



UOHSX00HSUX6

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0066/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-25939/2023/163

Brno 10. 7. 2023

V řízení o rozkladu ze dne 19. 5. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **Inženýring dopravních staveb a.s.**, IČO 05315522, se sídlem Branická 514/140, 147 00 Praha 4,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0154/2023/VZ, č. j. ÚOHS-16458/2023/500 ze dne 4. 5. 2023, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 1. 3. 2023 na návrh navrhovatele z téhož dne, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Technická správa komunikací hl. m. Prahy, a.s.**, IČO 03447286, se sídlem Veletržní 1623/24, 170 00 Praha 7,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Most v ul. Božanovská, X503 - rek., Praha 20, č. akce 1000005, nový most – Správce stavby**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 11. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 11. 2022 pod ev. č. Z2022-048602,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0154/2023/VZ, č. j. ÚOHS-16458/2023/500 ze dne 4. 5. 2023

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení realizované zadavatelem

1. Technická správa komunikací hl. m. Prahy, a.s., IČO 03447286, se sídlem Veletržní 1623/24, 170 00 Praha 7, (dále jen „**zadavatel**“) jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“)¹ zahájila zadávací řízení na veřejnou zakázku „Most v ul. Božanovská, X503 - rek., Praha 20, č. akce 1000005, nový most – Správce stavby“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 11. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 11. 2022 pod ev. č. Z2022-048602, (dále jen „**zadávací řízení**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je výkon funkce správce stavby a poskytnutí souvisejících služeb.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 4 500 000 Kč bez DPH.

II. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný k výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy podle § 248 ZZVZ, obdržel dne 1. 3. 2023 návrh účastníka zadávacího řízení Inženýring dopravních staveb a.s., IČO 05315522, se sídlem Branická 514/140, 147 00 Praha 4, (dále jen „**navrhovatel**“) z téhož dne podle § 250 odst. 1 písm. c) ZZVZ (dále jen „**návrh**“) proti rozhodnutí zadavatele ze dne 23. 1. 2023 o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“).
5. Dnem, kdy Úřad obdržel návrh, bylo podle § 249 ZZVZ 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 Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0154/2023/VZ, jehož účastníky jsou podle § 256 ZZVZ zadavatel a navrhovatel (dále jen „**správní řízení**“).

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na ZZVZ, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení.

III. Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 4. 5. 2023

6. Dne 4. 5. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0154/2023/VZ, č. j. ÚOHS-16458/2023/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jímž podle § 265 písm. a) ZZVZ zamítl návrh navrhovatele, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.
7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že navrhovatel byl ze zadávacího řízení vyloučen mimo jiné podle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ z důvodu, že referenční zakázka „Barrandovský most – celková rekonstrukce, Praha 4 a 5, číslo akce 999174 – Správce Stavby“ uvedená navrhovatelem v nabídce za účelem jejího hodnocení v rámci kritéria hodnocení zkušenosti klíčového personálu nesplňovala požadavek zadavatele na její dokončenost.
8. Úřad předně uvedl, že principiálně není vyloučeno prokazovat splnění podmínek účasti v zadávacím řízení nedokončenou referenční zakázkou [ve skutečnosti se šetřená referenční zakázka vztahovala k odlišné fázi zadávacího řízení, a to hodnocení nabídek – pozn. předsedy Úřadu], tedy dílčím plněním, avšak toliko za splnění určitých podmínek. Toto dílčí plnění musí dle Úřadu představovat ucelené, relativně samostatné a samostatného užívání schopné plnění, které současně musí být dokončené a řádně předané, tedy musí být bez vad a nedodělků. Zároveň je nezbytné, aby takové dílčí plnění samo o sobě odpovídalo zadavatelem stanoveným požadavkům na referenční zakázku (zejména rozsahem a hodnotou).
9. Úřad dále zdůraznil, že klíčovou otázkou v šetřeném případě nebylo, zda již došlo k dokončení I. etapy dotčené stavební zakázky, ale otázka dokončenosti správy stavby, kterou navrhovatel v souvislosti s ní poskytuje. Z podkladů napadeného rozhodnutí přitom dle Úřadu jasně vyplynulo, že předmětná referenční zakázka nebyla zatím dokončena v takové míře, aby bylo možné poskytnuté dílčí plnění považovat za ucelené plnění prosté jakýchkoliv vad či nedodělků. Dle Úřadu ze strany navrhovatele konkrétně nedošlo ke splnění povinnosti koordinovat ukončení předčasného užívání předmětné části díla, zajišťovat potřebné úkony související s převzetím díla nebo jeho části, dozorovat odstranění případných vad a nedodělků a vyřešit všechny změnové listy a claimy. V této souvislosti Úřad podotkl, že vyřizování claimů představuje důležitou součást služeb správce stavby, bez které nelze konstatovat, že navrhovatel poskytl ucelené plnění.
10. S ohledem na tato zjištění dospěl Úřad k závěru, že údaje, které navrhovatel ve své nabídce předložil, nesplnily zadávací podmínky, a proto ho byl zadavatel oprávněn vyloučit podle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ z účasti v zadávacím řízení.

IV. Rozklad navrhovatele ze dne 19. 5. 2023

11. Dne 19. 5. 2023 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí (dále jen „**rozklad**“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 4. 5. 2023. Konec 15denní odvolací lhůty dle § 83 správního řádu připadl na 19. 5. 2023. Navrhovatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.
12. Navrhovatel namítá k argumentaci Úřadu v bodě 83 napadeného rozhodnutí, že zadavatel v bodě 8.2.5 zadávací dokumentaci jasně stanovil, že pokud účastník nepředloží údaje, doklady nebo dokumenty nebo údaje podle bodu 8.2.1 zadávací dokumentace nebo se mu je nepodaří obhájit v rozsahu podle bodu 8.2.2 nebo se zástupci dodavatele neúčastní setkání, bude vyloučen z účasti v řízení, že zadavatel podle těchto bodů zadávací dokumentace

nepostupoval, a proto ani nemohl přistoupit k jeho vyloučení podle navazujícího bodu 8.2.5 zadávací dokumentace. Nadto je navrhovatel toho názoru, že pokud zadávací podmínky zjevně odporují ZZVZ, nemůže se jich zadavatel dovolávat, a to i přesto, že proti nim nebyly podány žádné námitky.

13. Navrhovatel dále namítá, že je nutné rozlišovat referenční zakázky pro účely prokázání splnění kvalifikace a pro účely hodnocení nabídek. Navrhovatel je toho názoru, že v prvním případě nemůže zadavatel jednat jinak než vyloučit účastníka ze zadávacího řízení, zatímco ve druhém případě je situace diametrálně odlišná, neboť pokud hodnocená zakázka nesplňuje požadované parametry, nemůže být tato skutečnost důvodem pro vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení, ale jen pro neudělení bodů.
14. Navrhovatel v této souvislosti odkazuje na předlohu Dopisu nabídky, kde z textu „*pokud např. v řádcích se shodnými zelenými parametry, kdy je stanoven možný počet dílčích bodů u vyššího řádku ,1' a u nižšího řádku ,0,5', uvedete do vyššího řádku takovou zakázku, u které je z uvedených údajů patrné, že parametr ve skutečnosti nesplňuje, a pouze do nižšího řádku zakázku, která parametr splňuje, získáte opět pouze 0,5 bodu*“, dovozuje, že zadávací podmínky jasně vymezily, že pokud hodnocená zakázka nesplní parametry, účastník zadávacího řízení za ni neobdrží žádné body.
15. K vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ navrhovatel namítá, že podanou nabídkou ani jejím následným objasněním z povahy věci i dikce ZZVZ nemohl porušit zadávací podmínky, neboť podmínky účasti v zadávacím řízení splnil a pravidla pro hodnocení nabídek jím nemohla být rovněž porušena, neboť na ně neměl jakýkoliv vliv.
16. K argumentaci Úřadu, že předmětná referenční zakázka zatím nebyla dokončena v takové míře, aby bylo možné poskytnuté dílčí plnění považovat za ucelené plnění prosté jakýchkoliv vad či nedodělků, navrhovatel namítá, že je nepravdivá a nepodložená. Navrhovatel je toho názoru, že pokud činnost člena realizačního týmu v rámci předmětných služeb souvisejících se stavební zakázkou již skončila, jedná se o ukončené plnění ve smyslu zadávacích podmínek. Navrhovatel přitom uvádí, že dotčení členové realizačního týmu veškerou činnost v rámci I. etapy zakázky již dokončili. Nadto zdůrazňuje, že Ing. AB [PSEUDONYMIZOVÁNO] ani Ing. CD [PSEUDONYMIZOVÁNO] neměli v rámci předmětné zakázky povinnost řešit claimy, neboť tato činnost náležela jiné osobě, neboť zadavatelem byl explicitně požadován člen realizačního týmu – pomocný asistent pro claimy.
17. Navrhovatel dále dodává, že po povolení předčasného užívání stavby je řešení claimů pouze okrajová a co do rozsahu činností nevýznamná činnost a není kvůli ní možné neuznat zkušenost člena realizačního týmu, jelikož stavba, u níž je vydáno povolení předčasného užívání, musí být užitelná a bezpečná. Navrhovatel rovněž upozorňuje na to, že zadavatel stanovil dobu, po kterou měl být člen realizačního týmu v dané funkci, která měla činit 50 % realizace dotčené stavební zakázky. Skutečnost, že se claimy běžně řeší i během záruční doby a že stavba, která je fakticky dokončena, je v předčasném užívání po dobu několika let po jejím dokončení, není dle navrhovatele v České republice ničím výjimečná. V případě akceptace názoru Úřadu by v takovém případě nebylo možné využít předmětnou referenci třeba i 10 let ode dne faktického ukončení činností. Argumentace Úřadu je tak dle navrhovatele identická s tím, že by v rámci stavebních zakázek bylo možné uvést jako referenční zakázku pouze

takovou stavbu, u které nejenže bylo splněno dokončení stavebních prací, ale je řádně zkolaudována (není v předčasném užívání) a současně již uplynula záruční doba.

