



UOHSX00JCY3E

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0816/2023/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-07499/2024/500

Brno 19. 2. 2024

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 24. 11. 2023 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – obec Rybníky, IČO 00875899, se sídlem Rybníky 32, 263 01 Dobříš
 - navrhovatel – Bross spol. s r.o., IČO 46348620, se sídlem Budějovická 601/128, 140 00 Praha 4,
- ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Kanalizace Rybníky, Budín“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 6. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek téhož dne pod ev. č. Z2023-027430, ve znění pozdějších oprav,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – obec Rybníky, IČO 00875899, se sídlem Rybníky 32, 263 01 Dobříš – **nedodržel** při zadávání veřejné zakázky „Kanalizace Rybníky, Budín“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 6. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek téhož dne pod ev. č. Z2023-027430, ve znění pozdějších oprav, **pravidla pro zadání veřejné zakázky** stanovená v odst. § 48 odst. 2 písm. a) až c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 citovaného zákona, když rozhodnutím o vyloučení ze dne 20. 10. 2023 vyloučil navrhovatele – Bross spol. s r.o., IČO46348620, se sídlem Budějovická 601/128, 140 00 Praha 4 – s odkazem na § 48 odst. 2 písm. a) až c) citovaného

zákona z účasti v zadávacím řízení na citovanou veřejnou zakázku, z důvodu, že navrhovatel na základě dvou žádostí o objasnění údajů dle § 46 odst. 1 zákona „*objasnění požadovaných údajů ve stanovené lhůtě nedoložil*“, aniž by v citovaném rozhodnutí o vyloučení jakkoli reflektoval údaje, které navrhovatel ve stanovené lhůtě zadavateli doložil, čímž zatížil výše uvedené rozhodnutí o vyloučení vadou netransparentnosti, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – obec Rybníky, IČO 00875899, se sídlem Rybníky 32, 263 01 Dobříš – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší rozhodnutí** jmenovaného zadavatele ze dne 20. 10. 2023 **o vyloučení navrhovatele** – Bross spol. s r.o., IČO 46348620, se sídlem Budějovická 601/128, 140 00 Praha 4 – **z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku** „Kanalizace Rybníky, Budín“ zadávanou v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 6. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek téhož dne pod ev. č. Z2023-027430, ve znění pozdějších oprav – **a současně ruší i všechny následné úkony** jmenovaného zadavatele učiněné v zadávacím řízení na citovanou veřejnou zakázku.

III.

Zadavateli – obec Rybníky, IČO 00875899, se sídlem Rybníky 32, 263 01 Dobříš – **se** podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. ÚOHS-S0816/2023/VZ ve věci návrhu navrhovatele – Bross spol. s r.o., IČO 46348620, se sídlem Budějovická 601/128, 140 00 Praha 4 – ze dne 24. 11. 2023 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Kanalizace Rybníky, Budín“ zadávanou v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 6. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek téhož dne pod ev. č. Z2023-027430, ve znění pozdějších oprav.

IV.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, **se zadavateli** – obec Rybníky, IČO 00875899, se sídlem Rybníky 32, 263 01 Dobříš – **ukládá povinnost**

uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých)

Náklady řízení jsou splatné **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek zadavatel – obec Rybníky, IČO 00875899, se sídlem Rybníky 32, 263 01 Dobříš – dne 26. 6. 2023 zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále

jen „zákon“) užíjí řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Kanalizace Rybníky, Budín“, přičemž toto oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 6. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek téhož dne pod ev. č. Z2023-027430, ve znění pozdějších oprav, (dále jen „veřejná zakázka“ nebo „zadávací řízení“).

2. Předmětem plnění veřejné zakázky je dle kapitoly „VYMEZENÍ PŘEDMĚTU ZAKÁZKY A JEHO TECHNICKÁ SPECIFIKACE“ zadávací dokumentace »(...) výkon generálního dodavatele stavebních prací pro investiční akci – “Kanalizace Rybníky, Budín“ v rozsahu investičních nákladů stavby: v předpokládané hodnotě díla 17.195.042,46 Kč bez DPH«.
3. Z dokumentu „Protokol o hodnocení nabídek“ ze dne 6. 9. 2023 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel na veřejnou zakázku celkem 5 nabídek, a to včetně nabídky dodavatele – Bross spol. s r.o., IČO 46348620, se sídlem Budějovická 601/128, 140 00 Praha 4 (dále jen „navrhovatel“).
4. Zadavatel „Rozhodnutím zadavatele o vyloučení vybraného dodavatele“ ze dne 20. 10. 2023 (dále jen „rozhodnutí o vyloučení“) navrhovateli oznámil, že rozhodl o jeho vyloučení ze zadávacího řízení na šetřenou veřejnou zakázku. V rozhodnutí o vyloučení zadavatel uvedl, že rozhodl o vyloučení navrhovatele z účasti na zadávacím řízení podle § 48 odst. 8 zákona ve spojení s § 48 odst. 2 písm. a) až c) zákona, jelikož navrhovatel ve stanovené lhůtě nedoložil objasnění požadovaných údajů na základě opakované výzvy dle § 46 zákona.
5. Navrhovatel proti svému vyloučení podal dne 3. 11. 2023 námitky, jež byly zadavateli doručeny téhož dne. Rozhodnutím ze dne 16. 11. 2023 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), které navrhovatel obdržel téhož dne, zadavatel námitky navrhovatele odmítl.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí o vyloučení za učiněné v souladu se zákonem, doručil Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dne 24. 11. 2023 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU

7. Navrhovatel úvodem svého návrhu rekapituluje rozhodné skutečnosti a průběh zadávacího řízení a vyjadřuje domněnku, že jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení předcházelo nezákonný postup zadavatele, který porušil zásady transparentnosti, přiměřenosti a zákazu diskriminace ve smyslu § 6 zákona, neboť zadavatel řádně neposoudil údaje, které navrhovatel v reakci na žádost dle § 46 zákona zadavateli předložil, a zároveň zadavatel řádně neodůvodnil rozhodnutí o vyloučení.
8. Předně navrhovatel uvádí, že rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele je nezákonné, neboť nemá podklad ve faktickém stavu věci. Zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení uvedl, že navrhovatel nedoložil požadované objasnění údajů z žádosti o účast a nabídky¹ podle § 46 zákona ve stanovené lhůtě, přičemž se dle navrhovatele jedná o vědomě nepravdivý závěr. Rozhodnutí o vyloučení z tohoto důvodu navrhovatel považuje za nepřezkoumatelné, netransparentní a trpící vadou nedostatečnosti zdůvodnění.

¹ Úřad podotýká, že ačkoli se v dokumentaci o zadávacím řízení vyskytuje pojem „v žádosti o účast a nabídce“, objasňované doklady se vztahují výhradně k technické kvalifikaci z žádosti o účast, přičemž nabídka navrhovatele obsahuje pouze údaj o poddodavatelském systému, který na tuto kvalifikaci navazuje.

