



UOHSX00FJS3X

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0167/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-42257/2021/163/PBI

Brno 20. 12. 2021

V řízení o rozkladu ze dne 21. 10. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **EUROVIA CS, a.s.**, IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 22. 9. 2021 Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Klimentská 1216/46, 110 00 Praha 1,

proti výroku II rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0264/2021/VZ, č. j. ÚOHS-33784/2021/500/Alv ze dne 7. 10. 2021, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 7. 7. 2021 na návrh navrhovatele z téhož dne, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje**, IČO 70932581, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 9. 7. 2021 společností LAWYA, advokátní kancelář s.r.o., IČO 07013531, se sídlem č. p. 240, 683 01 Tučapy,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**II/385 Čebín obchvat**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 10. 2. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15. 2. 2021 pod ev. č. Z2021-005710, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 3. 2021, 4. 3. 2021, 8. 3. 2021, 15. 3. 2021 a 29. 3. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 15. 2. 2021 pod ev. č. 2021/S 031-076215, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 1. 3. 2021, 5. 3. 2021, 9. 3. 2021, 17. 3. 2021 a 31. 3. 2021, jehož dalším účastníkem je vybraný dodavatel –

- **Metrostav Infrastructure a.s.**, IČO 24204005, se sídlem Koželužská 2246/5, 180 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 19. 7. 2021 Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem, ev. č. ČAK 10739, Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., IČO 29415349, se sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1,

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

Výrok II rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0264/2021/VZ, č. j. ÚOHS-33784/2021/500/Alv ze dne 7. 10. 2021

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení realizované zadavatelem

1. Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje, IČO 70932581, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno, (dále jen „**zadavatel**“), která je veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“)¹, odeslala dne 10. 2. 2021 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení zadávacího řízení, čímž bylo zahájeno podle § 56 ZZVZ otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „II/385 Čebín obchvat“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15. 2. 2021 pod ev. č. Z2021-005710, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 3. 2021, 4. 3. 2021, 8. 3. 2021, 15. 3. 2021 a 29. 3. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 15. 2. 2021 pod ev. č. 2021/S 031-076215, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 1. 3. 2021, 5. 3. 2021, 9. 3. 2021, 17. 3. 2021 a 31. 3. 2021 (dále jen „**zadávací řízení**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je novostavba silnice II/385 jihozápadně od obce Čebín. Délka stavby je cca 3,9 km. V rámci stavby dojde k realizaci přeložky silnice II/385, nové okružní křižovatky, 4 mostních objektů, 2 objektů protihlukových stěn a vyvolaných přeložek inženýrských sítí (vodovody, plyn, elektro a sdělovací kabely, kanalizace, meliorace) a vodotečí, dále dojde k demolici bažantnice, k úpravě a budování sjezdů, místních komunikací, polních cest, úpravě odvodnění, rekultivaci a vegetačním úpravám. Součástí

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

projektu je dále úprava objízdných tras, osazení trvalého dopravního značení a dopravně-inženýrské opatření.

3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 516 410 887,32 Kč bez DPH.
4. Zadavatel rozhodl dne 27. 5. 2021 o výběru (dále jen „**rozhodnutí o výběru**“) společnosti Metrostav Infrastructure a.s., IČO 24204005, se sídlem Koželužská 2246/5, 180 00 Praha 8, (dále jen „**vybraný dodavatel**“), o čemž účastníky zadávacího řízení informoval oznámením ze dne 30. 5. 2021 (dále jen „**oznámení o výběru**“).
5. Dne 14. 6. 2021 zadavatel obdržel námitky účastníka zadávacího řízení společnosti EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4, (dále jen „**navrhovatel**“) z téhož dne (dále jen „**námítky**“), které směřovaly proti oznámení o výběru, rozhodnutí o výběru, posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele v zadávacím řízení, posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny (dále jen „**MNNC**“) v nabídce vybraného dodavatele a všem souvisejícím a následným úkonům. Rozhodnutím o námitkách ze dne 24. 6. 2021 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“) zadavatel námitky odmítl.

II. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

6. 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 7. 7. 2021 návrh navrhovatele z téhož dne podle § 250 odst. 1 ZZVZ proti oznámení o výběru, rozhodnutí o výběru, posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele v zadávacím řízení, posouzení MNNC v nabídce vybraného dodavatele a dále proti rozhodnutí o námitkách, nevyločení vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení z důvodu nepravomocného odsouzení společnosti Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8, (dále jen „**Metrostav**“) v trestních řízeních a proti tomu, že se zadavatel nezabýval účelovostí a možnou neplatností převodu části Divize 4 Metrostav na vybraného dodavatele, (dále jen „**návrh**“).
7. 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-S0264/2021/VZ, jehož účastníky jsou podle § 256 ZZVZ navrhovatel, zadavatel a vybraný dodavatel (dále jen „**správní řízení**“).

III. Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 7. 10. 2021

8. Dne 7. 10. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0264/2021/VZ, č. j. ÚOHS-33784/2021/500/Alv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
9. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se správní řízení
 - v části návrhu týkající se důvodu pro vyloučení vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení spočívajícího v nepravomocném odsouzení společnosti Metrostav v trestních řízeních a
 - v části návrhu týkající se účelovosti a neplatnosti převodu části Divize 4 na vybraného dodavatele,

podle § 257 písm. h) ZZVZ zastavuje, neboť těmto částem návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.

10. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se návrh navrhovatele v části týkající se posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, posouzení MNNC a způsobu vyřízení námitek vybraného dodavatele podle § 265 písm. a) ZZVZ zamítá, neboť Úřad nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.
11. V odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že navrhovatel v návrhu mimo jiné namítal, že zadavatel měl rovněž důvod pro vyloučení vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení spočívající v nepravomocném odsouzení společnosti Metrostav v trestních řízeních, a že se měl zadavatel zabývat možnou účelovostí a neplatností převodu části Divize 4 společnosti Metrostav na vybraného dodavatele. Dle Úřadu tyto námitky byly uvedeny pouze v návrhu, a nikoli již v námitkách. Úřad v této souvislosti konstatoval, že k novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách je povinen v souladu s § 251 odst. 4 ZZVZ přihlédnout, pouze pokud navrhovatel prokázal, že tyto skutečnosti nemohl tvrdit již vůči zadavateli. Jelikož to navrhovatel v posuzovaném případě neprokázal, Úřad k tvrzeným skutečnostem nepřihlédl a řízení v této části návrhu zastavil podle § 257 písm. h) ZZVZ.
12. V odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí Úřad mimo jiné konstatoval, že aby bylo v daném případě možné učinit závěr o tom, že na vybraného dodavatele přešly referenční zakázky realizované společností Metrostav, bylo nutné posoudit, zda měl zadavatel dostatek podkladů a informací o tom, zda dotčené referenční zakázky skutečně realizovala Divize 4 společnosti Metrostav, a zda bylo na vybraného dodavatele převedeno odpovídající realizační zázemí, jež Divize 4 k plnění převodem dotčených referenčních zakázek využívala. Dle Úřadu vybraný dodavatel spolu s objasněním nabídky ze dne 7. 5. 2021 předložil zadavateli stovky dokumentů, z nichž vyplývá, že dotčené referenční zakázky realizovala Divize 4 společnosti Metrostav, a to skutečně, a nikoliv jen tzv. „papírově“ (tj. podle účetních dokladů), jak namítal navrhovatel.
13. K tvrzenému převodu Divize 4 společnosti Metrostav na vybraného dodavatele a přechodu dotčených referencí Úřad uvedl, že ze Smlouvy o prodeji části závodu ze dne 25. 8. 2020 uzavřené v souladu s § 2175 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „OZ“) mezi vybraným dodavatelem jako nabyvatelem a společností Metrostav jako převodcem (dále jen „**smlouva o prodeji části závodu**“), jejíž obsah byl osvědčen notářským zápisem, vyplývá, že v šetřeném případě nešlo o účelový „prodej“ referencí, ale že došlo k převodu části závodu včetně odpovídajícího realizačního zázemí (organizačních prvků, hmotného majetku, finančního majetku a zaměstnanců) a rovněž závazků vztahujících se k předmětným referencím (obchodních smluv, účastí ve sdruženích/společnostech a bankovních záruk zajišťujících závazky ze smluv a právních vztahů). Spolu s dalšími doklady (účetními doklady, doklady dokumentujícími průběh realizace předmětných referenčních zakázek, pracovními smlouvami a čestnými prohlášeními zaměstnanců) pak vytvářejí logicky provázaný celek svědčící o tom, že na vybraného dodavatele přešlo odpovídající realizační zázemí, jež Divize 4 k plnění převodem dotčených referenčních zakázek využívala. Dle Úřadu nelze tedy považovat za nezákonný postup zadavatele, který na základě dokladů předložených vybraným dodavatelem učinil závěr, že vybraný dodavatel je oprávněn prokázat technickou kvalifikaci prostřednictvím

referenčních zakázek nabytých na základě smlouvy o prodeji části závodu, přičemž zadavatel tento svůj postup v dokumentaci o zadávacím řízení náležitě odůvodnil.

14. K navrhovatelem namítané nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách Úřad uvedl, že se zadavatel v tomto rozhodnutí samostatně vyjádřil k oběma bodům označeným navrhovatelem jako „Vadné posouzení splnění podmínek účasti Vybraného dodavatele v Zadávacím řízení“ i „Vadné posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny“. Systematika rozhodnutí o námitkách je dle Úřadu jasná a přehledná a jeho obsah je srozumitelný a dostatečně podrobný, čemuž dle Úřadu nasvědčuje i fakt, že navrhovatel s obsahem rozhodnutí o námitkách následně polemizuje v návrhu. Zadavatel se dle Úřadu neomezil na pouhé obecné sdělení, že námitky navrhovatele odmítá, avšak své rozhodnutí opřel o konkrétní skutečnosti, jimiž vyvracel tvrzení navrhovatele. Námitky navrhovatele, že postrádá vyjádření zadavatele k některým konkrétním větám s tím, že zadavatel v těchto případech odkázal na svou argumentaci výše, nemohou v kontextu celkového obsahu rozhodnutí o námitkách navrhovatele obstát. Pokud navrhovatel uvedl řadu námitek, z nichž některé spolu úzce souvisely, bylo dle Úřadu nadbytečné, aby byly takové námitky zadavatelem jednotlivě a podrobně vypořádávány, pokud bylo jinak komplexně postihnuto *gros* argumentace navrhovatele, což dle mínění Úřadu zadavatel v rozhodnutí o námitkách učinil dostatečně. Zadavatel tak dle Úřadu požadavku na přezkoumatelnost odůvodnění rozhodnutí o námitkách stanovenému v § 245 odst. 1 ZZVZ dostál, a proto Úřad námitku navrhovatele neshledal případnou.
15. Úřad neshledal ani důvodnou námitku navrhovatele napadající způsob, jakým zadavatel posoudil MNNC v nabídce vybraného dodavatele. Úřad v této souvislosti uvedl, že zadavatel jednal v souladu se ZZVZ, když poté, co identifikoval MNNC v nabídce vybraného dodavatele, ho požádal o její objasnění žádostí ze dne 26. 4. 2021, a to formou jednoznačnou, podrobnou a dostatečně transparentní. Vybraný dodavatel v rámci zdůvodnění MNNC ze dne 7. 5. 2021 následně poskytl zadavateli srozumitelné a přehledné odpovědi. Z protokolu o jednání hodnotící komise č. 3 ze dne 17. 5. 2021, rozhodnutí o výběru a oznámení o výběru, jehož přílohou je podrobný zápis o posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení č. 2 ze dne 17. 5. 2021, je dle Úřadu patrné, že zadavatel plně akceptoval objasnění MNNC v nabídce vybraného dodavatele. Úřad k tomu poznamenal, že pokud se zadavatel ztotožní se zdůvodněním MNNC, jak se stalo v přezkoumávaném případě, je samozřejmé, že takového účastníka nevyloučí a nelze jej ani k takovému vyloučení nikterak nutit, neboť mu takový postup zákon neukládá. Jediným případem, kdy je zadavatel v souvislosti se zdůvodněním MNNC povinen účastníka zadávacího řízení vyloučit, je existence některého z obligatorních důvodů pro vyloučení podle § 113 odst. 6 písm. a) až c) ZZVZ, který ale v daném případě dle Úřadu nenastal a existenci takového důvodu nenamítal ani navrhovatel.

IV. Rozklad navrhovatele ze dne 21. 10. 2021

16. Dne 21. 10. 2021 Úřad obdržel rozklad navrhovatele z téhož dne proti výroku II napadeného rozhodnutí (dále jen „**rozklad**“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 7. 10. 2021. Konec 15denní odvolací lhůty dle § 83 správního řádu připadl na pátek 22. 10. 2021. Navrhovatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.
17. Navrhovatel předně v rozkladu namítá, že v důsledku stanovení lhůty pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí ve zcela nedostatečné délce mu bylo upřeno právo seznámit se s veškerými podklady rozhodnutí a vyjádřit se k nim, čímž bylo řízení zatíženo zásadní

procesní vadou, která sama o sobě způsobuje nezákonnost rozkladem napadeného rozhodnutí.

18. Navrhovatel dále namítá, že zadavatel ani Úřad nezkoumali, zda část Divize 4, označovaná za část obchodního závodu ve smyslu § 502 OZ a převedená ve smyslu § 2183 OZ, splňovala zákonné znaky takové části obchodního závodu, a zda tedy mohla být předmětem tvrzeného převodu dle § 2175 a násl. OZ. Dle navrhovatele nebylo v zadávacím ani správním řízení prokázáno, zda jmění (část závodu) převedené ze společnosti Metrostav na vybraného dodavatele skutečně tvořilo samostatnou organizační složku závodu.
19. Navrhovatel rovněž namítá, že se zadavatel spokojil s ničím nepodloženým tvrzením vybraného dodavatele o tom, že Divize 4 realizovala referenční zakázky. Dle navrhovatele však vybraným dodavatelem předložené doklady nic nevypovídají o tom, jaké realizační zázemí (výrobní a personální kapacity) společnosti Metrostav bylo při plnění referenčních zakázek využito (s výjimkou 22 zaměstnanců). Nelze pak ověřit, zda právě tyto výrobní prostředky/realizační zázemí přešly v dostatečně relevantní míře spolu s částí závodu společnosti Metrostav a.s. na vybraného dodavatele. Většina dokumentů předložených vybraným dodavatelem vypovídá jen o způsobu vnitřní (formální) evidence a organizace jednotlivých referenčních zakázek, a není tak přesvědčivým důkazem o tom, že dotčené referenční zakázky fakticky byly realizovány právě prostřednictvím realizačního zázemí Divize 4. Pokud pak Úřad uzavřel, že lze mít za to, že předmětné referenční zakázky skutečně realizovala Divize 4 společnosti Metrostav, pak takový závěr nemá jakoukoli oporu v podkladech rozhodnutí, neboť Úřadem zmiňované podklady o takové skutečnosti nevypovídají.
20. Navrhovatel v rozkladu taktéž namítá, že je nesprávný závěr Úřadu (a stejný závěr zadavatele) o tom, že na základě dokladů předložených vybraným dodavatelem lze mít za to, jaká konkrétní část obchodního závodu společnosti Metrostav (jeho realizačního zázemí) byla na vybraného dodavatele převedena a zda se v dostatečně relevantní míře fakticky (tj. nikoli pouze formálně) jednalo o realizační zázemí společnosti Metrostav využitě při plnění předmětných referenčních zakázek (s výjimkou 22 zaměstnanců). Při posuzování této otázky Úřad vyšel z redigované kopie smlouvy o prodeji části závodu a notářského zápisu osvědčujícího obsah části jejích příloh č. 5, 8, 11, 12 a 14. Tyto přílohy smlouvy (kromě přílohy č. 8 ve vztahu k 22 konkrétním zaměstnancům) dle navrhovatele nic nevypovídají o převodu jakéhokoli realizačního zázemí ze společnosti Metrostav na vybraného dodavatele. Dle navrhovatele Úřad (stejně jako zadavatel) *de facto* vůbec nevzal v úvahu požadavek na prokázání faktického převodu výrobních prostředků použitých pro realizaci konkrétních referenčních zakázek (s výjimkou 22 zaměstnanců), bez nichž jsou reference bezcenné (nic nevypovídající).
21. Navrhovatel uvádí, že Úřad i zadavatel zcela přehlíží, že dílčí výrobní kapacity společnosti Metrostav nepochybně potřebné pro realizaci referenčních zakázek předložených vybraným dodavatelem stále zůstávají ve společnosti Metrostav, tj. nepřešly spolu s částí závodu společnosti Metrostav na vybraného dodavatele. V tomto směru navrhovatel poukazuje na Divizi 11 (středisko staveništních kontejnerů, střední a drobné mechanizace, zdvihací techniky), Divizi 6 (tesařské výrobky, bednění a železobetonové konstrukce) či Divizi 1 (zámečnické práce a elektroservis, inženýrské, podzemní sítě a plynovody). Z tohoto důvodu

nemohly na vybraného dodavatele přejít reference, při jejichž realizaci byla uvedená speciální střediska společnosti Metrostav využita.

