



UOHSX00KAOZ5

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0136/2024/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-37501/2024/163

Brno 4. 10. 2024

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 8. 8. 2024 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **Budimex S.A.**, IČO 010732630, se sídlem Siedmiogrodzka 9, 01-204 Varšava, Polsko, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 10. 1. 2024 JUDr. Sylvií Sobolovou, advokátkou, ev. č. ČAK 09582, se sídlem Jungmannova 745/24, 110 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23. 7. 2024, č. j. ÚOHS-28270/2024/500 vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0461/2024/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Ředitelství silnic a dálnic s. p.**, IČO 65993390, se sídlem Čerčanská 2023/12, 140 00 Praha (dříve Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha),

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**D11 1109 Trutnov - státní hranice ČR/PR**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno k uveřejnění dne 19. 12. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 12. 2022 pod ev. č. Z2022-052046, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 23. 12. 2022 pod ev. č. 2022/S 248-719833, ve znění pozdějších oprav,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0461/2024/VZ, č. j. ÚOHS-28270/2024/500 ze dne 23. 7. 2024

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „**zákon**“)¹ obdržel dne 10. 6. 2024 návrh navrhovatele – Budimex S.A., IČO 010732630, se sídlem Siedmiogrodzka 9, 01-204 Varšava, Polsko, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 10. 1. 2024 JUDr. Sylvií Sobolovou, advokátkou, ev. č. ČAK 09582, se sídlem Jungmannova 745/24, 110 00 Praha, (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic s. p., IČO 65993390, se sídlem Čerčanská 2023/12, 140 00 Praha (dříve Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha), (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „D11 1109 Trutnov - státní hranice ČR/PR“ v otevřeném řízení, jehož oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno k uveřejnění dne 19. 12. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 12. 2022 pod ev. č. Z2022-052046, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 23. 12. 2022 pod ev. č. 2022/S 248-719833, ve znění pozdějších oprav, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dnem obdržení předmětného návrhu navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 10. 6. 2024 bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**správní řízení**“).
3. Návrh navrhovatele směřoval proti rozhodnutí o vyloučení ze dne 7. 5. 2024 (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“). Podle navrhovatele splňují jím předložené reference kvalifikační požadavek zadavatele, když v sobě zahrnují poskytnutí stavební práce, jejichž předmětem byla novostavba, resp. kompletní výstavba raženého silničního tunelu v požadované délce minimálně 100 m (její součástí nemusela být pokládka asfaltové vozovky). Společnosti, které tvořily dočasná sdružení podniků, se zavázaly reference realizovat společně a nerozdílně, a tedy veškeré práce měly být prováděny a kontrolovány partnery společně a nerozdílně. Poddodavatel tak podle navrhovatele nabyl zkušenost celého konsorcia, obdobně jako hlavní dodavatel nabývá zkušenosti za své poddodavatele. Jeho personál byl navíc zapojen zejména

¹ Pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele je rozhodné znění zákona k okamžiku zahájení zadávacího řízení. Postup Úřadu ve správním řízení se řídí právními předpisy účinnými ke dni zahájení správního řízení.

na vedoucích pozicích či na pozici stavbyvedoucího. Z čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace nevyplývá, že se má na dané stavební práci podílet výhradně dodavatel/poddodavatel, neuvádí ani žádné konkrétní činnosti. Navrhovatel je také přesvědčen, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách ze dne 31. 5. 2024 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“) vůbec nezabýval skutečnostmi ohledně fungování dočasných sdružení podniků, v nichž poddodavatel působil, a proto má být rozhodnutí o námitkách nepřezkoumatelné. Neodpověděl pak podle navrhovatele ani na to, za jakých okolností může být technická kvalifikace doložená zkušeností získanou ve sdružení a jakou roli má poddodavatel ve sdružení plnit, aby mu bylo možné referenci přičítat.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 23. 7. 2024 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0461/2024/VZ, č. j. ÚOHS-28270/2024/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým návrh navrhovatele zamítl, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.
5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že shledal postup zadavatele při vypořádání námitek navrhovatele ze dne 22. 5. 2024 (dále jen „**námítky**“) za souladný se zákonem, neboť zadavatel postihl gros těchto námitek, byť výslovně nevypořádal jejich každý jeden dílčí argument. K meritu věci Úřad nejprve uvedl, že zadavatel byl oprávněn vyžadovat, aby navrhovatel doložil rozsah, v němž se poddodavatel [Obchodní tajemství: název, IČO, sídlo poddodavatele], (dále jen „**poddodavatel B**“) na plnění referenčních zakázek [Obchodní tajemství: název reference] (dále jen „**reference B1**“), [Obchodní tajemství: název reference] (dále jen „**reference B2**“) a [Obchodní tajemství: název reference] (dále jen „**reference B3**“) ve sdružení podílel, neboť bez takového objasnění nebylo možné posoudit, zda reference skutečně splňuje požadavky zadávací dokumentace. Úřad konstatoval, že samotná skutečnost, že poddodavatel B vystupoval u referencích B1 a B3 v pozici vedoucího sdružení, neznamená, že mu tím náleží i zkušenost s plněním spočívajícím v novostavbě tunelu. Nesvědčí o tom ani rozdělení práv a povinností či zisku a ztráty v poměru k podílům členů sdružení a ani to, že měl poddodavatel B podíl největší. Nic z toho neprokazuje, že poddodavatel B skutečně zabezpečil realizaci novostavby tunelu, neboť to nedokládá, jakou činnost vůbec realizoval. Potvrzení objednatelů k referencím B1 a B3 rovněž neuvádí nic jiného než realizaci v rámci dotčených sdružení. Předložené doklady tedy podle Úřadu neprokázaly, že by poddodavatel B náležela zkušenost vymezená v čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace. Obdobné závěry Úřad uvedl i k referenci B2. Úřad nepřisvědčil argumentaci, že by se poddodavatel B nacházel v obdobném postavení jako generální dodavatel. Úřad proto k těmto referencím uzavřel, že navrhovatel u nich nedoložil rozsah plnění poddodavatele B a neprokázal tak splnění podmínky technické kvalifikace podle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace.
6. Pro účely posouzení reference „Provedení výkopových prací a předcházející podepření dvou silničních tunelů (o délkách 1.375 m a 1.420 m), které se nachází v Sinifana UF1, v rámci projektu výstavby spojovací dálnice Pacifico 1 (ACPI)“ (dále jen „**reference A**“) poddodavatele OBRAS SUBTERRANEAS S.A., OBRAS SUBTERRANEAS SUCURSAL COLOMBIA S.A. (pobočka Kolumbie), IČO A28054625, se sídlem Calle Isla Graciosa 1, 287 03 San Sebastián de los Reyes, Madrid, Španělsko, (dále jen „**poddodavatel A**“) Úřad provedl výklad čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace. Dospěl k tomu, že předmětem referenční zakázky měla být přímo

novostavba definovaného tunelu. Požadavek tedy nenaplnuje pouze dílčí činnost realizovaná v rámci novostavby tunelu. To Úřad dovodil i ze znění souvisejících kvalifikačních požadavků, když uvedl, že pokud zadavatel kladl důraz na doložení konkrétního typu dílčích činností, zanesl to do příslušného požadavku. Muselo tedy jít o činnost, jež je tvořena vždy souhrnem dílčích prací, které novostavbu tvoří. Pouze jednotlivá činnost neobsáhne podstatu zkušenosti dodavatele s novostavbou tunelu. Výkopové práce a předcházející podepření dvojitého tunelu, které navrhovatel prostřednictvím poddodavatele A dokládal, nejsou podle Úřadu ani z hlediska stavebních prací novostavbou tunelu. Jedná se pouze o prvotní, byť důležité práce, ale nebyla jimi zhotovena novostavba tunelu, jež v sobě zahrnuje i jiné významné činnosti. Údaje předložené navrhovatelem tedy ani u reference A neprokázaly splnění podmínky podle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace. Úřad proto uzavřel, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení.

III. Rozklad navrhovatele

7. Dne 8. 8. 2024 Úřad obdržel rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 24. 7. 2024. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

8. Navrhovatel uvádí, že výklad čl. 4 odst. 4.5.2 a 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace neodpovídá jejich vymezení a je v rozporu s účelem institutu technické kvalifikace. Tímto výkladem Úřad zásadně omezil účast dodavatelů, respektive jejich možnost prokazovat technickou kvalifikaci referencemi, kterých se účastnili v konsorciu. Úřad se neměl dostatečně zabývat tím, že je takový výklad u velkých a složitých stavebních zakázek neudržitelný. Následně navrhovatel rekapituluje znění kvalifikačního požadavku a uvádí poddodavatele a reference, kterými jej prokazoval. Dané reference mají požadavek splňovat a dokládat zkušenosti dodavatele a poddodavatelů k zajištění plnění veřejné zakázky. Poté se navrhovatel vyjadřuje k jednotlivým referencím.
9. Z předložené reference A poddodavatele A podle navrhovatele vyplývá, že byly poskytnuty ty nejvýznamnější a klíčové stavební práce při výstavbě tunelů – realizace výkopových prací, ražba tunelů a primární ostění. Navrhovatel poukazuje na to, že zadavatel nejprve danou referenci bez dalších požadavků akceptoval a vykládal požadavek tak, že osvědčení se stavební prací spočívající v samotné ražbě a ostění tunelu bylo tou zkušeností, kterou zamýšlel ověřit. Až pod tíhou rozhodnutí č. j. ÚOHS-14182/2024/500 ze dne 4. 4. 2024 zadavatel svůj názor změnil.
10. Konkrétně navrhovatel uvádí, že Úřad není oprávněn vykládat zadávací podmínky namísto zadavatele, navíc v rozporu s projevenou vůlí zadavatele a významem, který jim zjevně přisuzoval. Jen zadavatel nese odpovědnost za správné a úplné vymezení zadávacích podmínek podle § 36 odst. 3 zákona, neboť sám nejlépe definuje svoje potřeby, tj. i požadavky na dodavatele (k tomu obdobně odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 57/2011-96 ze dne 1. 11. 2012). Navrhovatel upozorňuje na § 556 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů a uvádí, že požadavek je nutné vykládat podle úmyslu zadavatele.