9. Navrhovatel poté zdůrazňuje, že není pravdou, že by naplnil důvod pro vyloučení stanovený v § 48 odst. 2 zákona, jelikož jak na Žádost zadavatele o objasnění údajů v žádosti o účast a nabídce ze dne 25. 9. 2023 (dále jen „**žádost o objasnění č. 1**“), tak na Žádost zadavatele o objasnění údajů v žádosti o účast a nabídce ze dne 5. 10. 2023 (dále jen „**žádost o objasnění č. 2**“) reagoval a objasnění dle § 46 zákona předložil. Zadavatel se tudíž měl zabývat obsahem předložených objasnění a doplnění žádosti o účast, a to zejména v souvislosti se změnami na pozici poddodavatele. Zadavatel však v odůvodnění neuvedl žádné konkrétní důvody, které jej vedly k nepřijetí objasnění a pouze paušálně uvedl, že navrhovatel požadovaná objasnění ve stanovené lhůtě nedoložil, aniž by se vypořádal se skutkovými okolnostmi a doplňováním technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona. Tento nedostatek posléze částečně zhojil až v rámci odůvodnění rozhodnutí o námitkách, kde se s věcnými důvody, pro které navrhovatele vyloučil, vypořádal, nicméně zmíněný postup nelze považovat za dostatečný. Navrhovatel byl daným postupem zadavatele ochuzen o opravný prostředek, když ve svých námitkách nemohl reagovat na konkrétní pochybnosti, předně pak na chybný výklad § 46 zákona, tj. tvrzení zadavatele, že na základě výzvy dle § 46 zákona není možné doložit jinou referenční zakázku. Takový závěr nemá podporu v zákoně, ani v jakémkoli rozhodnutí Úřadu či správních soudů, neboť konzistentní rozhodovací praxe Úřadu naopak uvádí, že takový postup je nejenom dovolený, nýbrž zákonem přímo předvídaný.
10. Navrhovatel dále shrnuje celý průběh zadávacího řízení. Dne 20. 7. 2023 navrhovatel odeslal zadavateli žádost o účast, načež dne 11. 8. 2023 obdržel výzvu k podání nabídky, na kterou reagoval dne 5. 9. 2023 podáním nabídky. Dne 13. 9. 2023 zadavatel na svém profilu uveřejnil Rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky navrhovateli (dále jen „rozhodnutí výběru“), který předložil ekonomicky nejvýhodnější nabídku. V reakci na rozhodnutí o výběru zadavatel obdržel námitky, na základě nichž požádal dne 25. 9. 2023 navrhovatele o objasnění referenční zakázky „Výstavba kanalizační sítě v obci Kruščica“ (dále také „Kruščica“) realizované poddodavatelem PRESSKAN system, a.s., IČO 60743824, se sídlem Vápenice 2974/13, 796 01 Prostějov (dále jen „PRESSKAN system, a.s.“) uvedené v jeho žádosti o účast, a to ve lhůtě do 29. 9. 2023, načež navrhovatel požádal o prodloužení lhůty pro podání objasnění do 3. 10. 2023. Na tuto žádost však zadavatel nikterak nereagoval, a z tohoto důvodu, tj. nejistoty, zda zadavatel prodloužení lhůty uzná, či nikoli, navrhovatel doručil zadavateli ve stanovené lhůtě, ke dni 29. 9. 2023, částečné objasnění s tím, že doklad ověřující pravdivost údajů uvedených v referenčním listu doloží do 3. 10. 2023. Poddodavatel však nebyl schopen v této lhůtě navrhovateli poskytnout potřebné doklady a dne 3. 10. 2023 proto zadavateli doručil alespoň vysvětlení rozporovaných údajů dotčené referenční zakázky. Zadavatel dne 5. 10. 2023 opětovně požádal o objasnění zakázky Kruščica, a to s termínem do 10. 10. 2023, přičemž navrhovatel dne 9. 10. 2023 zadavateli doručil k rozptýlení všech trvajících pochybností o splnění technické kvalifikace novou referenční zakázku s názvem „Svazek obcí Cecemínsko – Intenzifikace ČOV a dostavba tlakové kanalizace“ (dále také „Cecemínsko“) od nového poddodavatele VHST, s.r.o., IČO 02464471, se sídlem Kouřimského 2532, 393 01 Pelhřimov (dále jen „VHST, s.r.o.“).
11. K výše uvedenému postupu navrhovatel připomíná, že z dostupné rozhodovací praxe správních soudů i Úřadu, kupříkladu z rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0099/2021/VZ potvrzeného rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0088/2021/VZ, vyplývá oprávnění vyměnit jednu poddodavatelskou referenci za jinou, pokud je účastník zadávacího řízení zadavatelem vyzván k objasnění některé části kvalifikace dle § 46 zákona. Nejedná se přitom, jak se zadavatel

v rozhodnutí o námitkách mylně domnívá, o materiální změnu nabídky dle jím citovaného rozhodnutí Krajského soudu v Brně, č. j. 31 Af 64/2020-183. Navrhovatel má tudíž za to, že ke dni 9. 10. 2023 zcela plnohodnotně prokázal technickou kvalifikaci v souladu s § 79 odst. 2 písm. a) zákona v rozsahu poslední referenční zakázky a neměl být vyloučen.

12. Navrhovatel dále popisuje události následující po doložení objasnění ze dne 9. 10. 2023, zejména postup poddodavatele VHST, s.r.o. Dne 17. 10. 2023 navrhovatel doručil zadavateli nové doplnění žádosti o účast, v němž nahradil poddodavatele VHST, s.r.o. za nového poddodavatele, a to společnost Ridera Bohemia a.s., IČO 26847833, se sídlem 28. října 2092/216, 709 00 Ostrava (dále jen „Ridera Bohemia a.s.“), a referenční zakázku Kruščica za zakázku „Křivoklát – kanalizace“ (dále také „Křivoklát“). V této souvislosti doručil údajně také všechny potřebné doklady k prokázání chybějící kvalifikace dle § 83 zákona. Navrhovateli bylo následně dne 23. 10. 2023 doručeno rozhodnutí o jeho vyloučení z předmětného zadávacího řízení na základě nedoložení objasnění požadovaných údajů ve stanovené lhůtě.
13. Za naprosto lichou a irelevantní považuje navrhovatel argumentaci zadavatele v rozhodnutí o námitkách k nicotnosti aktu Smlouvy o spolupráci při prokazování splnění kvalifikace a smlouvy o uzavření budoucí smlouvy o dílo (dále jen „smlouva o spolupráci“) mezi navrhovatelem a poddodavatelem VHST, s.r.o. signované dne 9. 10. 2023. Zadavatel své tvrzení o nicotnosti závazku přitom nepodkládá žádným zákonným ustanovením, ze kterého závěr vyvodil, a jeho interpretace nicotnosti právního jednání není správná. Oprávněná osoba v daném případě jednala vážně a v souladu se zákonem, což definici nicotnosti právního jednání dle § 551 až 554 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“) neodpovídá.
14. Navrhovatel se posléze v návrhu věnuje problematice výběru nového dodavatele, proti němuž směřovaly jeho námitky ze dne 3. 11. 2023. Tato část návrhu však v návaznosti na vyjádření navrhovatele ze dne 30. 11. 2023 (viz bod 19. odůvodnění tohoto rozhodnutí) není předmětem návrhu, nýbrž podnětem k zahájení řízení z moci úřední ve smyslu § 42 správního řádu a Úřad se jím z tohoto důvodu v odůvodnění tohoto rozhodnutí dále nezabývá.
15. Závěrem navrhovatel navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze dne 20. 10. 2023 a rovněž veškeré navazující úkony zadavatele v předmětném zadávacím řízení.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

16. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 24. 11. 2023 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 24. 11. 2023.
17. Účastníky řízení podle § 256 zákona jsou zadavatel a navrhovatel.
18. Usnesením ze dne 29. 11. 2023 určil Úřad navrhovateli lhůtu k provedení úkonu, a to sdělení, zda část „V. Další aspekty netransparentního a nestandardního postupu zadavatele“ jeho návrhu ze dne 24. 11. 2023 směřující proti výběru nového dodavatele je
 - a) podnětem k zahájení řízení z moci úřední ve smyslu § 42 správního řádu,
 - b) návrhem na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dle § 250 zákona,
 - c) či jiným podáním.

19. Dne 30. 11. 2023 Úřad obdržel sdělení navrhovatele, že návrh na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 24. 11. 2023 směřuje výlučně proti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, přičemž část návrhu „V. Další aspekty netransparentního a nestandardního postupu zadavatele“ má být považována za podnět k zahájení řízení z moci úřední ve smyslu § 42 správního řádu.
20. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem ze dne 4. 12. 2023.
21. Dne 4. 12. 2023 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky vyjádření zadavatele k návrhu.

Vyjádření zadavatele k návrhu

22. V úvodu svého vyjádření zadavatel předesílá, že se všemi námitkami se vypořádal již v rozhodnutí o námitkách, na něž odkazuje. Dále zadavatel shrnuje svůj postup v zadávacím řízení a důvody pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení.
23. Zadavatel předně odkazuje na ustanovení § 48 odst. 1 a 8 zákona, podle kterého je zadavatel oprávněn vyloučit vybraného dodavatele, jestliže jsou naplněny důvody v souladu s § 48 odst. 2 zákona, k čemuž zároveň připomíná, že v případě, pokud by po uzavření smlouvy s navrhovatelem bylo zjištěno, že měl být vybraný dodavatel ze zadávacího řízení vyloučen, jednalo by se o důvod k odstoupení od smlouvy dle § 223 zákona, přičemž zadavatel rovněž doplňuje, že dotčená veřejná zakázka je financována z dotačních fondů České republiky, a pokud by bylo později zjištěno, že navrhovatele nevyloučil, ačkoli k tomu byl povinen, jednalo by se o důvod krácení dotace. Zadavatel poté nesouhlasí se závěrem navrhovatele o nejasnosti a nezákonnosti svého postupu vztahujícímu se k žádostem o objasnění a následnému rozhodnutí o vyloučení, neboť navrhovatel si uvedené informace zřejmě nesprávně vyložil, jelikož nedisponoval obvyklými znalostmi, technickou kvalifikací, či nevynaložil péči studiu objasnění. Zadavatel rovněž odmítá tvrzení, že by záměrně porušil § 6 zákona, neboť jeho postup při zadávání veřejné zakázky je zcela transparentní dopředu stanoveným způsobem v souladu s požadavky zadávací dokumentace, zněním zákona a péčí řádného hospodáře (s ohledem na financování veřejné zakázky z dotačních fondů).
24. K argumentaci navrhovatele v návrhu zadavatel uvádí, že zadavatel je oprávněn po účastníkovi požadovat objasnění údajů dle § 46 zákona, přičemž tohoto institutu zadavatel využil v souvislosti s referenční zakázkou Kruščica doloženou navrhovatelem, a to opakovaně. Navrhovatel veškeré požadované údaje ve stanovené lhůtě, tj. do 10. 10. 2023 nedodal, a to i přesto, že v prvním neúplném objasnění ze dne 29. 9. 2023 čestně prohlásil, že tato reference splňuje technickou kvalifikaci v požadovaném rozsahu. Později doloženou referenční zakázku Cecemínsko zadavatel považuje za materiální změnu nabídky, která navíc nesplňuje podmínku dle § 83 odst. 2 zákona, jelikož závazek byl samotným poddodavatelem negován ve smyslu § 551 a 552 občanského zákoníku, a proto k ní nepřihlížel. Co se týče poslední doložené referenční zakázky Křivoklát od poddodavatele Ridera Bohemia a.s., navrhovatel nedodržel stanovený termín pro objasnění, tj. do 10. 10. 2023, a referenci zaslal až dne 17. 10. 2023. Zadavatel zároveň připomíná, že smyslem § 46 zákona není opakované dotazování navrhovatele až do okamžiku odstranění všech chyb, neboť on sám je odpovědný za informace poskytnuté v rámci žádosti o účast/nabídky.
25. Zadavatel se rovněž ohrazuje vůči dle jeho slov nepravdivým tvrzením navrhovatele ohledně komunikace s poddodavatelem VHST, s.r.o. Zadavatel po obdržení zprávy od VHST, s.r.o.

