



UOHSX00JDMTR

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0002/2024/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-08242/2024/162

Brno 22. 2. 2024

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 10. 1. 2024 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 3. 1. 2024, jenž podal zadavatel –

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

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-50492/2023/510 ze dne 19. 12. 2023, vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0328/2023/VZ ve věci přezkoumání úkonů shora uvedeného zadavatele učiněných při zadávání **části 5** „Údržba veřejné zeleně a úklid veřejných prostranství (Čs. exilu, Generála Šišky, Poljanovova, lesním porostem u Lhoteckého potoka)“, **části 6** „Údržba veřejné zeleně a úklid veřejných prostranství (Rakovského, Poljanovova, Generála Šišky, Vazovova, Levského až ke Lhoteckému potoku)“ a **části 8** „Údržba veřejné zeleně a úklid veřejných prostranství (Generála Šišky, Modřanská a Čs. Exilu)“ veřejné zakázky s názvem „**Údržba zeleně a úklid veřejných prostranství ve správě MČ Praha 12**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 23. 2. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 2. 2023 pod ev. č. Z2023-008450, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 2. 2023 pod ev. č. 2023/S 042-124399, ve znění pozdějších oprav, jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

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

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0328/2023/VZ, č. j. ÚOHS-50492/2023/510 ze dne 19. 12. 2023

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

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

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

4. Na shora uvedenou výzvu reagoval navrhovatel přípisem ze dne 19. 4. 2023 (dále jen „**objasnění nabídky**“), v němž uvedl, že jestliže pochybnosti hodnotící komise mohlo vyvolat datum původního výpisu z SKD, tj. přede dnem 30. 3. 2023, což je datum konce lhůty pro podání nabídek, přikládá nyní ve svém objasnění nabídky elektronický originál výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů s datem 31. 3. 2023 (dále jen „**dodatečný výpis z SKD**“), tj. po termínu konce lhůty pro podání nabídek.
5. Z dokumentu „Oznámení o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení“ ze dne 27. 4. 2023 (dále jen „**oznámení o vyloučení**“), plyne, že zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele z části 5, 6 a 8 zadávacího řízení. Důvodem byla skutečnost, že „*údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení: a) nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil, b) nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46, nebo c) neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení. Dále je povinen zadavatel účastníka vyloučit podle § 88 odst. 2 Zákona, protože účastník nesplnil podle § 88 odst. 1 Zákona, tj. nahlásit změnu v kvalifikaci*“.
6. Proti oznámení o vyloučení podal navrhovatel námitky ze dne 11. 5. 2023 (dále jen „**námitky**“), v nichž rozporoval posouzení výpisů ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů ve vztahu k poddodavateli GREEN PROJECT a trval na závěru, že zadavatel byl povinen jej přijmout a splnění základní a profesní kvalifikace tohoto poddodavatele pokládat za prokázané. Dále navrhovatel nesouhlasil se závěrem zadavatele o tom, že neprokázal splnění ani části technické kvalifikace, o čemž byl navrhovatel informován právě až prostřednictvím oznámení o vyloučení. Navrhovatel dále k námitkám přiložil doklady týkající se jeho poddodavatele VYKRUT zahradní služby a.s., IČO 03921921, se sídlem Pavlovova 3048/40, Zábřeh, 700 30 Ostrava (dále jen „**poddodavatel VYKRUT**“), s tím, že poddodavatel VYKRUT pro účely prokázání části technické kvalifikace nahrazuje poddodavatele GREEN PROJECT.
7. Zadavatel námitky navrhovatele odmítl prostřednictvím rozhodnutí o vyřízení námitek ze dne 25. 5. 2023 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“).
8. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o jím podaných námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 5. 6. 2023 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**návrh**“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“). Dnem, kdy Úřad shora uvedený návrh obdržel, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele

učiněných při zadávání části 5, části 6 a části 8 veřejné zakázky vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0328/2023/VZ.

