



UOHSX00K04QW

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0461/2024/VZ  
Číslo jednací: ÚOHS-28270/2024/500

Brno 23. 7. 2024

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném dne 10. 6. 2024 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic s. p., IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha,
- navrhovatel – Budimex S.A., IČO 010732630, se sídlem Siedmiogrodzka 9, 01-204 Varšava, Polsko, ve správním řízení zastoupena 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,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele 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,

**rozhodl** takto:

**Návrh** navrhovatele – Budimex S.A., IČO 010732630, se sídlem Siedmiogrodzka 9, 01-204 Varšava, Polsko – ze dne 10. 6. 2024 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic s. p., IČO 65993390, se sídlem 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, **se podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic s. p., IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha (dále jen „zadavatel“) – ještě jakožto veřejný zadavatel podle § 4 odst. 1 písm. c)<sup>1</sup> zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „zákon“), zahájil podle zákona dne 19. 12. 2022 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „D11 1109 Trutnov - státní hranice ČR/PR“, přičemž předmětné oznámení bylo 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“ nebo „zadávací řízení“).
2. Podle úvodní části Zadávací dokumentace (dále jen „zadávací dokumentace“) se v případě veřejné zakázky jedná o veřejnou zakázku na stavební práce. Z popisu veřejné zakázky uvedeného ve formuláři Formulář F02 a uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky je stavba D 11 1109 Trutnov - státní hranice ČR/PR navazující na stavbu D 11 1108 Jaroměř - Trutnov, kdy se jedná o čtyřpruhovou dálnici s celkovou délkou 21 175 metrů, na jejíž trase je navrženo 13 větších mostů přes údolí o délce větší než 100 metrů, 2 tunely a 3 mimoúrovňové křižovatky, přičemž na hranicích se česká dálnice napojí na polskou rychlostí silnici vedoucí přes celé Polsko až k Baltskému moři. Podle čl. 2 odst. 2.2 zadávací dokumentace činí předpokládaná hodnota veřejné zakázky 13 068 000 000 Kč bez DPH. Podle informací uveřejněných na profilu zadavatele realizoval zadavatel zadávací řízení dle pravidel pro nadlimitní režim.
3. Lhůta pro podání nabídek v zadávacím řízení byla na základě učiněných změn zadávacích podmínek ve výsledku stanovena do 6. 9. 2023 do 10:00 hodin, přičemž zadavatel v této lhůtě obdržel celkem 6 nabídek, mezi nimi mj. nabídku navrhovatele – Budimex S.A., IČO 010732630, se sídlem Siedmiogrodzka 9, 01-204 Varšava, Polsko, ve správním řízení zastoupena 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“).
4. Dne 22. 11. 2023 odeslal zadavatel účastníkům zadávacího řízení Oznámení o výběru dodavatele z téhož dne vč. jeho příloh (dále jen „oznámení o výběru č. 1“), jímž zadavatel oznámil, že rozhodl o výběru navrhovatele. Dne 7. 12. 2023 obdržel zadavatel proti oznámení o výběru č. 1 námitky z téhož dne (dále jen „námitky č. 1“). Rozhodnutím zadavatele o námitkách ze dne 22. 12. 2023 (dále jen „rozhodnutí o námitkách č. 1“) zadavatel námitky č. 1 ve smyslu § 245 odst. 2 zákona odmítl, když v části námitkám č. 1 vyhověl, a v části tyto

---

<sup>1</sup> Právní forma a název původně státní příspěvkové organizace Ředitelství silnic a dálnic ČR se změnil s účinností k 1. 1. 2024 na státní podnik Ředitelství silnic a dálnic s. p.

odmítl. Dne 2. 1. 2024 obdržel zadavatel stejnopis návrhu z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh č. 1“), jenž byl podán v návaznosti na rozhodnutí o námitkách č. 1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel návrh č. 1 rovněž dne 2. 1. 2024. Usnesením č. j. ÚOHS-03796/2024/500 ze dne 25. 1. 2024 (dále jen „usnesení k návrhu č. 1“) Úřad rozhodl o zastavení správního řízení vedeného na návrh č. 1 podle § 257 písm. i) zákona, neboť ze strany zadavatele došlo ke zrušení přezkoumávaného úkonu, tj. oznámení o výběru č. 1 (viz níže).

5. Dne 22. 12. 2023 obdržel navrhovatel od zadavatele Rozhodnutí a oznámení o zrušení oznámení o výběru dodavatele z téhož dne (dále jen „zrušení oznámení o výběru č. 1“) a rovněž nové Oznámení o výběru dodavatele z téhož dne vč. jeho příloh (dále jen „oznámení o výběru č. 2“), jímž zadavatel informoval opětovně o výběru navrhovatele. Dne 8. 1. 2024 obdržel zadavatel proti oznámení o výběru č. 2 námitky z téhož dne (dále jen „námitky č. 2“). Rozhodnutím zadavatele o námitkách ze dne 23. 1. 2024 (dále jen „rozhodnutí o námitkách č. 2“) zadavatel námitky č. 2 odmítl. Dne 2. 2. 2024 obdržel zadavatel stejnopis návrhu z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh č. 2“), jenž byl podán v návaznosti na rozhodnutí o námitkách č. 2. Úřad obdržel návrh č. 2 rovněž dne 2. 2. 2024. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-14182/2024/500 ze dne 4. 4. 2024 (dále jen „rozhodnutí k návrhu č. 2“) Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele, jenž dle Úřadu spočíval v tom, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidlo stanovené v § 48 odst. 8 ve spojení s § 48 odst. 2 písm. a) zákona, když nevyločil z účasti v zadávacím řízení navrhovatele, ačkoli jím předložená nabídka nesplnila podmínku technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona vymezenou v čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace, rozhodl o zrušení oznámení o výběru č. 2 společně s uskutečněným rozhodnutím zadavatele o tomto výběru navrhovatele oznámeném dne 22. 12. 2023. Proti rozhodnutí k návrhu č. 2 podal navrhovatel dne 18. 4. 2024 rozklad z téhož dne.
6. Dne 9. 4. 2024 zadavatel vyhotovil Rozhodnutí a oznámení o zrušení rozhodnutí a oznámení o výběru dodavatele z téhož dne (dále jen „rozhodnutí o zrušení výběru“), jímž přistoupil ke zrušení oznámení o výběru č. 2 a Rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 22. 11. 2023. Dne 24. 4. 2024 obdržel zadavatel proti rozhodnutí o zrušení výběru námitky navrhovatele z téhož dne (dále jen „námitky č. 3“). Rozhodnutím zadavatele o námitkách ze dne 7. 5. 2024 (dále jen „rozhodnutí o námitkách č. 3“) zadavatel námitky č. 3 odmítl. Dne 17. 5. 2024 obdržel zadavatel stejnopis návrhu z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh č. 3“), jenž byl podán v návaznosti na rozhodnutí o námitkách č. 3. Úřad obdržel návrh č. 3 rovněž dne 17. 5. 2024. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-23861/2024/500 ze dne 14. 6. 2024 Úřad návrh č. 3 dle § 265 písm. b) zákona zamítl, neboť shledal, že nebyl podán oprávněnou osobou.
7. Dne 7. 5. 2024 zadavatel vyhotovil Rozhodnutí o vyloučení dodavatele z téhož dne (dále jen „rozhodnutí o vyloučení“), jímž rozhodl o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Dne 22. 5. 2024 obdržel zadavatel proti rozhodnutí o vyloučení námitky navrhovatele z téhož dne (dále jen „námitky č. 4“). Rozhodnutím zadavatele o námitkách ze dne 31. 5. 2024 (dále jen „rozhodnutí o námitkách č. 4“) zadavatel námitky č. 4 odmítl. Dne 9. 7. 2024 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j. ÚOHS-26760/2024/163 z téhož dne, jímž rozhodnutí k návrhu č. 2 zrušil a správní řízení vedené ve věci návrhu č. 2 zastavil, neboť došlo k naplnění podmínek dle § 257 písm. i) zákona.

8. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nesouhlasil s důvody uvedenými zadavatelem v rozhodnutí o námitkách č. 4, podal dne 10. 6. 2024 k Úřadu návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh č. 4“). Zadavatel obdržel stejnopis návrhu č. 4 rovněž dne 10. 6. 2024.

## II. OBSAH NÁVRHU Č. 4

9. Navrhovatel úvodem návrhu č. 4 zopakoval dosavadní průběh zadávacího řízení od oznámení o výběru č. 2 do rozhodnutí o vyloučení. V tomto kontextu zejména podotkl, že Úřad v rozhodnutí k návrhu č. 2 přistoupil k výkladu čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace nad rámec stanovených zadávacích podmínek tak, že byl v rozporu s výkladem a úmyslem zadavatele. Navrhovatel sdělil, že přestože zdůrazňoval, že má za to, že jím dosud předkládaná referenční zakázka, tj. plnění 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“) dokládán jako „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“), danou podmínku technické kvalifikace splňuje, předložil na výzvu zadavatele i další (celkem 3 další) reference. Konkrétně se jedná o plnění dokládané ve vztahu k jeho poddodavatel [Obchodní tajemství: název, IČO, sídlo poddodavatele] (dále jen „poddodavatel B“), a to pod názvem [Obchodní tajemství: název reference] (dále jen „reference B1“), dále o plnění pod názvem [Obchodní tajemství: název reference] (dále jen „reference B2“) a referenční plnění dokládané pod názvem [Obchodní tajemství: název reference] (dále jen „reference B3“).<sup>2</sup>
10. Navrhovatel k uvedeným referencím B1, B2 a B3 uvedl, že dočasná sdružení podniků (společností), realizovala předmětné referenční stavby společně a nerozdílně. Navrhovatel je přesvědčen, že i jím předložené výňatky ze stanov těchto dočasných sdružení podniků jednoznačně prokazují dostatečné zapojení poddodavatele B do zadavatelem požadované části referenčních staveb, tj. do části spočívající v novostavbě ražených silničních tunelů ve smyslu čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v), a to i dle čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace.

---

<sup>2</sup> Úřad sděluje, že informace týkající se identifikace poddodavatele B a skutečnosti zachycující know-how poddodavatele B při realizaci veřejných zakázek (zde dokládaných referenčních plnění) v rámci dočasných sdružení podniků byly navrhovatelem označeny jako obchodní tajemství, které je z tohoto titulu nutné chránit. Úřad tedy upozorňuje, že k označení poddodavatele B a s ohledem na obsah odůvodnění tohoto rozhodnutí a v něm předkládaných skutečnostech a informacích též k identifikaci referencí B1, B2 a B3 je nutné přistupovat jako k informacím obsahujícím obchodní tajemství. Úřad zde pro účastníky zde vedeného správního řízení v souvislosti s těmito informacemi akcentuje, že za nekalou soutěž se ve smyslu § 2976 písm. h) zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v rozhodném znění (dále jen „občanský zákoník“), považuje porušení obchodního tajemství. Porušením obchodního tajemství je přitom podle § 2985 občanského zákoníku jednání, jímž jednatel jině osobě neoprávněně sdělí, zpřístupní, pro sebe nebo pro jiného využije obchodní tajemství, které může být využito v soutěži a o němž se dověděl za podmínek stanovených tímto zákonem. Podle § 2988 občanského zákoníku pak platí, že osoba, jejíž právo bylo nekalou soutěží ohroženo nebo porušeno, může proti rušiteli požadovat, aby se nekalé soutěže zdržel nebo aby odstranil závadný stav, dále může požadovat přiměřené zadostiučinění, náhradu škody a vydání bezdůvodného obohacení. Současně Úřad připomíná, že pokud by se takového jednání určitá fyzická osoba dopustila a způsobila tím ve větším rozsahu újmu jiným soutěžitelům nebo tím opatřila sobě nebo jinému ve větším rozsahu neoprávněně výhody, může se současně dopustit trestného činu porušování pravidel hospodářské soutěže podle § 248 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, v rozhodném znění.

11. Navrhovatel s rozhodnutím o vyloučení a s rozhodnutím o námitkách č. 4 nesouhlasí, považuje je za věcně nesprávná a nepřiměřená. Podle navrhovatele nebyly dány zákonem vymezené důvody pro jeho vyloučení dle § 48 odst. 2 písm. a) a b) zákona, neboť je přesvědčen, že splnění podmínky technické kvalifikace dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) a čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace prokázal. Navrhovatel má rovněž za to, že zadavatel se s jeho námitkami dostatečně nevypořádal, tedy že rozhodnutí o námitkách č. 4 je nepřezkoumatelné. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o vyloučení a rozhodnutí o námitkách č. 4.

#### *K rozhodnutí o vyloučení*

12. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel nerozporuje, že jím doložené reference naplňují kvalifikační požadavek zadavatele, když v sobě zahrnují poskytnutí stavební práce, jejímž předmětem byla novostavba, resp. kompletní výstavba raženého silničního tunelu v požadované délce minimálně 100 m (její součástí nemusela být pokládka asfaltové vozovky). Zadavatel však dle něj zastává názor, že neprokázal takové zapojení poddodavatele B na referenčních stavbách, které by svědčilo o tom, že je oprávněným nositelem všech poskytnutých prací. Navrhovatel přitom s uvedeným nesouhlasí, neboť takový závěr dle něj nemá oporu v zadávací dokumentaci, když vychází z nesprávného výkladu požadavku dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) a čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace, a neodpovídá dle něj ani polské rozhodovací praxi a ani rozhodovací praxi Úřadu a Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“).
13. Navrhovatel konstatoval, že společnosti, které tvořily dočasná sdružení podniků, se zavázaly reference realizovat společně a nerozdílně. Jednotlivým objednatelům tedy odpovídaly společně a nerozdílně za poskytnutí všech prací a plnění, tedy i poddodavatel B odpovídal každému z objednatelů v plném rozsahu za poskytnutí všech prací na dané referenční stavbě. Z doložených stanov dle navrhovatele vyplývá, že partneři jednotlivých sdružení nestanovili žádné rozdělení rozsahu prací, které mají být provedeny, společně jmenovali orgány pro řízení zakázky (řídící výbor), jenž byl všemi zúčastněnými partnery oprávněn mj. zadávat práce, které měly být jednotlivými členy či poddodavateli provedeny. Navrhovatel sdělil, že práva a povinnosti členů sdružení byly tedy solidární a veškeré práce tak byly prováděny a kontrolovány partnery společně a nerozdílně.
14. Navrhovatel je přesvědčen, že poddodavatel B tak nabyt zkušenost celého konsorcia obdobně jako hlavní dodavatel nabývá zkušenosti z veřejných zakázek za své poddodavatele (resp. spolu s nimi). Navrhovatel v této souvislosti akcentoval, že ze zákona ani ze zadávací směrnice nevyplývá žádná povinnost členů konsorcia interně specifikovat rozdělení konkrétních činností při plnění zakázky. Zaměstnanci poddodavatele B dle něj zastávali v rámci všech dokládáných referenčních staveb funkci zástupce zhotovitele, což dle něj potvrzuje, že poddodavatel B byl odpovědný za veškeré práce realizované v rámci konsorcia, řídil celou zakázku a vykonával dohled nad realizovanými pracemi, tedy měl na realizaci všech prací konkrétní podíl obdobně jako má generální dodavatel zaštiťující veškeré činnosti v rámci jím realizovaných staveb, k nimž využívá celou síť poddodavatelů. Poměr pro vzájemné vypořádání mezi účastníky sdružení dle něj nic nemění na tom, že poddodavatel B odpovídal zadavateli za splnění referenčních stavebních prací v celém rozsahu, tj. ze 100 %, a to za každou jednotlivou část projektu.

15. K referenci B1 a B3 navrhovatel obecně uvedl, že poddodavatel B jako vedoucí člen konsorcia vzhledem k zastávané funkci řídil záležitosti celé zakázky a byl odpovědný za veškeré práce představující jejich předmět plnění. Personál poddodavatele B byl dle navrhovatele zapojen zejména na vedoucích pozicích, což dle něj potvrzuje oprávnění poddodavatele B legitimovat se celou referenční zakázkou získanou konsorciem.
16. Navrhovatel sdělil, že výše uvedené lze demonstrovat na příkladu reference B3, kde v rámci jejího sdružení měl poddodavatel B finanční podíl 80 %. V této souvislosti poukázal zejména na čl. 6 stanov upravující složení řídicího výboru, jehož úkolem je nejvyšší vedení, řízení a ovládání celého sdružení. Podle čl. 7 stanov upravujícího kompetence řídicího výboru má dle něj řídicí výbor veškeré pravomoci potřebné pro plnění předmětu podnikání sdružení včetně navrhování, jmenování i odvolání vedoucího i schvalování veškerých zpráv, studií a specifikací týkajících se dané stavby. Podstatné dle navrhovatele dále je, že podle čl. 8 stanov přijímá řídicí výbor rozhodnutí absolutní většinou podílů ve sdružení, kterou měl s ohledem na podíl 80 % právě poddodavatel B. S ohledem na výše uvedené tak nelze mít dle navrhovatele pochyb, že poddodavatel B jako vedoucí sdružení měl rozhodující pravomoc při vedení, řízení a ovládání celého sdružení, jakož i rozhodující roli při výstavbě dané referenční stavby. Čl. 9 stanov dle něj svědčí o tom, že poddodavatel B byl jediným vedoucím celého sdružení, jemuž byly svěřeny rozhodné úkoly a pravomoci, a dokládá dle něj jeho přímé zapojení do všech částí dané referenční stavby. Podíly společností ve sdružení mají dle navrhovatele význam především pro vzájemné interní vypořádání mezi členy konsorcia, kdy i materiální, lidské a finanční prostředky byly poskytnuty členy sdružení v poměru k procentu jejich podílů (viz čl. 10 a čl. 16 stanov). Závěrem navrhovatel poukázal, že čl. 15 stanov zakotvuje, že všichni členové sdružení nesou společnou, nerozdílnou a neomezenou odpovědnost vůči třetím subjektům, tedy i objednateli, a to i v souladu s čl. 8 odst. 8 španělského zákona č. 18/1982 Sb. Skutečnost, že oba členové sdružení v rámci reference B3 byli odpovědni společně a solidárně za její provedení, tj. že každý z nich byl plně odpovědný za provedení prací vč. stavby uvedeného tunelu, dle navrhovatele dokládá i potvrzení Ministerstva dopravy a udržitelné mobility ze dne 6. 6. 2024.
17. K referenci B2 navrhovatel uvedl, že poddodavatel B zde poskytoval stavbyvedoucího jako osobu technicky a organizačně odpovědnou za celou referenční stavbu, již byli podřízeni i všichni na stavbě zúčastnění, což dle něj rovněž dokládá přímý podíl poddodavatele B na všech stavebních pracích poskytnutých v rámci této reference.
18. Navrhovatel zastává názor, že poddodavateli B svědčí dané reference s ohledem na jeho přímý podíl na výstavbě odpovídající stanovenému požadavku technické kvalifikace. Zadavatel dle něj v zadávací dokumentaci nestanovil požadavek, aby se na dané stavební práci podílel pouze a výhradně dodavatel, resp. jeho poddodavatel, kdy toto nelze dle něj dovozovat ani z čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace, který ani nestanovuje, že by musel vykonávat určité konkrétní činnosti v rámci dané stavební práce. Přesto se dle něj zadavatel v rozhodnutí o námitkách č. 4 snaží nově svůj postoj zdůvodnit odkazem na právě citovanou zadávací podmínku. Navrhovatel s odkazem na rozhodovací praxi Úřadu, resp. jeho předsedy, zejména akcentoval, že i zde zadavatel stanovil kvalifikační požadavek velmi obecně, tedy nepožadoval, aby dodavatel (jeho poddodavatel) požadovanou stavební práci provedl výlučně sám bez společné účasti jiných dodavatelů či bez využití poddodavatelů. K tomu dodal, že stavební práce, jejichž předmětem je novostavba raženého silničního tunelu, nespádají ani

do významných činností, které v případě veřejné zakázky nesmí provádět osoba od dodavatele odlišná. Podílel-li se tak (pod)dodavatel na realizaci plnění, je dle něj oprávněn se na takové plnění při prokazování své technické kvalifikace spoléhat, kdy opak by dle něj byl nejen v rozporu s ustálenou rozhodovací praxí SDEU, ale rovněž by znamenal, že dotčená reference by nemohla svědčit ani dodavateli, který zakázku převážně realizoval.