ze dne 10. 10. 2023 v 11:12:40 daného poddodavatele kontaktoval prostřednictvím paní starostky, aby zjistil povahu náhlé změny, tj. aby mu bylo objasněno, co se v oblasti plánování kapacit během jednoho dne od podpisu smlouvy o spolupráci změnilo tak, že poddodavatel nemůže podmínky dodržet a zda je tento krok míněn vážně a definitivně, a zda je v souladu s podmínkami jejich smlouvy, aby zadavatel tuto referenci nevyločil předčasně.

26. K judikatuře uvedené v návrhu zadavatel dodává, že tyto příklady předpokládají, že uchazeč disponuje vícero referencemi, které poté doplňuje na základě rozdílného výkladu specifikace požadované reference zadavatelem, avšak v případě zakázky Kruščica navrhovatel kvalifikační požadavky nesplnil, i přes své tvrzení ve vysvětlení ze dne 29. 9. 2023, a další referenční zakázky »„shání“ ad hoc«. Následně zadavatel ve vyjádření cituje rozsudek Krajského soudu v Brně, ze dne 15. 12. 2021, č. j. 31 Af 64/2020-183, v němž je uvedeno, že: *»Krajský soud předepisuje, že vzhledem k tomu, že k dodatečnému prohlášení poddodavatele nemělo být přihlíženo, měla by být otázka míry zapojení poddodavatele hodnocena skutečně pouze na základě původního závazku obsaženého v poddodavatelské smlouvě. (...) Možnost prokazování kvalifikace však nemá vést k prostému „kupování kvalifikace“ pro veřejnou zakázku. Není žádoucím jevem, aby byly veřejné zakázky zadávány uchazečům, kteří by sami zásadně nesplňovali zadavatelem stanovené kvalifikační předpoklady a tento nedostatek by nahrazovali subdodavatelsky.«.*
27. Závěrem zadavatel žádá Úřad, aby správní řízení zastavil.

Další průběh správního řízení

28. Rozhodnutím ze dne 8. 1. 2024 nařídil Úřad zadavateli z moci úřední předběžné opatření spočívající v zákazu uzavření smlouvy na šetřenou veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení předmětného správního řízení.
29. Usnesením ze dne 11. 1. 2024 Úřad určil účastníkům správního řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
30. Dne 18. 1. 2024 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se ve lhůtě stanovené Úřadem, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 18. 1. 2024

31. Navrhovatel se ve svém vyjádření k podkladům vyhraduje vůči tvrzením zadavatele, které uvedl ve vyjádření ze dne 4. 12. 2023.
32. Nejprve navrhovatel rozporuje tvrzení zadavatele ohledně změny žádosti o účast, ke které zadavatel nepřihlížel. Navrhovatel uvádí, že se jedná o chybný výklad ustanovení § 46 zákona, neboť pokud zadavatel využije postupu dle § 46 zákona, tj. možnost požadovat po účastníkovi řízení objasnění kvalifikace, je naopak účastník oprávněn objasňovanou kvalifikaci doplnit, a to i nově doloženou referenční zakázkou. I pokud by však navrhovatel chybný výklad ustanovení připustil, jednalo by se o hrubé porušení zásady rovného zacházení, neboť později vybranému dodavateli, umožnil kvalifikaci doplnit, zatímco navrhovateli tuto možnost upírá a vyžaduje striktně objasnění.
33. Dále se navrhovatel vyjadřuje k referenční zakázce Cecemínsko, u níž zadavatel uvedl, že na ni pohlíží nejen jako na materiální změnu nabídky, ale že tato současně nesplňuje podmínku k prokázání kvalifikace prostřednictvím jiné osoby dle ustanovení § 83 zákona

odst. 2 zákona. Navrhovatel připomíná, že se v daném případě jedná o chybný výklad ustanovení a zároveň chybnou aplikaci rozhodnutí Krajského soudu v Brně, č. j. 31 Af 64/2020-183. Navrhovatel dále odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu, z níž vyplývá, že výzvu dle § 46 zákona nelze limitovat v tom smyslu, že zadavatel požaduje určitou referenci pouze objasnit. Pokud účastník předloží novou referenci, musí ji zadavatel přijmout a náležitě posoudit, a nemůže jej vyloučit na základě nedoložení objasnění.

34. Závěrem navrhovatel podotýká, že pokud se zadavatel v souvislosti s referenčními zakázkami navrhovatele vymezuje vůči tzv. „kupování kvalifikace“ prostřednictvím poddodavatelů, je poněkud zvláštní, že u později vybraného dodavatele zadavateli není vadou, že všechny čtyři požadované referenční zakázky prokazuje prostřednictvím poddodavatelů. Navrhovatel přitom disponuje alespoň jednou vlastní referenční zakázkou, která byla nadto realizována právě v obci Rybníky, přičemž zadavatel sám vystavil referenční osvědčení o řádné, kvalitní a včasné realizaci této referenční zakázky.
35. Navrhovatel v návaznosti na nezákonný postup zadavatele navrhuje zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení a také veškeré další navazující úkony zadavatele.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

36. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména relevantních částí obdržené dokumentace o zadávacím řízení, stanovisek předložených účastníky správního řízení, a na základě vlastních zjištění rozhodl o tom, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

37. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
38. Podle § 46 odst. 1 zákona může zadavatel pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.
39. Podle § 46 odst. 2 zákona platí, že po uplynutí lhůty pro podání nabídek nemůže být nabídka měněna, nestanoví-li tento zákon jinak; nabídka však může být doplněna na základě žádosti podle § 46 odst. 1 zákona o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení. V takovém případě se doplnění údajů týkajících se prokázání splnění podmínek účasti za změnu nabídky nepovažují, přičemž skutečnosti rozhodné pro posouzení splnění podmínek účasti mohou nastat i po uplynutí lhůty pro podání nabídek.
40. Podle § 48 odst. 1 zákona může zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
41. Podle § 48 odst. 2 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud 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 zákona, nebo
 - c) neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení.
42. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

43. Kvalifikační dokumentace obsahuje v čl. 2.3 požadované podmínky technické kvalifikace:

„Rozsah požadovaných informací a dokladů dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona:

Dodavatel předloží seznam významných stavebních prací realizovaných dodavatelem v posledních 5 letech před zahájením zadávacího řízení s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí a osvědčení objednatelů o řádném plnění stavebních prací; tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně a odborně. Přílohou tohoto seznamu musí být:

1. *osvědčení vydané veřejným zadavatelem, pokud byly stavební práce poskytovány veřejnému zadavateli, nebo*
2. *osvědčení vydané jinou osobou, pokud byly stavební práce poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli, nebo*
3. *smlouvy s jinou osobou a doklad o uskutečnění plnění dodavatele.*

(...)

Vymezení minimální úrovně této technické kvalifikace odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona:

K prokázání kritérií úrovně technické kvalifikace zadavatel požaduje předložení seznamu realizovaných stavebních prací v následujícím rozsahu:

1. *Zadavatel požaduje předložit **seznam minimálně 4 realizací stavebních prací** obdobného charakteru jako je předmět plnění veřejné zakázky v min. hodnotě **15 mil. Kč bez DPH u každé z nich**. Za stavbu obdobného charakteru se rozumí výstavba tlakové kanalizace včetně přípojek, přičemž:*
 - a) *se jednalo o výstavbu kanalizace o celkové délce min. 2 000 m.*
 - b) *zahrnovaly výstavbu tlakových přípojek včetně min. 20 ks domovních čerpacích stanic*

Upozornění:

*Účastník tedy prokáže všechny výše uvedené požadavky **minimálně 4. referenčními zakázkami**. Všechny výše uvedené požadavky musí vyplývat z doložených referenčních listin a specifikací referencí uvedených v jejich seznamu (jestli-že relevantní informace prokazující*

požadavky zadavatele nebude vyplývat z referenčního listu, je účastník povinen prokázat jinými relevantními doklady – např. částí smlouvy o dílo, výňatkem z rozpočtu, dodatečným potvrzením objednatele vztahujícím se ke konkrétnímu požadavku (např. emailem), **čestné prohlášení dodavatele není dostačující**. Zadavatel stanovuje požadavek, že u všech doložených referenčních zakázek, u kterých nebude účastník (subjekt prokazující kvalifikaci – člen sdružení, subdodavatel) v pozici generálního dodavatele zakázky, musí být součástí osvědčení také vyjádření jeho podílu na realizaci zakázky, přičemž jako referenci lze uznat pouze samotnou hodnotu a charakter (předmět) podílu na realizaci zakázky vztahující se k předmětu reference.“.

