Vyřizuje: Mgr. Lukáš Nezpěvák
E-mail: lukas.nezpevak@ksd.cz

**Krajský úřad Jihočeského kraje**
**k rukám Bc. Štěpána Vondráčka**
U Zimního stadionu 1952/2
370 76 České Budějovice

V Praze dne 30.1.2017

Věc: **Analýza postupu zadavatele v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Modernizace letiště České Budějovice, 2. etapa - úsporná varianta - II. fáze"**

Vážený pane Vondráčku,

na základě Vaší žádosti Vám níže zasíláme analýzu postupu Jihočeského kraje, IČO: 70890650, se sídlem U Zimního stadionu 1952/2, 370 76 České Budějovice (dále jen „**zadavatel**") v souvislosti s posouzením prokázání splnění kvalifikace zájemců v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Modernizace letiště České Budějovice, 2. etapa - úsporná varianta - II. fáze" zveřejněnou ve věstníku veřejných zakázek pod číslem 404568 (dále jen „**Veřejná zakázka**").

Předmětem naší analýzy je zodpovězení následujících otázek:

a) Je případná absence/neakceptování sporné referenční zakázky uchazeče, který by se dle zadavatelem zvoleného způsobu hodnocení umístil jako první v pořadí, důvodem pro vyloučení tohoto uchazeče?

b) Existuje dle právní úpravy zadávání veřejných zakázek zákonný postup, kterým by bylo možné spornou referenční zakázku uchazeče, který by se dle zadavatelem zvoleného způsobu hodnocení umístil jako první v pořadí, nahradit za jinou?

c) Je možné zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku dokončit podpisem smlouvy na plnění veřejné zakázky i v případě, že by zadavatel uchazeče, který by se dle zadavatelem zvoleného způsobu hodnocení umístil jako první v pořadí, musel vyloučit?

d) Je možné zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku s ohledem na možné pochybení zadavatele při posouzení prokázání splnění kvalifikace zájemců o veřejnou zakázku zrušit a vypsat znovu?

CITY TOWER
KŠD LEGAL advokátní kancelář s.r.o
Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4
Tel.: +420 221 412 611
Fax: +420 222 254 030
ksd.law@ksd.cz
www.ksd.cz

Zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Městským soudem v Praze, oddíl C, vložka 158575
IČ: 257 11 229

2016 právnická firma roku
Oficiální dodavatel právních služeb pro Autoklub České republiky
Oficiální dodavatel právních služeb pro Český olympijský výbor a společnost Česká olympijská, a.s.

## I. POPIS SKUTKOVÉHO STAVU

1. Dne 6.5.2015 bylo odesláním oznámení o zakázce k uveřejnění ve věstníku veřejných zakázek zadavatelem zahájeno zadávací řízení na Veřejnou zakázku, která byla zadávána formou užšího řízení dle ustanovení § 21 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZVZ**").

2. V rámci kvalifikační dokumentace k Veřejné zakázce vymezil zadavatel v souladu s ustanovením § 56 odst. 5 písm. c) ZVZ minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů dle ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ tak, že součástí seznamu stavebních prací provedených zájemci v posledních 5 letech předkládaných zájemci v rámci jimi podávané žádosti o účast muselo být:

   a) provedení stavebních prací spočívajících v realizaci výstavby budovy občanské vybavenosti (případně dopravní stavby jako jsou letiště, terminály apod.), a to v minimálním objemu investičních nákladů 75 mil. Kč bez DPH. – v počtu 2ks;

   b) provedení stavebních prací spočívajících v realizaci cementobetonového krytu vozovky skupiny CB I dle ČSN 736123-1, a to v min. výměře 12.000 m2 (letištní plochy, pozemní komunikace), budovaného finišerem s vlastním pohonem a šířkou pracovního záběru min. 10 metrů – v počtu 2ks;

   c) provedení instalace letištního radionavigačního zařízení, a to v min. objemu investičních nákladů 8 mil. Kč – v počtu 1ks;

   d) provedení instalace radiokomunikačního zařízení, a to v min. objemu investičních nákladů 2,5 mil. Kč – v počtu 1ks;

   e) provedení instalace světelného vybavení letišť, a to v min. objemu investičních nákladů 13 mil. Kč – v počtu 1ks;

   f) provedení instalace zařízení BHS pro odbavení cestujících a zavazadel, a to v min. objemu investičních nákladů 8 mil. Kč – v počtu 2ks;

   g) provedení instalace bezpečnostních RTG pro zavazadla, a to v min. objemu investičních nákladů 2 mil. Kč – v počtu 1ks;

   h) provedení stavebních prací spočívajících v realizaci prosklené fasády o výměře min. 300 m2 – v počtu 1ks.

