



UOHSX00ACKSW

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0245/2017/VZ-24810/2017/533/BKu

Brno: 24. srpna 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 23. 6. 2017 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1,
- navrhovatel – společníci společnosti „Společnost Hostivař“ s vedoucím společníkem společnosti
 - EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem Národní 138/10, Nové Město, 110 00 Praha 1 – zastupující společníky společnosti:
 - STRABAG Rail a.s., IČO 25429949, se sídlem Železničářská 1385/29, Střekov, 400 03 Ústí nad Labem-Střekov, ve správním řízení zastoupena vedoucím společníkem společnosti na základě plné moci ze dne 21. 6. 2017,
 - GJW Praha spol. s r.o., IČO 41192869, se sídlem Mezitraťová 137, 198 21 Praha 9 - Hloubětín, ve správním řízení zastoupena vedoucím společníkem společnosti na základě plné moci ze dne 21. 6. 2017,

ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 13.3.2017 Mgr. Jakubem Kotrbou, advokátem, Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., ev. č. ČAK 09161, IČO 66885515, se sídlem Těšnov 1059/1, 110 00 Praha,

- vybraný uchazeč – společníci společnosti „MTS+SwieR+SMP-Hostivař II“ s vedoucím společníkem společnosti

- Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8 – zastupující společníky společnosti:
- Swietelsky Rail CZ s.r.o., IČO 28332202, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice,
- SMP CZ, a.s., IČO 27195147, se sídlem Vyskočilova 1566, Michle, 140 00 Praha 4,

ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 10. 7. 2017 advokátní kancelář MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Optimalizace traťového úseku Praha Hostivař - Praha hl. n., II. část - Praha Hostivař - Praha hl. n.“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 9. 2016 pod ev. č. 627056 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 10. 2016 pod ev. č. 2016/S 191-344637,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1 – nedodržel při zadávání veřejné zakázky „Optimalizace traťového úseku Praha Hostivař - Praha hl. n., II. část - Praha Hostivař - Praha hl. n.“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 9. 2016 pod ev. č. 627056 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 10. 2016 pod ev. č. 2016/S 191-344637, postup stanovený v § 59 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona tím, když posoudil kvalifikaci vybraného uchazeče – společnosti „MTS+SwieR+SMP-Hostivař II“ s vedoucím společníkem společnosti Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8, zastupující společníky společnosti: Swietelsky Rail CZ s.r.o., IČO 28332202, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice, a SMP CZ, a.s., IČO 27195147, se sídlem Vyskočilova 1566, Michle, 140 00 Praha 4 – jako splněnou, ačkoliv neměl postaveno najisto, zda jmenovaný uchazeč splňuje technický kvalifikační předpoklad stanovený v bodě 9.7 „Technické kvalifikační předpoklady:“ písm. c), h), k), a l), části 2 „Pokyny pro dodavatele“ dílu 1 „Požadavky a podmínky pro zpracování nabídky“ zadávací dokumentace ve vztahu ke členům personálu „specialista (vedoucí prací) na železniční svršek a spodek“, „specialista (vedoucí prací) na geotechniku“, „osoba odpovědná za ochranu životního prostředí“ a „osoba odpovědná za odpadové hospodářství“, čímž se stal postup zadavatele netransparentním, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Návrh navrhovatele – společnosti „Společnost Hostivař“ s vedoucím společníkem společnosti EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem Národní 138/10, Nové Město, 110 00 Praha 1, zastupující společníky společnosti: STRABAG Rail a.s., IČO 25429949, se sídlem Železničářská 1385/29, Střekov, 400 03 Ústí nad Labem-Střekov, a GJW Praha spol. s r.o., IČO 41192869, se sídlem Mezitraťová 137, 198 21 Praha 9 - Hloubětín – se podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v části týkající se nesplnění technického kvalifikačního předpokladu dle bodu 9.7 „Technické kvalifikační

předpoklady:" písm. e), části 2 „Pokyny pro dodavatele“ dílu 1 „Požadavky a podmínky pro zpracování nabídky“ zadávací dokumentace vybraným uchazečem – společností „MTS+SwieR+SMP-Hostivař II“ s vedoucím společníkem společnosti Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8, zastupující společníky společnosti: Swietelsky Rail CZ s.r.o., IČO 28332202, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice, a SMP CZ, a.s., IČO 27195147, se sídlem Vyskočilova 1566, Michle, 140 00 Praha 4 – **zamítá**, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

III.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ruší úkony zadavatele – Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážďená 1003/7, 110 00 Praha 1 – spojené s posouzením splnění technických kvalifikačních předpokladů vybraného uchazeče – společnosti „MTS+SwieR+SMP-Hostivař II“ s vedoucím společníkem společnosti Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8, zastupující společníky společnosti: Swietelsky Rail CZ s.r.o., IČO 28332202, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice, a SMP CZ, a.s., IČO 27195147, se sídlem Vyskočilova 1566, Michle, 140 00 Praha 4 – zdokumentované ve Zprávě o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 19. 5. 2017, a současně ruší i všechny následující úkony zadavatele učiněné v předmětném zadávacím řízení, a to včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 19. 5. 2017.