19. Podle navrhovatele rozhodnutí Úřadu citovaná v rozhodnutí o vyloučení nedopadají na zde šetřený případ, když ani jedno z nich nedává odpověď na otázku, za jakých okolností může být technická kvalifikace dokládána zkušeností získanou plněním stavební práce ve sdružení, ani jakou roli má člen sdružení plnit, aby mu bylo možné danou referenci přičítat.
20. Navrhovatel je nadto přesvědčen, že zadavatel vůči němu uplatňuje extrémní požadavky ve vztahu k dokládaným referencím poddodavatele B, které jsou dle něj nepřiměřené, netransparentní a diskriminační.
21. Navrhovatel je kromě výše uvedeného rovněž přesvědčen, že poddodavatel B plnil z materiálního hlediska<sup>3</sup> na referencích B1 a B3 funkci generálního dodavatele, o čemž dle něj svědčí i závěry rozhodovací praxe Úřadu. Navrhovatel k tomu podotkl, že v nyní šetřeném případě se nejedná v rámci dokládaného plnění ani o vyhrazenou činnost ve smyslu § 105 odst. 2 zákona, která má být plněna výhradně dodavatelem. Navrhovatel konstatoval, že oproti referenci A (na níž byl poddodavatel A poddodavatelem) se v případě referencí poddodavatele B jedná o situaci odlišnou, neboť ten byl v přímém smluvním vztahu k objednateli referenčních staveb, byl vůči němu odpovědný v plném rozsahu celé zakázky (nikoli pouze z 80 %) a jako vedoucí zaštiťoval činnosti prováděné v rámci celé výstavby včetně požadovaných tunelů.
22. Závěrem navrhovatel poukázal, že zadavateli doložil i osvědčení prokazující, že poddodavatel B disponuje příslušnou technickou kvalifikací pro realizaci stavebních prací spočívajících v ražbě tunelů o hodnotě přesahující částku 5 milionů eur, tj. nejvyšší dosažitelnou úroveň v rámci certifikace. Pokud přitom zadavatel měl i přes doložené doklady nadále pochybnost o splnění podmínek technické kvalifikace, byl dle něj povinen jej vyzvat k jejich dalšímu doplnění namísto toho, aby jej ze zadávacího řízení bez dalšího vyloučil.
23. S ohledem na výše uvedené je tak navrhovatel přesvědčen, že zadavatel postupoval v rozporu s § 6 odst. 1 a 2 zákona a § 48 odst. 2 písm. a) a b) zákona, neboť jej svévolně v rozporu se zákonem, rozhodovací praxí i stanovenými zadávacími podmínkami vyloučil ze zadávacího řízení, ačkoli prokázal splnění dotčené podmínky technické kvalifikace prostřednictvím poddodavatele B, který nabyl požadovanou kvalifikaci společně s dalšími dodavateli, a to v rozsahu, který odpovídá požadavku zadavatele.

---

<sup>3</sup> Navrhovatel uvedené dovozuje zejména ze skutečnosti, že poddodavatel B dle něj zastával funkci jediného vedoucího, který kontrahoval subdodavatele i zaměstnance, rozhodoval o dílčích dodávkách, organizoval technické práce, nakupoval veškeré stroje a movitý majetek potřebný k plnění zakázky a byl přítomen při vyhotovování jednotlivých protokolů, řídil a kontroloval kvalitu a rozsah dílčích prací a vykonával celou řadu dalších dílčích činností při výstavbě referenčních staveb. Poddodavatel B jako vedoucí dle něj vystupoval jakožto zástupce celého sdružení vůči třetím osobám a byl společně a nerozdílně odpovědný objednateli referenční stavby. Nadto měl se svým většinovým podílem i rozhodující pravomoc v rámci řídicího výboru.

*K rozhodnutí o námitkách č. 4*

24. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel se namítanými skutečnostmi ohledně fungování dočasných sdružení podniků, v nichž poddodavatel B v rámci dokládáných referencí působil, vůbec nezabýval, a to ani skutečnostmi vyplývajícími ze stanov sdružení k referenci B3, a proto zatížil rozhodnutí o námitkách č. 4 vadou nepřezkoumatelnosti. Rovněž je přesvědčen, že zadavatel se v něm dostatečně nezabýval ani referencí B2, již bez řádného odůvodnění odmítl uznat, a nevypořádal se ani s otázkou, za jakých okolností může být technická kvalifikace doložená zkušeností získanou plněním stavební práce ve sdružení získána a jakou roli má člen ve sdružení plnit, aby mu bylo možné danou referenci přičítat. Podle navrhovatele zadavatel pochybil, když se specifiky jednotlivých referenčních staveb poddodavatele B nezabýval.

**III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

25. Úřad obdržel návrh č. 4 dne 10. 6. 2024 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
26. Účastníky správního řízení jsou podle § 256 zákona zadavatel a navrhovatel.
27. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem ze dne 11. 6. 2024.
28. Usnesením ze dne 11. 6. 2024 určil Úřad zadavateli lhůtu k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a k zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
29. Usnesením ze dne 14. 6. 2024 určil Úřad navrhovateli lhůtu k předložení úředně ověřených překladů do českého jazyka k písemnostem vyhotoveným v cizím jazyce, které požaduje v rámci správního řízení provést jako důkaz.
30. Usnesením ze dne 18. 6. 2024 určil Úřad navrhovateli lhůtu ke sdělení a jednoznačné identifikaci veškerých konkrétních informací obsažených v dokumentech zaslanych nebo zpřístupněných Úřadu v souvislosti s veřejnou zakázkou, jejichž obsahem má být obchodní tajemství ve smyslu § 504 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), a to zejména ve vztahu k poddodavateli B, jak je obecně sdělil ve svém přípisu ze dne 17. 6. 2024 jako i v přípisu ze dne 27. 5. 2024<sup>4</sup>, a současně s tím k řádnému odůvodnění, proč tyto konkrétní skutečnosti považuje za obchodní tajemství.
31. Dne 19. 6. 2024 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k návrhu č. 4 z téhož dne (dále jen „vyjádření zadavatele k návrhu č. 4“).

**Vyjádření zadavatele k návrhu č. 4**

32. Zadavatel úvodem uvedl, že po vydání rozhodnutí k návrhu č. 2 (kdy dne 9. 4. 2024 vyhotovil rozhodnutí o zrušení výběru) znovu oslovil navrhovatele, a to výzvami ze dne 9. 4. 2024

---

<sup>4</sup> Přípis ze dne 17. 6. 2024 Úřad obdržel téhož dne v rámci zde vedeného správního řízení ve věci návrhu č. 4, přípis ze dne 27. 5. 2024 Úřad obdržel téhož dne, a to již v rámci vedeného správního řízení ve věci návrhu č. 3. Navrhovatel uvedenými přípisy povšechně označil za obchodní tajemství informace o jeho poddodavateli B, a to veškeré dokumenty týkající se jeho poddodavatele B, resp. veškeré údaje týkající se a související s poddodavatelem B.



a ze dne 24. 4. 2024, aby objasnil a doplnil svou nabídku ohledně prokázání splnění dotčené části technické kvalifikace. Vzhledem k tomu, že z doručených objasnění navrhovatele a z jím nově předložených dokladů nevyplývá zadavateli najisto, že navrhovatel prokazuje podmínky kvalifikace v celém požadovaném rozsahu, rozhodl o jeho vyloučení ze zadávacího řízení. S ohledem na níže uvedené skutečnosti považuje zadavatel návrh č. 4 jako nedůvodný a navrhuje, aby jej Úřad dle § 265 písm. a) zákona zamítl.

#### *K rozhodnutí o vyloučení*

33. Zadavatel sdělil, že skutečně nerozporuje, že věcný, technický a technologický obsah dotčených předložených referencí zřejmě odpovídá stanovenému požadavku dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace. Současně konstatoval, že navrhovatel neprokázal, že minimum prací požadovaných v rámci daného kvalifikačního požadavku realizoval sám nebo prostřednictvím svého poddodavatele. Navrhovatel tedy dle něj nesplnil požadavek dle čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace, kdy zadavatel na tomto důvodu vyloučení navrhovatele trvá.
34. Zadavatel uvedl, že ve smyslu názoru Úřadu musí trvat na tom, že v rámci dotčeného referenčního požadavku musel kvalifikační dodavatel (resp. poddodavatel) na definovaných 100 metrech tunelu realizovat nejen samotnou ražbu a ostění, ale i veškeré ostatní práce, které je třeba na novostavbě provést. Pro prokázání, že byly vyhotoveny i tyto ostatní práce, pak nestačí doložit, že dodavatel realizoval 80 % finanční hodnoty celku, neboť tato informace nemůže zaručit, že daný subjekt uskutečnil (vedle finančně nejnáročnějších činností) i činnosti další. Zadavatel v tomto kontextu tedy shrnul, že společnou a nerozdílnou odpovědnost členů sdružení nelze postavit naroveň skutečnosti, že konkrétní subjekt reálně získal relevantní zkušenost s realizací konkrétních činností. K ověření této reálné zkušenosti dle zadavatele směřuje požadavek dle čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace, přičemž potřebu ověření, že osoba prokazující kvalifikaci skutečně sama prováděla relevantní činnosti, dle něj sledují i závěry rozhodnutí k návrhu č. 2.
35. Pokud by zadavatel vycházel z výkladu navrhovatele, pak by dle svého přesvědčení musel dojít k absurdnímu závěru, že i dodavatel s marginálním podílem na celém sdružení by měl být oprávněn disponovat celým objemem referenční zakázky, tj. mělo by na něj být nahlíženo jako na zkušeného a kvalifikovaného dodavatele pro všechny činnosti, které byly v rámci dané zakázky prováděny. Z prostého faktu společné a nerozdílné odpovědnosti, společné účasti na řídicím orgánu apod. tedy nelze dle zadavatele dovozovat, že všichni společníci sdružení získávají plnohodnotnou zkušenost ze všech činností v rámci reference, tj. že získávají alespoň takovou zkušenost, která je zde nezbytná pro prokázání kvalifikace.
36. Zadavatel akcentoval, že směrnice ani zákon nezakazují požadovat identifikaci jednotlivých činností realizovaných v rámci konsorcia, kdy daná povinnost v rámci veřejné zakázky vyplývá z čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace.
37. Zadavatel dále uvedl, že navrhovatel v rámci návrhu č. 4 nově předkládá potvrzení Ministerstva dopravy a udržitelné mobility Španělského království ze dne 6. 6. 2024 (dále jen „potvrzení ministerstva z 6. 6. 2024“). Veškerá vyjádření tohoto ministerstva, stejně jako potvrzení ministerstva z 6. 6. 2024, dle zadavatele prokazují pouze společnou a nerozdílnou odpovědnost společníků sdružení za referenční zakázku jako celek. Podle zadavatele z žádného vyjádření daného ministerstva nevyplývá, že poddodavatel B realizoval sám nebo

prostřednictvím vlastních poddodavatelů minimálně takové činnosti, jež předpokládá čl. 4 odst. 4.5.3 bod (v) zadávací dokumentace.

38. Zadavatel zdůraznil, že nepožadoval, aby dodavatel realizoval veškeré činnosti ze 100 % sám, nýbrž aby sám realizoval alespoň tu část, která splňuje daný kvalifikační požadavek. Uvedená „část“ realizovaná dodavatelem tak musí odpovídat minimálnímu požadavku kvalifikace, tedy musí mít minimálně technické vlastnosti a parametry, které požaduje zadavatel. Zadavatel dodal, že pokud některou část celku realizovala osoba odlišná od dodavatele, pak tato část nebyla logicky dodavatelem realizována a nenaplnuje tak požadavek dle čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace. Zadavatel je přesvědčen, že i Úřad jasně vykládá zadávací podmínky zadavatele tak, že dodavatel musel realizovat všechny činnosti, které ve svém souhrnu naplňují dané minimum kvalifikačního požadavku.
39. Dlouhodobé rozhodovací praxi Úřadu dle zadavatele neodpovídá ani výklad, že realizace plnění v rámci sdružení je ekvivalentní k realizaci prostřednictvím vlastního poddodavatele. Nadto dle něj prokázání zkušenosti jiného společníka sdružení vylučuje právě čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace.
40. Zadavatel konstatoval, že sdělení navrhovatele ohledně postavení poddodavatele B v pozici generálního dodavatele reference do značné míry popírá jeho dosavadní argumentaci, kde naopak opakovaně akcentoval solidární, společný a nerozdílný závazek společníků sdružení. Jako zavádějící považuje zadavatel rovněž tvrzení, že poddodavatel B měl přímou smlouvu s objednatelem, neboť smlouvu měl jako zástupce sdružení a nikoli přímo sám na své jméno. Uvedené skutečnosti dle zadavatele nevyplývají ani z dosavadních podkladů, resp. tyto je dle něj fakticky vylučují. Zadavatel je tak přesvědčen, že poddodavatel B nebyl na dotčených významných zakázkách v postavení generálního dodavatele.
41. Zadavatel je rovněž přesvědčen, že sdělení ohledně existence *„dostatečné pravomoci k vykonávání práv a přijímání povinností, které jsou potřebné pro sledování cílů, jež představují předmět podnikání dočasného sdružení, přičemž se potvrzuje, že vystupuje jménem sdružení při veškerých úkonech a uzavírání smluv, které podepisuje jakožto jeho zástupce“* navrhovatel v námitkách č. 4 neuplatnil. Rovněž uvádí, že argumentaci, že zadavatel nestanovil požadavek tak, aby se na dané stavební práci podílel pouze a výhradně dodavatel (resp. jeho poddodavatel) a že taková zpřísnující podmínka je v rozporu s čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace a nelze ji dovozovat ani ze znění s čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace, navrhovatel uplatnil až v návrhu č. 4 a nepředcházely jí tak řádně podané námitky. Za nové sdělení skutečností, jemuž nepředcházelo řádné podání námitek, považuje zadavatel i to, z nichž navrhovatel dovozuje, že z materiálního hlediska plnil poddodavatel B funkci generálního dodavatele.

#### *K rozhodnutí o námitkách č. 4*

42. Zadavatel odmítá, že by rozhodnutí o námitkách č. 4 bylo jakkoli nepřezkoumatelné či nezákonné. Je přesvědčen, že se v něm vyjádřil i k argumentaci ohledně vnitřních poměrů ve sdružení, kdy transparentně uvedl, že je nepovažuje za relevantní a proč k tomuto závěru dospěl. Zadavatel tak věří, že svým postupem zcela naplnil povinnost dle § 245 odst. 1 zákona, tj. vyjádřil se podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách č. 4.

### Další průběh správního řízení

43. Dne 24. 6. 2024 obdržel Úřad od navrhovatele v reakci na usnesení ze dne 18. 6. 2024 přípis k vyznačení obchodního tajemství z téhož dne společně s jednotlivými dokumenty, v nichž tvrzené obchodní tajemství vyznačil. Navrhovatel v uvedeném přípise předložil své odůvodnění, proč považuje konkrétní skutečnosti za obchodní tajemství.
44. Dne 26. 6. 2024 obdržel Úřad od navrhovatele v reakci na usnesení ze dne 14. 6. 2024 přípis k doložení úředních překladů poskytnutých dokumentů z téhož dne společně s listinami, jejichž součástí byla překladatelská doložka legalizující překlad dotčené připojené listiny, jež dle jejího znění zajišťovala legalizaci bez odpovědnosti za kvalitu a formální zákonnou stránku vzhledu překladu dle české legislativy, tj. k legalizaci dle ní „*bylo přistoupeno pouze z důvodu splnění formalit pro postoupení soudu*“. Jako pouze prostý překlad navrhovatel doložil Úřadu španělský zákon č. 18/1982 Sb. a 3 rozhodnutí Národního odvolacího senátu, tj. rozhodnutí vydaná v rámci polské rozhodovací praxe. Navrhovatel Úřad v uvedeném přípise žádal, aby k předložení daných překladů přihlédl a úředně ověřený překlad listin již dále nevyžadoval, přičemž Úřad této žádosti vyhověl<sup>5</sup>.
45. Usnesením ze dne 8. 7. 2024 stanovil Úřad účastníkům správního řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí, kdy tuto na žádost navrhovatele ze dne 9. 7. 2024 prodloužil usnesením ze dne 11. 7. 2024.
46. Dne 17. 7. 2024 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne (dále jen „vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí“). Následně dne 19. 7. 2024 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne (dále jen „vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí“).

### Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí

47. Zadavatel úvodem shrnul podstatné mezníky zadávacího řízení a Úřadem vedeného správního řízení ve věci návrhu č. 4. Rovněž předně konstatoval, že po provedeném nahlížení do správního spisu shledal, že v rámci zpřístupněných dokumentů chyběly položky č. 18 až 41 ve spise, kdy mu však není známo, zda se mezi těmito dokumenty nachází i relevantní podklad, popř. podklady pro vydání rozhodnutí Úřadu. Pokud by tomu tak bylo, zadavatel si vyhradil, aby se s takovým případným podkladem mohl dodatečně seznámit a před vydáním rozhodnutí Úřadu se k němu vyjádřit. K obsahu mu zpřístupněného správního spisu v rámci nahlížení dodal, že zde neshledal oproti dokumentům předloženým společně s návrhem ve smyslu meritorní argumentace navíc žádné relevantní dokumenty, přičemž se zde dále nachází dokumenty objasňující případné obchodní tajemství v podáních navrhovatele.
48. Zadavatel dále ve stručnosti uvedl, že na důvodech vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení i nadále trvá. Ve vztahu k referencím poddodavatele B připomněl, že navrhovatel neprokázal, že minimum prací požadovaných v rámci podmínky technické kvalifikace dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace realizoval poddodavatel B sám (nebo

---

<sup>5</sup> Úřad k tomu dodává, že pro účely zde vedeného správního řízení v kontextu řešené věci nepovažoval za nezbytné vyžadovat doložení dalších překladů dotčených listin, když i na základě dosud doložených podkladů bylo možné učinit níže uvedené závěry (kdy skutečnosti podstatné pro řešení zde šetřené věci, jež plynou z těchto podkladů, nevzbuzují pochybnost, resp. nejsou mezi stranami sporné).

prostřednictvím vlastního poddodavatele), tedy že by se na nich nepodílel další účastník sdružení, čímž nesplnil požadavek dle čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace.

49. Zadavatel dále dodal, že před rozhodnutím o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení jej opakovaně vyzval k objasnění jeho nabídky. Rovněž jej za situace, kdy bylo zřejmé, že navrhovatel hodlá svou argumentaci stavět na prostém tvrzení, že se poddodavatel B podílel na plnění v rámci sdružení společně a nerozdílně, důrazně upozornil, že je uvedené tvrzení nedostatečné a navrhovatel musí prokázat reálný podíl na plnění dotčených referencí. Zadavatel současně uvedl, že vychází i ze závěrů uvedených v rozhodnutí k návrhu č. 2, kde bylo posuzováno doložení reference A poddodavatele A, které považuje i nadále za relevantní, přestože toto bylo již ke dni vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí z procesních důvodů zrušeno. V rámci těchto závěrů, kde bylo shledáno, že pro naplnění stanovené podmínky technické kvalifikace nestačilo doložit realizaci jen samotné ražby tunelu a (primárního) ostění, pak dle zadavatele nepostačí ani prokázat, že dodavatel realizoval 80 % finanční hodnoty celkových prací. Zadavatel tedy uvedl, že pokud má dle závěrů rozhodnutí k návrhu č. 2 ověřit, že dodavatel prokazující splnění dotčené podmínky technické kvalifikace realizoval všechny relevantní činnosti v rámci novostavby tunelu, nepostačí k tomu informace, že realizoval 80 % finanční hodnoty všech činností.
50. Zadavatel podotkl, že v rozhodnutí o vyloučení, v rozhodnutí o námitkách č. 4 i ve svém vyjádření k návrhu č. 4 předložil argumenty, kterými vyvracel tvrzení navrhovatele, pročež opětovně na tuto svou argumentaci v plném rozsahu odkázal. Rovněž zopakoval své přesvědčení, že navrhovatelem byly některé argumenty, zejména ty týkající se postavení blížícího se fakticky postavení generálního dodavatele a ty ohledně skutečnosti, že zadavatel mění své kvalifikační požadavky ex post, uplatněny až v rámci návrhu č. 4, pročež by k nim Úřad neměl přihlížet, neboť jim nepředcházely řádně a včas podané námitky. Zadavatel k tomu upozornil, že k žádné změně kvalifikačního požadavku dle čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace nedošlo a že ničím nepodloženou argumentaci týkající se postavení generálního dodavatele vyvrací i navrhovatelovo dosavadní tvrzení, stejně jako veškerá ustanovení smlouvy o sdružení, přičemž dodal, že z žádného dokumentu nebylo doloženo, kdo přesně a jak se podílel v rámci referencí na realizaci tunelu v délce minimálně 100 m.
51. Zadavatel i nadále trvá na tom, že při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení postupoval v souladu se zákonem, a proto navrhuje, aby Úřad návrh č. 4 zamítl.

#### **Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí**

52. Navrhovatel je nadále přesvědčen, že všechny jím předložené reference prokazují splnění požadavku zadavatele dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace, zadavatel je však odmítl uznat a vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení, ačkoli se jedná o dodavatele plně kvalifikovaného a předkládajícího ekonomicky nejvýhodnější nabídku. Navrhovatel akcentoval, že je zcela běžné, že výstavbu raženého tunelu s ohledem na složitost a rozsáhlost takové zakázky neprovádí pouze jeden dodavatel, tedy buď několik dodavatelů společně nebo jeden generální dodavatel prostřednictvím rozsáhlé sítě svých poddodavatelů. Požadavek zadavatele, aby dodavatel prokázal, že novostavbu raženého silničního tunelu realizoval pouze sám v rozsahu všech dílčích činností, považuje navrhovatel za nepřiměřený a nezákonně omezující hospodářskou soutěž.

