož dne (dále jen „**první rozhodnutí o vyloučení**“) navrhovateli, a to z důvodu nesplnění zadávacích podmínek. Referenční zakázky, vč. zakázky Mirodice sice byly zadavatelem akceptovány, zadavatel však rozporoval dostatečnost podílu poddodavatele KDS - stavební na realizaci veřejné zakázky s ohledem na referenční zakázku Mirodice. V prvním rozhodnutí o vyloučení zadavatel označil za vyloučeného účastníka dodavatele PKS stavby a.s., IČO 46980059, se sídlem Brněnská 126/38, 591 01 Žďár nad Sázavou (dále jen „**PKS stavby a.s.**“)
7. Navrhovatel proti prvnímu rozhodnutí o vyloučení podal dne 13. 9. 2023 námitky z téhož dne (dále jen „**námítky**“). Rozhodnutím o námitkách proti prvnímu rozhodnutí o vyloučení účastníka z účasti v zadávacím řízení ze dne 28. 9. 2023, které bylo doručeno navrhovateli tentýž den (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“), zadavatel podaným námitkám z části nevyhověl⁵.
8. Spolu s rozhodnutím o námitkách zadavatel doručil dne 28. 9. 2023 navrhovateli i rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení z téhož dne (dále jen „**opravné rozhodnutí o vyloučení**“), totožného obsahu jako u prvního rozhodnutí o vyloučení, pouze s tím, že zadavatel tentokrát označil za vyloučeného účastníka zadávacího řízení navrhovatele, ne PKS stavby a.s.
9. Protože navrhovatel považoval rozhodnutí o námitkách za učiněné v rozporu se zákonem, podal dne 6. 10. 2023 k Úřadu návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky z téhož dne (dále jen „**návrh**“).
10. Navrhovatel v návrhu navrhl, aby Úřad zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku, případně zrušil rozhodnutí o námitkách, první rozhodnutí o vyloučení a opravné rozhodnutí o vyloučení.
11. Dnem 6. 10. 2023, kdy Úřad obdržel návrh, bylo podle § 249 zákona, ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
12. Rozhodnutím ze dne 16. 11. 2023 nařídil Úřad zadavateli předběžné opatření spočívající v zákazu uzavření smlouvy na šetřenou veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení předmětného správního řízení.

II. Napadené rozhodnutí

13. Dne 13. 12. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0647/2023/VZ, č. j. ÚOHS-49687/2023/500, kterým rozhodl, že návrh navrhovatele se podle § 265 písm. a) zákona

⁵ V rozhodnutí o námitkách zadavatel uvedl, že „*rozhoduje dnešního dne o podaných námitkách stěžovatele tak, že:*

1) Námitce, že mu bylo doručeno rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení z účasti v zadávacím řízení, kde byl nesprávně vinou písařské chyby označen údaji jiného účastníka zadávacího řízení vyhovuje a spolu s tímto rozhodnutím o námitkách zasílá stěžovateli opravené rozhodnutí o vyloučení, v němž je tato písařská chyba odstraněna.

2) Námitky proti rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení z účasti v zadávacím řízení ve zbytku odmítá dle § 245 odst. 1 zákona o ZZVZ, neboť jsou nedůvodné.“

zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).

K námitce ohledně prvního rozhodnutí o vyloučení

14. V napadeném rozhodnutí Úřad uvedl, že upřednostnil věcný přezkum důvodů pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. S ohledem na velmi specifické okolnosti šetřeného případu, kdy se navrhovatel bránil námitkami již proti prvnímu rozhodnutí o vyloučení (byť v něm zadavatel jako vyloučeného účastníka zadávacího řízení – údajně písarskou chybou – označil jiný subjekt), přičemž se závěry zadavatele uvedenými v tomto rozhodnutí o vyloučení věcně polemizoval a zadavatel předmětné rozhodnutí o vyloučení nikdy nezrušil, pouze jej opravným rozhodnutím o vyloučení opravil, bylo nutno přistupovat k prvnímu rozhodnutí o vyloučení tak, že svým obsahem směřovalo vůči navrhovateli. Opačný přístup by musel mít za následek zastavení řízení dle § 257 písm. h) zákona, neboť navrhovatel proti opravnému rozhodnutí o vyloučení nebrojil. Takovým postupem by byla vyloučena obrana navrhovatele.

K námitce vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení

15. Úřad souhlasil s konstatováním zadavatele uvedeným v rozhodnutí o námitkách, že referenční zakázka Mirovice splňuje požadavek zadavatele na předložení zakázky, jejímž předmětem byla výstavba, rekonstrukce nebo intenzifikace ČOV pro minimálně 600 EO a současně výstavba, či rekonstrukce gravitační kanalizace v celkové délce minimálně 2000 metrů a současně výstavba, či rekonstrukce minimálně 80 kanalizačních přípojek v celkové hodnotě minimálně 50 mil. Kč bez DPH (dále také jen „**referenční zakázka dle bodu a) technické kvalifikace**“).
16. Úřad se v napadeném rozhodnutí shodl se zadavatelem i v tvrzení, že navrhovatel prostřednictvím referenční zakázky Mirovice prokazoval v objasnění nabídky jednu ze tří zadavatelem požadovaných referenčních zakázek. Úřad v napadeném rozhodnutí konstatoval, že rozsah závazku poddodavatele KDS - stavební však neodpovídá rozsahu, v jakém prokázal technickou kvalifikaci za navrhovatele, konkrétně v minimální výši 50 mil. Kč bez DPH, neboť zadavatel požadoval, aby jednotlivé referenční zakázky měly právě hodnotu minimálně 50 mil. Kč. Poddodavatel KDS - stavební se měl podílet na realizaci veřejné zakázky pouze ve výši 24 %, resp. v rozsahu cca 28 mil. Kč bez DPH, což dle Úřadu nevyhovovalo požadavkům § 83 odst. 1 písm. d) zákona.
17. Proto v napadeném rozhodnutí Úřad vyhodnotil postup zadavatele v souladu se zákonem, když neakceptoval referenční zakázku Mirovice poddodavatele KDS - stavební, tedy jednu ze tří zadavatelem požadovaných referenčních zakázek dle bodu a) technické kvalifikace, a v důsledku toho přikročil k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení.