IV.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážďená 1003/7, 110 00 Praha 1 – ukládá:

uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Odesláním oznámení o zahájení otevřeného řízení do Věstníku veřejných zakázek zadavatel – Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážďená 1003/7, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájil dne 27. 9. 2016 zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Optimalizace traťového úseku Praha Hostivař - Praha hl. n., II. část - Praha Hostivař - Praha hl. n.“. Oznámení o zakázce bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 29. 9. 2016 pod ev. č. 627056 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 10. 2016 pod ev. č. 2016/S 191-344637 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodě 4.1 „Účel veřejné zakázky“ části 2 „Pokyny pro dodavatele“ dílu 1 „Požadavky a podmínky pro zpracování nabídky“ zadávací dokumentace (část 2 dílu 1 zadávací

dokumentace dále jen „Pokyny pro dodavatele“) zadavatel stanovil, že „Účelem stavby je zvýšení kapacity dráhy pro potřeby příměstské, dálkové i nákladní dopravy, zlepšení vazeb drážní dopravy na městskou veřejnou dopravu, snížení negativních vlivů dopravy na okolní zástavbu a dále uvedení železniční trati a souvisejících staveb a zařízení do technického stavu odpovídajícímu evropským parametrům a standardům.“.

3. V bodě 22.1 Pokynů pro dodavatele zadavatel stanovil, že „Základním hodnotícím kritériem je nejnižší nabídková cena v souladu s § 78 odst. 1 písm. b) ZVZ. Nabídky budou hodnoceny v souladu s § 79 ZVZ.“.
4. V bodě II.2.1) „Celkové množství nebo rozsah“ Oznámení o zakázce zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na 3 608 413 000 Kč bez DPH.
5. Dne 27. 2. 2017 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky, kterou podal uchazeč – společnost „MTS+SwieR+SMP-Hostivař II“ s vedoucím společníkem společnosti Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8, zastupující společníky společnosti: Swietelsky Rail CZ s.r.o., IČO 28332202, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice, a SMP CZ, a.s., IČO 27195147, se sídlem Vyskočilova 1566, Michle, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 10. 7. 2017 advokátní kancelář MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno (dále jen „vybraný uchazeč“).
6. Dne 16. 3. 2017 doručil uchazeč – společnost „Společnost Hostivař“ s vedoucím společníkem společnosti EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem Národní 138/10, Nové Město, 110 00 Praha 1, zastupující společníky společnosti: STRABAG Rail a.s., IČO 25429949, se sídlem Železničářská 1385/29, Střekov, 400 03 Ústí nad Labem-Střekov, a GJW Praha spol. s r.o., IČO 41192869, se sídlem Mezitrašová 137, 198 21 Praha 9 - Hloubětín, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 13. 3. 2017 Mgr. Jakubem Kotrbou, advokátem, společníkem společnosti Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., ev. č. ČAK 09161, IČO 66885515, se sídlem Těšnov 1059/1, 110 00 Praha (dále jen „navrhovatel“) – zadavateli podání označené jako „Námítky proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a proti posouzení kvalifikace“ z téhož dne. Rozhodnutím o námitkách ze dne 27. 3. 2017 zadavatel námítkám navrhovatele ze dne 16. 3. 2017 částečně vyhověl a jako opatření k nápravě zrušil rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 27. 2. 2017 a rozhodl o provedení nového posouzení a hodnocení nabídek.
7. Dne 19. 5. 2017 rozhodl zadavatel znovu o výběru nejvhodnější nabídky, kterou podal vybraný uchazeč.
8. Dne 2. 6. 2017 doručil navrhovatel zadavateli podání označené jako „Námítky proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a proti posouzení kvalifikace“ z téhož dne (dále jen „námítky ze dne 2. 6. 2017“). Rozhodnutím o námitkách ze dne 12. 6. 2017, které bylo navrhovateli doručeno dne 15. 6. 2017 (dále jen „rozhodnutí o námitkách ze dne 12. 6. 2017“) zadavatel námítkám navrhovatele nevyhověl.
9. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 23. 6. 2017 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Součástí návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele byl i návrh na nařízení

předběžného opatření ve smyslu § 117 odst. 1 písm. a) zákona spočívajícího v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

10. Podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dne 23. 6. 2017, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele.
11. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
12. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0245/2017/VZ-19241/2017/533/BKu ze dne 27. 6. 2017 (dále jen „oznámení o zahájení správního řízení“).
13. Usnesením č. j. ÚOHS-S0245/2017/VZ-20481/2017/533/BKu ze dne 12. 7. 2017 určil Úřad vybranému uchazeči lhůtu k provedení úkonu – doložení dokumentu, z něhož bude patrné, že za vybraného uchazeče je v tomto správním řízení oprávněn jednat dodavatel Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8 (dále jen „Metrostav a.s.“).
14. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0245/2017/VZ-20687/2017/533/BKu ze dne 13. 7. 2017 Úřad nařídil na návrh navrhovatele předběžné opatření dle § 117 odst. 1 písm. a) zákona, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.
15. Usnesením č. j. ÚOHS-S0245/2017/VZ-20703/2017/533/BKu ze dne 14. 7. 2017 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o veřejné zakázce podle § 17 písm. v) zákona pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
16. Usnesením č. j. ÚOHS-S0245/2017/VZ-21813/2017/533/BKu ze dne 27. 7. 2017 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Obsah návrhu

17. Navrhovatel v čl. I. svého návrhu uvádí, že zadavatel postupoval nezákonně, účelově a v rozporu se základními zásadami zadávacího řízení, když umožnil vybranému uchazeči doplnit nabídku takovým způsobem, že došlo k její změně, což mělo podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, dále když zadavatel posoudil splnění kvalifikace vybraným uchazečem za prokázané, a rovněž, když rozhodnutí o námitkách odůvodnil nelogicky, vnitřně rozporně a v rozporu se svými předchozími závěry učiněnými v předmětném zadávacím řízení a nevypořádal se všemi námitkami navrhovatele. Na základě výše uvedeného má navrhovatel za to, že při posouzení kvalifikace vybraného uchazeče a při následném výběru nejvhodnější nabídky postupoval zadavatel netransparentním způsobem. Navrhovatel uvádí, že mu v důsledku uvedeného hrozí vznik újmy na jeho právech spočívající v odepření možnosti realizovat veřejnou zakázku, neboť nabídka navrhovatele, jakožto nabídka s druhou

nejnižší nabídkovou cenou, by byla vybrána jako nejvhodnější, pokud by zadavatel v souladu se zákonem vybraného uchazeče vyloučil z účasti v zadávacím řízení z důvodu nesplnění kvalifikace.

18. V čl. II. písm. A a B návrhu brojí navrhovatel proti posouzení technických kvalifikačních předpokladů týkajících se požadavků zadavatele na předložení referenčních zakázek ve vztahu k vybranému uchazeči a současně proti porušení výhrady zadavatele dle § 44 odst. 6 zákona.
19. Navrhovatel uvádí, že v rozsahu části předmětu veřejné zakázky vyhrazené k plnění přímo dodavatelem (vymezeného v bodě 10.3 „Subdodavatelské omezení“ Pokynů pro dodavatele) nemůže dodavatel prokázat splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele. Důvodem je dle navrhovatele skutečnost, že dle § 51 odst. 4 písm. b) zákona je dodavatel v případě prokazování části kvalifikace prostřednictvím subdodavatele povinen v nabídce předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) zákona. Navrhovatel tedy uvádí, že by bylo v rozporu se zákonem, pokud by se subdodavatel zavázal k plnění v rámci plnění veřejné zakázky, které však zadavatel vyhradil jako plnění, které nesmí být plněno subdodavatelem. K podpoře svého argumentu odkazuje navrhovatel na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S342/2012/VZ-16882/2012/514/MDI ze dne 7. 9. 2012 a na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S631/2011/VZ-3443/2012/510/ASh ze dne 9. 10. 2012, v němž Úřad uvedl, že *„Při aplikování ustanovení § 44 odst. 6 zákona a ustanovení § 51 odst. 4 zákona z logiky věci vyplývá, že uchazeč je oprávněn prokazovat chybějící kvalifikaci subdodavatelem jen v těch částech veřejné zakázky, které pak subdodavatel v souladu se zadávací dokumentací bude na základě smlouvy zavázán plnit. Výklad, podle kterého by ustanovení § 51 odst. 4 zákona, tj. možnost dodavatele prokázat chybějící kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele, platil za všech okolností, tedy i v případě, že zadavatel si pro určitou část plnění v souladu s § 44 odst. 6 zákona vyhradil, že tato nemůže být plněna subdodavatelem, je vnitřně rozporný.“*
20. Navrhovatel tedy shrnuje, že pokud si zadavatel vyhradil v zadávací dokumentaci určitou část plnění k realizaci pouze vybraným uchazečem, znamená tato výhrada ve vztahu k prokazování kvalifikace prostřednictvím referencí zároveň omezení uchazeče prokazovat referenční zakázky na takové vyhrazené plnění subdodavatelem, a současně omezení uchazeče prokazovat referenční zakázky takovými zakázkami, jejímž obsahem byly práce odpovídající vyhrazenému plnění, které v rámci předložené reference ve skutečnosti za uchazeče realizoval subdodavatel.
21. Dle navrhovatele tedy zadavatel pochybil, když posoudil technický kvalifikační předpoklad stanovený v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele týkající se požadavku na předložení referenční zakázky v hodnotě 170 milionů Kč bez DPH za prokázaný referenční zakázkou „Optimalizace trati Praha Bubeneč – Praha Holešovice“ předloženou vybraným uchazečem, neboť zadavatel omezil prokazování referenční zakázky v hodnotě 170 milionů Kč subdodavatelem z důvodu vazby na vyhrazené plnění dle § 44 odst. 6 zákona, mezi které dle zadávací dokumentace patří i železniční svršek a železniční spodek. Navrhovatel však uvádí, že v rámci referenční zakázky „Optimalizace trati Praha Bubeneč – Praha Holešovice“ nerealizoval práce na železničním svršku a spodku vybraný uchazeč, nýbrž společnost