9. Dne 4. 8. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0328/2023/VZ, č. j. ÚOHS-29389/2023/500 (dále jen „**první rozhodnutí Úřadu**“), jímž návrh navrhovatele zamítl dle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Úřad totiž shledal, že navrhovatel sice ve své nabídce k prokázání základní způsobilosti dle § 74 zákona a profesní způsobilosti dle § 77 odst. 1 zákona poddodavatele GREEN PROJECT předložil původní výpis z SKD, ale zadavatel později v průběhu zadávacího řízení zjistil, že tento poddodavatel již není v seznamu kvalifikovaných dodavatelů zapsán. Zadavateli tedy vznikla důvodná pochybnost o tom, zda daný poddodavatel základní způsobilost a dotčenou část profesní způsobilosti splňuje. Dle Úřadu zadavatel nepostupoval v rozporu se zákonem, když si nejprve ve smyslu § 39 odst. 5 zákona ověřil, zda je poddodavatel GREEN PROJECT v seznamu kvalifikovaných dodavatelů zapsán, a následně v souladu s § 46 zákona po navrhovateli požadoval objasnění této skutečnosti. Dále Úřad dospěl k závěru, že prostřednictvím objasnění nabídky navrhovatele nemohlo dojít k odstranění pochybnosti zadavatele ohledně splnění základní kvalifikace dle § 74 zákona a splnění profesní kvalifikace dle § 77 odst. 1 zákona poddodavatelem GREEN PROJECT. Jestliže zadavatel shledal naplnění důvodu pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 2 písm. a) a b) zákona, neměl dle Úřadu povinnost se zabývat (resp. povinnost přijmout) doklady dle § 83 odst. 1 zákona týkající se poddodavatele VYKRUT, které předložil navrhovatel v námitkách, tedy až po rozhodnutí o vyloučení navrhovatele. V daném případě se nejednalo ani o situaci předvídanou v § 88 odst. 1 zákona. Dále Úřad uvedl, že celkovou výměnu poddodavatele nelze považovat za tzv. self cleaning, resp. obnovení způsobilosti, dle § 76 zákona, kterého se navrhovatel dovolával, neboť smysl tohoto institutu je jiný.
10. Proti prvnímu rozhodnutí Úřadu podal navrhovatel rozklad, který byl Úřadu doručen dne 22. 8. 2023. Předseda Úřadu na základě tohoto rozkladu vydal rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0109/2023/VZ, č. j. ÚOHS-40889/2023/162 ze dne 23. 10. 2023 (dále jen „**první rozhodnutí o rozkladu**“), kterým první rozhodnutí Úřadu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

## II. Napadené rozhodnutí

11. Dne 19. 12. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0328/2023/VZ, č. j. ÚOHS-50492/2023/510 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel při zadávání části 5, části 6 a části 8 veřejné zakázky pravidlo stanovené v § 76 odst. 3 zákona ve spojení se zásadou přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, tím, že věcně neposoudil, zda navrhovatelem přijaté nápravné opatření spočívající ve výměně poddodavatele GREEN PROJECT za poddodavatele VYKRUT považuje za dostatečné k obnovení způsobilosti poddodavatele, když se přijatým nápravným opatřením navrhovatele nezabýval jen z důvodu, že dle jeho názoru výměna poddodavatele odporuje základním zásadám zadávání veřejných zakázek, zejména zásadě rovnosti účastníků a dále, že se námitka obnovení způsobilosti týká pouze základní způsobilosti navrhovatele nikoliv poddodavatele a netýká se ani nesplnění technické kvalifikace, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
12. Jako opatření k nápravě tohoto nezákonného postupu zadavatele Úřad výrokem II napadeného rozhodnutí podle § 263 odst. 2 zákona zrušil oznámení o vyloučení a současně

všechny následující úkony zadavatele učiněné v části 5, části 6 a části 8 veřejné zakázky, včetně rozhodnutí o námitkách.

13. Výrokem III napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli podle § 263 odst. 8 zákona zákaz uzavřít smlouvu na část 5, část 6 a část 8 veřejné zakázky, a to až do pravomocného skončení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedeného Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0328/2023/VZ.
14. Dále Úřad zadavateli výrokem IV napadeného rozhodnutí podle § 266 odst. 1 zákona v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, uložil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

### **III. Rozklad zadavatele**

15. Proti napadenému rozhodnutí podal zadavatel rozklad, který byl Úřadu doručen dne 3. 1. 2024. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 19. 12. 2023. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
16. Zadavatel svým rozkladem napadá všechny výroky napadeného rozhodnutí, které pokládá za nezákonné, vnitřně logicky nekoherentní a nepřezkoumatelné. V této souvislosti vyčítá Úřadu, že se nezabýval jeho vyjádřením k podkladům rozhodnutí ze dne 22. 11. 2023.
17. Výklad Úřadu týkající se institutu obnovení způsobilosti pokládá zadavatel za nepřiměřeně extenzivní. Zadavatel předkládá řadu konkrétních argumentů, které dle jeho názoru demonstrují nelogičnost a nesprávnost závěrů napadeného rozhodnutí.
18. Zadavatel je přesvědčen, že v zadávacím řízení pro veřejnou zakázku postupoval zcela přiměřeně.