11. Jazykový výklad požadavku dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace měl Úřad provést povrchně. Nepokusil se ani vyložit pojem „novostavba raženého silničního tunelu“, který je rozhodující. Nevymezil, jaký konkrétní okruh prací, činností a dodávek je kvalifikačním požadavkem vyžadován. Podle navrhovatele je pozoruhodné, že Úřad v bodu 145 odůvodnění napadeného rozhodnutí neshledal způsob jeho stanovení nejednoznačným a neurčitým, ale následně v bodu 147 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že zadavatel nestanovil bližší vodítko k tomu, jaké činnosti by bylo ještě možné považovat za tak významné a jaké již nikoliv, aby bylo možné učinit závěr o (ne)splnění požadavku. Tato tvrzení si zjevně odporují.
12. Takový výklad je navíc neudržitelný a netransparentní, neboť neuvádí, jak přesně vykládat novostavbu raženého silničního tunelu. Není tedy jasné, jaké všechny činnosti mají být provedeny, což činí požadavek rozporný se zákonem. Úřad nedokázal definovat další potřebné významné činnosti a pro daný pojem neexistuje jasná a známá definice. Sám zadavatel nespécifikoval, o jaké činnosti by se mělo jednat. Nestanovil minimální úroveň činností. V takovém případě bylo nutné počítat se širokým výkladem – má se jednat o činnosti podstatné a typické, odlišující stavbu tunelu od jiných stavebně-technických děl. Výkopové a ražební práce spojené s podepřením tunelu a primárním ostěním, kterými došlo k výstavbě a zabezpečení stability nového tunelu, proto přesně odpovídají pojmu „novostavba raženého silničního tunelu“. K odpovědnosti zadavatele za nastavení úrovně technické kvalifikace a ověření pouze v mezích tohoto nastavení navrhovatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-08720/2021/500/Alv ze dne 10. 3. 2021.
13. Pokud se v případě každé novostavby raženého tunelu může jednat o odlišný souhrn dílčích prací a nelze jej předem určit, jde o konstatování nezákonnosti zadávací podmínky a není jasné, jak Úřad mohl dojít k tomu, že rozsah reference A není dostačující, když podstatné, převažující a typické práce na novostavbě tunelu byly provedeny. Předmětem požadavku na referenci byla novostavba tunelu v délce min. 100 metrů, nikoliv kompletní výstavba tunelu. Sám zadavatel ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0103/2024/VZ uváděl, že mu jde o stavební práci na novostavbě silničního tunelu v požadované délce. Zadavatel do řešené zadávací podmínky nezahrnul žádné zpřesňující požadavky.
14. Navrhovatel namítá, že je rozdíl mezi požadavkem na stavební práci, jejímž předmětem je novostavba raženého tunelu, a komplexní realizací raženého tunelu. Úřad mezi nimi ale nerozlišuje. První varianta připouští i práce na referenci A, které jsou významově nejdůležitější pro vznik nového silničního tunelu. Druhá představuje přísnější požadavek na komplexní zkušenost s výstavbou tunelu od začátku do konce stavby (terénní úpravy, dopravní značení, osvětlení apod.). Daný výklad Úřadu bezdůvodně omezuje potenciální okruh dodavatelů. Úřad své úvahy nerozvádí a použitý výklad nemá oporu v žádné právní či technické normě a je ryze arbitrární, k čemuž navrhovatel odkazuje na bod 151 odůvodnění napadeného rozhodnutí, ze kterého vyplývá, že nelze předjímat, jaké reference by bylo možné akceptovat. Podle navrhovatele není schopen žádný dodavatel realizovat kompletní výstavbu silničního raženého tunelu bez spolupráce s dalšími dodavateli.
15. Navrhovatel odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 165/2022-29 ze dne 20. 10. 2022 k výkladu kvalifikačních kritérií. Úřad a zadavatel vykládají požadavek k tíži dodavatele. Rozsáhlá rozhodovací praxe soudů a Úřadu ale uvádí, že pokud požadavky připouští rozdílný výklad, nemůže interpretační nejistota stíhat uchazeče.

16. Navrhovatel nesouhlasí ani s Úřadem provedeným systematickým výkladem zadávací podmínky. Podle něj zadavatel požadoval novostavbu a nestačila mu pouze rekonstrukce jako u jiných požadavků. Z toho podle navrhovatele vyplývá, že zadavatel sledoval zkušenost se samotnou ražbou tunelu a jeho statickým zajištěním, přičemž u rekonstrukce k těmto pracím nedochází. Navrhovatel uvádí, že požadavek je nutné vykládat v jeho běžném významu.
17. Následně se navrhovatel vyjadřuje k účelovému výkladu kvalifikačního požadavku. Dle něj je výklad provedený Úřadem neudržitelný, nepředvídatelný a nečitelný, pokud uvádí, že novostavbou se rozumí jak stavební, tak technologická část výstavby. Nic takového zadavatel v zadávací dokumentaci neuvedl. Úřad tedy vykládá požadavek nad rámec jeho textace. Úřad si podle navrhovatele protiřečí, když uvádí, že podstatou je ověřit schopnost realizace stavebních prací, a současně uzavírá, že byt jsou práce provedené poddodavatelem A zásadní, nejedná se o veškeré dílčí činnosti. Navrhovatel opakuje, že provedené práce byly stěžejní pro celkovou výstavbu tunelu a jedná se o komplexní zkušenost s novostavbou silničního tunelu spočívající v jeho vyrazení, což bylo jasným smyslem požadavku. Další prováděné práce, které poskytli jiní poddodavatelé, již nejsou pracemi příznačnými právě pro výstavbu nových tunelů. Navrhovatel na rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008 poukazuje na porušení zásady zákazu diskriminace. Navrhovatel tvrdí, že zadavatel musí akceptovat zkušenosti, které lze pod požadavek podřadit, nikoliv vykládat zadávací podmínky poté, co uplynula lhůta pro podání nabídek.
18. V další části rozkladu navrhovatele rozporuje závěry Úřadu k referencím poddodavatele B. Navrhovatel tvrdí, že z předložených dokladů je zřejmé, že se tento poddodavatel podílel na realizaci všech činností a prací a ty dalece přesahují požadavky zadavatele.
19. Úřad podle navrhovatele nesprávně vykládá a aplikuje § 79 odst. 4 písm. a) zákona na tento případ. Navrhovatel má za to, že ustanovení nic neříká o způsobu či formě, v jaké se má dodavatel na plnění reference podílet, aby mu svědčila. Tuto skutečnost Úřad v napadeném rozhodnutí nezohledňuje. Výklad, že dané činnosti musel dodavatel poskytnout sám, neobstojí, neboť zadavatel umožnil prokázání požadavku i prostřednictvím poddodavatele. Úřad ani zadavatel nemají podle navrhovatele představu, jak přímou účast dodavatele vykládat, resp. co se podílem na plnění konkrétně myslí. Dané nejasnosti nemohou jít k tíži dodavatele a vést k odmítnutí akceptace reference, když daná reference jednoznačně osvědčuje požadovanou zkušenost.
20. Navrhovatel měl navíc svoji účast potvrdit předloženými doklady, potvrzeními objednatelů, výňatky stanov dočasných sdružení podniků a předávacími protokoly. Tyto skutečnosti zadavatel ani Úřad dostatečně nezohlednili. Navrhovatel uvádí, že mezi členy sdružení nebyly jednotlivé činnosti na referenčních zakázkách věcně rozděleny, nebylo tedy možné identifikovat, jaké činnosti prováděl poddodavatel B, když všichni členové byli zapojeni a přímo se podíleli na všech činnostech. K referenčním zakázkám poddodavatele B nelze přistupovat tak, že by měl každý ze členů sdružení odpovídat za realizaci a dodání konkrétní identifikovatelné části plnění. Všichni členové dočasného sdružení odpovídali společně a nerozdílně a společně se podíleli na plnění všech částí reference. Společně také jmenovali orgány pro řízení zakázky.