44. Žádost o účast navrhovatele ze dne 20. 7. 2023 obsahuje mj.:

„SEZNAM REFERENČNÍCH STAVEB (...)

NÁZEV	Lhůta provádění	Cena celkem v Kč bez DPH	Podíl uchazeče v Kč bez DPH	Tlaková kanalizace 2000 m	Tlakové přípojky min 20ks
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Výstavba kanalizační sítě v obci Kruščica	2012-2018	15 000 000	15 000 000	ANO	ANO
Zadavatel: Obec Kruščica (...)					
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)

(...) REFERENČNÍ LIST

Název akce:	Výstavba kanalizační sítě v obci Kruščica
Místo akce:	Autonomní oblast Vojvodina, Bela Crkva, Kruščica
Rozsah dodávky:	Výstavba kanalizační sítě v obci Kruščica - Srbsko
Objednatel:	Obec Kruščica
Zástupce objednatele:	Starosta obce (...)
Lhůta realizace:	2012-2018
Cena díla dle SOD:	Celkem: 15,0 mil. Kč
Dodavatel díla:	PRESSKAN system, a.s.

Dosažená kvalita díla:	Dílo zhotoveno v požadované kvalitě
Počet ČJ celkem:	270 ks domovních čerpacích jímek vystrojených jednofázovou (230V) technologií s kalovým vřetenovým čerpadlem
Počet metrů řadů:	Délka potrubí 12 400 m, z toho 8 200 m řízeným protlakem
<p>Zástupce objednatele (...) tímto potvrzuje, že:</p> <ul style="list-style-type: none"> • stavební práce byly provedeny řádně, odborně a zhotovitel dodržel smluvní cenu a termín dokončení díla • v listopadu 2018 byla uvedená stavba převzata od zhotovitele PRESSKAN system, a.s., bez nevypořádaných reklamací a soudních sporů 	

45. Zadavatel dne 13. 9. 2023 uveřejnil rozhodnutí o výběru, kterým přidělil zakázku navrhovateli, neboť „jeho nabídka byla vypracována v souladu se Zadávací dokumentací a je ekonomicky nejvýhodnější“.

46. Dne 25. 9. 2023 zadavatel obdržel námitky proti rozhodnutí o výběru, na základě kterých nabyl pochybnosti o splnění technické kvalifikace ze strany navrhovatele, a proto jej téhož dne požádal o její objasnění prostřednictvím **žádosti o objasnění č. 1**, v níž požadoval zejména objasnění referenční zakázky Kruščica společnosti PRESSKAN system, a.s.:

»Na základě podané žádosti o účast v zadávacím řízení: "Kanalizace Rybníky, Budín" (...) žádá zadavatel o písemné objasnění a doplnění údajů v žádosti o účast.

(...)

„Společnost Bross spol. s r.o. dokládá splnění technické kvalifikace mimo jiné i referenčním listem na zakázku realizovanou společností Presskan na akci Kruščica. Z veřejně dostupných informací lze zjistit, že uvedená zakázka byla realizovaná v letech 2012-2016 a hodnota činila 11 789 359,- Kč. Zadavatel požadoval předložit seznam stavebních prací obdobného charakteru jako je předmět plnění veřejné zakázky v min. hodnotě 15 mil. Kč bez DPH realizovaných v posledních 5 letech, což tato zakázka nespĺňuje. Zároveň se domníváme, že reference nespĺňuje podmínky zadávací dokumentace, společnost Presskan provádí dodávku materiálů a zařízení a jejich montáž, nikoliv stavební práce, které jsou pracemi obdobného charakteru této veřejné zakázky. Kopii uvedených veřejně dostupných informací přikládáme.“

Objasněte splnění požadavků výše uvedené technické kvalifikace prostřednictvím zakázky realizované společností Presskan na akci Kruščica v předložené kopii osvědčení Výstavba kanalizační sítě v obci Kruščica.

Zadavatel žádá účastníka zadávacího řízení o písemné zdůvodnění a objasnění předložených údajů.

Poučení: Požadované elektronické zdůvodnění doručte prostřednictvím certifikovaného elektronického nástroje (...)

Nedoručení písemného doplnění ve stanovené lhůtě je důvodem k vyloučení účastníka z účasti v zadávacím řízení.«

47. Dne 27. 9. 2023 doručil navrhovatel zadavateli datovou zprávu:

„Dobrý den,

dovolujeme si vás požádat o prodloužení lhůty pro podání vysvětlení naší nabídky na VZ do 3. 10. 2023, jednatel společnosti je v současné době v zahraničí. (...)

Bross, spol. s r.o.“

48. Dne 29. 9. 2023 navrhovatel doručil zadavateli objasnění k **žádosti o objasnění č. 1** ze dne 25. 9. 2023:

»(...)

1) *Neúspěšný uchazeč pravděpodobně vychází z webových stránek společnosti České rozvojové agentury, kde jsou uvedeny nepřesné a neúplné informace (...)*

Společnost Presskan system, a.s. realizovala stavební práce v požadované době a rozsahu, čímž předkládáme doklady ověřující pravdivost údajů uvedených v referenčním listu.

Nadto je potřeba uvést, že veškeré údaje vyplývající z osvědčení o řádném provedení stavební zakázky jsou pravdivé a potvrzené zadavatelem a to znamená řádně splnění ZZVZ § 79, odst) 2, písm. a)

2) *Tuto část námítky, měl zadavatel, respektive jeho zástupce, při své odbornosti na veřejné zakázky vodohospodářských staveb povinnost vyřešit sám a bez zbytečného administrativního zatěžování vybraného uchazeče, a dle našeho názoru měl za povinnost námítky zamítnout.*

a) *Společnost PRESSKAN system, a s. disponuje živnostenským oprávněním mj. Provádění staveb, jejich změn a odstraňování, které je registrováno a veřejně zpřístupněno ve veřejném registru RŽP (...)*

b) *Jak je uvedeno na informačně neúplných webových stránkách společnosti Česká rozvojová agentura, kde je zakázka Výstavba kanalizační sítě v obci Kruščica mj. popsána následovně:*

Hlavními aktivitami tohoto projektu tedy bylo vybudování tlakové kanalizace na odvedení odpadních vod mimo obec Kruščica, vyškolení personálu na obsluhu kanalizace a provedení osvětové kampaně, zdůrazňující význam odvedení odpadních vod do ČOV ve vztahu ke zlepšení životního prostředí. (...)

V předloženém osvědčení společnosti PRESSKAN System, a.s. je uvedena realizace kanalizace 12 400 metrů potrubí, z toho 8 200 metrů řízeným protlakem včetně dodávky a montáže 270 kusů domovních čerpacích jímek.

(..)

Účastník opakovaně potvrzuje a čestně prohlašuje, že veškeré požadavky Zadavatele na naplnění kvalifikačních předpokladů tak, jak byly vymezeny v zadávacích podmínkách, naplňuje. Současně uvádí, že v rámci jím předložených informací a dokladů k naplnění kvalifikace nebyly předloženy žádné nepravdivé prohlášení či informace a je připraven

to případně doložit, jakož se i takovým případným nařčením bránit, obdobně jako proti nestandardním postupům v zadávacích řízeních.

Současně nutno uvést, že zejména některé dokumenty předložené jiným účastníkem, který podal námitky, k nimž se má vybraný Účastník nyní vyjádřit, nemohou zpochybňovat naplnění kvalifikačních požadavků Účastníka, když Zadavatel těmito disponoval před rozhodnutím o výběru, když byly předkládány v rámci první kola zadávacího řízení.

Dne 27. 9. 2023 požádal účastník o prodloužení lhůty pro objasnění nabídky do 3. 9. 2023. Důvodem byla mimo jiné i nepřítomnost jednatele společnosti. Na naši žádost o prodloužení lhůty zadavatel nereagoval. Předkládáme tímto objasnění naší nabídky s opětovnou žádostí o prodloužení lhůty pro dodání dokladů ověřující pravdivost údajů uvedených v referenčním listu z důvodu nepřítomnosti jednatele a komplikace při doručování potřebných dokladů společností Presskan systém, a.s. vlivem zkráceného pracovního týdne. Věříme, že zadavatel přihlédne k naší žádosti s pochopením.«.