K námitce ohledně rozhodnutí o námitkách

18. K námitce nedostatečnosti rozhodnutí o námitkách Úřad uzavřel, že považuje odůvodnění rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele za dostatečně podrobné a srozumitelné, přičemž není důležité, jestli se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyjádřil ke každé dílčí námitce, ovšem je podstatné, zda postihl svým odůvodněním podstatu námitek předestřených navrhovatelem. Na vypořádání námitek je nutno nahlížet v kontextu celého rozhodnutí a zhodnotit, zda jsou úvahy zadavatele uvedené v odůvodnění rozhodnutí o námitkách přezkoumatelné. Z rozhodnutí o námitkách bylo dle Úřadu zřejmé, proč zadavatel považoval argumenty navrhovatele za nesprávné, a rovněž že se nejednalo o pouhé formální

odmítnutí námitek bez odůvodnění. Současně bylo dle Úřadu možné dovodit, že bylo postihnuto gros námitek, čímž byla naplněna povinnost vymezená v § 245 odst. 1 zákona spočívající v podrobném a srozumitelném vypořádání odůvodnění rozhodnutí o námitkách. Takové rozhodnutí je tak dle Úřadu dostačující a přezkoumatelné.

III. Rozklad navrhovatele

19. Dne 28. 12. 2023 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze spisového materiálu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 13. 12. 2023, rozklad byl tudíž podán v zákonné lhůtě.

Námítka rozkladu

20. Navrhovatel s napadeným rozhodnutím nesouhlasil a proti jeho výrokové části podal rozklad, neboť se domnívá, že Úřad rozhodl na základě chybně zjištěných skutkových okolností a jeho posouzení spočívalo v nesprávném právním posouzení věci.

Námítka týkající se prvního rozhodnutí o vyloučení

21. Navrhovatel v rozkladu rozporoval, že se Úřad neodůvodněně ztotožnil s argumentem zadavatele ohledně písařské chyby, ke které dle tvrzení zadavatele došlo, když v prvním rozhodnutí o vyloučení označil jiného účastníka zadávacího řízení. Dle navrhovatele se Úřad nevypořádal s existencí rozsáhlé judikatury Nejvyššího správního soudu, případně analogicky obecných soudů, které podrobným způsobem definují písařské chyby ve výrokových částech rozhodnutí, přičemž se navrhovatel domnívá, že zcela jistě mezi písařské chyby nelze subsumovat omyl v identifikaci účastníka zadávacího řízení. Navrhovatel dovozuje, že takové rozhodnutí vůči němu nepřináší právní následky a jeho adresnost není v tomto ohledu podstatná. Navrhovatel se domnívá, že doručení opravného rozhodnutí o vyloučení společně s rozhodnutím o námitkách samo o sobě zakládá nezákonnost postupu zadavatele.

Námítka vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení

22. Navrhovatel namítal, že argumentace Úřadu uvedená v bodech 67 až 83 napadeného rozhodnutí popírá smysl institutu technické kvalifikace a prokazování kvalifikace jinou osobou ve smyslu ustanovení § 83 zákona a zároveň je v rozporu s ustálenou rozhodovací praxí Úřadu. Výklad Úřadu dle názoru navrhovatele popírá matematické zákonnosti a zjevně aprobejuje nelogickou aplikaci zákona v budoucnu.
23. Navrhovatel argumentoval, že poddodavatel KDS - stavební se měl podílet z jedné třetiny na budoucím plnění veřejné zakázky v rozsahu, ve kterém po věcné stránce odpovídal dotčené podmínce technické kvalifikace, protože v tomto rozsahu poddodavatel KDS - stavební prokázal splnění podmínek technické kvalifikace. Protože se poddodavatel KDS - stavební zavázal k tomu, že v tomto poměru (rozsahu) se na realizaci podílet bude, své vyloučení ze zadávacího řízení považuje navrhovatel za neoprávněné.
24. Svůj rozbor podpořil navrhovatel i odbornou literaturou s tím, že takto shodně chápe i on smysl úpravy § 83 odst. 1 písm. d) a odst. 2 zákona.
25. Navrhovatel usoudil, že v souladu s § 83 odst. 2 zákona rozsah, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele, se musí nutně vztahovat k (rozsahu) předmětu plnění konkrétní veřejné zakázky (její konkrétní části). Pro tento závěr nemůže být relevantní, jaký stanovil

zadavatel finanční objem významné zakázky u požadavku na technickou kvalifikaci, protože v případě, že by se finanční objem u požadavku technické kvalifikace lišil od finančního objemu prací, které jsou předmětem veřejné zakázky, mohly by nastávat absurdní situace. Navrhovatel jako příklad uvedl v rozkladu situaci, kdy by byl požadavek u významné zakázky vyšší, než by byla hodnota související části plnění. V takovém případě by bylo prokázání splnění podmínky technické kvalifikace prostřednictvím jiné osoby dle navrhovatele fakticky vyloučeno, protože hodnota realizace by nedosahovala na hodnotu významné zakázky a takové prokázání kvalifikace by nebylo akceptovatelné.

26. Dle navrhovatele není možné při aplikaci § 83 odst. 1 písm. d) zákona přihlížet k absolutním hodnotám finančního plnění a poměřovat spolu poměr, v jakém prokázala jiná osoba kvalifikaci za dodavatele, s poměrem faktického podílu plnění této osoby na celku odpovídajícího plnění dané veřejné zakázky. Navrhovatel dále uvedl, že dle jeho názoru, pokud jiná osoba prokáže 25 % podmínek technické kvalifikace (tj. doloží 25 % relevantních zkušeností), které se vztahují k zakládání staveb, měla by se cca z 25 % podílet i na samotném zakládání stavby. Přesnost až na konkrétní procenta těchto poměrů není ze strany rozhodovací praxe dle navrhovatele vyžadována a vždy by měla záležet na racionální úvaze, zda zkušenosti (či obecně kvalifikace), které byly prokázány, odpovídají přibližně plnění, které bude realizováno a poslouží naplnění účelu veřejné zakázky.
27. Následně navrhovatel poukázal na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu v obdobných věcech jako je posuzovaný případ, na rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0037/2023/VZ, sp. zn. ÚOHS-S271/2011/VZ, sp. zn. ÚOHS-S0268/2020/VZ, přičemž konkrétně v rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0193/2021/VZ nebyl rovněž zohledněn absolutní finanční objem požadovaných významných zakázek, ačkoliv je zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil.