22. Navrhovatel v rozkladu dále namítá, že ve své argumentaci obsažené v návrhu vycházel ze závěrů Úřadu uvedených v jeho rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ, č. j. ÚOHS-02753/2021/500/Alv ze dne 25. 1. 2021 ve věci veřejné zakázky „II/602 Jihlava – JV obchvat“ (dále jen „**rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ**“). Dle navrhovatele však Úřad v napadeném rozhodnutí bez zjevného důvodu své dosavadní závěry, resp. komplexní přístup ke způsobu posouzení přechodu referencí ze společnosti Metrostav na vybraného dodavatele od základu změnil, a to jen s odkazem na článek J. Harnacha a K. Trávníčkové, který Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí bez vlastního odůvodnění převzal. Navrhovatel předpokládal, že Úřad bude ctít zásady správního řízení, když dle § 2 odst. 4 správního řádu platí, že správní orgán dbá na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Zcela zásadní změna v přístupu Úřadu v hodnocení téže problematiky přitom není v napadeném rozhodnutí přesvědčivě zdůvodněna.
23. Navrhovatel v rozkladu rovněž namítá, že Úřad na základě jeho námítky ověřil z úplného znění smlouvy o prodeji části závodu, zda tato smlouva neobsahuje odkládací či rozvazovací podmínky, které by mohly převod části závodu určitým způsobem podmínit či zvrátit. Zadavatel však takové ověření nemohl provést, protože neměl k dispozici kompletní smlouvu o prodeji části závodu, a tedy nemohl vědět, zda redigované části smlouvy o prodeji části závodu obsahují či neobsahují odkládací či rozvazovací podmínky, které by převod části obchodního závodu společnosti Metrostav na vybraného dodavatele mohly zpochybnit. Za těchto okolností tedy zadavatel nemohl mít postaveno najisto, zda vybraný dodavatel splňuje kvalifikaci. Dle navrhovatele přitom nelze připustit, aby nezákonný postup zadavatele byl zhojen Úřadem v rámci správního řízení. Ve správním řízení je vždy třeba zachovávat zásadu rovnosti všech účastníků řízení, kterou Úřad svým postupem zcela popřel. Úřad tak ve správním řízení zadavatele oproti navrhovateli značně zvýhodnil.
24. Navrhovatel taktéž v rozkladu tvrdí okolnosti, za kterých měl vybraný dodavatel nabýt část závodu společnosti Metrostav a údajný účel takové transakce. Dle navrhovatele lze mít za to, že převod části Divize 4 společnosti Metrostav na vybraného dodavatele nebyl ze strany společnosti Metrostav a vybraného dodavatele veden právem aprobovaným účelem, nýbrž byl veden snahou vyhnout se negativním dopadům případně v budoucnu pravomocně uložených trestů zákazu plnění veřejných zakázek vůči společnosti Metrostav. Navrhovatel v této souvislosti odkazuje na prodej části organizační složky Bratislava označované jako „Divízia S04 – Dopravné stavby Slovensko“ společnosti Metrostav DS, a.s. Podle navrhovatele byla tato transakce na Slovensku inspirací pro převod části Divize 4 společnosti Metrostav na vybraného dodavatele. Navrhovatel uvádí, že v tomto ohledu již v návrhu poukázal na sporné skutečnosti, které mohou svědčit o účelovosti transakce na Slovensku a mohly být obdobně uplatněny i pro převod části Divize 4 na vybraného dodavatele (nízká pořizovací cena příslušné části závodu, existence vnitroskupinového závazku na straně převáděné Divize S04, rozsah výrobních kapacit, které měly být převodem dotčeny atd.).
25. Navrhovatel rovněž brojí proti postupu Úřadu, který se odmítl zabývat jeho argumentací ve vyjádření ze dne 30. 9. 2021 k podkladům rozhodnutí v tom směru, že z osvědčení objednatelů předmětných referenčních zakázek a dalších rovnocenných dokladů nevyplývá, jaké práce a zda vůbec byly realizovány společností Metrostav, a to s odůvodněním,

že k takovým podkladům se navrhovatel mohl vyjádřit již dříve, konkrétně v námitkách a následně v návrhu. Takové tvrzení Úřadu je dle navrhovatele zcela absurdní, protože navrhovatel se s obsahem konkrétních referenčních listů seznámil až při studiu podkladů rozhodnutí. Navrhovatel uvádí, že postup Úřadu, který se odmítl zabývat pro posouzení věci podstatnou argumentací navrhovatele, je nezákonný. Vybraným dodavatelem předložené dokumenty přitom dle navrhovatele nejsou způsobilé prokázat splnění dotčené části technické kvalifikace vybraného dodavatele a zadavatel se s jejich předložením neměl spokojit.

26. Navrhovatel dále namítá, že aniž by to Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí výslovně uvedl a zdůvodnil (a aniž by pro to byl jakýkoli důvod), nezabýval se ani argumentací navrhovatele v tom směru, že za prokázanou nelze mít ani tu část technické kvalifikace vybraného dodavatele, kterou prokazoval prostřednictvím jiné osoby – společnosti Metrostav, neboť vybraný dodavatel zadavateli nepředložil dostatečně konkrétní závazek společnosti Metrostav k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele. Tuto argumentaci navrhovatele ponechal Úřad zcela bez povšimnutí, přestože neexistuje žádný zákonný důvod, pro který by k ní nemělo být přihlíženo. S konkrétní formulací závazku společnosti Metrostav obsaženého v dodatku č. 1 ke smlouvě o uzavření budoucí smlouvy o dílo se měl navrhovatel totiž možnost seznámit až v rámci studia podkladů rozhodnutí. Tedy přesto, že na takový nedostatek v postupu zadavatele navrhovatel poukázal až po podání námitek, musí Úřad k takto nově sděleným skutečnostem přihlížet, neboť se jedná o skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli.
27. Navrhovatel taktéž nepovažuje za správný závěr Úřadu, že není povinností zadavatele poskytovat zdůvodnění, proč se ztotožnil s odůvodněním MNNC poskytnutým vybraným dodavatelem, pakliže je z jeho postupu patrné, že se zdůvodněním MNNC vybraného dodavatele se plně ztotožnil. Dle navrhovatele zadavatel transparentním a přezkoumatelným způsobem neuvedl ve zprávě o hodnocení nabídek ani v žádném jiném dokumentu tvořícím součást oznámení o výběru dodavatele, jakým způsobem posoudil zdůvodnění vybraného dodavatele ohledně MNNC. Zadavatel tak zatížil způsob posouzení MNNC významnou netransparentností, pro kterou je namísto jeho předchozí kroky zrušit. Zdůvodnění MNNC, jak je zadavateli poskytl vybraný dodavatel, je přitom dle mínění navrhovatele značně nepřesvědčivé.
28. Navrhovatel uvádí, že pokud jde o položku 014132 POPLATKY ZA SKLÁDKU TYP S-NO (NEBEZPEČNÝ ODPAD), vybraný dodavatel *de facto* mimořádně nízkou nabídkovou cenu obsaženou v jeho nabídce u dané položky nikterak nevysvětlil/nezdůvodnil. Vybraný dodavatel naopak přiznal, že nerespektoval požadavky zadavatele na způsob stanovení nabídkové ceny, když cenu za likvidaci nebezpečného odpadu stanovil bez jejich přímé vazby na skutečné ceny v místě a čase obvyklé, když namísto, aby poctivě stanovil cenu každé jedné položky položkového rozpočtu, jak požadoval zadavatel, stanovil cenu POPLATKŮ ZA SKLÁDKU TYP S-NO (NEBEZPEČNÝ ODPAD) (v rozporu s požadavky zadavatele) pro celé stavební objekty a následně takto stanovenou cenu bez vazby na skutečné ceny v místě a čase obvyklé rozpočítal mezi jednotlivé položky stavebních objektů. Takový postup je dle navrhovatele zcela nepřípustný (odporuje závazným požadavkům zadavatele) a již jen proto měl být vybraný

dodavatel vyloučen ze zadávacího řízení. Dle bodu 9.1.8 zadávací dokumentace byl totiž účastník zadávacího řízení povinen ocenit veškeré činnosti (položky) v soupisu prací jednotkovými cenami i celkovými cenami. Nelze připustit, aby v zadávacím řízení setrval dodavatel, který nedodržel závazné pokyny zadavatele, a to i pokud jde o způsob stanovení nabídkové ceny.

29. Navrhovatel nakonec v rozkladu uvádí, že v návrhu mimo jiné namítal, že zadavatel nevyřídil jeho námitky v souladu s § 245 odst. 1 ZZVZ, neboť rozhodnutí o námitkách neobsahuje odůvodnění, ve kterém by se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným navrhovatelem v námitkách. Dle navrhovatele lze sice obecně připustit, že se zadavatel nemusí vypořádávat s každým dílčím tvrzením stěžovatele, to však pouze a výlučně v případě, že proti tvrzení stěžovatele postaví takový právní názor/závěr, v jehož konkurenci námitky/argumenty navrhovatele jako celek nemohou (bez dalšího) obstát. Konkrétně dle navrhovatele zůstaly bez jakéhokoli vypořádání jeho námitky obsažené v bodech 19-21 a 32-37 námitek, k nimž se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyjádřil pouze tak, že ve vztahu k těmto tvrzením stěžovatele odkazuje na předešlou argumentaci, neboť se v principu jedná z obsahového hlediska o tutéž argumentaci, ke které se zadavatel již vyjádřil. Ve skutečnosti však dle navrhovatele neplatí, že by se uvedené námitky obsahově překrývaly s jinými námitkami. Jednalo se o námitky jiné, jinde v námitkách neobsažené, které tedy zadavatel v rozhodnutí o námitkách zcela pominul. Na všechny nedostatky rozhodnutí o námitkách přitom navrhovatel zcela konkrétně poukázal v návrhu. Úřad se však s touto jeho argumentací vypořádal ryze formalisticky bez přezkoumání podstaty jednotlivých námitek a způsobu, jakým se s nimi zadavatel vypořádal. Úřad toliko konstatoval své závěry (dle navrhovatele zcela nesprávné), aniž by vysvětlil úvahy, na jejichž základě k nim dospěl. V této části je tedy napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné.

Návrh rozkladu

30. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu výrok II napadeného rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření vybraného dodavatele ze dne 29. 10. 2021 k rozkladu

31. Vybraný dodavatel ve vyjádření ze dne 29. 10. 2021 k rozkladu uvádí, že napadené rozhodnutí je věcně správné, založené na velmi podrobném zjištění skutkového stavu a podložené srozumitelnou právní argumentací.
32. Navrhovatel zpochybňuje již samotnou existenci Divize 4 jakožto organizovaného útvaru, dle vybraného dodavatele však neuvádí žádný srozumitelný argument, proč by převedená část závodu neměla splňovat znaky obchodního závodu (jeho části). Vybraný dodavatel je toho názoru, že zcela srozumitelně vysvětlil a prokázal, že Divize 4 byla na základě interních pravidel jasně strukturována a organizována. O nahodilosti či neorganizovanosti zde nemůže být řeč. Divize 4 vykazovala jasnou funkční a hospodářskou samostatnost a současně měla vlastní řídicí strukturu a řízení výrobní i obchodní činnosti.
33. Dle vybraného dodavatele byl skutkový stav zjištěn tak, aby umožnil zadavateli a následně Úřadu spolehlivě ověřit, že referenční zakázky byly realizovány v rámci převedené části závodu a v souladu s tím ze zákona přešly na vybraného dodavatele jak závazky z příslušných obchodních smluv, tak i odpovídající realizační zázemí (hmotné, nehmotné, personální

základna). Předmětem převodu nebylo „formálně/administrativně“ vymezené realizační zázemí, ale existující hospodářská jednotka, která byla účetně, a konsistentně s tím i organizačně, vymezena jako souhrn organizačních prvků vytvářející v souladu s vnitřními pravidly fungování vyšší organizační útvar – Divize 4 společnosti Metrostav, který měl vlastní řídicí strukturu, personální základnu, vystupoval autonomně v realizačních vztazích a který měl autonomii též v rovině hospodaření.

34. Nejednalo se tak o selektivní převod obchodních smluv a s nimi spojených referencí, neboť něco takového ani právní úprava neumožňuje; šlo o převod organizovaného souboru jmění, v jehož důsledku došlo ze zákona k přechodu těch závazků, které do takto organizovaného souboru jmění náležely (a to, že do něj skutečně náležely, plyne již z obsahu smlouvy o prodeji části závodu a vzájemné logické vazby mezi jejími přílohami). S převodem takto jasně vymezeného souboru jmění přešlo na vybraného nabyvatele vše, co k dané části závodu náleželo a vybraný dodavatel úspěšně pokračoval a pokračuje v realizaci zakázek, jejichž realizaci zahájila společnost Metrostav. Pro realizaci zakázek využívá výrobní prostředky, kterými sám disponuje, není tedy pravda, že nenabyl žádné výrobní prostředky či vybavení a je pouze prázdnou evidenční skořápkou (s ohledem na právní úpravu převodu závodu by ani vytvoření takového stavu nebylo dost dobře možné).
35. Vybraný dodavatel nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že došlo k zásadní revizi závěrů Úřadu obsažených v jeho rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ. Po celou dobu, kdy navrhovatel na tomto rozhodnutí stavěl svou argumentaci, dle vybraného dodavatele důsledně opomíjel fakt, že skutkový stav byl v daném případě jiný a Úřad se k žádným dokladům týkajícím se převodu části závodu nevyjadřoval, neboť nebyly součástí dokumentace o zadávacím řízení a tím pádem ani správního spisu.
36. K otázce MNNC ve své nabídce vybraný dodavatel uvádí, že výši nabídkové ceny zdůvodnil v souladu s § 113 odst. 5 ZZVZ, načež zadavatel provedl posouzení tohoto objasnění dle § 113 odst. 6 ZZVZ, což zaznamenal do oznámení o výběru. K navrhovatelem zpochybňovanému odůvodnění MNNC u položek 014122, 014123 a 014132 vybraný dodavatel předně podotýká, že se dle jeho mínění jedná o zcela nově namítané skutečnosti, které nebyly předmětem námitek ani návrhu. Nicméně, i kdyby vybraný dodavatel MNNC nezdůvodnil, nebo neposkytl dostatečné odůvodnění, jak tvrdí navrhovatel v rozkladu, neznamenalo by to, že jej zadavatel musí ze zadávacího řízení vyloučit podle § 48 odst. 4 ZZVZ. Obligatorně musí zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze podle § 113 odst. 6 ZZVZ, pokud jeho zdůvodnění MNNC neobsahuje informace dle § 113 odst. 4 ZZVZ. To se však nestalo, neboť vybraný dodavatel informace dle § 113 odst. 4 ZZVZ na výzvu zadavatele předložil.
37. Vybraný dodavatel rovněž uvádí, že se nezakládá na pravdě tvrzení navrhovatele, že se nemohl dříve než v rámci vyjádření k podkladům rozhodnutí vyslovit k tomu, že z vybraným dodavatelem předložených osvědčení objednatelů o řádném dokončení referenčních zakázek dle názoru navrhovatele nevyplývá, jaké práce a zda vůbec byly realizovány společností Metrostav, když příslušné referenční listy byly vystaveny na sdružení dodavatelů, aniž by v nich bylo uvedeno, jaké činnosti a v jakém rozsahu byly realizovány tím kterým členem dodavatelského sdružení. Dle vybraného dodavatele již v oznámení o výběru, resp. příloze tohoto oznámení (podrobném zápisu o posouzení splnění podmínek účasti) zadavatel u jednotlivých referencí uvedl, zda byly plněny ve sdružení a jaký byl podíl vybraného

dodavatele, resp. společnosti Metrostav. Navrhovatel měl tedy dostatek informací k tomu, aby případně proti předmětným skutečnostem podal námitky, což neučinil.

38. Dle vybraného dodavatele se nezakládá na pravdě ani tvrzení navrhovatele, že měl možnost se seznámit s konkrétní formulací závazku společnosti Metrostav jako jiné osoby ve smyslu § 83 ZZVZ až v rámci studia podkladů rozhodnutí, neboť již v oznámení o výběru, resp. příloze tohoto oznámení (podrobném zápisu o posouzení splnění podmínek účasti) zadavatel uvedl u poznámky č. 2 obsah tohoto písemného závazku. Rozhodně se tedy nejedná o novou skutečnost, jak tvrdí navrhovatel. Zároveň vybraný dodavatel nespátřuje v písemném závazku společnosti Metrostav nic neurčitého.
39. K údajné nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách vybraný dodavatel uvádí, že navrhovatel v rozkladu sice připouští, že se zadavatel nemusí vypořádávat s každým dílčím tvrzením stěžovatele, nicméně z jeho argumentace je patrné, že zadavateli vyčítá ve skutečnosti právě to, že doslova nereagoval na jednotlivé věty obsažené v námitkách. Vybraný dodavatel se zcela ztotožňuje s tím, jak situaci posoudil Úřad v napadeném rozhodnutí, tedy že zadavatel v rozhodnutí o námitkách neopomenul žádný z podstatných věcných argumentů navrhovatele (postihl *gros* jeho argumentace).
40. Za zcela účelovou považuje vybraný dodavatel argumentaci navrhovatele založenou na nezákonném zkrácení jeho procesních práv tím, že mu byla poskytnuta krátká lhůta k vyjádření se k podkladům rozhodnutí. V této souvislosti je dle vybraného dodavatele potřeba uvést, že to byl navrhovatel, kdo podal návrh na zahájení správního řízení, a tedy on je subjektem, který fakticky vymezil rozsah správního přezkumu. Vzhledem k předpokládané hodnotě zakázky se navíc jednalo o návrh spojený s úhradou kauce v poměrně zásadní výši. Za těchto okolností lze dle vybraného dodavatele jen těžko brát vážně tvrzení navrhovatele, že si až po více než dvou měsících od zahájení správního řízení uvědomil složitost věci a nutnost právního zastoupení.
41. Vybraný dodavatel navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad jako nedůvodný zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

Vyjádření zadavatele ze dne 1. 11. 2021 k rozkladu

42. Zadavatel ve vyjádření ze dne 1. 11. 2021 k rozkladu uvádí, že lhůta pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí byla podle jeho názoru za daných okolností dostatečná, a to již ve své původní délce. Zadavatel dále zdůrazňuje, že tato lhůta a její minimální zákonná délka jsou instituty vztahujícími se k účastníkovi správního řízení, a nikoli jeho právnímu zástupci, tj. navrhovateli jako takovému byla po jejím prodloužení stanovena lhůta v celkové délce více než 14 dní, tedy lhůta zcela zjevně dostatečná. Skutečnost, že navrhovatel předal věc svému právnímu zástupci až na sklonku původně stanovené lhůty, je v tomto ohledu zcela irelevantní, neboť zda, případně kdy, navrhovatel věc předal svému právnímu zástupci, bylo zcela v jeho rukou. Tato skutečnost sama o sobě neopravňuje navrhovatele požadovat prodloužení lhůty, resp. nezakládá navrhovateli nárok na její prodloužení, případně nárok na její prodloužení o navrhovatelem požadovanou dobu. Pokud tedy navrhovatel předal věc svému právnímu zástupci až těsně ke konci předmětné lhůty, je to skutečnost, která musí jít k jeho tíži a nemůže být nezákonným zkrácením jeho procesních práv.