21. S ohledem na rozsah a složitost plnění referencí B1, B2 a B3 fakticky nelze identifikovat, který z dodavatelů se podílel na jaké činnosti a v jakém rozsahu. Navrhovatel ale doložil, že poddodavatel B se přímo podílel z kontrolně-organizačního a materiálního hlediska na všech částech plnění všech referenčních zakázek a nesl za ně plnou právní odpovědnost v celém rozsahu. Není legitimní důvod, proč by mu neměly svědčit celé reference, jako svědčí generálnímu dodavateli. Dané skutečnosti Úřad vypořádal pouze kuse a formalisticky, aniž by zohlednil realitu stavebních zakázek velkého rozsahu, povahu integrovaného konsorcia a postavení poddodavatele B v rámci sdružení.
22. Ustanovení § 79 odst. 4 zákona navíc nerozlišuje mezi referencemi generálního dodavatele a členů konsorcia. Úřad přistupuje k těmto formám nerovně a diskriminuje účast na zakázkách v konsorciu oproti pozici generálního dodavatele.
23. Úřad si podle navrhovatele protiřečí, když u reference A tvrdí, že nepožaduje veškeré dílčí činnosti, ale schopnost realizovat stavební práce mající charakter novostavby raženého silničního tunelu, ale v kontextu referencí poddodavatele B tvrdí, že navrhovatel neidentifikoval konkrétní činnosti, přestože z dokladů vyplývá, že byly realizovány kompletní stavební práce spočívající v této novostavbě. Výklad Úřadu je podle navrhovatele neudržitelný a vede k nedůvodnému omezování přístupu k veřejné zakázce. Úřad navíc sám uvedl, že u referenční zakázky B3 byl uveden tým odpovědný za provedení prací pro poddodavatele B, nemá to ale podle Úřadu dokládat jeho podíl na realizaci potřebných prací. To navrhovatel považuje za nesmyslné, svévolné a v rozporu s aplikační praxí.
24. Navrhovatel namítá, že nelze akceptovat závěr, že není možné, aby se na požadovaných pracích v rámci referenční zakázky podílel vedle dalších členů sdružení, neboť to nemá oporu v zákoně ani v zadávací dokumentaci. Navrhovatel cituje rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-387-14 ze dne 4. 5. 2017, ze kterého vyplývá, že se hospodářský subjekt nemůže odvolávat na plnění vykonaná jinými členy skupiny podniků, na jejichž realizaci se skutečně a konkrétně nepodílel. Podle navrhovatele tedy stačí podíl na požadovaných pracích, nikoliv samostatná účast. Bližší forma takového podílu není stanovena, ale nejde pouze o fyzické provedení jednotlivých prací. Ze stanov dočasných sdružení vyplývá, že každý z členů poskytl materiální, lidské i finanční prostředky odpovídající rozsahu jeho podílu ve sdružení. Následně navrhovatel vypočítává podíly poddodavatele B na referenčních zakázkách a dospívá k tomu, že kvalifikační požadavek byl splněn, neboť se na referencích podílel vždy v rozsahu přesahujícím minimum stavebních prací, tj. na tunelu v délce více než 100 m. Podíl na referenci B3 byl podle navrhovatele potvrzen Ministerstvem dopravy a udržitelné mobility Španělského království a dalším členem sdružení.
25. Navrhovatel nerozumí tomu, jak má dokládat splnění kvalifikačního požadavku referencí získanou v konsorciu. Není v souladu se zákonem ani směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „**zadávací směrnice**“) připouštět pouze reference získané v konsorciích s jednoznačným rozdělením prací mezi jednotlivé členy. Taková povinnost pro členy konsorcia z ničeho nevyplývá. K možnosti účasti konsorcií navrhovatel odkazuje na body 14 a 15 zadávací směrnice. Skutečnost, že se všichni partneři podíleli na realizaci všech částí referencí, nemůže vést k závěru, že navrhovatel neprokázal splnění požadavku. Naopak zkušenost má svědčit poddodavatelům B v rozsahu všech prací realizovaných konsorciem.

26. Práce byly provedeny nedělitelně, komplexně a všichni partneři za ně byli společně a nerozdílně odpovědní. Jde o situaci identickou s postavením generálního dodavatele. Rozdíl spočívá jen v odlišném soukromoprávním nastavení vnitřních vztahů a vztahem mezi generálním dodavatelem a poddodavatelem. To je však pro účely kvalifikace bez významu. Pokud nepostačuje solidární odpovědnost k tomu, aby členu sdružení svědčila reference, nerozumí navrhovatel tomu, jak mohl Úřad dospět k uznání referencí generálního dodavatele, který se v praxi na řadě činností vůbec nepodílí. Takový odlišný přístup je podle navrhovatele diskriminační. Na podporu svých závěrů předkládá rozsudek polské Národní odvolací komory sp. zn. KIO 2023/24 a KIO 2025/24 ze dne 2. 7. 2024, který je opřen o odkazovaný rozsudek Soudního dvora Evropské unie. S tímto se Úřad neměl vůbec vypořádat, což činí napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným.
27. Navrhovatel dále odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0149/2019/VZ-30464/2019/323/MBr ze dne 8. 11. 2019. Zadavatel i v právě řešeném případě nastavil požadavek velmi obecně a nepožadoval výlučné provedení prací bez společné účasti jiných dodavatelů (bez poddodavatelů). Dle uvedeného rozhodnutí nemá v takovém případě vadit spoluúčast na referenci.
28. Navrhovatel namítá, že použitý přístup a výklad je v rozporu se smyslem a účelem veřejného zadávání, kterým je otevřít trh co nejširšímu počtu hospodářských subjektů, což potvrzuje zadávací směrnice.
29. Je podle navrhovatele běžné, že výstavbu raženého tunelu provádí s ohledem na složitost, rozsáhlost a komplexnost více dodavatelů společně či generální dodavatel prostřednictvím poddodavatelů. Požadavek zadavatele a Úřadu je nereálný a nepřiměřený a vymykající se běžné praxi. Rozhodovací praxe, kterou Úřad v napadeném rozhodnutí použil, se neuplatní s ohledem na zde zjištěný skutkový stav a specifické okolnosti. Navrhovatel závěrem konstatuje, že dochází k omezení přístupu dodavatelů, kteří jsou zkušení a kvalifikovaní, pouze plnili zakázky v konsorciu. Právě nejsložitější zakázky v oblasti silniční infrastruktury jsou však plněny právě v konsorciu. Úřad ale vysílá zprávu, že je nevýhodné takto zakázky plnit, neboť to ohrožuje uplatnění reference v budoucnu. Navrhovatel proto také poukazuje na cíl zákona spočívající v hospodárném, efektivním a účelném nakládání s veřejnými prostředky, kterého je dosaženo zákonností zadávacího řízení.

Závěr rozkladu

30. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu změnil napadené rozhodnutí tak, že uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o vyloučení a rozhodnutí o námitkách.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

31. K referenci A zadavatel uvádí, že realizace pouze některých dílčích činností, které je nutné na novostavbě raženého silničního tunelu vykonat, není pro prokázání řešeného požadavku dostačující. Pokud realizovaná část neodpovídá minimu kvalifikačního požadavku, nezíská dodavatel relevantní zkušenost. Zadavatel se ztotožňuje s výkladem dle napadeného rozhodnutí a zároveň souhlasí, že dříve byl jeho výklad nesprávný. Pokud by zadavatel chtěl akceptovat i jednotlivou činnost, byla by tato skutečnost uvedena v zadávací dokumentaci.

32. K referencím poddodavatele B zadavatel upozorňuje, že se v případě referenčních plnění realizovaných dodavatelem společně s jinými dodavateli či v pozici poddodavatele zohledňuje pro účely prokázání kvalifikace jen skutečně realizovaná část, tedy ta část, v jaké se na ni dotčený (pod)dodavatel fakticky podílel. Takto je podle zadavatele postavena i rozhodovací praxe Úřadu, na kterou odkazuje. U referenčních zakázek plněných ve společnosti, kterých byl poddodavatel B členem, bylo potřebné zkoumat jeho podíl na plnění a zda splňuje řešený požadavek. Podle zadavatele nelze ze společné a nerozdílné odpovědnosti v žádném případě dovozovat, že všichni společníci sdružení získávají plnohodnotnou zkušenost ze všech činností v rámci reference, tedy alespoň takovou, která je nezbytná pro prokázání kvalifikace. Takto by mohl i společník s marginálním podílem na realizaci takovou zkušenost získat, což zadavatel považuje za absurdní.
33. Zadavatel poté odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu a jeho předsedy týkající se přičitatelnosti reference generálnímu dodavateli. Zároveň se zadavatel ohrazuje proti tomu, že požadoval, aby dodavatel realizoval veškeré práce sám. Požadoval totiž, aby realizoval alespoň tu část, která splňuje kvalifikační požadavek. Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-387/14 ze dne 4. 5. 2017 potvrzuje podle zadavatele závěry napadeného rozhodnutí.
34. Zadavatel pro výše uvedené navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

IV. Řízení o rozkladu

35. Rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-R0136/2024/VZ, č. j. ÚOHS-31184/2024/163 ze dne 15. 8. 2024 byl zamítnut návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření, jímž mělo být zadavateli zakázáno uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku, neboť v souvisejícím správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0575/2024/VZ stále platila blokáce podle § 246 odst. 1 písm. d) zákona, přičemž následně bylo v témže řízení vydáno navrhované předběžné opatření.
36. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

37. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
38. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroku, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.
39. Rozklad proti napadenému rozhodnutí byl projednán dvěma rozkladovými komisemi. Při prvním projednání se rozkladová komise ztotožnila s posouzením reference A i s právním posouzením otázky týkající se referencí B1, B2 a B3 Úřadem. Podle rozkladové komise

reference A neprokázala požadavek zadavatele. U referencí poddodavatele B rozkladová komise souhlasila s tím, že je nutné v případě realizace referenční zakázky ve sdružení prokazovat konkrétní práce. Těsnou většinou však navrhla zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání, a to z důvodu pochybností ohledně toho, zda navrhovatelem doložené podklady skutečně nedokládají rozdělení prací, které by prokazovalo splnění kvalifikačního požadavku.

40. Vzhledem k tomu, že byl závěr rozkladové komise podložen pouze rozdílem jednoho hlasu, jde o významnou a sledovanou zakázku a tato rozkladová komise neměla možnost porovnat způsoby prokázání referenčních plnění různými dodavateli (v obou případech ve sdružení), přistoupil jsem k opětovnému zařazení věci na další jednání rozkladové komise, kde došlo k projednání jak rozkladu proti napadenému rozhodnutí (tj. ve věci vyloučení navrhovatele), tak rozkladu proti rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0575/2024/VZ, č. j. ÚOHS-34010/2024/500 ze dne 5. 9. 2024 (tj. ve věci výběru dodavatele). Rozkladová komise tak měla možnost posoudit věci i ve vzájemné souvislosti a kontrastu a tím spíše učinit informovaný závěr vycházející z veškerých doložených podkladů. Dospěla pak k jednoznačnému závěru, který jsem uvedl výše.

