



UOHSX00DKG4P

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0095/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-18431/2020/321/VJu

Brno 18. června 2020

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 20. 5. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal zadavatel –

- **Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje, příspěvková organizace, IČO 00066001, se sídlem Zborovská 81/11, 150 00 Praha - Smíchov**

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 5. 2020, č. j. ÚOHS-13514/2020/512/ŠMr vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S108/2020/VZ zahájeném dne 28. 2. 2020 na návrh navrhovatele

- **KOPESO s.r.o., IČO 27962598, se sídlem Hřbitovní 996/33, 312 00 Plzeň - Doubravka,** ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**III/1056, 1057, 1059, 10510, 1065 Netvořice - optimalizace**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 26. 8. 2019 uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 26. 8. 2019 na profilu zadavatele pod systémovým číslem P19V00001393,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 5. 2020, č. j. ÚOHS-13514/2020/512/ŠMr vydané ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S108/2020/VZ

**r u š í m**

a věc

**v r a c í m**

k novému projednání Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 a pro zvláštní postupy podle části šesté obdržel dne 28. 2. 2020 návrh navrhovatele – KOPESO s.r.o., IČO 27962598, se sídlem Hřbitovní 996/33, 312 00 Plzeň - Doubravka (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje, příspěvková organizace, IČO 00066001, se sídlem Zborovská 81/11, 150 00 Praha - Smíchov (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „III/1056, 1057, 1059, 10510, 1065 Netvořice - optimalizace“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 26. 8. 2019 uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 26. 8. 2019 na profilu zadavatele pod systémovým číslem P19V00001393 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dnem obdržení předmětného návrhu 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 vedené pod sp. zn. ÚOHS-S108/2020/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky (dále jen „**správní řízení**“).
3. Předmětem plnění veřejné zakázky podle bodu 2. „Výzvy k podání nabídky a zadávací dokumentace“ ze dne 26. 8. 2019 (dále jen „**zadávací dokumentace**“) je provedení stavebních prací a poskytnutí souvisejících dodávek a služeb spočívajících v provedení stavby III/1056, 1057, 1059, 10510, 1065 Netvořice - optimalizace.
4. „Výzvou k předložení dokladů o kvalifikaci a splnění dalších podmínek pro uzavření smlouvy“ ze dne 25. 9. 2019 (dále jen „**výzva zadavatele ze dne 25. 9. 2019**“) zadavatel vyzval navrhovatele k „*předložení originálů či úředně ověřených kopií dokladů k prokázání kvalifikace dle čl. 8 Požadavky na kvalifikaci (...)*“ přičemž navrhovatel měl doložit doklady k prokázání technické kvalifikace dle čl. 8.4. písm. a) zadávací dokumentace stran realizace nejméně tří významných stavebních zakázek spočívajících „*v provedení stavebních prací v oblasti novostaveb, rekonstrukcí nebo oprav silnic s investičními náklady minimálně 4 000 000 Kč bez DPH každá*“ (dále jako „**referenční zakázky**“).