#### **Závěr rozkladu**

19. Zadavatel závěrem svého rozkladu požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil nebo změnil v tom smyslu, že se zadavatel porušení zákona při zadávání veřejné zakázky nedopustil, čímž by došlo k zastavení správního řízení o návrhu navrhovatele.

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

20. Navrhovatel se k rozkladu zadavatele vyjádřil ve svém přípisu ze dne 22. 1. 2024. Oproti zadavateli pokládá napadené rozhodnutí za přezkoumatelné. Dle jeho názoru zadavatel ve svém rozkladu účelově vybírá jednotlivé pasáže odůvodnění napadeného rozhodnutí, přičemž přehlíží význam závěrů Úřadu, které zadavatelova tvrzení vyvrací. Navrhovatel uvádí konkrétní argumentaci, na které tento závěr demonstruje. Závěrem svého vyjádření předsedovi Úřadu navrhuje, aby podaný rozklad zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

### **IV. Řízení o rozkladu**

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

**Stanovisko předsedy Úřadu**

22. Po projednání věci rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, byl podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které předcházelo jeho vydání, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, ta však toliko v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise předseda Úřadu dospěl k následujícímu závěru.
23. Napadené rozhodnutí je plně v souladu se závazným právním názorem, který předseda Úřadu vyjádřil v prvním rozhodnutí o rozkladu. Ani ve světle rozkladových námitek není důvod se od tohoto závazného právního názoru odchylovat. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou uvedeny podrobné důvody, které vedly k tomuto závěru.

**V. K námitkám rozkladu**

24. Mezi účastníky správního řízení již není sporu o tom, zda byl zadavatel oprávněn navrhovatele vyloučit z účasti v zadávacím řízení z důvodu dle § 48 odst. 2 písm. b) zákona, když navrhovatel prostřednictvím objasnění nabídky nevyvrátil pochybnosti zadavatele o tom, zda byl jeho poddodavatel GREEN PROJECT skutečně způsobilý ve smyslu § 74 a 77 odst. 1 zákona. Tuto otázku dostatečně osvětlilo první rozhodnutí o rozkladu i napadené rozhodnutí, a ani zadavatel, ani navrhovatel proti této části napadeného rozhodnutí nebrojili rozkladem. Zadavatel však nesouhlasí s posouzením Úřadu ve vztahu k institutu obnovení způsobilosti dle § 76 zákona, resp. ke způsobu, jakým navrhovatel tento institut uplatnil v zadávacím řízení.
25. Skutkový stav byl dostatečně popsán již v prvním rozhodnutí o rozkladu a v napadeném rozhodnutí, proto na tomto místě bude zmíněn jen stručně. Ve zkratce šlo v šetřeném případě o to, že mezi zadavatelem a navrhovatelem panovala neshoda ohledně prokázání základní a profesní způsobilosti poddodavatele GREEN PROJECT, kterého navrhovatel uvedl ve své nabídce, neboť hodlal část technické kvalifikace prokázat prostřednictvím zkušeností právě tohoto poddodavatele. Nad tuto skutečnost zadavatel shledal, že některé referenční zakázky realizované poddodavatelem GREEN PROJECT nesplňují jeho požadavky, a rovněž z tohoto důvodu vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. Na oznámení o vyloučení reagoval navrhovatel svými námitkami. Ve vztahu k základní a profesní způsobilosti poddodavatele GREEN PROJECT setrval na svém přesvědčení, že původní výpis z SKD, resp. dodatečný výpis z SKD předložený v rámci objasnění nabídky, byly dostatečným dokladem k prokázání způsobilosti tohoto poddodavatele. Současně navrhovatel přistoupil k výměně poddodavatele GREEN PROJECT za poddodavatele VYKRUT a v této souvislosti přiložil k námitkám i doklady dle § 83 odst. 1 zákona ve vztahu k této osobě. Dále uvedl, že se jedná o doklady předložené z jeho strany k obnovení způsobilosti ve smyslu § 76 zákona. V rozhodnutí o námitkách zadavatel na tuto změnu poddodavatele reagoval tak, že je to změna nepřijatelná a rozporná se základními zásadami zadávání veřejných zakázek a odmítl se tímto nápravným opatřením (výměnou poddodavatele) zabývat.
26. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl podrobné odůvodnění závěru, proč byl navrhovatel v šetřeném případě oprávněn postupem dle § 76 zákona žádat o obnovení způsobilosti svého poddodavatele prostřednictvím výměny původního poddodavatele GREEN PROJECT za poddodavatele VYKRUT (blíže srov. body 112 – 121 napadeného rozhodnutí). Dále uvedl,