18. Navrhovatel taktéž namítá, že zadavatel v zadávací dokumentaci nikterak nevymezil, co se v předloze Dopisu nabídky rozumí pojmem zakázka. Zda se jím rozumí služba poskytnutá účastníkem zadávacího řízení nebo zakázka na stavební práce, se kterou předmětná služba souvisí. Dle navrhovatele v případě možného dvojího výkladu zadávacích podmínek musí být vykládány ve prospěch dodavatele.
19. Navrhovatel dále namítá, že zadavatel v šetřeném zadávacím řízení postupoval odlišně než v jiných zadávacích řízeních. Navrhovatel je toho názoru, že v ZZVZ je vyžadováno, aby zadavatel rozhodoval v obdobných případech stejně a konzistentně, jelikož pouze tak lze sledovat jeho postup transparentním a neporušujícím elementární zásady, na kterých je ZZVZ postaven. Situace, kdy zadavatel jednou rozhodne, že danou referenci uzná, a jindy rozhodne, že tutéž referenci neuzná, je nepředvídatelná a netransparentní.
20. Navrhovatel i nadále trvá na tom, že výzva k objasnění hodnocených referenčních zakázek měla být zaslána před hodnocením nabídek, a nikoliv až v ověřovací fázi, neboť je nelogické hodnotit zakázku, u níž má zadavatel pochybnosti, že nespĺňuje stanovené parametry.
21. Navrhovatel rovněž namítá, že postupem zadavatele došlo k porušení zásady hospodárnosti, neboť vyloučení dodavatele v rámci fáze hodnocení za předloženou referenční zakázku nad rámec kvalifikace, je nutné označit za neekonomické. Navrhovatel odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2010-332 ze dne 26. 4. 2012, dle kterého zásady podle § 6 zákona o veřejných zakázkách, které byl zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona vždy dodržovat, je třeba doplnit o zásadu hospodárnosti nakládání s veřejnými prostředky a zásadu zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí. Dle navrhovatele by zadavatelé měli ve smyslu těchto zásad vždy činit takové kroky, aby nedocházelo k nedůvodnému vyloučení ekonomicky nejvýhodnějších nabídek.
22. Navrhovatel se ani neztotožňuje se závěrem Úřadu, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách dostatečně podrobně a srozumitelně vypořádal se všemi relevantními skutečnostmi namítanými navrhovatelem v námitkách, neboť zadavatel dle navrhovatele v rámci dotčené části rozhodnutí o námitkách jen *de facto* odkázal na svou argumentaci v rozhodnutí o vyloučení, tedy nikterak věcně nereagoval na námitky navrhovatele.

Návrh rozkladu

23. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadané rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele ze dne 29. 5. 2023 k rozkladu

24. Zadavatel ve vyjádření ze dne 29. 5. 2023 k rozkladu trvá na tom, že jeho postup při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení byl v souladu se ZZVZ, neboť navrhovatelem uvedené údaje prokazatelně nespĺnily zadávací podmínky a navrhovatel je ani neobjasnil v ověřovací fázi. Dle názoru zadavatele na této skutečnosti nemůže nic změnit ani to, že se v daném případě jednalo o informace, které navrhovatel uvedl za účelem hodnocení. Zadavatel je přesvědčen o tom, že byly naplněny důvody pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 2 ZZVZ.

25. Zadavatel uvádí, že předně není pravdou, že navrhovatele nebylo možné vyloučit dle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ, protože referenční zakázka předložená pro účely hodnocení nesplnila stanovené zadávací podmínky. Navrhovatel dle jeho názoru pouze účelově využívá jazykový výklad této právní normy, zatímco dle zadavatele pojmu zadávací podmínky lépe odpovídá výklad předestřený doktrínou, který odráží rovněž jejich materiální povahu, podle něhož představují konkrétní vyjádření jednotlivých požadavků či parametrů definovaných zadavatelem, a tedy skutečný obsah jeho požadavků, který je formálně zachycen v zadávací dokumentaci. Soulad svého postupu s platnou právní úpravou zadavatel dokládá i na rozsudku Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) ze dne 20. 9. 2018 ve věci sp. zn. C-546/16, Montte SL v. Musikene (dále jen rozsudek „**Montte SL v. Musikene**“), který má výslovně připouštět vyloučení dodavatele pro nesplnění podmínek hodnocení.
26. K argumentaci navrhovatele obdobnými zadávacími řízeními, v nichž měl zadavatel postupovat odlišně, zadavatel konstatuje, že se ze strany navrhovatele jedná o nepřijatelnou novou skutečnost ve smyslu § 82 odst. 4 správního řádu. Zadavatel dále s odkazem na rozhodovací praxi Úřadu uvádí, že každé zadávací řízení je zcela samostatné a nezávislé na jiných zadávacích řízeních, a proto nelze *a priori* dovozovat, že pokud zadavatel zvolil určité požadavky či postup v jednom zadávacím řízení, má povinnost postupovat v dalších zadávacích řízeních stejně. I kdyby tedy zadavatel v jiných zadávacích řízeních předmětnou referenční zakázku akceptoval, či volil odlišný postup, pro právě šetřené zadávací řízení z toho nelze dovozovat žádné závěry. Zadavatel rovněž podotýká, že zadavatelé ve správním řízení nevystupují ve vrchnostenském postavení a jejich postupy nemohou vůči kterémukoliv dodavateli založit legitimní očekávání.
27. Zadavatel podotýká, že důvodem pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení bylo rovněž nepředložení údajů a dokladů na základě jeho žádosti podle § 46 ZZVZ. Jak vyplývá z rozhodnutí o vyloučení, navrhovatel byl proto rovněž vyloučen podle § 48 odst. 2 písm. b) ZZVZ. Skutečnost, že Úřad tento důvod vyloučení podrobněji neposuzoval z důvodu procesní ekonomie, nemění ničeho na jeho platnosti.
28. Zadavatel dále zdůrazňuje, že předkládání nepravdivých, zkreslených a zavádějících informací nemůže požívat jakékoliv právní ochrany. Dle zadavatele není přípustné, aby dodavatelé zkoušeli, co jim projde, a to bez jakéhokoliv postihu. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0344/2020/VZ, č. j. ÚOHS-15515/2021/500/Alv ze dne 10. 5. 2021 (dále jen „**rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0344/2020/VZ**“), kde sice měl být skutkový stav odlišný, nicméně zadavatel je analogicky považuje za plně aplikovatelné i na posuzovanou situaci.
29. Zadavatel „*nad rámec*“ svého vyjádření taktéž uvádí, že argumentace rozkladu týkající se Ing. AB je lživá, neboť tato osoba se reálně vůbec nepodílela na správě stavby Barrandovského mostu. Navrhovatelem předložené údaje tak neodpovídají skutečnosti a dle zadavatele je zcela absurdní, že se navrhovatel v rozkladu pokouší izolovat dílčí části povinností dle smlouvy o poskytnutí služeb, které dle jeho tvrzení neměly být předmětem činnosti Ing. AB, když navrhovatel jeho prostřednictvím neposkytoval prakticky žádné služby. Dle zadavatele je proto dán důvod pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení také dle § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ.