49. Zadavatel dne 3. 10. 2023 obdržel vysvětlení referenční zakázky Kruščica od poddodavatele PRESSKAN system a.s., v němž bylo uvedeno:

„(...) Celá akce byla koncipována následovně:

2012-2014 byla Českou rozvojovou agenturou vysoutěžena dodávka a montáž potrubí a domovních čerpacích stanic vč. vystrojení. Společnost PRESSKAN system, a. s. provedla objem práce za 11,4 mil. Kč.

Jelikož nebyla ze srbské strany splněna podmínka součinnosti a dílo nebylo funkční v letech 2016- 2018 bylo provedeny další práce pro Českou rozvojovou agenturu za 0,9 mil. Kč a pro VHS Moravia (potažmo obec Kruščica) za 2,7 mil. Kč. Tyto práce vedly k dokončení funkčního díla a jednalo se o zprovoznění technologických celků a dopojení na nově zbudovanou ČOV.

Investiční hodnota celé zakázky od zahájení po dokončení realizované společností PRESSKAN system, a. s. je 15 mil. Kč bez DPH.“

50. Dne 5. 10. 2023 zadavatel odeslal navrhovateli **žádost o objasnění č. 2**, v níž mj. uvedl:

»(...) Zadavatel na základě námitky proti Rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky ze dne 25.9.2023 požádal prostřednictvím elektronického nástroje dne 25.09.2023 11:19:53 účastníka zadávacího řízení o objasnění údajů uvedených v žádosti o účast při prokázání technické kvalifikace.

(...)

Účastník zadávacího řízení dne 03.10.2023 17:45:29 prostřednictvím elektronického nástroje zaslal dokument Vysvětlení referenční stavby Kruščica, ve kterém prostřednictvím společnosti PRESSKAN system, a. s. uvádí: „**2012-2014** byla Českou rozvojovou agenturou vysoutěžena **dodávka a montáž potrubí a domovních čerpacích stanic vč. vystrojení**. Společnost PRESSKAN system, a. s. provedla objem práce za **11,4 mil. Kč**. Jelikož nebyla ze srbské strany splněna podmínka součinnosti a dílo nebylo funkční v letech **2016-2018** bylo provedeny další práce pro **Českou rozvojovou agenturu** za **0,9 mil. Kč** a pro **VHS Moravia** (potažmo **obec Kruščica**) za 2,7 mil. Kč. Tyto práce vedly k dokončení funkčního díla a jednalo se o zprovoznění technologických celků a dopojení na nově zbudovanou ČOV.“

Zadavatel pro vyloučení jakýchkoli pochybností opětovně žádá o objasnění splnění požadavků výše uvedené technické kvalifikace prostřednictvím zakázky realizované společností Presskan na akci Kruščica v předložené kopii osvědčení Výstavba kanalizační sítě v obci Kruščica a ve zprávách ze dne 29.9.2023 a 3.10.2023, a to zejména:

- 1. charakter předmětu díla části uvedené referenční zakázky v hodnotě 11,4 mil. Kč, smluvní strany, termín dokončení.*
- 2. charakter předmětu díla části uvedené referenční zakázky v hodnotě 0,9 mil. Kč, smluvní strany, termín dokončení.*
- 3. charakter předmětu díla části uvedené referenční zakázky v hodnotě 2,7 mil. Kč, smluvní strany, termín dokončení.*

Zadavatel žádá účastníka zadávacího řízení o písemné zdůvodnění a objasnění předložených údajů.

Zadavatel žádá o předložení u všech částí uvedené referenční zakázky:

- 1. osvědčení vydané veřejným zadavatelem, pokud byly stavební práce poskytovány veřejnému zadavateli, nebo*
- 2. osvědčení vydané jinou osobou, pokud byly stavební práce poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli, nebo*
- 3. smlouvy s jinou osobou a doklad o uskutečnění plnění dodavatele*

***Poučení:** (...) doručte (...) nejpozději do 10.10.2023 do 12:00 hodin.*

Nedoručení písemného doplnění ve stanovené lhůtě je důvodem k vyloučení účastníka z účasti v zadávacím řízení.«

51. Navrhovatel reagoval na **žádost o objasnění č. 2** objasněním ze dne 9. 10. 2023, které bylo zadavateli doručeno téhož dne a obsahovalo mj. následující:

„Zadavatel naši společnost, dne 5. 10. 2023 žádá na základě podané žádosti o účast v zadávacím řízení (...) v souladu s § 46 zákona (...) o písemné objasnění a doplnění údajů v žádosti o účast.

Aby uchazeč odstranil veškeré pochybnosti o jeho technické způsobilosti, rozhodl se pro splnění technické způsobilosti prostřednictvím jiného poddodavatele. V příloze předkládáme osvědčení o realizaci stavby „Svazek obcí Cecemínsko – intenzifikace a ČOV a dostavba tlakové kanalizace“, která splňuje svými parametry podmínky zadavatele pro splnění kvalifikace. zároveň předkládáme veškeré povinné doklady vč. změny v poddodavatelském systému, a seznamu staveb.

(...)

SMLOUVA o spolupráci při prokazování splnění kvalifikace a SMLOUVA o uzavření budoucí smlouvy o dílo (...)

Budoucí zhotovitel: VHST, s.r.o. (...)

na straně jedné (dále jen jako subdodavatel a budoucí zhotovitel)

Budoucí objednatel: BROSS, spol. s r.o. (...)

na straně druhé (dále jen jako dodavatel a budoucí objednatel)

(...)

3. Smluvní strany souhlasně prohlašují, že předmětem díla (subdodávky) na stavbě uvedené v čl. I. této smlouvy se blíže specifikují takto: **stavební a montážní práce**“.

(...)

SEZNAM PODDODAVATELŮ

	Obchodní firma / název / jméno a příjmení poddodavatele:	Identifikační číslo:	Sídlo / Místo podnikání:	Část Zakázky, která bude plněna poddodavatelem:
	(...)	(...)	(...)	(...)
4.	VHST, s.r.o.	02464471	Kouřimského 2532, 393 01 Pelhřimov	Stavební a montážní práce“.

52. Dne 10. 10. 2023 zadavatel obdržel datovou zprávu od poddodavatele VHST s.r.o., v níž bylo obsaženo, že:

»Fi. VHST s.r.o. jako „budoucí zhotovitel“ – dle Smlouvy o spolupráci při prokazování splnění kvalifikace a Smlouva o uzavření smlouvy dílo ze dne 9. 10. 2023 podává sdělení:

V požadovaném realizačním období zadavatele Obec Rybníky na zakázku

„KANALIZACE RYBNÍKY, BUDÍN“ - dle Smlouvy o dílo dle bodu III.1

z již zcela naplněné kapacity na toto období nebude moci fi. VHST s.r.o. IČ 024 64 471 jako „subdodavatel a budoucí zhotovitel“ podepsat a následně realizovat stavební a montážní práce- dle bodu III. Smlouvy o spolupráci při prokazování splnění kvalifikace a Smlouva o uzavření budoucí smlouvy dílo s fi. BROSS, spol. s.r.o. IČ 463 48 620 jako „dodavatel, a budoucí objednatel“.«

53. Navrhovatel kontaktoval dne 10. 10. 2023 zadavatele s žádostí o prodloužení lhůty stanovené dle § 46 zákona žádostí o objasnění č. 2.

54. Navrhovatel dne 17. 10. 2023 doručil zadavateli dodatečné objasnění v následujícím znění:

»(...) Společnost Bross, spol. s r.o. podala objasnění údajů v žádosti a nabídce v řádné lhůtě do 10. 10. 2023 do 12hod, respektive k odeslání došlo již 9. 10. 2023.

Dne 10. 10. 2023 jsme obdrželi sdělení poddodavatele (...) o tom, že jako budoucí zhotovitel (...) nebude moci realizovat stavebně montážní práce.

Na základě tohoto sdělení jsme zažádali o prodloužení lhůty pro podání objasnění údajů v žádosti o účast a nabídce do 19. 10. 2023, abychom nade vší pochybnost prokázali splnění naší technické způsobilosti.

Přesto, že je společnost Bross, spol. s r.o. oprávněna požadovat splnění smluvního závazku svého poddodavatele VHST, s.r.o, rozhodla se prokázat kvalifikaci prostřednictvím jiného poddodavatele. V příloze předkládáme osvědčení o realizaci stavby „Křivoklát – kanalizace“, která splňuje svými parametry podmínky zadavatele pro splnění kvalifikace. Zároveň

předkládáme veškeré povinné doklady vč. změny v poddodavatelském systému, a seznamu staveb.«

55. Dne 23. 10. 2023 bylo navrhovateli doručeno rozhodnutí o vyloučení ze dne 20. 10. 2023, které obsahovalo následující:

„Rozhodnutí zadavatele o vyloučení vybraného dodavatele

Sděluji Vám, že na základě ustanovení §48 odst. (8) zákona (...)

zadavatel rozhodl o vyloučení vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení

Odůvodnění:

Na základě žádostí zadavatele o objasnění údajů v nabídce a žádosti o účast v zadávacím řízení v souladu s ustanoveními §46 ZZVZ ze dne 25. 9. 2023 s termínem objasnění do 29.9.2023 a opakovaně ze dne 5.10.2023 s termínem objasnění do 10.10.2023, zadavatel rozhodl o vyloučení vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení dle §48 odst. (8) ZZVZ, protože vybraný dodavatel objasnění požadovaných údajů ve stanovené lhůtě nedoložil.