43. K argumentům navrhovatele, že z žádných dokumentů předložených vybraným dodavatelem nevyplývá, že referenční zakázky realizovala právě Divize 4, a že v rámci převodu Divize 4 došlo k převodu konkrétního realizačního zázemí, které se na plnění referenčních zakázek podílelo (vyjma 22 konkrétních zaměstnanců), zadavatel uvádí, že navrhovatel opět pouze paušálně tvrdí, že předložené dokumenty uvedené skutečnosti neprokazují, aniž by ale uvedl jediný konkrétní, věcný a relevantní argument, proč si to myslí. Pokud jde o doložení realizace referenčních zakázek Divizí 4, zadavatel opakovaně odkazuje na svá vyjádření a vyjádření vybraného dodavatele, v rámci kterých bylo na základě konkrétních dokladů předložených vybraným dodavatelem jednoznačně prokázáno, že referenční zakázky realizovala právě Divize 4. Opakované odmítání těchto skutečností a dokladů navrhovatelem, bez jediného věcného argumentu, na tom nemůže nic změnit. K převodu realizačního zázemí pak zadavatel upozorňuje, že navrhovatel argumentuje zcela tendenčně, když poukazuje na to, že byl doložen převod pouze 22 konkrétních zaměstnanců. Dle zadavatele navrhovatel úmyslně ignoruje skutkový stav a předložené dokumenty, přičemž zadavatel odkazuje na smlouvu o prodeji části závodu, jejíž přílohou je 14 seznamů obsahujících soupis převáděných aktiv a pasiv tvořících příslušnou část Divize 4. Ze smlouvy o prodeji části závodu, resp. jejích příloh jednoznačně vyplývá převod realizačního zázemí v odpovídajícím rozsahu.
44. K argumentaci navrhovatele odklonem Úřadu od své dosavadní rozhodovací praxe zadavatel podotýká, že rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ bylo zrušeno, a nemůže tak být považováno za rozhodovací praxi Úřadu. Úřad se tedy v tomto kontextu od žádné své rozhodovací praxe neodchyluje.
45. K námitce navrhovatele týkající se osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších stavebních prací zadavatel uvádí, že ZZVZ nevyžaduje, aby tato osvědčení obsahovala konkrétní informace o podílu dodavatele v rámci společného plnění, konkrétních druzích stavebních prací či další technické podrobnosti. ZZVZ toliko vyžaduje, aby osvědčení objednatele potvrdzovalo řádné poskytnutí a dokončení příslušných prací. Plně tedy postačí, pokud jsou navrhovatelem uváděné informace uvedeny v seznamu stavebních prací.
46. Zadavatel uzavírá, že podle jeho názoru je napadené rozhodnutí věcně i procesně správné, přezkoumatelné a zcela v souladu se zjištěným skutkovým i právním stavem, a proto navrhuje, aby ho předseda Úřadu potvrdil a rozklad zamítl.

V. Řízení o rozkladu

47. 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

48. 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 výroku II napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost výroku II napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
49. Úřad napadeným rozhodnutím rozhodl správně a v souladu s právními předpisy.

50. Napadené rozhodnutí je srozumitelné a je z něj patrné, z jakých skutečností Úřad vyšel a jakými úvahami se při rozhodování věci řídil. V návaznosti na podaný rozklad odůvodnění napadeného rozhodnutí dále doplňuji prostřednictvím odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu. V této souvislosti odkazují na konstantní judikaturu Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“), podle níž rozhodnutí prvního stupně a rozhodnutí o odvolání (rozkladu) podaném proti takovému rozhodnutí tvoří jeden celek (viz např. rozsudky NSS č. j. 5 Afs 16/2003-56, č. j. 9 As 64/2007-98, č. j. 2 Afs 132/2009-275, č. j. 4 Ads 114/2011-105, č. j. 6 Ads 134/2012-47, č. j. 6 As 161/2013-25 nebo č. j. 4 As 207/2020-40).
51. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení výroku II napadeného rozhodnutí.

VI. K právní moci výroku I napadeného rozhodnutí

52. Navrhovatel podal rozklad pouze proti výroku II napadeného rozhodnutí a žádný jiný účastník správního řízení rozklad proti napadenému rozhodnutí nepodal.
53. Dle § 82 odst. 3 správního řádu, pokud odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. Toto ustanovení zákona se dle § 152 odst. 5 správního řádu použije i na řízení o rozkladu, nevylučuje-li to povaha věci.
54. Výrok I napadeného rozhodnutí netvoří nedílný celek s jeho výrokem II, protože Úřad v těchto výrocích rozhodl o různých, na sobě nezávislých částech návrhu navrhovatele (blíže viz body 9 a 10 tohoto rozhodnutí). Jsou tak splněny podmínky stanovené v § 82 odst. 3 správního řádu, že se nesmí jednat o výroky, které spolu tvoří nedílný celek a že samostatné nabytí právní moci jednoho z výroků musí umožňovat povaha věci.
55. Protože žádný účastník správního řízení proti výroku I napadeného rozhodnutí rozklad nepodal, je naplněna i poslední podmínka, že samostatným nabytím právní moci tohoto výroku nesmí vzniknout újma žádnému účastníku tohoto správního řízení. V této souvislosti je třeba uvést, že navrhovatel v rozkladu mimo jiné namítá, že správní řízení, jež předcházelo vydání napadeného rozhodnutí, bylo zatíženo zásadní procesní vadou, která sama o sobě způsobuje nezákonnost rozkladem napadeného rozhodnutí. Touto procesní vadou mělo být stanovení lhůty pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí ve zcela nedostatečné délce (rovněž viz bod 17 tohoto rozhodnutí). Z rozkladu, ale i povahy namítané procesní vady je zřejmé, že navrhovatel z tohoto důvodu namítá nezákonnost pouze výroku II napadeného rozhodnutí, a nikoliv i jeho výroku I. Je to z toho důvodu, že podkladem výroku I napadeného rozhodnutí byly v zásadě jen dvě písemnosti, a to námítka a návrh, jejichž původcem byl sám navrhovatel. Vzhledem k tomu měl navrhovatel tyto podklady od počátku správního řízení k dispozici a mohl se k nim vyjádřit kdykoliv v jeho průběhu a nemusel čekat na to, až mu k tomu Úřad stanoví lhůtu. Tedy ani tato skutečnost (rozkladová námítka) nebrání tomu, aby výrok I napadeného rozhodnutí nabyl samostatně právní moci.
56. Napadené rozhodnutí bylo doručeno navrhovateli, zadavateli i vybranému dodavateli dne 7. 10. 2021. Lhůta pro podání rozkladu v délce 15 dnů stanovená v § 83 správního řádu uplynula všem účastníkům správního řízení dne 22. 10. 2021. Dle § 73 odst. 1 správního řádu platí, že rozhodnutí je v právní moci, pokud bylo oznámeno a pokud proti němu nelze podat

odvolání (případně analogicky rozklad). Za splnění podmínek stanovených v § 82 odst. 3 správního řádu tak výrok I napadeného rozhodnutí nabyl právní moci dne 23. 10. 2021, v důsledku čehož je vyloučen jeho přezkum v rámci tohoto řízení o rozkladu.

VII. K námitkám rozkladu proti výroku II napadeného rozhodnutí

K námitce, že Úřad poskytl navrhovateli nepřiměřenou lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí

57. K námitce navrhovatele, že v důsledku stanovení lhůty pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí ve zcela nedostatečné délce mu bylo upřeno právo seznámit se s veškerými podklady rozhodnutí a vyjádřit se k nim, čímž bylo řízení zatíženo zásadní procesní vadou, která sama o sobě způsobuje nezákonnost rozkladem napadeného rozhodnutí, uvádím následující.
58. Úřad usnesením sp. zn. ÚOHS-S0264/2021/VZ, č.j. ÚOHS-31557/2021/512/SWa ze dne 15. 9. 2021 stanovil účastníkům řízení lhůtu v délce 7 dnů, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Usnesením sp. zn. ÚOHS-S0264/2021/VZ, č.j. ÚOHS-32537/2021/512/SWa ze dne 23. 9. 2021 tuto lhůtu na základě žádosti navrhovatele prodloužil o dalších 7 dnů. Navrhovatel tak měl k dispozici lhůtu v celkové délce 14 dnů (od 16. 9. 2021 do 30. 9. 2021), kterou mohl využít k nahlédnutí do spisu a vyjádření se k podkladům rozhodnutí.
59. Jsem toho názoru, že lhůtu v celkové délce 14 dní lze považovat v kontextu posuzovaného případu za přiměřenou. Navrhovatel se navíc seznámil s podklady pro vydání rozhodnutí již dne 17. 9. 2021 při nahlížení do spisu, tj. na začátku běhu lhůty k vyjádření se k podkladům rozhodnutí, díky čemuž měl dostatek času na přípravu svého vyjádření.
60. Právní zástupce navrhovatele Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Klimentská 1216/46, 110 00 Praha 1, (dále jen „**zástupce navrhovatele**“) požádal Úřad podáním ze dne 22. 9. 2021 o prodloužení lhůty pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí, přičemž uvedl, že „*před podáním vyjádření k podkladům rozhodnutí se právní zástupce navrhovatele nejprve musí seznámit s podmínkami předmětného zadávacího řízení, jeho dosavadním průběhem, jakož i s dosavadním průběhem nadepsaného správního řízení a s obsáhlými podklady rozhodnutí, což objektivně nelze učinit v původně stanovené lhůtě pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí, dovoluje si navrhovatel prostřednictvím svého právního zástupce zdvořile požádat Úřad o laskavé prodloužení stanovené lhůty pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí, a to o 14 dní, tj. do 7. 10. 2021*“. Z toho lze usuzovat, že i sám navrhovatel, resp. jeho zástupce považoval lhůtu v délce 14 dnů za přiměřenou.
61. Na právě uvedeném nemění nic ani skutečnost, že se navrhovatel nechal právně zastoupit až dne 22. 9. 2021, neboť tento úkon byl zcela v jeho dispozici a závisel výlučně na jeho uvážení. Nicméně i tak zástupci navrhovatele zbývalo na přípravu vyjádření relativně dost času (8 dnů).
62. Jako jediný důvod, proč se navrhovatel obrátil na právního zástupce až ke konci původně stanovené lhůty pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí, navrhovatel uvádí, že po zběžném seznámení se s obsahem a rozsahem spisu seznal, že k náležitě ochraně jeho práv je vhodné požádat o právní pomoc advokátní kancelář. K tomu uvádím, že to byl navrhovatel, kdo podal

návrh na zahájení tohoto správního řízení, a kdo vymezil rozsah přezkumu a otázek řešených ze strany Úřadu. Tvrzení, že si až ve fázi ukončení shromažďování podkladů Úřadem (tj. ke konci prvostupňového řízení) uvědomil složitost věci a nutnost právního zastoupení, proto nezní věrohodně. O to více to platí v případě navrhovatele, který je jakožto velká stavební společnost pravidelným účastníkem zadávacích řízení i správních řízení vedených Úřadem. Jsem tudíž toho názoru, že pokud se chtěl nechat ve správním řízení právně zastoupit, nic mu nebránilo, aby tak učinil dříve než 22. 9. 2021.

63. V neposlední řadě je třeba zdůraznit, že navrhovatel sice v rozkladu tvrdí, že neprodloužení lhůty k vyjádření se k podkladům rozhodnutí v jím požadované délce mělo vliv na možnost navrhovatele, resp. jeho právního zástupce seznámit se s podklady rozhodnutí a kvalifikovaně se k nim vyjádřit, v rozkladu však vůbec nijak nespécifikuje, jaké konkrétní podklady nestihl nastudovat, resp. jaké konkrétní skutečnosti neměl možnost Úřadu ve stanovené lhůtě sdělit. V mezidobí mezi uplynutím lhůty pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí do uplynutí lhůty pro podání rozkladu (tj. od 1. 10. 2021 do 22. 10. 2021) měl na takovou analýzu jistě dostatek času. Omezení možnosti navrhovatele vyjádřit se k podkladům rozhodnutí nadto nevyplývá ani z jeho vyjádření ze dne 30. 9. 2021, které je poměrně rozsáhlé (17 stran) a obsahuje obdobnou argumentaci, již navrhovatel uplatňuje i nyní v rámci rozkladu.
64. Rozkladovou námitku navrhovatele, že v důsledku krátké lhůty pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí bylo řízení zatíženo zásadní procesní vadou, vzhledem k výše uvedenému shledávám nedůvodnou.

Shrnutí skutečností k posouzení přechodu referencí ze společnosti Metrostav na vybraného dodavatele

65. Zadavatel v bodě 7.4.2 zadávací dokumentace požadoval prokázat splnění technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ předložením seznamu stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací. Minimální úroveň požadovaného kvalifikačního předpokladu byla vymezena následovně:
- a) *„Minimálně 3 stavební práce obdobného charakteru poskytnuté dodavatelem za posledních 5 let (obdobným charakterem se rozumí kompletní rekonstrukce konstrukčních vrstev vozovky pozemní komunikace či výstavba nové pozemní komunikace, a to pozemní komunikace s minimálně dvěma jízdními pruhy, v rámci které byly provedeny konstrukční vrstvy a obrusná vrstva vozovky v délce minimálně 1 km, a jejíž součástí byla rekonstrukce nosné konstrukce či výstavba nového minimálně 1 mostu. Každá z těchto stavebních prací musela dosáhnout finančního limitu minimálně 250 000 000 Kč bez DPH.*
- b) *Minimálně 1 stavební práce, jejíž součástí byly stavební práce spočívající ve výstavbě či rekonstrukci kanalizace v délce minimálně 300 m.“*
66. Vybraný dodavatel prokazoval technickou kvalifikaci podle bodu 7.4.2 zadávací dokumentace dvojím způsobem, a to (i) 3 referenčními zakázkami společnosti Metrostav, jakožto jiné osoby podle § 83 ZZVZ a (ii) těmito 5 referenčními zakázkami, které na něj měly přejít spolu s nabytím části Divize 4 jakožto části závodu společnosti Metrostav:
- „Dálnice D3 0309/I Bošilec – Ševětín“,

- „D48 Rybí – MÚK Rychaltice“,
- „D1 modernizace – úsek 03, EXIT 29 Hvězdovice – EXIT 34 Ostředek“,
- „D1 modernizace – úsek 06, EXIT 49 Psáře – EXIT 56 Soutice“,
- „Dálnice D11 1105/II Osičky – Hradec Králové v km 78,91 – 90,76“,

(v tomto rozhodnutí společně jako „**referenční zakázky**“ nebo „**reference**“).

67. Navrhovatel v návrhu především namítal, že vybraný dodavatel neprokázal splnění technické kvalifikace podle bodu 7.4.2 zadávací dokumentace, protože neprokázal, že na něj tyto reference přešly spolu s nabytím části závodu (Divize 4) společnosti Metrostav.

K námitce zpochybňující způsobilost Divize 4 být předmětem převodu jako část obchodního závodu společnosti Metrostav

68. Navrhovatel v rozkladu v souvislosti s posuzovaným přechodem referencí ze společnosti Metrostav na vybraného dodavatele předně namítá, že v zadávacím ani správním řízení nebylo prokázáno, zda část Divize 4 převedená ze společnosti Metrostav na vybraného dodavatele skutečně tvořila samostatnou organizační složku závodu, která mohla být předmětem převodu dle § 2175 a násl. OZ.
69. Podle § 502 OZ „*obchodní závod (dále jen ‚závod‘) je organizovaný soubor jmění, který podnikatel vytvořil a který z jeho vůle slouží k provozování jeho činnosti. Má se za to, že závod tvoří vše, co zpravidla slouží k jeho provozu*“. Dle navrhovatele nebylo vybraným dodavatelem prokázáno, že Divize 4 společnosti Metrostav představovala ve smyslu tohoto ustanovení zákona „*organizovaný soubor jmění*“.
70. K tomu uvádím, že vybraný dodavatel v rámci zadávacího řízení předložil smlouvu o prodeji části závodu uzavřenou podle § 2175 a násl. OZ, v jejíž preambuli je mimo jiné uvedeno, že „*[p]řevodce je vlastníkem části závodu, která je součástí organizačního útvaru Převodce nazývaného ‚Divize 4‘, zabývající se infrastrukturními projekty v silničním dopravním stavitelství. Část závodu, jejíž prodej je předmětem této Smlouvy, vykazuje hospodářskou a funkční samostatnost. Součástí převáděné části závodu není žádný nemovitý majetek. Součástí převáděné části závodu jsou především v této Smlouvě vymezené věci, práva a povinnosti ze smluvních vztahů, pohledávky, dluhy a dále vymezení zaměstnanců*“.
71. Z předložené smlouvy o prodeji části závodu tedy předně vyplývá, že byla uzavřena podle § 2175 a násl. OZ, tj. podle ustanovení občanského zákoníku upravujících koupi obchodního závodu jakožto věci hromadné ve smyslu § 502 OZ. V souladu s tímto pojetím závodu je ve smlouvě o prodeji části závodu dále uvedeno, že přílohy č. 1-14 obsahují pouze demonstrativní (nikoliv tedy taxativní, úplný, vyčerpávající) výčet převáděných věcí, práv a povinností ze smluvních vztahů, pohledávek, dluhů a zaměstnanců, tzn. že jejím předmětem není „*pouze*“ prodej v ní vyjmenovaných věcí. Smluvní strany ve smlouvě o prodeji části závodu výslovně navíc prohlásily, že část závodu, jejíž prodej je předmětem smlouvy o prodeji části závodu, tj. Divize 4 společnosti Metrostav, vykazuje hospodářskou a funkční samostatnost, čímž explicitně potvrdily její způsobilost být předmět převodu podle § 2175 a násl. OZ.
72. V příloze č. 15 smlouvy o prodeji části závodu převodce (tj. společnost Metrostav) mimo jiné prohlásil, že ke dni uzavření smlouvy „*a. je oprávněn uzavřít tuto Smlouvu, plnit své povinnosti*

vyplývající z této Smlouvy a realizovat transakci zamýšlenou touto Smlouvou, přičemž povinnosti obsažené v této Smlouvě představují platné povinnosti Převodce vymahatelné proti převodci v souladu s podmínkami této Smlouvy“, „e. je výlučným vlastníkem Závodu a všech jeho součástí a je oprávněn Závod na základě této smlouvy převést“ a „m. veškeré informace o Závodu uvedené v této Smlouvě a jejích přílohách jsou pravdivé, přesné a úplné“.