53. K referenci A navrhovatel připomněl, že poddodavatel A v rámci ní poskytl nejvýznamnější a stěžejní stavební práce na výstavbě tunelu, neboť sám realizoval výkopové práce, provedl ražbu tunelu a jeho primární ostění, tedy se prokázal jako dostatečně kompetentní a zkušený k poskytnutí stavebních prací spočívajících v novostavbě tunelů. Podle navrhovatele reference A splňuje zadavatelem stanovené požadavky na kvalifikaci.
54. K referencím B1, B2 a B3 navrhovatel konstatoval, že svědčily o kompletní výstavbě ražených silničních tunelů, které byly součástí velkých stavebních zakázek, jež svým rozsahem a složitostí požadavky zadavatele několikrát přesahovaly. V rámci sdružení přitom nebyly jednotlivé stavební práce mezi jeho členy nijak rozděleny a nebylo definováno, kdo bude které z nich realizovat, kdy všichni partneři byli za plnění společně a nerozdílně odpovědní. Navrhovatel uvedl, že poddodavatel B realizoval tyto referenční stavby v konsorciu společně s dalšími společnostmi, kdy ve dvou případech byl dokonce vedoucím dodavatelem a měl i rozhodující pravomoc v řídicím výboru. Navrhovatel v této souvislosti připomněl, že tedy právě zástupci poddodavatele B vyjednávali všechny smlouvy se subdodavateli, zajišťovali personál realizující práce na referenčních stavbách i veškeré vybavení a strojní zařízení potřebné k provádění těchto prací. Poddodavatel B se tak přímo podílel nejen na pracích odpovídajících kvalifikačnímu požadavku, ale i na ostatních, které byly v rámci referencí realizovány. Potvrzení k referenci B3, která získali navrhovatel a zadavatel, dle navrhovatele dokládají, že se poddodavatel B skutečně podílel na celé realizaci požadované novostavby tunelu v rozsahu 80 %, tedy společně s další společností<sup>6</sup>, kdy uvedeným rozsahem se rozumí veškeré práce v rámci požadované novostavby, nikoli pouze ražba či ostění. K referenci B2 pak navrhovatel zopakoval, že poddodavatel B poskytoval stavbyvedoucího, jemuž byli podřízeni všichni na stavbě zúčastnění. Navrhovatel na základě uvedeného dovozuje, že poddodavateli B tak v případě referencí B1, B2 a B3 svědčila zkušenost v plném rozsahu poskytnutých prací. Současně též sdělil, že postavení poddodavatele B odpovídalo postavení generálního dodavatele, resp. že poddodavatel B zde nabyl zkušenost obdobně jako generální dodavatel za práce uskutečněné svými poddodavateli. Zadavatel přitom dle něj připustil, že reference B1 až B3 odpovídají požadavku na kvalifikaci dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace.
55. Navrhovatel rovněž podotkl, že zadávací směrnice připouští účast skupiny hospodářských subjektů v zadávacím řízení ve formě konsorcia, avšak z žádného jejího ustanovení nevyplývá povinnost věcně rozdělit prováděné práce mezi subjekty tvořící konsorcium. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel se ho snažil k takovému umělému rozdělení činností donutit, ačkoli k němu ve skutečnosti nedošlo. Na podporu své argumentace se navrhovatel rovněž odkázal na závěry z polské rozhodovací praxe týkající se sdružení (společnosti), přičemž z uvedeného dovozuje, že postup zadavatele je v rozporu s polskou rozhodovací praxí i rozhodovací praxí SDEU. Navrhovatel nadto shledává, že zadavatelem předložená argumentace trpí vnitřní rozporností.
56. K referencím B1, B2 a B3 navrhovatel dále sdělil, že v průběhu zadávacího řízení k nim předložil výňatky stanov, z nichž jasně vyplývalo, jakým způsobem a v jaké míře se poddodavatel B podílel na jejich realizaci. Navrhovatel k tomu uvedl, že v rámci žádného sdružení nebyly práce

---

<sup>6</sup> K tomu navrhovatel dodal, že přílohou svého vyjádření k podkladům rozhodnutí na podporu svého tvrzení, které uvedl již v námitkách č. 4 i v návrhu č.4, předkládá i potvrzení tohoto druhého člena sdružení o tom, že se poddodavatel B skutečně a materiálně podílel na celém procesu výstavby nového tunelu.

rozděleny mezi jednotlivé partnery, a bylo tak nutné zkoumat vnitřní poměry jednotlivých sdružení.

57. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel vykládá čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace v rozporu s jeho doslovným jazykovým zněním, neboť tento nepožaduje, aby zkušenosti ve smyslu čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace poskytl výlučně kvalifikační (pod)dodavatel bez možnosti zapojení dalších členů sdružení. K tomu navrhovatel podotkl, že případná jakákoli nejasnost zadávacích podmínek nesmí být vykládána k tíži dodavatele, k čemuž se odkázal i na rozhodovací praxi Úřadu. Navrhovatel současně dodal, že čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace ve spojení s čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace nedefinují, jaké všechny konkrétní činnosti musí být dodavatelem v rámci novostavby raženého silničního tunelu zahrnuty, aby splňovaly uvedené zadávací podmínky.
58. Argumentace zadavatele opírající se o rozhodnutí k návrhu č. 2 dle navrhovatele aktuálně postrádá jakoukoli relevanci, neboť toto bylo rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-26760/2024/163 ze dne 9. 7. 2024 zrušeno. Navrhovatel je i nadále přesvědčen, že se zadavatel s námitkami č. 4 řádně nevypořádal, a to ani zvláště s každou referencí poddodavatele B. Současně odmítá, že by v návrhu č. 4 namítal oproti námitkám č. 4 nové skutečnosti.
59. S ohledem na výše uvedené je navrhovatel přesvědčen, že nebyly splněny podmínky pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení, když prokázal splnění dotčeného požadavku technické kvalifikace jak referencí A, tak i referencemi B1, B2 a B3. Navrhovatel tedy nadále trvá na svém návrhu č. 4.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

60. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech relevantních podkladů, zejména dokumentace o zadávacím řízení a vyjádření předložených účastníky správního řízení, a na základě vlastních zjištění rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí, k čemuž Úřad uvádí následující.

##### **Relevantní ustanovení zákona**

61. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se pro účely tohoto zákona zadávacími podmínkami rozumí veškeré zadavatelem stanovené
  1. podmínky průběhu zadávacího řízení,
  2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
  3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
  4. pravidla pro hodnocení nabídek,
  5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona.
62. Podle § 37 odst. 1 písm. a) zákona může zadavatel podmínky účasti v zadávacím řízení stanovit jako podmínky kvalifikace.

63. Podle § 39 odst. 1 zákona zadavatel postupuje v zadávacím řízení podle pravidel stanovených tímto zákonem a je přitom povinen dodržet stanovené zadávací podmínky. Pokud pravidla pro průběh zadávacího řízení tento zákon nestanoví, určí je zadavatel v souladu se zásadami podle § 6 zákona.
64. Podle § 39 odst. 5 zákona provede zadavatel posouzení splnění podmínek účasti nebo hodnocení kritérií podle § 39 odst. 3 zákona na základě údajů, dokladů, vzorků nebo modelů poskytnutých účastníkem zadávacího řízení. Zadavatel může ověřovat věrohodnost poskytnutých údajů, dokladů, vzorků nebo modelů a může si je opatřovat také sám. Vzorky může zadavatel podrobovat zkouškám a vycházet z výsledků těchto zkoušek.
65. Podle § 46 odst. 1 zákona zadavatel může pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.
66. Podle § 46 odst. 2 zákona platí, že po uplynutí lhůty pro podání nabídek nemůže být nabídka měněna, nestanoví-li tento zákon jinak; nabídka však může být doplněna na základě žádosti podle § 46 odst. 1 zákona o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení. V takovém případě se doplnění údajů týkajících se prokázání splnění podmínek účasti za změnu nabídky nepovažují, přičemž skutečnosti rozhodné pro posouzení splnění podmínek účasti mohou nastat i po uplynutí lhůty pro podání nabídek.
67. Podle § 48 odst. 1 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
68. Podle § 48 odst. 2 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení
- a) nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil,
  - b) nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46 zákona, nebo
  - c) neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení.
69. Podle § 73 odst. 3 písm. b) zákona může zadavatel v nadlimitním režimu požadovat prokázání technické kvalifikace podle § 79 zákona.
70. Podle § 79 odst. 1 zákona zadavatel kritéria technické kvalifikace stanoví za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Zadavatel může považovat technickou kvalifikaci za neprokázanou, pokud prokáže, že dodavatel má protichůdné zájmy, které by mohly negativně ovlivnit plnění veřejné zakázky.
71. Podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat seznam stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací; zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady

i za dobu delší než posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.

72. Podle § 79 odst. 4 zákona platí, že nestanoví-li zadavatel v zadávací dokumentaci jinak, může dodavatel k prokázání splnění kritéria kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) nebo b) zákona použít dodávky, služby nebo stavební práce, které poskytl
- a) společně s jinými dodavateli, a to v rozsahu, v jakém se na plnění zakázky podílel, nebo
  - b) jako poddodavatel, a to v rozsahu, v jakém se na plnění dodávky, služby nebo stavební práce podílel.

### **Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení**

73. V čl. 4 odst. 4.5.1 zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že *„[d]odavatel je povinen prokázat splnění minimálních požadavků zadavatele na realizaci stavebních prací poskytnutých dodavatelem za posledních 10 let před zahájením zadávacího řízení a předložit osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto stavebních prací. Seznam poskytnutých stavebních prací zpracuje dodavatel podle formuláře č. 2.2.2. Přílohou seznamu poskytnutých stavebních prací budou osvědčení objednatelů těchto prací. Doba „za posledních 10 let před zahájením zadávacího řízení“ se pro účely tohoto zadávacího řízení nepovažuje za splněnou, pokud stavební práce uvedená v příslušném seznamu nebyla v průběhu této doby uvedena alespoň do zkušebního provozu“.*
74. Podle čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace platí, že *„[j]e-li osvědčení objednatele o řádném poskytnutí uvedené stavební práce vydáno pro sdružení či jiné seskupení dodavatelů, kteří plnili zakázku společně, a dodavatel (účastník zadávacího řízení) byl členem tohoto sdružení či seskupení, je třeba, aby dodavatel dalšími doklady (např. smlouvou o sdružení nebo doplňujícím vyjádřením objednatele k vydanému osvědčení o řádném plnění) prokázal, že ta část, kterou v rámci sdružení či seskupení dodavatelů plnil, splňuje požadavky zadavatele na minimální úroveň požadovaných stavebních prací. Byl-li dodavatel členem sdružení či seskupení dodavatelů, avšak osvědčení objednatele o řádném poskytnutí uvedené stavební práce je vydáno pouze pro tohoto dodavatele, jako člena sdružení či seskupení dodavatelů, včetně uvedení ceny pouze jím provedených stavebních prací, není již dodavatel povinen předkládat další doklady uvedené v předchozí větě. Pokud sdružení či seskupení dodavatelů, které získalo osvědčení o řádném poskytnutí uvedené stavební práce, podává nabídku v tomto zadávacím řízení ve stejném složení konkrétních členů, pak takové osvědčení postačuje bez dalšího“.*
75. Podle čl. 4 odst. 4.5.3 zadávací dokumentace zadavatel za účelem prokázání splnění technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona požaduje praxi dodavatele spočívající v poskytnutí:
- „(i) 2 stavebních prací, jejichž předmětem byla novostavba nebo rekonstrukce<sup>7)</sup> směrově rozdělené minimálně čtyřpruhové pozemní komunikace, každá v délce minimálně 3 km

---

<sup>7)</sup> „Rekonstrukce spojená s přestavbou zemního tělesa ve smyslu ČSN 73 6101 Projektování silnic a dálnic.“



- (ii) *2 stavebních prací spočívajících v pokládce asfaltové vozovky v plném profilu na směrově rozdělené minimálně čtyřpruhové pozemní komunikaci o ploše minimálně 100 tis. m<sup>2</sup>*
  - (iii) *2 stavebních prací, jejichž součástí byly zemní práce (tzn. výkopy + násypy) v min. objemu 500 000 m<sup>3</sup> (předmětem požadavku na referenční stavební práci není pokládka asfaltové vozovky)*
  - (iv) *1 stavební práci, jejímž předmětem byla novostavba nebo rekonstrukce<sup>[8]</sup> mostu na směrově rozdělené minimálně čtyřpruhové pozemní komunikaci v plném profilu v délce minimálně 200 m (předmětem požadavku na referenční stavební práci není pokládka asfaltové vozovky)*
  - (v) *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)“.*
76. Podle čl. 18 odst. 18.7 zadávací dokumentace platí, že „[t]echnická kvalifikace dle čl. 4.5.3 body (iii) až (v) zadávací dokumentace není navázána na zadavatelem vyhrazené významné činnosti, které mohou být plněny pouze přímo vybraným dodavatelem dle tohoto článku zadávací dokumentace, je tedy možné tuto technickou kvalifikaci prokazovat prostřednictvím jiných osob“.
77. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel celkem 6 nabídek, mezi nimi mj. i nabídku navrhovatele, jehož Rozhodnutím o výběru dodavatele ze dne 22. 11. 2023 vybral jakožto vybraného dodavatele pro účely plnění veřejné zakázky. Navrhovatel součástí své nabídky ve vztahu k doložení splnění podmínky technické kvalifikace dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace doložil referenci A poddodavatele A, kdy v rámci formuláře Seznam poskytnutých stavebních prací k této referenci mj. uvedl informaci, že poddodavatel A realizoval provedení výkopových prací a předcházející podepření dvou silničních tunelů. Současně zadavateli v rámci své nabídky doložil k uvedenému i osvědčení objednatele (ve španělském znění a v překladu do českého jazyka), v němž bylo obdobně sděleno, že poddodavatel A provedl v rámci reference A výkopové práce a předcházející podepření dvojitého tunelu, a dále i písemný závazek poddodavatele A, jímž se zavázal pro navrhovatele v rámci veřejné zakázky zajistit stavbu tunelu. Zadavatel uvedené skutečnosti ve vztahu k poddodavateli A akceptoval a dne 22. 11. 2023 odeslal účastníkům zadávacího řízení oznámení o výběru č. 1.
78. Po obdržení námitek č. 1 zadavatel oznámení o výběru č. 1 ze dne 22. 11. 2023 zrušil, přičemž dne 22. 12. 2023 obdržel navrhovatel oznámení o výběru č. 2, jímž zadavatel informoval opětovně o výběru navrhovatele. Dne 4. 4. 2024 vydal Úřad na základě návrhu č. 2 rozhodnutí k návrhu č. 2, jímž konstatoval, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidlo stanovené v § 48 odst. 8 ve spojení s § 48 odst. 2 písm. a) zákona, když nevyločil z účasti v zadávacím řízení navrhovatele, ačkoli jím předložená nabídka nespĺnila podmínku technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona vymezenou v čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele Úřad rozhodnutím k návrhu č. 2 zrušil oznámení o výběru č. 2 společně s uskutečněným

<sup>8</sup> „Rekonstrukce mostu spojená s rozšířením nebo výměnou nosné konstrukce.“

rozhodnutím zadavatele o tomto výběru navrhovatele oznámeném dne 22. 12. 2023. Navrhovatel se proti rozhodnutí k návrhu č. 2 bránil podáním rozkladu ze dne 18. 4. 2024, neboť byl přesvědčen o tom, že podmínku dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace splňuje a že Úřad ji vykládá nesprávně nad rámec zadávací dokumentace a v rozporu s pravidly hospodářské soutěže.

79. Dne 9. 4. 2024 zadavatel odeslal navrhovateli žádost o objasnění a doplnění údajů či dokladů z téhož dne (dále jen „žádost č. 1“), jíž dle § 46 odst. 1 zákona požádal navrhovatele o objasnění a doplnění údajů či dokladů. Zadavatel v odůvodnění žádosti č. 1 uvedl, že se cítí vázán závěry rozhodnutí k návrhu č. 2, a proto pro účely prokázání splnění technické kvalifikace dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace nemůže akceptovat předloženou významnou zakázku, tj. referenci A. Zadavatel žádostí č. 1 navrhovatele požádal o písemné objasnění nabídky, resp. o případné doplnění dokladů o prokázání splnění dané části technické kvalifikace cestou doložení nové, odlišné referenční zakázky, která by splňovala požadavky zadávací dokumentace.
80. Dne 9. 4. 2024 zadavatel rovněž vyhotovil rozhodnutí o zrušení výběru, v němž konstatoval, že Úřad rozhodl dne 4. 4. 2024 mj. o zrušení oznámení o výběru č. 2 společně s uskutečněným rozhodnutím zadavatele o tomto výběru dodavatele oznámeného dne 22. 12. 2023, když dospěl k závěru, že doklady předložené vybraným dodavatelem neprokazovaly splnění kvalifikace v plném rozsahu. Současně dodal, že rozhodnutí k návrhu č. 2 dosud nenabýlo právní moci. Zadavatel zde uvedl, že „[p]rotože se však zadavatel cítí vázán výše uvedenými závěry rozhodnutí, zadavatel konstatuje, že na základě dokladů, které měl zadavatel k dispozici ke dni rozhodnutí a oznámení o výběru nebylo možno dospět ke správnému závěru, že vybraný dodavatel prokázal splnění technické kvalifikace dle čl. 4.5.3 v) zadávací dokumentace. Rozhodnutí o výběru a navazující Oznámení tak byly nesprávná“. Zadavatel jako opatření k nápravě rozhodnutím o zrušení výběru zrušil oznámení o výběru č. 2 a Rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 22. 11. 2023.
81. Dne 19. 4. 2024 obdržel zadavatel od navrhovatele odpověď na žádost č. 1 z téhož dne (dále jen „odpověď č. 1“), v níž navrhovatel uvedl, že je přesvědčen, že splňuje kvalifikaci požadovanou zadavatelem v čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace, a to již dříve předloženou významnou zakázkou, tj. referencí A, kdy z tohoto důvodu podal proti rozhodnutí k návrhu č. 2 rozklad. Na žádost č. 1 učinil navrhovatel též doplnění dokladů k prokázání splnění dané části technické kvalifikace, a to ve smyslu doložení poddodavatele B a referencí B1, B2 a B3, ve vztahu k nimž doložil potvrzení učiněná ze strany objednatelů těchto plnění.
82. Dne 24. 4. 2024 zadavatel odeslal navrhovateli druhou žádost o objasnění a doplnění údajů či dokladů z téhož dne (dále jen „žádost č. 2“), jíž navrhovatele rovněž ve smyslu § 46 odst. 1 zákona požádal o objasnění a doplnění údajů či dokladů, konkrétně o doplnění údajů a informací k nově doloženým referencím B1, B2 a B3 a k doplnění dokumentů v souvislosti s jejich doložením a s poddodavatelem B, tj. aktualizovaného znění formulářů Seznam poskytnutých stavebních prací a Seznam poddodavatelů a jiných osob. Zadavatel žádostí č. 2 požadoval po navrhovateli zejména identifikaci částí referenčních plnění a činností, které prováděl poddodavatel B přímo či prostřednictvím svého poddodavatele, neboť shledal, že uvedené reference byly realizovány ve sdružení. Zadavatel tímto směřoval k vyloučení pochybnosti, že se na části referenčního plnění spočívajícího v novostavbě raženého silničního tunelu podílel jiný člen sdružení než poddodavatel B, a zároveň se uvedeným chtěl mj. ujistit

o tom, že dané činnosti ve svém souhrnu splňují podmínku dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace.

83. Dne 2. 5. 2024 obdržel zadavatel od navrhovatele odpověď na žádost č. 2 z téhož dne (dále jen „odpověď č. 2“), jejíž součástí navrhovatel doložil zadavateli informace a dokumenty vztahující se k novým dokládaným referencím (výňatky ze stanov daných dočasných sdružení podniků (společností), výkresy dotčených tunelů, protokoly o převzetí stavby) vč. aktualizovaného Seznamu poskytnutých stavebních prací a Seznamu poddodavatelů a jiných osob (tj. formulářů uváděných již součástí nabídky), jež doplnil o poddodavatele B a reference B1, B2 a B3. Navrhovatel má na základě těchto doložených skutečností za to, že řádně prokázal splnění podmínek technické kvalifikace dle požadavků stanovených zadavatelem.
84. Dne 7. 5. 2024 odeslal zadavatel navrhovateli rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení z téhož dne, jímž navrhovatele vyloučil dle § 48 odst. 2 písm. a) a b) zákona, jež odůvodnil tím, že navrhovatel neprokázal splnění podmínky technické kvalifikace uvedené v čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) ve spojení s čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace, a to ani na opakovanou výzvu dle § 46 zákona. Dle rozhodnutí o vyloučení nebyla reference A poddodavatele A uznána ani Úřadem v rozhodnutí k návrhu č. 2, přičemž k referencím B1, B2 a B3 zadavatel shledal, že z doložených dokumentů nevyplývá, jaké konkrétní části, resp. činnosti v rámci nich poddodavatel B prováděl, ačkoli tyto byly realizovány vždy ve sdružení, tedy z doložených dokladů nebylo zřejmé, že poddodavatel B prováděl činnosti, jež naplňují požadavky dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace.
85. Navrhovatel doložil s námitkami č. 4 k referenci B3 vydané potvrzení zahraničního subjektu o tom, že poddodavatel B jako podnik v dočasném sdružení podniků provedl stavbu nového silničního tunelu. Zadavatel po obdržení tohoto potvrzení využil svého oprávnění dle § 39 odst. 5 zákona ověřovat věrohodnost poskytnutých údajů, pročež oslovil sám daný zahraniční subjekt, zda může potvrdit autenticitu tohoto potvrzení a zda správně rozumí jeho textu tak, že dotčený tunel realizoval pouze poddodavatel B a nepodílel se na něm další účastník sdružení. V odpovědi, kterou zadavatel na tento svůj dotaz obdržel, bylo sděleno, že stavbu tunelu provedly obě v dotazu zmíněné firmy ze sdružení, a to s uvedením jejich podílu na sdružení. Navrhovatel přílohou návrhu č. 4 doložil mj. i další vydané potvrzení daného zahraničního subjektu, v němž bylo dle předloženého překladu konstatováno, že oba podniky dočasného sdružení byly odpovědné společně a solidárně za provedení projektu, tj. že každý z nich byl plně odpovědný za provedení prací včetně stavby tunelu, a že oba byly odpovědné společně a solidárně za veškeré činnosti i úkoly týkající se stavby tunelu.
86. Předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-26760/2024/163 ze dne 9. 7. 2024 rozhodnutí k návrhu č. 2 zrušil a správní řízení vedené ve věci návrhu č. 2 zastavil, neboť došlo k naplnění podmínek dle § 257 písm. i) zákona, když zadavatel zrušil přezkoumávaný úkon, resp. přijal požadované opatření k nápravě (tj. rozhodnutím o zrušení výběru zrušil oznámení o výběru č. 2 a Rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 22. 11. 2023).

