



UOHSX00E0026

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0184/2020/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-32878/2020/322/MPe

Brno 26. 11. 2020

V řízení o rozkladu ze dne 17. 9. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **Gardeline s.r.o.**, IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 29. 5. 2020 Mgr. Martinem Horákem, advokátem, ev. č. ČAK 13970, se sídlem Jandova 8, 190 00 Praha 9,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-27000/2020/511/LHI ze dne 31. 8. 2020 vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0215/2020/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- město **Aš**, IČO 00253901, se sídlem Kamenná 52, 352 01 Aš,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**KAPLAN/KA – Společná historie Aše a Selbu v časové ose, č. 239**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 31. 10. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 11. 2019 pod ev. č. Z2019-039092,

za účasti vybraného dodavatele –

- **RMC STAVBY s.r.o.**, IČO 29156033, se sídlem Wolkerova 1540/8, 350 02 Cheb,

I.

Podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona **výrok I** rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0215/2020/VZ, jímž bylo rozhodnuto o zastavení správního řízení podle § 257 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, a to v části návrhu, v níž navrhovatel Gardeline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 29. 5. 2020 Mgr. Martinem Horákem, advokátem, ev. č. ČAK 13970, se sídlem Jandova 8, 190 00 Praha 9, namítal, že „v situaci následující po vyhodnocení nabídek a rozhodnutí o výběru již zadavatel nemá volbu v tom, zda takto vybraného dodavatele vyloučí /či nikoli, ale ve smyslu § 48 odst. 8 je vyloučení Vybraného dodavatele obligatorní“ a že vybraný dodavatel – RMC STAVBY s.r.o., IČO 29156033, se sídlem Wolkerova 1540/8, 350 02 Cheb – měl být zadavatelem – město Aš, IČO 00253901, se sídlem Kamenná 52, 352 01 Aš – vyloučen z účasti v otevřeném řízení na zadání veřejné zakázky „KAPLAN/KA – Společná historie Aše a Selbu v časové ose, č. 239“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 31. 10. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 11. 2019 pod ev. č. Z2019-039092, dle § 48 odst. 8 citovaného zákona již v předchozím stadiu citovaného zadávacího řízení, neboť předmětná část návrhu nebyla Úřadu a zadavateli doručena ve lhůtě podle § 251 odst. 2 citovaného zákona, tedy nejpozději do 27. 4. 2020,

**ruším.**

II.

Podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona **výrok II** rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0215/2020/VZ

**měním**

takto:

„Návrh navrhovatele – Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice – ze dne 29. 5. 2020 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – město Aš, IČO 00253901, se sídlem Kamenná 52, 352 01 Aš – učiněných při zadávání veřejné zakázky „KAPLAN/KA – Společná historie Aše a Selbu v časové ose, č. 239“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 31. 10. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 11. 2019 pod ev. č. Z2019-039092, se podle § 265 písm. a) citovaného zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.“

a podaný rozklad

**zamítám.**

## ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 29. 5. 2020 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“<sup>1</sup>) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel návrh navrhovatele – Gardeline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 29. 5. 2020 Mgr. Martinem Horákem, advokátem, ev. č. ČAK 13970, se sídlem Jandova 8, 190 00 Praha 9, (dále jen „**navrhovatel**“) z téhož dne na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – město Aš, IČO 00253901, se sídlem Kamenná 52, 352 01 Aš, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „KAPLAN/KA – Společná historie Aše a Selbu v časové ose, č. 239“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 31. 10. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 11. 2019 pod ev. č. Z2019-039092, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dne 19. 12. 2019 obdržel navrhovatel oznámení o výběru dodavatele z téhož dne (dále jen „**oznámení o výběru č. 1**“), ve kterém zadavatel oznámil výběr vybraného dodavatele – RMC STAVBY s.r.o., IČO 29156033, se sídlem Wolkerova 1540/8, 350 02 Cheb, (dále jen „**vybraný dodavatel**“). Dne 3. 1. 2020 podal navrhovatel proti postupu zadavatele a proti oznámení o výběru č. 1 námitky (dále jen „**námítky č. 1**“), o kterých bylo rozhodnuto zadavatelem dne 7. 1. 2020 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách č. 1**“), a to tak, že tyto námitky se odmítají. Proti tomuto byl podán dne 16. 1. 2020 návrh navrhovatele na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, jež byl projednán Úřadem pod sp.zn. ÚOHS-S0039/2020/VZ. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-06837/2020/533/LHI ze dne 2. 3. 2020 Úřad zrušil oznámení o výběru č. 1.
3. Dne 18. 3. 2020 obdržel navrhovatel dle § 50 a §123 zákona oznámení o výběru vybraného dodavatele z téhož dne (dále jen „**oznámení o výběru č. 2**“), proti kterému podal tento dne 2. 4. 2020 námitky z téhož dne (dále jen „**námítky č. 2**“). O námitkách č. 2 rozhodl zadavatel rozhodnutím ze dne 17. 4. 2020 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách č. 2**“), a to tak, že se tyto námitky odmítají s tím, že si zadavatel pro větší transparentnost zadávacího řízení sám (nikoliv však z věcných důvodů namítaných navrhovatelem) oznámení o výběru č. 2 zruší a vydá nové oznámení o výběru, které rozšíří o informace, k jejichž sdělení není zadavatel dle zákona povinen. Oznámení o výběru č. 2 bylo zrušeno zadavatelem dne 22. 4. 2020.
4. Dne 22. 4. 2020 zadavatel vydal oznámení o výběru dodavatele ve smyslu § 50 a § 123 zákona, (dále jen „**oznámení o výběru č. 3**“), které bylo navrhovateli doručeno dne 23. 4. 2020. Dne 11. 5. 2020 podal navrhovatel proti postupu zadavatele a proti oznámení č. 3 námitky z téhož dne (dále jen „**námítky č. 3**“), o kterých bylo rozhodnuto zadavatelem

<sup>1</sup> Je-li v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení.

dne 18. 5. 2020 rozhodnutím z téhož dne (dále jen „**rozhodnutí o námitkách č. 3**“), a to tak, že se tyto námitky odmítají. Rozhodnutí o námitkách č. 3 bylo navrhovatelovi doručeno dne 19. 5. 2020. Proti tomuto byl podán nyní projednávaný návrh ze dne 29. 5. 2020, jež je evidován pod sp. zn. ÚOHS-S0215/2020/VZ.

5. Dnem 29. 5. 2020, kdy Úřad obdržel návrh, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
6. Navrhovatel v návrhu namítal nepřezkoumatelnost oznámení o výběru č. 3, neboť toto neobsahovalo rozhodné skutečnosti pro posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele ve vztahu ke změně profesní způsobilosti vybraného dodavatele, kdy v tomto dokumentu není zachyceno, jakým podáním a jakého dne byla změna v kvalifikované osobě zadavateli ohlášena. Dle navrhovatele nebyla dodržena lhůta pro její oznámení ve smyslu § 88 zákona. Dále nebylo z předmětného dokumentu patrné, datum doručení čestného prohlášení ze dne 6. 12. 2019, kterým byl prokazován požadavek čl. 2.7 zadávací dokumentace týkající se zapojení poddodavatelů vybraného dodavatele.
7. Návrhem navrhovatel dále namítal nesplnění kritéria technické kvalifikace vybraným dodavatelem. Dle navrhovatele předložené referenční zakázky, a to veřejná zakázka „Areál Lokomotiva etapa I fáze 1B Rekonstrukce haly a přístavbou šaten“, jejímž objednatel byl město Cheb, v hodnotě 28 948 244 Kč bez DPH, (dále jen „**Areál Lokomotiva**“), veřejná zakázka „Rekonstrukce objektu LaRitma pro ZUŠ, Aš“, objednatel město Aš, v hodnotě 40 772 177 Kč bez DPH, (dále jen „**LaRitma**“) a veřejná zakázka „Revitalizace Městského úřadu v Aši“, objednatel město Aš, v hodnotě 23 168 876 Kč bez DPH, (dále jen „**Městský úřad**“), nejsou způsobilými referenčními plněními. U referenční zakázky Areál Lokomotiva došlo dle navrhovatele k pochybení vybraného dodavatele, který nepředal objednateli řádně stavební deníky. U veřejné zakázky LaRitma vybraný dodavatel předal stavbu s hrubými vadami a nedodělky, přičemž v průběhu plnění této veřejné zakázky navíc došlo k nepřipustné změně smlouvy o dílo, kdy byl posunut termín dokončení díla o dva měsíce. Profesní způsobilost dle § 77 odst. 2 písm. c) zákona ve vztahu k veřejné zakázce La Ritma byla rovněž prokazována osobou, která se reálně nepodílela na tomto plnění, neboť osobu stavbyvedoucího vykonávala jiná osoba, a to bez příslušné autorizace. Uvedená referenční plnění tak dle navrhovatele není možné považovat za plnění realizovaná řádně a včas. Dle navrhovatele ani předmětné referenční zakázky nebyly vybraným dodavatelem realizovány, neboť tyto byly s ohledem na jeho kapacity realizovány primárně poddodavatelem. Zadavatel tedy měl k míře účasti vybraného dodavatele na plnění referenčních veřejných zakázek přihlídnout.
8. Dle navrhovatele vybraný dodavatel rovněž nesplnil podmínku profesní způsobilosti ve vztahu k nyní projednávané veřejné zakázce, když její splnění prokázal pouze příslušným živnostenským oprávněním k provádění staveb, jejich změn a odstraňování. Zadavatel ovšem dle navrhovatele, jak vyplývá ze znění zadávací dokumentace, a to z čl. 6 odst. 1 písm. b), neomezil svůj požadavek na konkrétní oprávnění k podnikání, avšak požadoval dle navrhovatele prokázání profesní způsobilosti v rozsahu předmětu plnění, což vybraný dodavatel nesplnil.

9. Vybraný dodavatel tedy měl být dle navrhovatele ve smyslu § 48 odst. 8 zákona již v předchozích stádiích zadávacího řízení vyloučen, neboť toto vyloučení je ze zákona obligatorní.
10. Současně navrhovatel v návrhu upozorňoval na to, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách nevypořádal se všemi námitkami navrhovatele. Návrhem se navrhovatel domáhal také zrušení rozhodnutí o námitkách č. 3.