73. Rovněž z výpisu z obchodního rejstříku vztahujícího se k vybranému dodavateli, na který zadavatel odkázal na str. 7 a 8 rozhodnutí o námitkách, vyplývá, že vybraný dodavatel nabyl vlastnické právo k části obchodního závodu představované částí organizačního útvaru společnosti Metrostav nazývaného „Divize 4“: *„Na základě smlouvy o prodeji části závodu, uzavřené dne 25.08.2020, nabyla společnost Metrostav Infrastructure a.s., se sídlem Koželužská 2246/5, Libeň, 180 00 Praha 8, IČO 242 04 005, vlastnické právo k části závodu představované částí organizačního útvaru společnosti Metrostav a.s. nazývaného Divize 4 společnosti Metrostav a.s., se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8, IČO 000 14 915, zapsané v obchodním rejstříku vedeném Městským soudem v Praze, oddíl B, vložka 758, jak je část závodu blíže vymezena v uvedené smlouvě. Dne 01.09.2020 byl založen doklad o koupi této části závodu ve sbírce listin obchodního rejstříku společnosti Metrostav Infrastructure a.s., se sídlem Koželužská 2246/5, Libeň, 180 00 Praha 8, IČO 242 04 005, jakožto nabyvatele uvedené části závodu, a téhož dne byl zveřejněn také údaj o jeho založení, čímž převod předmětné části závodu nabyl účinností“.*
74. Vzhledem k informacím obsaženým ve smlouvě o prodeji části závodu a ve výpisu z obchodního rejstříku jsem toho názoru, že zadavatel neměl důvod pochybovat o tom, že Divize 4 společnosti Metrostav byla způsobilá být předmětem převodu jako část obchodního závodu ve smyslu § 502 OZ. Zadavatel navíc disponoval dalšími podklady, které tuto skutečnost potvrzovaly. Jednalo se o příkazy ředitele Divize 4 k realizaci referenčních zakázek, stavební deníky, v nichž byla Divize 4 označena jako realizační útvar, účetní doklady (faktury a knihy nákladů a výnosů), evidenci obchodních případů či pracovní smlouvy, které za společnost Metrostav podepisoval ředitel Divize 4 nebo jeho zástupce, resp. náměstek (blíže viz bod 81 tohoto rozhodnutí), z nichž vyplývá, že Divize 4 byla v rámci společnosti Metrostav vyčleněna organizačně, personálně i účetně.
75. Existence Divize 4 jakožto relativně samostatného útvaru v rámci společnosti Metrostav je také patrná z přílohy č. 3 vyjádření navrhovatele ze dne 27. 8. 2021, kterou je článek (resp. rozhovor) „Jsem pracovní sportovec“ z roku 2017, který obsahuje rozhovor s Ing. Josefem Neuwirthem, který byl od roku 2001 ředitelem Divize 4. V tomto článku se mimo jiné uvádí, že Ing. Neuwirth vybudoval ve společnosti Metrostav dopravní Divizi 4, která vznikla 1. 2. 2001, s významnou pozicí „ve firmě“, která výrazně uspěla v Polsku, a v Česku cílí na nejvýznamnější silniční stavby, a že v roce 2016 měla Divize 4 roční obrát kolem 4,7 miliardy a zaměstnávala přes 550 lidí.
76. Dále lze zmínit, že navrhovatel opakovaně v rozkladu hovoří o „jakési“ Divizi 4, přitom v bodě 44 návrhu (a obdobně v bodě 63 rozkladu) uvedl, že je běžnou praxí velkých stavebních společností vytvářet tzv. specializovaná účetní střediska, v rámci nichž se koncentrují specializované výrobní prostředky, například specializovaní pracovníci, stroje, know-how apod. Společnost Metrostav například disponuje středisky Divize 11 (středisko staveništních kontejnerů, střední a drobné mechanizace, zdvihací techniky), Divize 6 (tesařské výrobky, bednění a železobetonové konstrukce), Divize 1 (zámečnické práce a elektroservis, inženýrské,

podzemní sítě a plynovody). Tato střediska se dle navrhovatele podílí na realizaci zakázek prováděných společností Metrostav v rozsahu, v jakém příslušná zakázka zahrnuje jimi prováděné specializované činnosti. Vzhledem k tomu, že vybraný dodavatel prokazuje splnění kritérií technické kvalifikace prostřednictvím zakázek s finančním objemem v řádu stovek milionů korun českých zahrnujících celou řadu specializovaných činností, je dle navrhovatele vyloučené, aby tyto referenční zakázky realizovala společnost Metrostav bez zapojení uvedených specializovaných středisek (divizí). Na jedné straně tedy navrhovatel zpochybňuje, že v rámci společnosti Metrostav existovala Divize 4, na straně druhé však přiznává existenci jiných specializovaných středisek (divizí) v rámci této společnosti.

77. V návaznosti na uvedené uzavírám, že jsem toho názoru, že zadavatel i Úřad měli k dispozici dostatek podkladů, z nichž bylo lze usuzovat na existenci Divize 4 jakožto útvaru společnosti Metrostav a na způsobilost této divize (resp. její části) být ve smyslu § 502 OZ předmětem převodu podle 2175 a násl. OZ. Vzhledem k tomu shledávám rozkladovou námitku navrhovatele shrnutou v bodě 18 tohoto rozhodnutí nedůvodnou.

K námitce zpochybňující realizaci referenčních zakázek Divizí 4 společnosti Metrostav

78. Navrhovatel v rozkladu v souvislosti s posuzovaným přechodem referencí ze společnosti Metrostav na vybraného dodavatele dále namítá (blíže viz bod 19 tohoto rozhodnutí), že nebylo prokázáno, že referenční zakázky realizovala v rámci společnosti Metrostav právě její Divize 4.
79. Ze seznamu stavebních prací, osvědčení objednatelů o jejich řádném poskytnutí a dalších dokladů předložených vybraným dodavatelem v nabídce vyplývá, že referenční zakázky realizovala společnost Metrostav (nikoliv tedy vybraný dodavatel), která je na předmětných dokladech uvedena jako jeden z jejich zhotovitelů (ve sdružení s dalšími dodavateli). To nezpochybňuje ani navrhovatel, který v bodě 22 návrhu uvedl, že „žádnou z doložených referenčních zakázek nerealizoval Vybraný dodavatel, nýbrž všechny doložené referenční zakázky realizovala společnost Metrostav a.s.“.
80. Pokud tedy doložené referenční zakázky realizovala (v rámci sdružení) společnost Metrostav, je zřejmé, že tyto zakázky musela provádět (zejména řídit a organizovat) jako celek, anebo některý její specializovaný útvar. Vybraný dodavatel v zadávacím řízení tvrdil a prokazoval, že referenční zakázky v rámci společnosti Metrostav realizovala její Divize 4. Úřad v bodě 132 napadeného rozhodnutí dospěl k závěru, že z dokladů předložených vybraným dodavatelem vyplývá, že referenční zakázky skutečně realizovala Divize 4. S tímto závěrem se z následujících důvodů ztotožňuji.
81. Vybraný dodavatel v průběhu zadávacího řízení (v rámci objasnění nabídky ze dne 7. 5. 2021) předložil zadavateli zejména následující dokumenty (podrobněji viz body 110 a 127-135 napadeného rozhodnutí), které dle mého názoru vykazují znaky, na jejichž základě lze přiřadit referenční zakázky k činnosti Divize 4 společnosti Metrostav:
- pracovní smlouvy 22 zaměstnanců společnosti Metrostav (uzavřené za společnost Metrostav ředitelem Divize 4 nebo jeho náměstkem) a jejich čestná prohlášení, ze kterých vyplývá jejich příslušnost k Divizi 4, a to, že působili zejména ve vedoucí pozici na referenčních zakázkách;

- dokumenty o určení zástupce zhotovitele (společnosti Metrostav) na referenčních zakázkách, z nichž vyplývá, že těmito zástupci byli zaměstnanci Divize 4;
 - stavební deníky vztahující se k referenčním zakázkám, v nichž je jako zhotovitel uvedena Divize 4 společnosti Metrostav a jako osoby zabezpečující odborné provádění stavby zaměstnanci Divize 4;
 - příkazy ředitele Divize 4 k realizaci projektu (referenčních zakázek), z nichž vyplývá existence Divize 4 jakožto samostatně řízeného útvaru v rámci společnosti Metrostav, a to, že referenční zakázky byly realizovány právě Divizí 4 společnosti Metrostav, a že se na jejich vedení podíleli zaměstnanci této divize;
 - „Pracovní postup č. 19/EŘ Postupy účtování v Metrostav a.s.“ ze dne 4. 9. 2015, který stanovuje pravidla pro přidělování číselných označení (kódů) jednotlivým organizačním prvkům a číslování razítek, kdy číslice čísla (variabilní symboly) odběratelských faktur jsou tvořeny tak, že číslice 4 na začátku vyjadřuje příslušnost k Divizi 4, a zprávy o věcných zjištěních auditora PricewaterhouseCoopers Audit, s.r.o., které potvrzují (jednotlivě pro každou z referenčních zakázek), že zakázkové kódy patřily pod Divizi 4 společnosti Metrostav, ve spojení s výpisy z účetní evidence společnosti Metrostav formou notářských zápisů (knihami nákladů a výnosů) a výnosovými fakturami s vyúčtováním plnění provedeného na referenčních zakázkách;
 - výpisy databáze obchodních případů společnosti Metrostav formou notářských zápisů, které dokládají, že referenční zakázky byly v interní evidenci společnosti Metrostav evidovány jako zakázky realizované její Divizí 4;
 - notářský zápis č. NZ 252/2021 ze dne 7. 5. 2021, v němž jsou uvedeny vybrané řádky přílohy č. 14 smlouvy o prodeji části závodu nazvané „Seznam převáděných organizačních prvků“, z nichž vyplývá (ve spojení s „Pracovním postupem č. 19/EŘ Postupy účtování v Metrostav a.s.“), že referenční zakázky příslušely k Divizi 4.
82. Na podporu právě uvedeného lze dále uvést, že v preambuli smlouvy o prodeji části závodu je uvedeno, že *„[p]řevodce je vlastníkem části závodu, která je součástí organizačního útvaru Převodce nazývaného ‚Divize 4‘, zabývající se infrastrukturními projekty v silničním dopravním stavitelství“*. Předmětem referenčních zakázek byla výstavba různých úseků dálnic na území České republiky, tzn. realizace infrastrukturních projektů v silničním dopravním stavitelství. Z povahy věci by tedy bylo lze předpokládat, že v rámci společnosti Metrostav realizovala referenční zakázky právě její Divize 4.
83. Ke stejnému závěru lze dle mého názoru dospět i „vylučovací metodou“. Jak uvedl Úřad v bodě 145 napadeného rozhodnutí, dle výročních zpráv společnosti Metrostav z let 2017 až 2019, veřejně dostupných ve sbírce listin obchodního rejstříku, vyplývá, že tato společnost se sestávala z 8 divizí (Divize 1, Divize 3, Divize 4, Divize 5, Divize 6, Divize 8, Divize 9 a Divize 11). Jak uvedl navrhovatel v návrhu a rozkladu (viz bod 21 tohoto rozhodnutí), Divize 11 měla v působnosti staveništní kontejnery, střední a drobnou mechanizaci a zdvihací techniku, Divize 6 tesařské výrobky, bednění a železobetonové konstrukce a Divize 1 zámečnické práce, elektroservis, inženýrské a podzemní sítě a plynovody. Z této informace, ve spojení se seznamem divizí společnosti Metrostav uvedeným na jejích webových stránkách, na který

odkazuje navrhovatel v rozkladu v poznámce pod čarou č. 9,² lze rovněž usuzovat na to, že referenční zakázky pravděpodobně realizovala Divize 4, která v době, kdy byla součástí společnosti Metrostav, měla být specializovaným střediskem realizujícím silniční dopravní stavby (zatímco ostatní divize se specializovaly na jiné činnosti).

84. V neposlední řadě lze rovněž odkázat na článek (resp. rozhovor) „Jsem pracovní sportovec“ (viz bod 75 tohoto rozhodnutí), v němž bývalý ředitel Divize 4 mimo jiné uvedl: „*Pracovali jsme hlavně na dálnicích, většinou ve sdruženích s jinými firmami. Jednou z největších byla D3 Tábor – Veselí nad Lužnicí, ale také D8, nebo dálnice D11, jejíž poslední úsek před Hradcem Králové půjde koncem prázdnin do provozu. Dále jsme budovali úseky D6, D7 či stavbu 512 na Pražském okruhu. Na Moravě jsme se účastnili výstavby D48, D1 a dalších. [...] můžeme komplexně postavit jakoukoliv dopravní stavbu. Je to celý komplex přístupu k dopravním stavbám, který začal mosty a postupně se rozšířil na všechny technologie, které souvisí se stavbou silnic a dálnic [...] [I]jetos jsme získali úsek na dálnici D48 Rybí – Rychaltice, kde jsme cenovou nabídku dělali ještě v minulém roce. Divize 4 je lídr sdružení a stavba má hodnotu přes 2 miliardy korun“.* Z tohoto rozhovoru, který vznikl v roce 2017, tedy 3 roky před převodem Divize 4 na vybraného dodavatele, vyplývá, že Divize 4 měla v rámci společnosti Metrostav na starosti realizaci dopravních staveb, jakými byly právě referenční zakázky. V rámci rozhovoru byla výslovně zmíněna minimálně jedna z referenčních zakázek („D48 Rybí – MÚK Rychaltice“).
85. Lze tedy uzavřít, že jsem ve shodě s Úřadem toho názoru, že tvrzení vybraného dodavatele, že referenční zakázky v rámci společnosti Metrostav realizovala (tj. minimálně řídila a organizovala) skutečně fakticky (nikoliv pouze formálně) její Divize 4, a že se nejednalo pouze účetní (evidenční) záležitost, bylo dostatečně podloženo dokumenty (v jejich souhrnu), které jsou obsahem dokumentace o zadávacím řízení a správního spisu. Ohledně námitky navrhovatele, že se v rámci společnosti Metrostav musely na referenčních zakázkách podílet i další její divize (specializovaná střediska) a námitky, že není zřejmé, jaké realizační zázemí společnosti Metrostav bylo při plnění referenčních zakázek využito, odkazují na další část tohoto rozhodnutí.

K námitce zpochybňující převod části Divize 4 vč. referencí ze společnosti Metrostav na vybraného dodavatele

86. Navrhovatel v rozkladu v souvislosti s posuzovaným přechodem referencí ze společnosti Metrostav na vybraného dodavatele především namítá (blíže viz bod 20 tohoto rozhodnutí), že je nesprávný závěr Úřadu (a zadavatele) o tom, že na základě dokladů předložených vybraným dodavatelem lze mít za to, jaká konkrétní část obchodního závodu společnosti Metrostav (jeho realizačního zázemí) byla na vybraného dodavatele převedena a zda se v dostatečně relevantní míře fakticky (tj. nikoli pouze formálně) jednalo o realizační zázemí společnosti Metrostav využití při plnění referenčních zakázek (s výjimkou 22 zaměstnanců). K této námitce uvádím následující.
87. Problematikou prokazování technické kvalifikace prostřednictvím referencí ze strany dodavatele, který měl reference nabýt spolu s částí závodu, se zabýval Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 30 Af 138/2012-96 ze dne 19. 2. 2015 a NSS v navazujícím rozsudku č. j. 10 As

² Pozn.: <https://www.metrostav.cz/cs/kontakty/divize-provozy-a-strediska>

55/2015-46 ze dne 20. 8. 2015. Tyto rozsudky zmínil Úřad v napadeném rozhodnutí a odkazuje na ně i navrhovatel v rozkladu. Závěry prezentované v těchto rozsudcích jsou dle mého názoru využitelné v právě šetřeném případě jen v omezené míře. Zejména je to z toho důvodu, že v zadávacím řízení, které tyto soudy posuzovaly, příslušný dodavatel jako nabyvatel části závodu (resp. podniku) nepředložil zadavateli žádné doklady o převodu části závodu (resp. podniku), a proto zadavatel ani neměl najisto postaveno, zda k převodu části podniku vůbec došlo. NSS k tomu v předmětném rozsudku uvedl, že „[z]cela klíčový je ovšem fakt, že stěžovatelka uskutečnění převodu v průběhu zadávacího řízení nikterak nedoložila. Pokud stěžovatelka opírala část své kvalifikace o prostředky nabyté tvrzeným převodem, byla povinna takové tvrzení i náležitě prokázat“. Krajský soud v Brně a NSS tedy posuzovaly zcela jiný skutkový stav než Úřad v tomto správním řízení, neboť v šetřeném zadávacím řízení předložil vybraný dodavatel „stovky“ dokumentů za účelem prokázání přechodu referencí ze společnosti Metrostav na vybraného dodavatele.

88. Pokud tedy Krajský soud v Brně v předmětném rozsudku uvedl, že „[p]ro posouzení splnění technických kvalifikačních předpokladů byl zásadní nejen převod části podniku jako takový, ale také posouzení, zda žalobce skutečně disponoval s veškerými prostředky svého právního předchůdce, které k plnění významné dodávky tento předchůdce využíval“, učinil tento závěr za zcela jiného skutkového stavu věci. V právě posuzovaném případě dospěl Úřad v bodě 137 napadeného rozhodnutí, v návaznosti na doklady předložené vybraným dodavatelem, k poněkud odlišnému názoru, že nelze trvat na tom, aby bylo prokazováno, že v rámci prodeje části závodu přešly na jeho nabyvatele přesně ty prostředky, které byly využity k realizaci určitých referenčních zakázek. S tímto přístupem se ztotožňuji, neboť požadavek na převod veškerých prostředků, které k plnění referenční zakázky převodce části závodu využíval, neodpovídá pojetí závodu jako věci hromadné a realitě plnění stavebních zakázek.
89. Předně je to z toho důvodu (rovněž viz bod 137 napadeného rozhodnutí), že obchodní závod, jakožto organizovaný soubor jmění, který slouží k provozování činnosti podnikatele (viz § 502 OZ), není v čase stálý a neměnný, a proto, s ohledem na omezenou životnost a postupnou obměnu materiálního a strojního zařízení nebo s ohledem na změny v personálním obsazení jednotlivých pracovních pozic, převodce prakticky nikdy nebude disponovat konkrétními prostředky, které byly využity k realizaci určitých referenčních zakázek třeba i před 5 lety.
90. Na doložení převodu veškerých prostředků, které byly k plnění referenční zakázky využity, nelze dále trvat z toho důvodu, že velké stavební zakázky, jakými byly referenční zakázky a jakou je šetřená veřejná zakázka, nejsou často jejich zhotoviteli (v pozici tzv. generálního dodavatele, který má uzavřenu smlouvu s objednatelem/investorem stavby) plněny jen vlastními výrobními prostředky (dělníky, stroji atd.), ale v různé míře i prostřednictvím poddodavatelů, kteří na stavbě provádějí dílčí specializované činnosti. U každé referenční zakázky se přitom budou podíl a struktura poddodavatelů lišit. Vzhledem k tomu není dle mého názoru účelné požadovat, aby dodavatel, který dokládá převod části závodu, u každé takové zakázky identifikoval, v jakém rozsahu byly převodcem závodu použity vlastní výrobní prostředky (a o jaké prostředky se jednalo) a v jakém rozsahu prostředky poddodavatelů, a následně prokazoval, že všechny přešly spolu s převedenou částí závodu. Jednak by toto prokazování bylo možné pouze ve vztahu k vlastním výrobním prostředkům, neboť prostředky, které při plnění zakázky využili poddodavatelé, nikdy nebyly součástí převáděného závodu, resp. jeho části, a jednak v rámci dvou obdobných referenčních zakázek se může

poměr využití vlastních výrobních prostředků a prostředků poddodavatelů z různých důvodů lišit (např. z důvodu, že každá zakázka byla realizována v jiné době). Jejich zhotovitel však nezávisle na tomto poměru může obě zakázky (až na výjimku, viz další bod tohoto rozhodnutí) uvádět v seznamu referenčních zakázek podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ „v plném rozsahu“. Jako generální dodavatel totiž realizaci předmětného stavebního díla zastřešoval, organizoval, řídil a odpovídal za jeho řádné provedení, díky čemuž mu zpravidla svědčí daná reference v plném rozsahu, tj. i v rozsahu činností, které neplnil sám (tj. vlastními kapacitami), ale s využitím poddodavatelů.