Dle (...) §48 odst. (2) Zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud 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.

Dle (...) §48 odst. (8) Vybraného dodavatele zadavatel vyloučí z účasti v zadávacím řízení, pokud zjistí, že jsou naplněny důvody vyloučení podle odstavce 2. (...)

Právní posouzení

56. Úřad nejprve rekapituluje, že z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že v rámci posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení shledal zadavatel určité nejasnosti v předložených údajích a dokladech v žádosti o účast předložené navrhovatelem, a proto si na základě opakované žádosti o objasnění dle § 46 zákona vyžádal jejich doplnění. K uvedenému Úřad dále konstatuje, že mezi účastníky správního řízení je veden spor o oprávněnost vyloučení navrhovatele z účasti v předmětném zadávacím řízení na základě § 48 odst. 2 písm. a) až c) zákona, když navrhovatel uvádí, že rozhodnutí o vyloučení spočívá v nedostatečném odůvodnění a netransparentnosti, a tedy současně nepřezkoumatelnosti a nezákonnosti, a dále, že zadavatel řádně neposoudil údaje, které navrhovatel v reakci na žádost dle § 46 zákona zadavateli předložil.
57. V návaznosti na výše uvedené Úřad v obecné rovině podotýká, že zadavatel je v možnosti vyloučit účastníka ze zadávacího řízení dle ustanovení § 48 odst. 1 zákona limitován zákonem taxativně vymezenými důvody. Mezi tyto důvody spadá mj. možnost vyloučení účastníka ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona, a to tehdy, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil, dále dle § 48 odst. 2 písm. b)

zákona, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46 zákona a dle § 48 odst. 2 písm. c) zákona, jestliže údaje, doklady, vzorky nebo modely neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení. V každém případě pak zadavatel musí při vylučování (stejně jako v průběhu celého zadávacího řízení) dodržet základní zásady zadávacího řízení vymezené v ustanovení § 6 zákona.

58. Úřad předně uvádí, že zásada transparentnosti zakotvená v § 6 odst. 1 zákona je společně se zásadou přiměřenosti, zásadou rovného zacházení a zásadou zákazu diskriminace jednou z hlavních zásad, na kterých je zákon vystavěn a které musí zadavatel respektovat a bezmezně dodržovat během celého zadávacího řízení. Krajský soud v Brně k této problematice v rozsudku č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 judikoval, že „[ú]kolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“. Je tedy zřejmé, že veškeré úkony zadavatele činěné během zadávacího řízení musejí být zpětně čitelné, kontrolovatelné, přezkoumatelné a činěné tak, aby nevznikaly pochybnosti v jejich výkladu a aby bylo nade vší pochybnost zřejmé, za jakým účelem a z jakých důvodů zadavatel činil jednotlivé kroky v rámci zadávacího řízení.
59. Z výše uvedeného tak Úřad dovozuje, že pro dodržení zásady transparentnosti v souladu s ustanovením § 6 odst. 1 zákona musí být skutečnosti uváděné zadavatelem v rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení řádně, tj. srozumitelně a určitě popsány tak, aby bylo toto rozhodnutí zpětně přezkoumatelné, jasné a srozumitelné. Odůvodnění rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení uvedené v rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení tudíž musí být učiněno tak, aby z jeho výkladu bylo nanejvýše jasné z jakého konkrétního důvodu (případně důvodů) zadavatel daného dodavatele ze zadávacího řízení vylučuje a z jeho odůvodnění musí být patrné, jaké úvahy vedly daného zadavatele k učiněnému rozhodnutí.
60. V šetřeném případě zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení uvedl, že navrhovatele ze zadávacího řízení vylučuje, neboť „objasnění požadovaných údajů ve stanovené lhůtě nedoložil“. V rámci odůvodnění zadavatel odkázal na § 48 odst. 2 písm. a) až c) zákona, v souvislosti s § 48 odst. 8 zákona. Zadavatel současně uvedl, že vyloučení navrhovatele předcházelo opětovné dotázaní dle § 46 zákona, a to žádostí o objasnění č. 1 ze dne 25. 9. 2023 a žádostí o objasnění č. 2 ze dne 5. 10. 2023. V souvislosti se zmínkou zadavatele ohledně žádostí o objasnění v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení Úřad dodává, že obecně nelze vyloučit, aby zadavatel v rámci odůvodnění rozhodnutí o vyloučení odkázal na předchozí postup zadavatele v zadávacím řízení, na základě kterého vylučuje účastníka ze zadávacího řízení, nicméně k tomu, aby ve vztahu k obsahu daného odůvodnění dostal dodržení zásady transparentnosti, je nutné, aby z případného spojení informací o objasňování žádosti o účast a rozhodnutí o vyloučení bylo naprosto zřejmé, z jakých konkrétních důvodů je daný účastník

ze zadávacího řízení vyloučen. Úřad proto primárně přistoupil k přezkumu, zda bylo z rozhodnutí o vyloučení dostatečně seznatelné, z jakých důvodů byl navrhovatel vyloučen.

61. Úřad předně v obecné rovině k problematice objasňování údajů či dokladů předložených v žádostech o účast či nabídkách uvádí následující. Z § 46 odst. 1 zákona vyplývá, že je-li to třeba pro účely řádného průběhu zadávacího řízení, může zadavatel po účastnících zadávacího řízení požadovat objasnění či doplnění předložených údajů, dokladů, vzorků nebo modelů. Účelem postupu podle § 46 odst. 1 zákona je tedy zpravidla ověření, zda lze přesvědčivě učinit závěr, že účastník splňuje podmínky účasti v zadávacím řízení, pravidla stanovená zákonem a zadávací, resp. kvalifikační, dokumentací. Jen takový dodavatel může být vybrán z účastníků zadávacího řízení a povolán k realizaci veřejné zakázky. Možnost žádat o objasnění a doplnění je přitom oprávněním zadavatele a je tedy na zadavateli, zda dané možnosti v situaci, kdy nabídka účastníka či žádost o účast dodavatele zcela neodpovídá zadávacím podmínkám, využije nebo účastníka/dodavatele ze zadávacího řízení z důvodu nesplnění zadávacích podmínek vyloučí. Je přitom třeba mít na paměti, že odpovědnost za správnost a úplnost žádosti o účast (resp. nabídky) bezesporu nese dodavatel, jenž se nemůže spoléhat na to, že zadavatel bude postupovat podle § 46 zákona a potřebné objasnění si vyžádá. Je tedy v zájmu dodavatelů, aby již v žádosti o účast (resp. nabídce) předkládali úplné údaje a doklady k prokázání splnění zadávacích podmínek.
62. Úřad dále shrnuje, že zadavatel na základě obdržení žádosti o účast ze dne 20. 7. 2023, a posléze i nabídky ze dne 5. 9. 2023, rozhodl o výběru navrhovatele, jakožto nejvhodnějšího dodavatele k realizaci předmětné veřejné zakázky. Dne 25. 9. 2023 však obdržel námitky proti zmíněnému rozhodnutí o výběru, na jejichž základě mu vyvstaly důvodné pochybnosti o splnění požadavku technické kvalifikace ze strany navrhovatele podle čl. 2.3 kvalifikační dokumentace ve spojení s § 79 odst. 2 písm. a) zákona, a to konkrétně v souvislosti s jednou ze čtyř požadovaných referenčních zakázek. V **žádosti o objasnění č. 1**, na kterou zadavatel v rozhodnutí o vyloučení odkazuje, proto zadavatel požádal o objasnění referenční zakázky Kruščica, jenž byla realizována společností PRESSKAN system, a.s. (viz bod 46. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Navrhovateli byla přitom k objasnění poskytnuta časová dotace 4 dnů, tj. od doručení dne 25. 9. 2023 do 29. 9. 2023. Na tento požadavek navrhovatel reagoval dne 27. 9. 2023 žádostí o prodloužení lhůty k objasnění (viz bod 47. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a následně také 29. 9. 2023 částečným objasněním (viz bod 48. odůvodnění tohoto rozhodnutí), neboť zadavatel na jeho žádost o prodloužení lhůty ze dne 27. 9. 2023 nereagoval. Dne 3. 10. 2023 zadavatele kontaktoval samotný poddodavatel PRESSKAN system, a.s. s vysvětlením referenční zakázky (viz bod 49. odůvodnění tohoto rozhodnutí), načež zadavatel dne 5. 10. 2023 přistoupil k odeslání **žádosti o objasnění č. 2** (viz bod 50. odůvodnění tohoto rozhodnutí), v níž rozšířil okruh dotazů k objasnění dokladů týkajících se referenční zakázky Kruščica, a to ve stanovené lhůtě 5 dnů, do dne 10. 10. 2023 do 12:00 hodin. Navrhovatel proto dne 9. 10. 2023 doručil zadavateli objasnění, v němž mj. uvedl, že: „[a]by (...) odstranil veškeré pochybnosti o jeho technické způsobilosti, rozhodl se pro splnění technické způsobilosti prostřednictvím jiného poddodavatele (...) kter[ý] splňuje svými parametry podmínky zadavatele pro splnění kvalifikace“ (viz bod 51. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž za tohoto poddodavatele navrhovatel označil společnost VHST, s.r.o. Následujícího dne, tj. dne 10. 10. 2023, obdržel zadavatel datovou zprávu od předmětné společnosti VHST, s.r.o. (viz bod 52. odůvodnění tohoto rozhodnutí), v níž byl informován o její neschopnosti dostát smluvnímu závazku navrhovatele z důvodu „již zcela naplněné kapacity“,