30. Zadavatel rovněž podotýká, že zcela nesouzní s bodem 86 napadeného rozhodnutí, dle kterého navrhovatel neměl postavení vybraného dodavatele. Zadavatel je přesvědčen o tom, že navrhovatel byl v postavení vybraného dodavatele, přičemž na tom nemůže nic změnit ani absence formálního dokumentu nazvaného rozhodnutí o výběru. Postavení vybraného dodavatele je dle zadavatele především faktickým stavem, a to i s ohledem na to, že ZZVZ nestanoví žádnou konkrétní formu rozhodnutí o výběru. Proto nic nebránilo tomu, aby zadavatel učinil rozhodnutí o výběru interně a neformálně. Argumentaci navrhovatele související s tím, že nebyl v postavení vybraného dodavatele, je tedy nutno odmítnout.
31. Zadavatel taktéž považuje za neopodstatněnou výtku rozkladu, že postupoval neekonomicky, neboť bylo prokázáno, že navrhovatel porušil ZZVZ a že byly splněny podmínky pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení.
32. K tvrzené vnitřní rozpornosti zadávacích podmínek zadavatel uvádí, že navrhovatel měl na tuto skutečnost upozornit prostřednictvím žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace, či proti ní podat v řádné lhůtě námitky. Zadavatel má tudíž za to, že tyto námitky rozkladu nemohou být předmětem přezkumu v tomto správním řízení, neboť v opačném případě by docházelo k prolomení lhůt pro podání námitek proti zadávacím podmínkám. I přesto je zadavatel přesvědčen o tom, že především z předlohy Dopisu nabídky nemohly vyplynout jakékoliv pochybnosti o významu výrazu zakázka.
33. Zadavatel rovněž odmítá tvrzení navrhovatele, že dostatečným způsobem nevyřadil jeho námitky. Zadavatel má za to, že rozhodnutí o námitkách je velmi detailní a že se v něm vypořádal se všemi relevantními námitkami. O tom dle zadavatele svědčí i skutečnost, že navrhovatel proti svému vyloučení vydatně brojí.
34. Vzhledem k uvedenému je zadavatel přesvědčen o tom, že napadené rozhodnutí je v merituu věci správné a zákonné, a proto navrhuje, aby ho předseda Úřadu potvrdil a rozklad zamítl.

V. Řízení o rozkladu

35. Úřad po doručení rozkladu neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí podle § 87 správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

36. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
37. Napadené rozhodnutí je nezákonné z důvodu nesprávného posouzení věci.
38. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

VI. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

39. Podle čl. 2.1.1 zadávací dokumentace je předmětem veřejné zakázky výkon funkce správce stavby a poskytnutí souvisejících služeb.
40. Podle čl. 5.1 zadávací dokumentace měly být podané nabídky hodnoceny podle kritérií hodnocení nabídková cena (váha 50 %) a zkušenosti klíčového personálu (váha 50 %).
41. Podle čl. 5.3.1 zadávací dokumentace měly být v rámci kritéria hodnocení zkušenosti klíčového personálu předmětem hodnocení zkušenosti členů klíčového personálu uvedené účastníkem v Dopisu nabídky (přílohou zadávací dokumentace byla předloha Dopisu nabídky ve formátu „xlsx“, jejímž vyplněním měli dodavateli zpracovat své nabídky). Podle listu „*klíčový personál*“ předlohy Dopisu nabídky se jednalo o pozice (1) vedoucí týmu správce stavby, (2) asistent pro dozor (kontrolu) kvality a (3) expert na ocelové mostní konstrukce. Podle čl. 5.3.2 zadávací dokumentace byly bližší podmínky pro předložení údajů ke kritériu hodnocení zkušenosti klíčového personálu stanoveny v předloze Dopisu nabídky.
42. Na listech předlohy Dopisu nabídky vztahujících se k uvedeným třem členům klíčového personálu zadavatel mimo jiné stanovil, že osoba uvedená účastníkem zadávacího řízení v Dopisu nabídky musela mít „*zkušenosti spočívající v účasti na realizaci níže uvedených zakázek splňujících níže uvedené obecné a zvláštní parametry*“ (parametr č. 1.2). Jedním z těchto parametrů byl parametr č. 2.1, podle něhož se muselo jednat o zakázky, které byly **dokončeny** „*nejdéle 5 let před zahájením Řízení, nebo po zahájení Řízení, a to alespoň v rozsahu stanoveného zvláštního parametru*“.
43. Navrhovatel v nabídce (v tzv. Dopisu nabídky) u pozice vedoucí týmu správce stavby uvedl Ing. AB a ve vztahu k němu u zvláštního parametru č. 3.2a zakázku „*Rekonstrukce Barrandovského mostu (I. Etapa)*“, u níž následně na výzvu zadavatele upřesnil, že se jednalo zakázku „Barrandovský most – celková rekonstrukce, Praha 4 a 5, číslo akce 999174 – Správce Stavby“ (dále jen „**Barrandovský most – správce stavby**“). U pozice asistent pro dozor (kontrolu) kvality navrhovatel uvedl Ing. CD a ve vztahu k němu u zvláštního parametru č. 3.1c rovněž zakázku „*Rekonstrukce Barrandovského mostu (I. Etapa)*“.
44. Zadavatel v čl. 1 rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení uvedl, že „*v souladu s § 48 odst. 8 ve spojení s odst. 2 písm. a) a b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (ZZVZ) a dále v souladu s § 122 odst. 7 písm. b) ve spojení s odst. 3 písm. b) ZZVZ rozhodl o vyloučení účastníka jako vybraného dodavatele z účasti v řízení*“.
45. Zadavatel odůvodnil rozhodnutí o vyloučení tak, že mu navrhovatel v rozporu s výzvou ze dne 6. 1. 2023 **nepředložil doklady**, kterými by doložil splnění obecných a zvláštních parametrů ve vztahu k zakázce Barrandovský most – správce stavby. Vzhledem k tomu, že zadavateli byla tato zakázka dobře známa, neboť je jejím zadavatelem a zároveň objednatelem, dospěl dále k závěru, že navrhovatel takové doklady ani předložit nemohl, neboť tato zakázka nesplňuje jeho požadavek uvedený pod č. 2.1 předlohy Dopisu nabídky, neboť **nebyla dokončena**, a to ani v rozsahu její I. etapy. Zadavatel uvedl, že předmětné stavební objekty nebyly dosud předány a převzaty a v souvislosti s nimi byly stále v řešení variace a (potenciální) claimy.
46. Úřad v bodě 75 napadeného rozhodnutí poznamenal, že pokud je rozhodnutí o vyloučení odůvodněno více důvody, ke konstatování toho, že je v souladu se zákonem, stačí, že byl

oprávněným alespoň jeden důvod. V bodě 86 napadeného rozhodnutí Úřad dospěl k závěru, že „považuje za prokázané, že údaje, které navrhovatel ve své nabídce předložil, nesplňují zadávací podmínky, a zadavatel tak byl oprávněn navrhovatele pro nesplnění předmětné zadávací podmínky ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona vyloučit, což i učinil“. Úřad dal zadavateli za pravdu v tom, že zakázka Barrandovský most – správce stavby nebyla zatím dokončena v takové míře, aby ji bylo možné uznat pro účely hodnocení. V návaznosti na to v bodě 88 napadeného rozhodnutí (ve spojení s bodem 75) uvedl, že s ohledem na zásadu procesní ekonomie nebylo nutné, aby se dále zabýval dalšími ustanoveními zákona, na která zadavatel v rozhodnutí o vyloučení rovněž odkázal.

47. Úřadem zvolený rozsah posouzení rozhodnutí o vyloučení je určující pro rozsah předmětu řízení o rozkladu podanému proti napadenému rozhodnutí (ve spojení s námitkami rozkladu), což znamená, že v tomto rozhodnutí o rozkladu je možné závazně posoudit pouze zákonnost vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ a související závěr Úřadu ohledně dokončenosti (ve smyslu zadávací dokumentace) zakázky Barrandovský most – správce stavby. V této souvislosti je rovněž vhodné podotknout, že v případě, kdy je návrhem napaden úkon zadavatele (např. rozhodnutí o vyloučení), Úřad i jeho předseda posuzují pouze zákonnost tohoto úkonu v jeho „původním“ znění, tzn. že nemohou přiznat právní význam případným snahám zadavatele o skutkové „vylepšení“ posuzovaného úkonu v rámci jeho argumentace činěné v průběhu správního řízení.
48. Před posouzením závěru Úřadu, že byl dán důvod pro vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ, považují za nezbytné se v návaznosti na námitku navrhovatele (viz bod 12 tohoto rozhodnutí) nejdříve vymezit vůči názoru Úřadu uvedenému v bodě 83 napadeného rozhodnutí, v němž se vyjádřil k argumentu navrhovatele, že v případě, kdy zadavatel dospěl k závěru, že zakázka Barrandovský most – správce stavby nespĺnila jeho požadavek na její dokončenost ve smyslu zadávacích podmínek, měl přistoupit k tomu, že mu za předmětnou referenční zakázku udělí nula bodů, a nikoliv ho vyloučit z účasti v zadávacím řízení. Úřad tuto námitku návrhu vypořádal tak, že zadavatel v čl. 8.2.5 zadávací dokumentace jasně stanovil, že pokud účastník nepředloží údaje, doklady nebo dokumenty podle čl. 8.2.1 zadávací dokumentace nebo se mu je nepodaří obhájit v rozsahu podle čl. 8.2.2 nebo se zástupci dodavatele nezúčastní setkání, bude vyloučen z účasti v zadávacím řízení. Úřad zde rovněž vyjádřil názor, že pokud měl navrhovatel pochybnosti o zákonnosti této zadávací podmínky, mohl a měl proti ní brojit ve lhůtě pro podání námitek podle § 242 odst. 4 ZZVZ, což však neučinil.
49. Podle čl. 8.2.1 zadávací dokumentace „účastník musí na výzvu zadavatele předložit elektronicky údaje, doklady a dokumenty stanovené v předloze Dopisu nabídky“.
50. Podle listu „ověřovací fáze“ předlohy Dopisu nabídky „dodavatel musí na výzvu Zadavatele předložit:
 - (a) kalkulaci Nabídkové ceny obsahující pro každou pozici:
 - rozpad hodinové sazby zahrnující stručný popis a výši uvažovaných nákladů a výši uvažovaného zisku,
 - stručný popis úvah vedoucích ke stanovení předpokládané časové náročnosti výkonu základních povinností včetně zohlednění časových okolností výstavby (zejména Doby

pro dokončení (Díla nebo Sekce); všechny pojmy jsou použity ve smyslu Smlouvy o dílo),