## II. Napadené rozhodnutí

11. Dne 31. 8. 2020 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-27000/2020/511/LHI v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0215/2020/VZ (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
12. Úřad výrokem I rozhodl, že se správní řízení vedené v části návrhu navrhovatele, v níž navrhovatel namítá, že „*v situaci následující po vyhodnocení nabídek a rozhodnutí o výběru již zadavatel nemá volbu v tom, zda takto vybraného dodavatele vyloučí /či nikoli, ale ve smyslu § 48 odst. 8 je vyloučení Vybraného dodavatele obligatorní*“ a že vybraný dodavatel měl být zadavatelem vyloučen z účasti v otevřeném řízení na zadání veřejné zakázky dle § 48 odst. 8 zákona již v předchozím stadiu zadávacího řízení, podle § 257 písm. e) zákona zastavuje, neboť předmětná část návrhu nebyla Úřadu a zadavateli doručena ve lhůtě podle § 251 odst. 2 zákona, tedy nejpozději do 27. 4. 2020.
13. Úřad výrokem II rozhodl, že se návrh navrhovatele vyjma části návrhu specifikovaného ve výroku I napadeného rozhodnutí podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
14. Úřad odůvodnil výrok I napadeného rozhodnutí tím, že rozhodnutí o námitkách č. 2 bylo zadavateli doručeno dne 17. 4. 2020 a dle Úřadu již tímto rozhodnutím musel být navrhovateli zřejmý postoj zadavatele k otázce vyloučení vybraného dodavatele. Rozhodnutí o výběru č. 3 obsahovalo toliko doplnění formálních údajů bez věcných změn, a proto měl být návrh směřující k otázce vyloučení vybraného dodavatele podán již v souvislosti s rozhodnutím o námitkách č. 2. Tedy ve smyslu § 251 odst. 2 zákona do 10 dnů od jeho doručení.
15. K výroku II napadeného rozhodnutí Úřad předně uvedl, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách zcela vypořádal se všemi tvrzeními navrhovatele uvedenými v návrhu. Dále Úřad k otázce splnění kvalifikačních požadavků uvedl, že osvědčení o realizaci referenční zakázky lze považovat za určitou formu přímějšího důkazu s vyšší vypovídající hodnotou a mírou objektivity, přičemž toto osvědčení pochází od nezávislé třetí osoby – objednatele a lze jej tedy považovat za zákonem předpokládaný důkazní prostředek, ze kterého lze pro účely posouzení předložených referencí vycházet.
16. Úřad k výroku II napadeného rozhodnutí dále sdělil, že nezpochybňuje nedostatky, tedy vady a nedodělky, vzniklé na referenční stavbě LaRitma, ovšem tato stavba byla objednatelem převzata i s těmito nedodělky a tyto byly následně vybraným dodavatelem odstraněny. Nelze proto považovat předmětnou referenční veřejnou zakázku za nesplněnou řádně. K referenční zakázce LaRitma Úřad navíc konstatoval, že přestože došlo k prodloužení doby plnění, a to na základě dohody obou smluvních stran, je i nadále toto dílo provedeno řádně a včas. Dále Úřad v otázce porušení zák. č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**stavební zákon**“) při plnění referenční zakázky LaRitma

vycházel ze stanoviska stavebního úřadu v Aši, dle kterého autorizovaná osoba je povinna vykonávat činnost, pro kterou je jí udělena autorizace, a to i ve spolupráci i s jinými osobami, tedy i neautorizovaným stavbyvedoucím. Zadavatel navíc v šetřeném případě dle Úřadu neměl povinnost zkoumat věcný a finanční podíl vybraného dodavatele na předmětných referenčních zakázkách, neboť tento působil na referenčních zakázkách jakožto hlavní dodavatel. Navíc možnost zapojení poddodavatelů u referenčních plnění zadavatel v zadávacích podmínkách nevyločil.

17. V projednávaném případě měl dle Úřadu vybraný dodavatel prokázat splnění podmínky profesní způsobilosti ve smyslu § 77 odst. 2 písm. a) zákona pouze v rozsahu živnostenského oprávnění „provádění staveb jejich změn a odstraňování“, což také doložil. Nelze připustit výklad navrhovatele, že měl tento prokázat profesní způsobilost v rozsahu celého předmětu plnění. Dané ze zadávací dokumentace nevyplývá. Úřad rovněž neshledal namítané nedostatky Oznámení o výběru č. 3.

### **III. Rozklad zadavatele**

18. Dne 17. 9. 2020 podal zadavatel k předsedovi Úřadu rozklad z téhož dne proti napadenému rozhodnutí, které bylo právnímu zástupci navrhovatele doručeno dne 2. 9. 2020. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

#### **Námítky rozkladu**

19. Navrhovatel k výroku I napadeného rozhodnutí předně namítá, že návrh na zahájení řízení nebylo možno podat již proti rozhodnutí o námitkách č. 2, neboť rozhodnutí o výběru č. 2 bylo zadavatelem ke dni 22. 4. 2020 zrušeno. Vypořádání námitek uvedené v rozhodnutí o námitkách č. 2 považoval navrhovatel za sdělení předběžného charakteru, jehož obsah mohl zadavatel v rozhodnutí o námitkách č. 3 ještě změnit. Teprve až rozhodnutím a oznámením o výběru č. 3 bylo postaveno najisto, kdo je vybraným dodavatelem a stejně tak bylo zřejmé odůvodnění tohoto výběru. Až proti takovému rozhodnutí bylo možno podat námítky a předmětný návrh.
20. K výroku II navrhovatel v rozkladu namítá, že referenční veřejná zakázka Areál Lokomotiva, LaRitma a Revitalizace Městského úřadu v Aši nejsou způsobilými referenčními plněními. Otázkou neřádného plnění referenční zakázky Areál Lokomotiva se dle navrhovatele Úřad vůbec nezabýval, a tímto tedy opominul rozhodnout o části návrhu a současně tím rovněž vyloučil právo navrhovatele na přezkum otázky způsobilosti vybraného dodavatele v rámci přezkumného řízení, a také právo na soudní přezkum. Dle navrhovatele odkaz na zásadu procesní ekonomie v této části není přílehlavý. Úřad totiž má povinnost rozhodnout o celém návrhu. Neprojednání části návrhu by ovšem dle navrhovatele bylo možno hypoteticky akceptovat v případě, pokud by bylo návrhu vyhověno a konstatováno tak porušení povinností zadavatele. V tom případě by další namítaná pochybení na zrušení úkonu zadavatele již nemohla ničeho změnit.
21. Ohledně reference LaRitma navrhovatel uvádí, že tato stavba vykazovala závažné vady díla, pro které nemohlo být ke dni převzetí dané dílo schopno bezpečného provozu, jelikož se jednalo o takové vady díla, které ohrožovaly zdraví, život a majetek třetích osob. V takovém případě se však nemůže dle navrhovatele jednat o řádné splnění referenční zakázky. Úřad dle navrhovatele v této části vypořádání návrhových námitek pouze přebírá

názor zadavatele o tom, že se jednalo toliko o bagatelní vady, jež nebránily převzetí věci a jejímu řádnému užívání. Tvrzení zadavatele, potažmo i jeho stavebního úřadu jsou dle navrhovatele ovšem zcela nepodložená. Pokud totiž mělo být dílo kompletně k nějakému dni hotové a nějaká jeho část chybí, není dle názoru navrhovatele dílo objektivně řádně dokončeno. Vady a nedodělky takových částí díla, jež vyžadují právní předpisy na úseku požární ochrany a ochranných zábradlí na stavbách/budovách a souvisejících konstrukcích, nelze považovat za řádně dokončené. Na tomto nemůže nic změnit ani předložení osvědčení objednatele o řádném plnění referenční zakázky, neboť jeho obsah byl navrhovatelem objektivně skutkově vyvrácen.

22. Navrhovatel dále namítá, že funkce stavbyvedoucího při plnění veřejné zakázky LaRitma byla vykonávána osobou, jež není osobou autorizovanou, a tedy daná funkce byla plněna v rozporu s podmínkami stanovenými v § 160 odst. 1 stavebního zákona, čímž se vybraný dodavatel dopustil přestupku ve smyslu § 181 stavebního zákona. Není dále dle navrhovatele zřejmé, z jakého dokladu plyne tvrzení o tom, že činnost stavbyvedoucího byla vykonávána pod přímým dohledem a vedením autorizované osoby Ing. Jiřího Bendy. Dle navrhovatele tedy není dle právních předpisů možné, aby pozici stavbyvedoucího vykonávala osoba bez odpovídajícího oprávnění.
23. Dle navrhovatele je rovněž nesprávné opírat závěry o řádnosti provedení referenční zakázky LaRitma o kolaudační souhlas, neboť tento ničeho nevyovídá o tom, zda bylo plnění realizováno řádně, tedy včas a v souladu s podmínkami smlouvy o dílo a právními předpisy. Ač je tedy kolaudační souhlas uváděn i v napadeném rozhodnutí, není obsahem správního spisu. Navrhovatel dále namítá, že referenční veřejná zakázka Revitalizace Městského Úřadu byla navíc realizována převážně prostřednictvím poddodavatelů, neboť vybraný dodavatel nemá personální ani technické kapacity na provedení tohoto díla. Závěr Úřadu je v této části napadeného rozhodnutí rovněž nesprávný. Zadavatel tedy měl zjišťovat, jakou prokazatelnou měrou se vybraný dodavatel podílel na plnění předmětných referencí.
24. Dle navrhovatele vybraný dodavatel v projednávaném případě nesplňuje podmínky profesní způsobilosti. Je totiž zřejmé, že zadavatel požadoval všechna oprávnění vztahující se k předmětu veřejné zakázky a nejedná se toliko o taxativní výčet oprávnění, jež měl vybraný dodavatel doložit. Nelze dle navrhovatele rovněž souhlasit s kategorickým závěrem Úřadu, že jím uváděný výklad je jediný možný.

#### **Závěr rozkladu**

25. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

#### **IV. Vyjádření zadavatele k rozkladu**

26. Dne 29. 9. 2020 zaslal zadavatel k Úřadu své vyjádření k rozkladu navrhovatele. Zadavatel předně uvádí, že se v plném rozsahu ztotožňuje se závěry Úřadu uvedenými v napadeném rozhodnutí a má za to, že navrhovatel v rozkladu z větší části pouze opakuje již zmíněné skutečnosti. Navrhovatel se pak dle zadavatele k napadenému rozhodnutí vyjadřuje v podstatě jen okrajově a většinu argumentů Úřadu ignoruje a pouze účelově volí z kontextu vytržené argumenty. K námitkám navrhovatele vztahujícím se k výroku I napadeného rozhodnutí zadavatel uvedl, že: *„je toho názoru, že argumentace Navrhovatele v tomto ohledu je zavádějící a účelově konstruovaná. Návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů*

*Zadavatele se podává primárně proti tomu, jakým způsobem Zadavatel vypořádal námitky, tedy proti samotnému rozhodnutí o námitkách. Zadavatel v diskutovaném případě jasně deklaroval, že námitky odmítá a jasně specifikoval, které konkrétní námitky odmítá. Zrušení rozhodnutí o výběru dodavatele mělo čistě formální charakter a Zadavatel v novém oznámení provedl jen formální úpravy, což jasně deklaroval v předmětném rozhodnutí o námitkách. Navrhovatel měl tedy i nadále možnost podat návrh proti tomu, jakým způsobem Zadavatel tyto námitky vypořádal, když požadavek Navrhovatele na vyloučení Vybraného dodavatele jednoznačně odmítnul.“* Zadavatel dále uvádí, že konkrétním rozhodnutím, proti kterému se měl navrhovatel bránit podáním návrhu ve smyslu § 250 zákona, je právě rozhodnutí o námitkách. Zrušení oznámení o výběru č. 2 tedy dle zadavatele nikterak neomezuje schopnost navrhovatele vymezit se proti vypořádání jeho námitek v rozhodnutí o nich, pokud s tímto vypořádáním není ztotožněn. Tím, že návrh ve vztahu rozhodnutí o námitkách č. 2 nebyl podán, v podstatě znamená, že se navrhovatel s jeho obsahem ztotožnil, potažmo nedbal informace o nevyločení vybraného dodavatele. Zadavatel má tedy za to, že pokud námitky navrhovatele odmítne, přičemž se proti tomuto navrhovatel nebrání, již tyto námitky v tomtéž řízení použít nemůže, byť zadavatel provedl v průběhu tohoto jistou autoremeduru, která ovšem na podstatu námitky nemá vliv.