V. K námitkám rozkladu

41. Podstatou řešené otázky je posouzení referencí A, B1, B2 a B3, které k prokázání technické kvalifikace předložil navrhovatel. Zadavatel shledal, že označené reference nenaplnily jeho požadavky, a proto navrhovatele ze zadávacího řízení vyloučil. Se závěry zadavatele se ztotožnil i Úřad. K referenci A poddodavatele A uvedl, že předmětem referenční zakázky měla být přímo novostavba raženého silničního tunelu, a požadavek tedy nenaplnuje pouze na něm realizovaná dílčí činnost. Výkopové práce a podepření dvojitého tunelu podle Úřadu nejsou novostavbou tunelu, ale pouze částí stavebních prací, neboť novostavba tunelu v sobě zahrnuje i jiné významné činnosti. K referencím poddodavatele B Úřad uvedl, že bez zjištění, v jakém rozsahu se podílel na plnění referenčních zakázek ve sdružení, nebylo možné posoudit, zda reference splňuje požadavky zadavatele. Navrhovatel podle Úřadu neprokázal, že poddodavatel B skutečně zabezpečil realizaci novostavby tunelu, neboť nedoložil, jakou činnost realizoval. Žádné z dokladů neprokázaly, že by poddodavateli náležela požadovaná zkušenost. Dané závěry navrhovatel rozporuje a k jeho jednotlivým námitkám se vyjadřuji níže.

K referenci poddodavatele A

42. Již na tomto místě je potřeba uvést, že souhlasím se závěry napadeného rozhodnutí, které se týkají posouzení reference A a jejího nenaplnění řešeného požadavku zadávací dokumentace. Aby mohla být reference uznána jako požadovaná zkušenost, musí činnosti realizované poddodavatelem A odpovídat „1 stavební práci, jejímž předmětem byla novostavba raženého silničního tunelu v délce minimálně 100 m (předmětem požadavku na referenční stavební práci není pokládka asfaltové vozovky)“.
43. Mezi účastníky není sporu o tom, že navrhovatel realizoval pouze výkopové práce (ražbu) a podepření dvou silničních tunelů. Zatímco zadavatel a Úřad trvají na tom, že dané práce nenaplnují podstatu požadavku, navrhovatel tvrdí opak. Provedené práce považuje za stěžejní

a vzhledem k tomu, že zadavatel blíže nevymezil požadované práce, má za to, že je nutné požadavek vykládat široce. Poukazuje také na to, že zadavatel nejprve referenci A uznal.

44. Považuji za vhodné se nejprve vyjádřit ke změně postoje zadavatele v návaznosti na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-14182/2024/500 ze dne 4. 4. 2024. Úřad v tomto rozhodnutí skutečně provedl takový výklad řešené zadávací podmínky, který byl odlišný od výkladu do té doby zastávaného zadavatelem. K tomu však musím dodat, že dané rozhodnutí bylo zrušeno předsedou Úřadu a správní řízení bylo zastaveno, neboť zadavatel právě z důvodu přijetí výkladu Úřadu ještě před pravomocným rozhodnutím zrušil přezkoumávaný úkon spočívající ve výběru navrhovatele za vybraného dodavatele. Zcela korektně tak zadavatel neučinil na základě pravomocného rozhodnutí, které by ho k danému výkladu „nutilo“. Ze zjištěného skutkového stavu je ale jasné, že rozhodnutí zadavatele skutečně bylo důsledkem akceptace nepravomocného rozhodnutí Úřadu.
45. Důležité ale je, že žádné ustanovení zákona ani rozhodovací praxe nebrání Úřadu, aby korigoval nezákonný výklad, a tedy nezákonnou aplikaci určitého ustanovení zadávací dokumentace. Není neobvyklé, že zadavatelé v zadávacím řízení vyberou dodavatele k plnění veřejné zakázky, ale následně je jejich rozhodnutí zrušeno, neboť Úřad dospěje k tomu, že měl být účastník zadávacího řízení vyloučen. Pokud bych měl přistoupit na argumentaci navrhovatele, znamenalo by to, že nelze korigovat nesprávný výklad zadavatele, byť může být takový nesprávný výklad zcela zjevný. I zadavatel může vyložit vlastní zadávací podmínku v rozporu s jejím smyslem a účelem, v rozporu s jejím zněním. Nedává smysl, aby Úřad nemohl přezkoumat dané rozhodnutí zadavatele a zaujmout jiný výklad.
46. Souhlasím s tím, že je to zadavatel, kdo nese odpovědnost za správné a úplné vymezení zadávacích podmínek podle § 36 odst. 3 zákona. To ale hovořím právě o jejich vymezení, jejich aplikace na nabídku dodavatele musí být vyložena v souladu s jejich zněním. Úřad v napadeném rozhodnutí zadavateli neurčuje, jak měl zadávací podmínku vymežit, nebo že je snad vymezena nedostatečně. Ostatně nemám za to, že by tomu tak bylo. Úřad provedl výklad zadávací podmínky, k čemuž je oprávněn, a dospěl k tomu, že reference A ji nesplňuje. Má-li navrhovatel za to, že je to zadavatel, kdo nejlépe definuje svoje potřeby (a požadavky na dodavatele), i zde s ním a s rozsudkem Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 57/2011-96 ze dne 1. 11. 2012 souhlasím. Definice zadávací podmínky a její původní výklad zadavatele, který zastává stále i navrhovatel, ale nebyly v souladu. Jinými slovy, potřeba zadavatele spočívající v nalezení dodavatele se zkušeností s novostavbou raženého silničního tunelu není dle řešené zadávací podmínky naplněna tehdy, pokud má dodavatel zkušenost pouze s určitou částí souvisejících činností. Sice s důležitou částí, nikoliv však se všemi důležitými částmi.
47. Dodávám, že zadavatel sice dříve přisoudil řešené zadávací podmínce určitý význam, ten ale s ohledem na její znění nemohl obstát. Zadavatel sám stanovil požadavky na dodavatele, které v řešené podmínce spočívaly v novostavbě raženého silničního tunelu v délce minimálně 100 m, nikoliv jen v určitých činnostech, které taková stavba obsahuje, byť jde o činnosti důležité. Projevená vůle zadavatele nemůže být nad znění samotné zadávací podmínky a její smysl a účel.
48. Pokud tedy jde o samotný výklad zadávací podmínky vymezené v čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace, nesouhlasím s tím, že by Úřad provedl jazykový výklad požadavku povrchně. V bodu 134 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí předložil ucelenou úvahu,

kteřá postihuje veškeré stěžejní aspekty, které bylo nutné posoudit. Úřad uvedl, že dodavatelé měli předložit referenci na stavební práci, jejímž předmětem byla novostavba definovaného tunelu. Poté správně konstatoval, že zadavatel nevymezil požadavek na dílčí činnosti, ale na samotnou novostavbu tunelu. To dále zpřesnil, když požadoval tunel alespoň 100 m dlouhý a uvedl, že předmětem požadavku není pokládka asfaltové vozovky. Úřad správně dovodil, že z požadavku neplyne možnost splnění i jen dílčími činnostmi na novostavbě raženého silničního tunelu. Takovému výkladu nelze rozumně ničeho vytknout. Naopak musím přisvědčit tomu, že pokud by zadavatel chtěl vymežit konkrétní činnosti, u kterých zkušenost požaduje, učinil by tak, ostatně nezřídka se tak stává, že zadavatelé požadují jen konkrétní dílčí zkušenosti.

49. Je potřeba také uvést, že Úřad se neomezil pouze na jazykový výklad řešené zadávací podmínky, ale přistoupil i k dalším výkladovým metodám. Úřad provedl výklad systematický, v rámci nějž konstatoval, že v jiných kvalifikačních požadavcích zadavatel vymežil konkrétní typ činností. U dalších pak zvolil obdobný způsob jako u řešené zadávací podmínky, kdy vyžadoval novostavbu nebo rekonstrukci definovaného objektu. Úřad proto dovodil, že pokud zadavatel kladl důraz na doložení konkrétního typu dílčích činností, vymežil to v rámci stanoveného požadavku. Ani z jiných zadávacích podmínek proto nevyplývalo, že by zadavatel mýnil připustit doložení pouze dílčích stavebních prací v rámci novostavby. U řešeného požadavku (a obdobných požadavků) proto muselo jít o souhrn dílčích prací, jež ve výsledku novostavbu tvoří. Pokud šlo o vyjmutí pokládky asfaltové vozovky, Úřad správně uvedl, že jeho smysl je potřeba hledat v jiném samostatném požadavku zadavatele, dle kterého bylo nutné, aby danou činnost prováděl sám dodavatel. S tímto výkladem, k němuž v podrobnostech odkazují na bod 136 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí, se ztotožňuji.
50. I účelový výklad provedený v bodu 143 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí byl Úřadem proveden správně. Podstatou daného požadavku bylo ověření zkušenosti se souhrnem dílčích činností, nikoliv s jednotlivou činností. Úřad poukázal na to, že ani u požadavku na referenci s novostavbou mostu by nepostačovalo např. pouhé vyhotovení pilíře mostu či jen položení mostovky. Uzavírám proto, že výklad zadávací podmínky provedený Úřadem mám za správný. Z ničeho neplyne, že by měla být podstatou ověřované zkušenosti pouze dílčí, byť důležitá činnost.
51. Námitka navrhovatele míří proti tomu, že zadavatel nevymezil konkrétní činnosti, jejichž provedení je vyžadováno pro splnění kvalifikačního požadavku. Úřad k tomu uvedl, že se nejedná o nedostatek, neboť každá stavba může být v určitém směru jiná. Podstatou požadavku nebylo dokazování dodavatele, že v rámci reference učinil veškeré možné uvažované dílčí činnosti. Zadavatel podle Úřadu nevymezil pomyslnou hranici akceptovatelnosti reference, když nevymezil činnosti ještě významné pro splnění požadavku a činnosti ostatní.
52. S takovým posouzením musím souhlasit. Není nutné vymežit veškeré činnosti, které mají minimální standard zkušenosti zajistit. Takové vymezení ostatně ani nepovažuji za reálné. Posouzení, zda bylo kvalifikační kritérium splněno, bude vždy odvislé od toho, zda dodavatel prováděl takové činnosti na novostavbě raženého silničního tunelu, která zachycují podstatu zkušenosti. Pokud navrhovatel doložil prostřednictvím poddodavatele ražbu tunelu a podepření, nelze shledat, že reference prokazuje schopnost provést stavební práce

spočívající ve výstavbě raženého silničního tunelu. Prokazují pouze schopnost ražby takového tunelu. A pokud by zadavatel takovou zkušenost požadoval, nejspíš ji prokáže. Požadavek zadavatele se ale neomezil na tyto činnosti.