3. Ve lhůtě pro podání žádostí o účast obdržel zadavatel žádosti o účast od celkem 10 zájemců, kdy u třech zájemců bylo komisí provádějící posouzení prokázání splnění kvalifikace dle ustanovení § 59 ZVZ konstatováno, že dotčení zájemci neprokázali zadavatelem stanovenou minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů dle ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ, a to ve vztahu k požadavku zadavatele na referenční zakázku dle písm. c) předchozího odstavce.

4. Zájemci, kteří prokázali splnění kvalifikačních předpokladů, byli zadavatelem po ukončení posouzení prokázání splnění kvalifikace v souladu s ustanovením § 28 odst. 2 ZVZ vyzváni k podání nabídky na Veřejnou zakázku.

5. Dne 7.9.2016 podala společnost STRABAG a.s., IČO: 60838744, se sídlem Praha 5, Na Bělidle 198/21, PSČ 15000 (dále jen „**stěžovatel**") na základě seznámení s protokolem o posouzení prokázání splnění kvalifikace námitky proti postupu zadavatele při posouzení prokázání splnění kvalifikace zájemců o Veřejnou zakázku.

6. V rámci svých námitek se stěžovatel domáhal vyloučení zájemců s pořadovým číslem 4., sdružení společností GEOSAN GROUP a.s., IČO: 28169522, se sídlemU Nemocnice 430, Kolín III, 280 02 Kolín a HABAU CZ s.r.o., IČO: 26068338, se sídlem Žižkova tř. 1321/1, České Budějovice 6, 370 01 České Budějovice a 7., společnosti HOCHTIEF CZ a. s., IČO: 46678468, se sídlem Praha 5, Plzeňská 16/3217, PSČ 15000 (dále jen „**vybraný dodavatel**") pro nesplnění kvalifikace dle ustanovení § 60 odst. 1 ZVZ. Důvodem pro vyloučení dotčených zájemců měla být skutečnost, že referenční zakázky dokládané těmito zájemci pro účely splnění technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím společnosti TECHNISERV, spol. s r.o., IČO: 44264020, se sídlem Praha 4, Baarova 231/36, PSČ 14000 (dále jen „**subdodavatel**") byly realizovány více než v posledních 5 letech před uplynutím lhůty pro podání žádostí o účast, a to navíc jiným subjektem než subdodavatelem.

7. O námitkách stěžovatele bylo rozhodnuto rozhodnutím zadavatele ze dne 19.9.2016, kterým zadavatel podaným námitkám nevyhověl, když tyto neshledal jako důvodné. Zadavatel vycházel z potvrzení objednatele referenčních zakázek dokládaných prostřednictvím subdodavatele, který mu potvrdil, že tyto byly provedeny subdodavatelem, a to v posledních 5 letech před uplynutím lhůty pro podání žádostí o účast.

8. Dne 29.9.2016 byl stěžovatelem podán návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterým se stěžovatel domáhal zrušení rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele a aby Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**ÚOHS**") zadavateli uložil povinnost námitkám navrhovatele v plném rozsahu vyhovět. Rozhodnutím ÚOHSč.j. ÚOHS-S0637/2016/zv-42887/2016/532/ZČa ze dne 20.10.2016 bylo řízení o návrhu podaného stěžovatelem zastaveno, neboť návrh na zahájení řízení neměl všechny zákonné náležitosti.

9. Na základě opakované žádosti zadavatele dne 12.12.2016 obdržel zadavatel vyjádření objednatele referenčních zakázek dokládaných prostřednictvím subdodavatele, z něhož vyplynulo, že referenční zakázky dle písm. e) odst. 2. této analýzy sice byly provedeny subdodavatelem, ale k jejich dokončení došlo více než 5 let před uplynutím lhůty pro podání žádostí o účast.