(b) alespoň prosté kopie dokladů, které jednoznačně potvrzují splnění parametrů zkušeností klíčového personálu uvedených v Dopisu nabídky,

(c) alespoň prostou kopii dokladu o pojištění v souladu s Pod-článkem 9.1 Smluvních podmínek [Pojištění konzultanta],

(d) originály nebo ověřené kopie dokladů o kvalifikaci, které zadavatel nemá k dispozici,

(e) údaje a alespoň prosté kopie dokladů o skutečném majiteli účastníka, pokud je zahraniční právnickou osobou“.

51. Podle čl. 8.2.2 zadávací dokumentace „zadavatel může vyzvat účastníka k účasti na setkání, na kterém musí účastník obhájit údaje, doklady nebo dokumenty podle předchozího odstavce“.
52. Podle čl. 8.2.5 zadávací dokumentace, „pokud účastník nepředloží údaje, doklady nebo dokumenty nebo údaje podle ust. 8.2.1 zadávací dokumentace nebo se mu je nepodaří obhájit v rozsahu podle ust. 8.2.2 nebo se zástupci dodavatele neúčastní setkání, bude účastník vyloučen z účasti v řízení“.
53. K argumentaci Úřadu čl. 8.2.5 zadávací dokumentace je třeba předně uvést, že zadavatel navrhovatele podle něj nevyloučil (blíže viz bod 44 tohoto rozhodnutí). Pouze v čl. 2.4.2 rozhodnutí o vyloučení uvedl, že „pro úplnost zadavatel dodává, že je vyloučení účastníka v řízení nejen v plném souladu se ZZVZ, ale také se souvisejícím ust. 8.2.5 kmenové části zadávací dokumentace, které podtrhuje důležitost ověřovací fáze jako stěžejního prvku řízení“.
54. K samotné zadávací podmínce stanovené v čl. 8.2.5 zadávací dokumentace, kde si zadavatel vyhradil možnost vyloučit účastníka ze zadávacího řízení, uvádím, že je nutné ji vykládat a aplikovat striktně v souladu s § 48 odst. 1 ZZVZ, podle něhož „zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení“. Z tohoto ustanovení zákona vyplývá, že v ZZVZ je uveden taxativní výčet důvodů vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, který nelze rozšiřovat prostřednictvím zadávací dokumentace. Ostatně sám Úřad uvedl v bodě 74 napadeného rozhodnutí, že zadavatel je v možnosti vyloučit účastníka ze zadávacího řízení limitován dle § 48 odst. 1 ZZVZ, a to tak, že jej může vyloučit pouze z důvodů aprobovaných zákonem.
55. Z tohoto pohledu tedy představuje čl. 8.2.5 zadávací dokumentace zbytečnou zadávací podmínku, neboť zadavatel mohl přistoupit k vyloučení účastníka zadávacího řízení pouze ze zákonných důvodů (např. podle § 48 odst. 2 či § 122 odst. 7 ZZVZ). To znamená, že pokud by konkrétní skutkový důvod vyloučení účastníka ze zadávacího řízení nebylo možné podřadit pod žádné ustanovení ZZVZ, nemohl by ho vyloučit jen s odkazem na čl. 8.2.5 zadávací dokumentace (takové vyloučení by bylo nezákonné – v rozporu s § 48 odst. 1 ZZVZ).
56. V šetřeném případě tedy bylo rozhodné, zda skutkový důvod uvedený zadavatelem v rozhodnutí o vyloučení odpovídá některému právnímu důvodu vyloučení vymezenému v ZZVZ. Úřad přitom dospěl k závěru, že navrhovatel byl oprávněně vyloučen podle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ, s čímž navrhovatel nesouhlasí a v rozkladu namítá, že je nutné rozlišovat, zda požadované parametry nespĺňuje referenční zakázka pro účely prokázání splnění kvalifikace,

anebo pro účely hodnocení nabídek (blíže viz body 13-15 tohoto rozhodnutí). **Námítka je důvodná.**

57. Podle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ „*zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil*“.
58. Podle § 39 odst. 2 ZZVZ „*v průběhu zadávacího řízení zadavatel vybírá z účastníků zadávacího řízení vybraného dodavatele na základě a) posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, [...], c) hodnocení nabídek, [...]*“.
59. Podmínky účasti v zadávacím řízení ve smyslu § 37 ZZVZ představují kritéria, která musí být účastníky zadávacího řízení bez výjimky splněna, pokud se chtějí stát dodavatelem, se kterým zadavatel uzavře smlouvu na plnění veřejné zakázky. Jedná se zejména o požadavky vztahující se ke způsobilosti a schopnosti dodavatele plnit veřejnou zakázku (podmínky kvalifikace) a na (minimální) vlastnosti popídaného předmětu plnění veřejné zakázky (technické podmínky). Požadavky na kvalifikaci lze vnímat jako jakési „síto“, jež určuje, kteří dodavatelé se mohou ucházet o získání veřejné zakázky, a kteří nikoliv. Pokud dodavatel beze zbytku neprokáže splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, jedná se o důvod pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ. K tomu srov. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 73/2020-178 ze dne 16. 11. 2022, podle něhož „*podmínky účasti hodnocením kritériem sloužícím k porovnávání nabídek nejsou, nýbrž jsou (jen) minimálním požadavkem, který musí splnit všichni účastníci zadávacího řízení. Na základě podmínek účasti tak nedochází k soutěžení mezi uchazeči kupř. v tom smyslu, že kdo (z těch co prokáží splnění podmínek účasti) lépe splní podmínky účasti, ten získá zakázku. Buď uchazeč splní podmínky účasti (pak jeho nabídka může být porovnávána s ostatními dle stanovených hodnotících kritérií) či nesplní (pak nemůže zakázku získat)*“.
60. V šetřeném případě zadavatel stanovil v předloze Dopisu nabídky požadavky na prokázání splnění technické kvalifikace jednak ve vztahu účastníkovi zadávacího řízení (na listu „*referenční zakázky*“) a dále ve vztahu ke klíčovému personálu, kde se na listech „*vedoucí týmu správce stavby*“, „*asistent pro dozor (kontrolu) kvality*“ a „*expert na ocelové mostní konstrukce*“ jednalo o oranžově zvýrazněné řádky – zadavatel na předmětných listech uvedl tento požadavek: „*Ke každému **oranžovému** parametru **musíte** uvést 1 zakázku pro účely prokázání splnění podmínek kvalifikace [zvýrazněno předsedou Úřadu]*“. Pokud by v těchto částech nabídky navrhovatel neuvedl referenční zakázky splňující všechny požadavky zadavatele na prokázání podmínek technické kvalifikace, zadavatel by ho byl oprávněn (a pokud by byl vybraným dodavatelem, tak povinen) vyloučit z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ (s výhradou fakultativního postupu podle § 46 ZZVZ).
61. Ke stejnému závěru však nelze dospět u referenčních zakázek překládaných za účelem hodnocení nabídek, neboť účel hodnocení je jiný, a to vybrat z kvalifikovaných dodavatelů, kteří splnili technické a další podmínky účasti v zadávacím řízení, dodavatele s ekonomicky nejvýhodnější nabídkou. Chybějící údaje a doklady týkající se kritérií hodnocení a nedostatky v nich proto v zásadě nejsou překážkou zadání veřejné zakázky tomuto dodavateli, resp. nutně nemusí mít za následek jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení, ale mohou mít „pouze“ dopad na jeho pořadí v rámci hodnocení nabídek a úspěch v zadávacím řízení. Lze proto dát navrhovateli za pravdu v tom, že je nezbytné rozlišovat mezi referenčními zakázkami, jejichž

účelem je prokázání splnění podmínek kvalifikace, a referenčními zakázkami předkládanými za účelem hodnocení nabídky. Jak vyplývá z bodů 74 či 79 napadeného rozhodnutí, Úřad to v napadeném rozhodnutí striktně nerozlišoval.