53. V tomto ohledu je nutné shledat, že není zkoumáno naplnění zákonem vymezených pojmů, neboť tak zadávací podmínka ani není stanovena. Sice by bylo možné hledat význam pojmu „novostavba tunelu“, respektive „novostavba“ v relevantních právních předpisech. Aplikovatelnou definici však není možné zjistit ani ze zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, ve znění pozdějších předpisů či zákona č. 283/2021 Sb., stavební zákon, ve znění pozdějších předpisů ani ze zákona. Ustanovení § 14 odst. 4 zákona sice říká, že pro účely zákona je stavbou výsledek stavebních nebo montážních prací vytvářející jednotný celek, který je sám o sobě dostatečný k plnění hospodářské nebo technické funkce. Tato definice však nepostihuje veškeré souvislosti, které je potřeba zohlednit při prokazování zkušenosti referencí, a to např. prokazování zkušenosti pouze částí stavby.
54. Jak ale bylo uvedeno, zadavatel nestanovil zadávací podmínku tak, že by bylo nutné naplnit určitý normativní pojem. Zásadní proto musí být pro výklad zadávací podmínky právě to, jakou zkušenost požaduje zadavatel ověřit. Z toho pak mohou v tomto případě vyplývat dva možné výklady. V případě prvního z nich by bylo možné považovat za novostavbu tunelu pouze zcela kompletní stavbu, hotovou k užívání a kompletně provedenou subjektem, který uplatňuje referenci. Ve druhém případě by se jednalo o realizaci takových činností, které jsou pro novostavbu tunelu typické, zásadní, určující a které tedy zadavateli ověří zkušenost dodavatele a připouští tedy, aby některé dílčí, nikoliv však zásadní činnosti, byly provedeny i jiným subjektem než tím, který uplatňuje referenci. Mám za to, že druhá popsaná varianta je racionálnější. Pro účely tohoto případu je však rozlišování mezi variantami lhostejné, neboť navrhovatel doloženou referencí nedosáhne ani na jednu z nich.
55. Navrhovatel pak v podstatě tvrdí, že pokud zadavatel nevyžaduje ověřit konkrétní činnost, ale zkušenost s určitým typem stavby, který zahrnuje různé množství podstatných prvků, musí vypsát právě ty činnosti, které je nutné minimálně splnit. Musím se navrhovatele ptát, jestli by taková minimální úroveň měla být stanovována u všech staveb vymezených svým typem, druhem či označením. Zda má být např. u požadavku na referenci stavbou školy vymezeno, že má jít o hrubou stavbu, elektroinstalaci, vodovody a kanalizaci, osvětlení, vzduchotechniku apod. Navrhovatel totiž říká, že buď musí stačit dílčí (byť zásadní) činnost, nebo se musí vymežit všechny, které zadavatel požaduje.
56. To však považuji za nelogické a neracionální. Je totiž zjevné, že označení „novostavba raženého silničního tunelu“, byť nemusí mít legislativní odraz či jasnou definici obsažených činností, jak tvrdí navrhovatel, zahrnuje vždy určité zásadní práce, které definují jeho podstatu. Je to pak dodavatel (a tedy i navrhovatel, má-li relevantní zájem o plnění veřejné zakázky), kdo je odborníkem v této oblasti a kdo má vědět, jaké práce podstatu tunelu tvoří. Předkládá-li pouze ražbu a podepření tunelů, fakticky tak říká, že jen těmito stavbami je ohraničena podstata novostavby raženého silničního tunelu. S tím však nemohu souhlasit, přičemž i Úřad identifikoval další činnosti, které bylo jistě nutné realizovat – definitivní ostění, izolace, odvodnění. K tomu doplňuji např. elektroinstalaci, vzduchotechniku či osvětlení. Ty ale poddodavatel A na referenci nerealizoval, a proto je již z toho jasné, že zadávací podmínku nesplnil.

57. Zadávací podmínky běžně neobsahují vymezení, jaké činnosti musí být součástí referenční stavby, aby odpovídaly požadavku. Pokud zadavatel požaduje např. referenci stavbou venkovního či krytého bazénu, nemůže mu stačit vybudování tobogánu, realizace hrubé stavby či pouze realizace vodovodů, odpadů a přípojek. Podstatě požadavku neodpovídají nutně všechny činnosti na referenci, ale především jejich souhrn, který danou podstatu pokrývá, přičemž nelze vždy jasně a jednoznačně určit, kde souhrn začíná a kde končí. V tomto případě lze ale učinit závěr, že reference A podstatu požadavku nepokryla.
58. Ani široký výklad, který navrhovatel z důvodu údajné nejasnosti požadavku vyžaduje, nevede k uznání jeho zkušenosti. Výkopové a ražební práce spojené s podepřením tunelu a primárním ostěním jistě jsou pracemi, které se mají do zkušenosti počítat, nemohou ale pokrýt celou podstatu požadavku, tj. požadavek není naplněn pouze jimi. Odkazuje-li navrhovatel na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-08720/2021/500/Alv ze dne 10. 3. 2021, neshledávám jej v rozporu s napadeným rozhodnutím. Zadavatel po navrhovateli nepožadoval něco, co nevyžadovaly zadávací podmínky, pouze požadoval naplnit pojem „novostavba raženého silničního tunelu“, což se předkládanými činnostmi nestalo.
59. Nesouhlasím ani s tím, že by si Úřad protiřekl, když nejprve uvádí, že nejde o nejednoznačný a neurčitý požadavek a následně uvádí, že zadavatel nestanovil bližší vodítko k tomu, jaké činnosti by bylo ještě možné považovat za tak významné a jaké již nikoliv, aby bylo možné učinit závěr o (ne)splnění požadavku. Závěry uvedené v bodu 147 odůvodnění napadeného rozhodnutí však podporují závěr, že nelze v požadavku hledat pouze určité činnosti, které by pro jeho splnění postačovaly, tedy např. pouze ražbu, neboť takto zadavatel požadavek nestanovil.
60. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, jaké činnosti ještě považuje za zásadní, což samozřejmě nelze mít za konečný výčet. V případě tohoto přezkumu je plně dostačující, že poddodavatel A nezískal zkušenosti ani s těmi činnostmi, které jako zásadní identifikoval Úřad. Pokud by byla řešena jiná reference, bude opět namístě se v případě pochybností ptát, zda realizované práce naplňují podstatu novostavby raženého silničního tunelu. Tehdy by opět mohlo být zásadní vyřešit, zda daný rozsah pro přiznání takové reference postačuje. Zadavatel není nucen přezkoumávat každou referenci, zda plně odpovídala z pohledu provedených činností jeho požadavku, pokud o tom nemá pochybnosti. Rozsah prací poddodavatele A na referenci A je ale v tak zjevném nepoměru i s laicky vymezeným okruhem prací, že bližší zkoumání či zkoumání např. za pomoci odborného vyjádření není nutné.
61. Dávám za pravdu navrhovateli, že předmětem požadavku nebyla „kompletní výstavba tunelu“. Byla jím však novostavba tunelu, která v sobě z podstaty věci (a z podstaty výkladu zadávacích podmínek) zahrnuje více než pouze ražbu. Není nutné do takového požadavku zahrnovat zpřesňující požadavky, pokud může relevantní dodavatel z běžného významu požadavku sám identifikovat, jaké práce jsou pro novostavbu raženého silničního tunelu podstatné. Jak jsem také uvedl výše, výklad, který zadavatel zastával dříve, není pro toto správní řízení relevantní, neboť jej zjevně již nezastává.
62. K další námitce navrhovatele uvádím, že Úřad v napadeném rozhodnutí nenaznačuje, že pro splnění řešeného požadavku je nutné provedení komplexní realizace raženého tunelu ve smyslu veškerých myslitelných činností. Odůvodnění napadeného rozhodnutí takto nelze chápat. Naopak je nutné zkoumat, zda byly realizovány ty činnosti, které jsou pro novostavbu

tunelu typické, stěžejní. To je samozřejmě i ražba, ale rozhodně nikoliv výhradně. Je to i definitivní ostění, je to technologická část samotného tunelu. Navrhovatel však prokazuje požadavek referencí, která značnou část těchto stěžejních prací pomíjí. Skutečně tedy souhlasím s navrhovatelem, že mají být řešeny primárně práce, které jsou významově nejdůležitější. Navrhovatel ale předložil jen jejich určitou výseč. Nemám za to, že takový výklad nedůvodně omezuje hospodářskou soutěž. Splnit požadavek může jakýkoliv dodavatel, který prokáže účast na potřebných pracích, samostatný dodavatel, případně generální dodavatel.