10. Dne 4.1.2017 obdržel zadavatel od vybraného dodavatele oznámení o možné změně v kvalifikaci ve smyslu ustanovení § 58 odst. 1 ZVZ, v němž vybraný dodavatel zadavateli z opatrnosti doložil novou referenční zakázku splňující požadavky dle písm. e) odst. 2. této analýzy, ačkoliv dle jeho názoru původní referenční zakázka uvedená v žádosti o účast vybraného dodavatele splňuje veškeré požadavky stanovené zadavatelem v zadávacích podmínkách Veřejné zakázky.

## II. POUŽITÉ PODKLADY

### II.1 Použité podklady od klienta

- oznámení o zakázce ze dne 6.5.2016;
- kvalifikační dokumentace k Veřejné zakázce ze dne 6.5.2015;
- oznámení o zakázce ze dne 27.8.2015;
- kvalifikační dokumentace ze dne 27.8.2015;
- žádosti o účast zájemců o Veřejnou zakázku;
- protokol o posouzení kvalifikace zájemců o Veřejnou zakázku ze dne 21.6.2016;
- e-mailová komunikace s Ministerstvem obrany Slovenské republiky ze dne 13.7.2016;
- námitky stěžovatele ze dne 6.9.2016 s přílohami;
- rozhodnutí o námitkách stěžovatele ze dne 19.9.2016;
- návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 29.9.2016 s přílohami;
- žádost zadavatele o poskytnutí informací ze dne 10.10.2016;
- rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S0637/2016/zv-42887/2016/532/ZČa ze dne 20.10.2016;
- přípis Ministerstva obrany slovenské republiky ze dne 28.11.2016;
- přípis vybraného dodavatele ze dne 4.1.2017.

### II.2 Použité právní předpisy

- zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů;
- zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**").

## III. PRÁVNÍ POSOUZENÍ

11. Hned úvodem naší analýzy je třeba uvést, že právní úprava zadávání veřejných zakázek, a to zejména právní úprava obsažená v ZVZ, vymezuje zadávací řízení a proces uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky obecně jako vysoce formalizovaný postup, kdy jsou zadavatelé veřejných zakázek bez ohledu na jejich právní formu povinni postupovat pouze *secundum et intra legem*atedy činit v rámci procesu uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky pouze to, co je zákonem výslovně dovoleno.

12. Formalizovanost zadávacího řízení jakožto zvláštní formy kontraktačního procesu se pak na základě právní úpravy obsažené v ZVZ projevuje nejen okruhem úkonů, které je zadavatel v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku oprávněn činit, ale zároveň také tím, kdy zadavatel může k jednotlivým úkonům v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku přistoupit.

13. Ačkoliv tato zásada byla v rámci nové právní úpravy zadávání veřejných zakázek obsažené v ZZVZ prolomena, tak ÚOHS v rámci své rozhodovací praxe vážící se k právní úpravě obsažené v ZVZ dospěl k závěru, že pro zadavatele veřejných zakázek je závazný nejen rozsah úkonů, které je v rámci zadávacího řízení oprávněn a/nebo povinen učinit, ale také jejich posloupnost, jak na sebe průběhu zadávacího řízení dle textu zákona navazují.

14. Tato skutečnost je pro posouzení otázek, které jsou předmětem této analýzy, jakož i dalšího postupu zadavatele v rámci zadávacího řízení na Veřejnou zakázku klíčová, neboť ze skutečností popsaných v části I. této analýzy vyplývá, že ve fázi podání a posouzení a hodnocení nabídek na Veřejnou zakázku bylo zjištěno pochybení, resp. právně významná skutečnost, které má vliv na správnost postupu zadavatele v předcházející fázi zadávacího řízení.

15. V kontextu zákonem stanovené a judikaturou potvrzené závazné posloupnosti jednotlivých úkonů zadavatele v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku tedy v následujících částech naší analýzy rozebereme jednotlivé otázky, jejichž zodpovězení je předmětem této analýzy.

### III.1 Vliv absence spornéreferenční zakázky na kvalifikaci vybraného dodavatele

16. Z informací a podkladů, které nám byly poskytnuty pro účely tohoto stanoviska, vyplývá, že **žádost o účast vybraného dodavatele**, který by se dle způsobu hodnocení nabídek stanoveného zadavatelem v zadávacích podmínkách Veřejné zakázky umístil jako první v pořadí, **obsahovala pouze jedinou referenční zakázku splňující požadavky zadavatele dle písm. e) odst. 2. této analýzy**.