62. V šetřeném případě zadavatel stanovil v předloze Dopisu nabídky požadavky v rámci kritéria hodnocení zkušenosti klíčového personálu na listech „vedoucí týmu správce stavby“, „asistent pro dozor (kontrolu) kvality“ a „expert na ocelové mostní konstrukce“, kde se jednalo o zeleně zvýrazněné řádky. Zadavatel na každém z těchto listů uvedl tento požadavek: „Ke každému **zelenému** parametru **můžete** uvést 1 zakázku pro účely získání dílčích bodů v kritériu ‚Zkušenosti klíčového personálu‘ [zvýrazněno předsedou Úřadu]“.
63. Je zcela logické, že potenciální dodavatelé (resp. jimi nominovaný klíčový personál) disponovali různými zkušenostmi, a proto lze počítat s tím, že v předloze Dopisu nabídky nevyplní všechny „zelené“ řádky. Ekonomicky nejvýhodnější nabídkou se pak měla stát nabídka s nejlepším poměrem ceny a kvality, tj. pokud dodavatel disponoval ve srovnání s jinými dodavateli méně zkušenostmi, musel v rámci kritéria nabídková cena nabídnout nižší nabídkovou cenu, a naopak, pokud měl dodavatel ve srovnání s jinými dodavateli více zkušeností (a proto získal více bodů v rámci kritéria zkušenosti klíčového personálu), mohl zvítězit i s vyšší nabídkovou cenou.
64. Tedy skutečnost, že všichni potenciální účastníci zadávacího řízení (resp. jimi nominovaný klíčový personál) neměli veškeré zkušenosti, které se zadavatel rozhodl hodnotit v rámci kritéria zkušenosti klíčového personálu (a tudíž některý zelený řádek nevyplní a obdrží za něj nula bodů), byla podstatou hodnocení v rámci tohoto kritéria. Kdyby totiž všichni dodavatelé byli povinni vyplnit všechny zelené řádky, toto dílčí kritérium by postrádalo smysl a zadavatel byl mohl hodnotit nabídky jen podle nejnižší nabídkové ceny. Tomu ostatně odpovídala i formulace zadavatele (viz bod 62 tohoto rozhodnutí), že dodavatelé v případě zeleného parametru „mohli“ uvést zakázku (na rozdíl od oranžového parametru, kde ji uvést „museli“). Rovněž lze odkázat na bod 5.3.3 zadávací dokumentace, podle něhož, „pokud žádná nabídka nezíská podle Dopisu nabídky alespoň 1 dílčí bod, všechny nabídky získají v tomto kritériu 0 bodů“, a zadávací podmínku citovanou v bodě 14 tohoto rozhodnutí.
65. Pokud tedy za nevyplněný hodnocený (zelený) řádek v předloze Dopis nabídky neměli být účastníci zadávacího řízení vyloučeni podle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ, ale „jen“ měli obdržet nula bodů, je třeba stejný přístup volit i v případě, kdy účastník do zeleného řádku uvedl referenční zakázku, která nenaplnila všechny zadavatelem stanovené požadavky (obecné a zvláštní parametry). K vyloučení by případně mohlo či mělo dojít v souladu s § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ (k tomu blíže viz bod 90 a následující tohoto rozhodnutí), nikoliv však podle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ. Jak už totiž bylo uvedeno výše, hodnocené referenční zakázky nepředstavovaly minimální (nezbytné) podmínky účasti, ale jejich smyslem bylo (ve spojení s kritériem nabídková cena) vybrat dodavatele s ekonomicky nejvýhodnější nabídkou. Nedodržení požadavků zadavatele na hodnocenou referenční zakázku tedy neznamena nesplnění zadávací podmínky, bez níž nelze dodavateli veřejnou zakázku zadat, ale jejím důsledkem je pouze přidělení menšího počtu bodů v rámci kritéria hodnocení [ledaže údaje uvedené účastníkem zadávacího řízení neodpovídají skutečnosti a jsou naplněny podmínky pro vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ].

66. K argumentaci zadavatele rozsudkem SDEU Montte SL v. Musikene uvádím, že podle tohoto rozsudku zadavatel Musikene v zadávací dokumentaci stanovil, že uchazeči, kteří nedosáhnou minimálního počtu bodů, nepostoupí do další fáze řízení. Zadavatel tuto zadávací podmínku vymezil podle článku 150 odst. 4 španělského zákona „*Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*“, podle něhož „*je-li zohledňováno více než jedno kritérium, musí být upřesněna poměrná váha přiřkládaná každému z kritérií, která může být vyjádřena stanovením rozmezí s přiměřeným maximálním rozpětím. Pokud je zadávací řízení rozděleno do několika fází, musí být rovněž upřesněno, která kritéria budou v jednotlivých fázích uplatňována a jakého minimálního počtu bodů musí uchazeč dosáhnout, aby mohl pokračovat ve výběrovém řízení* [zvýrazněno předsedou Úřadu]“. SDEU dospěl k závěru, že toto ustanovení španělského zákona (a potažmo zadavatelem stanovená podmínka) není v rozporu se Směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. Ostatně k obdobným závěrům dospělo rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0129/2020/VZ, č. j. ÚOHS-26373/2020/321/TMi ze dne 25. 8. 2020.
67. Z právě uvedeného je patrné, že § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ a jeho výklad, který jsem výše provedl ve vztahu k hodnocení nabídek, nejsou s předmětným rozsudkem SDEU v rozporu. V odkazovaném případě totiž zadavatel stanovil požadavek na minimální počet bodů (a to navíc podle španělské právní normy, která se od české právní úpravy liší). V Úřadem šetřeném případě však zadavatel neurčil, jakého minimálního počtu bodů museli účastníci zadávacího řízení dosáhnout. Respektive lze říci, že tímto minimálním standardem (minimální zkušeností osoby, jež se má podílet na realizaci veřejné zakázky) byly tzv. oranžové parametry (viz bod 60 tohoto rozhodnutí), které se vztahovaly k prokázání splnění podmínek kvalifikace (nikoliv však již zelené parametry, jež se vztahovaly k hodnocení nabídek).
68. V návaznosti na výše uvedené odůvodnění tedy uzavírám, že se neztotožňuji se závěrem Úřadu, že zadavatel byl oprávněn vyloučit navrhovatele podle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ z účasti v zadávacím řízení z důvodu, že v části nabídky týkající se kritéria hodnocení zkušenosti klíčového personálu uvedl u zvláštního parametru č. 3.2a na listu Dopisu nabídky „*vedoucí týmu správce stavby*“ a u zvláštního parametru č. 3.1c na listu Dopisu nabídky „*asistent pro dozor (kontrolu) kvality*“ údaje, které nesplnily zadávací podmínky.

VII. K dalším námitkám rozkladu a argumentaci zadavatele ve vyjádření k rozkladu

K dalším právním důvodům vyloučení uvedeným v rozhodnutí o vyloučení

69. Vzhledem k tomu, že jsem v předchozí části odůvodnění tohoto rozhodnutí shledal, že zadavatel nebyl oprávněn vyloučit navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ z důvodů uvedených v rozhodnutí o vyloučení, Úřad bude muset posoudit, zda lze skutkové důvody rozhodnutí o vyloučení podřadit pod jiné právní důvody vyloučení zakotvené v ZZVZ.
70. Jak vyplývá z bodu 44 tohoto rozhodnutí, zadavatel vyloučil navrhovatele rovněž podle § 48 odst. 2 písm. b) ZZVZ, podle něhož „*zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46*“.
71. K tomuto právnímu důvodu vyloučení podotýkám, že si Úřad bude muset v šetřeném případě zejména vyjasnit, zda mnou provedený výklad vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 2

písm. a) ZZVZ dopadá rovněž na důvod vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. b) ZZVZ, tzn. zda neobjasnění údajů ve vztahu k hodnocené referenční zakázce mohlo být důvodem vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. b) ZZVZ, anebo zda mělo jen vést k nepřidělení bodů v rámci kritéria hodnocení zkušenosti klíčového personálu [ledaže byly naplněny podmínky pro vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ].