27. K námitce týkající se nesplnění technické kvalifikace na předmětnou veřejnou zakázku zadavatel předně uvádí, že pokud Úřad dovedl řádnost a včasnost provedení referenční zakázky LaRitma, tak vybraný dodavatel výše uvedený požadavek na technickou kvalifikaci splnil referenčními zakázkami LaRitma a Městský úřad. Z tohoto důvodu již Úřad nemusí zkoumat další referenční zakázku Areál Lokomotiva. Zadavatel shledává, že se Úřad zakázkou Areál Lokomotiva nezabýval zcela správně, když věděl, že i případná pochybení shledaná u referenčního plnění Areál Lokomotiva by neměla vliv na vyhodnocení celé věci. Námitka týkající se vyloučení soudního přezkumu je zcela nesprávná, neboť soudní přezkum tímto není nikterak vyloučen, jelikož v případě soudního přezkumu a shledání nesprávného postupu správního orgánu bude danou věc správní orgán znovu projednávat. K referenční zakázce LaRitma zadavatel dále uvádí, že zmiňované vady a nedodělky byly zaznamenány v předávacím protokolu, přičemž dané dílo bylo převzato objednatelům i s těmito nedodělkami. Zadavatel dále zdůrazňuje, že je stavební úřad Města Aš zcela nezávislým úřadem a se zadavatelem nemá ničeho společného a jeho tvrzení jakožto objednatel slouží jako důkaz. Je tedy nutno pohlížet na veřejnou zakázku LaRitma jako na řádnou a včasnou, poněvadž objednatel byl v daném případě srozuměn s rozsahem drobných nedostatků stavby a podepsal předávací protokol k předmětnému datu. Zadavatel dále dodává, že nelze dávat zhotoviteli (vybranému dodavateli) za vinu nedostatky, které sám nezpůsobil, nebo k nim došlo na základě špatných podkladů od objednatel. Pokud tedy byl na předmětnou stavbu vydán kolaudační souhlas, nemůže být dle zadavatele pochyb o řádnosti dokončeného díla.
28. Zadavatel ve vyjádření dále uvedl, že je ve své argumentaci konzistentní a neuvádí ničeho nového. Navrhovatel v rozkladu rovněž neuvádí, o jaké nové skutečnosti se jedná. Zadavateli se ovšem zdá, že těmito novými skutečnostmi jsou tvrzení o bagatelnosti namítaných vad a tvrzení o tom, že tyto vady vznikly na základě požadavku objednatel. Považuje-li tato tvrzení navrhovatel za nové skutečnosti, pak je jeho závěr nesprávný. Zadavatel pouze tímto podpořil svou argumentaci uvedenou v rozhodnutí o námitkách, kdy konzistentně tvrdil,



že k porušení smlouvy na referenční plnění LaRitma nedošlo. I kdyby Úřad shledal, že se jedná o nová tvrzení, byla by splněna lhůta pro koncentraci řízení i pro tato „nová tvrzení“.

29. Zadavatel dále sděluje, že diskuse nad kvalifikací pana Rakyty jakožto stavbyvedoucího do tohoto správního řízení vůbec nepatří, protože pokud došlo k porušení stavebních předpisů, je takové porušení k posouzení stavebním úřadem. Těžko toto může zadavatel sám posoudit a neuznat předmětné referenční plnění. Předmětný stavební úřad se navíc k věci vyjádřil a neshledal v působení pana Rakyty žádný problém. Vyjádření stavebního úřadu je tedy v tomto případě podkladem pro rozhodnutí Úřadu. Zadavatel rovněž nesouhlasí s tím, že kolaudační souhlas není jistým potvrzením řádnosti provedení díla, neboť přesně tímto je.
30. K námitce zapojení poddodavatelů zadavatel uvádí, že na straně navrhovatele došlo k nepochopení principu prokazování kvalifikace poddodavatelem, který se logicky odlišuje od prokazování kvalifikace dvěma dodavateli, kteří společně podávají nabídku, na což je navrhovatelem několikrát odkazováno. Zadavatel uvádí, že u poddodavatelského plnění je osobou plně odpovědnou za plnění hlavní dodavatel, stejně tak je primárním příjemcem odměny za provedené stavební práce a primárním příjemcem rizika, které z toho vyplývá. Poddodavatel je zavázán až sekundárně, a proto je nepochybné, že předkladatelem celého referenčního plnění je právě hlavní dodavatel, který dané plnění kompletně organizoval a logisticky zajišťoval.
31. K otázce prokázání profesní způsobilosti zadavatel dodává, že výčet oprávnění byl stanoven taxativně, přičemž navrhovatel nepřinesl nových tvrzení, která by zpochybňovala tento závěr, jež byl Úřadem již v řízení na prvním stupni jasně prokázán.
32. Zadavatel závěrem navrhuje předsedovi Úřadu, aby napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítnul.

#### **V. Řízení o rozkladu**

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

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

34. 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 s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
35. Úřad tím, že rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I napadeného rozhodnutí, rozhodl nesprávně, neboť daná část návrhu nebyla podána opožděně. Úřad výrokem II napadeného rozhodnutí rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. Nicméně vyjmutí části návrhu v rámci tohoto výroku bylo nesprávné, neboť předmětná část návrhu měla být a byla vypořádána v kontextu jeho odůvodnění. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou

v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích tohoto rozhodnutí.

## **VI. K námitkám rozkladu**

36. Navrhovatel předně namítá, že návrh na zahájení řízení nebylo možno podat již proti rozhodnutí o námitkách č. 2, neboť související oznámení o výběru č. 2 bylo zadavatelem zrušeno. Správní řízení tedy nemělo být v této části návrhu zastaveno.
37. Navrhovatel dále namítá, že referenční veřejné zakázky Areál Lokomotiva, LaRitma a Revitalizace Městského úřadu v Aši nejsou způsobilými referenčními plněními.
38. Dle navrhovatele vybraný dodavatel v projednávaném případě nesplňuje podmínky profesní způsobilosti.

### ***Ke zrušení výroku I napadeného rozhodnutí***

39. Podle § 251 odst. 2 zákona musí být návrh na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, není-li stanoveno jinak, doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitky odmítnul.
40. Nedodržením lhůty dle § 251 odst. 2 zákona se navrhovatel vystavuje zastavení správního řízení dle § 257 písm. e) zákona.
41. V nyní projednávaném případě bylo oznámení o výběru č. 2 navrhovateli doručeno dne 18. 3. 2020, přičemž proti tomuto podal navrhovatel dne 2. 4. 2020 námitky č. 2. V předmětných námitkách navrhovatel mj. namítal to, že pokud vybraný dodavatel předložil zadavateli informace nepravdivé a neodpovídající skutečnosti, měl být podle § 48 odst. 8 zákona ze zadávacího řízení vyloučen, s tím, že měl být vyloučen již v předchozích stádiích zadávacího řízení, a to s přihlédnutím k tomu, že vyloučení vybraného dodavatele je v tomto případě dle § 48 odst. 8 zákona obligatorní. Poněvadž vybraný dodavatel dle navrhovatele neprokázal splnění podmínek účasti, jak ostatně namítal navrhovatel již v námitkách č. 2, měl být dle dikce § 48 odst. 8 zákona zadavatelem vyloučen. O námitkách č. 2 poté zadavatel rozhodl rozhodnutím o námitkách č. 2 ze dne 17. 4. 2020, a to tak, že se tyto námitky odmítají s tím, že si zadavatel pro větší transparentnost zadávacího řízení sám (nikoliv však z věcných důvodů namítaných navrhovatelem) oznámení o výběru č. 2 zruší a vydá nové oznámení o výběru, které rozšíří o informace, k jejichž sdělení není zadavatel dle zákona povinen. Ke zrušení předmětného úkonu došlo dne 22. 4. 2020. Dne 22. 4. 2020 obdržel navrhovatel oznámení o výběru č. 3, proti kterému podal dne 11. 5. 2020 námitky č. 3. O těchto námitkách zadavatel rozhodl rozhodnutím o námitkách č. 3 ze dne 18. 5. 2020. Proti rozhodnutí o námitkách č. 3 následně směřoval návrh na zahájení správního řízení evidovaný pod sp. zn. ÚOHS-S0215/2020/VZ, v němž bylo vydáno napadené rozhodnutí.
42. Předmětným návrhem navrhovatel v části jeho odůvodnění opětovně argumentoval tím, že: „v situaci následující po vyhodnocení nabídek a rozhodnutí o výběru již zadavatel nemá volbu v tom, zda takto vybraného dodavatele vyloučí /či nikoli, ale ve smyslu § 48 odst. 8 je vyloučení vybraného dodavatele obligatorní“.

43. Dle § 48 odst. 8 zákona zadavatel vybraného dodavatele vyloučí z účasti v zadávacím řízení, pokud zjistí, že jsou naplněny důvody vyloučení podle odstavce 2 nebo může prokázat naplnění důvodů podle odstavce 5 písm. a) až c).
44. Předně je vhodné uvést, že navrhovatel tuto námitku uvedl již v námitkách č. 2 a následně ji opakoval i v námitkách č. 3, shodně pak v předmětném návrhu na zahájení řízení, přičemž v souvislosti s ní tedy namítal, že: *„Pokud by byly zadavateli Vybraným dodavatelem předloženy informace nepravdivé a neodpovídající skutečnosti (což se tak jeví), máme za to, že je na místě Vybraného dodavatele vyloučit ve smyslu § 48 odst. 8 ZZVZ. (...) V případě neprokázání podmínek účasti v zadávacím řízení, přichází povinnost vybraného dodavatele vyloučit ve smyslu § 48 odst. 8 ZZVZ, což je zákonný imperativ. Tento nemůže být zhojen ani případným postupem spočívajícím ve zrušení výběru Vybraného dodavatele, neboť dle dikce § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ je důvodem pro obligatorní vyloučení i předkládání údajů a dokladů, které neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení. Tedy toto ustanovení dopadá i na dokládané údaje a doklady předkládané v předchozí fázi zadávacího řízení. Tedy se vztahují na jakékoliv údaje a doklady předkládané dodavatelem kdykoliv během zadávacího řízení. Jakýkoliv jiný postup je v rozporu s účelem zákona ve smyslu § 48 odst. 2 písm. c) ve spojení s § 48 odst. 8 ZZVZ, kterými je nastolena zásada, že dodavatel, který během zadávacího řízení předkládá nepravdivé údaje, informace a doklady nemůže být vyhodnocen jako vybraný dodavatel a nesmí se mu umožnit realizace plnění veřejné zakázky.“<sup>2</sup>*
45. Úřad o výše uvedené části návrhu rozhodl výrokem I napadeného rozhodnutí, a to tak, že se správní řízení vedené o této části návrhu dle § 257 písm. e) zákona zastavuje, neboť předmětná část návrhu nebyla Úřadu a zadavateli doručena ve lhůtě podle § 251 odst. 2 zákona. V předmětné části návrhu tedy měl být dle Úřadu podán návrh již po doručení rozhodnutí o námitkách č. 2, a to nejpozději do dne 27. 4. 2020<sup>3</sup>, neboť již tímto úkonem muselo být navrhovateli: *„jednoznačně zřejmé (neboť to zadavatel výslovně deklaroval), že zadavatel s argumentací navrhovatele ohledně povinnosti vyloučit vybraného dodavatele podle § 48 odst. 8 zákona nesouhlasí a že k jeho vyloučení nepřistoupí.“* Dle Úřadu se tedy navrhovatel podaným návrhem opětovně vrací k argumentaci, kterou poprvé prezentoval v námitkách č. 2, aniž by tuto námitku uplatnil v zákonem stanovené lhůtě i u Úřadu, a to do 10 dnů od doručení rozhodnutí o námitkách č. 2, přičemž předmětnou část návrhu učinil součástí návrhu podaného v souvislosti s rozhodnutím o námitkách č. 3. Návrh byl v této části dle závěrů Úřadu prezentovaných ve výroku I napadeného rozhodnutí, resp. souvisejícího odůvodnění napadeného rozhodnutí, podán opožděně.
46. S uvedeným závěrem Úřadu, resp. se závěrem výroku I napadeného rozhodnutí ovšem nelze souhlasit.
47. Ačkoliv je dle spisového materiálu patrné, že navrhovatel předmětnou námitku uvedl již v námitkách č. 2, uvedl totožnou námitku také ve vztahu k oznámení o výběru č. 3, a to v námitkách č. 3 a následně pak v návrhu ze dne 29. 5. 2020. K prvotnímu uplatnění obsahu dané námitky sice došlo již v námitkách č. 2, ovšem úkon, proti kterému tato námitka