91. Předmětnou výjimkou je situace, kdy zadavatel využije výhradu podle ustanovení § 105 odst. 2 ZZVZ, podle kterého v případě veřejné zakázky na služby nebo stavební práce nebo v případě veřejné zakázky na dodávky zahrnující umístění nebo montáž, mohou zadavatelé v zadávací dokumentaci požadovat, aby jimi určené významné činnosti při plnění veřejné zakázky byly plněny přímo vybraným dodavatelem (tj. bez využití poddodavatele). Tzn. pokud by z důvodu výhrady dle § 105 odst. 2 ZZVZ nesměl plnit vymezenou významnou činnost poddodavatel, pak by musel vybraný dodavatel prokázat splnění odpovídající části kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ zkušeností, kterou získal plněním dané činnosti vlastními kapacitami, a nikoliv poddodavatelem. Bylo by totiž proti smyslu kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ, aby dodavatel prokázal svoji schopnost realizovat určité stavební práce referencí na stavební práce, které realizoval poddodavatel, když následně – z důvodu výhrady stanovené zadavatelem podle § 105 odst. 2 ZZVZ – žádného poddodavatele k plnění předmětných stavebních prací využít nemůže.
92. K nepřiměřenosti požadavku na doložení převodu veškerých prostředků, které byly k plnění referenční zakázky využity, je dále vhodné poukázat na rozdíl mezi technickou kvalifikací podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ spočívající v předložení seznamu stavebních prací a dalšími způsoby prokazování technické kvalifikace. Primárním smyslem a účelem prokázání technické kvalifikace prostřednictvím referenčních zakázek je doložit, že daný uchazeč má s příslušnou činností relevantní zkušenosti, a proto jsou v případě tohoto druhu technické kvalifikace použité prostředky (lidé, stroje atd.) až na druhém místě. Dispozice s výrobními prostředky se prokazuje podle jiných ustanovení § 79 odst. 2 ZZVZ [dle písm. c) seznamem techniků nebo technických útvarů; dle písm. d) osvědčením o vzdělání a odborné kvalifikaci osob a vedoucích pracovníků, kteří budou stavební práce poskytovat; dle písm. e) popisem technického vybavení; dle písm. i) přehledem průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele nebo počtu vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední 3 roky; nebo dle písm. j) přehledem nástrojů nebo pomůcek, provozních nebo technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici].
93. V této souvislosti lze rovněž odkázat na bod 138 napadeného rozhodnutí, v němž Úřad vysvětlil, že referenční zakázka, jakožto zkušenost s určitým plněním, není vázána na konkrétní zaměstnance, kteří se na plnění zakázky podíleli, ale náleží právnické osobě (závodu) jako celku.
94. V návaznosti na předchozí odstavce tohoto rozhodnutí uvádím, že jsem toho názoru, že pokud dodavatel, který nabyl část závodu, prokazuje technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 ZZVZ prostřednictvím referenčních zakázek, které realizovala tato část závodu, musí tyto skutečnosti prokázat. Tzn. v první řadě musí zadavateli doložit, že nabyl příslušnou část závodu, a že právě tato část závodu dané referenční zakázky provedla. Současně musí

prokázat, že se jednalo o reálný, a nikoliv fiktivní (účelový) převod. Jak Úřad správně uvedl v bodě 122 napadeného rozhodnutí, aby opravdu reference danému subjektu svědčila, nemůže jít o tzv. „kupování kvalifikace“ (k tomu viz rozsudek NSS č. j. 3 As 204/2014 ze dne 14. 5. 2015) v tom smyslu, aby pouhou dohodou smluvních stran došlo k převedení zkušeností nabytých při realizaci konkrétní referenční zakázky. Z toho důvodu je nezbytné, aby z předložených dokladů vyplývalo, že spolu s částí závodu přešlo i odpovídající realizační zázemí (personální a výrobní prostředky). Dodavatel však dle mého názoru není povinen podrobně dokládat, jaké konkrétní realizační zázemí bylo použito při plnění jednotlivých referenčních zakázek, a že na něj jako nabyvatele části závodu stejné realizační zázemí přešlo.

95. Pokud by si však zadavatel podle § 105 odst. 2 ZZVZ vyhradil, že určitá významná činnost při plnění veřejné zakázky nesmí být plněna prostřednictvím poddodavatele, přičemž by se jednalo o činnost, ve vztahu k níž má dodavatel prokázat technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 ZZVZ, v takové případě je dle mého názoru nutné trvat na tom, aby u těchto referenčních zakázek dodavatel prokázal přechod konkrétního realizačního zázemí, které bylo při plnění daných referenčních zakázek využito (s přihlédnutím k přirozeným změnám, ke kterým při provozování podniku dochází – viz bod 89 tohoto rozhodnutí).
96. Jsem toho názoru, že vybraný dodavatel v zadávacím řízení výše uvedené požadavky naplnil. Předně doložil převod části Divize 4 společnosti Metrostav na vybraného dodavatele, a to kopií smlouvy o prodeji části závodu (v částečně anonymizovaném znění) a notářským zápisem č. NZ 435/2020 ze dne 25. 8. 2020, v němž společnost Metrostav a vybraný dodavatel souhlasně prohlásili, že na základě smlouvy o prodeji části závodu došlo k převodu části organizačního útvaru společnosti Metrostav nazývaného Divize 4 na vybraného dodavatele. Tato skutečnost rovněž vyplývá z výpisu z obchodního rejstříku vztahujícího se k vybranému dodavateli (viz bod 73 tohoto rozhodnutí). Jak již bylo odůvodněno v bodech 78-85 tohoto rozhodnutí, z dokumentů předložených vybraným dodavatelem současně vyplývá, že převedená Divize 4 realizovala posuzované referenční zakázky, kterými vybraný dodavatel samostatně prokazuje splnění technické kvalifikace v šetřeném zadávacím řízení.
97. Vzhledem k tomu by bylo lze obecně předpokládat, že spolu s převodem části Divize 4, která realizovala dotčené referenční zakázky, přešlo na vybraného dodavatele právo uvádět tyto referenční zakázky v seznamu stavebních prací podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ. O to víc v situaci, kdy společnost Metrostav a vybraný dodavatel (tj. převodce a nabyvatele části závodu) opakovaně prohlásili, že v důsledku převodu části závodu s předmětnými referencemi nadále disponuje vybraný dodavatel (viz příloha č. 9 smlouvy o prodeji části závodu a „Potvrzení o přechodu referencí v důsledku převodu části závodu“ ze dne 2. 9. 2020). Jak však bylo dovozeno výše, zadavatelé potřebují mít v případě, kdy dodavatel prokazuje technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ referenčními zakázkami, které nabyl v souvislosti nabytím části závodu, jistotu, že se nejednalo o fiktivní (účelový) převod „prázdné schránky“, ale že spolu s částí závodu na něj přešly i odpovídající personální a výrobní prostředky.
98. V této souvislosti je dále rozhodné, že zadavatel si v bodě 12.1.1 zadávací dokumentace podle § 105 odst. 2 ZZVZ vyhradil, že pouze činnosti spočívající ve výkonu pozice stavbyvedoucího a zástupce stavbyvedoucího musí být plněny přímo vybraným dodavatelem. Všechny ostatní činnosti při realizaci veřejné zakázky tedy může vybraný dodavatel provést prostřednictvím poddodavatelů, tj. bez využití vlastních výrobních prostředků a zaměstnanců.

Vyjma osob v pozici stavbyvedoucího a zástupce stavbyvedoucího by proto v posuzovaném případě postrádalo smysl, aby vybraný dodavatel prokazoval, že disponuje veškerými výrobními prostředky, které používal při realizaci referenčních zakázek, neboť tyto prostředky není povinen při plnění zadávané veřejné zakázky vůbec využít (neboť může využít poddodavatele). Jak bude dále uvedeno, vybraný dodavatel v této souvislosti dostatečně prokázal (s čímž souhlasí i navrhovatel v rozkladu), že na něj v rámci převodu Divize 4 bylo převedeno 22 blíže specifikovaných zaměstnanců, kteří se podíleli ve vedoucích pozicích na realizaci referenčních zakázek. Tyto osoby se tak mohou v pozici stavbyvedoucího a zástupce stavbyvedoucího podílet i na provádění šetřené veřejné zakázky a zužít zde své zkušenosti nabyté při realizaci referenčních zakázek.

99. V návaznosti na právě uvedené je nedůvodná námitka navrhovatele, že společnost Metrostav musela provádět referenční zakázky prostřednictvím dalších specializovaných divizí (blíže viz bod 21 tohoto rozhodnutí), a proto z povahy věci nemohlo na vybraného dodavatele přejít veškeré realizační zázemí využitě při plnění referenčních zakázek. Jak již bylo předestřeno v bodě 91 tohoto rozhodnutí, v situaci, kdy zadavatel neučinil odpovídající výhradu podle § 105 odst. 2 ZZVZ, není v případě prokazování referencí podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ rozhodné, jestli dodavatel (v pozici generálního dodavatele) plnil zakázku vlastními výrobními prostředky, anebo prostředky poddodavatele. Z toho důvodu nebylo v šetřeném případě důležité zjišťovat, zda Divize 4 společnosti Metrostav plnila referenční zakázky prostřednictvím dalších divizí společnosti Metrostav, anebo zda předmětné části stavebního díla zadala poddodavatelům (na různých referenčních zakázkách to mohlo být různě podle momentální vytíženosti dalších divizí společnosti Metrostav atp.). Pokud totiž dodavatel provede určitou část referenční zakázky prostřednictvím poddodavatelů, nemůže být nikdy prokázán převod prostředků, které při plnění zakázky tyto poddodavatele využili, neboť tyto prostředky nikdy nebyly součástí převáděného závodu, resp. jeho části.
100. Vybraný dodavatel v zadávacím řízení doložil (zejména v rámci objasnění nabídky ze dne 7. 5. 2021), že na něj byly převedeny práva a povinnosti ze smluvních vztahů spojených s referenčními zakázkami a odpovídající realizační zázemí, zejména těmito dokumenty (podrobněji viz body 111 a 112 a 133-135 napadeného rozhodnutí):
- přílohami smlouvy o prodeji části závodu, z jejichž názvu je zřejmé, co je jejich obsahem, aniž by však vybraný dodavatel tento obsah (jednotlivé položky, kterých je značný počet) zadavateli zpřístupnil:
 - Příloha č. 1 – Seznam převáděného dlouhodobého hmotného majetku
 - Příloha č. 2 – Seznam převáděného krátkodobého finančního majetku
 - Příloha č. 3 – Seznam převáděných zásob
 - Příloha č. 4 – Seznam převáděného softwaru a jiného nehmotného majetku
 - Příloha č. 6 – Seznam převáděných pohledávek
 - Příloha č. 7 – Seznam převáděných dluhů
 - Příloha č. 10 – Seznam zadávacích a výběrových řízení
 - Příloha č. 13 – Seznam převáděných soudních sporů

- přílohami smlouvy o prodeji části závodu, jejichž část vztahující se k referenčním zakázkám vybraný dodavatel zadavateli zpřístupnil a zbytek anonymizoval (obsah zpřístupněných částí příloh byl navíc potvrzen notářským zápisem č. NZ 252/2021 ze dne 7. 5. 2021):
 - Příloha č. 5 – Seznam převáděných obchodních smluv. Z této přílohy vyplývá, že předmětem převodu části závodu byl mimo jiné převod obchodních smluv souvisejících s referenčními zakázkami (ve všech případech bylo jejich objednatelem Ředitelství silnic a dálnic ČR). V článku II smlouvy o prodeji části závodu je v této souvislosti uvedeno, že se vybraný dodavatel stává právním nástupcem společnosti Metrostav ve smlouvách souvisejících se závodem (zejména s jeho provozem), které společnost Metrostav uzavřela při výkonu obchodní činnosti spočívající v provozu závodu a/nebo v souvislosti se závodem.
 - Příloha č. 8 – Seznam přecházejících zaměstnanců. Z této přílohy ve spojení s uvedeným notářským zápisem vyplývá, že předmětem převodu části závodu byl mimo jiné **přechod 534 zaměstnanců**, a to včetně 22 zaměstnanců, kteří na referenčních zakázkách působili zejména ve vedoucích funkcích (k tomu viz doklady níže).
 - Příloha č. 9 – Seznam vybraných referencí. Z této přílohy vyplývá, že předmětem převodu části závodu byl mimo jiné převod referencí souvisejících s referenčními zakázkami. V článku II smlouvy o prodeji části závodu je v této souvislosti uvedeno, že *„[s]joučástí Závodu je také know-how v podobě zkušeností plynoucích z plnění smluvních vztahů (zakázek) souvisejících se Závodem (dále jen „Reference“). Převodce tyto Reference převádí na Nabyvatele a Nabyvatel je přijímá. Seznam Referencí tvoří Přílohu č. 9 této Smlouvy. **Smluvní strany potvrzují, že smluvní vztahy odpovídající Referencím byly realizovány prostřednictvím zdrojů přecházejících v rámci prodeje Závodu na Nabyvatele, který rovněž nabývá veškerá práva a dluhy z těchto smluvních vztahů**“.*
 - Příloha č. 11 – Seznam převáděných účastí v sdruženích/společnostech. Z této přílohy vyplývá, že předmětem převodu části závodu byl mimo jiné převod účastí ve sdruženích/společnostech souvisejících s referenčními zakázkami.
 - Příloha č. 12 – Seznam záruk zajišťujících závazky ze smluv a právních vztahů. Z této přílohy vyplývá, že předmětem převodu části závodu byl mimo jiné převod záruk zajišťujících závazky ze smluv a právních vztahů souvisejících s referenčními zakázkami.
 - Příloha č. 14 – Seznam převáděných organizačních prvků. Z této přílohy vyplývá, že předmětem převodu části závodu byl mimo jiné převod organizačních prvků souvisejících s referenčními zakázkami.
- pracovními smlouvami a čestnými prohlášeními 22 zaměstnanců, dokumenty o určení zástupce zhotovitele (společnosti Metrostav) na referenčních zakázkách, stavebními deníky a příkazy ředitele Divize 4 k realizaci projektu vztahující se k referenčním zakázkám, z nichž vyplývá, že předmětných 22 zaměstnanců pracovalo na referenčních

zakázkách (zejména ve vedoucích pozicích), a že tito zaměstnanci přešli v rámci převodu Divize 4 na vybraného dodavatele;

- kartami dlouhodobého majetku prokazujícími, že vybraný dodavatel disponuje technickým vybavením vyžadovaným zadávacími podmínkami referenční zakázky „D1 modernizace – úsek 06, EXIT 49 Psáře – EXIT 56 Soutice“, a to finišerem VOGELE SUPER 2100-3i, vícepruhovým finišerem S1500 a stabilizační frézou WIRTGEN WR 240I;
- zprávami o věcných zjištěních auditora PricewaterhouseCoopers Audit, s.r.o., které potvrzují, že zakázkové kódy vztahující se k referenčním zakázkám patřily pod Divizi 4 společnosti Metrostav, a že od 1. 9. 2020 byly tyto zakázkové kódy převedeny ze společnosti Metrostav na vybraného dodavatele;
- prohlášeními bank (Raiffeisenbank a.s, UniCredit Bank Czech Republic and Slovakia, a.s., Česká spořitelna, a.s. a Československá obchodní banka, a. s.) o trvání práv z bankovních záruk i po převodu části závodu;
- „Potvrzeními o přechodu referencí v důsledku převodu části závodu“, zvláště ke každé referenční zakázce, podepsanými dne 2. 9. 2020 zástupci společnosti Metrostav a vybraného dodavatele, v nichž se mimo jiné uvádí, že vybraný dodavatel v rámci převedené části závodu nabyl majetek, smluvní vztahy, personální a další zdroje, jejichž prostřednictvím byly v minulosti realizovány referenční zakázky, a že na základě smlouvy o prodeji části závodu přešly na vybraného dodavatele reference, který jimi nadále disponuje.

101. Vybraný dodavatel tedy v zadávacím řízení doložil převod práv a povinností vztahujících se referenčním zakázkám, tj. zejména převod obchodních smluv uzavřených s objednatelům Ředitelství silnic a dálnic ČR na realizaci referenčních zakázek a z nich vyplývajících závazků, včetně závazků ze záruční odpovědnosti, jejichž plnění je vybraný dodavatel povinen zajistit místo společnosti Metrostav, a převod účastí ve sdruženích či společnostech a bankovních záruk. Dále doložil převod stavební techniky (2 finišerů a 1 stabilizační frézy), kterou společnost Metrostav využívala při realizaci konkrétní referenční zakázky, a zejména převod 534 zaměstnanců Divize 4, z toho 22 konkrétně identifikovaných vedoucích zaměstnanců podílejících se na plnění referenčních zakázek, a majících tak příslušné know-how a zkušenosti s jejich realizací.

102. Z právě uvedeného vyplývá, že není pravdou, jak navrhovatel opakovaně uvádí v rozkladu, že by vybraný dodavatel prokázal převod pouze ve vztahu k 22 zaměstnancům. Vybraný dodavatel sice uvedl jména, profese a další údaje pouze u 22 převedených klíčových zaměstnanců, avšak notářským zápisem č. NZ 252/2021 ze dne 7. 5. 2021 současně doložil, že na vybraného dodavatele přešlo celkem 534 zaměstnanců. Takto vysoký počet převedených zaměstnanců dle mého názoru jednoznačně prokazuje převod rozsáhlého personálního zázemí, které může vybraný dodavatel použít mimo jiné i při realizaci šetřené veřejné zakázky. Skutečnost, že skryl jména většiny z nich, je dle mého názoru pochopitelná s ohledem na povinnost chránit jejich osobní údaje a rovněž s ohledem na to, že uvedení jmen zaměstnanců na nižších pozicích není pro zadavatele příliš důležité, na rozdíl od prokázání toho, že spolu s částí závodu přešli na vybraného dodavatele zaměstnanci, kteří působili na referenčních zakázkách ve vedoucích pozicích; k těmto 22 zaměstnancům přitom vybraný dodavatel poskytl dostatek podkladů.