17. **Pokud by se zadavatel** na základě vyjádření Ministerstva obrany Slovenské republiky ze dne 28.11.2016 jakožto objednatele sporné referenční zakázky, **rozhodl tuto referenční zakázku neakceptovat**, neboť byla zjevně dokončena před více než 5 lety před uplynutím lhůty pro podání žádostí o účast, **pak by vybraný dodavatel neprokázal minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů** dle ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ, **neboť by jím předložený seznam stavebních prací neobsahoval všechny druhy referenčních zakázek vymezené zadavatelem** v zadávacích podmínkách Veřejné zakázky.

18. Za předpokladu, že by zadavatel měl k dispozici všechny relevantní informace o charakteru předmětné referenční zakázky již v rámci posouzení prokázání splnění kvalifikace dle ustanovení § 59 ZVZ a tato nesrovnalost by nebyla odstraněna postupem dle ustanovení § 59 odst. 4 ZVZ, pak by a**bsence sporné referenční zakázky byla důvodem pro vyloučení vybraného dodavatele pro neprokázání splnění kvalifikace** dle ustanovení § 60 odst. 1 ZVZ **a důvodem, aby tento zájemce nebyl vyzván k podání nabídkyna Veřejnou zakázku** postupem dle věty druhé ustanovení § 28 odst. 2 ZVZ.

**III.2 Možnost nahrazení sporné referenční zakázky**

19. Jak vyplývá z předcházející podkapitoly, pak pokud by měl zadavatel pochybnosti o povaze sporné referenční zakázky již v okamžiku posouzení prokázání splnění kvalifikace, mohl by postupovat dle ustanovení § 59 odst. 4 ZVZ a vyzvat vybraného dodavatele k písemnému objasnění předložených informací a dokladů prokazujících splnění kvalifikace.

20. Vybraný dodavatel by buď mohl v návaznosti na žádost zadavatele odstranit pochybnosti týkající se sporné referenční zakázky, či by mohl zadavateli předložit nový seznam stavebních prací provedených vybraným dodavatelem v posledních 5 letech společně s příslušnými osvědčeními, kde by byla sporná referenční zakázky nahrazena novou.

21. Tímto způsobem však v tuto chvíli postupovat nejde, neboť oprávnění zadavatele vyžádat si na základě ustanovení § 59 odst. 4 ZVZ od některého z dodavatelů písemné objasnění předložených informací a dokladů prokazujících splnění kvalifikace se vztahuje pouze na fázi posouzení prokázání splnění kvalifikace dle ustanovení § 59 ZVZ. V předmětném případě se však již zadávací řízení na Veřejnou zakázku nachází ve fázi posouzení a hodnocení nabídek dle ustanovení § 76 a násl. a dle našeho názoru se není možné ani v návaznosti na nově zjištěné skutečnosti vrátit zpět do předcházející fáze zadávacího řízení, a to ani prostřednictvím přijetí opatření k nápravě dle ustanovení § 111 odst. 6 ZVZ.

22. Jak již bylo uvedeno v úvodu této části naší analýzy, zadávací řízení představuje formalizovaný proces uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky, kdy jsou pro zadavatele závazné jak jednotlivé úkony, které může v průběhu zadávacího řízení činit, tak právě i posloupnost těchto úkonů, kdy **dle právní úpravy obsažené v ZVZ není možné jednotlivé fáze zadávacího řízení směšovat, či dokonce zaměňovat**.

23. Zákaz zaměňování a směšování jednotlivých fází zadávacího řízení je v předmětném případě ještě umocněn tím, že je Veřejná zakázka, jak uvedeno výše, zadávána formou užšího řízení dle ustanovení § 21 odst. 1 písm. b) ZVZ. Tento druh zadávacího řízení je totiž nejen formálně, ale i fakticky rozdělen na fázi posouzení kvalifikace zájemců o veřejnou zakázku a na fázi posouzení a hodnocení nabídek uchazečů o veřejnou zakázku, kdy **k podání nabídek a tedy účasti v druhé fázi zadávacího řízení mohou být vyzváni pouze zájemci, kteří prokázali splnění kvalifikačních předpokladů** v rozsahu požadovaném zadavatelem, **a tedy úspěšně absolvovali první fázi zadávacího řízení.**