63. Jde-li o odkaz navrhovatele na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 165/2022-29 ze dne 20. 10. 2022, nepovažuji jej za příléhavý. Zcela souhlasím s tím, že je nutné kvalifikační kritérium vykládat tak, aby se mohl soutěže o veřejnou zakázku zúčastnit co nejširší okruh uchazečů, že nemá docházet k nedůvodnému omezení hospodářské soutěže, že nelze dotvářet smysl požadavku bez vazby na zadávací dokumentaci, a že je potřeba dát přednost výkladu, který nejlépe odpovídá smyslu a účelu zadávacího řízení, respektive stanoveným kvalifikačním kritériím. Nelze ale kvalifikační kritérium vykládat rozporně s jeho zněním, v rozporu se systematikou všech požadavků zadavatele a v rozporu se smyslem daného kritéria. Nelze tedy vykládat požadavek široce jen proto, aby byli připuštěni i jiní uchazeči, pokud je kritérium nastaveno jednoznačně přísněji. Právě tím by docházelo k pokřivení úmyslu zadavatele, který požadavku při stanovení zadávacích podmínek vetkl. Stanovený požadavek nedává prostor k jinému výkladu, který by odpovídal zadávací dokumentaci a účelu kvalifikačních kritérií. Tomu naopak odpovídá výklad provedený Úřadem. Nemám pak za to, že by řešený požadavek zatěžoval účastníky zadávacího řízení interpretační nejistotou.
64. Navrhovatel má za to, že pokud zadavatel požadoval novostavbu a nestačila mu rekonstrukce jako u jiných požadavků, sledoval tím zkušenost se samotnou ražbou a statickým zajištěním, ke kterým v případě rekonstrukce nedochází. To ale Úřad nerozporuje. Platí, že i ražba a statické zajištění jsou jednou z podstatných činností na novostavbě tunelu, což ale neznamená, že žádné jiné činnosti nejsou. Při novostavbě nedochází pouze k ražbě tunelu, ale k mnoha zásadním, základním činnostem. Zkušenost s takovými činnostmi měl navrhovatel prokázat, ale vztáhl ji ke dvěma činnostem, byť zadavatel požadavek vymezil zjevně šířeji.
65. Již jsem uvedl, že i účelový výklad Úřad provedl podle mého názoru správně. Zcela logicky a racionálně z něj (a z dalších provedených výkladových metod) plyne, že zadavatel chtěl vymezením zadávací podmínky ověřit zkušenost se souhrnem činností, nikoliv s jednotlivou činností. Pokud by mělo jít o druhou možnost, zadavatel by požadoval zkušenost právě s ražbou tunelu. Jestliže ale zadavatel požadoval zkušenost se stavební prací, jejímž předmětem je novostavba raženého silničního tunelu, požadoval všechny činnosti, které definují podstatu novostavby raženého silničního tunelu. Považuji za příznačné otázky, zda je novostavba tunelu kompletní již ražbou tunelu, jestli jsou po jejím provedení hotovy všechny podstatné prvky novostavby tunelu. Pokud ne, nemůže argumentace navrhovatele obstát.
66. Opakuji, že zadavatel požadoval nikoliv ražbu tunelu, nikoliv jeho rekonstrukci, ale výslovně novostavbu tunelu, která může být definovaná pouze souborem činností. Nesouhlasím tedy s navrhovatelem, že by ze zadávací dokumentace nevyplývalo, že má být předmětem reference i technologická část výstavby. Naopak mám za to, že to ze zadávací dokumentace

plyne, neboť předmětný požadavek zní na novostavbu (tedy fakticky hotové dílo) tunelu. Pokud jsou provedeny jen některé dílčí části, nejde o novostavbu tunelu.

67. Znovu také opakuji, že nejsou bagatelizovány práce, které na referenci A provedl poddodavatel A, pouze je řečeno, že dané práce nenaplňují požadavek zadavatele. Jde tedy o stěžejní práce, nejde ale o jediné práce důležité pro novostavbu tunelu. Považuji za nesmyslné tvrzení, že jiné práce než ražba tunelu nejsou pracemi příznačnými pro výstavbu nových tunelů. Navrhovatel tím tvrdí, že pro tunel je důležitá pouze ražba a jakékoliv jiné práce jsou natolik marginální, že nemůže být ověřována zkušenost s nimi. S tím však zásadně nesouhlasím. K související námitce proto uvádím, že referenci A lze podřadit pod práce na novostavbě tunelu, nejde ale o jediné takové práce, a proto nenaplňují požadovanou zkušenost. Nejde proto ani o porušení zásady zákazu diskriminace, neboť jde o jediný výklad odpovídající zadávací dokumentaci.
68. Tuto část pro výše uvedené uzavírám konstatováním, že zadavatel postupoval správně, když neuznal splnění řešené zadávací podmínky předloženou referencí A.

K referencím poddodavatele B

69. K další části nejprve shrnuji, že navrhovatel předložil reference B1, B2 a B3 jako reakci na spor o uznatelnosti reference A. K nim doložil potvrzení objednatelů referencí, z čehož zadavatel zjistil, že byly realizovány společně s jinými dodavateli. Zadavatel proto navrhovatele vyzval, aby identifikoval ty části referencí, které poddodavatel prováděl přímo, případně prostřednictvím svého poddodavatele, aby bylo zřejmé, že jsou mu reference přičitatelné. Požádal jej rovněž o identifikaci konkrétních činností, aby bylo zřejmé naplnění řešeného požadavku na novostavbu raženého silničního tunelu v délce minimálně 100 m. Takový postup zadavatele odpovídá jak § 79 odst. 4 zákona, tak čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace (který svým zněním zákonu odpovídá, jak Úřad uvedl v bodu 104 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Úřad správně poukázal na to, že zadavatel se mohl odchýlit od § 79 odst. 4 zákona, ale neučinil tak.
70. Navrhovatel určité doklady k jednotlivým referencím předložil, zadavatel je však nepovažoval za dostatečné, neboť navrhovatel podle něj neprokázal splnění požadavku na minimální úroveň požadovaných stavebních prací. Podle zadavatele navrhovatel neidentifikoval konkrétní činnosti, aby byla jeho zkušenost zřejmá, neboť reference byly realizovány ve sdružení, na což pamatuje § 79 odst. 4 písm. a) zákona.
71. Úřad při svém posouzení uvedl, že od realizace ve sdružení je potřeba odlišovat pozici tzv. generálního dodavatele, který je sám odpovědný objednateli a je s ním v přímém smluvním vztahu. Takový dodavatel nemusí sám realizovat celou zakázku, ale odpovídá za řádné a odborné provedení, proto mu zpravidla svědčí referenční zakázky, a to obvykle v plném rozsahu, i pokud některé činnosti neplnil sám. K tomu Úřad odkázal na relevantní rozhodovací praxi a rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-33291/2023/161 ze dne 6. 9. 2023, kde se zabýval odlišením pozice generálního dodavatele a realizace společně s dalšími dodavateli. V daném případě předseda Úřadu poukázal na příklad situace, kdy má jeden ze členů sdružení minimální podíl, avšak při výkladu, který předkládá i navrhovatel, by mohl uplatňovat celou referenci jako zkušenost, a to i co do její hodnoty. Tím by ale byl popřen smysl referenční zakázky. V případě plnění ve sdružení je proto nutné posoudit, zda reference skutečně splňuje požadavky zadávací dokumentace, což znamená nutnost prokázat konkrétní

rozsah realizace. To ostatně odpovídá jednomu ze zásadních důvodů, pro které jsou sdružení vůbec tvořena – nedostatek znalostí, praktických zkušeností, získaných kompetencí či samotné kapacity k plnění jako celku (jak uvádí i Krajský soud v Brně v bodu 18 rozsudku č. j. 62 Af 46/2023-294 ze dne 6. 9. 2024). S těmito závěry souhlasím a nemám k nim dále co dodat.

72. Jde-li o posouzení dokumentů, které navrhovatel předložil k prokázání realizace konkrétních prací u referencí B1, B2 a B3, odkazují na bod 118 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Zde shrnuji, že to byly ve vztahu k referencím B1 a B3 stanovy dočasného sdružení podniků podle španělského zákona č. 18/1982 Sb., které prokazovaly majoritní podíl poddodavatele B na společnostech. Dále z nich vyplývá pozice vedoucího sdružení. Úřad k tomu uvedl, že tyto skutečnosti nezakládají zkušenost s dílčím plněním spočívajícím v novostavbě tunelu. Není tomu tak ani z důvodu, že poddodavatel B poskytl materiální, lidské a finanční prostředky v poměru k jeho majoritnímu podílu. Nic z toho totiž neprokazuje, které činnosti poddodavatel B realizoval. Stejně závěry Úřad uvedl k protokolu o převzetí a potvrzení objednatelů, a proto musel uzavřít, že doklady neprokazují získání potřebné zkušenosti. Ani uvedení týmu odpovědného za provedení prací pro poddodavatele B neznamená, že daný tým realizoval právě ty práce, které naplňují novostavbu tunelu, což Úřad uvedl v bodu 118 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
73. Podobně u reference B2 byly doloženy doklady týkající se sdružení dodavatelů. Účast v řídicím výboru, rozdělení práv a povinností a zisku a ztráty v poměru k podílům, pravomoc jmenování stavbyvedoucího ani protokol o převzetí ale neprokazují skutečné rozdělení realizovaných prací na referenci B2, zejména těch tvořících novostavbu tunelu. Úřad zároveň dodal, že nic nenasvědčuje tomu, že by se poddodavatel B nacházel v analogické pozici k pozici generálního dodavatele, neboť zastávání pozice jediného vedoucího, majícího vliv na určité řídicí činnosti v rámci stavby, toto postavení nezakládají. Stále totiž platí, že poddodavatel B byl zástupcem celého sdružení, ale byl společně a nerozdílně odpovědný objednateli reference, což svědčí o postavení podle § 79 odst. 4 písm. a) zákona. V podrobnostech opět odkazují na napadené rozhodnutí, konkrétně na bod 120 a násl. jeho odůvodnění.
74. Musím jednoznačně souhlasit se závěry napadeného rozhodnutí, které jsem výše shrnul. Odůvodnění napadeného rozhodnutí není v této části ničím jiným než aplikací zákonného ustanovení, které zadavatel měl možnost pro účely daného zadávacího řízení upravit, ale neudělal to. Ustanovení § 79 odst. 4 zákona také konstantně vykládá rozhodovací praxe, na kterou Úřad v napadeném rozhodnutí opakovaně odkazoval např. v bodu 111 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde navrhovatele upozornil i na to, že § 79 odst. 4 písm. a) zákona dopadá i na situaci, kdy jsou společníci společnosti zavázáni společně a nerozdílně.
75. Rozhodovací praxe se také jasně staví k pozici generálního dodavatele. Ze správního spisu a navrhovatelem předložených dokumentů pak vyplývá, že poddodavatel B se nenacházel v pozici generálního dodavatele a nenacházel se ani v obdobné pozici. Nemohu proto přisvědčit námitce, že výklad dotčených ustanovení zadávací dokumentace neodpovídá jejich vymezení a je v rozporu s účelem institutu technické kvalifikace, pokud vychází ze zákona a rozhodovací praxe.
76. Dodržováním zákonných ustanovení a rozhodovací praxe nedochází ani k žádnému nepřípustnému omezení dodavatelů, kteří realizovali referenci v konsorciu, jak tvrdí navrhovatel. Jistě, tyto dodavatelé jsou skutečně omezeni v možnosti uplatňovat referenci,