## Posouzení věci

### Obecná východiska

87. Úřad předně v obecné rovině uvádí, že zadavatel provádí v průběhu zadávacího řízení mj. posouzení splnění podmínek účasti, tj. i podmínek kvalifikace, kdy kvalifikací se ve smyslu § 28 odst. 1 písm. c) zákona rozumí způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku. Při posouzení splnění kvalifikace je přitom nutné reflektovat samotný účel tohoto institutu, jímž je objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu subjektů, jež poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Adekvátně nastavené kvalifikační podmínky jsou tedy jakýmsi sítem, které má zamezit účasti subjektů neschopných danou veřejnou zakázku řádně splnit. Konkrétně smyslem kritérií technické kvalifikace je prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě (srov. § 79 odst. 1 zákona).
88. Podstatou podmínek účasti (tedy i podmínek kvalifikace) je, že představují kritéria, která musí být ze strany vybraného dodavatele naplněna, aby bylo možné s tímto dodavatelem ve výsledku též uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky. Splnění podmínek účasti účastníkem zadávacího řízení přitom posuzuje zadavatel na základě podmínek stanovených v zadávací dokumentaci a na základě údajů, dokladů, vzorků nebo modelů poskytnutých účastníkem zadávacího řízení v rámci jeho nabídky (případně též v jejím doplnění či objasnění). Pokud přitom nemá žádné relevantní indicie zpochybňující správnost a úplnost předložených údajů a dokladů, nelze zadavateli vytknout, konstatuje-li prokázání kvalifikace, potažmo splnění podmínek účasti v zadávacím řízení. Naopak, pokud v souvislosti s prokázáním kvalifikace konkrétního dodavatele vystanou na straně zadavatele jakékoliv pochybnosti, je nejen jeho možností, ale též i jeho povinností tyto odstranit, a dále řádně posoudit, zda vůbec a případně jakým způsobem účastník zadávacího řízení prokázal splnění daného kvalifikačního kritéria a splnil tak podmínky účasti v zadávacím řízení. Zákonem předvídaným způsobem odstranění takových pochybností zadavatele je v této souvislosti zejména institut objasnění nabídky upravený v § 46 zákona. Pokud pak zadavatel konstatuje, že příslušný účastník zadávacího řízení (ne)splňuje zadávací podmínky veřejné zakázky, musí být s ohledem na zásadu transparentnosti v příslušných dokumentech tvořících součást dokumentace o zadávacím řízení řádně zachyceno, na základě jakých skutečností a myšlenkových úvah k tomuto závěru dospěl a z jakých dokladů přitom vycházel.
89. Zadavatel by tak měl mít na základě údajů obdržných v nabídce dodavatele (popř. též v jejím doplnění či objasnění), zejména pak ve vztahu k vybranému dodavateli (srov. § 39 odst. 4 zákona), prokázané, že daný dodavatel zadavatelem stanovené zadávací podmínky splňuje, respektive že nabídka dodavatele, jenž by se měl stát vybraným dodavatelem pro účely realizace poptávaného plnění, stanovené podmínky zadavatele (a to i podmínky technické kvalifikace) naplňuje. Současně přitom nelze odhlédnout od skutečnosti, že stejně jako zadavatel odpovídá za správnost a úplnost zadávacích podmínek, odpovídá i účastník zadávacího řízení za svou nabídku.
90. Co se týče samotného způsobu prokazování splnění podmínek účasti, konkrétně pak podmínek technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) či b) zákona, zákonodárce v rámci

ustanovení § 79 odst. 4 zákona stanovuje pro tento postup další bližší pravidla, od nichž se může zadavatel případně v rámci jím stanovených zadávacích podmínek odchýlit. Citované ustanovení konkrétně upravuje možnost prokazování dané části kvalifikace prostřednictvím zakázek realizovaných ve spolupráci s jinými subjekty a pro tyto případy poskytuje podrobnější pravidla. Obecně platí, že dodavatel může dané zkušenosti prokazovat prostřednictvím společně plněných referenčních zakázek, a to jak v rámci společného plnění s jinými dodavateli či v rámci plnění jako poddodavatel, avšak právě v rozsahu, v jakém se na plnění dané reference (on sám) podílel. Od tohoto obecného pravidla se však, jak výslovně plyne z textu zákona, může zadavatel odchýlit, musí tak však výslovně učinit v rámci zadávacích podmínek. Z hlediska možnosti prokazování splnění podmínek kvalifikace nelze opomíjet ani možnost prokazování kvalifikace z pozice tzv. generálního dodavatele, k němuž bylo rozhodovací praxí dovozeno právo užívat referenci, kterou částečně plnil prostřednictvím poddodavatelů, v celém rozsahu<sup>9</sup>. Generálním dodavatelem se přitom rozumí subjekt, který je vůči objednateli referenční zakázky v přímém smluvním vztahu a sám nese z tohoto titulu i odpovědnost za její realizaci.

91. V této souvislosti je vhodné též připomenout, že zákon v § 48 stanovuje základní výčet skutkových podstat, při jejichž naplnění je zadavatel oprávněn vyloučit účastníka ze zadávacího řízení, kdy základním pravidlem je, že zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze v případech, které výslovně uvádí zákon. Důvody pro vyloučení účastníka zadávacího řízení v souvislosti s předkládáním údajů, dokladů, vzorků nebo modelů v zadávacím řízení, jimiž by mělo být prokázáno splnění zadávacích podmínek, upravuje ustanovení § 48 odst. 2 zákona. Konkrétně ustanovení § 48 odst. 2 písm. a) zákona opravňuje zadavatele vyloučit účastníka ze zadávacího řízení, pokud jím předložené údaje, doklady, vzorky či modely neodpovídají zadávacím podmínkám či pokud nebyly v požadované lhůtě vůbec předloženy. Ustanovení § 48 odst. 2 písm. b) zákona pak jako důvod pro vyloučení účastníka zadávacího řízení stanovuje situaci, pokud předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebyly daným účastníkem objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46 zákona.

#### *K podání námitek č. 4 a návrhu č. 4*

92. Úřad uvádí, že v rámci vedeného správního řízení se předně zabýval skutečností, zda byly naplněny základní podmínky pro to, aby bylo možné se návrhem č. 4 věcně zabývat, přičemž primárně musí být splněna povinnost navrhovatele před podáním návrhu podat zadavateli řádně a včas své námitek.
93. Z vyjádření zadavatele k návrhu č. 4 i z vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí vyplývá, že zadavatel je přesvědčen, že některá sdělení a argumentace (zejména ta týkající se způsobu fungování poddodavatele B v rámci sdružení podniků, způsobu stanovení a výkladu dotčeného požadavku zadavatelem a dovození, že z materiálního hlediska plnil poddodavatel B funkci generálního dodavatele) byla navrhovatelem použita až v návrhu č. 4, tedy že jim nepředcházelo řádné a včasné uplatnění námitek.

---

<sup>9</sup> Výjimku z tohoto pravidla mohou představovat reference k tzv. vyhrazeným významným činnostem ve smyslu § 105 odst. 2 zákona, viz např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-08720/2021/500/Alv ze dne 10. 3. 2021, sp. zn. ÚOHS-S0026/2021/VZ.

94. Úřad k výše uvedenému konstatuje, že neshledal, že by námitky navrhovatele z návrhu č. 4 nebyly řádně a včas uplatněny, neboť se zejména neztotožňuje s hodnocením příslušných navrhovatelem uváděných skutečností jako samostatných nových námitek. Podstata navrhovatelem předkládané argumentace, jež se týká i zde jmenovaných dílčích argumentů, byla obsažena již v námitkách č. 4, kdy na zde poukazované body návrhu č. 4 lze de facto nahlížet pouze jako na dopracování argumentace navrhovatele v odezvě na obdrženou reakci zadavatele v rámci rozhodnutí o námitkách č. 4, tj. i nadále v intencích podaných námitek č. 4 (týkajících se namítaného nezákonného vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení z důvodu neakceptace dokládáných referencí k prokázání splnění dané podmínky technické kvalifikace, o nichž je navrhovatel přesvědčen, že tyto zadavatelem stanovené požadavky splňují, resp. že poddodavatelé na základě nich požadovaná zkušenost náleží a tato jimi byla i prokázána). Úřad tedy neshledal, že by se v případě zadavatelem poukazovaných částí návrhu č. 4, resp. předkládaných dílčích argumentů navrhovatele jednalo o předložení zcela nových námitek, když uvedené se týká stále podstaty původně namítaných skutečností již v námitkách č. 4 a navrhovatel touto konkrétní argumentací reaguje mj. i na sdělení zadavatele uvedená v rozhodnutí o námitkách č. 4.
95. Vzhledem k tomu, že Úřad s ohledem na výše uvedené neshledal, že by návrhu č. 4 nepředcházely řádně a včas podané námitky, nedošlo ani k naplnění podmínek pro uplatnění postupu ve smyslu zastavení zahájeného správního řízení dle § 257 písm. h) zákona (a to ve vztahu k žádné části návrhu č. 4, resp. k žádné části vedeného správního řízení).

#### *K rozhodnutí o námitkách č. 4*

96. Jelikož navrhovatel ve svém návrhu č. 4 poukazuje na možné nedostatky ohledně způsobu vypořádání jeho námitek č. 4, považuje Úřad za vhodné vyjádřit se také k rozhodnutí o námitkách č. 4.
97. Úřad nejprve opakuje, že z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že námitky č. 4 byly podány řádně a včas, oprávněnou osobou a obsahovaly veškeré náležitosti ve smyslu § 244 zákona, tedy zadavatel byl povinen skutečnosti v nich uvedené věcně vypořádat v souladu s § 245 odst. 1 zákona.
98. Z ustanovení § 245 odst. 1 zákona vyplývá, že rozhodnutí o námitkách musí zadavatel odůvodnit přezkoumatelným způsobem, tj. dané rozhodnutí musí být srozumitelné a musí být opřeno o dostatek relevantních důvodů, z nichž je zřejmé, proč zadavatel námitky odmítl. V odůvodnění rozhodnutí o námitkách je zadavatel povinen vypořádat stěžejní argumenty a skutečnosti uvedené stěžovatelem v námitkách, a to v podrobnostech, které jsou adekvátní podrobnosti samotných námitek. Zadavatel tak zejména uvede, zda se s relevantními argumenty stěžovatele ztotožňuje, či nikoli, a tento svůj závěr řádně odůvodní.
99. Úřad v návaznosti na výše uvedené posoudil rozhodnutí o námitkách č. 4, kdy vycházel z toho, že pokud stěžovatel sdělí v námitkách konkrétní argumenty, je nezbytné, aby zadavatel na ně adekvátním způsobem reagoval. Úřad však zároveň doplňuje, že pro splnění požadavku na srozumitelnost a dostatečné odůvodnění stanoviska zadavatele v rozhodnutí o námitkách není nutné, aby se zadavatel vypořádával s každým dílčím aspektem argumentace stěžovatele do nejmenších podrobností; rozhodující je, zda zadavatel v rozhodnutí o námitkách poskytuje stěžovateli srozumitelné a dostatečně podrobné stanovisko k podstatě namítaných skutečností, tj. k podstatě argumentace stěžovatele. Je tedy nutné, aby odůvodnění

rozhodnutí o námitkách postihlo gros podaných námitek, aniž by ovšem bylo ze strany zadavatele nutné vypořádat každé jednotlivé tvrzení v námitkách uvedené.

100. Úřad přezkoumal rozhodnutí o námitkách č. 4 a dospěl k závěru, že ač zadavatel nevypořádal každý jeden dílčí argument uvedený v námitkách č. 4, vyjádřil se k jednotlivým bodům námitek a postihl gros uvedených námitek. Z rozhodnutí o námitkách č. 4 je rovněž zřejmé, proč zadavatel považuje tvrzení navrhovatele ohledně jemu vytýkaných pochybení za lichá, stejně tak proč považuje svůj postup v zadávacím řízení za adekvátní a souladný se zákonem.
101. Namítá-li navrhovatel, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách č. 4 nezabýval skutečnostmi ohledně fungování dočasných sdružení podniků, v nichž poddodavatel B působil, skutečnostmi vyplývajícími z jejich stanov, ani specifiky referencí B1, B2 a B3, zejména pak referencí B2, Úřad k uvedenému opakuje, že byť se zadavatel blíže nezabýval každým jednotlivým dílčím argumentem navrhovatele, tedy nerozebíral ve všech detailech veškeré navrhovatelem předložené důvody pro akceptaci jím dokládaných referencí, sdělil v rozhodnutí o námitkách č. 4 podstatu svého stanoviska, na základě níž dospěl k závěru, že navrhovatelem nebylo prokázáno splnění podmínek technické kvalifikace. Byť tedy zadavatel v podrobnostech nerozebíral skutečnosti ohledně stanov a fungování uvedených dočasných sdružení podniků, ani podrobnosti ohledně všech dotčených referencí předkládaných navrhovatelem, uvedl v rozhodnutí o námitkách č. 4 podstatné myšlenky, proč, tj. z jakého důvodu, doložení těchto referencí jako dostatečné neshledává, když konkrétně bylo dle něj v šetřeném případě, za situace, kdy poddodavatel B realizoval uvedené reference ve sdružení, zejména nezbytné doložit a prokázat, že práce odpovídající svým rozsahem minimálně dotčené stanovené podmínce technické kvalifikace byly realizovány poddodavatelem B, jímž je nyní dokládána kvalifikace, což však navrhovatel neučinil. Namítá-li navrhovatel rovněž, že se zadavatel nevypořádal ani s otázkou, za jakých okolností může dojít k nabytí technické kvalifikace v rámci doložení zkušenosti získané plněním stavební práce ve sdružení a jakou roli má člen ve sdružení plnit, aby mu bylo možné danou referenci přičítat, zadavatel se i k těmto skutečnostem v rámci rozhodnutí o námitkách č. 4 vyjadřoval, když kupř. konstatoval, že trvá na tom, že pokud se dodavatel prokazuje konkrétními činnostmi v rámci reference realizované ve sdružení, musel tyto činnosti realizovat přímo on a nikoli jiný člen sdružení, k čemuž se odkázal i na příslušnou část zadávacích podmínek (čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace). Zadavatel k tomu akcentoval přesvědčení ohledně nezbytnosti vykonání všech činností odpovídajících kvalifikačnímu požadavku přímo dodavatelem či jeho poddodavatelem a uvedl názor, že nestačí, aby dodavatel pouze řídil a rozhodoval o jejich realizaci z postavení manažerského orgánu celého projektu, kdy jako jedinou možnou výjimku z tohoto zadavatel vnímá případné naplnění pozice generálního dodavatele. Dotčené vypořádání příslušné námitky navrhovatele ze strany zadavatele považuje Úřad za dostatečné.
102. S ohledem na výše uvedené tedy Úřad shledal postup zadavatele při vypořádání námitek č. 4 souladný se zákonem, resp. neshledal naplnění důvodů pro uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení rozhodnutí o námitkách č. 4 ve smyslu § 263 odst. 5 zákona.

#### *K referencím B1, B2 a B3*

103. Předmětem zde vedeného správního řízení je otázka zákonnosti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Zadavatel vyloučení navrhovatele odůvodnil tím, že navrhovatel neprokázal splnění podmínky technické kvalifikace uvedené v čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v)

ve spojení s čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace, a to ani na opakovanou výzvu dle § 46 zákona. Dle rozhodnutí o vyloučení nebyla reference A poddodavatele A uznána ani Úřadem v rozhodnutí k návrhu č. 2, přičemž k referencím B1, B2 a B3 zadavatel shledal, že z doložených dokumentů nevyplývá, jaké konkrétní části, resp. činnosti v rámci nich poddodavatel B prováděl, ačkoli tyto byly realizovány vždy ve sdružení, tedy z doložených dokladů nebylo zřejmé, že poddodavatel B prováděl činnosti, jež naplňují požadavky dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace. Zadavatel tedy vyloučil navrhovatele dle § 48 odst. 2 písm. a) a b) zákona.

104. Úřad uvádí, že zadavatel v rámci zadávacího řízení za účelem prokázání splnění podmínek technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona stanovil v čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace požadavek na doložení praxe dodavatele spočívající v poskytnutí 1 stavební práce, jejímž předmětem byla novostavba raženého silničního tunelu v délce minimálně 100 m (předmětem požadavku na referenční stavební práci nebyla pokládka asfaltové vozovky)<sup>10</sup>. Zadavatel také v čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace ve vztahu k prokazování podmínek technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona stanovil pro případ, bylo-li osvědčení objednatele vydáno pro sdružení či jiné seskupení dodavatelů, kteří plnili zakázku společně, a dodavatel byl členem tohoto sdružení či seskupení (a uvedené sdružení či seskupení dodavatelů nepodává ve stejném složení nabídku v tomto zadávacím řízení), potřebu dalšími doklady prokázat, že ta část, kterou v rámci sdružení či seskupení dodavatelů plnil, splňuje požadavky zadavatele na minimální úroveň požadovaných stavebních prací. Z čl. 18 odst. 18.7 zadávací dokumentace dále vyplývá, že technická kvalifikace dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace není navázána na zadavatelem vyhrazené významné činnosti, které mohou být plněny pouze přímo vybraným dodavatelem a je tedy možné tuto technickou kvalifikaci prokazovat prostřednictvím jiných osob. Z textu předmětné zadávací podmínky je tak zřejmé, že zadavatel zůstal u obecného pravidla pro prokazování technické kvalifikace, jak je stanoveno v § 79 odst. 4 zákona (k tomuto v obecnosti viz výše bod 90. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
105. Navrhovatel již součástí své nabídky dokládal za účelem splnění podmínky dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace referenci A realizovanou poddodavatelem A, kdy mezi zadavatelem a navrhovatelem v průběhu zadávacího řízení vznikl spor o to, zda tato reference byla schopna prokázat z věcného hlediska splnění předmětného požadavku zadavatele, tj. zda dokládá realizaci jedné stavební práce, jejímž předmětem byla novostavba raženého silničního tunelu v délce minimálně 100 m (součástí požadavku na danou referenci nebyla pokládka asfaltové vozovky). Referenci A poddodavatele A se bude Úřad blíže zabývat v další části odůvodnění tohoto rozhodnutí<sup>11</sup>. Vzhledem k tomu, že zadavatel v rámci rozhodnutí o zrušení výběru dospěl k závěru, že na základě dokladů, které měl k dispozici ke dni rozhodnutí a oznámení výběru navrhovatele (tj. dokladů vztahujících se k referenci A) nebylo možné dospět ke správnému závěru, že navrhovatel prokázal splnění podmínky technické kvalifikace dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace, přistoupil ke zrušení oznámení o výběru č. 2 a Rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 22. 11. 2023 a pokračoval dále v posuzování splnění podmínek účasti navrhovatelem.

<sup>10</sup> Blíže k této zadávací podmínce viz část K referenci A odůvodnění tohoto rozhodnutí.

<sup>11</sup> Blíže viz část K referenci A odůvodnění tohoto rozhodnutí.