24. V okamžiku, kdy již kvalifikační fáze zadávacího řízení na Veřejnou zakázku pominula a tato část zadávacího řízení na Veřejnou zakázku byla formálně ukončena odesláním výzev k podání nabídky na Veřejnou zakázku, tedy **zadavatel** dle našeho názoru **nemůže přijmout opatření k nápravě** dle ustanovení § 111 odst. 6 ZVZ **spočívající v návratu do fáze posouzení prokázání splnění kvalifikace a vyzvat vybraného dodavatele k písemnému objasnění předložených informací či dokladů prokazujících splnění kvalifikace** dle ustanovení § 59 odst. 4 ZVZ. Takovýto úkon v této fázi zadávacího řízení na Veřejnou zakázku s ohledem na druh řízení, v němž je Veřejná zakázka zadávána, by totiž v předmětném případě znamenal, že by **zadavatel umožnil účast v druhé fázi zadávacího řízení na Veřejnou zakázku uchazeči, který dle obsahu jím podané žádosti o účast nebyl do druhé fáze zadávacího řízení vůbec oprávněn postoupit.**

25. Jedinou možností, jak by mohl vybraný dodavatel, či kterýkoliv jiný uchazeč o Veřejnou zakázku v této fázi zadávacího řízení nahradit některou z referenčních zakázek obsažených v podané žádosti o účast, či jiný z dokladů a/nebo informací rozhodných pro prokázání splnění kvalifikace, je postup dle ustanovení § 58 odst. 1 ZVZ.

26. Dle uvedeného ustanovení platí, že pokud kterýkoliv dodavatel kdykoliv do doby rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky přestane splňovat kvalifikaci, je povinen nejpozději do 7 pracovních dnů o této skutečnosti písemně informovat zadavatele a následně do dalších 10 pracovních dnů předložit zadavateli nové doklady prokazující splnění kvalifikace.

27. Aby tedy mohl vybraný dodavatel, či kterýkoliv jiný uchazeč o Veřejnou zakázku nahradit některou z referenčních zakázek obsaženou v podané žádosti o účast, musela by na straně takového uchazeč nastat v mezidobí od okamžiku podání žádosti o účast do rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky taková skutečnost, v důsledku které by tento uchazeč přestal splňovat kvalifikaci. Ačkoliv, jak uvedeno výše v části I. této analýzy, vybraný dodavatel zaslal zadavateli oznámení o možné změně v kvalifikaci, dle našeho názoru **skutečnost, že sporná referenční zakázka byla realizována více než před 5 lety před uplynutím lhůty pro podání žádostí o účast a nesplňuje tedy požadavky dle zadávacích podmínek Veřejné zakázky,** resp. požadavky dle ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ, **nesplňuje podmínky pro aplikaci postupu dle ustanovení § 58 odst. 1 ZVZ.**

28. **Doba realizace sporné referenční zakázky je totiž objektivní skutečností**, která musela být vybranému dodavateli známa již k okamžiku podání žádosti o účast **a k neprokázání splnění kvalifikace ze strany vybraného dodavatele v důsledku stáří této referenční zakázky tedy nedošlo až v mezidobí od podání žádosti o účast do rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky, ale již k okamžiku podání žádosti o účast**, resp. k okamžiku uplynutí lhůty pro podání žádosti o účast. **Na straně vybraného dodavatele tedy** dle našeho názoru **po okamžiku podání žádosti o účast nedošlo k žádné změně, v důsledku které by této uchazeč přestal splňovat kvalifikaci** a na základě které by tedy mohlo být postupováno dle ustanovení § 58 odst. 1 ZVZ, resp. žádná takováto změna z nám podaných podkladů nevyplývá.

29. **Změnou**, která by mohla zakládat aplikaci ustanovení § 58 odst. 1 ZVZ a **v důsledku které by tak i v této fázi zadávacího řízení na Veřejnou zakázku mohlo dojít ke změně referenční zakázky** obsažené v podané žádosti o účast,**by mohlo být například ukončení smluvního vztahu mezi vybraným dodavatelem a subdodavatelem, jehož prostřednictvím vybraný dodavatel prokazoval splnění technických kvalifikačních předpokladů** dle ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ a/nebo v předmětném případě k **ukončení smluvního vztahu mezi subdodavatelem a společností TECHNISERV, s.r.o.**, IČO: 35763124, se sídlem Nobelova 34, Bratislava 831 02, Slovenská republika, **tj. subdodavatelem subdodavatele, jíž sporná referenční zakázka v předmětném případě náleží.**[1]

30. S ohledem na výše uvedeno tedy musíme konstatovat, že **z informací a podkladů, které nám byly poskytnuty pro účely vypracování této analýzy, nevyplývá, že by byly splněny podmínky pro zákonem předvídaný postup, kterým by bylo možné spornou referenční zakázku vybraného dodavatele nahradit** za jinou.