příčemž v návaznosti na tento postup poddodavatele byla téhož dne zadavateli navrhovatelem doručena žádost o prodloužení lhůty do 19. 10. 2023 pro podání objasnění údajů (viz bod 53. odůvodnění tohoto rozhodnutí), který informaci o vypovězení závazku obdržel také. Na žádost o prodloužení lhůty ze dne 10. 10. 2023 zadavatel nereagoval a navrhovatel následně dne 17. 10. 2023 zadavateli doručil objasnění (viz bod 54. odůvodnění tohoto rozhodnutí), v němž nahradil společnost VHST, s.r.o. novým poddodavatelem Ridera Bohemia, a.s. Rozhodnutím o vyloučení ze dne 20. 10. 2023 byl však navrhovatel posléze ze zadávacího řízení vyloučen z důvodu nedoložení požadovaného objasnění.

63. Z výše uvedeného vyplývá, že navrhovatel na žádost o objasnění č. 1 reagoval dvěma datovými zprávami ve stanovené lhůtě, tj. žádostí o prodloužení lhůty k objasnění ze dne 27. 9. 2023 (z důvodu nemožnosti zajištění požadovaného dokladu od poddodavatele v určené čtyřdenní lhůtě) a částečným objasněním ze dne 29. 9. 2023, následovaným rovněž vysvětlením samotného poddodavatele ze dne 3. 10. 2023, a to ve lhůtě, kterou navrhovatel požadoval v žádosti ze dne 27. 9. 2023. Z postupu navrhovatele je tedy od počátku zřejmý zájem na objasnění vzniklé situace, a to i přes chybějící zpětnou vazbu ze strany zadavatele, který nadto uvedl až v rozhodnutí o námitkách ze dne 16. 11. 2023 důvod neschopnosti reagovat na datovou zprávu ze dne 27. 9. 2023, a to státní svátek v době stanovené lhůty dne 28. 9. 2023. Ani na žádost o objasnění č. 2, kterou zadavatel navrhovateli doručil v reakci na obdržené doklady, navrhovatel nikterak nereagoval, když ve stanovené lhůtě dne 9. 10. 2023 doložil zadavateli novou referenční zakázku Cecemínsko namísto rozporované referenční zakázky Kruščica, aby zadavatel mohl mít postaveno najisto, že navrhovatel požadovanou technickou kvalifikaci skutečně splňuje, a také v případě následného náhlého vypovězení závazku VHST, s.r.o. coby poddodavatele přistoupil navrhovatel okamžitě ke snaze o nápravu nastalého stavu doložením další referenční zakázky v objasnění ze dne 17. 10. 2023.
64. Z dokumentace o zadávacím řízení tedy plyne, že ačkoli zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení uvedl, že navrhovatel ve vztahu k žádosti o objasnění č. 1 a č. 2 „*objasnění požadovaných údajů nedoložil*“, k čemuž zadavatel rovněž odkázal na zákonná ustanovení § 48 odst. 2 a 8 zákona, tento závěr neodpovídá faktickému stavu věci. Navrhovatel naopak poskytl zadavateli reakci na obě žádosti o objasnění, jednal konzistentně a proaktivně ve snaze rozptýlit pochybnosti o jeho kvalifikovanosti, a to i v případě nepředvídatelné situace s vypovězením závazku poddodavatele VHST, s.r.o. Dle názoru Úřadu tak navrhovatel určité údaje doložil. Úřad přitom zdůrazňuje, že se při posouzení věci nezaobíral obsahem těchto zaslaných údajů, tedy zda tyto údaje splňují požadavky stanovené zadavatelem, avšak opakuje, že navrhovatel na žádosti o objasnění reagoval, doklady, které dle jeho názoru jeho kvalifikaci prokazovaly předkládal, avšak **zadavatel v rozhodnutí o vyloučení tyto údaje nikterak nereflektoval, když pouze konstatoval, že navrhovatel objasnění požadovaných údajů nedoložil**, a to bez bližšího upřesnění. Úřad tak shledává, že stav popsáný v rozhodnutí o vyloučení tak není v souladu s faktickým stavem objasňování prováděným navrhovatelem, když navrhovatel činil aktivní kroky k objasnění své kvalifikace, avšak zadavatel tyto kroky v rozhodnutí o vyloučení, jednoduše řečeno, „přešel“. Takovýto postup zadavatele tak vzbuzuje pochybnosti o pravých důvodech jeho jednotlivých kroků a činí jeho postup při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení netransparentním, a tudíž ze strany Úřadu nepřezkoumatelným.

65. Z odůvodnění rozhodnutí o vyloučení, které bylo formulováno zadavatelem, tak ve spojení se zadavatelem provedenou interpretací zákonných ustanovení, nevyplývá ve vztahu k čemu navrhovatel dostatečně neobjasnil sporné skutečnosti, případně, zda žádostem o objasnění nevyhověl zcela. Netransparentnost ohledně možných důvodů vyloučení navrhovatel popsal i v námitkách ze dne 3. 11. 2023, v nichž se snažil sám nějak dovodit, z jakého důvodu byl ze zadávacího řízení vyloučen, když v předmětných námitkách mj. uvedl, že: „[k] vyloučení ze zadávacího řízení došlo z nepravdivého důvodu a zcela netransparentním způsobem, když zadavatel buď úmyslně nebo z nedbalosti uvedl jako důvod vyloučení nepravdivé a zcela nedostatečné informace.“, jelikož byl navrhovatel přesvědčen o tom, že ke dni 9. 10. 2023 veškeré zadavatelem požadované doklady doložil, a ze strany zadavatele neobdržel žádnou informaci, která by jeho domněnku vyvracela, zejména proto, že zadavatel na toto objasnění prostřednictvím nové referenční zakázky ze dne 9. 10. 2023 žádným způsobem nereagoval a jeho nepřipustnost konstatoval až v rozhodnutí o námitkách. Navrhovatel se proto v námitkách snaží dovodit, jaké úvahy vůbec vedly zadavatele k tomu, aby jej ze zadávacího řízení vyloučil.
66. Přestože je zřejmé, že v rozhodnutí o námitkách ze dne 16. 11. 2023 již zadavatel blíže osvětluje důvody vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, když uvádí, že nově doložené referenční zakázky považuje za nepřipustnou změnu nabídky dle § 46 odst. 2 zákona, přičemž k žádosti o objasnění původní referenční zakázky zadavatel neobdržel veškeré požadované údaje, Úřad upozorňuje, že není přípustné, aby k odůvodnění vyloučení účastníka zadávacího řízení docházelo až po rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, ať už v rozhodnutí o námitkách či vyjádření k podanému návrhu. Již ze samotného rozhodnutí o vyloučení musí být účastníkovi zcela zřejmé, na základě jakých konkrétně specifikovaných důvodů byl ze zadávacího řízení vyloučen. Opačný postup vyloučenému účastníkovi výrazně ztěžuje možnost další případné obrany proti rozhodnutí zadavatele, zejména formou podání námitek dle § 241 odst. 2 písm. a) zákona, v nichž se účastník dotčený tímto postupem nemůže vyjádřit ke všem relevantním skutečnostem, neboť tyto v rozhodnutí o vyloučení absentují.
67. Úřad po posouzení výše uvedeného odůvodnění v rozhodnutí o vyloučení shrnuje, že formulace uvedené v jeho odůvodnění jsou tak obecné a nedostatečné, že činí celý úkon objektivně nepřezkoumatelným a netransparentním, jelikož z něj není patrné, **co přesně je skutečným důvodem**, na kterém zadavatele zakládá své rozhodnutí vyloučit navrhovatele ze zadávacího řízení.
68. Přestože zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení uvádí, že důvodem pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení je skutečnost, že navrhovatel nedoložil doklady požadované dle § 46 odst. 1 zákona, což obecně může být samo o sobě bezesporu legitimním důvodem pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, nelze zmíněný důvod v šetřeném případě shledat dostatečným bez dodatečných podpůrných tvrzení, zejména v případě, kdy samotný zadavatel doložení alespoň částečného objasnění ani později v rozhodnutí o námitkách nikterak nerozporuje a uvádí, že navrhovatel nejprve: „*podal částečné neúplné objasnění*“ a posléze také „*zaslal dokument Objasnění BROSS II*“. Úřad opakuje, že je povinností zadavatele uvést důvod vyloučení tak, aby byl jasný a zřejmý a nevznikaly žádné pochybnosti ohledně toho, z jakého konkrétního důvodu byl navrhovatel ze zadávacího řízení skutečně vyloučen, což však zadavatel nesplnil. Úřad má za to, že není úkolem navrhovatele, jakožto vyloučeného účastníka ze zadávacího řízení, domýšlet si konkrétní důvody, pro které byl ze zadávacího

řízení vyloučen. Odůvodnění zadavatele obsažené v předmětném rozhodnutí o vyloučení tak nelze v šetřeném případě považovat za odůvodnění, které by bylo formulováno v souladu se zásadou transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona.