5. Na základě výzvy zadavatele ze dne 25. 9. 2019 navrhovatel předložil „Seznam staveb“ ze dne 30. 9. 2019 a jednotlivá osvědčení od čtyř objednatelů (dále jako „**první reference**“). „Žádostí o písemné vysvětlení/doplnění vybraných dokumentů předložených k prokázání splnění kvalifikace“ ze dne 30. 10. 2019 zadavatel vyzval navrhovatele k písemnému vysvětlení dokumentů předložených k prokázání kvalifikace, když uvedl, že „z předložených dokumentů jednoznačně nevyplývá, zda se jedná v souladu se zadávacími podmínkami o novostavbu, rekonstrukci, nebo opravu silnic. Žádáme Vás tímto o zatřídění těchto silnic v souladu s § 5 zákona č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, v platném znění, a dále uvedení číselného označení“.
6. Ve „Vysvětlení/doplnění nabídky – VZ »III/1056, 1059, 10510, 1065 Netvořice - optimalizace«“ ze dne 4. 11. 2019 (dále jen „**vysvětlení navrhovatele ze dne 4. 11. 2019**““) navrhovatel uvádí, že „seznamy staveb, respektive referenční listy, se týkaly realizace staveb místních a účelových komunikací“ a dále navrhovatel zadavateli sdělil, že je schopen doložit další reference, pokud by reference již doložené zadavateli nestačily.
7. Žádostí zadavatele ze dne 3. 12. 2019 zadavatel opakovaně vyzývá navrhovatele k písemnému vysvětlení/doplnění vybraných dokumentů jím předložených k prokázání splnění kvalifikace a uvádí, že „Přestože tedy předloženými referencemi Vaše společnost neprokazuje splnění příslušných požadavků na technickou kvalifikaci, vyplývá z odpovědi, že Vaše společnost má zkušenost i s jinými zakázkami, kterými případně může splnění kvalifikace doložit.“ Načež navrhovatel ve vysvětlení ze dne 6. 12. 2019 předkládá dalších 7 osvědčení objednatelů referenčních zakázek a jednu smlouvu o dílo s objednatelem zakázky (dále jako „**následné reference**“). Zadavatel pak ověřoval pravdivost poskytnutých následných referencí a dospěl k závěru, že nejsou pravdivé.
8. Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele dokumentem s názvem „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 22. 1. 2020 (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“), které bylo uveřejněno na profilu zadavatele téhož dne, kde zadavatel mimo jiné uvedl, že „Při posouzení těchto dokladů si zadavatel postupem podle § 39 odst. 5 zákona sám zjistil, že investorem, s výjimkou jedné, všech takto doplněných referenčních staveb byla Správa a údržba silnic Plzeňského kraje, příspěvková organizace. Za účelem ověření účastníkem poskytnutých údajů zadavatel tuto organizaci požádal dopisem ze dne 19. 12. 2019 o poskytnutí bližších informací ohledně realizace předmětných stavebních prací, přičemž obdržel odpověď, ze které vyplynulo, že účastník, tj. společnost KOPESO s.r.o., se na předmětných stavebních pracích jako zhotovitel ani jako poddodavatel nepodílela. S ohledem na shora uvedené zjištění zadavatel nemá (a ani nemůže mít) za prokázané, že účastník KOPESO s.r.o. opravdu realizoval dokládané referenční stavby v rozsahu investičních nákladů, které zadavatel požadoval (tj. minimálně 4 000 000 Kč bez DPH každá), a tudíž mu tyto referenční stavby nemůže uznat. Z pohledu stanovených zadávacích podmínek není dostačující ani částečná realizace zakázek (zadavatel nevyklučuje, že účastník nějakou část dokládaných zakázek mohl fakticky realizovat), jestliže nedosáhla zadavatelem požadované výše investičních nákladů, protože ani v takovém případě není kritérium technické kvalifikace splněno.“

## II. Napadené rozhodnutí

9. Dne 6. 5. 2020 vydal Úřad ve správním řízení rozhodnutí č. j. ÚOHS-13514/2020/512/ŠMr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
10. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidla stanovená v § 48 odst. 8 v návaznosti na § 48 odst. 2 písm. a) zákona když rozhodnutím o vyloučení vyloučil navrhovatele z důvodu, že referenční stavby předložené navrhovatelem dne 6. 12. 2019 nesplňovaly požadavky zadavatele na prokázání technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona ačkoliv nelze vyloučit, že by referenční stavby předložené navrhovatelem již na základě výzvy zadavatele ze dne 25. 9. 2019 v rámci postupu podle § 122 odst. 3 písm. a) zákona v „Seznamu staveb“ ze dne 30. 9. 2019, vč. osvědčení objednatelů, požadavky zadavatele na prokázání technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona stanovené v bodu 8.4. a) zadávací dokumentace mohly splňovat, přičemž tento postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele Úřad výrokem II napadeného rozhodnutí podle § 263 odst. 2 zákona zrušil rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku a současně zrušil všechny následné úkony zadavatele v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Zadavateli Úřad výrokem III napadeného rozhodnutí uložil podle § 263 odst. 8 zákona až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Výrokem IV Úřad podle § 266 odst. 1 v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli uložil uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč splatných do dvou měsíců od právní moci napadeného rozhodnutí.