že pokud § 76 odst. 3 zákona stanovuje zadavateli povinnost posoudit, zda přijatá nápravná opatření účastníka zadávacího řízení považuje za dostatečná k obnovení jeho způsobilosti, nebyl zadavatel v šetřeném případě bez dalšího oprávněn trvat na vyloučení navrhovatele, resp. bez dalšího odmítnout věcně se zabývat jeho námitkou obnovení způsobilosti. Za nosnou část odůvodnění lze označit bod 120 napadeného rozhodnutí, v němž Úřad uvedl, že „v šetřeném případě neměl zadavatel postaveno najisto, zda původní poddodavatel *„GREEN PROJECT s.r.o. skutečně splňuje základní a profesní způsobilost, přičemž dle předsedy Úřadu navrhovatel zadavateli nabídl řešení, jak tento nedostatek zhojit, a to výměnu poddodavatele, který by základní způsobilost dle § 74 zákona splňoval. Dle předsedy Úřadu tímto postupem nelze samostatně zhojit nesplnění technické kvalifikace či nesplnění profesní způsobilosti dle § 77 odst. 1 zákona, nicméně by díky obnovení základní způsobilosti dle § 74 zákona prostřednictvím výměny poddodavatele rovněž automaticky došlo ke změně profesní způsobilosti dle § 77 odst. 1 zákona a relevantní části technické kvalifikace, kterou by navrhovatel prostřednictvím tohoto poddodavatele prokazoval.“*

27. Úřad tak navázal na závěry prvního rozhodnutí o rozkladu, v němž bylo několikrát zdůrazněno, že možnost navrhovatele pokusit se o obnovu jeho způsobilosti tímto způsobem je dána specifickými okolnostmi šetřeného případu. Úřad i jeho předseda však důsledně vycházeli z premisy, že není možné, aby postupem obnovení způsobilosti dle § 76 zákona mohlo dojít ke zhojení jiných nedostatků nabídky, než je nesplnění základní způsobilosti podle § 74 zákona nebo naplnění důvodu nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 a 6 zákona.
28. I přesto zadavatel pokládá takový výklad zákona za nepřiměřeně extenzivní a svévolný, neboť se obává absurdních důsledků takového výkladu, *„kdy skrze potenciálně nezpůsobilé poddodavatele se bude účastník řízení snažit zadavatelům podsouvat vadné reference, které se bude snažit následně vyměnit (když na to zadavatel přijde) za pomoci § 76 Zákona“*. Taková situace, byť zadavatelem označená jako argument *ad absurdum*, je vysoce nepravděpodobná. Postup účastníka zadávacího řízení, který by ve své nabídce záměrně uváděl nezpůsobilé poddodavatele (jimž nadto nespovídá kvalifikace, kterou účastník hodlá jejich prostřednictvím prokázat) pouze za tím účelem, aby je následně prostřednictvím postupu dle § 76 zákona vyměnil, zcela postrádá racionální důvod. Účastník by se takovým postupem pouze vystavil nadměrnému administrativnímu břemeni, které je spojeno s procesem obnovení způsobilosti, aniž by pro sebe získal jakoukoli výhodu (oproti postupu, kdy by způsobilého a kvalifikovaného poddodavatele uvedl ve své nabídce rovnou). Nemohl by totiž v zadávacím řízení uspět, pokud by technickou kvalifikaci prokazoval poddodavatelem, u kterého nedokázal doložit základní způsobilost [§ 83 odst. 1 písm. c) zákona]. Nelze tedy uvažovat o tom, že by dodavatelé mohli nastíněným způsobem spekulovat – ponechat si v pomyslném ohni „dvě želízka“ (dva poddodavatele s referencemi různé kvality) a při neprokázání technické kvalifikace jedním z nich sáhnout po druhém poddodavateli. Původní nabídka s případnými vadnými referencemi by musela být vždy vyřazena, pokud by dodavatel nedoložil základní způsobilost svého kvalifikačního poddodavatele. Naopak, pokud je základní způsobilost doložena, nelze zase uplatnit institut self-cleaningu dle § 76 zákona.
29. Nad skutečnost, že tato zadavatelem vyjádřená obava je iracionální, nepravděpodobná a spíše nereálná, platí, že i kdyby nastala, na postavení zadavatele nemá protizákonný vliv. Zadavatel je v souladu s § 39 odst. 5 zákona oprávněn ověřovat věrohodnost poskytnutých údajů, dokladů, vzorků nebo modelů a může si je opatřovat také sám. Zadavatel by měl tedy

ve vlastním zájmu nabídky vždy pečlivě posoudit, a odhalení případných „podsunutých vadných referencí“ by nemělo být dílem náhody, jak se zadavatel domnívá, ale výsledkem cílené snahy zadavatele uzavřít smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky pouze s účastníkem, který splňuje všechny zadávací podmínky. Jestliže v průběhu zadávacího řízení účastník přistoupí k obnovení své způsobilosti, není zadavatel oprávněn mu takovou možnost upřít. Naopak, zadavatel je povinen se přijatým nápravným opatřením zabývat a posoudit, zda jej považuje za dostatečné ve smyslu § 76 odst. 3 zákona. Nad tuto zvýšenou administrativní zátěž, která je ostatně spojena s každým postupem obnovení způsobilosti (a nikoli jen se shora popsanou absurdní situací), nelze shledat takové riziko, jaké popisuje zadavatel.