106. Zadavatel tedy vyzval navrhovatele postupem dle § 46 odst. 1 zákona k objasnění a doplnění údajů a dokladů, a to nejprve žádostí č. 1, v rámci níž požádal navrhovatele o písemné objasnění jeho nabídky, resp. o případné doplnění dokladů k prokázání splnění dané části technické kvalifikace cestou doložení nové, odlišné referenční zakázky, která by splňovala požadavky zadávací dokumentace. Navrhovatel v reakci na žádost č. 1 v odpovědi č. 1 mj. doplnil doklady k prokázání splnění dané části technické kvalifikace, tedy doplnil k jejímu prokázání reference B1, B2 a B3, jež by měly svědčit o kvalifikaci poddodavatele B, prostřednictvím něhož hodlal navrhovatel dotčenou část kvalifikace splnit. Součástí odpovědi č. 1 navrhovatel konkrétně k referencím B1, B2 a B3 doložil potvrzení učiněná ze strany objednatelů těchto plnění, kdy zadavatel z uvedených dokladů shledal, že předložená referenční plnění byla realizována poddodavatelem B vždy společně s jinými dodavateli (v rámci společnosti, resp. dočasného sdružení podniků). Rovněž navrhovatel v odpovědi č. 1 k referenci B1 sdělil, že dokládá potvrzení o výstavbě, resp. dokončení plnění sdružením dodavatelů včetně poddodavatele B, jehož součástí byla i výstavba tunelu, dále že v rámci reference B2 poddodavatel B ve sdružení s jinými dodavateli stavěl tunel a k referenci B3, že dokládá potvrzení o realizaci výstavby, jejíž součástí byla výstavba raženého tunelu.
107. Zadavatel s ohledem na výše doložené následně vyhotovil žádost č. 2, jíž navrhovatele vyzval mj. k identifikaci těch částí významné zakázky, které prováděl poddodavatel B přímo nebo prostřednictvím svého poddodavatele, a to za účelem splnění požadavků dle čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace. Zadavatel v této souvislosti navrhovatele požádal rovněž o identifikování konkrétních činností souvisejících s výstavbou raženého tunelu, které prováděl poddodavatel B, a to tak, aby bylo zřejmé, že tyto činnosti ve svém souhrnu naplňují definici stavebních prací, jejichž předmětem byla novostavba raženého silničního tunelu v délce minimálně 100 m.
108. Navrhovatel na žádost č. 2 reagoval odpovědí č. 2, jejíž součástí zaslal zadavateli další podklady vztahující se k referencím B1, B2 a B3, a to výňatky ze stanov daných dočasných sdružení podniků (společností)<sup>12</sup>, výkresy dotčených tunelů, protokoly o převzetí stavby a aktualizovaná znění formulářů Seznam poskytnutých stavebních prací a Seznam poddodavatelů a jiných osob. Navrhovatel k tomu v odpovědi č. 2 sdělil, že doložené výňatky ze stanov prokazují zapojení poddodavatele B do zadavatelem požadované části významných zakázek spočívající v novostavbě ražených silničních tunelů. Navrhovatel k tomu dále doplnil i bližší popis fungování dotčených dočasných sdružení podniků, k čemuž předně uvedl, že dočasné sdružení podniků je společný podnik, obdobně jako společnost ve smyslu § 2716 a násl. občanského zákoníku, vytvořený dvěma nebo více subjekty, které se společně a nerozdílně zavazují realizovat celou zakázku. Partneri sdružení podniků dle navrhovatele nestanoví žádné rozdělení rozsahu prací, které mají být provedeny, mezi jednotlivé partnery. Ti společně jmenují orgány pro řízení zakázky (obvykle řídicí výbor), který je všemi partnery oprávněn mj. zadávat práce, které mají být provedeny subdodavateli nebo jednotlivými partnery sdružení. K referenci B1 navrhovatel v odpovědi č. 2 uvedl, že rozhodnutí týkající se jí byla přijímána podle podílů jednotlivých partnerů, kdy v průběhu plnění se podíl poddodavatele B zvýšil na více než 80 %, tedy poddodavatel B měl rozhodující hlas v záležitostech týkajících se plnění smlouvy. Řídicí výbor s většinou účastí poddodavatele B rozhodoval a byl odpovědný za všechny práce podle smlouvy, poddodavatel B vykonával své

---

<sup>12</sup> V případě reference B1 společně s dodatkem k příslušným stanovám.

povinnosti jako vedoucí, poskytl materiální, lidské a finanční zdroje úměrné svému podílu a byl odpovědný za rozhodnutí týkající se vybavení pro stavební práce. K referenci B2 navrhovatel konstatoval, že stavbyvedoucí byl zaměstnancem poddodavatele B, což dokládá, že se poddodavatel B staral o všechny práce prováděné v rámci společného podniku. Skutečnost, že se zaměstnanci poddodavatele B podíleli na realizaci zakázky, zejména na vedoucích pozicích, dle navrhovatele potvrzuje zapojení poddodavatele B na úrovni, která mu umožňuje disponovat všemi referencemi získanými společným podnikem. Navrhovatel dále konstatoval, že doložené osvědčení objednatel k referenci B2 bylo adresováno výslovně poddodavateli B, což dle něj jednoznačně potvrzuje, že stavební práce byly prováděny právě poddodavatelem B včetně kompletní výstavby tunelu. K referenci B3 navrhovatel obdobně jako v případě reference B1 zmínil, že se v rámci zřízeného řídicího výboru rozhodovalo většinou hlasů vyplývající z podílů v konsorciu, v němž poddodavatel B disponoval 80 % podílem, tedy rozhodoval prakticky o všech činnostech souvisejících s realizací zakázky, vykonával své povinnosti jako vedoucí, poskytl i 80 % materiálních, lidských a finančních zdrojů a byl odpovědný za veškerá rozhodnutí týkající se vybavení pro stavební práce.

109. Zadavatel nicméně výše uvedené nepovažoval za dostatečné v kontextu prokázání naplnění požadavku dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace a v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení k tomu uvedl, že navrhovatel konkrétně neprokázal splnění požadavku zadavatele na minimální úroveň požadovaných stavebních prací ve smyslu čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace. Zadavatel v tomto kontextu konstatoval, že z doložených dokumentů nevyplývá, jaké konkrétní části významné zakázky reálně poddodavatel B prováděl, tj. nevyplývá z nich identifikování konkrétních činností souvisejících s výstavbou raženého tunelu tak, aby bylo zřejmé, že tyto činnosti poddodavatele B ve svém souhrnu naplňují definici stavebních prací, jejichž předmětem byla novostavba raženého silničního tunelu v délce minimálně 100 m. Zadavatel tedy uvedenou situaci vnímal tak, že navrhovatel ani na opakovanou výzvu nesplnil zadávací podmínku dle čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace. Zadavatel konstatoval, že dané předložené významné stavební práce byly vždy realizovány ve sdružení, avšak navrhovatelem nebylo v objasnění doloženo, že části významných zakázek, které reálně prováděl poddodavatel B přímo nebo prostřednictvím svého poddodavatele, ve svém souhrnu naplňují požadavek dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace. Zadavatel v této souvislosti také akcentoval, že navrhovatelem doložené výňatky ze společenských smluv nepodávají jasnou představu o konkrétních činnostech, které byly poddodavateli B svěřeny.
110. Z výše uvedeného je zřejmé, že podstatou nyní šetřené problematiky ve vztahu k dokládaným referencím B1, B2 a B3 je způsob, jímž lze prokazovat splnění podmínek technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona v případě realizace referenčního plnění více subjekty, resp. ve spolupráci s jinými subjekty. Jak již bylo výše uvedeno, konkrétně ustanovení § 79 odst. 4 zákona pamatuje na situaci, kdy dodavatel referenčního plnění realizoval společně s jinými dodavateli a kdy dané plnění realizoval jako poddodavatel, přičemž předmětné ustanovení zákona určuje, že nestanoví-li zadavatel v rámci zadávací dokumentace jinak, řídí se jeho zněním, tj. tak, jak je v zákoně vymezeno. Zákon přitom uvádí, že v případě referenčního plnění realizovaných dodavatelem společně s jinými dodavateli či jako poddodavatel se pro účely prokázání kvalifikace zohledňuje jen daným (pod)dodavatelem skutečně realizovaná část plnění, tj. reference jen v tom rozsahu, v jakém se dotčený (pod)dodavatel na jejím plnění fakticky podílel, resp. v rozsahu jaký sám fakticky plnil. Tímto je sledováno i naplnění účelu

prokazování kvalifikace, kdy daný výklad uvedené podmínky byl potvrzen i rozhodovací praxí Úřadu<sup>13</sup>.

111. Úřad akcentuje, že zákonodárce v § 79 odst. 4 zákona u společně plněných referenčních zakázek rozlišuje a) plnění společně s jinými dodavateli a b) plnění jako poddodavatel. Z hlediska českého právního řádu pak prvně uvedená situace pokrývá společnosti dle § 2716 a násl. občanského zákoníku (society), a to při vědomí skutečnosti, že jejich společníci jsou zavázáni společně a nerozdílně<sup>14</sup>. Ustanovení § 79 odst. 4 písm. a) zákona tedy nelze vykládat jinak, než že je pravidlem, že člen společnosti je povinen prokázat rozsah, v jakém se na plnění referenční zakázky podílel (nestanovil-li zadavatel jinak a na tomto prokázání netrval).
112. Rozhodovací praxí pak byla nad rámec výše uvedeného vyčleněna situace, kdy je splnění dané části technické kvalifikace dokládáno z pozice tzv. generálního dodavatele, kdy tento pojem se používá v souvislosti s rozlišením dodavatelských systémů, jež určují, které subjekty jsou v přímém vztahu k investorovi stavby (či ve vztahu k jiným subjektům) a jakým způsobem dodávají. Generálním dodavatelem se rozumí subjekt, jenž je (sám) odpovědný objednateli za realizaci určitého díla a je v přímém smluvním vztahu s objednatel<sup>15</sup>. Generální dodavatel tedy nemusí sám vlastními prostředky realizovat celou zakázku, nicméně samostatně odpovídá za její řádné a odborné provedení objednateli. Generálnímu dodavateli také zpravidla svědčí dotčená reference, a to ve standardním případě v plném rozsahu, tj. i v rozsahu činností, které generální dodavatel neplnil sám (tj. vlastními kapacitami, nýbrž s využitím poddodavatelů), a to z důvodu, že je smluvně odpovědný za realizaci stavby jako celku<sup>16</sup>.
113. Jak však uvedl i předseda Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-33291/2023/161 ze dne 6. 9. 2023 vydaném v řízení sp. zn. ÚOHS-R0085/2023/VZ, je nutné odlišovat situaci, kdy dodavatel v rámci dokládané reference působil jako generální dodavatel a kdy danou referenci realizoval společně s dalšími dodavateli plnění (v rámci společnosti), tj. nikoli právě pouze na své jméno a svou odpovědnost. Předseda Úřadu k tomu dodal, že *„[p]říčinou plnění zakázky v societě je nedostatek vlastních kapacit či vlastní odbornosti pro plnění celé zakázky. Právě proto neplatí a platit nemůže, že by takto plněná zakázka mohla být každým z účastníků societě používána jako referenční zakázka v celém svém rozsahu. Absurdním příkladem by bylo konsorcium dodávající stavbu na klíč, z čehož jeden člen realizuje stavební práce, druhý člen dokončovací práce a třetí člen dodá a provede montáž výtahu, přičemž hodnoty dílčích plnění jednotlivých členů jsou v poměru 7:2:1. Dílčí plnění jsou věcně i finančně oddělitelná, avšak bylo by absurdní, kdyby každý z dodavatelů použil pro sebe v dalších zadávacích řízeních uvedenou zakázku v rozsahu 100 %, v tomto případě ať už co do obsahu plnění, tak co do hodnoty. Tím by byl popřen smysl referenční zakázky, která má vypovídat jak o konkrétní zkušenosti dodavatele, tak o objemu jeho zkušenosti potažmo o jeho kapacitních možnostech.“* Zadavatel byl

<sup>13</sup> V této souvislosti lze poukázat např. na závěry rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-08720/2021/500/Alv ze dne 10. 3. 2021 vydané v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0026/2021/VZ či na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0122/2019/VZ-15421/2019/511/ŠNo ze dne 4. 6. 2019.

<sup>14</sup> Jak bylo dovozeno i v rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-33291/2023/161 ze dne 6. 9. 2023 vydaném v řízení o rozkladu sp. zn. ÚOHS-R0085/2023/VZ.

<sup>15</sup> Viz rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S529,532/2014/VZ-22800/2014/533/SWa ze dne 29. 10. 2014 vydané ve společném správním řízení sp. zn. ÚOHS-S529,532/2014/VZ.

<sup>16</sup> Uvedené obecně nijak neomezuje možnost poddodavatele takové referenční zakázky prokazovat splnění podmínek technické kvalifikace tou částí referenčního plnění, kterou fakticky realizoval.

oprávněně vyžadovat, aby navrhovatel doložil rozsah, v němž se na plnění referenčních zakázek podílel. Bez takového objasnění totiž nebylo možno posoudit, zda referenční zakázka skutečně splňuje požadavky zadávací dokumentace. Úřad k uvedenému dále dodává, že i ustanovení § 79 odst. 4 zákona pak cílí především na to, aby došlo k přetažení zkušeností (know-how) získaných v rámci dané reference potřebných pro realizaci nyní poptávaného plnění, což v případě realizace referenčního plnění ve sdružení více dodavatelů (společně s jinými dodavateli) by nemuselo být zpravidla zajištěno, neboť konkrétní plnění mohl v rámci dané reference realizovat jiný jeho člen než ten, jímž má být nyní kvalifikace prokazována. Ostatně předseda Úřadu ve výše uvedeném rozhodnutí uzavřel, že pokud by platila tvrzení o tom, že dodavatel „je oprávněně prokazovat se celou referenční zakázkou, neboť byl vázán solidárně, byl by § 79 odst. 4 písm. a) zákona bezobsažný. Je-li totiž postavení všech členů všech societ vůči třetí straně ze zákona solidární, byla by množina dodavatelů předkládajících referenční zakázku, která byla plněna „společně s jinými dodavateli“ jinak než solidárně, prázdná“. Je tak třeba uzavřít, že v kontextu prokazování technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona referenční zakázkou plněnou ve sdružení je třeba s ohledem na § 79 odst. 4 zákona doložit rozsah, v němž se na plnění referenčních zakázek dotčený dodavatel podílel, bez uvedeného nelze totiž posoudit, zda referenční zakázka skutečně splňuje požadavky zadávací dokumentace.

114. Úřad k tomu upozorňuje, že záleží vždy na zadavateli, aby v rámci vedeného zadávacího řízení dopředu důkladně promyslel a vyhodnotil, zda by v daném případě nebylo lepší se od zákonem stanovených podmínkách dle § 79 odst. 4 zákona eventuálně odchýlit, přičemž na takovou eventualitu zákonodárce výslovně pamatuje, a předmětným ustanovením je mu tato volba dána (např. pokud by zadavatel naznal důvodným nevyžadovat doložení reálného plnění jednotlivými dodavateli pro jím vnímanou dostatečnou zkušenost získanou v rámci společné a nerozdílné odpovědnosti členů sdružení či jiného seskupení dodavatelů), a to kupř. i s ohledem na aktuální situaci panující na trhu a s tím spojenou možnost získání dostatečného množství dodavatelů. Úřad k uvedenému dodává, že v rámci nyní vedeného správního řízení však není předmětem šetření posouzení způsobu stanovení zadávacích podmínek zadavatelem, kdy zadavatel se zde zjevně ani nemínil od zákonem vymezeného postupu odklonit (jak bude v detailu blíže rozebráno níže).
115. Úřad připomíná, že zákon dále kromě prokazování technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona přímo dodavatelem obecně rovněž připouští její splnění i prostřednictvím jiné osoby ve smyslu § 83 zákona, tj. s využitím schopností a zkušeností získaných touto jinou osobou. Dodavatel je v takovém případě povinen předložit mj. i písemný závazek, že jiná osoba bude v rámci veřejné zakázky vykonávat plnění, a to alespoň v rozsahu, v jakém prokázala za dodavatele kvalifikaci, čímž je rovněž sledováno naplnění účelu prokazování kvalifikace. Výjimku z možnosti prokazování kritéria technické kvalifikace prostřednictvím jiné osoby ve smyslu § 83 zákona pak představuje situace, kdy by s využitím reference jiné osoby měla být prokazována zkušenost s činností, která má být s ohledem na výhradu dle § 105 odst. 2 zákona plněna přímo vybraným dodavatelem. Pokud tedy z důvodu požadavku zadavatele dle § 105 odst. 2 zákona nesmí plnit vymezenou významnou činnost jiná osoba, a uskutečnit ji má toliko sám vybraný dodavatel, pak musí právě i sám vybraný dodavatel

prokázat splnění odpovídající části kvalifikace<sup>17</sup>. Uvedené ostatně platí obdobně i v rámci realizace zakázky generálním dodavatelem za situace, kdy by dodavatel prokazoval technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona ve vztahu k činnosti určené zadavatelem podle § 105 odst. 2 zákona za použití referenční zakázky, ve které sice vystupoval jako generální dodavatel, avšak v rámci ní prokazovanou činnost nyní vyhrazenou vybranému dodavateli nevykonával, nýbrž ji zajišťoval prostřednictvím poddodavatele. Jedná se tak o situaci, kdy nelze aplikovat přičitatelnost celé reference generálnímu dodavateli zakázky. Stejně jako v případě výše uvedeném má tento přístup zabraňovat nesmyslnému prokazování kvalifikace ve vztahu k určité činnosti využitím zkušenosti osoby, která by se na plnění dané činnosti při realizaci zadávané veřejné zakázky v důsledku výhrady dle § 105 odst. 2 zákona nemohla účastnit<sup>18</sup>.

116. V případě zde šetřené veřejné zakázky se zadavatel od postupu předvídaného zákonem neodchýlil, byť tak učinit mohl, naopak zákonné podmínky včlenil i do znění zadávací dokumentace, a to konkrétně do čl. 4 odst. 4.5.2. Zadavatel v něm stanovil požadavek, aby v případě, kdy by bylo dokládáno osvědčení objednatele vydáno pro sdružení či jiné seskupení dodavatelů, kteří plnili zakázku společně, dodavatel dalšími doklady prokázal, že ta část, kterou v rámci sdružení či seskupení dodavatelů plnil, splňuje zadavatelem stanovené požadavky na minimální úroveň požadovaných stavebních prací, čímž v rámci zadávacího řízení jinými slovy aplikoval ustanovení § 79 odst. 4 písm. a) zákona, o čemž svědčí i zbylý text tohoto odstavce zadávací dokumentace<sup>19</sup>. Zadavatel tedy tímto zachoval úmysl gestora zákona a nosnou myšlenku dané zákonné podmínky ohledně skutečnosti, že k prokázání splnění podmínky technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona lze v případě společného plnění reference s jinými dodavateli použít k prokázání své způsobilosti pouze takový rozsah plnění, v jakém se na její realizaci podílel, začlenil do podmínek zadávacího řízení. Z tohoto důvodu proto muselo být v rámci takových dokládání referencí jasně prokázáno, v jakém rozsahu tyto daný dodavatel plnil.<sup>20</sup> Úřad doplňuje, že v šetřeném případě zadavatel ve vztahu k prokázání části technické kvalifikace dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace nevyužil možnosti omezení jejího prokazování prostřednictvím jiné osoby, resp. nestanovil výhradu, aby tyto činnosti při plnění veřejné zakázky byly plněny přímo vybraným dodavatelem (srov. § 105 odst. 2 zákona). Požadovaná zkušenost tedy mohla být v rámci veřejné zakázky dokládána i prostřednictvím poddodavatele, čehož navrhovatel

<sup>17</sup> Viz kupř. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-36402/2020/500/JBě ze dne 13. 11. 2020 vydané v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0333/2020/VZ.

<sup>18</sup> Viz závěry rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-08720/2021/500/AIv ze dne 10. 3. 2021 vydané v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0026/2021/VZ.

<sup>19</sup> Podrobné znění uvedené zadávací podmínky viz odůvodnění tohoto rozhodnutí v části Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení.

<sup>20</sup> Úřad pro úplnost doplňuje, že se neztotožňuje s tvrzením navrhovatele uvedeným v jeho vyjádření k podkladům rozhodnutí, že by daná zadávací podmínka byla jakkoliv nejasnou, když její znění je jednoznačné a je zjevné, že pouze přebírá ustanovení § 79 odst. 4 písm. a) zákona. Stejně tak Úřad odmítá, že by mělo být v tomto kontextu problematické, že čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) ve spojení s čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace nedefinují, jaké všechny konkrétní činnosti musí být dodavatelem v rámci novostavby raženého silničního tunelu realizovány, aby splňovaly uvedené zadávací podmínky, kdy k výkladu čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace Úřad odkazuje na část K referenci A odůvodnění tohoto rozhodnutí a pouze doplňuje, že ve vztahu k referencím B1, B2 a B3 ani není podstatou věci, zda samotný tunel, resp. tunely realizované v rámci příslušných zakázek materiálně naplňují požadavky zadavatele, nýbrž to, že navrhovatel nedoložil, že by danou část plnění realizoval poddodavatel B, respektive ani nedoložil, co konkrétně poddodavatel B na uvedených zakázkách realizoval.

v rámci prokazování své způsobilosti pro plnění veřejné zakázky také využil<sup>21</sup>. I v takovém případě však nelze odhlédnout od pravidla uvedeného v § 79 odst. 4 zákona za situace, kdy je daná část technické kvalifikace v rámci nyní šetřené a zadávané veřejné zakázky prokazována prostřednictvím poddodavatele [srov. § 83 odst. 1 písm. b) zákona], a tedy v situaci, kdy poddodavatel B, kterého navrhovatel pro tyto účely využil, realizoval dotčené dokládané referenční zakázky ve sdružení, musel navrhovatel prokázat, že se poddodavatel B na dokládaných referenčních zakázkách podílel v rozsahu, jež naplní podmínku dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace. Takový požadavek přitom nelze považovat za extrémní, nepřiměřený ani nijak diskriminační, když vychází z účelu prokazování splnění podmínek kvalifikace a z výše uvedených zákonných ustanovení.