103. V této souvislosti lze dále odkázat na důkaz předložený navrhovatelem – článek „Jsem pracovní sportovec“ z roku 2017 (viz bod 75 tohoto rozhodnutí), v němž bývalý ředitel Divize 4 společnosti Metrostav mimo jiné uvedl, že tato divize v roce 2016 zaměstnávala přes 550 lidí. Jedná se tedy o téměř stejný počet zaměstnanců, kteří byli převedeni na vybraného dodavatele, z čehož je zřejmé, že na něj nebyla převedena pouze „prázdna schránka“, ale plnohodnotný organizační útvar.
104. Ze smlouvy o prodeji části závodu dále vyplývá, že obsahuje přílohy č. 1-4, 6, 7, 10 a 13. Vybraný dodavatel tyto přílohy vůči zadavateli zcela anonymizoval, z jejich názvu a anonymizovaného rozsahu (množství položek) je však zřejmé, že v rámci převodu části Divize 4 na vybraného dodavatele došlo k převodu většího množství blíže nespecifikovaného dlouhodobého hmotného majetku, krátkodobého finančního majetku, zásob, softwaru a jiného nehmotného majetku, pohledávek a dluhů. Jsem toho názoru, že přestože jsou konkrétní řádky těchto příloh skryté, měly i tak pro zadavatele vypořádací hodnotu ve smyslu věrohodnosti (reálnosti) posuzovaného převodu.
105. K související námitce navrhovatele, že vybraný dodavatel nepředložil zadavateli úplné znění smlouvy o prodeji části závodu, resp. jejích příloh (včetně přílohy č. 14 – viz další bod tohoto rozhodnutí), uvádím, že by z důkazního hlediska bylo jednoznačně lepší, kdyby tak učinil. Jsem však toho názoru, že i přesto měl zadavatel k dispozici dostatek informací a dokumentů, které ve svém souhrnu dokládají tvrzení vybraného dodavatele o tom, že na něj přešly reference společnosti Metrostav. To stejné platí o předávacím protokolu o předání a převzetí převedené části závodu, se kterým počítá smlouva o prodeji části závodu ve svém čl. IV odst. 1. K námitce navrhovatele, že smlouva o prodeji části závodu prokazuje pouze stav právní, a nikoliv faktický, který by bylo možné doložit jen chybějícím předávacím protokolem, uvádím, že souhlasím s tím, co uvedl Úřad v bodě 140 napadeného rozhodnutí, že podle § 2180 odst. 1 OZ, je-li kupující zapsán ve veřejném rejstříku, nabývá vlastnické právo k závodu jako celku zveřejněním údaje, že uložil doklad o koupi závodu do sbírky listin podle jiného právního předpisu, k čemuž v posuzovaném případě došlo (viz bod 73 tohoto rozhodnutí). K přechodu vlastnictví tak došlo i fakticky, nikoliv jen právně.
106. K námitce navrhovatele, že Úřad v bodě 134 napadeného rozhodnutí nesprávně interpretoval organizační prvky, resp. řádky zpřístupněné v rámci přílohy č. 14 smlouvy o prodeji části závodu a notářském zápisu č. NZ 252/2021 ze dne 7. 5. 2021, uvádím, že je důvodná. Navrhovatel má pravdu v tom, že nic nenasvědčuje tomu, že by se tyto konkrétní organizační prvky „podílely na realizaci“ převodem dotčených referenčních zakázek (tj. jednalo se o organizační útvar náležící k Divizi 4), ale jsou pouze evidenčním údajem o dříve realizovaných zakázkách [které lze na základě jejich číselného označení ve spojení s dalšími podklady (viz výše) přiřadit k Divizi 4]. Tento drobný formulační nedostatek napadeného rozhodnutí však nemá žádný dopad na jeho závěry. V této souvislosti podotýkám, že v článku II smlouvy o prodeji části závodu je uvedeno, že v její příloze č. 14 je obsažen seznam všech organizačních prvků, které organizačně a účetně vymezují převedenou část závodu. Vybraný dodavatel zadavateli zpřístupnil pouze 5 zmíněných řádků této přílohy, přestože tato příloha je mnohem obsáhlejší. Vybraný dodavatel k tomu ve vyjádření k rozkladu uvádí, že organizační prvky uvedené v příloze č. 14 představují základní stavební prvky organizační struktury společnosti Metrostav. Navrhovatel dle něj tedy zcela prokazatelně nemá pravdu, pokud tvrdí, že organizační prvky jsou jednotkou ryze evidenční, nikoli funkční. Dle vybraného dodavatele

je pravda, že jde o základní prvek účetně-evidenční struktury, nicméně – jak výslovně stanoví interní předpis „Postupy účtování v Metrostav a.s.“ – jde současně o základní prvek struktury organizační. Veškeré organizační prvky spojené s činností na českém trhu byly dle navrhovatele součástí přílohy č. 14 a byly převedeny na vybraného dodavatele, včetně těch, které se pojily s referenčními zakázkami.

107. Lze tedy shrnout, že zadavatel dospěl k závěru, že vybraný dodavatel v zadávacím řízení dostatečným způsobem doložil, že převod části Divize 4 společnosti Metrostav na vybraného dodavatele byl reálným převodem včetně odpovídajícího realizačního zázemí. Protože ve správním řízení nebyl prokázán opak, ani já nemám důvod o reálnosti převodu části Divize 4 společnosti Metrostav na vybraného dodavatele pochybovat. Vzhledem k tomu není dle mého názoru důvod pochybovat o tom, že spolu s převodem části Divize 4, která realizovala referenční zakázky, přešlo na vybraného dodavatele právo uvádět tyto referenční zakázky v seznamu stavebních prací podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ.
108. V této souvislosti dále uvádím, že z rozhodnutí zadavatele o námitkách (srov. bod 167 tohoto rozhodnutí), stejně jako z jeho vyjádření ze dne 19. 7. 2021 k návrhu, je zřejmé, že zadavatel při posuzování splnění technické kvalifikace vybraným dodavatelem podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ považoval rovněž za relevantní skutečnost, že k převodu části závodu došlo mezi subjekty, které (i) vyjádřily úmysl na zakázce spolupracovat (ve smyslu § 83 ZZVZ) a (ii) jedná se o subjekty, které jsou členy jednoho holdingu (společnost Metrostav je jediným akcionářem vybraného dodavatele).
109. I já jsem toho názoru, že se v šetřeném případě jedná o právně významnou okolnost, která posiluje závěr o tom, že vybraný dodavatel může v zadávacím řízení prokazovat technickou kvalifikaci referenčními zakázkami, které na něj přešly spolu s převodem Divize 4.
110. Z dodatku č. 1 ze dne 7. 5. 2021 ke smlouvě o uzavření budoucí smlouvy o dílo uzavřené mezi společnostmi Metrostav a vybraným dodavatelem lze seznat vůli společnosti Metrostav (která převedla danou část závodu spolu s referencemi na vybraného dodavatele) podílet se na realizaci veřejné zakázky (v tomto ohledu není dle mého názoru relevantní, zda je tento závazek dostatečně určitý či nikoliv, jak tvrdí navrhovatel). Vybraný dodavatel je navíc dceřinou společností společnosti Metrostav, a tudíž lze předpokládat zájem společnosti Metrostav na tom, aby jí vlastněná společnost provedla veřejnou zakázku řádně.
111. Vzhledem k tomu se domnívám, že zadavatel může oprávněně počítat s tím, že vybraný dodavatel bude mít v případě potřeby možnost při realizaci veřejné zakázky využívat realizační zázemí společnosti Metrostav. Tedy i kdyby v šetřeném případě existovala pochybnost o tom, zda opravdu přešlo na vybraného dodavatele realizační zázemí společnosti Metrostav v dostatečné míře, domnívám se, že by taková pochybnost byla relativizována tím, že vybraný dodavatel a společnost Metrostav, která má v úmyslu na veřejné zakázce s vybraným dodavatelem spolupracovat, kumulativně disponují veškerými ekonomickými, technickými, personálními a dalšími kapacitami, které byly potřebné pro realizaci referenčních zakázek. Tyto skutečnosti odlišují posuzovaný převod části závodu od „běžného“ převodu části závodu mezi subjekty mimo holdingovou strukturu, které ani nevyjádřily vůli na veřejné zakázce kooperovat.
112. Na podporu právě uvedeného lze poukázat na to, co uvedl navrhovatel v rámci poznámky pod čarou č. 11 na str. 18 rozkladu, že „Zpráva o vztazích společnosti Metrostav Infrastructure a.s.

mezi ovládající osobou a osobou ovládanou a mezi ovládanou osobou a osobami ovládanými stejnou ovládající osobou“ za účetní období kalendářního roku 2020, uveřejněná ve sbírce listin obchodního rejstříku vztahující se k vybranému dodavateli, na str. 3 a 4 uvádí seznam smluv uzavřených mezi vybraným dodavatelem a společností Metrostav, z nichž je patrné, že společnost Metrostav a vybraný dodavatel pro sebe navzájem provádí například stavební práce, zemní práce, zajištění kontejnerů, oplocení, zapůjčení náradí, výztuží, drobné mechanizace, geodetických prací, stavebních buněk, bednění, investorské objednávky na frézování apod.

Shrnutí k posouzení přechodu referencí ze společnosti Metrostav na vybraného dodavatele

113. K Úřadem posuzovanému prokazování technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ vybraným dodavatelem prostřednictvím referencí získaných v rámci převodu části Divize 4 společnosti Metrostav, je třeba předně uvést, že pokud dodavatel tvrdí, že nabyl část závodu a spolu s ní i reference, musí v zadávacím řízení tyto skutečnosti doložit relevantními podklady, které je zadavatel povinen následně náležitě posoudit. Současně je však třeba zdůraznit, že **na zadavatele je nutno klást rozumné (přiměřené) nároky stran toho, v jakém rozsahu je povinen tento přezkum provádět a jaké množství důkazů má považovat za dostatečné.** Tento rozsah musí být určován optikou „průměrného“ zadavatele, a nikoliv renomované advokátní kanceláře, neboť zadávací řízení by se nemělo stát bitvou právníků. Jsem toho názoru, že navrhovatel má v tomto ohledu na zadavatele nepřiměřené požadavky a očekává od něj neúměrně detailní posuzování dané problematiky.
114. V šetřeném případě měl zadavatel k dispozici nejen smlouvu o prodeji části závodu (resp. její příslušnou část), ale rovněž řadu dalších dokumentů týkajících se jednotlivých referenčních zakázek, jako jsou faktury, výpisy z účetní evidence a evidence obchodních případů, stavební deníky, čestná prohlášení a pracovní smlouvy převedených zaměstnanců podílejících se na plnění referenčních zakázek, příkazy ředitele Divize 4 k realizaci referenčních zakázek, potvrzení bank o trvání bankovních záruk, zprávy auditora apod.
115. Všechny předložené podklady ve svém souhrnu svědčí o tom, že Divize 4 referenční zakázky skutečně fakticky (nikoliv pouze formálně) realizovala, a že převod této divize na vybraného dodavatele nebyl pouhým účelovým (formálním, fiktivním) převodem, neboť vybraný dodavatel doložil, že na něj přešly práva a povinnosti ze smluvních vztahů spojených s referenčními zakázkami a odpovídající realizační zázemí.
116. Vzhledem k tomu dle mého názoru Úřad (stejně jako zadavatel) nepochybil, když dospěl k závěru, že vybraný dodavatel mohl v zadávacím řízení prokazovat technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ referenčními zakázkami, které původně realizovala společnost Metrostav, a které na vybraného dodavatele přešly spolu s částí Divize 4 této společnosti.
117. V neposlední řadě se ztotožňuji se zadavatelem v tom, že při posuzování dostatečnosti přechodu referenčních zakázek vč. odpovídajícího realizačního zázemí bylo možné rovněž zohlednit skutečnost, že se v šetřeném případě tento převod uskutečnil mezi mateřskou společností (společností Metrostav) a dceřinou společností (vybraným dodavatelem), tedy v rámci jednoho holdingu, a že převodce předmětné části závodu (společnost Metrostav) vyjádřil vůli participovat na realizaci veřejné zakázky.

118. Závěry Úřadu k problematice přechodu referencí ze společnosti Metrostav na vybraného dodavatele tedy považuji za věcně správné a mající oporu v provedeném dokazování, a proto jsem v této části rozklad jako nedůvodný zamítl.

K námitce, že se Úřad odchýlil od svého rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ

119. Navrhovatel v rozkladu dále namítá (blíže viz bod 22 tohoto rozhodnutí), že v návrhu vycházel ze závěrů Úřadu uvedených v jeho rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ. Dle navrhovatele však Úřad v napadeném rozhodnutí bez zjevného důvodu svůj přístup ke způsobu posouzení přechodu referencí ze společnosti Metrostav na vybraného dodavatele od základu změnil.

120. Rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ (ve spisu je založeno jako příloha č. 6 návrhu) bylo zrušeno podle § 257 písm. g) ZZVZ mým rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-R0031,0041/2021/VZ, č. j. ÚOHS-13748/2021/162/BVa ze dne 26. 4. 2021 z důvodu, že zadavatel rozhodl o zrušení daného zadávacího řízení. Navrhovatel byl jedním z účastníků daného správního řízení, a proto není pochyb o tom, že o těchto skutečnostech věděl. Navrhovatel toto správní řízení zahájil návrhem ze dne 7. 7. 2021, tedy až po zrušení rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ.

121. Vzhledem k právě uvedenému jsem přesvědčen o tom, že se navrhovatel při rozhodování o tom, zda podá návrh na zahájení tohoto správního řízení, nemohl spoléhat na právní názor Úřadu obsažený v rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ, jako kdyby představoval jeho ustálenou rozhodovací praxi. Jedná se o jedno prvostupňové rozhodnutí, které bylo navíc zrušeno bez toho, aniž by ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu došlo ze strany odvolacího správního orgánu k jeho věcnému přezkumu.

122. Dále lze podotknout, že Úřad v bodech 144-151 rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ formuloval svůj právní názor v reakci na skutkový stav, který se značně lišil od skutkového stavu zjištěného v tomto správním řízení. Co se týká názoru Úřadu prezentovaného v bodě 146 rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ, že v obecné rovině nelze vyloučit možnost, že s koupí závodu, byť i jeho části, by mohlo dojít k přechodu referencí, a že aby nabyvateli závodu opravdu reference svědčila, nemůže jít o tzv. „kupování kvalifikace“ v tom smyslu, aby pouhou dohodou smluvních stran došlo k převedení zkušeností nabytých při realizaci konkrétní referenční zakázky, na tom Úřad v rámci napadeného rozhodnutí setrval.

123. Co se týká úvah Úřadu obsažených v bodech 147-150 rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ, ty byly značně ovlivněny tím, jaké v daném zadávacím řízení předložil vybraný dodavatel podklady za účelem prokázání realizace daných referenčních zakázek Divizí 4 a převodu této divize na vybraného dodavatele. Jednalo se o mnohem méně dokumentů než v tomto správním řízení (daný zadavatel např. ani neměl k dispozici smlouvu o prodeji části závodu). Úřad tak byl v řízení sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ nucen formulovat svůj názor na přechod referencí spíše teoreticky a až v tomto správním řízení měl možnost tuto problematiku posoudit více do hloubky (v reakci na mnohem větší množství dokladů předložených vybraným dodavatelem), v rámci čehož úvahy obsažené v bodech 147-150 rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ více rozvedl, vysvětlil, doplnil a revidoval.

124. Úřad v této souvislosti v bodě 137 napadeného rozhodnutí uvedl, že výklad požadavku na prokázání převodu „veškerých“ prostředků, které k plnění konkrétních referenčních zakázek převodce závodu využíval, je v praxi neudržitelný, neboť obchodní závod není v čase stálý a neměnný, a proto nelze zkoumat převod každého jednotlivého zaměstnance

či technického vybavení, jež bylo k realizaci dané referenční zakázky využito. Dle Úřadu není možné požadavek na přechod veškerého realizačního zázemí vykládat „absolutisticky“, ale vždy s nezbytnou mírou racionality. V bodě 138 napadeného rozhodnutí Úřad poznamenal, že referenční zakázka není vázána na konkrétní zaměstnance, kteří se na plnění zakázky podíleli, ale náleží právnické osobě (závodu), což rovněž podporuje jeho názor, že pro posouzení přechodu referenčních zakázek v případě prodeje části závodu není rozhodný přechod všech konkrétních zaměstnanců či technického vybavení využívaného pro plnění převodem dotčené referenční zakázky, ale právě skutečnost, zda přešla ta část závodu, která se na plnění předmětné referenční zakázky podílela, a to vč. odpovídajícího realizačního zázemí.

125. Není tedy pravdou, že Úřad svůj částečný odklon od názoru obsaženého v rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ (stejně jako od rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 138/2012 ze dne 19. 2. 2015) nezdůvodnil. Jestliže přitom v bodě 137 napadeného rozhodnutí uvedl, že se v tomto ohledu přiklonil k názoru vyjádřenému v odborném článku (HARNACH, Jiří, TRÁVNÍČKOVÁ, Kristýna. *Přechod referencí při přechodu části závodu. Veřejné zakázky*. Roztoky: Procurement Publishing, s.r.o., 2021, č. 3, s. 69–71. ISSN 1803-6724), který reagoval na závěry Úřadu obsažené v rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ, nejedná se o nic zvláštního. Úřad (obdobně jako soudy) na podporu svých tvrzení občas odkazuje na relevantní judikaturu, komentářovou literaturu či odborné články. Pokud se ztotožní s právním názorem, který je v nich obsažen, neznamená to, že ho před tím kriticky nezhodnotil. V posuzovaném případě je z napadeného rozhodnutí jednoznačně patrné, že Úřad ho vystavěl na svých vlastních úvahách a na předmětný článek pouze odkázal.

126. V návaznosti na uvedené uzavírám, že námitku navrhovatele shrnutou v bodě 22 tohoto rozhodnutí považuji za nedůvodnou.