69. Úřad se nad rámec výše uvedeného blíže vyjádří k námitce zadavatele, že připuštěním změny referenční zakázky by došlo k materiální změny nabídky. Z dokumentace o zadávacím řízení, tj. rozhodnutí o námitkách ze dne 16. 11. 2023 a vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 28. 11. 2023, je patrné, že primárním důvodem vyloučení navrhovatele z účasti v předmětném zadávacím řízení byla údajná nepřípustná změna nabídky, na základě které zadavatel nepřihlédl k později doloženým podkladům prokazujícím splnění technické kvalifikace ze strany navrhovatele. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že z jazykového výkladu § 46 odst. 2 zákona lze dovodit, že změna nabídky je primárně zapovězena (což je hlavní premisa, ze které je nutno vždy vycházet) a lze pouze provést její doplnění nebo objasnění na základě žádosti zadavatele, a to pouze tehdy, pokud doplněné skutečnosti nejsou předmětem hodnocení. Pro upřesnění je pak v daném ustanovení konstatováno, že takovéto doplnění nabídky se za změnu nepovažuje; z této dikce však nelze dle Úřadu vyvozovat závěr z opačné strany logického rozvoje § 46 odst. 2 zákona, tedy že pokud se předmětné doplnění nabídky netýká údajů, které mají být hodnoceny podle kritérií hodnocení, nejedná se o změnu nabídky. Úřad akcentuje, že podle § 46 odst. 2 zákona nelze provést materiální změnu nabídky, ale pouze toliko změnu formální, kdy obsah nabídky zůstává totožný, pouze je doplněna původně chybějící informace, nebo je jiná původně zadavateli nejasná informace vysvětlena, případně je uvedena na pravou míru. Stěžejní je zde tedy výklad pojmu doplnění nabídky, přičemž předseda Úřadu ve svém již opakovaně citovaném rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0113/2019/VZ-24101/2019/322/HSc ze dne 30. 8. 2019 uvádí, že: *„za doplnění je nutno považovat připojení něčeho, co původně v nabídce zcela chybělo nebo sice připojeno bylo, ale bylo uvedeno jinak, než tomu porozuměl zadavatel, případně v důsledku zjevného pochybení bylo uvedeno mylně, a ačkoliv nabídka doplněná o tyto původně chybějící informace bude z formálního hlediska jiná (tedy změněná), než nabídka původní, obsahově, tedy fakticky, se lišit nebude.“*
70. Na základě výše uvedených informací navrhovatel v šetřeném případě přistoupil k prostému nahrazení jedné ze čtyř referenčních zakázek k prokázání technické kvalifikace tak, aby tímto předešel dalším komplikacím spojeným s uvedenou rozporovanou referenční zakázkou a prokázal, že technickou kvalifikaci splňuje. Pokud tedy navrhovatel v šetřeném případě nenabídl zcela jiné plnění, nezměnil nabídkovou cenu, ani nedoložil informace, které by měly být předmětem hodnocení, nepostupoval v rozporu s § 46 odst. 2 zákona, když svoji nabídku věcně nezměnil. V této souvislosti Úřad rovněž k odkazu účastníků na rozhodovací praxi, zejména pak Krajského soudu v Brně, tzn. rozsudek ve věci sp. zn. 31 Af 64/2020-183 (viz body 11., 26. a 33. odůvodnění tohoto rozhodnutí), uvádí, že v citovaném rozsudku Krajský soud dospěl k závěru, že vybraný dodavatel změnil nabídku v rozporu s § 46 odst. 2 zákona, jelikož objasněním na základě výzvy podle § 46 odst. 1 zákona došlo k rozšíření původního poddodavatelského závazku o poskytování poradenství vyšší úrovně, čímž závěr soudu o nemožnosti přihlížet *„k dodatečnému prohlášení poddodavatele“* není aplikovatelný v šetřeném případě, neboť z výše uvedeného je patrné, že jednání navrhovatele nelze považovat za materiální změnu nabídky podle § 46 odst. 2 zákona. Naopak Úřad v kontextu řešeného pak odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 31 Af 73/2020, ve kterém je řešena problematika výměny poddodavatele.

71. Úřad tímto uzavírá, že zadavatel nedodržel pravidla pro zadání veřejné zakázky stanovená v § 48 odst. 2 písm. a) až c) zákona ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když vyloučil navrhovatele z účasti na zadávacím řízení s odkazem na citovaný § 48 odst. 2 písm. a) až c) zákona, z důvodu nedoložení objasnění požadovaných údajů na základě dvou žádostí dle § 46 odst. 1 zákona, aniž by v rozhodnutí o vyloučení jakkoli reflektoval údaje, které navrhovatel doložil. Tímto se postup zadavatele v zadávacím řízení stal nečitelným, neboť rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele neodpovídá skutkovému stavu věci, je v rozporu se zásadou transparentnosti, a jako takové nemůže obstát. Výše uvedený postup zadavatele přitom mohl ovlivnit výběr dodavatele, neboť navrhovatel byl dřívějším rozhodnutím o výběru vybrán k uzavření smlouvy, jelikož nabídka navrhovatele byla, podle protokolu o hodnocení nabídek ze dne 6. 9. 2023 vyhodnocena dle stanoveného kritéria hodnocení jako ekonomicky nejvýhodnější. Úřad k tomu proto uzavírá, že podmínka pro uložení nápravného opatření spočívající v existenci alespoň potenciálního vlivu na výběr dodavatele je v daném případě naplněna.
72. Úřad zdůrazňuje, že uvedený závěr o nezákonnosti rozhodnutí o vyloučení nikterak nevypovídá o tom, zda došlo k prokázání kvalifikace navrhovatelem, či zda byly fakticky naplněny podmínky pro vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. K věcnému přezkumu naplnění jednotlivých podmínek pro vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení ze strany Úřadu nedošlo, resp. nemohlo dojít, neboť konkrétní aspekty žádosti o účast, resp. jejich nesoulad s konkrétními zadávacími podmínkami, které by měly být předmětem věcného přezkumu ze strany Úřadu, zadavatel v rozhodnutí o vyloučení dostatečně nepopsal. Z tohoto důvodu tedy nebylo věcné přezkoumání naplnění podmínek vyloučení v tomto případě možno provést. V dalším průběhu zadávacího řízení tedy bude na zadavateli, aby opětovně posoudil, zda jsou u navrhovatele naplněny konkrétní zákonné podmínky pro vyloučení účastníka zadávacího řízení dle § 48 zákona a v návaznosti na toto posouzení zvolil další postup.
73. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí – k uložení nápravného opatření

74. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovené pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
75. Při rozhodování o uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy protiprávního stavu.
76. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě došlo (jak vyplývá z výroku I. tohoto rozhodnutí) k naplnění zákonné dikce § 263 odst. 2 zákona, je Úřad povinen rozhodnout o uložení nápravného opatření.
77. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že jelikož se zadavatel porušení zákona dopustil v souvislosti s rozhodnutím o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ze dne 20. 10. 2023, není třeba rušit celé zadávací řízení, a postačí tedy zrušit takové úkony zadavatele, které byly jeho nezákonným postupem dotčeny. Jak již bylo uvedeno, nezákonnosti se zadavatel dopustil

v souvislosti s rozhodnutím o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ze dne 20. 10. 2023, a proto Úřad ruší rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze dne 20. 10. 2023 a všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení na šetřenou veřejnou zakázku, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K výroku III. rozhodnutí – k zákazu uzavřít smlouvu

78. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
79. Výše uvedené ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.
80. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a všech následujících úkonů zadavatele v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí uložil zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení zákaz uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

K výroku IV. rozhodnutí – k uložení úhrady nákladů řízení

81. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.
82. Vzhledem k tomu, že Úřad ve výroku II. tohoto rozhodnutí uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení jednotlivých úkonů zadavatele, a to rozhodnutí o vyloučení a současně i všech následných úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
83. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2023000816.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže –

sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 602 00 Brno. Včas podaný rozklad proti výrokům I., II., a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

1. obec Rybníky, Rybníky 32, 263 01 Dobříš
2. Bross spol. s r.o., Budějovická 601/128, 140 00 Praha 4

Vypraveno dne

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