Závěr rozkladu

28. Navrhovatel vyjádřil své přesvědčení, že splnil veškeré zadávací podmínky stanovené zadavatelem, protože i u poddodavatele KDS - stavební prokázal odpovídající podíl v plnění cca 1/3 veřejné zakázky, což odpovídá stanovené podmínce technické kvalifikace.
29. Své vyloučení ze zadávacího řízení považuje navrhovatel za nezákonné, protože dle jeho názoru nebyl naplněn důvod pro vyloučení ze zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 48 odst. 2 písm. a) zákona. Napadené rozhodnutí obsahuje právní názor Úřadu, který nereflektuje zákonnou úpravu, ani dosavadní rozhodovací praxi Úřadu.
30. Závěrem navrhovatel navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo předsedou Úřadu zrušeno a věc vrácena Úřadu k dalšímu projednání ve smyslu ustanovení § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu se závazným právním názorem, že vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení bylo neoprávněné.

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

31. Úřad obdržel vyjádření zadavatele ze dne 8. 1. 2024 k podanému rozkladu, v němž zadavatel pouze stručně sdělil, že považuje napadené rozhodnutí za věcně správné a navrhl rozklad zamítnout.
32. Zadavatel ve vztahu k otázce prokázání kvalifikace navrhovatele odkázal na svou argumentaci použitou v rozhodnutí o vyloučení účastníka a v rozhodnutí o námitkách. Zadavatel považuje svůj postup v zadávacím řízení, které napadá navrhovatel svým rozkladem, za správný

s jedinou výjimkou, a tou je první rozhodnutí o vyloučení, kdy toto nesprávné rozhodnutí zadavatel opravil a doručil navrhovateli opravné rozhodnutí o vyloučení.

33. Zadavatel závěrem svého vyjádření upozornil, že od navrhovatele doposud neobdržel námitky proti opravnému rozhodnutí, proto dle jeho názoru by v případě, že by napadené rozhodnutí bylo předsedou Úřadu zrušeno, mělo být v souladu s § 257 písm. h) zákona rozhodnuto o zastavení řízení.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

35. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech byl podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.
36. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím návrh podle § 265 písm. a) zákona zamítl, rozhodl v rozporu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

K rozsahu přezkumu

37. Správní řád v § 68 odst. 3 větě první klade na správní orgán požadavky, které musí dodržet nejen při vydání správního rozhodnutí, ale také při jeho odůvodnění. Zejména jde o požadavky na přezkoumatelnost, určitost, srozumitelnost, dostatečné odůvodnění a vypořádání se s námitkami a důkazními návrhy účastníků řízení. Takové požadavky na odůvodnění správního rozhodnutí dovozuje i judikatura správních soudů.⁶ Správní orgán je proto povinen své rozhodnutí odůvodnit takovým způsobem, z něhož bude zřejmé, z čeho při rozhodování vycházel, k jakému dospěl závěru a jaké důvody a úvahy ho vedly k vyslovenému závěru. Rozhodnutí a jeho odůvodnění tak musí být srozumitelné, určité a přezkoumatelné.
38. V rozhodovaném případě je nutno konstatovat, že odůvodnění vztahující se k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení je velmi stručné a nevyplývá z něj, jakými konkrétními úvahami byl Úřad veden.
39. Zejména se jedná o odůvodnění v bodě 83 napadeného rozhodnutí, kterému předchází víceméně pouze rekapitulace obsahu některých dokumentů ze spisové dokumentace (viz body 79-82 napadeného rozhodnutí čerpající z Dodatku č. 3, formuláře nabídky, výzvy k objasnění nabídky, objasnění nabídky a z prvního rozhodnutí o vyloučení) v postupném časovém sledu, přičemž v nadepsaném bodě 83 bez dalšího Úřad přebírá názor zadavatele vyjádřený v prvním

⁶ Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 9. 2005, č. j. 2 As 18/2004-68.

rozhodnutí o vyloučení. Úřad zde bez relevantní argumentace uzavírá, že závazek poddodavatele KDS - stavební nevyhověl požadavkům § 83 odst. 1 písm. d) zákona, když se zavázal podílet na veřejné zakázce činnostmi ve finančním rozsahu pouze ve výši 24 % z celkové ceny díla, tj. v rozsahu odpovídajícím pouze 28 079 882,86 Kč bez DPH, nikoliv v rozsahu minimálně 50 mil. Kč bez DPH, tedy v rozsahu, v jakém prokazoval prostřednictvím předložené referenční zakázky Mirovice požadovanou technickou kvalifikaci za navrhovatele ve výši min. 50 mil. Kč bez DPH.

40. Požadavek řádného odůvodnění rozhodnutí pramení z potřeby jeho přesvědčivosti pro účastníky správního řízení a další osoby. Navíc správní rozhodnutí musí být přezkoumatelné ze strany nadřízeného správního orgánu i soudů, neboť musí být schopni určit, dle jakých skutečností bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí.⁷
41. Ačkoliv z napadeného rozhodnutí je zjevné, jaké právní závěry Úřad učinil, konkrétní důvody, pro které se ztotožnil s postupem zadavatele, v napadeném rozhodnutí absentují. Tento nedostatek odůvodnění hraničí s jeho nepřezkoumatelností. Jak je pojednáno v tomto rozhodnutí níže, je rovněž právní názor zadavatele, který Úřad aproboval, nesprávný. Vzhledem k tomu, že nesprávnost právního závěru je dominantní vadou napadeného rozhodnutí, je napadené rozhodnutí rušeno primárně z důvodu nesprávného právního posouzení, nikoliv pouze pro nepřezkoumatelnost. Současně je žádoucí, aby byly právní závěry přezkoumány věcně a Úřad tak byl zavázán právním názorem pro nové projednání věci. Tím však není opomenut shora popsany nedostatek odůvodnění, který musí být rovněž Úřadem po novém projednání odstraněn.