## III. Rozklad zadavatele

11. Dne 20. 5. 2020 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 7. 5. 2020. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
12. K výroku I napadeného rozhodnutí zadavatel rozsáhle argumentuje k tomu, že v zadávací dokumentaci užitý pojem silnice je nutno vykládat ve smyslu silnice dle zákona č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích. Jednak zadavatel uvádí, že důsledně užívá pojmu silnice v dotčeném ustanovení zadávací dokumentace týkající se technické kvalifikace, dále pak zadavatel zdůraznil, že v laickém pojetí sice obecně lze chápat pojem silnice jako jakákoliv pozemní komunikace pokrytá asfaltovým povrchem, to však v žádném případě neznamená, že odborně kvalifikovanému a způsobilému dodavateli může být tento termín jakkoliv nejasný. Zadavatel pak argumentuje, že nespornost významu silnice lze dovodit i z odkazu na technické normy v zadávací dokumentaci a samotného předmětu veřejné zakázky, tedy že se jedná o opravu silnice III. třídy. Zadavatel pak odkazuje na to, že se jedná o specializovanou veřejnou zakázku, což podporuje odkazy na technické normy a stavební prvky silnic, kde nelze odborným termínům přisuzovat obecný význam a nadto odbornému dodavateli musí být znám význam pojmu silnice. Pokud pak navrhovatel namítá, že neporozuměl pojmu silnice, resp. tento je nejasný, jedná se dle zadavatele o námitku buďto účelovou, nebo jasný důkaz o neodbornosti navrhovatele. Dle zadavatele je pak zcela

absurdní přístup Úřadu, který dle zadavatele vede k tomu, že zadavatelé obecně budou nuceni u každého výrazu užitého v zadávací dokumentaci zavádět jeho definici či uvádět odkazy na právní předpisy, jež daný pojem definují. Je pak dle zadavatele neudržitelné, aby zadavatel měl koncipovat zadávací podmínky tak, aby byly jasné a srozumitelné každému dodavateli, bez ohledu na jeho schopnost danou zakázku plnit (tedy i dodavatelů ze zcela jiných oborů), neboť toto by vedlo ke zcela nepřiměřeným a absurdním nárokům na sestavení zadávací dokumentace.

13. Zadavatel pak uvádí, že považuje za nedostatečné doložení referencí týkajících se místních či účelových komunikací, když silnice jsou podrobeny přísnějším technickým normám a zkušenost s budováním místních či účelových komunikací tak není dle zadavatele pro plnění veřejné zakázky týkající se silnic dostačující. To dle zadavatele navrhovatel sám uznal, když následně doložil referenční zakázky nové, jež se však dle zadavatele ukázaly jako nepravdivé. Zadavatel pak uvádí, že touto otázkou se Úřad vůbec nezabýval a své rozhodnutí postavil pouze na domnělé výkladové nejasnosti pojmu silnice.
14. Dále zadavatel považuje napadené rozhodnutí za nezákonné, neboť je nejasné, neurčité a nesrozumitelné, když Úřad ve výroku I uvádí, že „není vyloučeno“ že navrhovatel původně doloženými referencemi splnil požadavky technické kvalifikace. Dle zadavatele měl Úřad konstatovat, zda navrhovatel technickou kvalifikaci původními referencemi splnil či nikoliv, domnívá-li se, že ke splnění technické kvalifikace nedošlo.
15. K výroku II Úřadu pak zadavatel uvádí, že Úřad dle § 263 odst. 2 zákona může zrušit pouze celé zadávací řízení nebo jednotlivý úkon zadavatele, přičemž tento úkon musí být zcela jednoznačně specifikován ve výroku rozhodnutí. Za nejasné vymezení rušených úkonů pak zadavatel považuje formulaci Úřadu, kdy je rušeno jedno konkrétní rozhodnutí a všechny následné úkony. Dle zadavatele musí být zrušení každého jednotlivého úkonu řádně odůvodněno a nadto takto obecné formulace vede k tomu, že Úřadem mohou být rušeny i úkony zadávacího řízení zcela nesouvisející s předmětem správního řízení vedeného před Úřadem a eventuálně konkrétně rušenými úkony zadavatele.
16. Výroky III a IV napadeného rozhodnutí zadavatel považuje, podobně jako výrok II, za výroky odvislé od výroku I a tedy navrhuje jejich zrušení pro nezákonnost a nesprávnost hlavního výroku.