72. Zadavatel navrhovatele dále vyloučil z účasti v zadávacím řízení podle § 122 odst. 7 písm. b) ZZVZ, podle něhož *„zadavatel vyloučí vybraného dodavatele, který nepředložil údaje, doklady nebo vzorky podle odstavce 3 nebo 5“*.
73. Jednou z podmínek, která musí být splněna, aby bylo možné účastníka vyloučit ze zadávacího řízení podle § 122 odst. 7 ZZVZ, je, že se musí jednat o vybraného dodavatele ve smyslu § 122 odst. 1 ZZVZ, podle něhož *„zadavatel je povinen vybrat k uzavření smlouvy účastníka zadávacího řízení, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější podle výsledku hodnocení nabídek nebo výsledku elektronické aukce, pokud byla použita“*. K tomu lze doplnit, že ZZVZ zná pojem „rozhodnutí“ o výběru dodavatele – viz § 123 ZZVZ nebo § 250 odst. 1 písm. d) ZZVZ, čímž je potřeba rozumět rozhodnutí k tomu příslušných orgánů zadavatele.
74. Navrhovatel je toho názoru, že se nikdy nestal vybraným dodavatelem, zatímco zadavatel zastává opačný postoj. Úřad tuto otázku posoudil v rámci napadeného rozhodnutí, přičemž v bodech 86 a 89 dospěl k závěru, že navrhovatel v okamžiku vyloučení nebyl vybraným dodavatelem ve smyslu ZZVZ. S tímto závěrem Úřadu se z následujících důvodů ztotožňuji.
75. Zadavatel ve vyjádření k návrhu uvedl, že *„potvrzuje, že ve vztahu k Navrhovateli skutečně nevydal formální rozhodnutí o jeho výběru k uzavření smlouvy ani neodeslal oznámení o výběru dodavatele ve smyslu § 123 ZZVZ“*. Ve vyjádření k rozkladu (blíže viz bod 30 tohoto rozhodnutí) uvádí, že nesouzní s bodem 86 napadeného rozhodnutí, neboť je přesvědčen o tom, že navrhovatel byl v postavení vybraného dodavatele, na což nemůže mít vliv ani absence formálního dokumentu nazvaného rozhodnutí o výběru. Dle zadavatele ZZVZ nestanoví žádnou konkrétní formu rozhodnutí o výběru, a proto dle jeho přesvědčení nic nebránilo tomu, aby ho učinil neformálně a interně.
76. K této argumentaci zadavatele předně podotýkám, že nepůsobí věrohodně, neboť o výběru dalšího účastníka zadávacího řízení „BUNG + TES – Most v ul. Božanovská“, tvořeného společnostmi BUNG CZ s.r.o. a TES Consulting s.r.o., (dále jen „**BUNG + TES**“) rozhodl prostřednictvím dokumentu *„Rozhodnutí a oznámení o výběru dodavatele“* ze dne 6. 3. 2023. Jak vyplývá z protokolu o přezkumu nabídek ze dne 21. 2. 2023, učinil tak až poté, co tomuto účastníkovi dne 24. 1. 2023 odeslal výzvu k účasti v ověřovací fázi, a co u něj ověřil *„splnění všech zadávacích podmínek“*. Zatímco tedy zadavatel ve vztahu k navrhovateli pouze netransparentně tvrdí, že se stal vybraným dodavatelem ještě před odesláním výzvy k účasti v ověřovací fázi ze dne 6. 1. 2023, tedy před objasněním hodnocených údajů, v případě účastníka BUNG + TES zvolil postup opačný.
77. V této souvislosti lze dále konstatovat, že zadavatel ve výzvě k účasti v ověřovací fázi ze dne 6. 1. 2023 neoznačil navrhovatele jako vybraného dodavatele, a naopak dal najevo, že se nejednalo o výzvu podle § 122 odst. 3 ZZVZ, neboť uvedl, že *„se rozhodl, že ještě než přistoupí k tomu, aby požádal účastníka o předložení dokladů stanovených na listu ‚ověřovací fáze‘ Dopisu nabídky, požádá účastníka o objasnění níže uvedené nejasnosti [...] zadavatel*

zdůrazňuje, že v souladu s výše uvedeným prozatím nepožaduje po účastníkovi předložení jakýchkoli jiných dokladů podle listu „ověřovací fáze“ Dopisu nabídky, tedy ani dokladů k jiným zkušenostem klíčového personálu“. Jak vyplývá z bodu 50 tohoto rozhodnutí, na listu „ověřovací fáze“ předlohy Dopisu nabídky byly uvedeny (kromě jiného) dokumenty ve smyslu § 122 odst. 3 a 5 ZZVZ.

78. K zadavatelem tvrzenému postavení navrhovatele jako vybraného dodavatele v době, kdy mu odeslal výzvu ze dne 6. 1. 2023, především uvádím, že aby navrhovatel mohl být vybraným dodavatelem, v souladu s § 122 odst. 1 ZZVZ by nejdříve muselo být řádně ukončeno hodnocení nabídek. Zadavatel sice ve výzvě ze dne 6. 1. 2023 uvedl, že nabídka navrhovatele byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější, následně však tuto skutečnost popřel, neboť ho vyzval k objasnění nejasností v hodnocených údajích, jež zadavateli vyplývaly přímo z nabídky navrhovatele. Za takového stavu věci bylo nejdříve nezbytné předmětné nejasnosti vysvětlit, a teprve potom mohlo dojít k hodnocení nabídek (k jejich vzájemnému porovnání).

K posouzení dokončenosti I. etapy zakázky Barrandovský most – správce stavby

79. Jak vyplývá ze zadávací dokumentace (blíže viz body 39-42 tohoto rozhodnutí), předmětem veřejné zakázky je výkon funkce správce stavby a předmětem hodnocení v rámci kritéria zkušenosti klíčového personálu byly zkušenosti osob uvedených účastníkem zadávacího řízení v nabídce (v tzv. Dopisu nabídky) na pozicích vedoucí týmu správce stavby, asistent pro dozor (kontrolu) kvality a expert na ocelové mostní konstrukce. Mohlo se přitom jednat pouze o zkušenosti, jež spočívaly v účasti na realizaci zakázek, jež splnily zadavatelem vymezené parametry. Jedním z těchto parametrů bylo, že se muselo jednat o zakázku dokončenou „v rozsahu stanoveného zvláštního parametru“.
80. Na listu „vedoucí týmu správce stavby“ předlohy Dopisu nabídky zadavatel u zvláštního parametru č. 3.2a stanovil, že hodnocená zakázka musela zahrnovat „Správu stavební zakázky, přičemž byl použit smluvní standard [...]“.
81. Podle listu „titulní strana“ předlohy Dopisu nabídky „správa stavební zakázky“ je činnost zahrnující v souvislosti s prováděním stavby alespoň následující činnosti:
- *koordinace postupu zhotovitele, objednatel a ostatních dotčených osob*
 - *dozor kvality prováděných prací*
 - *Stálý technický dozor*
 - *časový dozor včetně dozoru dodržování harmonogramu výstavby*
 - *Nákladový dozor*
 - *dozor nad dodržováním povinností zhotovitele vyplývajících ze smlouvy, na jejímž základě je taková stavba prováděna*
 - *zajištění nebo kontrolu zkoušek provedených prací*
 - *řešení změn včetně posuzování jejich věcné a finanční stránky“.*
82. Na listu „asistent pro dozor (kontrolu) kvality“ předlohy Dopisu nabídky zadavatel u zvláštního parametru č. 3.1c stanovil, že hodnocená zakázka musela zahrnovat „dozor kvality prováděných prací a Stálý technický dozor stavební zakázky [...]“.

83. Z výše uvedeného shrnutí vyplývá, že pokud měl účastník zadávacího řízení uvést v nabídce dokončenou referenční zakázku, mělo se jednat o zakázku na správu stavby, a nikoliv stavební zakázku, k níž se správa stavby vztahovala [předmětem zadávané veřejné zakázky je výkon správce stavby, předmětem hodnocení byly zkušenosti osob, které mají působit mj. na pozicích vedoucí týmu správce stavby a asistent pro dozor (kontrolu) kvality a zejména hodnocená zakázka měla spočívat ve správě stavební zakázky, resp. v dozoru nad kvalitou prováděných prací a stálém technickém dozoru stavební zakázky]. Nesouhlasím tedy s rozkladovou námitkou navrhovatele, že nebylo jasné, jestli měla být dokončena zakázka spočívající ve správě stavby, anebo s ní související stavební zakázka.
84. Z toho vyplývá, že pokud zadavatel ve výzvě ze dne 6. 1. 2023 požadoval „*předložení alespoň prostých kopií dokladů, které jednoznačně potvrzují splnění obecných i zvláštních parametrů zkušeností výše uvedeného klíčového personálu v rozsahu zakázky „Rekonstrukce Barrandovského mostu (I. Etapa)“*“, navrhovatel byl povinen předložit relevantní doklady k zakázce Barrandovský most – správce stavby, a nikoliv k související stavební zakázce „Barrandovský most – celková rekonstrukce, Praha 4 a 5, číslo akce 999174“ (dále jen „**Barrandovský most – rekonstrukce**“).
85. Navrhovatel však v rámci objasnění ze dne 12. 1. 2023 předložil pouze kopii části smlouvy uzavřené na zakázku Barrandovský most – správce stavby vč. seznamu členů týmu správce stavby a kopii rozhodnutí č. j. MHMP 1986852/2022 ze dne 31. 10. 2022 o povolení předčasného užívání stavby v rozsahu části stavebního objektu SO 101, části stavebního objektu SO 201 a stavebního objektu SO 202, (dále jen „**rozhodnutí o povolení předčasného užívání**“) v rámci stavby Barrandovský most – rekonstrukce. Navrhovatel tedy zadavateli neposkytl žádný dokument, který by se jakkoliv vztahoval ke stavu plnění I. etapy zakázky na správu stavby, resp. dokládal dokončení poskytování služeb v rámci této části zakázky. Navrhovatel přitom v Dopisu nabídky uvedl, že na výzvu zadavatele předloží předávací protokol. Zadavatel dospěl ke stejnému závěru v rozhodnutí o vyloučení, podle něhož „*účastník v rozporu s výzvou k účasti v ověřovací fázi z 6. 1. 2023 nepředložil alespoň prosté kopie dokladů, které jednoznačně potvrzují splnění obecných i zvláštních parametrů zkušeností výše uvedeného klíčového personálu*“.
86. Jsem toho názoru, že již na základě této skutečnosti mohl zadavatel přistoupit k neudělení bodů za referenční zakázky uvedené navrhovatelem v Dopisu nabídky u hodnoceného (zeleného) zvláštního parametru č. 3.2a v případě vedoucího týmu správce stavby, resp. č. 3.1c v případě asistenta pro dozor (kontrolu) kvality. Jak již bylo uvedeno výše, tento závěr však *a priori* neznamená, že se jednalo o důvod pro vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. b) ZZVZ.
87. Vzhledem k tomu, že zadavatel je i zadavatelem (objednatelem) zakázky Barrandovský most – správce stavby, měl k dispozici informace o průběhu jejího plnění, a proto v rozhodnutí o vyloučení dále dospěl závěru, že tato zakázka nebyla dokončena, a to ani v rozsahu její I. etapy.
88. K pojmu dokončenost referenční zakázky je třeba uvést, že v zadávací dokumentaci nebyl definován, a proto ho bylo třeba vyložit pro potřeby hodnocení nabídek. S navrhovatelem se obecně ztotožňuji v tom, že za dokončenou zakázku by „z praktických důvodů“ bylo možné označit i zakázku na správu stavby, kde ještě neuplynula záruční doba či která nebyla zkolaudována. Jako příklad lze v této souvislosti uvést Královopolský tunel v Brně, který je již