K námitkám navrhovatele

42. Navrhovatel v podaném rozkladu své argumenty koncentroval do dvou nadepsaných námitek. Vůči závěrům ohledně dostatečnosti rozhodnutí o námitkách se navrhovatel v rozkladu nevymezil, tato část napadeného rozhodnutí tak byla přezkoumána pouze z hlediska její zákonnosti a přezkoumatelnosti a konstatují, že s jejím vypořádáním ze strany Úřadu (srov. body 84-93 napadeného rozhodnutí) se ztotožňují.

K námitce týkající se prvního rozhodnutí o vyloučení

43. Navrhovatel v rozkladu namítal, že Úřad se zcela neodůvodněně ztotožnil s argumentem zadavatele, že se jednalo o písařskou chybu, když v prvním rozhodnutí o vyloučení byla uvedena jako vyloučený účastník zadávacího řízení společnost PKS stavby a. s. Ve své argumentaci navrhovatel poukazyval na rozsáhlou judikaturu Nejvyššího správního soudu a obecných soudů, které podrobným způsobem definují písařské chyby ve výrokových částech rozhodnutí.
44. Platí, že ač je zadávací řízení limitováno normami veřejného práva, mimo jiné zákonem, není výkonem veřejné moci, ale jednáním spočívajícím ve výběru subjektu, se kterým zadavatel uzavře soukromoprávní smlouvu, jejíž podstatou je úplatné poskytnutí dodávek, služeb či provedení stavebních prací. Nejedná se tedy o projev veřejné moci zadavatele, kdy se veřejnou

⁷ Srov. Jemelka, L., Pondělíčková, K., Bohadlo, D.: Správní řád. Komentář. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 368-384; viz rovněž rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 10. 12. 2015, č. j. 30 Af 102/2013-165, rozsudek téhož soudu ze dne 2. 5. 2006, č. j. 31 Ca 165/2005-87 nebo rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 24/2005-44 ze dne 14. 7. 2005 a č. j. 7 As 291/2015-26 ze dne 2. 6. 2016.

mocí „rozumí taková moc, která autoritativně rozhoduje o právech a povinnostech subjektů, ať již přímo, nebo zprostředkovaně. Subjekt, o jehož právech nebo povinnostech rozhoduje orgán veřejné moci, není v rovnoprávném postavení s tímto orgánem a obsah rozhodnutí tohoto orgánu nezávisí od vůle subjektu“,⁸ byť je zadavatel orgánem veřejné moci.

45. Rovněž podle ustálené judikatury je v zadávacím řízení vztah mezi zadavatelem a dodavatelem primárně vztahem soukromoprávním.⁹
46. Protože zadavatel v zadávacím řízení nevystupuje jako orgán veřejné moci, není možné na první rozhodnutí o vyloučení nahlížet pohledem judikatury týkající se správních rozhodnutí, jež jsou vydávány dle správního řádu. Ohledně prvního rozhodnutí o vyloučení lze odkázat na argumentaci Úřadu uvedenou v bodech 85-88 napadeného rozhodnutí, týkající se rozhodnutí o námitkách. I tento úkon zadavatele není úkonem orgánu veřejné moci, tudíž náležitosti jak prvního rozhodnutí o vyloučení, tak i rozhodnutí o námitkách, nemusí splňovat formální požadavky kladené správním řádem na rozhodnutí správního orgánu stanovené v § 68 a násl. správního řádu. Zadavatel v zadávacím řízení autoritativně nerozhoduje o právech a povinnostech osob a nejde tedy o správní řízení podle ustanovení § 9 správního řádu, dle něhož je správní řízení postup správního orgánu, jehož účelem je vydání rozhodnutí, jímž se v určité věci zakládají, mění nebo ruší práva anebo povinnosti jmenovitě určené osoby nebo jímž se v určité věci prohlašuje, že taková osoba práva nebo povinnosti má anebo nemá.
47. Na základě výše uvedeného je zřejmé, že tato námitka navrhovatele není důvodná, protože na první rozhodnutí o námitkách nelze aplikovat závěry vyplývající z judikatury ohledně písařské chyby ve výrokových částech správních rozhodnutí.
48. Zákon v ustanovení § 48 dává zadavateli oprávnění za konkrétně stanovených podmínek vyloučit účastníka zadávacího řízení. Pokud zadavatel vyloučí účastníka zadávacího řízení, musí podle § 48 odst. 11 zákona bez zbytečného odkladu odeslat oznámení o jeho vyloučení. Součástí oznámení o vyloučení je i odůvodnění vyloučení. Jiné formální požadavky na oznámení o vyloučení však zákon nestanovuje.
49. Nesprávné označení adresáta jakéhokoli úkonu zadavatele v zadávacím řízení, resp. označení zcela jiného subjektu, je nepochybně pochybení na straně zadavatele. Nelze však vyloučit, že se jednalo pouze o písařskou chybu, obzvláště proto, že opravné rozhodnutí o vyloučení bylo obsahově totožné s prvním rozhodnutím o vyloučení, vyjma označení účastníka. Nicméně dle konstantní judikatury a odborné literatury je třeba právní jednání a úkony posuzovat především podle jejich obsahu.¹⁰ Pokud bylo první rozhodnutí o vyloučení doručeno navrhovateli do jeho datové schránky a ten se na základě obsahu předmětné písemnosti s argumenty zadavatele věcně přel, lze se domnívat, že navrhovatel rozpoznal, že první rozhodnutí o vyloučení bylo adresováno jemu; byť navrhovatel v návrhu uvedl, že pouze

⁸ Dle usnesení Ústavního soudu České republiky ze dne 25. 11. 1993, sp. zn. II. ÚS 75/93.

⁹ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 4. 2013, č. j. 1 Afs 2/2013-46.