#### **Závěr rozkladu**

17. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že návrh navrhovatele zamítne jako nedůvodný, nebo aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu projednání.

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

18. Úřad svým usnesením ze dne 21. 5. 2020 č. j. ÚOHS-14991/2020/512/ŠMr vydaným ve správním řízení vyzval navrhovatele, aby se ve lhůtě 5 dnů vyjádřili k rozkladu zadavatele, přičemž toto usnesení bylo navrhovateli doručeno dne 21. 5. 2020.
19. Navrhovatel se ve stanovené lhůtě vyjádřil (vyjádření bylo Úřadu doručeno dne 26. 5. 2020) k rozkladu zadavatele a sdělil Úřadu, že zadavatel mohl snadno předejít výkladové nejasnosti odkazem na příslušný právní předpis a je-li v zadávací dokumentaci použit nejasný termín,

má být jeho nejasnost užití přičítána k tíži toho, jež jej užil jako první – tedy zadavateli. Dále navrhovatel tvrdí, že „provedl účelové komunikace“, které v zásadě obsahovaly stejné položky jako veřejná zakázka, a zadavatel měl posoudit, zda navrhovatelem předložené referenční zakázky odpovídají svým obsahem (provedenými pracemi) zadávané veřejné zakázce. Navrhovatel pak upozorňuje, že zadavatel si měl ověřit pravdivost referencí u osob, pro něž navrhovatel dílo provedl. Závěrem pak navrhovatel uvádí, že v postupu zadavatele sledává striktně účelovým s cílem navrhovatele za každou cenu ze zadávacího řízení vyloučit.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

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

##### **Stanovisko předsedy Úřadu**

21. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroku, rozhodl v rozporu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námitkám rozkladu**

##### *Právní úprava a postup v zadávacím řízení*

23. Dle § 250 odst. 1 zákona lze návrh podat proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu se zákonem a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí újma na právech navrhovatele, a to zejména proti (...) vyloučení účastníka zadávacího řízení.
24. Dle § 251 zákona návrh musí vedle obecných náležitostí podání stanovených správním řádem obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá. V komentářové literatuře se objevuje rovněž názor, že právě vymezení spatřovaného pochybení (tedy postupu zadavatele v rozporu se zákonem) je klíčovou součástí návrhu (srov. Kruták, T., Krutáková, L., Gerych, J.: Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem k 1. 10. 2016. nakladatelství Anag, Olomouc, 2016, s. 624 – 625).
25. Dle § 263 odst. 1 zákona Úřad není vázán návrhem, pokud jde o ukládané nápravné opatření.
26. Dle § 263 odst. 2 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.