a to pouze do výše vlastní prokazatelné účasti. Tento požadavek ale jen respektuje účel referenční zkušenosti. Úřad proto pouze v souladu s § 79 odst. 4 zákona a čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace konstatoval, že v případě realizace referenční zakázky ve sdružení musí dodavatel prokázat, že požadované činnosti vykonával skutečně on. V takovém případě je lhostejné, zda měl konkrétní dodavatel na referenci podíl 5 %, 15 % či 80 %, pokud realizoval požadované práce. Pokud je však doložen pouze podíl ve sdružení, a nikoliv konkrétní činnosti, nijak to nevyovídá o tom, který dodavatel vykonával jaké práce. Znamená to pouze to, že z celku činil určitou výseč, není však jasné, jakou výseč a zda ta skutečně zahrnovala i práce požadované zadavatelem (zde novostavbu raženého silničního tunelu).

77. Souhlasím proto se závěrem Úřadu, že není možné prokazovat zkušenost se stavbou, které se dodavatel účastnil jen do určitého podílu, respektive přisuzovat si celou takovou zkušenost, pokud dodavatel zároveň není schopen určit a prokázat, které konkrétní práce na referenci realizoval. Pokud navrhovatel chtěl prostřednictvím poddodavatele B uplatňovat takovou referenci, musel by buď prokázat právě dané činnosti a že naplňují požadavek na kvalifikaci, který zadavatel stanovil, případně bylo nutné, aby se zadávacího řízení jako poddodavatel účastnilo celé sdružení, které reference B1, B2 a B3 realizovalo.
78. Ostatně takto hovoří i rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-387/14 ze dne 4. 5. 2017, na který v rozkladu poukazoval i navrhovatel. Konkrétně v něm je v jeho bodu 62 uvedeno: *„Pokud tedy hospodářský subjekt využije zkušenosti skupiny podniků, jejímž byl členem, musí se tato zkušenost posuzovat ve vztahu ke konkrétní účasti tohoto subjektu, a tudíž ve vztahu k jeho skutečnému příspěvku k výkonu činnosti požadované od uvedené skupiny v rámci určité veřejné zakázky.“* I evropská judikatura tak zjevně u skupiny podniků (zde sdružení podniků) dává možnost využití pouze takové zkušenosti, kterou konkrétní dodavatel skutečně prováděl. V této souvislosti nerozumím citaci z tohoto rozsudku uvedené v bodu 59 rozkladu, ze které vyplývá, že se dodavatel nemůže odvolávat na plnění vykonané jinými členy skupiny podniků, na jejichž realizaci se skutečně a konkrétně nepodílel. Uvedená citace znamená jediné – dodavatel musí prokázat, na jakých činnostech se v rámci sdružení podílel. Pokud toho není schopen, ale je zřejmé, že nějaké práce na referenci realizoval (možná i převažující), neznamená to, že mu lze přisuzovat referenci jako celek. Naopak, není-li schopen konkrétní práce prokázat, nemůže se dovolávat celé reference.
79. K tomu poukazují také na aktuální rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2023-294 ze dne 6. 9. 2024: *„V těchto situacích jak pro prokazování technické kvalifikace tzv. referenčními zakázkami, v nichž bylo na dodavatelské straně plněno více subjekty, tak pro prokazování technické kvalifikace tzv. referenčními zakázkami, v nichž část plnění byla realizována poddodavately, shodně platí, že splnit kritéria technické kvalifikace lze výlučně v rozsahu, v jakém se na jejich plnění ten dodavatel, který hodlá z plnění vzešlou tzv. referenci využít, fakticky podílel; to je dáno už samotným vymezením pojmu kvalifikace (způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku; § 28 odst. 1 písm. c/ ZZVZ) odpovídajícím samotnému smyslu prokazování (především technické) kvalifikace, jímž je osvědčení znalostí, praktických zkušeností a získaných kompetencí ve vztahu k plnění, jež odpovídá předmětu zadávané veřejné zakázky, a to přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu tohoto předmětu (§ 73 odst. 6 ZZVZ)“* (...) *„Ve vztahu k prokazování technické kvalifikace tzv. referenčními zakázkami, v nichž bylo na dodavatelské straně plněno více subjekty, je pak pro aplikaci § 79 odst. 4 písm. a) ZZVZ nerozhodné, jak byly subjekty na dodavatelské straně závazkového*

vztahu, z něhož tzv. reference vzešla, vzájemně organizovány, na jakých principech jejich seskupení fungovalo, jaké kompetence vzájemně měly, neboť podstatným zůstává, jaké konkrétní plnění konkrétní člen takového seskupení realizoval, resp. jaké konkrétní plnění mu je přiřitatelné (na jakém konkrétním plnění má jasný, tj. konkrétně jemu přiřitatelný podíl).“

80. Již jsem také sdělil, že podíl nelze automaticky přepočítávat na část potřebných prací, jak to činí navrhovatel. Neplatí totiž, že pokud byl podíl poddodavatele B na referenci 80 %, svědčí mu 80 % z novostavby celého tunelu, tj. pokud měl tunel např. 1000 m, svědčí mu zkušenost s 800 m tunelu a s veškerými potřebnými činnostmi. Podíly totiž vůbec nemusí odpovídat realizovaným pracím. Poddodavatel B tak mohl např. realizovat ražbu tunelu stejně jako poddodavatel A v případě reference A. Rozsahem se v takovém případě pravděpodobně bude jednat o velký podíl z reference, a to jak do materiálních, personálních a finančních aspektů. Nijak to ale nedokládá, že takový poddodavatel realizoval i další činnosti, které jsou pro novostavbu raženého silničního tunelu zásadní. Lze souhlasit, že pokud by se jednalo o podíl blížíící se realizaci celé reference, bylo by možné uvažovat o tom, že jde o tak vysoký podíl, který nezavdává pochybnosti o zkušenosti získané s celou stavbou. Podíly předložené navrhovatelem o tom ale nehovoří.
81. Z potvrzení objednatele týkajícího se reference B1 se sice podává, že poddodavatel B tvořil 82,35 % sdružení, stejně tak se z něj ale podává, že součástí byly kromě tunelů i mosty, viadukty a jiné velké konstrukce a silnice a cesty. I když je podíl relativně vysoký, z předložené reference není jasné, čeho konkrétně se poddodavatel B účastnil. Poddodavatel se totiž mohl účastnit pouze všech ostatních činností, kromě realizace novostavby tunelu, či se sice mohl účastnit stavby tunelu ale ne v celé části nebo v požadovaném rozsahu. V případě potvrzení reference B2 jde o podíl poddodavatele B na sdružení ve výši 45 %, tedy o značně nižší velikost podílu, přičemž opět platí, že součástí referenční zakázky nebyla pouze novostavba tunelu. Obdobná situace je u reference B3, kde měl poddodavatel B podíl na sdružení ve výši 80 %, opět jsou součástí stavby most, viadukt a další velké konstrukce. Výše uvedené tedy dokazuje, že nelze přepočítávat velikost podílu na účast na novostavbě tunelu a tím spíše ne, pokud byly součástí prací i další činnosti nesouvisející s kvalifikačním požadavkem. K tomu lze dodat, že pro zadavatele byla zjevně důležitá zkušenost právě s konkrétním stavebním celkem, neboť do požadavku nezahrnul finanční hodnotu prací.
82. Hovoří-li navrhovatel o tom, že u velkých a složitých stavebních zakázek je takový výklad neudržitelný, je nutné kontrolovat opět tak, že pokud danou referenci poddodavatel plnil ve sdružení, dává smysl, aby svoji zkušenost přenesl právě v takovém sdružení, neboť (pokud to navrhovatel neprokáže) v opačném případě nelze automaticky uvažovat o vzniku zkušenosti s daným plněním pro každého člena. Každý člen neprováděl veškeré činnosti, které byly obsahem reference a navrhovatel neprokázal, že právě poddodavatel B prováděl ty, které se ověřují.
83. Pokud tedy není navrhovatel prostřednictvím poddodavatele B schopen prokázat realizaci prací odpovídajících řešené zadávací podmínce, může splnění zadávací podmínky prokázat opět jen ve sdružení, protože jedině tak bude zaručeno, že se prací budou účastnit ty subjekty, které skutečně potřebnou zkušenost získaly. Takový přístup není nepřiměřený či nezákonný, ale plně v souladu se zákonem.