### III.3 Možnost dokončení zadávacího řízení podpisem smlouvy na plnění Veřejné zakázky

31. Další část naší analýzy se týká otázky, zda je možné ukončit zadávacího řízení na Veřejnou zakázku podpisem smlouvy na plnění Veřejné zakázky i v případě, že by zadavatel přistoupil k vyloučení vybraného dodavatele, resp. postupu, jakým takového ukončení zadávacího řízení dokončit.

[1] Tento, resp. obdobný, závěr byl v předmětném případě konstatován i ze strany ÚOHS v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0235/2016/VZ, jehož předmětem bylo přezkoumání úkonů zadavatele v zadávacím řízení na Veřejnou zakázku, byť v souvislosti s návrhem jiného ze zájemců, který podal žádost o účast a byl ze zadávacího řízení na Veřejnou zakázku vyloučen pro neprokázání splnění kvalifikace.

32. Jak je uvedeno v bodu III.1 této části našeho stanoviska, absence sporné referenční zakázky na straně vybraného dodavatele znamená neprokázání splnění kvalifikace a pokud by tedy zadavatel i přes informaci o tom, že sporná referenční zakázka nesplňuje požadavek na stáři stanovený v zadávacích podmínkách Veřejné zakázky, resp. v ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ, rozhodl o výběru nabídky vybraného dodavatele k uzavření smlouvy na plnění Veřejné zakázky a smlouvu následně uzavřel, znamenalo by to na straně zadavatele porušení ustanovení § 6 odst. 1 ZVZ a § 60 odst. 1 ZVZ a tedy potenciální naplnění skutkových znaků správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.

33. V okamžiku, kdy tedy zadavatel disponuje informacemi, že jedna z referenčních zakázek vybraného dodavatele zjevně nesplňuje požadavky zadavatele dle zadávacích podmínek Veřejné zakázky, jakož i požadavky dle zákona a vybraný dodavatel v důsledku této skutečnosti nesplňuje kvalifikaci, musí se s touto skutečností řádným způsobem vypořádat.

34. Správným postupem v takovém případě je nápravné opatření dle ustanovení § 111 odst. 6 ZVZ a přijetí rozhodnutí o vyloučení vybraného dodavatele z další účasti v zadávacím řízení na Veřejnou zakázku pro neprokázání splnění kvalifikace dle ustanovení § 60 odst. 1 ZVZ.

35. Ustanovení § 111 odst. 6 ZVZ totiž dává zadavateli možnost přijmout v případě, kdy v průběhuzadávacího řízení zjistí, že některým úkonem porušil zákon, opatření k nápravě takového nezákonného postupu, a to i v situaci, kdy proti takovému nezákonnému postupu neobdržel žádné námitky.

36. Ačkoliv, jak uvedeno v bodu III.2 této části našeho stanoviska, není možné s ohledem na aktuální stav zadávacího řízení na Veřejnou zakázku a zvolený druh zadávacího řízení přijmout opatření k nápravě spočívající v opětovném provedení posouzení prokázání splnění kvalifikace dle ustanovení § 59 ZVZ, může opatření k nápravě spočívat v přijetí de facto dodatečného rozhodnutí o vyloučení vybraného dodavatele z další účasti v zadávacím řízení na Veřejnou zakázku.

37. V takovém případě by v rámci posouzení a hodnocení nabídek **nebylo k nabídce podané vybraným dodavatelem přihlíženo a zadavatel by mohl rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky a uzavřít smlouvu na plnění Veřejné zakázky s uchazečem, který se** dle zadavatelem stanoveného způsobu hodnocení **umístil jako první v pořadí**, resp. v tuto chvíli jako druhý v pořadí,**tj. v předmětném případě s uchazečem, který podal po vybraném dodavateli nabídku s nejnižší nabídkovou cenou.**

### III.4 Možnost zrušení zadávacího řízení

38. Poslední otázka se váže k možnosti zrušení zadávacího řízení na Veřejnou zakázku v souvislosti s pochybením, ke kterému mohlo v rámci posouzení prokázání splnění kvalifikace zájemců o Veřejnou zakázku dojít.