¹⁰ Např. doc. JUDr. Michaela Zuklínová, CSc. ve svém odborném článku ohledně výkladu právních jednání poukazuje na úpravu zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), dle něhož by měl výklad právních jednání přispívat k naplnění pravidla, zejména Ústavním soudem stručně označeného *in favorem negotii* (tj. na právní jednání je třeba spíše hledět jako na platné než jako na neplatné), výslovně zakotveného v § 574 občanského zákoníku. Ustanovení o výkladu právních jednání se svým významem řadí k zásadám občanského, resp. soukromého práva, k principu poctivosti a dobré víry, přitom zásadním pravidlem by mělo být, že výklad má být rozumný. (Zdroj: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/obcanske-pravo/vyklad-pravnich-jednani>).

z procesní opatrnosti podal proti prvnímu rozhodnutí o vyloučení námitky, kterými se domáhal zrušení prvního rozhodnutí o námitkách, i když se domníval, že vyloučen nebyl. Faktem rovněž zůstává, že navrhovatel na opravné rozhodnutí o vyloučení námitkami nereagoval.

50. V napadeném rozhodnutí Úřad konstatoval, že s ohledem na velmi specifické okolnosti šetřeného případu, kdy se navrhovatel bránil námitkami již proti prvnímu rozhodnutí o vyloučení, přičemž se závěry zadavatele v prvním rozhodnutí o vyloučení věcně polemizoval, a zadavatel první rozhodnutí o vyloučení nikdy nezrušil, pouze jej opravným rozhodnutím o vyloučení opravil v části označení vyloučeného účastníka zadávacího řízení, upřednostnil Úřad věcný přezkum důvodů pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Protože za předpokladu, že by Úřad konstatoval, že k vyloučení navrhovatele na základě prvního rozhodnutí o vyloučení z důvodu nesprávného označení účastníka zadávacího řízení nedošlo, a že k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení došlo až na základě opravného rozhodnutí o vyloučení, nebylo by možné přezkoumat důvody pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, neboť navrhovatel námitky proti opravnému rozhodnutí o vyloučení nepodal, a tedy by návrhu v šetřeném případě nepředcházely řádně a včas podané námitky, což by mělo za následek zastavení řízení dle § 257 písm. h) zákona.
51. Ve vyjádření k rozkladu ze dne 8. 1. 2024 zadavatel postup dle § 257 písm. h) zákona navrhl. Takový postup však není přípustný. Jak je uvedeno shora, nesprávné označení subjektu bylo chybou zadavatele, která však byla fakticky zhojena jeho následným postupem a rovněž postupem navrhovatele, který na první rozhodnutí o vyloučení reagoval svými námitkami a následně rovněž návrhem. Bylo tedy zjevné, že obě strany považovaly již první rozhodnutí o vyloučení za adresované navrhovateli, oba k němu tak přistupovali a zadavatel následně označení adresáta uvedl na pravou míru jeho opravou. Za takové situace není možné nyní přistoupit k opačnému výkladu, kdy by bylo konstatováno, že navrhovatel byl ze zadávacího řízení vyloučen až na základě opravného rozhodnutí o vyloučení. Zadavatel by totiž z takové situace, kterou zapříčinil svým pochybením, těžil, neboť navrhovatel již na opravné rozhodnutí o vyloučení námitkami nereagoval.
52. Na základě výše uvedeného k této námitce navrhovatele uzavírám, že v otázce posouzení prvního, a logicky souvisejícího i opravného rozhodnutí o vyloučení, zcela souhlasím se závěry uvedenými v bodech 64-66 napadeného rozhodnutí, tedy považuji nadepsanou námitku za nedůvodnou.

K námitce vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení

53. Předmětná námitka navrhovatele je důvodná.
54. Ze zadávací dokumentace, v části nadepsané „*Technická kvalifikace*“ vyplývá, že: „*[k]valifikaci splní účastník, který realizoval:*

a) nejméně 3 zakázky, spočívající v provedení stavebních prací jejichž předmětem plnění byla výstavba, rekonstrukce nebo intenzifikace ČOV pro minimálně 600 EO a současně výstavba, či rekonstrukce gravitační kanalizace v celkové délce minimálně 2000 metrů a současně výstavba, či rekonstrukce minimálně 80 kanalizačních přípojek v celkové hodnotě minimálně 50 mil. Kč“ (tj. již v bodě 16 tohoto rozhodnutí uvedená referenční zakázka dle bodu a) technické kvalifikace), „a současně

b) nejméně 2 zakázky, spočívající v provedení stavebních prací jejichž předmětem plnění byla výstavba či rekonstrukce čerpací stanice odpadních vod a výtlačného kanalizačního potrubí v délce minimálně 200 metrů, a současně

c) nejméně 2 zakázky, spočívající v provedení stavebních prací jejichž předmětem plnění byla výstavba či rekonstrukce odlehčovací komory, a současně

d) nejméně 2 zakázky, spočívající v provedení stavebních prací jejichž součástí bylo založení stavby s využitím štětovnic s délkou minimálně 6 metrů, a současně

e) nejméně 1 zakázku, spočívající v provedení stavebních prací jejichž součástí plnění bylo provedené řízeného protlaku o minimálním průměru DN 500 milimetrů v celkové délce minimálně 100 metrů.“