27. Jak bylo popsáno výše v bodech 4 až 8 tohoto rozhodnutí, navrhovatelova nabídka byla v zadávacím řízení vyhodnocena jako nejuvhodnější a v návaznosti na to jej zadavatel vyzval výzvou zadavatele ze dne 25. 9. 2019 k prokázání technické kvalifikace dle zadávací dokumentace. Na to navrhovatel doložil první reference, o nichž se domníval, že prokazují jeho technickou kvalifikaci. Zadavatel však první reference rozporoval a na navrhovatelovu žádost mu umožnil předložit reference nové. Následné reference pak zadavatel vyhodnotil jako nepravdivé a navrhovatele vyloučil ze zadávacího řízení. Tento postup zadavatele a jeho důvody navrhovatel napadl před Úřadem řádně podaným návrhem. Přezkoumávaným úkonem zadavatele je dle návrhu navrhovatele právě rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele.
28. Rozhodnutí o vyloučení navrhovatele úvodem obecně konstatuje, bez odůvodnění, že zprvu předložené reference nesplňovaly zadavatelovy požadavky. Dále pak zadavatel uvádí, že *„Zadavatel vyzval účastníka k vysvětlení/doplnění jeho nabídky písemnou žádostí ze dne 3. 12. 2019. V rámci účastníkem poskytnutého vysvětlení/doplnění nabídky ze dne 6. 12. 2019 byly předloženy nové doklady vztahující se k dalším referenčním stavbám, které účastník ve své nabídce původně neuvedl. Při posouzení těchto dokladů si zadavatel postupem podle § 39 odst. 5 zákona sám zjistil, že investorem, s výjimkou jedné, všech takto doplněných referenčních staveb byla Správa a údržba silnic Plzeňského kraje, příspěvková organizace. Za účelem ověření účastníkem poskytnutých údajů zadavatel tuto organizaci požádal dopisem ze dne 19. 12. 2019 o poskytnutí bližších informací ohledně realizace předmětných stavebních prací, přičemž obdržel odpověď, ze které vyplynulo, že účastník, tj. společnost KOPESO s.r.o., se na předmětných stavebních pracích jako zhotovitel ani jako poddodavatel nepodílela. S ohledem na shora **uvedené zjištění** (zvýraznění doplněno, pozn. předsedy Úřadu, – je uvedeno jednotné číslo, tedy se jedná o zjištění týkající se nepravdivosti dodatečně poskytnutých referencí) zadavatel nemá (a ani nemůže mít) za prokázané, že účastník KOPESO s.r.o. opravdu realizoval dokládané referenční stavby v rozsahu investičních nákladů, které zadavatel požadoval (tj. minimálně 4 000 000 Kč bez DPH každá), a tudíž mu tyto referenční stavby nemůže uznat. Z pohledu stanovených zadávacích podmínek není dostačující ani částečná realizace zakázek (zadavatel nevylučuje, že účastník nějakou část dokládaných zakázek mohl fakticky realizovat), jestliže nedosáhla zadavatelem požadované výše investičních nákladů, protože ani v takovém případě není kritérium technické kvalifikace splněno. S ohledem na shora uvedené skutečnosti nemohl zadavatel postupovat jinak, než účastníka vyloučit ze zadávacího řízení postupem podle § 48 odst. 8 a odst. 2 písm. a) zákona. Z toho je patrné, že navrhovatel byl vyloučen z toho důvodu, že zadavatel jím dodatečně předložené reference považoval za nepravdivé. Tvrzení zadavatele o nedostatečnosti prvních referencí je bez odůvodnění a zmínku o nich v rozhodnutí o vyloučení lze chápat jako dokreslení skutkového pozadí pro postup zadavatele.*

*K důvodům pro zrušení napadeného rozhodnutí a jednotlivým námitkám rozkladu*

29. Je pravdou, že zadavatel i navrhovatel vytrvale ve svých podáních k Úřadu vedou diskuzi o výkladu pojmu „silnice“, pokud však zadavatel umožnil navrhovateli uplatnit reference nové, tyto vyhodnotil jako nepravdivé (resp. neodpovídající zadávacím podmínkám) a z toho důvodu vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení, měl se Úřad zabývat zákonností tohoto postupu.

30. Úřad je při svém rozhodování vázán návrhem na zahájení řízení. Zejména pak jeho částí, ve které je vymezeno domnělé pochybení zadavatele, neboť tato část návrhu definuje rozsah přezkoumávaných úkonů ve správním řízení. I když tu panuje spor o významu pojmu „silnice“, navrhovatelem napadáný úkon zadavatele nebyl založen na prvních referencích, nýbrž na referencích následných a jejich vyhodnocení jako nepravdivých. Úřad tedy při přezkoumávání úkonů zadavatele neměl hodnotit důvody, pro které byly první reference vyhodnoceny jako nedostatečné – tedy tvrzenou nejasnost pojmu silnice – ale měl se zabývat tím, zda zadavatel správně vyhodnotil pravdivost referencí doložených dodatečně. Úřad se neměl zabývat postupem zadavatele, který nebyl důvodem pro vyloučení navrhovatele.
31. Pokud by se měl Úřad zabývat výkladem pojmu silnice (a tedy důvody, proč zadavatel nepovažoval za dostatečné první reference), rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele by muselo stát na posouzení prvních předložených referencí. Případně by před Úřadem muselo být vedeno správní řízení o přezkoumání zadávacích podmínek.