39. Jak již bylo uvedeno v úvodu této části našeho stanoviska, zadávací řízení je formalizovaný proces s pevně stanovenými pravidly pro jednotlivé úkony, které může zadavatel v průběhu zadávacího řízení činit, přičemž tato pravidla se váží i na možnost zadavatele zadávací řízení zrušit.

40. Zadavatel jakékoliv veřejné zakázky je totiž oprávněn zadávací řízení zrušit pouze v případech vymezených v ustanovení § 84 ZVZ, kdy i zrušení zadávacího řízení v rozporu s tímto ustanovením může představovat naplnění skutkových znaků správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. e) ZVZ.

41. S ohledem na skutkové okolnosti daného případu by dle našeho názoru bylo možné v této situaci uvažovat pouze o zrušení zadávacího řízení s odkazem na ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ, dle kterého je zadavatel oprávněn zadávací řízení zrušit, pokud se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

42. Důvody hodnými zvláštního zřetele hodnými může být právě **postup komise provádějící posouzení prokázání splnění kvalifikace**, která si měla od vybraného dodavatele vyžádat na základě ustanovení § 59 odst. 4 ZVZ písemné objasnění předložených informací a dokladů prokazujících splnění kvalifikace týkajících se termínu realizace sporné referenční zakázky, či tyto informace u objednatele sporné referenční zakázky lépe ověřit. V důsledku postupu komise provádějící posouzení prokázání splnění kvalifikace totiž **došlo na straně zadavatele k porušení zákona, které sice může být** postupem navrhovaným v bodu III.3 této části naší analýzy **zhojeno, ale v důsledku kterého bude zadavatel nucen vynaložit na realizaci předmětu Veřejné zakázky částku o několik milionů vyšší, než pokud by bylo** v rámci posouzení prokázání splnění kvalifikace **od samého počátku postupováno v souladu se zákonem.**

43. Ačkoliv již s ohledem na průběh zadávacího řízení na Veřejnou zakázku není v této fázi zadávacího řízení, jak uvedeno výše, možné nahradit spornou referenční zakázku vybraného dodavatele, z podkladů, které má zadavatel k dispozici, vyplývá, že **pokud by bylo v rámci posouzení prokázání splnění kvalifikace postupováno dle ustanovení § 59 odst. 4 ZVZ, vybraný dodavatel by prokázal splnění technických kvalifikačních předpokladů** v rozsahu stanoveném zadavatelem v zadávacích podmínkách Veřejné zakázky a v souladu se zákonem **a zadavatel by tedy nebyl de facto nucen vybrat k plnění předmětu Veřejné zakázky uchazeče, který podal nabídku s výrazně vyšší nabídkovou cenou.**

44. Bude-li tedy moci zadavatel důvodně očekávat, že by v případě, kdy by zadávací řízení na Veřejnou zakázku zrušil a vypsal znovu, obdržel alespoň od vybraného dodavatele nabídku se stejnou, či dokonce nižší nabídkovou cenou, pak by s ohledem na zásadu hospodárného, efektivního a účelného nakládání s veřejnými prostředky mohly být splněny podmínky pro zrušení zadávacího řízení dle ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ.

45. Smyslem právní úpravy zadávání veřejných zakázek je totiž zajištění podmínek hospodárného, efektivního a účelného nakládání s veřejnými prostředky, a **pokud by tedy formalismus související s posloupností úkonů zadavatele v rámci zadávacího řízení měl zadavatele v předmětném případě nutit k nehospodárnému, neefektivnímu a neúčelnému nakládání s veřejnými prostředky, pak by se** dle našeho názoru **mohlo jednat o důvod zvláštního zřetele hodný** ve smyslu ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ, **pro který není možné po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení na Veřejnou zakázku pokračoval.**[2]

[2] viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5.6.2008: *„...ustanovení totiž v prvé řadě směřuje k **cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky**. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, **aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli**..."*

## IV. ZÁVĚR

46. S ohledem na shora uvedené skutečnosti jsou tedy odpovědi na dotazy vznesené v rámci zadání této analýzy následující:

a) Je případná absence/neakceptování sporné referenční zakázky uchazeče, který by se dle zadavatelem zvoleného způsobu hodnocení umístil jako první v pořadí, důvodem pro vyloučení tohoto uchazeče?