84. Navrhovatel předkládá námitku, že mohla být požadovaná zkušenost dokládána i prostřednictvím poddodavatele. To Úřad reflektuje v bodu 116 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde uvádí, že ani v takovém případě nelze odhlédnout od pravidla uvedeného v § 79 odst. 4 zákona. Pokud poddodavatel B realizoval referenční zakázky ve sdružení, musel navrhovatel prokázat, že se na nich podílel v požadovaném rozsahu. Na takovém výkladu neshledávám žádnou vadu. Nedává smysl, aby platilo, že se § 79 odst. 4 zákona vztahuje pouze na dodavatele, nikoliv na prokazování kvalifikace za dodavatele prostřednictvím jiných osob. Není logické, aby v prvním případě měly být podmínky uznání reference přísnější a v druhém benevolentnější.
85. Aplikaci zákonného ustanovení a zadávací podmínky Úřadem považuji za jednoznačné. Žádná ze souvisejících pasáží napadeného rozhodnutí mi nepřijde nejasná, jak je namítáno v rozkladu. Navrhovatel sice tvrdí, že Úřad ani zadavatel nemají představu, co se myslí podílem na plnění, nemám ale za to, že by byla taková otázka předmětem části týkající se referencí B1, B2 a B3. Úřad nehodnotil, zda by postačoval pro uznání reference podíl na plnění ve výši 20 % či 90 %. Úřad pouze uvedl, že navrhovatel neprokázal, že by se poddodavatel B účastnil označených referencí v činnostech, které by naplnily kvalifikační požadavek, když fakticky neprokázal realizaci žádného konkrétního okruhu činností. Zcela jistě nemám na mysli, že by se poddodavatel B daných referencí neúčastnil. Naopak považuji za jisté, že tomu tak bylo. To ale pro splnění kvalifikačního požadavku nestačí, pokud byly relevantní práce realizovány ve sdružení.
86. Předloženými podklady k referencím poddodavatele B se Úřad zabýval v bodech 118-127 odůvodnění napadeného rozhodnutí a závěry, které Úřad učinil, jsem shrnul výše. Úřad tedy doklady v těchto bodech zohlednil. Aby ale došlo k naplnění požadavků zákona promítnutých v zadávací dokumentaci, muselo by z být z těchto dokumentů patrné rozdělení prací a skutečnost, že práce naplňující kvalifikační požadavek realizoval právě poddodavatel B. To ale předložené dokumenty neobsahovaly. Samozřejmě není nutné, aby sdružení dodavatelů přistupovalo k zakázce tak, že každý ze členů má odpovídat za realizaci a dodání konkrétní části plnění. V takovém případě je skutečně možné, že se může člen sdružení očitnout při prokazování zkušenosti v důkazní nouzi, což ale není vadou výkladu zákona. Považuji ale za nepravděpodobné, že by v rámci interního uspořádání vztahů členů sdružení skutečně neexistoval žádný dokument, ze kterého by byly konkrétní provedené práce patrné. Takovými dokumenty mohou být jak interní ujednání, účetní dokumenty, doklady o fakturovaných částkách apod. Realizace prací více subjekty totiž logicky musí být postavena na dohodě o prováděných činnostech a nemám za to, že by byly práce prováděny bez jakéhokoliv předchozího formálního či neformálního plánování nebo následného vyúčtování těchto prací. Je to ale navrhovatel, kdo nepředložil žádné doklady prokazující činnosti poddodavatele A a tato skutečnost jde pouze k jeho tíži.
87. Tvrdí-li navrhovatel, že nesl plnou právní odpovědnost v celém rozsahu, opět se snaží narážet na to, že byl fakticky v pozici generálního dodavatele, což ale není pravdou, neboť to nebyl pouze on, kdo za plnění nesl odpovědnost, nebyl to pouze on, kdo měl uzavřenou smlouvu s objednatel. Nebyl to pouze on, kdo realizoval potřebné práce. A pokud nedokáže prokázat zkušenost s potřebnými pracemi, nemůže mu svědčit reference. Ani argument realitou stavebních zakázek nemůže uvedené závěry změnit. I ve sdružení si lze nastavit taková

práva a povinnosti jeho členů, ze kterých bude zřejmé, že jeden člen realizuje určitou část zakázky, další zase jinou.

88. Úřad v bodu 113 odůvodnění napadeného rozhodnutí odlišil pozici generálního dodavatele a jeho závěrům jsem přisvědčil výše. Úřad v této souvislosti odkázal na ustálenou rozhodovací praxi a odůvodnil, proč generálnímu dodavateli svědčí zpravidla celá reference. Zde jen stručně opakuji, že generální dodavatel je sám odpovědný objednateli, je s ním v přímém smluvním vztahu a odpovídá za řádné a odborné provedení. Odlišení je nutné hledat i v důsledku výkladu, který předkládá navrhovatel (a který jsem také již výše vyvrátil). Každý ze členů sdružení může plnit různou část reference a tato část může být i marginální. Pokud by nebylo prokázáno, k jakým činnostem se konkrétní podíl vztahuje, není jasné, jestli daný dodavatel zkušenost získal. Pokud realizoval právě ty práce, které referenci odpovídají, mohl zkušenost získat i při malém podílu, a naopak při větším nikoliv. Pokud tedy není na dodavatelské straně referenční zakázky jen jeden subjekt, který by si kvalifikaci odnášel, tedy fakticky jeden subjekt, který práce realizoval, je nutné prokazovat vlastní rozsah plnění.
89. K tomu doplňuji např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 41/2014-247 ze dne 8. 10. 2015 a z něj vycházející rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 14 A 82/2021-45 ze dne 31. 7. 2023, případně již zmíněný aktuální rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2023-294 ze dne 6. 9. 2024. V posledně uvedeném Krajský soud v Brně konkrétně uvedl: *„Postavení tzv. generálního dodavatele nicméně v obecném chápání předpokládá existenci vertikálního vztahu dodavatele vůči jeho poddodavatelům, současně je tzv. generální dodavatel jedinou smluvní stranou na dodavatelské straně závazkového vztahu (a je to právě on, kdo výlučně odpovídá za řádnou realizaci veškerého plnění).“* Z těchto důvodů generálnímu dodavateli svědčí celá reference, tedy i ta část, jež byl realizována jeho poddodavatelem, zatímco u zakázek realizovaných ve sdružení zákon výslovně stanovil jiný způsob prokazování nabytých zkušeností.
90. Konstatuji, že je pouze na členech sdružení, jak si upraví interní vztahy a zda mezi sebe výslovně rozdělí jednotlivé práce. Nikdo dodavatelům nezakazuje postupovat tak, jak to učinil poddodavatel B a jeho sdružení (s výhradou pochybností, zda je z ekonomického hlediska skutečně reálné, že by členové sdružení neměli přehled o tom, kdo vykonal jaké práce a v jakém rozsahu). Ani zadávací směrnice neřeší čistě soukromoprávní záležitosti jednotlivých soukromoprávních subjektů. Na různé formy prokazování ale existují více či méně různé požadavky vyplývající z toho, za jak jistou lze považovat jejich účast na konkrétních činnostech. Realizovat zakázku ve sdružení dodavatelů je zcela legitimní. Zákon ale na taková sdružení (na poskytnutí prací společně s jinými dodavateli) klade požadavek spočívající v možnosti prokázání kvalifikace pouze do rozsahu, v jakém se skutečně podíleli na realizaci. Dané závěry byly současně potvrzeny i judikaturou Soudního dvora Evropské unie, na kterou jsem odkázal výše. Navrhovatel proto směřuje dvě situace. Zaprvé možnost dokládat splnění kvalifikačního požadavku referencí získanou v konsorciu. To jistě může. Zadruhé uznatelnost reference pro jednotlivé členy. To členové mohou pouze v rozsahu jimi prokazatelně provedených prací. Není proto pravdou, že by Úřad či zadavatel nepřipouštěli reference získané v konsorciích.
91. K tomu dodávám, že ze zákona plyne, v jakém rozsahu mohou dodavatelé plnit ve sdružení reference uplatňovat a dodavatelé proto ví, jak se k takovému zákonnému požadavku postavit. Nelze proto souhlasit s navrhovatelem, že Úřad vysílá zprávu o tom, že je nevýhodné plnit zakázky v konsorciu. Úřad pouze trvá na dodržování zákona a zadávacích podmínek,

což ostatně odpovídá i odkazu navrhovatele na hospodárnost nakládání s veřejnými prostředky

92. Odkazuje-li navrhovatel také na závěry polské rozhodovací praxe a tvrdí, že tuto argumentaci Úřad nevypořádal, musím jej upozornit na bod 127 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad konstatuje soulad s českým právním řádem i evropskými předpisy, přičemž i s tímto bodem odůvodnění napadeného rozhodnutí souhlasím. I zde je možné poukázat na již citovaný rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ze kterého je patrné, že právě výklad provedený Úřadem je správný.
93. Navrhovatelův odkaz na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0149/2019/VZ-30464/2019/323/MBr ze dne 8. 11. 2019 je nepřipadný. V dané věci bylo předmětem splnění obecně stanoveného kritéria technické kvalifikace. Zde, i pokud hovoříme o tom, že novostavba raženého silničního tunelu může zahrnovat různé práce, byť základ zásadních činností bude stejný, nejde o prokázání, zda ještě realizované práce zadávací podmínku naplní, ale zda navrhovatel vůbec předložil doklady, z nichž vyplývají konkrétní práce na referenční zakázce. Pokud ne, nejde o naplnění zadávací podmínky referencí, jak se hovoří v uváděném případě.
94. Uzavírám proto, že ani u referencí poddodavatele B nebylo prokázáno, že naplňují požadavky zadávací dokumentace, protože poddodavatel B nebyl schopen prokázat, že právě tento poddodavatel prováděl ve sdružení dodavatelů takové práce, které by odpovídaly řešené zadávací podmínce.
95. Vzhledem k tomu, že jsem ani po vypořádání jednotlivých námitek navrhovatele neshledal napadené rozhodnutí, které posuzovalo postup zadavatele při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku, nesprávným či v rozporu se zákonem, je nutné tyto námítky odmítnout.

VI. Závěr

96. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Ředitelství silnic a dálnic s. p., Čerčanská 2023/12, 140 00 Praha
2. JUDr. Sylvie Sobolová, advokátka, Jungmannova 745/24, 110 00 Praha

Vypraveno dne

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