*K postupu Úřadu v novém projednání věci*

32. V novém projednání věci tak Úřad posoudí důvody, které jsou pro rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele stěžejní – tedy posouzení splnění podmínek kvalifikace na základě předložení následných referencí. Návrhem byl napaden právě tento postup zadavatele a Úřad je touto částí návrhu vázán (tedy vymezením domnělého pochybení) – viz a contrario § 263 odst. 1 zákona. Napadené rozhodnutí ale stojí na právním posouzení, které se – zjednodušeně řečeno – rozchází s návrhem a jím napadeným postupem zadavatele.
33. V tomto rozhodnutí nelze učinit závěr o zákonnosti postupu zadavatele při vyhodnocení následných referencí, neboť touto problematikou se Úřad nezabýval a v řízení o rozkladu mi tedy nepřísluší předjímat hodnocení této právní otázky a mimo jiné tak odjímat účastníkům správního řízení právo na podání řádného opravného prostředku. Avšak jednou z úvah, kterou by se Úřad mohl zabývat je posouzení toho, zda zadavatel měl opatřit k potvrzení či vyvrácení pravdivosti dodatečných referencí další důkazy. Navrhovatel a dodavatelé referenčních stavebních zakázek tvrdili, že dodavatel plnil referenční zakázky, zadavatel těchto veřejných zakázek pak tvrdil opak. Aniž by zadavatel poskytl navrhovateli prostor pro odstranění tohoto rozporu, upřednostnil před tvrzením navrhovatele a dodavatelů tvrzení dotčeného zadavatele s odůvodněním, že kdyby navrhovatel referované zakázky plnil, musel by o tom dotčený zadavatel vědět. Úřad by se rovněž mohl zabývat tím, zda měl zadavatel dát navrhovateli prostor pro doložení pravdivosti jím tvrzených skutečností – například k doložení smluv, faktur, dodacích listů, zápisů ze stavebního deníku, svědectví dalších subjektů atp.

*K námitkám rozkladu*

34. Ač je napadené rozhodnutí rušeno a věc vracena Úřadu k novému projednání, považuji za vhodné se vyjádřit k některým rozkladovým námitkám.
35. K námitce zadavatele (odst. 14 tohoto rozhodnutí), že u prvních referencí měl Úřad vyhodnotit, zda navrhovatel splnil technickou kvalifikaci či nikoliv uvádím, že je nedůvodná. Úřadu nepřísluší hodnotit kvalifikaci navrhovatele v situaci, kdy formálně vzato o splnění kvalifikace zadavatel v případě prvních referencí nerozhodl. Úřad v této věci rozhodoval



o tom, byť nesprávně ve smyslu toho, jaký byl důvod pro vyloučení dodavatele, zda zadavatel měl nebo neměl k prvním referencím přihlížet. Úřadu však nepřísluší o splnění kvalifikace rozhodovat a suplovat tak úkony a činnost zadavatele, neboť výhradně zadavateli přísluší rozhodnout o tom, zda a proč konkrétní dodavatel splnil či nesplnil zadávací podmínky a pouze zadavatele tíží povinnost takové rozhodnutí odůvodnit. Opačným přístupem by nadto Úřad odebral dodavatelům možnost iniciace přezkumu úkonů zadavatele. Úřad svým rozhodnutím, byť učiněným v rozporu se zákonem, pouze vyjasňoval výklad zadávacích podmínek. Zadavateli v takovém případě přísluší za vyjasněné situace o splnění či nesplnění kvalifikace dodavatelem rozhodnout, proti čemuž se následně mohou dotčení dodavatelé ev. bránit postupem dle zákona.