<sup>2</sup> Viz Námitky č. 3 ze dne 10. 5. 2020, doručené zadavateli dne 11. 5. 2020, strana 8-9 odůvodnění.

<sup>3</sup> Rozhodnutí o námitkách č. 2 doručeno dne 17. 4. 2020.

směřovala, byl dne 22. 4. 2020 zadavatelem zrušen. S ohledem na to, že zadavatel předmětné oznámení o výběru č. 2 zrušil, postrádalo by význam, aby navrhovatel podával proti tomuto zrušenému úkonu zadavatele návrh. Nutno podotknout, že ke zrušení oznámení o výběru č. 2 došlo v běhu lhůty pro podání návrhu, resp. v době jejího počátku. Nelze proto vytýkat navrhovateli, že tento nepodal návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, když předmětný úkon, který by měl být Úřadem přezkoumán, byl již samotným zadavatelem zrušen. Jinými slovy tedy došlo k naplnění cíle, ke kterému by nepochybně podaný návrh směřoval.

48. Nelze si tedy představit, o čem by býval Úřad v této části návrhu podaného v souvislosti s rozhodnutím o námitkách č. 2 rozhodoval, jestliže by byl konkrétní přezkoumávaný úkon zadavatele již zrušen.
49. Zrušením oznámení o výběru č. 2 navíc nastal stav, kdy zanikla možnost pravomocného uložení nápravného opatření ve vztahu k předmětnému úkonu, kterého by se navrhovatel zjevně svým návrhem domáhal. Je nezbytné totiž vycházet z toho, že zákon nezná nápravné opatření, jehož uložení by se navrhovatel mohl za takového skutkového stavu domáhat. Jinými slovy proti zrušenému oznámení o výběru č. 2 a jeho souvisejícím úkonům by sice bylo možné podat návrh na zahájení správního řízení, avšak v daném případě by již od počátku nepochybně existovaly důvody pro jeho zastavení. Zahájení a vedení takového řízení by postrádalo smysl, neboť by cílené nápravné opatření nemohlo být uloženo a není nápravného opatření, jež by v tomto případě mohlo být uloženo. Je vhodné tedy konstatovat, že nelze po navrhovateli spravedlivě požadovat, aby podal návrh, který by zřejmě naplňoval důvody pro zastavení řízení. Nutno také podotknout, že návrh k Úřadu není podáván proti rozhodnutí zadavatele o námitkách, nýbrž proti úkonům specifikovaným v § 250 odst. 1 zákona.
50. Pokud by navrhovatel podal návrh již v souvislosti s rozhodnutím o námitkách č. 2, tedy po zrušení napadeného úkonu, nebylo by již účelné pokračovat v řízení o takovém návrhu a správní řízení by bylo jednoduše zastaveno. Ostatně dané potvrzuje i konstantní rozhodovací praxe Úřadu, příkladem lze uvést rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 7. 12. 2018, č. j.ÚOHS-R0167/2018/VZ-36402/2018/323/MBr nebo také rozhodnutí Úřadu ze dne 24. 6. 2020, č.j. ÚOHS-18922/2020/541/OKo vydané v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0185/2020/VZ.
51. Nicméně v daném případě námitka specifikovaná ve výroku I napadeného rozhodnutí byla učiněna rovněž ve vztahu k oznámení o výběru č. 3, jež je nutno považovat za zcela nový úkon, byť se od oznámení o výběru č. 2 odlišoval toliko po formální stránce. Lze konstatovat, že pokud tedy navrhovatel v souvislosti s oznámením o výběru č. 3 namítal totožnou námitku, mohl tak učinit, neboť tak činil vůči jinému úkonu zadavatele. Jelikož tedy navrhovatel namítal i v námitkách č. 3, že pokud vybraný dodavatel předložil zadavateli informace nepravdivé a neodpovídající skutečnosti, měl být podle § 48 odst. 8 zákona ze zadávacího řízení vyloučen již v předchozích stádiích zadávacího řízení, a o této námitce bylo rozhodnutím o námitkách č. 3 rozhodnuto, mohl navrhovatel tuto námitku uplatnit i v návrhu ze dne 29. 5. 2020.
52. Závěrem k výroku I tohoto rozhodnutí konstatuji, že výrok I napadeného rozhodnutí je z výše uvedených důvodů nutno považovat za nesprávný, a proto jsem přistoupil ke zrušení

předmětného výroku I napadeného rozhodnutí dle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu.

**K zákonnosti výroku II napadeného rozhodnutí**

53. Po zrušení výroku I napadeného rozhodnutí jsem dále přezkoumal rovněž výrok II napadeného rozhodnutí z hlediska jeho zákonnosti, načež shrnuji, že jsem dospěl k závěru, že Úřad v rozsahu výroku II napadeného rozhodnutí rozhodl v souladu se zákonem a dalšími právními předpisy.
54. K zákonnosti výroku II napadeného rozhodnutí poukazuji, že Úřad zjistil skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, na zjištěný skutkový stav aplikoval relevantní ustanovení zákona, která interpretoval ve světle příslušné judikatury. Úřad řádně označil všechny podklady, z nichž při vydání napadeného rozhodnutí vycházel, načež uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a na jejichž základě dospěl ke svým závěrům. Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval, řádně odůvodnil jejich použití a výsledný výrok II napadeného rozhodnutí mám za logický, srozumitelný a plně přezkoumatelný. Současně konstatuji, že jsem nezjistil procesní vadu, která by mohla mít za následek nezákonnost výroku II napadeného rozhodnutí.

**K formální změně výroku II napadeného rozhodnutí**

55. Úřad výrokiem I napadeného rozhodnutí vyloučil část námitek týkající se otázky vyloučení vybraného dodavatele dle § 48 odst. 8 zákona již v předchozím stadiu zadávacího řízení do samostatného výroku, přičemž tímto výrokiem rozhodl o opožděnosti podaného návrhu v této části námitek. Dle výroku II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodoval o meritě věci, přičemž vypořádal všechny námítky uvedené v návrhu.
56. Protože jsem shledal, že návrh v části specifikované ve výroku I napadeného rozhodnutí nebyl podán opožděně, přistoupil jsem ke zrušení výroku I napadeného rozhodnutí. Následně jsem musel posoudit, zda byla námitka vyčleněná do výroku I napadeného rozhodnutí Úřadem vypořádána alespoň ve své podstatě, anebo je zapotřebí v této části vrátit napadené rozhodnutí Úřadu k novému projednání.
57. Předně je k dané věci nutné uvést, že danou námitkou, jež měla být dle výroku I napadeného rozhodnutí podána opožděně, navrhovatel namítal, že: *„Současně naše společnost má za to, že její výklad omezení doplňování a objasňování nabídky Vybraného dodavatele po 27. 1. 2020 ve smyslu ve smyslu § 48 odst. 8 ZZVZ je správný. V situaci následující po vyhodnocení nabídek a rozhodnutí o výběru již zadavatel nemá volbu v tom, zda takto vybraného dodavatele vyloučí /či nikoli, ale ve smyslu § 48 odst. 8 je vyloučení Vybraného dodavatele obligatorní. Ve stadiu zadávacího řízení po učinění výběru dodavatele již zadavatel nemá ve vztahu k takto vybranému dodavateli možnost autoremedury spočívající v modifikaci předložené nabídky a jejich podkladů. Takto lze účinně postupovat toliko do doby učinění výběru dodavatele. Z žádného podání zadavatele se však nedozvídáme, zda Vybraný dodavatel po 27. 1. 2020 předkládal zadavateli jakékoli další podklady či objasnění své nabídky, pokud se tak však stalo, jedná se o postup rozporná*

se zákonem.“<sup>4</sup> Totožnou námitku navrhovatel uplatňoval již v námitkách č. 2, námitkách č. 3, taktéž v předmětném návrhu.

58. Ze spisového materiálu je patrné, že předmětná námitka byla vypořádána již v rozhodnutí o námitkách č. 2, shodně pak v rozhodnutí o námitkách č. 3, kdy zadavatel uvedl, že: *„předpokladem pro Stěžovatelovo tvrzení je fakt, že by Vybraný dodavatel předložil v zadávacím řízení nepravdivé informace. Jak ale bylo demonstrováno v předchozích bodech, k tomu v žádném okamžiku zadávacího řízení nedošlo, a Zadavatel tedy ani nemohl mít důvod přistoupit k vyloučení Vybraného dodavatele, kterého se Stěžovatel domáhá.“* K danému pak zadavatel dodal, že: *„Pokud se jedná o Stěžovatelem zavedenou zásadu, že dodavatel, který během zadávacího řízení předkládá nepravdivé údaje, informace a doklady nemůže být vyhodnocen jako vybraný dodavatel a nesmí se mu umožnit realizace plnění veřejné zakázky, k tomu Zadavatel uvádí, že je to v jistém smyslu jistě pravda, nicméně bude vždy záležet na posouzení toho, co je definováno jako nepravdivá informace. Důvodem k vyloučení by pak dle názoru Zadavatele byly jen takové nepravdivé informace, kterými by Vybraný dodavatel (nebo jiný účastník zadávacího řízení) uvedl Zadavatele záměrně v omyl. Rozhodně nelze za nepravdivost označovat formální pochybení v nabídce, nebo případná domnělá dřívější profesní pochybení účastníka, tak jak se to v Námitkách snaží prezentovat Stěžovatel.“*
59. Zadavatel rovněž ve svém vyjádření k návrhu ve vztahu k předmětné námitce uvedl, že principem námitkového řízení je schopnost zadavatele svá případná pochybení následně zhojit prostřednictvím autoremedury. Navrhovatel dle zadavatele zaměřuje obligatorní vyloučení vybraného dodavatele s možností vyjasnění/doplnění nejasnosti ohledně splnění zadávacích podmínek. Je-li tedy postaveno najisto, že vybraný dodavatel zadávací podmínky nesplňuje, je povinností zadavatele jej vyloučit čili je toto vyloučení obligatorní. Jsou-li ovšem předmětem námitkového řízení nejasnosti ohledně toho, zda takovou věc zadavatel najisto postavenou má nebo nemá, pak je jediným logickým krokem, aby v případě, že zadavatel v rámci námitkového řízení zjistí, že některou z těchto věcí najisto postavenou nemá, postupoval zákonnými prostředky k jejímu objasnění, nikoliv, aby účastníka skrze případnou nejasnost okamžitě vyloučil. Zadavatel dále konstatoval, že k navrhovatelem namítanému uvedení nepravdivých informací, a tedy k naplnění důvodu pro obligatorní vyloučení vybraného dodavatele nedošlo.
60. K dané části návrhu je nutno také uvést, že tato byla vypořádána v kontextu výroku II napadeného rozhodnutí, resp. v kontextu jeho odůvodnění. Jelikož je předmětná námitka s ostatními námitkami namítanými v návrhu silně provázána, resp. je v ní namítán následek, který měl nastat v případě zjištění namítaných pochybení, je zřejmé, že byla vypořádána již zjištěním, že k daným pochybením nedošlo. Přesněji řečeno, že tedy nedošlo k uvedení nepravdivých informací v nabídce vybraného dodavatele týkajících se zejména předkládaných referencí, a také prokázání splnění profesní způsobilosti. Dospěl-li tedy Úřad k tomu, že k pochybením namítaným navrhovatelem nedošlo, tedy nedošlo rovněž k uvedení nepravdivých informací, a tedy že vybraný dodavatel neměl být dle § 48 odst. 8 zákona vyloučen, pak je zcela namístě konstatovat, že tato námitka byla skutečně vypořádána v kontextu výroku II napadeného rozhodnutí.