117. Úřad v rámci posouzení postupu zadavatele v zadávacím řízení z doložených podkladů shledal, že navrhovatel ve vztahu k referencím B1, B2 a B3 dokládal vždy obdobné dokumenty, na základě jejichž obsahu se snažil prokázat splnění stanovené podmínky technické kvalifikace prostřednictvím poddodavatele B. Jak již bylo uvedeno výše, konkrétně se jednalo o potvrzení označovaná navrhovatelem jako potvrzení objednatelů jednotlivých referenčních staveb, o výňatky ze stanov dočasných sdružení podniků (společností), výkresy tunelů a protokoly o převzetí stavby.
118. Uvedené podklady k referenci B1 stejně jako k referenci B3, jež spočívaly ve výstavbě silnic, jejichž součástí byla mj. vždy i stavba tunelu, obdobně dokládají následující. Stanovy předložené ve vztahu k referencím B1 a B3 byly shodně psány jako „stanovy dočasného sdružení podniků“ s odkazem na španělský zákon č. 18/1982 Sb., kde i sám navrhovatel u tohoto zákona poukazuje na jeho článek upravující společnou a nerozdílnou odpovědnost členů „dočasných společných podniků“ vůči třetím osobám, jenž se v dotčených stanovách odráží v jejich čl. 15, podle něž budou členské podniky dočasného sdružení podniků solidárně a neomezeně odpovědné vůči třetím osobám. Z daných stanov rovněž vyplývá, že poddodavateli B v obou případech náležel majoritní podíl na daných společnostech<sup>22</sup> a že zastával v těchto dvou případech pozici vedoucího sdružení, kdy z tohoto postu vystupoval i jménem sdružení při veškerých úkonech a uzavírání smluv, které podepisoval jako jeho zástupce (tedy nikoli na své jméno). Samotná skutečnost, že vystupoval v pozici vedoucího sdružení a zastupoval z tohoto postavení společnost, však mechanicky nezakládá, že mu tímto náleží i zkušenost s dílčím plněním spočívajícím v novostavbě tunelu. O tomto nesvědčí ani to, že účastníci sdružení si ujednali rozdělení práv a povinností, stejně jako zisku a ztráty v poměru k jejich podílům, že poddodavatel B měl v těchto společnostech podíl největší, a ani to, že byl členem řídicího výboru. Obdobně ani obecná informace, že materiální, lidské a finanční prostředky budou poskytnuty v poměru k procentu podílů v dočasném sdružení podniků neprokazuje, že poddodavatel B skutečně zabezpečil realizaci novostavby tunelu. Uvedené totiž nepodává žádné bližší informace o tom, jakou činnost v rámci daných referencí poddodavatel B realizoval<sup>23</sup>. V protokolech o převzetí stavby je jako dodavatel uveden taktéž vždy název společnosti ve smyslu názvu dočasného sdružení podniků, v němž

---

<sup>21</sup> Navrhovatel v rámci své nabídky za účelem prokázání splnění podmínky dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace dokládal referenci A realizovanou poddodavatelem A a v průběhu zadávacího řízení dále také ve vztahu k poddodavateli B reference B1, B2 a B3.

<sup>22</sup> Pohybující se na úrovni 80 % podílu.

<sup>23</sup> A tyto nevyplývají ani z dodatku ke stanovám ve vztahu k referenci B1.

poddodavatel B působil jako jeden z jeho členů, kdy uvedené platí i o protokolu o převzetí vztahujícím se k doplňujícím pracím na druhém tubusu dotčeného tunelu v rámci reference B1. Stejně tak i doložená potvrzení objednatelů vztahující se k referencím B1 a B3 dokládají, že tyto jako celek byly uskutečněny v rámci dotčených společností (sdružení podniků), jejichž členem byl vždy i poddodavatel B. V částech těchto potvrzení, kde byla zmíněna výstavba dotčených tunelů, a ani jinde není uvedeno, že by tuto část plnění realizoval právě (a pouze) poddodavatel B, resp. uvedená potvrzení nepřinášejí žádné bližší informace o tom, kým byly novostavby dotčených tunelů uskutečněny. Ačkoli v úvodu potvrzení k referenci B3 byl jmenovitě uveden tým odpovědný za provedení prací pro poddodavatele B<sup>24</sup>, z uvedeného potvrzení nijak dále nevyplývá, že by tento realizoval (i) novostavbu tunelu. Ostatně, jak bylo výše uvedeno, i ostatní členové společnosti poskytovali své lidské, ale i materiální a jiné zdroje pro plnění, kdy za pomoci těchto mohla být dotčená část plnění realizována. Úřad tedy shrnuje, že ani stanovy ani jiné podklady předložené navrhovatelem v rámci jeho objasnění nabídky nedokládají, že poddodavateli B náleží v rámci daných referenčních plnění právě (i) zkušenost vymezená zadavatelem v čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace.

119. Uvedené tedy svědčí o tom, že se v případě referencí B1 a B3 a poddodavatele B jedná o situaci, jíž předpokládá ustanovení § 79 odst. 4 písm. a) zákona, resp. v nyní šetřeném případě i čl. 4 odst. 4.5.2 zadávací dokumentace, přičemž však doložené doklady a skutečnosti v nich uvedené neprokazují, že na základě těchto referencí (či alespoň jedné z nich) poddodavateli B náležela zkušenost vymezená zadavatelem v čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace.
120. Podobně jako v případě podkladů k referencím B1 a B3 i z dokumentů doložených navrhovatelem ve vztahu k referenci B2, jež rovněž spočívala ve výstavbě silnice, jejíž součástí byla mj. i stavba tunelu, vyplývá, že tato byla realizována ve sdružení dodavatelů (tj. nejednalo se o situaci, kdy by poddodavatel B vystupoval v pozici generálního dodavatele). I zde se doložené stanovy odkazují na španělský zákon č. 18/1982 Sb., obsahující článek upravující společnou a nerozdílnou odpovědnost členů „dočasných společných podniků“ vůči třetím osobám, jenž se i v případě těchto stanov odráží ve znění čl. 15, podle něž budou členské podniky dočasného sdružení podniků solidárně a neomezeně odpovědné vůči třetím osobám. Skutečnosti vyplývající ze stanov doložených navrhovatelem k referenci B2 pak nedokládají důkazy, jež by svědčily o tom, že poddodavateli B v rámci ní náleží zkušenost s novostavbou tunelu. O uvedeném ničeho nevyovídá samotná skutečnost, že zástupci poddodavatele B byli členy řídicího výboru, ani že si i zde účastníci sdružení obecně ujednali rozdělení práv a povinností, stejně jako zisku a ztráty v poměru k jejich podílům. Ačkoli lze souhlasit s navrhovatelem, že poddodavateli B náleželo v rámci tohoto sdružení jmenování stavbyvedoucího, ani tato pravomoc neprokazuje, zda poddodavatel B reálně realizoval (vyhotovil) právě (i) plnění spočívající v novostavbě tunelu (k čemuž lze opětovně podotknout, že i ostatní členové společnosti v obou případech poskytovali své lidské, materiální ale i jiné zdroje pro plnění, což de facto navrhovatel potvrzuje, když opakovaně uvádí, že i ostatní společníci se dle svých podílů spolupodíleli na plnění vč. novostavby tunelu). Úřad tedy opakuje, že uvedené skutečnosti nepodávají žádné bližší informace o tom, jakou činnost

---

<sup>24</sup> Konkrétně se jedná o osobu hlavního manažera, stavbyvedoucího, vedoucího oddělení pozemní výstavby, vedoucího technické kanceláře, vedoucího oddělení kvality a 3 odpovědné pracovníky.

v rámci této reference poddodavatel B uskutečnil. K tomu lze dodat, že ačkoli je v doložených stanovách rovněž uvedeno, že každý podnik bude vykonávat přidělené práce na své náklady a svou odpovědnost, a že v konkrétních případech může být nějaká stavba nebo jednotka vyhotovena společně členskými podniky z důvodu zvláštního charakteru nebo protože tak rozhodne řídicí výbor, žádné z doložených dokladů nepodávají o skutečném rozdělení prací realizovaných v rámci reference B2, zejména pak těch tvořících novostavbu tunelu, podrobnější přehled. I v rámci předloženého protokolu o převzetí stavby bylo jako dodavatel uvedeno celé dočasné sdružení podniků, jehož byl poddodavatel B členem. Úřad pro úplnost dodává, že byť úvod doloženého potvrzení objednatele k referenci B2 (respektive k němu doložený překlad) vyznívá prima facie tak, že je psáno pro poddodavatele B, z celého kontextu tohoto potvrzení naopak vyplývá, že toto je vystaveno pro danou referenci jako celek, tj. pro plnění, jež bylo obecně uskutečněno daným dočasným sdružením podniků, a tedy zjevně nikoli jen pro část realizovanou poddodavatelem B, resp. dané potvrzení dokládá takový popis veškerých provedených činností, že je v něm zjevně v celku popsáno plnění reference B2 jako takové. Ani části tohoto potvrzení věnující se přímo výstavbě tunelu však nepodávají bližší skutečnosti o tom, že by takovou stavbu realizoval právě poddodavatel B. Jinými slovy řečeno, z daného potvrzení a ani z obsahu dalších dokladů předložených k referenci B2 nelze rovněž shledat, že by jakkoli dokládaly, že poddodavatel B v rámci reference B2 realizoval (i) novostavbu tunelu dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace.

121. Úřad nadto dodává, že ani aktualizovaná znění formulářů Seznam poskytnutých stavebních prací a Seznam poddodavatelů a jiných osob zde nedokládají bližší skutečnosti ve vztahu k prokázání kvalifikace poddodavatele B, když ve vztahu k referenci B1, B2 i B3 bylo navrhovatelem rovněž uvedeno, že danou zakázku realizoval v rámci konsorcia zhotovitelů, k čemuž vždy sdělil jeho % podíl v rámci dané společnosti. Nad rámec toho ani u reference B2 v závorce uvedená poznámka „generální zhotovitel“ sama o sobě nedokládá nic více ke způsobu realizace uvedeného plnění, když tato je i v rozporu se všemi v daných formulářích (a i v jiných dokumentech) uvedenými informacemi ohledně realizace plnění společně s více dodavateli (v rámci společnosti, resp. dočasného sdružení podniků).
122. Byť navrhovatel v návrhu č. 4 rovněž tvrdí, že v rámci dotčených referenčních staveb byl poddodavatel B v přímém smluvním vztahu k objednateli plnění a byl vůči němu odpovědný v plném rozsahu celé zakázky, přičemž se (i později v návrhu č. 4 a vyjádření k podkladům rozhodnutí) dovolává analogické aplikace pozice generálního dodavatele, doložené podklady nijak nenasvědčují tomu, že by se poddodavatel B skutečně nacházel v pozici generálního dodavatele, jak bylo uvedeno výše. Úřad k tomu uvádí, že navrhovatel tuto argumentaci vztahuje k referencím B1 a B3, kde poukazuje zejména na to, že poddodavatel B zastával funkci jediného vedoucího, který kontrahoval subdodavatele i zaměstnance, rozhodoval o dílčích dodávkách, organizoval technické práce, nakupoval veškeré stroje a movitý majetek potřebný k plnění zakázky, byl přítomen při vyhotovování protokolů, řídil a kontroloval kvalitu a rozsah dílčích prací, jakož i vykonával řadu dílčích činností při výstavbě referenčních staveb. Jak již však konstatoval Úřad výše, uvedené postavení poddodavatele B v rámci společné účasti více dodavatelů na plnění zakázky v rámci společnosti, resp. dočasného sdružení podniků, nezakládá jeho postavení coby generálního dodavatele. Navrhovatel přitom sám dodal, že poddodavatel B vystupoval jako zástupce celého sdružení vůči třetím osobám a že byl společně a nerozdílně odpovědný objednateli referenční stavby, což naopak svědčí o postavení předvídaném v rámci § 79 odst. 4 písm. a) zákona. Již v rámci námitek č. 4 přitom



navrhovatel svou argumentaci vedl v kontextu existence společného plnění s více dodavateli (v rámci společnosti, resp. dočasného sdružení podniků) a z toho vyplývající společné a nerozdílné odpovědnosti vůči třetím subjektům, tj. i objednatelům, kdy toto opakovaně potvrdil i v návrhu č. 4 či vyjádření k podkladům rozhodnutí. Úřad k tomu připomíná, jak již bylo uvedeno výše, že pozice generálního dodavatele se vyznačuje tím, že pouze s daným dodavatelem byla uzavřena smlouva na realizaci plnění a pouze tento za provedení díla nesl vůči objednateli odpovědnost, tj. sám odpovídá za jeho řádné a odborné provedení. Podklady doložené navrhovatelem ve vztahu k referencím B1, B2 a B3 však nenasvědčují tomu, že by se poddodavatel B v souvislosti s nimi v takovém postavení skutečně nacházel<sup>25</sup>. Navrhovatelem tedy dále tvrzené (avšak ničím nedoložené) postavení poddodavatele B v pozici generálního dodavatele (resp. v pozici obdobné) se nijak neslučuje s navrhovatelem naopak dokládaným i konstantně argumentovaným postavením v rámci existence společných závazků více společníků.

123. Úřad tedy uzavírá, že na základě výše uvedeného lze konstatovat, že poddodavatel B se v případě referencí B1, B2 a B3 nacházel vždy v pozici jednoho z členů společnosti (dočasného sdružení podniků), kdy i sám navrhovatel v této souvislosti již v odpovědi č. 2 argumentoval tím, že dočasné sdružení podniků je společný podnik obdobně jako společnost ve smyslu § 2716 a násl. občanského zákoníku vytvořený dvěma nebo více subjekty, které se společně a nerozdílně zavazují realizovat celou zakázku. Úřad opakuje, že u referenčních zakázek plněných ve společnosti, jejichž byl poddodavatel B členem (tj. zjevně nerealizoval reference B1, B2 a B3 v celém jejich rozsahu sám), bylo v šetřeném případě zapotřebí zkoumat jeho podíl na plnění těchto referenčních zakázek, tj. zda se jednalo i o podíl zajišťující novostavbu tunelu ve smyslu čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace, kdy toto plnění (zkušenost) mínil navrhovatel poddodavatelem B v rámci těchto tří dokládaných referencí prokázat. Navrhovatel však na základě výše uvedených podkladů rozsah plnění poddodavatele B v případě referencí B1, B2 a B3 nedoložil, tedy doklady vztahujícími se k poddodavateli B neprokázal splnění podmínky technické kvalifikace dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace.
124. Úřad tak konstatuje, že ačkoli není sporu o tom, že se poddodavatel B podílel na plnění referenčních zakázek B1, B2 a B3, nebylo nijak prokázáno, že mu v rámci tohoto plnění svědčí i komplexní zkušenost týkající se novostavby tunelu, jež je požadována zadavatelem v rámci zde vedeného zadávacího řízení (a kdy navrhovatel mínil poddodavatelem B tuto část technické kvalifikace splnit). Konkrétní a jednoznačné informace o tom, kým a v jakém rozsahu byly dotčené tunely v rámci zde uvedených referencí realizovány, přitom nevyplývají ani z navrhovatelem doložených výkresů těchto tunelů.
125. Úřad dále pro úplnost doplňuje, že navrhovatel předkládal v rámci námitek č. 4 a návrhu č. 4 k referencím B1 až B3 i další podklady, na základě nichž mínil doložit splnění dotčeného zadavatelem stanoveného kvalifikačního požadavku. Úřad k tomu předně akcentuje, že navrhovatel tyto podklady zadavateli doložil až po lhůtě stanovené mu žádostí č. 1 a č. 2, tedy zadavatel ani nebyl povinen tyto již akceptovat (srov. § 46 odst. 1 zákona), respektive

---

<sup>25</sup> Plnění byla naopak zjevně kontrahována a realizována v rámci společnosti, tj. společně s více dodavateli, kdy i navrhovatelem je tvrzena jejich společná a nerozdílná odpovědnost, tj. jedná se o odlišnou situaci oproti plnění z pozice generálního dodavatele, když referenční zakázky plnil poddodavatel B jako člen společnosti, u něhož naopak platí povinnost doložit rozsah vlastního plnění.

zákonnost vyloučení navrhovatele Úřad posuzuje s ohledem na skutečnosti a podklady doložené navrhovatelem do doby rozhodnutí o jeho vyloučení. Nad rámec uvedeného však Úřad vyjadřuje přesvědčení, že ani tyto skutečnosti nebyly s to vést k závěru, že zadavateli jimi bylo prokázáno splnění dotčené zadávací podmínky poddodavatelem B. Navrhovatel konkrétně přílohou uvedených dokumentů zadavateli předložil španělské rozhodnutí komise pro klasifikaci dodavatelů staveb vč. přehledu jednotlivých kategorií společně s vyjádřením k právní povaze tohoto zápisu v úředním registru dodavatelů a kvalifikovaných společností ve veřejném sektoru, jenž má prokazovat, že poddodavatel B disponuje ve Španělsku technickou kvalifikací pro realizaci stavebních prací spočívajících v ražení i těch největších tunelů všech možných druhů. Tyto doklady by měly dle předloženého vyjádření představovat obdobu certifikátu v rámci systému certifikovaných dodavatelů (viz § 234 odst. 3 zákona), kdy podle navrhovatele poddodavatel B za účelem získání tohoto osvědčení předkládal tytéž referenční zakázky, které předložil zadavateli v předmětném zadávacím řízení. K uvedenému Úřad konstatuje, že by tyto doklady mohou vypovídat o určité úrovni kvalifikace poddodavatele B, tak opět nijak blíže neprokazují splnění přímo podmínky dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace poddodavatelem B právě na základě reference B1, B2 či B3. K tomu nebylo ani nijak doloženo, že získání dané úrovně kvalifikace bylo dosaženo právě a pouze na základě reference B1, B2 či B3 (kdy navrhovatel pouze tvrdí že pro získání daného osvědčení byly tyto reference předkládány). Úřad proto nad rámec skutečnosti, že dané podklady byly předloženy až po rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, konstatuje, že toto osvědčení ani v rámci jím dokládaných kategorií nijak nevypovídá o splnění konkrétní podmínky zadavatele dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace v jejím celku alespoň jednou z referencí B1 až B3.

126. Navrhovatel dále součástí námitek č. 4 a návrhu č.4 doložil i další potvrzení vztahující se k referenci B3. V potvrzení předloženém součástí námitek č. 4 bylo uvedeno, že poddodavatel B jako podnik v dočasném sdružení podniků provedl stavbu nového (v uvedeném potvrzení blíže definovaného) silničního tunelu. Zadavatel se v reakci na toto potvrzení (byť jej již rovněž nebyl povinen akceptovat) rozhodl sám pro ověření této skutečnosti oslovit daný subjekt (objednatele), kdy si kromě pravosti uvedeného dokumentu ověřoval i skutečnosti v něm uvedené. V této souvislosti se zadavatel zejména dotázal, zda byl daný tunel realizován pouze poddodavatelem B, tj. zda se další člen sdružení na jeho výstavbě nijak nepodílel, anebo zda jej provedly obě společnosti s jimi danými podíly. Na tento dotaz se mu dostalo od příslušného zahraničního subjektu odpovědi, že dotčený dokument je pravý a že stavbu daného tunelu provedly obě firmy s jimi danými podíly. Navrhovatel nato zadavateli součástí návrhu č. 4 předložil k referenci B3 další potvrzení, z něž rovněž vyplývá, že poddodavatel B vystupoval v rámci dané reference v dočasném sdružení podniků. Současně v něm bylo uvedeno, že oba podniky (v rámci tohoto dočasného sdružení podniků) byly odpovědné společně a solidárně za provedení projektu, tj. že každý z nich byl plně odpovědný za provedení prací vč. stavby daného tunelu, resp. že oba byly odpovědné společně a solidárně za veškeré činnosti i úkoly týkající se stavby tunelu. Navrhovatel tedy i uvedeným zadavateli předložil pouze informace týkající se fungování dané společnosti (dočasného sdružení podniků), kdy však existence společné a nerozdílné odpovědnosti za uskutečnění projektu (vč. tunelu) nijak nedokládá rozsah nabytí zkušenosti (ve smyslu realizovaných prací) s provedením činností dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace. Obdobně ani navrhovatelem součástí jeho vyjádření k podkladům rozhodnutí dokládané potvrzení dalšího

společníka sdružení k realizaci reference B3, že se poddodavatel B jako jeho člen skutečně a materiálně podílel na celém procesu výstavby nového tunelu, nepřináší žádný relevantní podklad o tom, že by poddodavatel B v rámci této reference svědčila zkušenost splňující požadavek dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace, resp. že by poddodavatel B v rámci reference B3 sám poskytl (nikoliv se jen podílel na) stavební práci, jejímž předmětem byla novostavba zde definovaného silničního tunelu (vyjma pokládky asfaltové vozovky).