55. V zadávací dokumentaci zadavatel rovněž uvedl, že „[s]oučástí nabídky musí být rovněž výčet poddodavatelů a vyjádření jejich podílů na zakázce (uvedení poddodavatelů a jejich podílů na plnění zakázky, včetně procentuálního vyjádření a konkrétní části plnění zakázky). V poddodavatelském schématu musí být uvedeni především poddodavatelé, pomocí kterých uchazeč prokazuje, či bude prokazovat kvalifikační předpoklady, a to v tom rozsahu (plnění na zakázce), v jakém se budou podílet na prokázání kvalifikačních předpokladů.“
56. Navrhovatel prokazoval splnění kvalifikace mimo jiné prostřednictvím referenční zakázky Mirovice, kterou realizoval jeho poddodavatel KDS - stavební. Současně navrhovatel doložil, že tento poddodavatel se bude podílet na realizaci veřejné zakázky realizací stavebních prací na části stavebních objektů kanalizace, na odlehčovací komoře a realizací strojně-technologické části ČOV, a to v předběžném objemu stavebních prací ve výši 28 mil. Kč bez DPH, což odpovídá cca 24 % z celkové ceny díla.
57. Zadavatel nepovažoval shora uvedený podíl poddodavatele na realizaci veřejné zakázky za souladný s § 83 zákona, neboť dle jeho názoru by se musel poddodavatel KDS - stavební podílet na realizaci veřejné zakázky min. v rozsahu 50 mil. Kč bez DPH, když jeho reference měla pokrývat zakázku v minimální hodnotě právě 50 mil. Kč bez DPH. Z tohoto důvodu navrhovatele ze zadávacího řízení vyloučil. Úřad postup zadavatele aproboval.
58. Obecně prostřednictvím institutu kvalifikace dochází ze strany zadavatele k ověření, zda je dán reálný předpoklad, že dodavatel je dostatečně způsobilý a schopný splnit svůj závazek k požadovanému plnění, a to řádně, včas a ve stanovené kvalitě. Dodavatel má právo prokázat splnění kvalifikace vlastními kapacitami, a to zcela nebo zčásti, spolu s jinými dodavateli nebo prostřednictvím jiných osob, typicky a nejčastěji prostřednictvím poddodavatelů, pokud není v zadávací dokumentaci stanoveno jinak. Není-li dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace prostřednictvím vlastních kapacit či zdrojů, § 83 zákona mu nabízí možnost, aby prokázal splnění takové části kvalifikace i prostřednictvím jiných osob. V tom případě je pak klíčovou povinností dodavatele předložení dokladů prokazujících splnění chybějící části kvalifikace prostřednictvím jiné osoby dle § 83 odst. 1 písm. b) zákona. Z takto předložených dokladů pak musí být zřejmé, že jiná osoba vskutku splňuje podmínky kvalifikace v rozsahu, ve kterém je tato část kvalifikace jiné osoby užitá k prokázání kvalifikace dodavatele. Současně z nich musí vyplývat závazek, že jiná osoba bude při realizaci veřejné zakázky vykonávat stavební práce či služby, ke kterým se prokazované kritérium kvalifikace vztahuje. Tento závazek musí být stanoven dostatečně určitě (srov. body 73 a 74 napadeného rozhodnutí).

59. Mezi zadavatelem a navrhovatelem není sporu o věcném vymezení poddodavatelského závazku poddodavatele KDS - stavební. Navrhovatel v objasnění nabídky ze dne 25. 8. 2023 uvedl, že se poddodavatel KDS - stavební bude podílet na plnění veřejné zakázky realizací stavebních prací na části stavebních objektů kanalizace, na odlehčovací komoře a realizací strojně-technologické části ČOV, a to v předběžném objemu stavebních prací ve výši 28 mil. Kč bez DPH odpovídajícím 24 % z celkové ceny díla (blíže viz bod 43 napadeného rozhodnutí). Tento závazek pak doložil Dodatkem č. 3. Věcné vymezení poddodavatelského závazku je tak nesporné.
60. Sporným je však dostatečnost poddodavatelského závazku s ohledem na znění § 83 odst. 2 zákona. Dle § 83 odst. 2 zákona se má za to, že požadavek podle odstavce 1 písm. d) je splněn, pokud obsahem písemného závazku jiné osoby je společná a nerozdílná odpovědnost této osoby za plnění veřejné zakázky společně s dodavatelem. Prokazuje-li však dodavatel prostřednictvím jiné osoby kvalifikaci a předkládá doklady podle § 79 odst. 2 písm. a), b) nebo d) zákona vztahující se k takové osobě, musí dokument podle odstavce 1 písm. d) obsahovat závazek, že **jiná osoba bude vykonávat stavební práce či služby, ke kterým se prokazované kritérium kvalifikace vztahuje**. Stěžejním pro posouzení souladu poddodavatelského závazku se zákonem je tak posouzení toho, zda práce, které bude poddodavatel KDS - stavební při plnění veřejné zakázky poskytovat navrhovateli (tedy oněch 24 % celku s konkrétním vymezením prací), dostatečně odráží podíl tohoto poddodavatele na prokázání kvalifikace pro veřejnou zakázku ze strany navrhovatele.
61. Při posouzení dostatečnosti vztahu relevantní části kvalifikace a podílu poddodavatele na plnění veřejné zakázky je nutno vycházet především z jejich vzájemné přiměřenosti s ohledem na ostatní parametry veřejné zakázky. Platí tedy, že podíl poddodavatele na realizaci veřejné zakázky musí svým rozsahem a předmětem přiměřeně odpovídat tomu, jak se tento poddodavatel podílí na splnění kvalifikace za dodavatele. Posouzen musí být nejenom obsah plnění (jak kvalifikačního, tak plnění veřejné zakázky), ale i jeho rozsah. Obě tyto kategorie pak musí být posouzeny s ohledem na celkový rozsah a charakter kvalifikačních požadavků zadavatele a rovněž s ohledem na celkový rozsah a charakter plnění veřejné zakázky.
62. K těmto závěrům lze uvést několik příkladů – pokud např. zadavatel požaduje u velké stavební zakázky mimo jiné zkušenost s dodávkou výtahu a dodavatel tuto zkušenost prokáže toliko prostřednictvím poddodavatele, je přiměřené, aby se takový poddodavatel podílel zásadní měrou na realizaci výtahů při plnění veřejné zakázky. Nebylo by naopak dostatečné, aby se takový poddodavatel podílel na plnění veřejné zakázky pouze ve zcela odlišných pracích (buď ve finančním objemu obdobném, jako je objem pro realizaci výtahů). Obdobně bylo přistoupeno k posouzení poddodavatelského závazku ve věci rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 31. 1. 2022, sp. zn. ÚOHS-R0193/2021/VZ, které bylo následně aprobováno rozsudkem Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 22/2022-55 ze dne 29. 1. 2024. Dále, pokud např. zadavatel požaduje zkušenosti, které pokrývají svým předmětem celou veřejnou zakázku (jako tomu bylo v posuzované věci), je nutno posoudit celý objem kvalifikace a její smysl vůči celému objemu plnění veřejné zakázky. Při tomto posouzení také nelze pominout, že část veřejné zakázky vždy tvoří určité režijní náklady, které s odborností, jejíž prokázání je zpravidla smyslem kvalifikačních předpokladů, přímo nesouvisí. Tedy ani v takovém případě nelze přistupovat ke striktnímu matematickému přepočtu podílů na kvalifikaci a podílů na plnění veřejné zakázky. Může rovněž nastat situace, kdy zadavatel požaduje kvalifikaci pouze pro určitou část