<sup>4</sup> Strana 14 návrhu ze dne 29. 5. 2020.

61. K předmětné námitce není nutné se na tomto místě dále vyjadřovat, neboť její vypořádání vplyne z kontextu vypořádání rozkladových námitek, tedy zjištěním, zda k namítaným pochybením došlo či nikoliv. Ostatně takový způsob vypořádání námitek je legitimní, jak uvádí například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 2. 2019, č. j. 8 Afs 267/2017-38, dle kterého: „Přehlédnout pak nelze ani fakt, že správní orgány a soudy nemají povinnost vypořádat se s každou dílčí námitkou, pokud proti tvrzení účastníka řízení postaví právní názor, v jehož konkurenci námitky jako celek neobstojí; takový postup shledal ústavně konformním i Ústavní soud (srov. nález ze dne 12. 2. 2009, sp. zn. III. ÚS 989/08, a rozsudek NSS ze dne 12. 3. 2015, čj. 9 As 221/2014-43).“
62. S ohledem na to, že daná námitka byla v kontextu odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí vypořádána, jsem přistoupil k jeho formální změně dle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu.
63. Výrok II napadeného rozhodnutí jsem proto změnil tak, že se zamítá celý návrh navrhovatele, jelikož část návrhu, kterou Úřad vyjmul z výroku II napadeného rozhodnutí, byla ve své podstatě vypořádána v odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí, případně bude její vypořádání rozvedeno v tomto rozhodnutí.

***K zamítnutí podaného rozkladu***

64. Podaným rozkladem navrhovatel k výroku II namítá nesplnění technické kvalifikace vybraným dodavatelem a nezpůsobilost referenčních zakázek předložených vybraným dodavatelem. Dále namítá obsahové nedostatky oznámení o výběru č. 3, skutečnost, že referenční stavby nebyly realizovány vybraným dodavatelem, ale prostřednictvím poddodavatelů, a také namítá nesplnění profesní způsobilosti vybraným dodavatelem ve vztahu k nyní projednávané veřejné zakázce.
65. Pro doplnění odůvodnění navrhovatel v rozkladu odkazuje na návrh ze dne 29. 5. 2020.
- Ke splnění technické kvalifikace a způsobilosti referenčního plnění*
66. Navrhovatel předně namítá, že kritérium technické kvalifikace ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) zákona specifikované v čl. 6.1 písm. c) zadávací dokumentace nebylo vybraným dodavatelem splněno. Navrhovatel ostatně již v návrhu namítal, že předložené referenční veřejné zakázky Areál Lokomotiva, LaRitma a Městský úřad nejsou způsobilými referenčními plněními.
67. Dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat seznam stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací; zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady i za dobu delší než posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.
68. Zadavatel tedy v zadávací dokumentaci, konkrétně v čl. 6. 1 písm. c), požadoval *předložení minimálně dvou staveb obdobného charakteru (dopravní stavby např. parkoviště, komunikace a chodníky atp., pozemní stavby – rekonstrukce budov či novostavba atp.) za posledních 5 let, jež finanční objem každé z nich překročil 10 mil. Kč bez DPH.*
69. Jak vyplývá z předloženého spisového materiálu, vybraný dodavatel předložil referenční plnění v podobě veřejné zakázky Areál Lokomotiva v celkové hodnotě 28 948 244 Kč bez

DPH, dále pak předložil referenční plnění zakázky Rekonstrukce La Ritma v celkové hodnotě 40 722 177 Kč bez DPH, doložil rovněž referenci v podobě veřejné zakázky Městského úřadu v Aši v hodnotě 23 168 876 Kč bez DPH. Z předložených potvrzených referencí je patrné, že kritérium bylo co do požadované hodnoty předkládaných referencí splněno.

70. Následně je nezbytné posoudit, zda jsou předložená referenční plnění způsobilá i co do jejich řádného splnění.
71. K referenční zakázce Areál Lokomotiva navrhovatel již v návrhu uvedl, že vybraný dodavatel objednateli nepředal stavební deníky k archivaci dle § 157 odst. 3 stavebního zákona. Řádným dokončením díla se dle navrhovatele rozumí mj. i předání kompletní požadované dokumentace, přičemž do této dokumentace spadá i stavební deník. Dle navrhovatele je nepředání stavebního deníku závažným porušením § 157 odst. 3 stavebního zákona. Navrhovatel tedy k uvedené referenční zakázce uzavřel, že tato nebyla provedena řádně a plně v souladu s požadavky objednatele.
72. S ohledem na to, že Úřad zjistil, že referenční plnění La Ritma a Městský úřad jsou způsobilými referenčními plněními, dospěl k závěru, že tyto postačí k prokázání splnění kritéria technické kvalifikace vyžadovaného zadavatelem, a tudíž danou referenční zakázku Areál Lokomotiva již dále zkoumat nemusí.
73. Rozkladem navrhovatel k danému předně namítá, že se Úřad otázkou neřádného plnění referenční zakázky Areál Lokomotiva vůbec nezabýval, čímž tedy opominul rozhodnout o části předmětu řízení tak, jak byl navrhovatelem vymezen v rámci podaného návrhu, současně tím také vyloučil právo navrhovatele na soudní přezkum.
74. K danému je možno uvést, že pokud zadavatel požadoval pro prokázání splnění kritéria technické kvalifikace toliko dvě způsobilá referenční plnění a za předpokladu, že Úřad zjistil, že jiná dvě plnění jsou způsobilá, je možné s ohledem na zásadu procesní ekonomie, a také zásadu materiální pravdy zakotvenou v § 3 správního řádu, již dále tuto referenci nezkoumat. Dle § 3 správního řádu je totiž dáno, že nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2. Úřad v daném případě tedy nepochybil, neboť zjistil stav, o němž nejsou žádné pochybnosti, a to dostatečným způsobem odpovídajícím § 3 správního řádu.
75. K tvrzení, že postupem Úřadu by mělo dojít k vyloučení soudního přezkumu v rozsahu nevypořádané námítky ve vztahu k referenční zakázce Areál Lokomotiva lze uvést, že dané tvrzení je zcela liché. Příslušný soud v eventuálním soudním řízení bude přezkoumávat správnost a zákonnost daného rozhodnutí, a to včetně toho, zda byl postup Úřadu i jeho předsedy v této otázce správný. Samotný přezkum námítek týkajících se referenční zakázky Areál Lokomotiva tedy není vyloučen.
76. Nad rámec výše uvedeného však pro doplnění uvádím, že nepředložení stavebního deníku ve smyslu § 157 odst. 3 stavebního zákona může být sice shledáno jako porušení stavebního zákona, ovšem tato skutečnost jednak nemůže být předmětem přezkumu ze strany Úřadu a rovněž nemá vliv na řádnost provedení díla pro účely posouzení splnění kritéria technické kvalifikace. Dané dovozují z toho, že na řádnost provedení díla nemá vliv, zda k předání stavebního deníku dojde či nikoliv, neboť jeho předání není předpokladem řádnosti



a včasnosti provedení stavby. Tvzení navrhovatele je tedy liché, neboť dle předmětného ustanovení stavebního zákona předá zhotovitel po dokončení stavby originál stavebního deníku nebo jednoduchého záznamu o stavbě stavebníkovi. Pokud tedy navrhovatel uvádí, že nepředáním stavebního deníku dojde k tomu, že dodavatel nedokončí referenční zakázku řádně a včas, a následně odkazuje na zákonné ustanovení, dle kterého k předání dochází až po dokončení stavby, protiřečí si. Je totiž nemožné, aby nepředání stavebního deníku bránilo dokončení stavby, když k němu má dojít až po jejím dokončení. Řádnost provedení díla navíc potvrzuje také osvědčení objednatele o řádnosti a včasnosti předmětného referenčního plnění ze dne 15. 7. 2019, které je nutno považovat za důkazní prostředek. Ostatně jak již Úřad uvedl v bodech 156 – 157 odůvodnění napadeného rozhodnutí, a sice: *„že osvědčení o realizaci referenční zakázky lze považovat za určitou formu přímějšího důkazu s vyšší vypovídající hodnotou a mírou objektivitu, přičemž toto osvědčení pochází od nezávislé třetí osoby – objednatele a lze jej považovat za zákonem předpokládaný důkazní prostředek, proto lze pro účely posouzení předložených referencí z těchto osvědčení vycházet.“*