30. Se zadavatelem se lze plně ztotožnit v tom smyslu, že § 76 v souvislosti s obnovením způsobilosti hovoří pouze o základní způsobilosti a nezpůsobilosti dle § 48 odst. 5 a 6 zákona. Jak bylo uvedeno shora, na tomto závěru se shoduje i napadené rozhodnutí a první rozhodnutí o rozkladu. Nelze však souhlasit s rozkladovou námitkou, „že i při výměně poddodavatele za jiného způsobilého poddodavatele nelze již vyměnit reference v rámci technické kvalifikace.“ Zadavatel se zřejmě domnívá, že ačkoli za účelem obnovení způsobilosti poddodavatele dojde k jeho výměně za úplně jiného poddodavatele, pro účast dotčeného účastníka by měla zůstat relevantní technická, resp. ekonomická kvalifikace, či profesní způsobilost původního poddodavatele. K takové situaci samozřejmě nemůže dojít. Jestliže je provedena výměna poddodavatele, týká se taková výměna kompletně celé jeho osoby včetně jeho způsobilosti a kvalifikace. Jak se stalo právě v šetřeném případě, prostřednictvím obnovení způsobilosti „do hry“ vstoupil úplně nový subjekt – poddodavatel VYKRUT – který s sebou vedle dokladů k prokázání sporné způsobilosti přinesl i úplně nové reference k prokázání části technické kvalifikace.
31. V šetřeném případě tedy došlo díky specifickým okolnostem k tomu, že ve výsledku by byly postupem obnovení způsobilosti změněny i doklady pro prokázání technické kvalifikace. Tento výsledek – případná změna dokladů k prokázání technické kvalifikace – který by byl za jiných okolností díky dikci § 76 odst. 1 zákona vyloučen, může nastat proto, že navrhovatel k obnovení základní způsobilosti svého tzv. kvalifikačního poddodavatele použil přímo jeho výměnu, a nikoli např. doložení dodatečných podkladů. Jak bylo uvedeno výše, s touto výměnou se automatiky pojí i změna referenčních významných služeb rozhodných pro posouzení splnění technické kvalifikace. Nejedná se o účelové nahrazení nevyhovujících referencí, jak tvrdí zadavatel v rozkladu. Nebýt nejasností ohledně základní způsobilosti poddodavatele GREEN PROJECT, které navrhovatel výměnou tohoto poddodavatele hodlá napravit, k výsledné (a nutně spojené) změně referencí, resp. technické kvalifikace, by vůbec nemohlo dojít. Z tohoto důvodu se nelze ztotožnit ani s rozkladovými námitkami uvedenými v části VI rozkladu, resp. s tvrzenou nelogičností a nedůsledností argumentace Úřadu, neboť shora uvedený závěr je alfa a omega celého posouzení šetřeného případu, které je takto konzistentně pojato jak v prvním rozhodnutí o rozkladu, tak v napadeném rozhodnutí, a na jeho správnosti setrvává i toto rozhodnutí o rozkladu. Ze stejného důvodu je třeba odmítnout i rozkladové námitky uvedené v části VII rozkladu.
32. Zadavatel se ve svém rozkladu táže, co od něj Úřad nyní očekává. Jak bylo uvedeno v prvním rozhodnutí o rozkladu a v napadeném rozhodnutí, Úřad od zadavatele očekává, že se bude věcně zabývat navrhovatelem přijatým opatřením k obnově jeho způsobilosti,



resp. způsobilosti jeho poddodavatele, jak stanoví zákon v § 76 odst. 3. Zde je možno odkázat na bod 122 napadeného rozhodnutí, v němž Úřad uvedl, že „*zadavatel nebyl v šetřeném případě oprávněn bez dalšího trvat na vyloučení navrhovatele poté, co navrhovatel přistoupil k výměně původního poddodavatele za poddodavatele VYKRUT zahradní služby a.s., resp. bez dalšího odmítnout zabývat se věcně námitkou obnovení způsobilosti dle § 76 zákona. Dle Úřadu měl zadavatel povinnost se námitkou obnovení způsobilosti ve smyslu § 76 zákona věcně zabývat a v souladu s § 76 odst. 3 zákona provést posouzení, zda navrhovatelem přijaté nápravné opatření spočívající ve výměně poddodavatele považuje za dostatečné k obnovení (nápravy) způsobilosti navrhovatele, resp. jeho poddodavatele*“. Zadavatel má tedy nyní posoudit, zda navrhovatelem přijatá nápravná opatření považuje za dostatečná k obnovení předmětné způsobilosti s ohledem na závažnost a konkrétní okolnosti tohoto případu.