36. Stran námitky zadavatele o nutnosti vyjmenovat Úřadem rušené úkony (odst. 15 tohoto rozhodnutí) uvádím, že tato argumentace je lichá. Úřad v tomto řízení přezkoumával konkrétní úkon zadavatele, který byl rušen. Na takový rušený úkon pak mohou být navázány úkony další, které však nemusí být Úřadu známy a ten je nemusí zjistit (např. zadavatel je včas Úřadu nesdělil nebo je nijak neuveřejnil). Pokud by Úřad rušil jen úkony vyjmenované, vystavuje se riziku, že opomene, ať svou či cizí vinou, zrušit úkony závislé na úkonu rušeném či s rušeným úkonem jinak související. Rušil-li by Úřad úkony obecnou formulací „zrušuje se úkon XY a úkony související“, vystavil by účastníky zadávacího řízení nejistotě stran toho, co to jsou „úkony související“, byť takové rozhodnutí je teoreticky vzato v konkrétním případě možné. Rekapituluji tedy, že Úřad nemůže v zásadě rušit úkony pouze vyjmenované, taktéž není vhodné rušit úkony „související“. Tyto závěry ostatně potvrdila i soudní praxe, např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 17. 01. 2017 č. j. 29 Af 1/2015-228 (vizte zejména odstavce 43 až 45 citovaného rozsudku včetně tam uvedené judikatury). Jediným kritériem, které má potenciál zabránit výše uvedeným problémům je pak stanovení konkrétní objektivní okolnosti, dle které se zrušení úkonu posuzuje – zde časový okamžik, kdy rušen je jeden úkon konkrétní a poté všechny úkony učiněné po tomto konkrétním úkonu.
37. Zadavateli je pak třeba dáti za pravdu v tom, že je-li tvrzena existence odborného termínu běžně užívaného podnikateli v daném oboru, nelze pouze učinit úvahu o tom, že daný termín má i významy v laické mluvě a zde se zastavit. Je třeba zjistit, zda se skutečně o odborný termín jedná a jak je užíván, jak je uvedeno v rozhodnutí Úřadu ze dne 21. 8. 2018 č. j. ÚOHS-S0245/2018/VZ-24395/2018/533/BKu a poté posoudit dopady tohoto výkladu do zadávacího řízení. Jak se objevuje v rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 27. 4. 2020, č. j. ÚOHS-12506/2020/321/HBa, sp. zn. ÚOHS-R0046/2020/VZ (s odkazem na tuzemskou judikaturu a z ní vyvozené závěry v odstavci 24 citovaného rozhodnutí) oborové zvyklosti do správního řízení vstupují v pozici skutkových zjištění, pročež je s nimi nutno takto i nakládat a „neurčitost“ termínů užitých v zadávací dokumentaci může být odstraněna zvyklostmi v oboru. Pokud tak zadavatel vznese argumentaci na podporu tvrzení, že pojem „silnice“ je skutečně oborovým termínem se specifickým významem, takovou argumentaci je nutno vypořádat, pokud má napadené rozhodnutí stát na opačném posouzení daného termínu. Je totiž třeba připustit, že při zadání zakázky, pro jejíž plnění jsou nutné odborné předpoklady, užije zadavatel oprávněně odborného termínu, jehož význam musí být dodavatelům znám. Zadavatel se rovněž může důvodně spoléhat na to, že dodavatelé znají legislativu, která se dotýká relevantní činnosti. V takovém případě totiž není prostor pro úvahy, že by daný pojem byl – v intencích zákona – nejasný a umožňoval dvojí (a vícero) výklad, pročež se neuplatní korektiv výkladu k tíži zadavatele. Za uvážení pak stojí, zda zadavatelem činěný

výklad pojmu sinice a tvrzená akceptace pouze referencí týkajících se oprav či staveb silnic ve smyslu zákona o pozemních komunikacích – vylučující předložení referencí týkajících se staveb či oprav dálnic – je smysluplný a souladný se zákonem. Tímto se však Úřad nezabýval a ukládá-li mu toto rozhodnutí posuzovat postup zadavatele při posouzení následných referencí, nejspíše se tímto Úřad dále ani zabývat nebude. Výše uvedené úvahy jsou tak vedeny ryze v rovině *obiter dictum*.

#### **VI. Závěr**

38. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí. Vzhledem k výše uvedenému, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

### **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

#### **Obdrží:**

1. Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje, Zborovská 81/11, 150 00 Praha - Smíchov
2. KOPESO s.r.o., Hřbitovní 996/33, 312 00 Plzeň - Doubravka

#### **Vypraveno dne:**

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