77. Se zřetelem k tomu, že zadavatel požadoval k prokázání splnění kritéria technické kvalifikace toliko dvě referenční plnění a Úřad již posoudil způsobilost alespoň dvou referenčních zakázek, konstatuji, že Úřad při svém postupu s ohledem na zásadu materiální pravdy nepochybil. Námitka navrhovatele je tedy nedůvodná.
78. K referenční zakázce La Ritma navrhovatel v rozkladu uvádí, že tato vykazovala hrubé nedostatky a vady bránící provozu díla, zejména v částech protipožární ochrany. K předání díla chyběla dodávka a osazení protipožárních dveří dle požárně bezpečnostního řádu, chyběly doklady k protipožárním dveřím, požárního hydrantu, chyběly doklady k funkčním zkouškám EPS a chybělo propojení zábradlí. Tento stav tedy dle navrhovatele jasně vykazoval takové vady díla, pro které nemohlo být dílo ke dni jeho převzetí schopno bezpečného provozu, jelikož se jednalo o takové vady, které ohrožovaly zdraví, život a majetek třetích osob. Navrhovatel v rozkladu namítá nesprávnost závěru Úřadu, dle něhož i přes zjištěné vady a nedodělky díla, bylo dílo provedeno v souladu se smlouvou o dílo, neboť objednatel dané dílo převzal (byť s výhradou vad a nedodělků).
79. K danému lze uvést, že dle § 2604 zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „OZ“) je dílo provedeno, je-li dokončeno a předáno. K dokončení díla je poté zapotřebí ve smyslu § 2605 OZ, aby byla předvedena jeho způsobilost sloužit svému účelu. Objednatel poté převezme dokončené dílo s výhradami, nebo bez výhrad. Doplňkově lze uvést i § 2606 OZ, dle kterého, převezme-li objednatel dílo bez výhrad, nepřizná mu soud právo ze zjevné vady díla, namítne-li zhotovitel, že právo nebylo uplatněno včas.
80. V daném případě došlo k převzetí díla s výhradami, ovšem jak již vyplývá z dikce OZ, nemá dané převzetí díla s výhradami vliv na jeho dokončení. Komentářová literatura ostatně k § 2604 OZ uvádí, že: *„Znamená to, že i když má objednatel výhrady k dílu, zpravidla tedy pro jeho určité vady, může takové dílo sloužit svému účelu a po jeho předvedení, případně provedení zkoušek (§ 2607) je lze považovat za dokončené. (...) Nově tedy platí, že i dílo, které je vadné, ale bylo předvedeno, že slouží svému účelu, je dílo dokončené, a bylo-li předáno, je objednatel povinen zaplatit cenu díla, nebylo-li sjednáno něco jiného.“* (viz HORÁK, Pavel. § 2604 [Dokončení a předání]. In: HULMÁK, Milan, BEDNÁŘ, Václav, BEZOUŠKA, Petr, a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014)*. 1. vydání.

Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 1077.). V kontextu daného výkladu je nutno posoudit, zda dílo je způsobilé sloužit svému účelu.

81. K posouzení toho, zda je dílo způsobilé sloužit svému účelu konstatuji, že k účelu, jenž byl nastaven smlouvou o dílo na předmětnou referenční zakázku, způsobilé bylo. Předmětné vychází již z vyjádření zadavatele (objednatele u referenční zakázky La Ritma) ze dne 3. 7. 2020, v němž tento mj. uvedl, že dané dílo bylo i přes uvedené vady a nedodělky způsobilé k užívání. Nutno podotknout, že účelem dané stavby byla rekonstrukce objektu LaRitma pro ZUŠ v Aši, tedy rekonstrukce stavby v tom smyslu, aby tato bylo způsobilá užívání pro účely ZUŠ v Aši. S ohledem na to, že zadavatel předmětné referenční zakázky způsobilost užívání rekonstruované stavby potvrdil již v osvědčení ze dne 31. 7. 2018 a následně i ve vyjádření ze dne 3. 7. 2020, je nepochybné, že daná stavba byla způsobilá sloužit svému účelu. Vzhledem k tomu, že navrhovatel výše uvedené v návrhu, resp. v rozkladu nenamítal, není nutné dané tvrzení více rozvádět. Následně proto přistupuji k vypořádání v rozkladu uvedených námitek týkajících se předmětných vad a nedodělků na referenční zakázce La Ritma.
82. Úřad již v bodě 164 odůvodnění napadeného rozhodnutí shledal, že vady a nedodělky byly způsobeny chybou objednatele či jeho nečinností, popř. pozdějšími požadavky provozovatele objektu či na základě chybných podkladů zadavatele. Po prostudování předložených dokumentů souvisejících s referenčním plněním La Ritma, a také se zohledněním předloženého písemného vysvětlení zadavatele, resp. objednatele plnění La Ritma ze dne 3. 7. 2020 je možno konstatovat, že dané vady či nedodělky nebyly zapříčiněny primárně vybraným dodavatelem, načež tyto byly odstraněny, a proto mám za to, že daná veřejná zakázka byla dokončena řádně.
83. Dokončení předmětného díla je ovšem dle § 2604 OZ jen jednou z podmínek provedení díla. Druhou podmínkou pro řádné provedení díla je jeho předání, přičemž o předání onoho díla není v tomto případě sporu. Lze proto uzavřít, že ze skutkových zjištění Úřadu plyne, že dílo bylo provedeno řádně a včas. Ostatně dané potvrzuje i osvědčení objednatele ze dne 31. 7. 2018, ze kterého Úřad primárně vychází. Nad rámec je možno doplnit, že je to právě objednatel, tedy zadavatel té konkrétní referenční zakázky, kdo posuzuje, zda bylo dílo provedeno řádně a včas, přičemž potvrzení řádně provedené reference je třeba primárně považovat za pravdivé. Zadavatel v rámci probíhajícího zadávacího řízení, tedy pro účely posouzení dodavatelem předložených referencí vychází z těchto osvědčení a až v případě pochybností o pravdivosti a správnosti osvědčení tuto řádnost sám posuzuje. Totožné platí i pro řízení před Úřadem.
84. Navrhovatel v rozkladu dále namítá, že se Úřad zcela neobjektivně ztotožňuje se závěry zadavatele týkajících se vad a nedodělků, přičemž se dle navrhovatele jedná toliko o účelovou argumentaci. K danému navrhovatel dodává, že závěr Úřadu rovněž nemá oporu ve správním spise, neboť zde není dokladu o tom, že by daná pochybení byla bagatelního charakteru. Dle navrhovatele navíc závěry o bagatelnosti byly uvedeny až v písemném vysvětlení tvrzení uvedeného v bodě 19 vyjádření k návrhu č. 2, které zadavatel Úřadu doručil dne 3. 7. 2020 a jedná se tak o nové skutečnosti, jež nejsou s ohledem na koncentraci řízení přípustné.

85. S tvrzeními navrhovatele se nelze ztotožnit, neboť Úřad sice primárně vycházel z předloženého osvědčení objednatele referenční zakázky La Ritma, avšak po prostudování navrhovatelem uplatněných námitek vyzval zadavatele k vysvětlení tvrzení týkajících se předmětných vad a nedodělků, neboť tento uvedl, že se jedná o vady a nedodělky, které nelze vybranému dodavateli přičítat k tíži. Ze správního spisu je tedy patrné, že Úřad na základě námitek navrhovatele a vyjádření zadavatele k návrhu požádal zadavatele o vysvětlení svých tvrzení. Tvrzení předložená zadavatelem ve vyjádření ze dne 3. 7. 2020 Úřad shledal za srozumitelná, logická a přezkoumatelná, přičemž své závěry srozumitelně a řádně odůvodnil (body 164 – 165 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Nelze tedy tvrdit, že se Úřad pouze neobjektivně ztotožnil se závěry zadavatele. Po prostudování zadavatelem předloženého vysvětlení se se zjištěními Úřadu ohledně zaznamenaných vad a nedodělků plně ztotožňují. K tvrzení navrhovatele o tom, že závěry Úřadu nemají oporu ve správním spise, uvádím, že jsou liché, neboť tvrzení Úřadu, jakožto tvrzení uvedená v tomto rozhodnutí mají oporu ve správním spise (například vyjádření zadavatele k namítaným vadám a nedodělkům ze dne 3. 7. 2020 je evidováno jako dokument s pořadovým číslem 21). Nutno dodat, že tvrzení zadavatele vztahující se k vadám a nedodělkům plnění La Ritma nelze považovat za nové skutečnosti, jelikož se jedná toliko o vysvětlení již uvedených tvrzení zadavatele, přičemž dané vysvětlení bylo Úřadu poskytnuto na jeho žádost v rámci zjišťování skutkového stavu. Uvedená tvrzení navrhovatele proto považuji za nesprávná.
86. K předmětné referenční veřejné zakázce navrhovatel také namítá, že u ní vybraný dodavatel prokazoval splnění profesní způsobilosti dle § 77 odst. 2 písm. c) zákona osobou, jež se reálně nepodílela na její realizaci, neboť funkci stavbyvedoucího vykonávala jiná osoba, a to bez požadované způsobilosti. Navrhovatel uvádí, že byla funkce stavbyvedoucího vykonávána panem Vladimírem Rakytou, který není osobou autorizovanou na pozici stavbyvedoucího ve smyslu § 160 odst. 1 stavebního zákona. K tomuto dodává, že je v rozporu se stavebním zákonem a zákonem č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o autorizaci**“), aby pozici stavbyvedoucího vykonávala osoba bez odpovídajícího oprávnění. Ostatně ne odbornost vedení stavby se projevila existencí výše uvedených vad a nedodělků.
87. Pro posouzení toho, zda byla u předmětného referenčního plnění dána profesní způsobilost vybraného dodavatele je namístě vycházet ze stanoviska stavebního úřadu v Aši ze dne 24. 6. 2020, dle kterého autorizovaná osoba je povinna vykonávat činnost, pro kterou je jí udělena autorizace, a může tak činit i ve spolupráci s jinými osobami. Pro posouzení dané věci je nezbytné vycházet rovněž ze samotné dikce zákona.
88. Dle § 160 odst. 1 stavebního zákona může provádět stavbu jako zhotovitel jen stavební podnikatel, který při její realizaci zabezpečí odborné vedení provádění stavby stavbyvedoucím, pokud v odstavcích 3 a 4 není stanoveno jinak. Dále je povinen zabezpečit, aby práce na stavbě, k jejichž provádění je předepsáno zvláštní oprávnění, vykonávaly jen osoby, které jsou držiteli takového oprávnění.
89. Za odborné vedení je pak možno považovat i odborný dozor zhotovitele, jež byl dle čl. 6 bodu 6.1 písm. d) Smlouvy o dílo č. 0384/2017/OI ustanoven Ing. Jiří Benda, který zabezpečí odbornou úroveň realizovaného díla jako celku, přičemž je tento autorizovanou osobou v oboru pozemní stavby ve smyslu zákona o autorizaci.