33. Úřad ani jeho předseda nemohou zadavatele navádět v tom smyslu, jak má uvedené posouzení proběhnout a s jakým výsledkem. Aniž by tedy byl na tomto místě vysloven závazný postup, kterého by se musel zadavatel držet, bylo by namísto, aby zadavatel v návaznosti na navrhovatelem provedenou změnu poddodavatele např. posoudil, zda navrhovatel ve vztahu k poddodavateli VYKRUT předložil všechny doklady, které vyžaduje § 83 odst. 1 zákona, neboť navrhovatel hodlá prostřednictvím tohoto poddodavatele prokázat splnění části technické kvalifikace. Zásadní důraz by měl být kladen na tu část způsobilosti, o jejíž obnovení se navrhovatel takto pokouší – tedy způsobilosti základní a profesní v tom rozsahu, který byl díky původnímu a dodatečnému výpisu z SKD sporný. Zadavatel by měl současně posoudit, zda nový poddodavatelský vztah navrhovatele a poddodavatele VYKRUT odpovídá jím vymezeným zadávacím podmínkám.
34. Ve světle rozkladové argumentace, z níž vyplývá, že zadavatel neví, co si má počít s posouzením prokázání splnění technické kvalifikace, je třeba zdůraznit následující fakt. **Pokud by zadavatel posoudil navrhovatelem přijaté opatření k nápravě jako dostatečné, veškeré doklady, které navrhovatel předložil v souvislosti s poddodavatelem GREEN PROJECT, by se staly irelevantními, neboť tento poddodavatel byl nahrazen poddodavatelem VYKRUT.** Jestliže tedy zadavatel posoudí navrhovatelem přijatá nápravná opatření jako dostatečná k obnovení jeho způsobilosti, přistoupí následně k posouzení jeho nabídky. Pro účely posouzení prokázání technické kvalifikace ze strany navrhovatele by se pak měl zabývat výhradně doklady souvisejícími s navrhovatelem a poddodavatelem VYKRUT. Doklady, jež byly předloženy poddodavatelem GREEN PROJECT budou tedy, laicky řečeno, „mimo hru“.
35. Jestliže zadavatel v této souvislosti argumentuje obavou z porušení základních zásad zadávání veřejných zakázek, lze odkázat na bod 54 prvního rozhodnutí o rozkladu, v němž předseda Úřadu uvedl, že „*všichni dodavatelé i jejich poddodavatele podléhají v průběhu zadávacího řízení obdobnému postupu posuzování a ověřování, který by měl být ze strany zadavatele veden za stejných podmínek. S účastníky nacházejícími se ve stejném postavení tedy musí zadavatel zacházet stejným způsobem. Pokud by se i jiný účastník zadávacího řízení ocitnul v situaci, jako navrhovatel, musel by zadavatel tuto skutečnost v rámci svých postupů zohlednit. Jestliže se však v takové pozici nikdo další neocitl, což vyplývá z dokumentace zadávacího řízení, nelze uzavřít, že zadavatel nebyl oprávněn výměnu poddodavatele připustit z toho důvodu, že ji nepřipustil ani u ostatních účastníků (kteří ji však ani nepotřebovali ani nehodlali využít).*“ Zákon ve svém § 76 s procesem obnovení způsobilosti účastníků

zadávacího řízení přímo počítá. Jestliže tedy zadavatel postupuje v souladu se zákonem, nemůže se současně dopustit jeho porušení.