K námitce, že Úřad porušil zásadu rovnosti účastníků řízení tím, že v úplném znění smlouvy o prodeji části závodu ověřoval existenci odkládacích či rozvazovacích podmínek

127. K rozkladové námitce navrhovatele (blíže viz bod 23 tohoto rozhodnutí), že Úřad z úplného znění smlouvy o prodeji části závodu za zadavatele ověřil, zda tato smlouva neobsahuje odkládací či rozvazovací podmínky, čímž měl porušit zásadu rovnosti účastníků správního řízení, uvádím následující.

128. Navrhovatel v návrhu mimo jiné namítal (blíže viz bod 8 napadeného rozhodnutí), že nelze vyloučit, že ty části smlouvy o prodeji části závodu, které nebyly zadavateli zpřístupněny, mění obsah a účinky této smlouvy, a to například zavedením odkládacích či rozvazovacích podmínek. Úřad v bodě 139 napadeného rozhodnutí k této námitce uvedl, že si v průběhu správního řízení od vybraného dodavatele vyžádal úplné znění smlouvy o prodeji části závodu, a že z něj ověřil, že žádné rozvazovací či odkládací podmínky neobsahuje.

129. Z uvedeného je patrné, že si Úřad obstaral úplné znění smlouvy o prodeji části závodu za účelem řádného vypořádání námitky navrhovatele obsažené návrhu, a nikoliv proto, jak mu vytýká navrhovatel, aby zadavatele zvýhodnil tím, že za něj posoudí účinky smlouvy. Úřad tedy tímto postupem nijak neporušil zásadu rovnosti účastníků správního řízení.

130. Dále je třeba uvést, že Úřad nemusel za zadavatele ověřovat obsah smlouvy o prodeji části závodu stran jejích účinků, neboť zadavatel toto ověření mohl provést a provedl sám.

131. Za prvé, jak Úřad naznačil v bodě 139 napadeného rozhodnutí, zadavatel neměl k dispozici části smlouvy o prodeji části závodu obsahující obchodní tajemství, ve kterých se nemohla „skrývat“ navrhovatelem zmiňovaná rozvazovací či odkládací podmínka (čl. III odst. 1 smlouvy o prodeji části závodu obsahuje pouze cenové ujednání a přílohy č. 1-14 neobsahují žádná ujednání, ale pouze výčet jednotlivých položek, které na vybraného dodavatele přešly s převodem Divize 4). Navíc, a to je třeba zdůraznit, v článku VIII smlouvy o prodeji části závodu bylo uvedeno, že *„[t]ato Smlouva nabývá platnosti a účinnosti dnem podpisu oběma Smluvními stranami“*.
132. Za druhé, navrhovatel námitku o potenciální neúčinnosti smlouvy o prodeji části závodu vznesl již v námitkách, a proto ji zadavatel vypořádal v rozhodnutí o námitkách tak, že *„stěžovatelem uvedený argument o potenciální neúčinnosti smlouvy o prodeji části závodu ze dne 25. 8. 2020 (např. z důvodu zavedení odkládacích či rozvazovacích podmínek, či jakkoli jinak) je lichý, jelikož z výpisu z obchodního rejstříku vybraného dodavatele jednoznačně vyplývá, že k převodu části obchodního závodu označeného jako Divize 4 skutečně došlo a že účinnost převodu části obchodního závodu nastala ke dni 1. 9. 2020“*. Zadavatel tedy předmětnou námitku vypořádal bez ohledu na smlouvu o prodeji části závodu odkazem na výpis z obchodního rejstříku (přesné znění zápisu v obchodním rejstříku – viz bod 73 tohoto rozhodnutí).
133. V článku I smlouvy o prodeji části závodu bylo uvedeno, že *„[p]řevod vlastnictví k Závodu z Převodce na Nabyvatele nabývá ve smyslu ust. § 2180 občanského zákoníku účinnosti v okamžiku zveřejnění údaje o uložení dokladu o koupi Závodu do sbírky listin Nabyvatele u příslušného obchodního rejstříku (dále jen ‚Den zveřejnění‘). Pro vyloučení pochybností Smluvní strany výslovně sjednávají, že od počátku Dne zveřejnění náleží Závod již Nabyvateli“*. Podle § 2180 odst. 1 OZ, je-li kupující zapsán ve veřejném rejstříku, nabývá vlastnické právo k závodu jako celku zveřejněním údaje, že uložil doklad o koupi závodu do sbírky listin podle jiného právního předpisu. V komentáři k tomuto ustanovení zákona je uvedeno, že se doklad o koupi závodu *„ukládá do sbírky listin a účinky převodu vlastnického práva váží na zveřejnění údaje o uložení – tím se rozumí buď zveřejnění v obchodním věstníku, nebo uveřejnění tohoto údaje rejstříkovým způsobem umožňujícím dálkový přístup (§ 16 odst. 1 nařízení vlády č. 351/2013 Sb., tedy internetová aplikace pro veřejné rejstříky, kterou provozuje Ministerstvo spravedlnosti ČR). Máme za to, že odstavec 1 je kogentní a strany si jiný okamžik sjednat nemohou, protože účelem vazby na veřejný rejstřík je ochrana třetích osob. Ze stejného důvodu se domníváme, že předpokladem uložení dokladu o koupi závodu do veřejného rejstříku je účinná smlouva, což by strany měly v tomto dokladu rovněž potvrdit. Pokud by došlo k tomu, že bude takto uložen doklad o koupi závodu a současně bude údaj o tom zveřejněn, nastává účinek převodu vlastnického práva zpravidla ze zákona, i kdyby samotná smlouva nebyla účinná.“* [HAVEL, B. Hulmák, M. a kol.: *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 2072 s.*]. Zveřejnění údaje o převodu části závodu v obchodním rejstříku lze tedy považovat za další skutečnost, kvůli níž neměl zadavatel důvod pochybovat o účincích smlouvy o prodeji části závodu.
134. V návaznosti na uvedené shledávám rozkladovou námitku navrhovatele shrnutou v bodě 23 tohoto rozhodnutí jako nedůvodnou.

K tvrzení navrhovatele o účelovosti převodu části Divize 4 na vybraného dodavatele

135. Navrhovatel taktéž v rozkladu tvrdí (blíže viz bod 24 tohoto rozhodnutí), že lze mít za to, že převod části Divize 4 společnosti Metrostav na vybraného dodavatele nebyl ze strany společnosti Metrostav a vybraného dodavatele veden právem aprobovaným účelem, ale snahou vyhnout se negativním dopadům případně v budoucnu pravomocně uložených trestů zákazu plnění veřejných zakázek vůči společnosti Metrostav.
136. K této části rozkladu uvádím, že se Úřad účelovostí převodu části Divize 4 na vybraného dodavatele v napadeném rozhodnutí vůbec nezabýval, neboť ohledně této části návrhu výrokem I napadeného rozhodnutí zastavil správní řízení (viz bod 9 tohoto rozhodnutí). Navrhovatel podal rozklad výslovně pouze proti výroku II napadeného rozhodnutí. Proti výroku I napadeného rozhodnutí tedy rozklad nepodal a nečiní tak ani tím, že v rozkladu opakuje argumentaci stran účelovosti převodu části Divize 4 na vybraného dodavatele, neboť jejím prostřednictvím nijak nezpochybňuje zákonnost či správnost napadeného rozhodnutí, resp. nenamítá, že Úřad se měl účelovostí a neplatností převodu části Divize 4 na vybraného dodavatele zabývat. Vzhledem k tomu se ani já nebudu k tomuto tvrzení navrhovatele v rámci tohoto rozhodnutí o rozkladu vyjadřovat.

K námitce, že se Úřad nezabýval argumentací navrhovatele zpochybňující průkaznost dokladů o řádném dokončení referenčních zakázek předložených vybraným dodavatelem

137. K námitce navrhovatele proti postupu Úřadu, který se odmítl zabývat jeho argumentací ve vyjádření ze dne 30. 9. 2021 k podkladům rozhodnutí, že z osvědčení objednatelů referenčních zakázek a dalších rovnocenných dokladů nevyplývá, jaké práce na referenčních zakázkách a zda vůbec byly realizovány společností Metrostav, a proto nejsou způsobilé prokázat splnění technické kvalifikace ze strany vybraného dodavatele, uvádím následující.
138. Navrhovatel v návrhu (stejně jako v námitkách) namítal, že zadavatel nemohl mít za prokázané, že vybraný dodavatel splnil podmínky účasti v zadávacím řízení z důvodu, že vybraný dodavatel v zadávacím řízení neprokázal, že na něj přešly reference společnosti Metrostav. Navrhovatel však v návrhu (stejně jako v námitkách), a to ani náznakem, nezpochyboval, že vybraným dodavatelem nebylo prokázáno, že referenční zakázky, které uvedl v nabídce, splňují minimální požadavky zadavatele na seznam stavebních prací stanovené v bodě 7.4.2 zadávací dokumentace. Tuto argumentaci navrhovatel uplatnil až ve vyjádření ze dne 30. 9. 2021 k podkladům rozhodnutí, v němž uvedl, že se v rámci nahlížení do spisu seznámil s referenčními listy (resp. osvědčeními objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení referenčních zakázek) předloženými vybraným dodavatelem, ze kterých dle jeho názoru nevyplývá, že by vybraný dodavatel prokázal technickou kvalifikaci, neboť referenční zakázky byly realizovány ve sdružení dodavatelů a není z nich patrné, jaké práce a zda vůbec byly provedeny společností Metrostav.
139. Podle § 251 odst. 1 ZZVZ musí návrh mimo jiné obsahovat, v čem je spatřováno porušení ZZVZ, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech. Podle § 251 odst. 4 ZZVZ nemůže být tato náležitost návrhu (kromě dalších náležitostí) dodatečně měněna ani doplňována s výjimkou odstranění nedostatků návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem; Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží.

140. Navrhovatel tedy ve správním řízení až ve vyjádření k podkladům rozhodnutí nově namítl, že vybraným dodavatelem nebylo prokázáno, že referenční zakázky odpovídají minimálním požadavkům zadavatele stanoveným v bodě 7.4.2 zadávací dokumentace na seznam stavebních prací ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ. Jednalo se o nové tvrzení o porušení ZZVZ ze strany zadavatele, které nebylo obsaženo v návrhu, a proto jeho posouzení nebylo předmětem tohoto správního řízení. Fakticky se jednalo o dodatečné doplnění návrhu, ke kterému Úřad podle § 251 odst. 4 ZZVZ nepřihlíží, což i uvedl v bodě 146 napadeného rozhodnutí. K účelu tohoto ustanovení zákona lze podotknout, že nelze připustit (z pohledu vedení správního řízení i jeho účastníků), aby v průběhu správního řízení, natož ve fázi ukončení shromažďování podkladů rozhodnutí, jako tomu bylo v posuzovaném případě, bylo navrhovatelem rozšířeno správní řízení o novou problematiku, kterou Úřad do té doby neposuzoval a ke které se nemohl vyjádřit zadavatel v rozhodnutí o námitkách a ani zadavatel a vybraný dodavatel ve vyjádření k návrhu.
141. Úřad v bodě 146 napadeného rozhodnutí „podotknul“, že navrhovatel mohl předmětnou argumentaci ohledně referenčních listů uplatnit dříve, neboť informace o tom, že konkrétní veřejné zakázky byly realizovány ve sdružení dodavatelů, byly uvedeny v příloze oznámení o výběru. Dle navrhovatele je toto tvrzení Úřadu absurdní, protože navrhovatel se s obsahem konkrétních referenčních listů seznámil až při studiu podkladů rozhodnutí.
142. K této námitce předně uvádím, že z bodu 146 napadeného rozhodnutí je zřejmé, že se ze strany Úřadu jednalo o argument tzv. *obiter dictum* (na okraj), neboť stěžejním důvodem, proč se Úřad nezabýval předmětným tvrzením navrhovatele o porušení ZZVZ zadavatelem, byla skutečnost, že nebylo vůbec obsaženo v návrhu. Dále uvádím, že pokud by navrhovatel opravdu až na základě studia podkladů rozhodnutí nově zjistil, že dokumenty předložené vybraným dodavatelem v nabídce mají nedostatky, které dle názoru navrhovatele vyvolávají pochybnosti o naplnění požadavků zadavatele na referenční zakázky stanovených v bodě 7.4.2 zadávací dokumentace, neměl jinou možnost, než podat k zadavateli další námitky ve lhůtě podle § 242 odst. 1 ZZVZ (v této souvislosti srov. bod 136 rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0250/2021/VZ, č. j. ÚOHS-29555/2021/500/ISo ze dne 1. 9. 2021). Toto správní řízení však již nemohlo být o posouzení této nové námitky rozšířeno.
143. Lze tedy shrnout, že není pravdou, že Úřad postupoval v rozporu se ZZVZ, když se nezabýval argumentací navrhovatele obsaženou v jeho vyjádření ze dne 30. 9. 2021 k podkladům rozhodnutí stran průkaznosti osvědčení objednatelů referenčních zakázek a dalších rovnocenných dokladů předložených vybraným dodavatelem v nabídce, neboť Úřad postupoval v souladu s § 251 odst. 4 ZZVZ. Vzhledem k tomu shledávám tuto rozkladovou námitku navrhovatele jako nedůvodnou.

K námitce, že se Úřad nezabýval argumentací navrhovatele zpochybňující určitost závazku společnosti Metrostav jako jiné osoby podle § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ

144. Navrhovatel dále namítá, že aniž by to Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí výslovně uvedl a zdůvodnil (a aniž by pro to byl jakýkoli důvod), nezabýval se ani jeho argumentací ve vyjádření ze dne 30. 9. 2021 k podkladům rozhodnutí v tom směru, že za prokázanou nelze mít ani tu část technické kvalifikace vybraného dodavatele, kterou prokazoval prostřednictvím jiné osoby – společnosti Metrostav, neboť dodatek č. 1 ke smlouvě o uzavření budoucí

smlouvy o dílo předložený vybraným dodavatelem neobsahuje dostatečně konkrétní závazek podle § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ.

145. V souvislosti s touto námitkou předně uvádím, že navrhovatel v návrhu namítal, že vybraný dodavatel neprokázal technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ vlastními 5 referenčními zakázkami pouze z důvodu, že dle přesvědčení navrhovatele nebylo postaveno najisto, že na vybraného dodavatele tyto reference přešly spolu s převodem Divize 4. Tato námitka navrhovatele byla Úřadem shledána nedůvodnou, což bylo tímto rozhodnutím aprobováno (viz odůvodnění výše).
146. Z přílohy oznámení o výběru nazvané „Podrobný zápis o posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení č. 2“ vyplývá, že předmětných 5 referenčních zakázek vybraného dodavatele samo o sobě naplňuje minimální požadavky zadavatele na seznam stavebních prací stanovené v bodě 7.4.2 zadávací dokumentace (tj. i bez zohlednění 3 referenčních zakázek prokazovaných jinou osobou – společností Metrostav).
147. Tedy v situaci, kdy zadavatel konstatoval naplnění minimálních požadavků stanovených v bodě 7.4.2 zadávací dokumentace těmito 5 referenčními zakázkami a navrhovatel v námitkách ani návrhu tento závěr nijak nezpochybnil (viz body 137-143 tohoto rozhodnutí), nebylo účelné, aby se Úřad v napadeném rozhodnutí zabýval i argumentací navrhovatele ohledně nemožnosti vybraného dodavatele prokázat technickou kvalifikaci zcela prostřednictvím společnosti Metrostav, neboť i bez 3 referenčních zakázek prokazovaných prostřednictvím společnosti Metrostav mohl zadavatel konstatovat splnění požadované technické kvalifikace ze strany vybraného dodavatele.
148. Konkrétně k námitce navrhovatele zpochybňující určitost závazku společnosti Metrostav jako jiné osoby podle § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ nad rámec právě uvedeného dále uvádím, že v tomto ohledu lze odkázat na argumentaci obsaženou v bodech 139-143 tohoto rozhodnutí. Ani v tomto případě totiž navrhovatel v návrhu (stejně jako v námitkách) nenamítal neurčitost dodatku č. 1 ke smlouvě o uzavření budoucí smlouvy o dílo (jakožto písemného závazku společnosti Metrostav ve smyslu § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude vybraný dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém společnost Metrostav prokázala kvalifikaci za vybraného dodavatele). Navrhovatel v návrhu k závazku společnosti Metrostav v tomto ohledu pouze namítal, že „*Vybraný dodavatel předložil závazek této jiné osoby, resp. jeho podstatné rozšíření, teprve po uplynutí lhůty pro podání nabídek*“, což má být dle navrhovatele zapovězeno; tuto námitku Úřad vypořádal v bodě 119 napadeného rozhodnutí, přičemž navrhovatel ji prostřednictvím rozkladu nenapadá.
149. Tvrzení uvedené ve vyjádření k podkladům rozhodnutí, kterým navrhovatel zpochybňoval určitost závazku společnosti Metrostav jako jiné osoby podle § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ, bylo novým tvrzením o porušení ZZVZ ze strany zadavatele, které nebylo obsaženo v návrhu, a proto jeho posouzení nemohlo být předmětem tohoto správního řízení. Navrhovatel touto námitkou fakticky dodatečně doplnil návrh, k čemuž Úřad nesmí podle § 251 odst. 4 ZZVZ přihlížet. Pokud navrhovatel až na základě seznámení se s podklady rozhodnutí nově zjistil, že dodatek č. 1 ke smlouvě o uzavření budoucí smlouvy o dílo uzavřené mezi vybraným

dodavatelem a společností Metrostav nenaplnuje požadavky § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ, neměl jinou možnost, než ve lhůtě podle § 242 odst. 1 ZZVZ podat k zadavateli další námitky.

150. Vzhledem k uvedenému považuji rozkladovou námitku navrhovatele, že se Úřad nezabýval jeho argumentací zpochybňující určitost závazku společnosti Metrostav jako jiné osoby podle § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ, za nedůvodnou.