**Vzhledem ke skutečnosti, že sporná referenční zakázka představuje jedinou referenční zakázku daného druhu požadovanou zadavatelem v rámci zadávacích podmínek Veřejné zakázky obsaženou v seznamu stavebních prací provedených vybraným dodavatelem v posledních 5 letech obsaženém v žádosti o účast vybraného dodavatele, pak její absence/neakceptování představuje na straně vybraného dodavatele neprokázání minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů dle ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ a tedy důvod pro vyloučení vybraného dodavatele z další účasti v zadávacím řízení dle ustanovení § 60 odst. 1 ZVZ.**

b) Existuje dle právní úpravy zadávání veřejných zakázek zákonný postup, kterým by bylo možné spornou referenční zakázku uchazeče, který by se dle zadavatelem zvoleného způsobu hodnocení umístil jako první v pořadí, nahradit za jinou?

**Z informací a podkladů, které nám byly poskytnuty pro účely vypracování této analýzy, nevyplývá, že by byly splněny podmínky pro zákonem předvídaný postup, kterým by bylo možné spornou referenční zakázku vybraného dodavatele nahradit za jinou.**

**Vzhledem k fázi, v níž se zadávací řízení na Veřejnou zakázku nachází v daném okamžiku a zvolený druh zadávacího řízení, by dle našeho názoru bylo možné spornou referenční zakázku vybraného dodavatele nahradit pouze postupem dle ustanovení § 58 odst. 1 ZVZ v případě změně v kvalifikaci vybraného dodavatele, která nastala po okamžiku podání žádosti po účast. Z informací a podkladů, které nám byly poskytnuty pro vypracování této analýzy, však nevyplývá, že by byly splněny zákonné podmínky nezbytné pro použití tohoto postupu.**

c) Je možné zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku dokončit podpisem smlouvy na plnění veřejné zakázky i v případě, že by zadavatel uchazeče, který by se dle zadavatelem zvoleného způsobu hodnocení umístil jako první v pořadí, musel vyloučit?

**Dojde-li k vyloučení vybraného dodavatele pro neprokázání splnění kvalifikace dle ustanovení § 60 odst. 1 ZVZ na základě nápravného opatření zadavatele dle ustanovení § 111 odst. 6 ZVZ, pak je možné provést posouzení a hodnocení nabídek na Veřejnou zakázku, aniž by bylo přihlíženo k nabídce podané vybraným dodavatelem a rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky a uzavřít smlouvu na plnění Veřejné zakázky s uchazečem, který se dle provedeného hodnocení umístí jako první v pořadí,tj. v předmětném případě s uchazečem, který podal po vybraném dodavateli nabídku s nejnižší nabídkovou cenou.**

d) Je možné zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku s ohledem na možné pochybení zadavatele při posouzení prokázání splnění kvalifikace zájemců o veřejnou zakázku zrušit a vypsat znovu?

**Bude-li moci zadavatel důvodně očekávat, že by v případě, kdy by zadávací řízení na Veřejnou zakázku zrušil a vypsal znovu, obdržel alespoň od vybraného dodavatele nabídku se stejnou, či dokonce nižší nabídkovou cenou, pak by s ohledem na zásadu hospodárného, efektivního a účelného nakládání s veřejnými prostředky mohly být splněny podmínky pro zrušení zadávacího řízení dle ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ.**

*  *  *

Tato analýza byla sepsána výlučně na základě podkladů a informací, které nám byly poskytnuty pro účely jejího vypracování a které jsou uvedeny v části II. bodu. II.1 této analýzy a vychází z právních předpisů uvedených v části II. bodu. II.2 této analýzy.

V případě jakýchkoliv dotazů, či připomínek k výše uvedenému se na nás prosím neváhejte kdykoliv obrátit prostřednictvím shora uvedených kontaktních údajů.

**KŠD LEGAL advokátní kancelář s.r.o.**

**JUDr. Marek Bilej**
advokát a partner

**Mgr. Lukáš Nezpěvák**
advokát