127. K argumentaci navrhovatele týkající se závěrů vyplývajících z polské rozhodovací praxe, již předkládal součástí námitek č. 4 a svého vyjádření k podkladům rozhodnutí, pak Úřad konstatuje, že vzhledem ke skutečnosti, že veřejná zakázka je zadávána v českém právním prostředí, je nutné se v rámci snahy o vysoutěžení jejího dodavatele řídit zákonem (tj. českou legislativou), jenž vychází i z platných evropských zadávacích směrnic, a v souvislosti s tím i konstantní rozhodovací praxí českých správních orgánů a soudů. Úřad k tomu doplňuje, že je přesvědčen, že česká legislativa a k ní se vztahující výše uvedená rozhodovací praxe českých správních orgánů a soudů, a tedy i zde činěné právní závěry jsou plně v souladu s evropským právním rámcem i rozhodovací praxí SDEU.
128. S ohledem na výše uvedené tedy Úřad shrnuje, že ani navrhovatelem v námitkách č. 4, v návrhu č. 4 a ve vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí předložené další podklady nedokládají rozhodné skutečnosti svědčící o tom, že poddodavatel B náleží na základě referenčních plnění B1, B2 a B3 (resp. alespoň na základě jedné z uvedených referencí) zkušenost spočívající v poskytnutí novostavby raženého silničního tunelu ve smyslu čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace. Z navrhovatelem doložených dokladů ve vztahu k poddodavatel B tedy splnění daného kvalifikačního kritéria nevyplývá.
129. S ohledem na vše výše uvedené Úřad uzavírá, že v souvislosti s dokládanými referencemi B1, B2 a B3 navrhovatel neprokázal splnění podmínky technické kvalifikace dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace.

#### *K referenci A*

130. Úřad dále uvádí, že zadavatel se pro podporu své argumentace ohledně veškerých důvodů pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení odkázal i na závěry z rozhodnutí k návrhu č. 2, kde se Úřad v rámci návrhu č. 2 zabýval právě zbývající referencí A, již navrhovatel prvně dokládal splnění podmínky dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace, a v rámci níž prováděl poddodavatel A realizaci ražby tunelu a jeho primární ostění.
131. Z průběhu zadávacího řízení vyplývá, že zadavatel ke dni 9. 4. 2024 v návaznosti na závěry z rozhodnutí k návrhu č. 2 k referenci A, již původně akceptoval pro účely prokázání splnění dotčené podmínky technické kvalifikace, shledal, že na základě dokladů, které měl do té doby k dispozici, nebylo možné dospět ke správnému závěru, že navrhovatel prokázal splnění dané části technické kvalifikace, pročež rozhodnutím o zrušení výběru přistoupil ke zrušení oznámení o výběru č. 2 a Rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 22. 11. 2023. Dne 9. 4. 2024 zadavatel rovněž vyzval navrhovatele žádostí č. 1 k písemnému objasnění nabídky, resp. k případnému doplnění dokladů k prokázání části technické kvalifikace dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace. Zadavatel tak dal navrhovateli uvedeným možností obhájit splnění dané podmínky technické kvalifikace, a to případně i stále prostřednictvím reference A. Rovněž navrhovatel v odpovědi č. 1 nato předně uvedl své přesvědčení o splnění dané části technické kvalifikace právě již dokládanou referencí A,

příčemž zadavateli nově nadto doložil i doklady vztahující se k poddodavateli B a k referencím B1, B2 a B3. Součástí odpovědi č. 2 pak navrhovatel doložil zadavateli mj. i aktualizovanou verzi Seznamu poskytnutých stavebních prací a Seznamu poddodavatelů a jiných osob, kdy tyto formuláře potvrzují, že navrhovatel míní nadále prokazovat splnění uvedené podmínky technické kvalifikace jak prostřednictvím reference A, tak i referencemi B1, B2 a B3. Zadavatel pak přistoupil k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, kdy z obsahu rozhodnutí o vyloučení vyplývá, že navrhovatel dle zadavatele neprokázal, že jím předložené údaje splňují podmínky technické kvalifikace dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace, a navrhovatel tak dle něj neučinil ani na opakovanou výzvu dle § 46 zákona. Lze přitom shledat, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení poukázal nejen na skutečnosti týkající se referencí B1, B2 a B3 (jež tvořily jeho podstatnou část), ale již v úvodu i zde odkázal na závěr vyplývající z rozhodnutí k návrhu č. 2 týkající se reference A a zjištění, že tato nebyla s to naplnit požadavky stanovené citovanou částí zadávacích podmínek.

132. Z výše uvedeného tak lze shledat, že zadavatel vylučoval navrhovatele ze zadávacího řízení pro nesplnění podmínek účasti, když navrhovatel dle něj nepředložil ani jednu referenci tak, aby na základě ní bylo možné mít prokázané splnění stanovené části technické kvalifikace. Vzhledem k tomu, že důvodem vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení byla tedy rovněž z věcného hlediska neakceptace reference A<sup>26</sup>, přistoupil Úřad opakovaně k posouzení této dokládané reference v kontextu stanovených zadávacích podmínek.<sup>27</sup> K tomu Úřad pro úplnost akcentuje, že v dalším průběhu zadávacího řízení navrhovatel žádné nové skutečnosti ani doklady k referenci A, než ty, jež učinil do doby vydání rozhodnutí k návrhu č. 2, nedoložil a pouze zopakoval své přesvědčení, že referencí A splňuje kvalifikaci požadovanou zadavatelem v čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace. Vzhledem k tomu, že navrhovatel tedy nepředložil žádné nové skutečnosti nasvědčující tomu, že reference A je schopna naplnit požadavek této části podmínek technické kvalifikace, tj. takové skutečnosti, jež by vnášely nový aspekt do posouzení (ne)akceptace tohoto plnění v rámci stanovených podmínek kvalifikace, Úřadu nezbyvá, než k referenci A poddodavatele A konstatovat následující.
133. Úřad předně připomíná, že v rámci čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace stanovil zadavatel požadavek za účelem doložení splnění podmínky technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona, a to požadavek na praxi dodavatele spočívající v poskytnutí „1 stavební práce, jejímž předmětem byla novostavba raženého silničního tunelu v délce minimálně 100 m (předmětem požadavku na referenční stavební práci není pokládka asfaltové vozovky)“. Úřad je v této souvislosti (nadále) přesvědčen, že základní otázkou nezbytnou

---

<sup>26</sup> Byť zadavatel ve vyjádření k návrhu č. 4 úvodem obecně konstatuje, že nerozporuje, že věcný, technický a technologický obsah předložených referencí zřejmě skutečně odpovídá kvalifikačnímu požadavku dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace, z celého kontextu tohoto vyjádření lze shledat, že uvedené se zjevně týká právě referencí B1, B2 a B3, nikoli však reference A, když zadavatel tímto reagoval na text návrhu č. 4, kde byly rovněž primárně namítány skutečnosti ve vztahu k těmto třem referencím.

<sup>27</sup> Úřad dodává, že byť toto posouzení učinil již v rámci rozhodnutí k návrhu č. 2, zadavatel sám před jeho nabytím právní moci přijal opatření k nápravě spočívající ve zrušení oznámení o výběru č. 2 a Rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 22. 11. 2023, neboť se po seznámení s jeho závěry cítil být jimi dále vázán a tyto dále nerozporoval, tedy naznal, že jeho stávající přístup k akceptaci reference A na základě doložených podkladů není v kontextu jím stanovených zadávacích podmínek udržitelný. Z důvodu zrušení dotčeného úkonu samotným zadavatelem přitom došlo k naplnění podmínek pro zastavení vedeného správního řízení ve věci návrhu č. 2, kdy k tomuto došlo rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-26760/2024/163 ze dne 9. 7. 2024, jímž proto současně bylo rozhodnutí k návrhu č. 2 zrušeno.

k posouzení splnění požadavku zadavatele dle citované části zadávací dokumentace prostřednictvím reference A je již samotný výklad předmětné zadávací podmínky, pročež Úřad přistoupil k bližšímu posouzení způsobu jejího stanovení.

134. Úřad se prvotně zabýval jejím jazykovým výkladem. Ze způsobu vymezení uvedené zadávací podmínky vyplývá, že pro účely jejího splnění musela být doložena jedna stavební práce, jejímž předmětem byla novostavba blíže definovaného tunelu. Podstata uvedeného požadavku tak spočívala v doložení zkušenosti ve smyslu stavební práce (o čemž není žádného sporu), kdy bližší požadavky na takovou stavební práci byly stanoveny v další části uvedené zadávací podmínky. Charakter této stavební práce, tj. požadované dokládání reference, byl vymezen za použití věty vedlejší, jež tuto stavební práci rozvíjí a udává, že jejím předmětem měla být novostavba raženého silničního tunelu v délce minimálně 100 m. Z větné konstrukce takto stanovené zadávací podmínky tedy vyplývá, že její druhá část zpřesňuje, resp. definuje požadavky zadavatele kladené na referenční stavební práci, jež přitom zjevně měla spočívat nikoli v dílčí (konkrétní) činnosti, resp. v určitém typu prací, na novostavbě tunelu, ale jejím předmětem měla být přímo novostavba definovaného tunelu. Použitá věta vedlejší, jež určuje bližší požadavky na stavební práci, tedy stanovuje, že tato stavební práce musela spočívat v novostavbě tunelu, neboť za situace, kdy má být něco předmětem stavební práce, zpravidla toto znamená, že dokládaná stavební práce musí tuto činnost obsahovat, přičemž zde je touto činností samotná novostavba tunelu. Zbylá část uvedené zadávací podmínky pak definuje bližší požadavky na typ novostavby tunelu, jež se tak měla konkrétně týkat raženého silničního tunelu v délce minimálně 100 m. Nadto zadavatel v závorce bez dalšího stanovil výhradu, že předmětem požadavku na referenční stavební práci není pokládka asfaltové vozovky. Tato výhrada tak z hlediska jazykového neříká nic jiného, než že v rámci dokládání zkušenosti nebylo požadováno, aby její součástí byla pokládka asfaltové vozovky. Vyčleňuje tedy z dokládání stavební práce, novostavby předmětného tunelu, konkrétní typ činnosti, jenž nemusel být v rámci reference příslušným dodavatelem realizován. Úřad pro úplnost k jazykovému výkladu uvedené zadávací podmínky podotýká, že z použitého jednotného čísla ve vztahu ke stavební práci současně vyplývá, že pro účely splnění daného kvalifikačního požadavku bylo dostačující doložení i jen jedné takové zkušenosti, tj. jedné stavební práce spočívající v novostavbě raženého silničního tunelu v délce minimálně 100 m, u níž nebyla požadována pokládka asfaltové vozovky.
135. Způsob, jímž zadavatel definoval uvedený požadavek technické kvalifikace, tj. jeho větná konstrukce a znění dané podmínky, tedy nepřipouští, resp. nelze z něj dovozovat jiný výklad, a to že by i dílčí činnost realizovaná v rámci novostavby stanoveného tunelu naplnila v zadávacích podmínkách určený požadavek na 1 stavební práci, jejímž předmětem byla novostavba tunelu, když podstatou takové reference je stavební práce ve smyslu realizace novostavby tunelu jako takové (vyjma pokládky asfaltové vozovky).
136. Vzhledem k tomu, že však jazykový výklad stanovené zadávací podmínky může přinášet pouze izolovaný pohled na její možný význam a nezohledňuje širší, resp. celkový kontext stanovených zadávacích podmínek, nelze setrvat pouze u tohoto jejího posouzení. Úřad se proto dále zaměřil na její možný výklad v rámci případných souvislostí s ohledem na způsob stanovení dalších podmínek, tj. na její systematický výklad.
137. Úřad předně nepřehlédl, že zadavatel v čl. 4 odst. 4.5.3 zadávací dokumentace za účelem prokázání splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona stanovil i další

požadavky na praxi dodavatele, tj. požadavky týkající se nejen zkušenosti ve vztahu k raženému silničnímu tunelu, ale dále i ve vztahu k mostu, k pozemní komunikaci, k pokládce asfaltové vozovky a k činnosti, jejíž součástí byly zemní práce ve smyslu výkopů a násypů. V rámci těchto podmínek zadavatel u dvou z nich definoval konkrétní typ činností (požadovaných stavebních prací), kdy v bodu (ii) stanovil, že stavební práce má spočívat v pokládce asfaltové vozovky, a v bodu (iii) že součástí plnění měly být zemní práce, a to výkopy a násypy. U dalších dvou požadavků pak zadavatel, zvolil obdobný způsob stanovení zadávací podmínky jako v rámci požadavku na zkušenost týkající se tunelu, kdy v nich určil, že požaduje doložení stavební práce, jejímž předmětem byla novostavba nebo rekonstrukce dále blíže definovaného objektu (pozemní komunikace/mostu). V těchto dvou případech tedy zadavatel kromě novostavby připustil i praxi spočívající v rekonstrukci, ve vztahu k níž dále vždy definoval podstatu jím žádané zkušenosti. V bodu (i) se mělo jednat o rekonstrukci spojenou s přestavbou zemního tělesa ve smyslu ČSN 73 6101 Projektování silnic a dálnic, v bodu (iv) pak o rekonstrukci mostu spojenou s rozšířením nebo výměnou nosné konstrukce.

138. Pokud tedy zadavatel kladl důraz na doložení konkrétního typu dílčích činností (stavebních prací), tak tyto přímo vymezil v rámci stanoveného požadavku [viz bod (ii) a bod (iii) čl. 4 odst. 4.5.3 zadávací dokumentace]. U podmínek, kde předmětný přístup ne zvolil, pak ponechal požadavek na novostavbu blíže definovaného objektu, popř. u těch nad rámec bodu (v) připustil jejich splnění i rekonstrukcí takového objektu, u níž však vždy blíže definoval její typ. Ani z těchto ostatních zadavatelem určených podmínek (tj. zejména těch, jimiž stanovil požadavek na novostavbu či rekonstrukci objektu) však nijak nevyplývá, že by jimi mínil připustit doložení i jen jednotlivých dílčích stavebních prací, jež byly v rámci takové novostavby či rekonstrukce činěny. Jinými slovy řečeno, zadavatel ani u těchto činností, tím, jak stanovil uvedené podmínky, nemířil na doložení byť i jen dílčích stavebních prací realizovaných na novostavbě či dané rekonstrukci konkrétního objektu, nýbrž stanovil požadavek na doložení zkušenosti, jejímž předmětem byla buď novostavba či konkrétní rekonstrukce jako taková (blíže viz výše k uvedenému jazykovému výkladu zadávací podmínky), tj. činnost, jež je tvořena vždy souhrnem dílčích prací, jež ve výsledku tuto rekonstrukci či novostavbu tvoří. V takovém případě tak podstatou dané podmínky nejsou pouze dílčí izolované činnosti, ale novostavba (zde novostavba dané pozemní komunikace, novostavba daného mostu, a stejně tak novostavba daného tunelu), popř. rekonstrukce daného objektu, jež navíc musela být v uvedeném případě spojená vždy s konkrétním typem činností.
139. Úřad dále uvádí, že zadavatel jednotlivé podmínky stanovené v čl. 4 odst. 4.5.3 zadávací dokumentace spojil buď s požadavkem na doložení „2 stavebních prací“ nebo „1 stavební práce“, kdy ani celkový kontext této části zadávací dokumentace nenasvědčuje tomu, že by uvedeným byl míněn počet dílčích stavebních prací realizovaných v rámci požadované zkušenosti (zde např. v rámci novostavby mostu by 1 stavební práce spočívající kupř. pouze ve zhotovení jeho nadezdívky/přesypávky jen těžko vypovídala o celkové kvalifikovanosti daného dodavatele). Uvedený počet stavebních prací tedy zjevně značí pouze celkový minimální počet dokládaných referencí stanoveného typu, tj. např. 2 reference spočívající v novostavbě nebo požadované rekonstrukci blíže stanovené pozemní komunikace [viz bod (i) této zadávací podmínky], neboť takovou novostavbu či rekonstrukci netvoří ve výsledku pouze 2 či dokonce jen 1 dílčí stavební práce.

140. Úřad dále konstatuje, že i některé tyto další podmínky stanovené pro splnění technické kvalifikace ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) zákona obsahují rovněž výhradu zadavatele, že předmětem požadavku na referenční stavební práci není pokládka asfaltové vozovky. Konkrétně se jedná o podmínku v bodě (iii) týkající se plnění, jehož součástí byly zemní práce (tj. výkopy a násypy), a o podmínku v bodě (iv) týkající se mostu. Ani v kontextu těchto dalších požadavků zadavatele však její stanovení nesvědčí o ničem více než o tom, že zadavatel v případě uvedených zkušeností dodavatele nevyžadoval, aby jejich součástí byla též pokládka asfaltové vozovky. Zadavatel tedy touto poznámkou pouze vylučuje povinnost, aby součástí dokládané zkušenosti byla tato konkrétní činnost dodavatele. Stanovení této podmínky tedy slouží pouze k vyčlenění určitého druhu prací (pokládky asfaltové vozovky), jež dodavatel nemusel mít v dokládané referenci obsaženu, tedy ve zbylém rovněž stanovou podmínku jinak neupřesňuje. Vlastní požadavky na doložení této zkušenosti pak zadavatel stanovil v rámci bodu (ii) citované části zadávací dokumentace, kde vyžaduje přímo referenci spočívající v pokládce asfaltové vozovky.
141. Úřad doplňuje, že smysl vyčlenění této konkrétní činnosti z požadovaných zkušeností ve vztahu k jiným objektům (typům vykonávaných činností) blíže objasňuje čl. 18 odst. 18.7 zadávací dokumentace, kde zadavatel využil výhrady dle § 105 odst. 2 zákona, v rámci níž požadoval, aby dodavatel realizoval významnou činnost při plnění veřejné zakázky vlastními kapacitami, tj. nikoli prostřednictvím poddodavatelů, kdy za tuto významnou činnost považuje mj. právě pokládku asfaltové vozovky hlavní trasy dálnice D11 vč. větví mimoúrovňové křižovatky. S ohledem na uvedenou výhradu zadavatel současně v předmětné části zadávací dokumentace stanovil, že případné splnění požadavku dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (i) [pokud stavební práce obsahovaly činnost, na kterou se vztahuje zákaz poddodávky] a dle bodu (ii) zadávací dokumentace (spočívající v pokládce asfaltové vozovky) nemůže být prokazováno postupem dle § 83 zákona prostřednictvím poddodavatele. Naopak splnění podmínek dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (iii) až bodu (v) zadávací dokumentace, tj. právě požadavků, u nichž zadavatel stanovil, že jejich předmětem není pokládka asfaltové vozovky, tedy u nichž nevyžadoval doložení této pro něj významné činnosti, mohl dodavatel z uvedeného důvodu prokazovat i prostřednictvím jiných osob. Úřad tedy opakuje, že význam uvedené výhrady zadavatele stanovené v bodech (iii) až (v) citované zadávací podmínky tak skutečně nesvědčí o ničem jiném, než o vyčlenění daného typu stavebních prací z požadavku na doložení těchto stanovených zkušeností dodavatele, resp. jeho případného poddodavatele.
142. Nadto Úřad pro úplnost uvádí, že zadavatel v čl. 4 odst. 4.5.1 zadávací dokumentace stanovil ve vztahu k prokazování technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona mj. podmínku, že dodavatel je povinen prokázat splnění minimálních požadavků zadavatele na realizaci stavebních prací poskytnutých dodavatelem za posledních 10 let před zahájením zadávacího řízení, kde současně uvedl, že doba za posledních 10 let před zahájením zadávacího řízení se pro účely tohoto zadávacího řízení nepovažuje za splněnou, pokud stavební práce uvedená v příslušném seznamu nebyla v průběhu této doby uvedena alespoň do zkušebního provozu. V rámci této podmínky Úřad konstatuje, že byla zjevně stanovena pouze za účelem vymezení časového rámce pro uznatelnost dokládaných referencí, a proto nelze bez dalšího dovozovat i jiný význam jejího obsahu ve vztahu k požadavku na rozsah dokládaných referenčních stavebních prací dodavatelem, jenž je určen právě odstavcem 4.5.3 této části zadávací dokumentace. Jinými slovy řečeno, uvedené znění zadávací podmínky dle Úřadu nepodává neopomenutelné vodítko k tomu, jaká činnost (jaký veškerý rozsah prací) musela být

dodavatelem v rámci jím předkládané reference učiněna, když její stanovení bylo provedeno pouze k vymezení časového hlediska a lze z ní dále nanejvýš vyvodit skutečnost, že daná práce musela být ve výsledku uvedena alespoň do zkušebního provozu, protože ani Úřad závěry ohledně významu této zadávací podmínky nestaví jako rozhodné ve smyslu posouzení možného výkladu podmínky dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace. Úřad tedy dále neshledává případné propojení těchto dvou požadavků (odst. 4.5.1 a odst. 4.5.3) jako stěžejní pro další posouzení výkladu zadávací podmínky dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace.