90. Úřad si k posouzení toho, zda osoba stavbyvedoucího může být osobou neautorizovanou, kdy odbornou záštitu nad jeho činností vykonává autorizovaný dozor zhotovitele, vyžádal stanovisko Stavebního úřadu a úřadu územního plánování Městského úřadu Aš, jež své stanovisko zaslal Úřadu dne 29. 6. 2020.
91. Z předmětného stanoviska odkazujícího na § 12 odst.2 zákona o autorizaci plyne, že je autorizovaná osoba povinna vykonávat činnosti, pro které ji byla udělena autorizace mj. i ve spolupráci s jinými fyzickými osobami pracujícími pod jejím vedením. Ze stanoviska dále vyplynulo, že v tomto zákonem předpokládaném vztahu byl právě pan Vladimír Rakyta, který na základě smluvního vztahu vykonával pozici stavbyvedoucího na předmětné referenční zakázce pod vedením autorizované osoby Ing. Jiřího Bendy. Stavební úřad tedy ve svém stanovisku shledal, že: *„situace, kdy určitá osoba vykonává svoji činnost pod přímým dohledem autorizované osoby, je v praxi zcela běžná a není v rozporu s žádným právním předpisem, což je způsobeno i všeobecně malým počtem autorizovaných osob na českém stavebním trhu.“*
92. K výše uvedenému podotýkám, že stavební úřad je orgánem oprávněným k vydání výše uvedeného stanoviska, přičemž Úřadu nepřísluší zpochybňovat jeho závěry. Posouzení matérie stavebního zákona totiž nespadá do působnosti Úřadu, a proto Úřad musí pro účely posouzení dané věci ze stanoviskem odborně příslušných orgánů vycházet. Nutno doplnit, že je Úřad povinen vycházet rovněž ze samotné dikce stavebního zákona, jemuž tvrzení stavebního Úřadu nijak neodporují.
93. Navrhovatel k danému uvedl, že není přípustné, aby pozice stavbyvedoucího byla vykonávána pod dohledem autorizované osoby. S uvedeným tvrzením navrhovatele se nelze ztotožnit, neboť již stavební úřad, do jehož působnosti předmětná zakázka spadá, shledal, že je možné, aby výkon pozice stavbyvedoucího bylo možno vykonávat pod dohledem autorizované osoby. K danému plně odkazuji na bod 173 odůvodnění napadeného rozhodnutí, a také na Stanovisko stavebního úřadu Aš ze dne 29. 6. 2020, jehož podstatné části jsou uvedeny již v bodě 68 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
94. Navrhovatel dále tvrdí, že Úřad operuje pro posouzení věci s kolaudačním souhlasem uděleným na stavbě La Ritma, přičemž tento není součástí správního spisu. K danému lze sdělit, že tento dokument skutečně není součástí správního spisu, avšak Úřad s předmětným kolaudačním souhlasem operoval toliko v obecné rovině a na existenci dané rozhodnutí nestojí, resp. jeho existence ve správním spise nezakládá vadu napadeného rozhodnutí.
95. Závěrem lze shrnout, že námitky uplatněné navrhovatelem v rozkladu ve vztahu k otázce splnění kritéria technické kvalifikace a způsobilosti referenčních plnění jsou nedůvodné.
96. Nad rámec uvádím, že jelikož navrhovatel podal rozklad toliko do vypořádání dvou dílčích námitek původně namítaných ohledně splnění kritéria technické kvalifikace a způsobilosti referenčních plnění, dále jsem nezkoumal vypořádání ostatních námitek navrhovatele v napadeném rozhodnutí týkajících se technické kvalifikace. V rozsahu ostatních námitek odkazuji na jejich vypořádání v napadeném rozhodnutí.

*K obsahovým nedostatkům oznámení o výběru č. 3*

97. V rozkladu směřujícím proti napadenému rozhodnutí navrhovatel namítal nedostatky oznámení o výběru č. 3 tak, jak je uvedl i v návrhu ze dne 29. 5. 2020, ovšem k jejímu odůvodnění toliko odkázal na znění předmětného návrhu.
98. Navrhovatel předmětnou námitkou v návrhu ze dne 29. 5. 2020 tedy namítal, že oznámení o výběru č. 3 je v rozporu s § 123 písm. b) bod 2 zákona, jelikož neobsahuje rozhodné skutečnosti, tedy zejména termíny oznámení a doručení nových podkladů pro posouzení podmínek účasti vybraného dodavatele, a to v souvislosti se změnou profesní způsobilosti vybraného dodavatele a čestného prohlášení dle požadavku čl. 2.7 zadávací dokumentace týkajícího se seznamu poddodavatelů. Předně tedy navrhovateli nebylo zřejmé, kdy a jakým podáním byla změna v osobě odpovědného zástupce pro předmět podnikání „provádění staveb a jejich změn a odstraňování“ zadavateli ohlášena. Dle navrhovatele rovněž nebyla dodržena lhůta pro ohlášení této skutečnosti dle § 88 odst. 2 zákona, a tedy měl být vybraný dodavatel vyloučen. Navrhovatel v oznámení o výběru č. 3 rovněž postrádal datum doručení čestného prohlášení ze dne 6. 12. 2019, jímž je naplňován požadavek čl. 2.7 zadávací dokumentace. Navrhovatel tedy v návrhu přednesl svůj nesouhlas s tím, že se nejedná o údaje rozhodné pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace ve smyslu § 123 písm. b) bod 2 zákona.
99. Úřad v napadeném rozhodnutí ani jedné z výše uvedených dílčích námitek navrhovatele nepřisvědčil, neboť jednak údaj o doručení čestného prohlášení o seznamu poddodavatelů nepatří mezi údaje rozhodné pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace ve smyslu § 123 písm. b) bod 2 zákona, neboť se nejedná o požadavek k prokázání předmětné kvalifikace, nýbrž se jedná toliko o další požadavek zadavatele v rámci zadávacího řízení. Druhou námitku Úřad neshledal rovněž za důvodnou, neboť údaj o tom, kdy došlo k informování zadavatele o změně v osobě prokazující profesní způsobilost vybraného dodavatele, není údaj rozhodný pro prokázání splnění kritérií kvalifikace dle § 123 písm. b) bod 2 zákona. Čas a způsob doručení předmětných informací dle Úřadu nespadá pod samotné ověření splnění obsahu kvalifikačních kritérií.
100. Po prostudování spisového materiálu v souvislosti s danou námitkou, konkrétně pak prostudováním dokumentu oznámení o výběru č. 3 a souvisejících dokumentů jsem dospěl k názoru, že tak, jak Úřad věc v rozsahu této námitek navrhovatele posoudil, posoudil správně.
101. Dle § 123 písm. b) bod 2 zákona zadavatel odešle bez zbytečného odkladu od rozhodnutí o výběru dodavatele oznámení o výběru dodavatele všem účastníkům zadávacího řízení. S výjimkou jednacího řízení bez uveřejnění a zadávacího řízení, v němž je jeden účastník zadávacího řízení, musí být součástí tohoto oznámení výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, který bude obsahovat u požadované profesní způsobilosti podle § 77 odst. 2, ekonomické kvalifikace a technické kvalifikace údaje rozhodné pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace.
102. Úřad v bodech 193 – 194 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, co musí být obsahem oznámení o výběru vybraného dodavatele, přičemž pro účely posouzení splnění obsahových náležitostí předmětného oznámení vycházel z dikce zákona, z níž jsem pro účely řízení o rozkladu taktéž vycházel.

103. Po posouzení namítaných nedostatků jsem dospěl k závěru, že v předmětném ustanovení zákona není uvedeno, že oznámení o výběru musí obsahovat údaje o čase a způsobu doručení informací vztahujících se ke změně v osobě prokazující profesní způsobilost vybraného dodavatele či předmětného čestného prohlášení, nýbrž musí obsahovat toliko dokumenty vymezené v § 123 zákona. Lze tedy konstatovat, že zadavatel neporušil § 123 zákona, neboť oznámení o výběru č. 3 nemuselo obsahovat údaje, jež navrhovatel tvrdí. Pro úplnost odkazuji na vypořádání souvisejících tvrzení navrhovatele uvedených v návrhu na body 193 – 198 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

104. Nad rámec ve vztahu k povinnosti oznámit změnu v osobě prokazující profesní způsobilost vybraného dodavatele ve smyslu § 88 odst. 2 zákona odkazuji na její vypořádání v bodech 200 – 206 odůvodnění napadeného rozhodnutí, neboť se s ním plně ztotožňuji.

*K otázce zapojení poddodavatelů u předkládaných referenčních plnění*

105. Navrhovatel v rozkladu dále namítal, že úvaha Úřadu týkající se rozsahu odpovědnosti ve vztahu hlavní dodavatel – poddodavatel, kdy v poddodavatelském systému nese plnou právní odpovědnost za poddodavatele hlavní dodavatel a podílí se tak na částech referenční veřejné zakázky alespoň jako kontrolně – organizační dohled, nemá logiku a jako rozdílová nemůže uspět. Dle navrhovatele i společníci jsou odpovědní společně a nerozdílně (zjevně myšleno při společném plnění<sup>5</sup>), a tedy se i společně a nerozdílně podílejí na kontrolně organizační činnosti. Je-li tedy v případě více společníků při totožném rozsahu odpovědnosti a kontrolní činnosti vyžadováno prokazování skutečného rozsahu plnění, nevidí navrhovatel důvod, proč je v totožné situaci akceptováno nevyžadování prokázání rozsahu skutečného plnění.

106. K danému lze sdělit, že rozkladové námitky navrhovatele nelze přisvědčit, neboť je lichá. V daném případě se totiž nejednalo o plnění společné ve smyslu § 79 odst. 4 písm. a) zákona. V šetřeném případě jde totiž o to, zda a v jakém rozsahu bude moci použít referenční zakázku dodavatel, který byl v případě takové referenční zakázky v pozici hlavního dodavatele a část realizoval prostřednictvím poddodavatele. Tento případ však není v § 79 odst. 4 a ani v jiné části zákona přímo upraven. Jak správně Úřad uvedl v bodě 177 odůvodnění napadeného rozhodnutí, je nutné rozlišovat mezi situací, kdy dodavatel plní referenční zakázku v rámci sdružení dodavatelů, a situací, kdy plní referenční zakázku jako hlavní dodavatel spolu s poddodavatelem. V předmětném bodě odůvodnění napadeného rozhodnutí rozvíjí Úřad úvahu z hlediska odpovědnostních vztahů, kterou lze považovat za zcela správnou.

107. Pro účely posouzení dané námitky je stěžejní právě Úřadem přednesená konstrukce odpovědnostních vztahů v poddodavatelském systému. Principem poddodavatelského plnění je skutečnost, že poddodavatel je zavázán až sekundárně, přičemž primárně je za plnění odpovědný hlavní dodavatel. Referenční plnění je pak možno celé připsat ve prospěch hlavního dodavatele, který za plnění odpovídal a v podstatě jej i kompletně organizoval a kontroloval. Nepochybně i samotný poddodavatel může referenci využít, a to právě skrze § 79 odst. 4 zákona, přičemž tuto referenci vystavuje sám vybraný

---

<sup>5</sup> Pozn. Předsedy Úřadu.

dodavatel, kterému je poddodavatel za jím realizovanou část referenčního plnění odpovědný.

108. Ze skutečností zjištěných v předmětném řízení je nepochybné, že plnění bylo realizováno s poddodavatelem, tedy nemohlo se jednat o plnění realizované společně s jinými dodavateli ve smyslu § 79 odst. 4 písm. a) zákona. V takovém případě by se totiž míra věcného a finančního podílu vybraného dodavatele nepochybně dle předmětného ustanovení zákona zkoumat musela. V nyní projednávaném případě je však skutkový stav jiný a dané ustanovení na něj nedopadá.
109. Závěrem k této dílčí námitce lze odkázat na její vypořádání v bodě 179 odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle kterého: *„existuje v tomto přístupu rozdíl především z hlediska odpovědnostních vztahů, přičemž v případě, kdy dodavatel realizoval referenční zakázku pomocí poddodavatelů, tak i kdyby některou z činností přímo nevykonával, vždy má na tuto činnost vliv alespoň z kontrolně-organizačního pohledu, tudíž nelze říct, že by se na dané činnosti vůbec nepodílel. Z uvedeného důvodu je nutné akceptovat i reference dodavatelů za plnění, které fakticky přímo neprováděli a využili k nim své poddodavatele, ale za které nesli plnou právní odpovědnost.“* Jinými slovy je irelevantní, zda vybraný dodavatel na předmětných referenčních zakázkách jakožto hlavní dodavatel vykonával menší podíl prací než poddodavatel, pokud za referenční zakázku odpovídal jako za celek.
110. Předmětná námitka navrhovatele je tedy nedůvodná.