plnění veřejné zakázky a zbytek plnění považuje za natolik běžný, že pro jeho realizaci nepožaduje kvalifikaci žádnou. I zde pak postačí, aby poddodavatel prokazující kvalifikaci následně plnil jen právě tu odbornou část plnění, jejíž kvalitu chtěl zadavatel kvalifikačním kritériem zajistit.

63. S ohledem na určitou pružnost neurčitého právního pojmu, jakým přiměřenost bezesporu je, je navíc zjevné, že nelze vycházet z přesného matematického přepočtu podílu poddodavatele na prokázání kvalifikačních požadavků vůči jeho podílu na plnění veřejné zakázky. Postačí, aby tyto podíly přiměřeně (nikoliv přesně) navzájem korespondovaly, a to jak obsahem, tak rozsahem. Současně platí, že nelze stanovit obecně platné pravidlo pro vztah podílu na kvalifikaci a podílu na plnění veřejné zakázky, neboť tento vztah bude nutno s ohledem na zásadu přiměřenosti posoudit vždy individuálně dle poměrů konkrétní veřejné zakázky.
64. Shora uvedená východiska dle mého názoru plně korespondují s dosavadní rozhodovací praxí Úřadu (srov. např. rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0037/2023/VZ, sp. zn. ÚOHS-R0193/2021/VZ, sp. zn. ÚOHS-S271/2011/VZ a sp. zn. ÚOHS-S0268/2020/VZ). V těchto rozhodnutích byl vždy hledán konkrétní vztah mezi předmětem a rozsahem podílu na splnění kvalifikace a předmětem a rozsahem podílu na plnění veřejné zakázky. Odkázat lze i na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 17. 11. 2015 ve věci C-406/14 (Wrocław – Miasto na prawach powiatu proti Minister Infrastruktury i Rozwoju), které se sice zabývalo částečně odlišnou materií, ale je v něm zdůrazněno (srov. body 33-37 uvedeného stanoviska), že nelze určovat podíly poddodavatele na plnění veřejné zakázky pouze v procentuálním vyjádření, neboť nelze ověřit způsobilost případného poddodavatele bez zmínky o povaze jeho úkolů při plnění veřejné zakázky. Tento rozsudek byl sice vydán v řízení týkajícím se Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, stejná úprava je však obsažena i v čl. 63 odst. 2 pozdější směrnice, která ji nahradila, tedy Směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, což ostatně plyne i ze stanoviska generální advokátky v téže věci. Odkázat lze i na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 57/2013-90 ze dne 6. 10. 2014, z něhož se podává následující: *„Aby takto koncipovaná smlouva vyhověla požadavku podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ, musel by z ní vyplynout závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Musel by z ní tedy vyplynout konkrétní závazek subdodavatele, jenž by spolehlivě dokládal **reálnou míru participace subdodavatele na samotném plnění**, jež je veřejnou zakázkou (tj. míru přímého podílu subdodavatele na realizaci plnění), nebo konkrétní závazek subdodavatele, jenž by spolehlivě dokládal **reálné poskytnutí věcí či práv, s nimiž by byl dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky**¹¹, a jeho natolik přesný popis, aby bylo možno posoudit skutečný podíl subdodavatele na veřejné zakázce realizované uchazečem.“*
65. Pokud jsou aplikována shora uvedená východiska pro výklad § 83 odst. 2 zákona na projednávaný případ, je nutno konstatovat, že poddodavatelský závazek poddodavatele KDS - stavební v rozsahu stavebních prací na části stavebních objektů kanalizace, na odlehčovací

¹¹ Zvýraznění provedeno předsedou Úřadu

komoře a realizací strojně-technologické části ČOV, a to v předběžném objemu stavebních prací ve výši 28 mil. Kč bez DPH, což odpovídá cca 24 % z celkové ceny díla, odpovídá podílu tohoto dodavatele na prokázání kvalifikace navrhovatele prostřednictvím referenční zakázky Mirovice.