143. Úřad závěrem této části uvádí, že třetím možným hlediskem ohledně interpretace zadávacích podmínek je jejich účelový výklad, v němž rozhodující roli hraje účel dané podmínky. Jak již Úřad konstatoval výše v rámci systematického výkladu, způsob, jímž zadavatel stanovil zadávací podmínky v čl. 4 odst. 4.5.3 zadávací dokumentace, svědčí o tom, že podstatou požadavku dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace byl vždy souhrn dílčích stavebních prací tvořících požadovanou zkušenost jako takovou, když jí není cíleno pouze na jednotlivé (izolované) dílčí činnosti. Stejně jako v rámci jiných požadavků zadavatele bylo cíleno na zkušenost ve smyslu novostavby či rekonstrukce pozemní komunikace či mostu určitého typu, jež je vždy tvořena souhrnem více jednotlivých činností, tak obdobně i v rámci zkušenosti ve smyslu novostavby raženého silničního tunelu podstata a smysl dané podmínky nespočívá v doložení pouze konkrétních dílčích činností realizovaných na novostavbě takového tunelu. Příkladem lze k tomuto uvést, že stejně jako by pro účely naplnění podmínky na novostavbu mostu nedostačovalo pouhé vyhotovení pilíře takového mostu a na jeho rekonstrukci spojenou s rozšířením nebo výměnou nosné konstrukce jen položení mostovky, neboť novostavba mostu, stejně jako rekonstrukce spojená s rozšířením či výměnou nosné konstrukce je běžně tvořena více dílčími stavebními pracemi (kdy kupř. i jen nosná konstrukce mostu je zpravidla tvořena více částmi – hlavní nosná konstrukce, mostovka, ložiska, mostní závěry, apod.), tak i v případě novostavby raženého silničního tunelu se nejedná jen o realizaci její konkrétní dílčí stavební části (např. primárního ostění), když i novostavbu tunelu tvoří více jednotlivých činností<sup>28</sup>. Tedy i v případě, kdy by pro účely naplnění stanovené podmínky kvalifikace byla předkládána reference týkající se pouze technologické části novostavby tunelu (zcela bez její části stavební), by tato zjevně neobsáhla podstatu zkušenosti dodavatele s novostavbou tunelu. Byť přitom mnohé dílčí práce jsou jistě pro daný typ stavby zásadní, výklad, že i jen tento (dílčí) druh činností by byl zcela dostačující k naplnění uvedené podmínky, z jejího znění nijak nevyplývá a zadavatel ji v uvedeném směru ani nestanovil. Úřad k tomu akcentuje, že zadavatel rovněž uvedený požadavek nevzněl ani tak, že by jeho předmětem byly stavební práce spočívající v ražbě silničního tunelu.
144. Nadto lze pro úplnost dodat, že ačkoli zadavatel v rámci dané podmínky nestanovil, že by rozsah takové novostavby byl podrobněji určen nějakou normou, právním předpisem či jiným dokumentem, je v tomto neoddiskutovatelný fakt, že novostavbu vytváří teprve souhrn jednotlivých dílčích činností (byť se jednotlivé novostavby raženého silničního tunelu mohou od sebe v mnohém lišit). Úřad k tomuto současně akcentuje, že uvedeným nijak nepředjímá, a nečinil tak zjevně ani zadavatel, jaké veškeré dokládání reference by bylo možné akceptovat

---

<sup>28</sup> Tj. nejen samotná ražba tunelu, ale dále i zhotovení kupř. primárního ostění, definitivního ostění, hydroizolace tunelu apod., přičemž novostavba tunelu je zpravidla tvořena nikoli jen její stavební částí, ale i částí technologickou, pod níž obvykle spadá např. osvětlení, vzduchotechnika, systém řízení dopravy apod.



ve smyslu naplnění stanoveného požadavku, když každá novostavba raženého silničního tunelu v délce minimálně 100 m může být v určitém směru jiná, a současně uvedenou podmínkou nestanovil výčet, jaké veškeré dílčí činnosti (do poslední z nich) by musely být dokládány v rámci novostavby tunelu. V tomto však nelze považovat zadávací podmínku ad absurdum za vadně stanovenou a nedostatečně podrobnou. Podstatou a smyslem dokládání zkušenosti (pod)dodavatele je zde zjevně prokázání schopnosti realizovat činnost (stavební práce) mající charakter dané novostavby, a nikoli dokazování dodavatele, že v rámci dané reference učinil (do všech podrobností) i veškeré možné uvažované dílčí činnosti, jež mohou být na dané novostavbě tunelu realizovány. Úřad konstatuje, že v případě posuzování splnění takové podmínky je tedy nutné jít vždy po podstatě stanoveného požadavku.

145. Úřad na základě všeho shora uvedeného dospěl k závěru, že žádný ze způsobů výkladu zadávací podmínky stanovené v čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace, a zejména způsob jejího stanovení, nijak nenasvědčuje tomu, že by tímto požadavkem bylo již od počátku míněno připustit splnění technické kvalifikace dodavatele i jen pouze izolovanými dílčími činnostmi na novostavbě raženého silničního tunelu. Tedy i jednotlivé úhly pohledu na tuto zadávací podmínku nesvědčí o jejím případném jiném racionálním výkladu. Doložena má být zkušenost ve smyslu novostavby blíže definovaného tunelu (kdy pouze výhradou není požadována činnost spočívající v pokládce asfaltové vozovky). Úřad přitom v rámci šetření předmětné podmínky zadavatele rovněž neshledal, že by způsob jejího stanovení svědčil o její zjevné nejednoznačnosti a neurčitosti, v důsledku čehož by bylo nutné případně připustit i opačný přístup ohledně akceptovatelného rozsahu dokládaných zkušeností (tj. nikoli souhrn činností ve smyslu novostavby tunelu ale i jen jednotlivé dílčí činnosti v rámci novostavby tunelu).
146. S ohledem na výše uvedené závěry tedy nelze dle Úřadu akceptovat takový výklad předmětné zadávací podmínky, že i dílčí práce, které byly prováděny na novostavbě definovaného tunelu, naplňují požadavek dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace. Úřad konstatuje, že zadavatel v rámci dotčené zadávací podmínky nijak nestanovil, že by se mělo jednat o stavební práci, jež byla prováděna na novostavbě tunelu, a ani neurčil, že by daným požadavkem mínil doložení i jen jakýchkoli prací na novostavbě tunelu. S takovým zjednodušujícím přístupem k uvedené zadávací podmínce, kdy by byla akceptována i jakákoli dílčí stavební práce realizovaná na novostavbě takového tunelu, by přitom mohlo de facto docházet až k vyprázdnění podstaty dokládání splnění tohoto požadavku, neboť jen např. zkušenost s provedením drenážního systému nijak nevypovídá o schopnosti dodavatele zajistit realizaci novostavby tunelu. Úřad opakuje, že rovněž pouze dílčí práce, např. případné stavební práce učiněné v rámci realizace technologické části tunelu, nijak nedokládají jakoukoli zkušenost s realizací vlastní stavební části tunelu, kdy ale ani v opačném případě doložení pouhé dílčí části (či několika částí) na stavbě tunelu automaticky neznamená, že se jedná o dodavatele zkušeného ve smyslu realizace novostavby tunelu jako takové.
147. Úřad nadto podotýká, že v šetřeném případě nelze odhlédnout ani od toho, že zadavatel nijak nestanovil, neobjasnil a nedal žádné bližší vodítko k tomu, jaké činnosti (či jejich kombinace) by při případném posuzování doložených prací v rámci splnění dané podmínky, a to ve smyslu zajištění i jen prací stěžejních a významných (tj. kdy jako dostatečné by bylo možné akceptovat i jen takový typ dílčích prací či jejich možné kombinace), bylo ještě možné považovat za natolik významné a jaké již nikoli, aby bylo možné učinit závěr o (ne)splnění daného požadavku

zadavatele. Zadavatel tedy pro takový případný přístup ani transparentně nevymezil, kde by se ještě případně nacházela pomyslná hranice akceptovatelnosti předkládané reference obsahující dílčí činnosti na novostavbě tunelu.

148. Co se týče samotné reference A, již navrhovatel dokládal prostřednictvím svého poddodavatele A, a otázky splnění podmínky technické kvalifikace dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace, Úřad uvádí, že navrhovatel v rámci své nabídky předložil seznam poskytnutých stavebních prací, v němž ve vztahu k této dokládané referenci uvedl, že se týká provedení výkopových prací a předcházející podepření dvou silničních tunelů (o délkách 1 375 m a 1 420 m). Přílohou tohoto seznamu navrhovatel doložil v cizojazyčné verzi i v překladu do českého jazyka osvědčení objednatele, v němž bylo obdobně uvedeno, že poddodavatel A provedl „výkopové práce a předcházející podepření dvojitého tunelu“, a že z hlediska charakteristiky stavby se jednalo o výkopové práce a podpěry dvou silničních rovnoběžných tunelů. Z obsahu nabídky navrhovatele i z dalších dokumentů tvořících dokumentaci o zadávacím řízení nevyplývá, že by navrhovatel v rámci daného zadávacího řízení prokazoval splnění podmínky technické kvalifikace dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace v rámci reference A i jiným dokládaným rozsahem realizovaných činností.
149. Úřad konstatuje, že mezi navrhovatelem a zadavatelem není ve vztahu k referenci A sporu, jaké činnosti jsou jí dokládány, resp. že se jedná pouze o dílčí práce realizované v rámci daného projektu výstavby, a to stavební činnost spočívající v ražbě tunelu a zabezpečení podzemního díla primárním tunelovým ostěním. Byť je přitom daná činnost v rámci novostavby tunelu bezpochyby důležitá, kdy tvoří neopomenutelný základ při výstavbě tunelu, nejednalo se v jejím případě ani z hlediska stavebních prací o novostavbu tunelu jako takovou, kdy další práce (kupř. definitivní ostění, izolace, odvodnění apod.), jež tuto novostavbu (resp. její stavební část) také tvoří, byly již zjevně činěny (a to společně s částí technologickou) bez přispění tohoto dodavatele, tedy jiným subjektem, resp. navrhovatel nijak nedokládá, že by i tyto další práce tvořící zde v kompletu novostavbu tunelu byly poddodavatelem A rovněž realizovány.
150. Stavební práce uskutečněné a nyní dokládané k poddodavateli A nelze dle Úřadu zaměnit s novostavbou raženého silničního tunelu, resp. uvedené dvě dílčí činnosti na novostavbě tunelu nenaplnují dle Úřadu podmínku na doložení stavební práce, jejímž předmětem byla novostavba raženého silničního tunelu v délce minimálně 100 m (vyjma pokládky asfaltové vozovky), kdy i obecný význam pojmu novostavba raženého silničního tunelu je širší než tyto dvě dokládané (dílčí) činnosti a z požadavku stanoveného zadavatelem dle Úřadu ani nijak nevyplývá, že by jím bylo míněno připustit a akceptovat jako prokazující dostatečnou zkušenost dodavatele i jen právě takové dílčí stavební práce na novostavbě tunelu. Úřad zde opakuje, že zadavatel přitom ani jinak nestanovil, že by reference byly posuzovány z hlediska významu případných dokládaných dílčích činností na novostavbě tunelu.
151. Úřad přitom nijak nepředjímá, jaké konkrétní dokládané reference by bylo možné akceptovat ve smyslu naplnění stanoveného požadavku zadavatele, tj. jaké veškeré činnosti by musely být součástí případně dokládané novostavby tunelu, kdy i jednotlivé novostavby raženého silničního tunelu mohou být v určitých rysech odlišné, avšak pouze dílčí stavební práce na novostavbě tunelu tuto podmínku jistě nenaplní, když novostavbu tunelu, a to i tunelu vztahujícího se k referenci A, nečiní jen její ražba a primární ostění, ale i další významné činnosti, které ve svém souhrnu vedou k výstavbě novostavby silničního tunelu.

152. Úřad tedy uzavírá, že s ohledem na výše uvedené lze shledat, že rozsah reference A dokládáný pro poddodavatele A v nabídce navrhovatele nelze ztotožnit s naplněním podmínky dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace, když jí byly činěny pouze prvotní (byť důležité) práce na novostavbě tunelu, avšak nebyla jimi zhotovena novostavba tunelu, jež v sobě zahrnuje dokončení i jiných, resp. dalších významných činností. Vzhledem k tomu, že navrhovatel ani referencí A neprokázal splnění požadavku technické kvalifikace dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace, nezbyvá dle Úřadu než přisvědčit, že údaje a doklady předložené navrhovatelem neprokázaly splnění podmínky dle čl. 4 odst. 4.5.3 bodu (v) zadávací dokumentace, tj. podmínky technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona, pročez byly dány důvody pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona. Úřad pouze pro úplnost připomíná, že navrhovatel v průběhu zadávacího řízení přitom ani na žádost zadavatele dle § 46 odst. 1 zákona nedoložil k referenci A a k poddodavateli A žádné nové skutečnosti, jež by byly s to uvedený závěr vyvrátit.

#### *Závěr k rozhodnutí o vyloučení*

153. Úřad s ohledem na vše výše uvedené konstatuje, že vzhledem k tomu, že navrhovatel nedoložil podklady prokazující splnění požadavku zadavatele na zkušenost s jednou stavební prací, jejímž předmětem byla novostavba raženého silničního tunelu v délce minimálně 100 m (kdy předmětem požadavku na referenční stavební práci nebyla pokládka asfaltové vozovky), tedy nepředložil údaje a doklady prokazující splnění zadavatelem stanovené zadávací podmínky, a to ani v reakci na žádosti zadavatele dle § 46 zákona, došlo k naplnění podmínek pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 2 zákona. Úřad pouze pro úplnost dodává, že ačkoli je postup zadavatele dle citovaného ustanovení zákona ve vztahu k účastníkovi zadávacího řízení zákonodárcem stanoven jako fakultativní, v případě, že by se měl navrhovatel stát vybraným dodavatelem, byl by již zadavatel povinen přistoupit k jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení za situace, kdy zjistil naplnění podmínek dle § 48 odst. 2 zákona (srov. § 48 odst. 8 zákona).

154. Úřad tedy shledal, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení, resp. neshledal v rozsahu námitek navrhovatele uvedených v návrhu č. 4 důvody pro uložení nápravného opatření, pročez rozhodl o zamítnutí návrhu tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

#### *K dalším namítaným skutečnostem*

155. Ke sdělení zadavatele uvedenému v jeho vyjádření k podkladům rozhodnutí, že mezi zpřístupněnými dokumenty v rámci uskutečněného nahlížení do spisu chyběly položky pod pořadovým č. 18 až č. 41 ve spise, Úřad uvádí následující. Předmětné zpřístupnění obsahu správního spisu bylo uskutečněno prostřednictvím Systému pro vzdálený přístup do správního spisu Úřadu (dále jen „Systém pro vzdálený přístup“), neboť právě o tento „typ“ seznámení se s obsahem spisu zadavatel výslovně požádal, kdy účastníci správního řízení byli již při zahájení tohoto správního řízení připsesem ze dne 11. 6. 2024 upozorněni na skutečnost, že se jedná o doplňkovou službu s tím, že při využití možnosti nahlédnout do spisu prostřednictvím Systému pro vzdálený přístup nebude poskytnut přístup např. k obchodnímu tajemství, jež je Úřad povinen chránit (srov. § 38 odst. 6 správního řádu). Na uvedené byl ostatně zadavatel upozorněn i v rámci samotného Systému pro vzdálený přístup. Stejně tak byl zadavatel

seznámen s tím, že má právo nahlédnout do spisu v sídle Úřadu, kde se může s obsahem spisu seznámit vč. částí spisu, které obsahující skutečnosti představující obchodní tajemství a jimiž byl nebo bude prováděn důkaz (v rozsahu dle § 38 odst. 6 správního řádu).

156. Zadavateli tak Systémem pro vzdálený přístup nebyly poskytnuty položky ve spise pod pořadovým č. 18 až č. 21, neboť se jedná o dokumenty, které obsahují skutečnosti představující obchodní tajemství, pročež se k nim váže i omezení ve smyslu § 38 odst. 6 správního řádu. Podobně přitom z uvedeného důvodu nebyly zadavateli Systémem pro vzdálený přístup poskytnuty ani další položky ze spisu obsahující údaje představující obchodní tajemství, kdy zadavatel však toto nenamítá (kupř. položka č. 1, č. 14 až č. 16 a další). Úřad k tomu akcentuje, že zadavateli nebylo odepřeno právo seznámit se s obsahem uvedených dokumentů (vyjma údajů představujících obchodní tajemství), kdy tyto mu byly prostřednictvím Systému pro vzdálený přístup zpřístupněny v podobě bez informací obsahujících obchodní tajemství (tj. v tzv. „anonymizované“ podobě). V případě položek č. 18 až č. 21 se konkrétně jedná o zpřístupněné položky č. 92 až č. 95 ve spise, jak bylo uvedeno i v Záznamu o shromáždění podkladů pro vydání rozhodnutí ze dne 8. 7. 2024, jenž byl zadavateli v rámci Systému pro vzdálený přístup také poskytnut. Zadavateli přitom bylo dle jeho vyjádření k podkladům rozhodnutí známo, že se ve správním spise nachází dokumenty obsahující obchodní tajemství, přičemž informaci, o jaké konkrétní položky spisu, jimiž byl Úřadem proveden důkaz, tj. o jaké podklady pro vydání rozhodnutí, se jedná, mohl zadavatel zjistit z již zmíněného Záznamu o shromáždění podkladů pro vydání rozhodnutí ze dne 8. 7. 2024.
157. K položkám správního spisu pod pořadovým č. 22 až č. 41 pak Úřad konstatuje, že se jedná o položky obsahující příchozí dokumentaci o zadávacím řízení, již (resp. informace v ní obsažené) je Úřad rovněž povinen chránit, a to s výjimkou listin, které slouží jako důkaz (srov. § 260 zákona). K tomu Úřad poukazuje zejména na obsah Záznamu o obdržení dokumentace o zadávacím řízení ze dne 2. 7. 2024, který byl zadavateli prostřednictvím Systému pro vzdálený přístup rovněž poskytnut, kde jsou mj. položky č. 22 až č. 41 v tomto správním spise označeny jako položky obsahující dokumenty, jež tvoří součást dokumentace o zadávacím řízení veřejné zakázky, jež Úřad vyloučí z nahlížení do spisu, přičemž je zde popsán i obsah těchto položek. Úřad dodává, že pokud se rozhodl některé z dokumentů zařazených v rámci položek č. 22 až č. 41 do správního spisu v průběhu vedeného správního řízení jako důkaz zařadit, byly tyto dokumenty evidovány pod samostatnými položkami ve spise, kdy k přehledu jednotlivých důkazů, resp. podkladů pro vydání rozhodnutí Úřad opakovaně poukazuje na obsah Záznamu o shromáždění podkladů pro vydání rozhodnutí ze dne 8. 7. 2024. V případě, že tak některé části dokumentace o zadávacím řízení byly Úřadem provedeny jako důkaz, tyto byly zadavateli také v rámci Systému pro vzdálený přístup zpřístupněny (vyjma informací představujících obchodní tajemství). Úřad pro úplnost dodává, že dané položky obsahují i dokumenty obsahující přístupové údaje do elektronického nástroje zadavatele, kdy tyto údaje Úřad taktéž chrání, nicméně i dotčené dokumenty byly zadavateli zpřístupněny v „anonymizované“ podobě.
158. Úřad pro úplnost dodává, že porovnáním obsahu správního spisu, jenž byl zadavateli Systémem pro vzdálený přístup rovněž poskytnut, se zpřístupněnými položkami spisu (a poskytnutým obsahem takto zpřístupněné repliky spisu) mohl zadavatel shledat, jaké konkrétní dokumenty mu nebyly Systémem pro vzdálený přístup poskytnuty, kdy soupis

těchto položek a důvod jejich nezpřístupnění Systémem pro vzdálený přístup do spisu Úřad v šetřeném případě poskytl zadavateli v poznámce v rámci zpřístupnění uvedeného případu přímo v Systému pro vzdálený přístup do spisu, jak zachycuje i Záznam o vzdáleném přístupu do spisu ze dne 12. 7. 2024 (v poznámce bylo konkrétně uvedeno „Pol.č.1, 12, 14-16, 18-21, 54, 55, 57, 59, 62, 72-78, 86, 110 obsahují obchodní tajemství, pol.č.22-41, 52, 53, 58 dokumentace o ZŘ a pol.č.37-39 a 58 přístupové údaje do el. nástroje zad.“).

159. Úřad tedy s ohledem na výše uvedené konstatuje, že zadavateli na jeho vlastní žádost o zpřístupnění obsahu spisu prostřednictvím Systému pro vzdálený přístup (učiněnou po opakovaném upozornění na specifika tohoto systému) bylo umožněno se s obsahem spisu vč. Záznamu o shromáždění podkladů pro vydání rozhodnutí ze dne 8. 7. 2024 a samotnými podklady pro vydání rozhodnutí prostřednictvím Systému pro vzdálený přístup seznámit, kdy poskytnuty mu zde nebyly pouze položky ve spise vedené jako příchozí dokumentace o zadávacím řízení, jejíž vyloučení z nahlížení do spisu zakládá § 260 zákona (společně s dokumenty obsahujícími informace o přístupových údajích do elektronického nástroje zadavatele, kdy však tyto dokumenty byly zadavateli zpřístupněny v „anonymizované“ podobě), a taktéž mu nebyly zpřístupněny informace představující obchodní tajemství, a to s ohledem na ustanovení § 38 odst. 6 správního řádu a skutečnost, že se pro takové případy § 38 odst. 4 správního řádu nepoužije (tj. není zde dáno právo na výpisy či kopie takových částí spisu), kdy však zadavateli byly zpřístupněny dotčené položky, resp. dokumenty obsahující obchodní tajemství v podobě obsahující zneprístupněné informace představující obchodní tajemství. Úřad tak uzavírá, že zadatelovo právo nahlédnout do spisu či seznámit se s podklady rozhodnutí nebylo ze strany Úřadu nikterak dotčeno.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, 602 00 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá  
místopředsedkyně

### Obdrží

1. Ředitelství silnic a dálnic s. p., Na Pankráci 546/56, 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