K námitce, že zadavatel transparentně neposoudil objasnění MNNC v nabídce vybraného dodavatele

151. Navrhovatel v rozkladu rovněž namítá (blíže viz body 27 a 28 tohoto rozhodnutí), že zadavatel transparentním a přezkoumatelným způsobem neuvedl ve zprávě o hodnocení nabídek ani v žádném jiném dokumentu tvořícím součást oznámení o výběru, jakým způsobem posoudil zdůvodnění vybraného dodavatele ohledně MNNC. Pokud jde o položku 014132 POPLATKY ZA SKLÁDKU TYP S-NO (NEBEZPEČNÝ ODPAD), navrhovatel namítá, že vybraný dodavatel *de facto* MNNC obsaženou v jeho nabídce u dané položky nikterak nevysvětlil/nezdůvodnil, a naopak přiznal, že nerespektoval požadavky zadavatele na způsob stanovení nabídkové ceny.
152. K této námitce uvádím, že z protokolu o jednání hodnotící komise č. 2 ze dne 16. 4. 2021 vyplývá, že hodnotící komise v souladu s 113 odst. 1 ZZVZ posoudila nabídku vybraného dodavatele z pohledu MNNC, a že konstatovala, že tato nabídka obsahuje MNNC. V návaznosti na toto zjištění zadavatel v souladu s § 113 odst. 4 ZZVZ požádal vybraného dodavatele podáním ze dne 26. 4. 2021 o písemné zdůvodnění způsobu stanovení MNNC. V této žádosti se přitom neomezil na pouhé konstatování, že nabídková cena vybraného dodavatele činí méně než 72 % předpokládané hodnoty zakázky, ale konkrétně specifikoval, kterých položek se jeho pochybnosti ohledně MNNC týkají, a to včetně podrobného uvedení důvodů těchto pochybností.
153. Vybraný dodavatel následně zadavateli zaslal ve smyslu § 113 odst. 5 ZZVZ podrobné písemné zdůvodnění MNNC ze dne 7. 5. 2021, v němž reagoval na všechny dotazy vznesené zadavatelem a rovněž podle § 113 odst. 4 ZZVZ ve spojení s § 113 odst. 5 ZZVZ potvrdil, že při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a že neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu. Vybraný dodavatel současně potvrdil, že všechny cenové položky obsažené v jeho nabídce jsou platné, a i po opětovném prověření nabídkové ceny je schopen zakázku za tuto cenu splnit, a to ve standardu, kvalitě a termínech požadovaných zadavatelem.
154. V protokolu o jednání hodnotící komise č. 3 ze dne 17. 5. 2021 bylo zrekapitulováno zdůvodnění MNNC vybraného dodavatele ze dne 7. 5. 2021. V rozhodnutí o výběru zadavatel k posouzení MNNC v nabídce vybraného dodavatele mimo jiné uvedl, že „*posoudil nabídkovou cenu vybraného dodavatele z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny. Zadavatel konstatoval, že nabídková cena vybraného dodavatele je mimořádně nízkou nabídkovou cenou, ale vybraný dodavatel ji na žádost zadavatele zdůvodnil*“.
155. Z právě provedeného shrnutí je zřejmé, že zadavatel v souvislosti s posouzením MNNC v nabídce vybraného dodavatele postupoval v souladu s § 113 ZZVZ, když podle § 113 odst. 1 ZZVZ posoudil nabídku vybraného dodavatele z hlediska MNNC, podle § 113 odst. 4 ZZVZ

ho vyzval k jejímu zdůvodnění a podle § 113 odst. 6 ZZVZ toto zdůvodnění posoudil tak, že výslovně potvrdil, že vybraný dodavatel v návaznosti na jeho žádost MNNC zdůvodnil.

156. Zadavatel přitom dodržel zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 ZZVZ, neboť celý postup zaznamenal či uchoval v dokumentaci o zadávacím řízení, kterou následně předložil Úřadu – jedná se o protokol o jednání hodnoticí komise č. 2 ze dne 16. 4. 2021, žádost ze dne 26. 4. 2021 o písemné zdůvodnění způsobu stanovení MNNC, zdůvodnění MNNC ze dne 7. 5. 2021 zpracované vybraným dodavatelem, protokol o jednání hodnoticí komise č. 3 ze dne 17. 5. 2021 a rozhodnutí o výběru.
157. Zadavatel dodržel zásadu transparentnosti i vůči účastníkům zadávacího řízení, kterým zaslal oznámení o výběru, v němž ve vztahu k posouzení MNNC v nabídce vybraného dodavatele uvedl, že hodnoticí komise dospěla k závěru, že nabídka vybraného dodavatele obsahuje MNNC, a proto ho zadavatel vyzval k jejímu zdůvodnění. Zadavatel v tomto oznámení následně zrekapituloval dotazy obsažené v jeho žádosti o zdůvodnění MNNC a odpovědi vybraného dodavatele, a to zvláště ke každé identifikované položce. Zadavatel rovněž konstatoval, že vybraný dodavatel potvrdil skutečnosti podle § 113 odst. 4 ZZVZ. Zadavatel uzavřel, že „*nabídková cena vybraného dodavatele je mimořádně nízkou nabídkovou cenou, ale vybraný dodavatel ji na žádost zadavatele zdůvodnil*“.
158. K námitce navrhovatele, že zadavatel v oznámení o výběru transparentním a přezkoumatelným způsobem neuvedl, jakým způsobem posoudil zdůvodnění MNNC v nabídce vybraného dodavatele, dále uvádím, že se (na rozdíl od navrhovatele) ztotožňuji s Úřadem, který v bodě 200 napadeného rozhodnutí uvedl, že postačuje, pokud zadavatel v oznámení o výběru uvedl informace o posouzení MNNC v nabídce vybraného dodavatele včetně rekapitulace svých dotazů a odpovědí vybraného dodavatele a následně dal najevo své přesvědčení, že vybraný dodavatel MNNC dostatečně zdůvodnil.
159. Za současné právní úpravy lze takový postup považovat za dostatečný, neboť zadavatel podle 48 odst. 4 ZZVZ může (avšak nemusí) vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud jeho nabídka obsahuje MNNC, kterou tento účastník k žádosti zadavatele nezdůvodnil. To znamená, že i když dodavatel MNNC nezdůvodní, zadavatel ho není povinen vyloučit z účasti v zadávacím řízení. Vzhledem k tomu není důvod trvat na tom, aby v případě, kdy zadavatel dospěje k závěru, že dodavatel MNNC zdůvodnil, musel tento svůj postoj detailně odůvodňovat. V této souvislosti je však třeba podotknout, že tuto situaci je potřeba odlišit od situace (která však v šetřeném případě nenastala), kdy zadavatel naopak dojde k závěru, že dodavatel MNNC nezdůvodnil a rozhodne se ho vyloučit podle § 48 odst. 4 ZZVZ z účasti v zadávacím řízení. V takovém případě musí svůj závěr podrobně odůvodnit v rozhodnutí o vyloučení.
160. Zadavatel tedy nebyl povinen rozvádět důvody, pro které se spokojil se zdůvodněním MNNC a účastníkům zadávacího řízení (ani Úřadu) nepříslušelo za zadavatele hodnotit (tzv. vstupovat do jeho myšlenkových pochodů), zda toto posouzení provedl „objektivně“ správně, neboť je to věcí (odpovědností) zadavatele. Zadavatel však byl povinen za účelem naplnění požadavku na přezkoumatelnost jeho postupu poskytnout účastníkům zadávacího řízení informace, na základě kterých mohli ověřit, zda zadavatel postupoval podle § 113 ZZVZ (tj. zejména zda posoudil MNNC alespoň v nabídce vybraného dodavatele, pokud MNNC shledal, zda vyzval k jejímu zdůvodnění či zda vybraný dodavatel potvrdil skutečnosti podle § 113 odst. 4 ZZVZ),

a dále, zda neexistovaly důvody pro povinné vyloučení vybraného dodavatele podle § 113 odst. 6 ZZVZ.

161. V posuzovaném případě zadavatel této povinnosti dostal, neboť prostřednictvím oznámení o výběru účastníkům zadávacího řízení (včetně navrhovatele) sdělil, že posoudil nabídku vybraného dodavatele z hlediska MNNC, u 4 konkrétních položek identifikoval MNNC, vybraného dodavatele vyzval k jejímu zdůvodnění, který mu zdůvodnění poskytnul, a v oznámení o výběru zadavatel zrekapituloval své dotazy adresované vybranému dodavateli a jím poskytnuté odpovědi. Navrhovatel tak měl prostřednictvím oznámení o výběru k dispozici dostatek informací, na základě kterých mohl ověřit postup zadavatele z pohledu dodržení § 113 ZZVZ a toho, zda neporušil povinnost vyloučit vybraného dodavatele ze zadávacího řízení podle § 113 odst. 6 ZZVZ; navrhovatel však v návrhu námitky tohoto charakteru nevznesl.
162. K námitce navrhovatele týkající se položky 014132 POPLATKY ZA SKLÁDKU TYP S-NO (NEBEZPEČNÝ ODPAD) uvádím, že účastníci zadávacího řízení byli podle bodu 9.1.8 zadávací dokumentace povinni ocenit veškeré činnosti (položky) v soupisu prací jednotkovými cenami i celkovými cenami, pokud nebylo u konkrétní položky uvedeno jinak. Neztotožňuji se s navrhovatelem v tom, že vybraný dodavatel tuto povinnost v případě položky č. 014132 porušil, neboť ji v rámci soupisu prací ocenil. Zadavatel však shledal, že cena této položky představuje MNNC. V tomto ohledu platí to, co již bylo uvedeno výše, tedy že bylo věcí zadavatele, zda zdůvodnění ceny této položky akceptuje, či nikoliv. Pokud by tuto položku nepovažoval za zdůvodněnou, a rozhodl by se proto vybraného dodavatele vyloučit ze zadávacího řízení, byl by povinen tento svůj závěr v rozhodnutí o vyloučení podrobně odůvodnit. Zadavatel však zdůvodnění MNNC u této položky akceptoval, což nemusel podrobně odůvodňovat. Jedinou výjimkou by byla situace, kdyby by existovaly důvody pro povinné vyloučení dle § 113 odst. 6 ZZVZ, což však navrhovatel v návrhu nijak nenamítal.
163. Lze tedy uzavřít, že jsem toho názoru, že zadavatel v souvislosti s MNNC v nabídce vybraného dodavatele postupoval plně v souladu s požadavky vyplývajícími z § 113 ZZVZ a rovněž v souladu s požadavkem na dodržení zásady transparentnosti zakotvené v § 6 odst. 1 ZZVZ. Postup zadavatele je přezkoumatelný a kontrolovatelný jak ze strany Úřadu, tak i účastníků zadávacího řízení (včetně navrhovatele). Námitku navrhovatele shrnutou v bodech 27 a 28 tohoto rozhodnutí proto shledávám nedůvodnou.

K námitce, že Úřad posoudil rozhodnutí o námitkách nesprávně a nepřezkoumatelně

164. K námitce navrhovatele (blíže viz bod 29 tohoto rozhodnutí), že Úřad dospěl k nesprávnému závěru, že rozhodnutí o námitkách je přezkoumatelné, aniž by vysvětlil úvahy, které ho k tomu vedly, uvádím následující.
165. Navrhovatel v návrhu namítal, že zadavatel v rámci rozhodnutí o námitkách nevypořádal jeho námitky uvedené v bodech 19-21 a 32-37 námitek. Jednalo se o námitku, že neúplné znění smlouvy o prodeji části závodu předložené vybraným dodavatelem vzbuzuje pochybnosti stran toho, zdali ty části smlouvy, které nebyly zpřístupněny, nemění obsah a účinky smlouvy jako celku, a to například zavedením odkládacích či rozvazovacích podmínek, či jakkoli jinak. Dále se jednalo o námitky, že nabytí referencí vybraným dodavatelem je pochybné rovněž z důvodů, že převodem Divize 4 neměla být dotčena kromě dvou zahraničních referenčních staveb také stavba „D8 - 0805 Lovosice – Řehlovice“, vybraný dodavatel v současné době

aktivně působí na polském trhu inženýrských staveb, vybraný dodavatel nepředložil předávací protokol o předání a převzetí části závodu (Divize 4) a zadavatel nemohl mít za prokázané splnění technické kvalifikace ani výhradně referencemi jiné osoby – společnosti Metrostav, protože v důsledku tvrzeného převodu Divize 4 došlo ke zpochybnění rozsahu výrobních prostředků použitých k realizaci referenčních zakázek, s nimiž může v současné době společnost Metrostav disponovat.

166. Lze souhlasit se závěrem Úřadu, že zadavatel sice v rozhodnutí o námitkách uvedené námitky nevypořádal jednotlivě, avšak postihnul *gros* argumentace navrhovatele. Jak v rozkladu uvádí sám navrhovatel, tento způsob vypořádání námitek je možné obecně připustit, pokud zadavatel proti námitkám stěžovatele postaví takové odůvodnění, v jehož konkurenci nemohou jednotlivé námitky jako celek obstát. Navrhovatel má však pravdu v tom, že Úřad svůj závěr o přezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách nedostatečně odůvodnil. Jsem toho názoru, že tento dílčí nedostatek napadeného rozhodnutí lze v souladu s judikaturou NSS, na kterou bylo odkázáno v bodě 50 tohoto rozhodnutí, napravit přímo v tomto rozhodnutí.
167. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách mimo jiné uvedl, že *„argumentace stěžovatele je ryze účelová, ale především vnitřně rozporná, neboť na jednu stranu stěžovatel tvrdí, že referenční zakázky již na první pohled náleží Metrostav a.s. a k přechodu referenčních zakázek z Metrostav a.s. na vybraného dodavatele vůbec nedošlo, resp. přechod těchto referenčních zakázek nebyl v zadávacím řízení relevantně prokázán (tj. tyto referenční zakázky podle tvrzení stěžovatele nadále náleží Metrostavu a.s., nikoli vybranému dodavateli), a tudíž sám vybraný dodavatel neprokázal, resp. nemůže prokázat, splnění technické kvalifikace předložením těchto referenčních zakázek, ale zároveň tvrdí, že vybraný dodavatel nemohl prokázat splnění technické kvalifikace prostřednictvím Metrostav a.s., jakožto jiné osoby ve smyslu § 83 ZZVZ, a to právě proto, že část referenčních zakázek měla přejít na vybraného dodavatele, a není tudíž zřejmé, jakými referenčními zakázkami disponuje vybraný dodavatel a jakými Metrostav a.s., jakožto jiná osoba ve smyslu § 83 ZZVZ. K tomu zadavatel dále uvádí, že s ohledem na rozsah plnění Metrostav a.s., jakožto jiné osoby ve smyslu § 83 ZZVZ, uvedený v předloženém písemném závazku Metrostav a.s. ve smyslu § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ (tj. zemní práce, provedení konstrukčních a obrusných vrstev vozovky a provedení nosné konstrukce mostu), jakož i na holdingovou strukturu a vazby mezi vybraným dodavatelem a Metrostav a.s., jakožto jinou osobou ve smyslu § 83 ZZVZ (Metrostav a.s. je jediným akcionářem vybraného dodavatele; k tomu srov. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. S0513/2020/VZ, č.j. ÚOHS-02753/2021/500/Alv, ze dne 25. 1. 2021), de facto nezáleží na tom, zda dotčené referenční zakázky skutečně přešly na vybraného dodavatele, či nikoli, neboť ať už referenční zakázky skutečně přešly, či nikoli, vybraný dodavatel a Metrostav a.s., jakožto jiná osoba ve smyslu § 83 ZZVZ, nad to členové jednoho holdingu, kumulativně požadavky na technickou kvalifikaci splňují a kumulativně disponují i veškerými ekonomickými, technickými, personálními a dalšími kapacitami potřebnými pro realizaci předmětu veřejné zakázky“.*
168. Společným jmenovatelem námitek, které neměly být v rozhodnutí o námitkách vypořádány, jsou pochybnosti navrhovatele stran přechodu referencí na vybraného dodavatele. Jak je patrné z výše citované části rozhodnutí o námitkách, zadavatel v ní zdůvodnil, proč považuje tuto argumentaci navrhovatele za účelovou a vnitřně rozpornou, a současně uvedl, že s ohledem na rozsah plnění společnosti Metrostav (jako jiné osoby ve smyslu § 83 ZZVZ),

jakož i na holdingovou strukturu a vazby mezi touto společností a vybraným dodavatelem, *de facto* nezáleží na tom, zda referenční zakázky skutečně přešly na vybraného dodavatele, neboť vybraný dodavatel a společnost Metrostav kumulativně splňují požadavky na technickou kvalifikaci a kumulativně disponují veškerými kapacitami potřebnými pro realizaci předmětu veřejné zakázky. Zadavatel navíc v rozhodnutí o námitkách k bodům 19-21 námitek uvedl, že „*stěžovatelem uvedený argument o potenciální neúčinnosti smlouvy o prodeji části závodu ze dne 25. 8. 2020 (např. z důvodu zavedení odkládacích či rozvazovacích podmínek, či jakkoli jinak) je lichý, jelikož z výpisu z obchodního rejstříku vybraného dodavatele jednoznačně vyplývá, že k převodu části obchodního závodu označeného jako Divize 4 skutečně došlo a že účinnost převodu části obchodního závodu nastala ke dni 1. 9. 2020; srov. výpis z obchodního rejstříku vybraného dodavatele: [...]*“.

169. Zadavatel se tedy v rozhodnutí o námitkách výše uvedeným způsobem přezkoumatelně vyjádřil i k námitkám navrhovatele obsaženým v bodech 19-21 a 32-37 námitek, a proto rozkladovou námitku navrhovatele shrnutou v bodě 29 tohoto rozhodnutí shledávám nedůvodnou s tím, že odůvodnění napadeného rozhodnutí bylo v tomto ohledu doplněno prostřednictvím tohoto rozhodnutí. V této souvislosti je ještě vhodné uvést, že přezkoumatelnost rozhodnutí o námitkách lze dovodit i z návrhu, v němž navrhovatel s výše citovanou částí rozhodnutí o námitkách polemizoval, resp. s ní nesouhlasil, což by v případě nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách nebylo možné.
170. Dále podotýkám, že přestože zadavatel v rozhodnutí o námitkách zúžil svou reakci na předmětné námitky navrhovatele pouze na odpověď, že *de facto* nezáleží na tom, zda dotčené referenční zakázky přešly na vybraného dodavatele, či nikoli, v rámci zadávacího řízení se přechodem referencí důkladně zabýval, o čemž navrhovatele podrobně informoval prostřednictvím oznámení o výběru (srov. body 110-113 napadeného rozhodnutí). Navrhovatel tak měl možnost v návrhu reagovat i na tuto argumentační linii zadavatele týkající se převodu referencí, přičemž z návrhu je patrné, že navrhovatel tuto možnost plně využil.

VIII. Závěr

171. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu s právními předpisy, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu výroku II napadeného rozhodnutí. Vzhledem k tomu jsem výrok II napadeného rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítl.

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. Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., Klimentská 1216/46, Nové Město, 110 00 Praha 1
2. LAWYA, advokátní kancelář s.r.o., č. p. 240, 683 01 Tučapy
3. Mgr. Tomáš Kruták, advokát, Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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