36. V části VIII rozkladu zadavatel poukazuje na oznámení o vyloučení. Napadené rozhodnutí však nijak nezpochybňuje fakt, že zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení rovněž proto, že *„dvě ze tří požadovaných referencí nespĺňují požadavky zadavatele“* (blíže srov. poslední odstavec části II oznámení o vyloučení) a také pro neobjasnění jeho nabídky.
37. Jako největší logický rozpor napadeného rozhodnutí zadavatel chápe vztah jeho bodu 104 [závěr o naplnění důvodu pro vyloučení navrhovatele dle § 48 odst. 2 písm. b) zákona] a bodu 120 (závěr o tom, že zadavatel neměl postaveno najisto, zda poddodavatel GREEN PROJECT skutečně splňuje či nespĺňuje základní a profesní způsobilost) – blíže srov. část IX rozkladu. Tyto dva body, resp. závěry, napadeného rozhodnutí nejsou v rozporu, jak se zadavatel domnívá. Zadavatel přistoupil k vyloučení navrhovatele ze všech důvodů popsaných v § 48 odst. 2 písm. a), b) a c) zákona. Skutečnost, že zadavatel neměl jistotu o tom, zda poddodavatel GREEN PROJECT skutečně je, či není způsobilý ve smyslu základní a profesní způsobilosti, je důsledkem toho, že navrhovatel na výzvu zadavatele tuto skutečnost neobjasnil. A to je právě důvod k vyloučení navrhovatele odpovídající § 48 odst. 2 písm. b) zákona.
38. V návaznosti na závěr této části rozkladové argumentace nezbyvá než zopakovat, že samostatná změna technické kvalifikace prostřednictvím obnovení způsobilosti dle § 76 zákona skutečně možná není, nicméně v šetřeném případě by mohlo k této změně dojít v důsledku obnovy základní způsobilosti, která možná je. Uvedený postup neznamená „nezákonné přijetí nekvalifikovaného dodavatele“, jak tvrdí zadavatel v části X rozkladu. Zadavatel je v souladu s § 76 odst. 3 zákona povinen nejprve posoudit, zda vůbec navrhovatelem provedená výměna poddodavatele představuje dostatečné opatření k nápravě ve smyslu § 76 odst. 3 zákona. Otázkou, zda je poddodavatel VYKRUT schopen prokázat splnění určité části technické kvalifikace za navrhovatele, se bude zadavatel zabývat až podle toho, zda bude odpověď na předchozí otázku kladná. K tomu lze dále odkázat na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0211/2017/VZ-04363/2018/322/JSu, ze dne 12. 2. 2018 či další rozhodnutí Úřadu a jeho předsedy týkající se obnovení způsobilosti, z nichž lze vyčíst podrobná teoretická východiska uplatnění tohoto institutu, která by zadavateli mohla poskytnout podklad pro jeho další postup.
39. V závěru rozkladu zadavatel polemizuje s napadeným rozhodnutím ve světle zásady přiměřenosti. K její aplikaci se vyjádřil předseda Úřadu v prvním rozhodnutí o rozkladu tak, že se jedná o zásadu, *„která vyžaduje, aby postupy zadavatele nepřekračovaly meze toho, co je nezbytné pro dosažení cílů stanovených jednotlivými ustanoveními zákona. Důležitost tohoto požadavku se projevuje právě při vylučování účastníků z účasti v zadávacím řízení na základě fakultativních důvodů, jak je tomu v nyní šetřeném případě. Zadavatel by měl v souladu s touto zásadou vzít v úvahu úroveň závažnosti důvodu pro vyloučení, jeho relevanci pro následné řádné plnění předmětu veřejné zakázky a porovnat jej s důsledkem, který vyloučení účastníka znamená pro okruh relevantních dodavatelů soutěžících o veřejnou zakázku, který by měl být v zájmu samotného zadavatele co nejširší. Současně tato zásada vyžaduje, aby uvážení zadavatele bylo o to pečlivější, jestliže důvod pro vyloučení spočívá v nedostatku na straně poddodavatele účastníka, tedy osoby, kterou nemá účastník tak říkajíc ‚ zcela pod kontrolou‘ (blíže srov. závěry Soudního dvora Evropské unie uvedené v bodu 48 jeho rozsudku ze dne 30. 1. 2020 ve věci C-395/18). Aby nedostatky související s poddodavatelem mohly mít*

***dopad na účastníka (jakožto hlavního dodavatele) až do té míry, že kvůli nim může být vyloučen z účasti v zadávacím řízení, je v souladu se zásadou proporcionality obecně nutné, aby takové nedostatky skutečně učinily účastníka nehodného důvěry zadavatele.*** (blíže srov. bod 50 prvního rozhodnutí o rozkladu). Zadavatel se pohoršuje nad tím, že by měl být účastník zadávacího řízení, jehož nabídka nebyla v pořádku, ponechán v zadávacím řízení, nicméně pokud se tak děje na základě zákonem předpokládaných postupů, nelze pouze ve zvýšené administrativní zátěži zadavatele, spojené s posouzením přijatého nápravného opatření, shledat porušení zásady přiměřenosti ve vztahu k jeho osobě. Jak bylo uvedeno shora, zákon připouští obnovení způsobilosti jako možnost pro nápravu nabídky, která v určitých ohledech není v souladu se zadávacími podmínkami. Jestliže účastník hodlá této možnosti využít, je zadavatel povinen takové jednání strpět a zároveň posoudit, jestli k nápravě – obnovení způsobilosti dle § 76 odst. 1 zákona – prostřednictvím přijatého opatření došlo. V takovém zákonem předpokládaném procesu nedochází ke zvýhodňování určitých účastníků, ani k nepřiměřenému zatěžování zadavatele.