66. Předně je třeba akcentovat, že zadavatel pro realizaci veřejné zakázky, jejíž maximální nabídkovou cenu stanovil na 127 000 000 Kč bez DPH, požadoval prokázání zkušeností s realizací celkem 3 stavebních prací, jejichž předmětem plnění byla výstavba, rekonstrukce nebo intenzifikace ČOV a současně výstavba, či rekonstrukce gravitační kanalizace a současně výstavba, či rekonstrukce kanalizačních přípojek, přičemž pro tyto zakázky stanovil další věcné parametry. Každá referenční zakázka musela mít hodnotu nejméně 50 mil. Kč bez DPH. Zadavatel tedy požadoval, aby dodavatel měl zkušenost určitého věcného charakteru shodného s charakterem veřejné zakázky, avšak postačovalo mu, že rozsah referenční zakázky bude menší, než jaký je předpokládaný rozsah veřejné zakázky. Požadoval však, aby taková (případně i méně rozsáhlá) referenční zakázka byla realizována opakovaně, konkrétně nejméně 3x. Z obsahu kvalifikačních požadavků je tak zjevné, že zadavatel preferoval věcně obdobnou zkušenost dodavatele nabytou při více různých realizacích. Samotný součet minimálních finančních objemů realizačních zakázek pak převyšuje nejvyšší přípustnou nabídkovou cenu, navíc dodavatelé mohli předložit i jednotlivé referenční zakázky s hodnotou výrazně vyšší než 50 mil. Kč bez DPH. Částka 50 mil. Kč bez DPH tak zjevně vyjadřovala pouze jakýsi minimální rozsah reference, která byla pro zadavatele relevantní, nikoliv vztah objemů referenčních zakázek (v jejich součtu) k předmětu plnění veřejné zakázky. Takové vymezení kvalifikace je samozřejmě možné a *prima facie* se nejeví nepřiměřené (ačkoliv posouzení přiměřenosti kvalifikačního požadavku není předmětem tohoto řízení).
67. V posuzovaném případě pak navrhovatel prokázal jednu z celkem 3 požadovaných referencí prostřednictvím poddodavatele, který pak měl následně plnit cca 24 % veřejné zakázky v konkrétně specifikovaných pracích. Požadovanou trojnásobnou zkušenost s realizací konkrétně vymezených referenčních zakázek, kterou navrhovatel zčásti splnil prostřednictvím poddodavatele KDS - stavební a jeho referenční zakázky Mirovice, pak promítl do realizace veřejné zakázky tak, že se tento poddodavatel bude účastnit realizace významné části (téměř ¼ celku) veřejné zakázky v konkrétně specifikovaných pracích. V daném případě je irelevantní, že minimální požadavek na referenční zakázku byl 50 mil. Kč bez DPH, neboť tento požadavek pouze určitým způsobem kvantifikoval minimální rozsah požadované reference (zadavatel chtěl zjevně reference pouze z větších stavebních akcí), stejně jako je irelevantní, že referenční zakázka Mirovice byla realizována v rozsahu 70 mil. Kč bez DPH. Podstatné je, že poddodavatel KDS - stavební realizoval jednu z 3 požadovaných referenčních zakázek, tato referenční zakázka splňovala požadavky zadavatele a poddodavatel se bude na realizaci veřejné zakázky podílet konkrétními odbornými pracemi a podstatným dílem, prostřednictvím něhož je schopen zkušenosti z referenční zakázky Mirovice přenést do realizace veřejné zakázky samotné. Podíl poddodavatele KDS - stavební na realizaci veřejné zakázky je tak svým rozsahem i obsahem přiměřený tomu, jakou částí se tento poddodavatel podílel na prokázání kvalifikačních předpokladů. Pokud bychom se podpůrně uchýlili k matematickému zhodnocení podílu poddodavatele na prokázání kvalifikace a následném plnění veřejné zakázky, i zde by nabídka navrhovatele obstála. Ačkoliv se poddodavatel KDS - stavební podílel na prokázání cca 1/3 kvalifikace (pokud kvalifikace pokrývá celý předmět plnění veřejné zakázky) a následně

plnil „jen“ cca ¼ plnění veřejné zakázky, je takový poměr přiměřený. Kvalifikace totiž zpravidla nepokrývá celý předmět plnění veřejné zakázky a striktní trvání na shodných přepočtech podílů by mohlo vést k absurdním důsledkům – pokud by totiž dodavatel využil k prokázání kvalifikace v plném rozsahu poddodavatele, nemohl by následně plnit z předmětu veřejné zakázky ničeho.

68. Na základě shora uvedeného je tak zjevné, že zadavatel postupoval v rozporu s § 83 zákona, když navrhovatele vyloučil ze zadávacího řízení pro nedostatečný rozsah poddodavatelského závazku poddodavatele KDS - stavební, neboť tento poddodavatelský závazek byl v přiměřeném vztahu k podílu tohoto poddodavatele na splnění kvalifikačních kritérií prostřednictvím referenční zakázky Mirovice. Z výzvy k objasnění nabídky ze strany zadavatele zjevně plyne, že zadavatel považoval za dostatečný podíl na plnění veřejné zakázky ze strany poddodavatele KDS - stavební v minimální výši 50 mil. Kč bez DPH. Takový výklad zadávací podmínky a § 83 zákona je však v poměrech posuzované věci nesprávný a postup zadavatele v jeho důsledku nezákonný. Návrh navrhovatele tak byl oprávněný a Úřad jeho zamítnutím postupoval v rozporu se zákonem.
69. Protože došlo ze strany zadavatele k nesprávnému posouzení při prokázání splnění technické kvalifikace prostřednictvím jiné osoby, a následně i při posouzení předmětné věci Úřadem, přistoupil jsem ke zrušení napadeného rozhodnutí v plném rozsahu.

Závazný právní názor pro následující postup Úřadu

70. Pro řízení o rozkladu platí dle § 152 odst. 5 správního řádu právní úprava odvolání, pokud to nevyklučuje povaha věci. Ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu může odvolací orgán zrušit napadené rozhodnutí a věc v tomto rozsahu vrátit orgánu prvního stupně k novému projednání společně s právním názorem, kterým je orgán prvního stupně vázán.
71. Úřad v napadeném rozhodnutí nepostupoval v souladu se zákonem a správním řádem, což má za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí. Byly tak splněny podmínky předvídané § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, neboť výše uvedené vady napadeného rozhodnutí není možné zhojit jinak než vydáním nového rozhodnutí ve věci, a proto napadené rozhodnutí v plném rozsahu ruším a věc vracím Úřadu k novému projednání. Při novém projednání je Úřad vázán právním názorem, který je uveden shora v odůvodnění tohoto rozhodnutí. Závěr, ke kterému Úřad v novém rozhodnutí dospěje, musí být podložen přezkoumatelným a jednoznačným odůvodněním.

VI. Závěr

72. S ohledem k posouzení jedné ze dvou rozkladových námitek navrhovatele jako důvodné, přičemž posouzení této námítky je pro celkové rozhodnutí ve věci zásadní, konstatuji, že Úřad dospěl k nesprávným právním závěrům, které nemají oporu v zákoně a nejsou v souladu se správními předpisy, čímž se odchýlil od své dosavadní rozhodovací praxe. Po důkladném posouzení věci a z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a k jeho vrácení Úřadu k novému projednání.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle ustanovení § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s ustanovením § 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. Mgr. Pavel Jurečka, advokát, Sadová 1688/1, 695 01 Hodonín
2. PRO-SYSTEM, vodohospodářské služby, s.r.o., Věštínská 1611/19, 153 00 Praha 5 – Radotín

Vypraveno dne

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