používán cca 10 let, a ještě nebyl zkolaudován. Pokud by bylo trváno na tom, že kvůli této skutečnosti ještě nebyla zakázka na správu této stavby dokončena, po celou dobu 10 let by ji nebylo možné využít jako referenční zakázku. To samé dle mého názoru platí o claimech, pokud by všechny nebyly vyřešeny i několik let poté, co došlo k „ukončení“ dotčené stavební zakázky. Lze tedy shrnout, že jsem toho názoru, že výklad požadavku na dokončenost referenční zakázky by měl rozumným způsobem reflektovat zákonitost oboru, jehož se zakázka týká.

89. I přes právě uvedené se ztotožňuji s Úřadem v tom, že zakázka Barrandovský most – správce stavby nebyla dokončena (ve smyslu požadavku zadavatele č. 2.1 v předloze Dopisu nabídky), a to ani v rozsahu její „I. etapy“ (resp. stavebních objektů SO 101, SO 201 a SO 202). V první řadě je třeba zopakovat, že navrhovatel tuto skutečnost na výzvu zadavatele ze dne 6. 1. 2023 žádným způsobem nedoložil – zejména nepředložil předávací protokol, jenž uvedl v Dopise nabídky (blíže viz body 85 a 86 tohoto rozhodnutí). Dle zjištění Úřadu navíc ani k faktickému ukončení činností správce stavby ze strany navrhovatele nedošlo, neboť nebyla dokončena řada činností vyplývajících ze smlouvy o poskytování služeb uzavřené na realizaci zakázky Barrandovský most – správce stavby (viz bod 67 napadeného rozhodnutí). Zejména nebyla vyřešena **významná většina** změnových listů (34 z celkového počtu 42) a claimů (12 ze 13). Ztotožňuji se tak s Úřadem v tom, že předmětná referenční zakázka nebyla dokončena v takové míře, aby ji bylo možné uznat pro potřeby hodnocení v rámci kritéria zkušenosti klíčového personálu.

K vyloučení ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ

90. Zadavatel „nad rámeček“ svého vyjádření k rozkladu uvádí (blíže viz body 28 a 29 tohoto rozhodnutí), že argumentace navrhovatele v rozkladu týkající se Ing. AB (tzn. osoby nominované navrhovatelem na pozici vedoucí týmu správce stavby) je lživá, neboť tato osoba se reálně vůbec nepodílela na správě stavby Barrandovského mostu (navrhovatel jeho prostřednictvím neposkytoval prakticky žádné služby). Navrhovatelem předložené údaje tak dle zadavatele neodpovídají skutečnosti, a proto byl dán důvod pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení rovněž podle § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ, podle něhož *„zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení“*.
91. Předně je třeba uvést, že zadavatel navrhovatele podle tohoto ustanovení zákona nevyločil, když na ně v rozhodnutí o vyloučení vůbec neodkázal (blíže viz bod 44 tohoto rozhodnutí).
92. Z vyjádření k rozkladu je zřejmé, že zadavatel spojuje možnost vyloučit navrhovatele podle § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ ze zadávacího řízení (zejména) s mírou účasti (resp. neúčasti) Ing. AB na realizaci zakázky Barrandovský most – správce stavby. Zadavatel se však v rozhodnutí o vyloučení výslovně odmítl osobou Ing. AB zabývat, resp. své rozhodnutí postavil pouze na otázce dokončenosti zakázky Barrandovský most – správce stavby. Zadavatel konkrétně v bodech 2.2.16 a 2.2.17 rozhodnutí o vyloučení uvedl, že *„předně má zadavatel pochybnosti, zda lze vůbec dospět k závěru, že daná osoba (AB) ‚měla při realizaci zakázky obdobnou odpovědnost a vykonávala obdobné činnosti jako je uvedeno v popisu pozice‘. Daná osoba, kterou účastník v zadávané zakázce navrhl na pozici ‚vedoucí týmu Správce stavby‘, totiž v případně zakázky ‚Barrandovský most – Správce stavby‘ zastává (tedy nikoli ‚zastávala‘, ale*

*stále zastává, neboť, jak je uvedeno výše, tato zakázka nebyla dokončena) pozici ,asistent pro dozor (kontrolu) kvality'. S přihlédnutím k právům a povinnostem obou pozic stanovených v předloze smlouvy na zadávanou zakázku, resp. zakázku ,Barrandovský most – Správce stavby' (viz zejména Příloha 1 [Rozsah služeb] v obou případech) je zřejmé, že odpovědnost i činnost osoby na pozici ,vedoucí týmu Správce stavby' je podstatně širší než u osoby na pozici ,asistent pro dozor (kontrolu) kvality'. **Vzhledem k dalším okolnostem se však zadavatel nehodlá otázkou obdobnosti odpovědnosti a činností daných pozic dále zabývat** [zvýrazněno předsedou Úřadu]“.*

93. Pokud tedy zadavatel ve vyjádření ze dne 24. 4. 2023 napsal, že v rozhodnutí o vyloučení jsou rovněž dány formální a materiální předpoklady pro aplikaci § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ z důvodu, že navrhovatel v nabídce opakovaně uváděl zavádějící či nepravdivé informace, musela by těmito důvody být otázka dokončenosti zakázky Barrandovský most – správce stavby.
94. Z § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ vyplývá, že podle tohoto ustanovení zákona lze účastníka zadávacího řízení vyloučit, pokud jsou kumulativně naplněny 2 podmínky – údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení:
- a. neodpovídají skutečnosti a
 - b. měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení.
95. K první podmínce zakotvené v § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ obecně uvádím, že je třeba rozlišovat na straně jedné situace, kdy je spor mezi zadavatelem a účastníkem zadávacího řízení ohledně právního výkladu podmínky účasti v zadávacím řízení či kritéria hodnocení, resp. ohledně jejího naplnění ze strany účastníka zadávacího řízení, nebo když dojde k nepochopení požadavků zadavatele či k zjevné nepozornosti při zpracování nabídky, a na straně druhé situace, kdy účastník zadávacího řízení (často úmyslně) uvede nepravdivý údaj se záměrem, aby byla jeho nabídka vybrána. Právo (případně povinnost) vyloučit účastníka zadávacího řízení podle § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ lze přitom dovodit pouze ve druhém případě, tj. když uvádí nepravdivé (lživé) údaje. V této souvislosti lze dále odkázat na mé rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0088/2021/VZ, č. j. ÚOHS-19075/2021/162/LKa ze dne 26. 7. 2021, podle něhož *„je třeba předpokládat i takové situace, kdy bude těžké posoudit, nalik je reference nepravdivá a nalik jde o nesprávné pochopení požadavků ze strany zadavatele [...]. S vědomím účelu zákona, kterým je zachování co nejširší hospodářské soutěže a s tím související co nejvyšší počet nabídek v zadávacím řízení, je třeba k vylučování přistupovat vždy obezřetně“*.
96. V šetřeném případě uvedl navrhovatel v Dopisu nabídky ve vztahu k obecnému parametru č. 2.1 (blíže viz bod 42 tohoto rozhodnutí), že **I. etapa** rekonstrukce Barrandovského mostu byla dokončena v roce 2022. V objasnění nabídky ze dne 12. 1. 2023 k tomu doplnil (vysvětlil), že *„zakázka jako celek není dokončena, ale v současné době jsou dokončeny stavební objekty: SO 101 Definitivní úprava vozovky (část), SO 201 Barrandovský most V031.1 a V031.2 (část), SO 202 Rampa V035 a na tyto části stavby bylo dne 31. 10. 2022 vydáno Rozhodnutí č. j. MHMP 1986852/2022 Odboru pozemních komunikací a drah MHMP povolení k předčasnému užívání stavby nazvané ,Barrandovský most, celková rekonstrukce, I. etapa', která **dle našeho názoru splňuje požadavky stanovené zadávací dokumentací předmětné veřejné zakázky** [zvýrazněno předsedou Úřadu]“*.