40. Je třeba se ohradit proti tvrzení zadavatele o tom, že Úřad svým rozhodnutím ohýbá realitu. Realitou je, že zadavatel v oznámení o vyloučení mimo jiné uvedl důvod vyloučení navrhovatele, který neměl prokázáný. Konkrétně měl zadavatel za to, že navrhovatel nesplnil povinnost dle § 88 odst. 1 zákona – oznámit zadavateli změnu ve své kvalifikaci. Této realitě pak zcela odpovídá bod 42 prvního rozhodnutí o rozkladu, v němž bylo uvedeno, že „otázka, zda dotčený poddodavatel způsobilý ve smyslu § 74, resp. § 77 odst. 1 zákona, je, či není, nemohla být vyřešena, neboť navrhovatel za tímto účelem nepředložil doklady, které by způsobilost poddodavatele nade vsi pochybnost prokázaly. Zadavatel tedy nebyl oprávněn přistoupit k vyloučení navrhovatele z tohoto důvodu, neboť řešení této otázky neměl postaveno najisto. Nemohl tedy bezpečně uzavřít, že se poddodavatel z původně způsobilého (v souladu s původním výpisem z SKD) stal nezpůsobilým“. Co se týče tvrzeného ohýbání reality v souvislosti s rozhodnutím o námitkách, nezákonnost postupu zadavatele byla shledána z toho důvodu, že se zadavatel odmítl věcně zabývat opatřením přijatým k obnově důvěryhodnosti navrhovatele ve smyslu rozsudku Soudního dvora Evropské unie uvedeného v bodu 39 tohoto rozhodnutí o rozkladu, což je v rozporu s § 76 odst. 3 zákona. Zadavatel se v šetřeném případě opatřením k obnově způsobilosti navrhovatele skutečně nezabýval, ačkoli zákon skutečně tuto povinnost zadavateli stanovuje. Lze dodat, že pokud by se jím zadavatel zabýval, bylo by logické, aby své úvahy stran této otázky uvedl právě v rozhodnutí o námitkách, neboť obnovení způsobilosti se navrhovatel dovolal právě v námitkách. Ani zde tedy nelze zadavateli přisvědčit.
41. Závěrem byla posouzena námitka zadavatele související s obsahem jeho vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 22. 11. 2023 (dále jen „**vyjádření**“), o němž je zadavatel přesvědčen, že bylo ze strany Úřadu zcela opominuto. S touto rozkladovou námitkou se není možné ztotožnit. Zadavatel v rámci vyjádření upozornil Úřad na svůj názor, že z námitek navrhovatele nebylo zcela jasné, zda námitku obnovení způsobilosti skutečně podává. Na toto tvrzení zadavatele reagoval Úřad v bodu 112 napadeného rozhodnutí, uzavřel, že s tímto názorem zadavatele nesouhlasí a rovněž uvedl proč. Další část vyjádření se týká výkladu institutu obnovení způsobilosti a důvodů, proč je zadavatel přesvědčen, že jeho prostřednictvím nelze změnit technickou kvalifikaci. K tomu je třeba uvést, že posouzení této skutečnosti tvoří *gros* celého napadeného rozhodnutí.

## **VI. Závěr**

42. Z rozkladu vyplývá, že zadavatel zřejmě neporozuměl napadenému rozhodnutí natolik, aby mohl postupovat v souladu s opatřením k nápravě dle výroku II napadeného rozhodnutí. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí nebylo shledáno, že by důvodem byla nedostatečnost nebo neurčitost jeho odůvodnění, nicméně prostřednictvím tohoto rozhodnutí o rozkladu bylo odůvodnění napadeného rozhodnutí rozvinuto do takových detailů, na základě kterých by zadavateli nemělo činit potíže postupovat dále v zadávacím řízení v souladu se zákonem.
43. Vzhledem k tomu, že nebyl shledán důvod pro zrušení či změnu výroku I napadeného rozhodnutí, byly potvrzeny rovněž jeho výroky II, III a IV.

## **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

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

## **Obdrží**

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

## **Vypraveno dne**

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