*K otázce profesní způsobilosti vybraného dodavatele*

111. Navrhovatel dále v rozkladu namítá, že vybraný dodavatel nesplňuje podmínky profesní způsobilosti. Vybraný dodavatel totiž dle navrhovatele nedisponuje oprávněním k podnikání ve věci projektové činnosti ve výstavbě a výkonu zeměměřičských činností. Dle navrhovatele požadavek spočívající v předložení *„dokladu o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění (provádění staveb, jejich změn a odstraňování) či licenci“* stanovený zadavatelem v čl. 6. 1 písm. b) zadávací dokumentace obsahuje nikoliv taxativní, ale demonstrativní výčet dokladů o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky. Dle navrhovatele tvrzení Úřadu z gramatického výkladu textu zadávací dokumentace nevyplývá. Skutečnost, že označení předmětného podnikání provádění staveb, jejich změn a odstraňování bylo uvedeno v závorce, je zcela zásadní, neboť do závorek se dávají větné či nevětné výrazy volně vložené, jež nejsou významově přímo spjaty s výrokem či nejsou jeho součástí. Z dikce zadávací dokumentace tedy plyne, že zadavatel požadoval všechny doklady o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, kdy uvozením slova zejména je dán pouze demonstrativní doklad, který má být předložen. Pokud tedy vybraný dodavatel k prokázání splnění profesní způsobilosti doložil toliko živnostenské oprávnění k provádění staveb, jejich změn a odstraňování, neprokázal profesní způsobilost v rozsahu předmětu plnění.
112. Po prostudování zadávací dokumentace jsem zjistil, že zadavatel požadoval k prokázání profesní způsobilosti dle § 77 odst. 2 písm. a) zákona: *„doklad o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění (provádění staveb, jejich změn a odstraňování) či licenci.“*

113. Podle § 77 odst. 2 písm. a) zákona zadavatel může požadovat, aby dodavatel předložil doklad, že je oprávněn podnikat v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky, pokud jiné právní předpisy takové oprávnění vyžadují.
114. Komentářová literatura k § 77 odst. 2 písm. a) zákona uvádí, že: *„Zadavatel by měl v zadávací dokumentaci konkrétně uvést, jaké oprávnění k podnikání po dodavatelích požaduje, popř. vymezit konkrétní činnosti při plnění veřejné zakázky, pro jejichž provádění má dodavatel oprávnění k podnikání doložit. Obecně formulovaný požadavek na „předložení dokladu o oprávnění k podnikání odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky“ není dostačující. V této souvislosti je třeba doplnit, že zadavatel není povinen požadovat předložení dokladu o oprávnění k podnikání ke všem činnostem vykonávaným v rámci předmětu veřejné zakázky. Je zcela na uvážení zadavatele, zda bude požadovat předložení dokladu o oprávnění k podnikání ke všem činnostem vykonávaným v rámci předmětu veřejné zakázky nebo pouze k některým z těchto činností, popř. zda nebude předložení dokladu o oprávnění k podnikání vyžadovat vůbec.“* (viz MACEK, I. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praktický komentář s judikaturou*. Praha: Leges, 2017, s. 310).
115. Jak tedy vyplývá z výše uvedeného, je čistě na zadavateli, zda bude předložení oprávnění k podnikání, dokladu o členství v komoře či dokladu o odborné způsobilosti dodavatele ve smyslu § 77 odst. 2 zákona vyžadovat. V případě, že se zadavatel rozhodne požadavky na prokázání profesní způsobilosti podle § 77 odst. 2 zákona vymezit, musí respektovat pravidlo stanovené v § 73 odst. 5 zákona. Dle předmětného ustanovení zákona je zadavatel povinen v zadávací dokumentaci stanovit, které údaje, doklady, vzorky nebo modely k prokázání splnění požadovaných kritérií kvalifikace požaduje. Jinými slovy, není dostačující vymezení obecného požadavku na předložení všech oprávnění k podnikání, která jsou nezbytná pro splnění celého rozsahu předmětu veřejné zakázky.
116. Výše uvedené vychází nejen z dikce zákona, ale i z přílehlavé komentářové literatury, a také ze Společného stanoviska Ministerstva pro místní rozvoj a Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k vymezení požadavků na prokázání profesní způsobilosti dodavatele ze dne 4. 10. 2016. Dle citovaného stanoviska platí, že: *„Pokud tedy bude zadavatel požadovat prokázání profesní způsobilosti podle §77 odst. 2 písm. a) ZZVZ, musí stanovit požadavek na předložení konkrétních oprávnění k podnikání, nejčastěji uvedením konkrétních živností, popř. vymezením konkrétních činností, ke kterým má být doklad o oprávnění k podnikání předložen. Není však přitom nutné, aby zadavatel vyžadoval předložení všech oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícímu celému předmětu veřejné zakázky. (...) Při prokazování splnění kvalifikace se také uplatní obecná pravidla vztahující se k předkládání dokladů obsažená v ustanovení § 45 ZZVZ. Dodavatel je tedy oprávněn předložit jiný rovnocenný doklad, není-li z důvodů, které mu nelze přičítat, schopen předložit zadavatelem požadovaný doklad.“*
117. Pokud tedy zadavatel v daném případě požadoval dle § 77 odst. 2 písm. a) zákona k prokázání profesní způsobilosti doklad o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění (provádění staveb, jejich změn a odstraňování) či licenci, je v kontextu výše uvedeného nepochybné, že požadoval toliko doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění provádění staveb, jejich změn a odstraňování či tomu odpovídající alternativu ve smyslu § 45 odst. 2 a 3 zákona.



118. Uvedl-li totiž zadavatel, že požaduje doklad o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, jedná se o obecné tvrzení, jež není dostačující pro předmětný požadavek. Částicí „zejména“ tedy zadavatel blíže specifikoval předmětný požadavek tak, aby vyhověl požadavkům § 77 odst. 2 písm. a) zákona. Nutno dodat, že částice je slovním druhem neohebným. Lze ji určit a vnitřně dále klasifikovat pouze na základě kontextů, v nichž se částice vyskytuje. Zpravidla se píše na začátku textu, ovšem nalézt ji můžeme i uvnitř daného textu. Jednou z úloh částic jakožto slovního druhu je právě to, že zvýrazňují jednotlivé větné členy, jak tomu ostatně bylo i v nyní projednávaném případě. Zadavatel užitím částice „zejména“ zvýraznil svůj požadavek na prokázání profesní způsobilosti právě uvedenou specifikací. Myšlenka demonstrativního výčtu ze znění stanovené zadavatelem tedy nevyplývá.
119. S nutnou znalostí právní úpravy profesní způsobilosti dle zákona, a také znalostí jazyka by nemohl navrhovatel dojít k jinému závěru, než že zadavatel požadoval předložení živnostenského oprávnění k provádění staveb, jejich změn a odstraňování, potažmo tomu odpovídající alternativu v podobě licence. Nutno podotknout, že dovětek o možném předložení odpovídající licence je pouze zohledněním oprávnění dodavatele předložit vhodnou alternativu ke stanovenému požadavku dle § 45 odst. 2 a 3 zákona.
120. S ohledem na výše uvedené proto nelze přisvědčit navrhovateli v tom, že by vybraný dodavatel nepředložil všechny zadavatelem stanovené doklady k prokázání profesní způsobilosti ve smyslu § 77 odst. 2 písm. a) zákona. Vybraný dodavatel totiž předložil živnostenské oprávnění k podnikání v oboru „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“, čímž dostal požadavku zadavatele na prokázání profesní způsobilosti dle § 77 odst. 2 písm. a) zákona. Námitka navrhovatele je tedy nedůvodná.

### ***Shrnutí***

121. Závěrem lze shrnout, že výrok I napadeného rozhodnutí byl nesprávný, a proto jsem přistoupil k jeho zrušení, zejména pak z toho důvodu, že část návrhu týkající se otázky vyloučení vybraného dodavatele dle § 48 odst. 8 zákona, nebyla podána opožděně a správní řízení tak nemělo být v této části zastaveno.
122. Se zřetelem k tomu, že část návrhu specifikovaná ve výroku I napadeného rozhodnutí byla vypořádána již v kontextu výroku II napadeného rozhodnutí, jsem přistoupil ke změně výroku II napadeného rozhodnutí, a to tak, že se daná část výroku vypouští a zamítá se celý návrh. K této části návrhu, jíž navrhovatel namítal, že vybraný dodavatel měl být zadavatelem ze zadávacího řízení vyloučen dle § 48 odst. 8 zákona již v předchozích stádiích zadávacího řízení, přičemž toto vyloučení je obligatorní a zadavatel již nemůže dále žádat o doplnění či vysvětlení tvrzení ze strany vybraného dodavatele, uvádím, že tato část byla vypořádána již v kontextu výroku II napadeného rozhodnutí. Pokud totiž Úřad dospěl k závěru, že k namítaným pochybením, jejichž následkem mělo být vyloučení vybraného dodavatele, nedošlo, není tato námitka důvodná. Nicméně je vhodné také dodat, že zadavatel má oprávnění v případě uplatnění námitek týkajících se předložení nepravdivých informací ze strany vybraného dodavatele zjistit, zda k tomuto skutečně došlo. Pokud vybraný dodavatel prokáže, že k tomuto nedošlo, není důvod pro jeho vyloučení. Zákon totiž není koncipován tak, že zadavatel musí vybraného dodavatele obligatorně vyloučit, jakmile jsou podány vůči jeho výběru námitky, nýbrž na základě těchto námitek musí nejprve posoudit,

zda jsou tyto důvodné, a to provede zejména tím, že požádá vybraného dodavatele o vysvětlení. Prokáže-li se, že jsou námitky důvodné, zadavatel vybraného dodavatele vyloučí.

123. Po prostudování spisového materiálu jsem dospěl k závěru, že se s rozkladovými námitkami nelze ztotožnit, neboť jsem shledal předložená referenční plnění za způsobilá pro účely prokázání splnění kritéria technické kvalifikace ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) zákona. Shodně pak nebylo možno přitakat námitce týkající se nedostatků oznámení o výběru č. 3, neboť údaje, jež navrhovatel považoval za rozhodné ve smyslu § 123 zákona, těmito údaji nebyly. Nicméně ani námitce týkající se možnosti zapojení poddodavatelů u předkládané referenční zakázky nebylo možno vyhovět, neboť vybraný dodavatel jakožto hlavní dodavatel je oprávněn danou referenci využít k prokázání splnění kritéria technické kvalifikace bez ohledu na jeho finanční a věcný podíl při její realizaci. Závěrem jsem shledal, že vybraný dodavatel dostal požadavku zadavatele na prokázání profesní způsobilosti dle § 77 odst. 2 písm. a) zákona. Jelikož jsem námitky navrhovatele shledal nedůvodnými, přistoupil jsem k zamítnutí podaného rozkladu.

## VII. Závěr

124. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### Obdrží

1. město Aš, Kamenná 52, 352 01 Aš 2
2. Mgr. Martin Horák, advokát, Jandova 8, 190 00 Praha 9
3. RMC STAVBY s.r.o., Wolkerova 1540/8, 350 02 Cheb

### Vypraveno dne

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