97. Z rozhodnutí o povolení předčasného užívání části stavby zařazeného ve spisu vyplývá, že navrhovatel uvedl v Dopisu nabídky (ve spojení s objasněním ze dne 12. 1. 2023) pravdivé skutečnosti. To ani nezpochybňuje zadavatel v rozhodnutí o vyloučení, kde např. uvedl, že „*dále zdůrazňuje, že účastník svým objasněním z 12. 1. 2023 sám potvrdil, že zakázka „Barrandovský most – Správce stavby“, kterou uvedl k parametru 3.2a nesplňuje obecné parametry 2.1 a 2.2*“. Zadavatel však byl na rozdíl od navrhovatele toho názoru, že tato zakázka (resp. ani její I. etapa) nesplnila obecný parametr č. 2.1 stanovený v předloze Dopisu nabídky. V případě otázky dokončenosti I. etapy zakázky tedy nejde o to, že by navrhovatel uváděl nepravdivé informace, ale o posouzení toho, zda tuto referenční zakázku bylo možné uznat v rámci kritéria hodnocení zkušenosti klíčového personálu. Zadavatel přitom dospěl k závěru, že nikoliv, což bylo aprobeováno Úřadem v napadeném rozhodnutí i mnou v rámci odůvodnění tohoto rozhodnutí. Tyto okolnosti však neodpovídají důvodu vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ, ale měly vést pouze k nepřidělení bodů v rámci hodnocení nabídek.
98. V neposlední řadě je třeba uvést, že se zadavatel v rozhodnutí o vyloučení vůbec nezabýval naplněním druhé podmínky stanovené v § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ, která je vedle samotného předložení nepravdivého údaje nutným předpokladem k tomu, aby byl oprávněn vyloučit účastníka zadávacího řízení dle tohoto ustanovení zákona (blíže viz bod 94 tohoto rozhodnutí). Přiměřeně lze odkázat na komentář k § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ, podle něhož „*zároveň platí, že k vyloučení nestačí jen předložení údajů či dokladů, které neodpovídají skutečnosti, ale musí být zároveň splněna i podmínka, že tato situace měla či mohla mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na hodnocení. Pokud tedy např. účastník předloží zadavateli nepravdivou referenci, ale zároveň má dostatek dalších na prokázání příslušné části kvalifikace, vyloučen být nemůže; nejde tedy o žádnou sankci za tento postup (ÚOHS, R0088/2021)*“ (Šebesta, M., Novotný, P., Machurek, T., Dvořák, D. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, Systém Beck-online).
99. K argumentaci zadavatele rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-S0344/2020/VZ uvádím, že Úřad v rámci jeho výroku I mimo jiné aprobeoval postup daného zadavatele spočívající v tom, že reference, které předmětný navrhovatel uvedl v nabídce za účelem jejich hodnocení, aniž by je dostatečně doložil, zadavatel pouze nezohlednil při hodnocení (udělil mu méně bodů), aniž by ho však vyloučil z účasti v zadávacím řízení. K výroku II rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0344/2020/VZ, v němž Úřad dospěl k závěru, že předmětný zadavatel byl povinen vyloučit vybraného dodavatele podle § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ (ve spojení s § 48 odst. 8 ZZVZ) z účasti v zadávacím řízení, uvádím, že v tomto odkazovaném případě vybraný dodavatel v nabídce tvrdil a doložil u stavby, která byla dokončena v září 2020, že byla dokončena v lednu 2019. V právě šetřeném případě však navrhovatel doložil zadavateli v rámci objasnění nabídky ze dne 12. 1. 2023 dokumenty, které odpovídaly skutečnosti – stavební objekty SO 101, 201 a 202 byly v rámci zakázky Barrandovský most – rekonstrukce opravdu dány do předčasného užívání, a „pouze“ byl právní spor o to, zda tato skutečnost naplňuje požadavek zadavatele na dokončenost hodnocené referenční zakázky, tj. I. etapy zakázky Barrandovský most – správce stavby.

K dalším námitkám rozkladu

100. K rozkladové námitce (blíže viz bod 19 tohoto rozhodnutí), že zadavatel v zadávacích řízeních na veřejné zakázky „Rekonstrukce ul. Komořanská, P12, č. akce 1000231 – Správce stavby“

a „BELLOVA SÚ, č. akce 13538 – zajištění technického dozoru stavebníka (TDS), a výkonu koordinátora BOZP“ postupoval odlišně, když navrhovateli ve vztahu k dané referenční zakázce předložené za účelem jejího hodnocení pouze neudělil žádné body (tedy nepřistoupil k jeho vyloučení jako v právě šetřeném případě) a v dalším parametru mu udělil body i jen za dokončenou etapu referenční zakázky, uvádím, že pokud zadavatel postupoval v jiných zadávacích řízeních odlišně než v právě šetřeném zadávacím řízení, nelze z toho automaticky dovozovat, že právě v nich postupoval v souladu se zákonem a zadávacími podmínkami, zatímco v právě šetřeném případě nikoliv. Zákonnost postupu zadavatele by musela být posouzena zvláště v každém odkazovaném zadávacím řízení (se zohledněním všech jejich specifik), což je však mimo rámec tohoto správního řízení, jehož předmětem je přezkoumání pouze zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Most v ul. Božanovská, X503 - rek., Praha 20, č. akce 1000005, nový most – Správce stavby“.

101. K tvrzení navrhovatele, že zadavatelé by měli při zadávání veřejných zakázek postupovat hospodárně a měli by vždy činit takové kroky, aby nedocházelo k nedůvodnému vyloučení ekonomicky nejvýhodnějších nabídek, uvádím, že s ním nelze než souhlasit. Je však třeba uvést, že Úřad vykonává podle § 248 ZZVZ dozor nad dodržováním pravidel stanovených pouze v ZZVZ, který povinnost „postupovat hospodárně“ nezakotvuje (na rozdíl např. od zákona o finanční kontrole), a proto Úřadu pouze přísluší posuzovat soulad postupu zadavatele se ZZVZ a zadávacími podmínkami. To znamená, že v případě, když Úřad shledá, že zadavatel ZZVZ ani zadávací podmínky neporušil, nemůže mu uložit žádné nápravné opatření, přestože v daném případě mohl zvolit hospodárnější postup (např. využít fakultativní možnosti dané mu ustanovením § 46 odst. 1 ZZVZ).
102. K námitce navrhovatele ohledně údajné nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách uvádím (nad rámec bodů 95 a 96 napadeného rozhodnutí), že z jeho argumentace nijak nevyplývá, jaké negativní následky pro něj mělo mít jím tvrzené nedostatečné vypořádání námitek zadavatelem. To ani není patrné z dosavadního vývoje správního řízení, z něhož mi vyplývá, že navrhovatel měl dostatek informací a podkladů, na jejichž základě se mohl kvalifikovaně rozhodnout, zda podá návrh proti rozhodnutí o vyloučení a jakým způsobem ho odůvodní.

VIII. K trvání zakazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení

103. Úřad rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-S0154/2023/VZ, č. j. ÚOHS-14317/2023/500 ze dne 14. 4. 2023 nařídil z moci úřední předběžné opatření, jímž zadavateli zakázal do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Z důvodu právní jistoty upozorňuji zadavatele na skutečnost, že nařízené předběžné opatření doposud nepozbylo účinnosti a trvá i po vydání tohoto rozhodnutí o rozkladu navrhovatele.

IX. Závěr

104. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí je nezákonné z důvodu nesprávného posouzení věci Úřadem. Protože tuto jeho nezákonnost nebylo možné napravit přímo v řízení o rozkladu změnou napadeného rozhodnutí podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, jelikož by tím zadavateli hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se (podat rozklad), nastaly podmínky podle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení

věci Úřadu k novému projednání. Úřad se v jeho rámci bude řídit závazným právním názorem, který je vyjádřen v tomto rozhodnutí.

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. Technická správa komunikací hl. m. Prahy, a.s., Veletržní 1623/24, 170 00 Praha 7
2. Inženýring dopravních staveb a.s., Branická 514/140, 147 00 Praha 4

Vypraveno dne

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