Subterra a.s., IČO 45309612, se sídlem Koželužská 2246/5, Libeň, 180 00 Praha 8 (dále jen „společnost Subterra a.s.“) jako subdodavatel společnosti Metrostav a.s. Co se týče důvodů, které navrhovatele vedou k závěru ohledně nezákonnosti postupu zadavatele, odkazuje navrhovatel na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0839/2015/VZ-02072/2016/523/MKv ze dne 18. 1. 2016, z něhož vyplývá, že reference subdodavatele vztahující se k vyhrazené části plnění nedokládá zkušenost uchazeče, nýbrž jeho subdodavatele, přičemž s ohledem na výhradu zadavatele ve smyslu § 44 odst. 6 zákona by ve skutečnosti následně musel vyhrazené plnění realizovat uchazeč bez zkušenosti s realizací tohoto vyhrazeného plnění. Z tohoto důvodu nenáleží generálnímu dodavateli za všech okolností k prokazování splnění kvalifikace celá reference, ale pouze ta její část, která nezahrnuje vyhrazené plnění, tudíž jde v tomto ohledu o výjimku z tohoto jinak platného principu, že reference svědčí generálnímu dodavateli.

22. Dle navrhovatele je přitom bez významu, že společnost Subterra a.s. je členem koncernu společnosti Metrostav a.s., přičemž v té souvislosti odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚHOS-R148/2015/VZ-22114/2016/321/BRy ze dne 24. 5 2016, v němž je uvedeno, že „Osoba, která je tak členem jednoho holdingu s dodavatelem, naplňuje definici subdodavatele ve smyslu ust. § 51 odst. 4 zákona, pokud dodavatel prostřednictvím této třetí osoby prokazuje část kvalifikace. Je tak zřejmé, že i na takového subdodavatele se vztahuje ust. § 51 odst. 4 zákona, což mimo jiné znamená, že dodavatel je současně povinen předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.“. Závěry citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu pak dle navrhovatele potvrzuje např. i rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 103/2015 – 178 ze dne 8. 12 2016. Na situaci dle navrhovatele nic nemění ani skutečnost, že zadavatel v rámci obchodních podmínek stanovil, že se za práce provedené vlastními kapacitami považují i práce provedené osobami, které společně se zhotovitelem tvoří koncern. Taková obchodní podmínka nemá dle navrhovatele jakýkoliv vliv na postavení subdodavatele a s tím spojených omezení při prokazování kvalifikace.
23. Navrhovatel dále uvádí, že vybraný uchazeč prokazoval splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele ve vztahu k požadavkům na referenční zakázky rovněž předložením referenční zakázky „Modernizace stávající trati Divača - Koper II, etapa A“, kde práce na železničním svršku a spodku realizovala společnost SWIETELSKY Baugesellschaft m.b.H. - organizační složka, IČO 62502298, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice (dále jen „SWIETELSKY Baugesellschaft m.b.H.“). Rovněž touto referencí tedy vybraný uchazeč nemohl prokázat splnění příslušného technického kvalifikačního předpokladu. Navrhovatel přitom upozorňuje, že v předmětném případě zadavatel ke společnosti SWIETELSKY Baugesellschaft m.b.H. přistupuje jako k subdodavateli, a není mu proto jasné, proč tak nečiní i v případě subdodavatele Subterra a.s., neboť obě jmenované společnosti jsou jako členové koncernu vybraného uchazeče v postavení subdodavatelů, kterými vybraný uchazeč prokazuje splnění kvalifikace. Navrhovatel proto takový odlišný přístup zadavatele k jednotlivým subdodavatelům považuje za účelový a nezákonný.

24. Navrhovatel dále uvádí, že pokud v zadávací dokumentaci zadavatel stanovil, že vyhrazené plnění spočívající v realizaci železničního svršku, železničního spodku a určitých mostních objektů odpovídá 1/5 předpokládané hodnoty veřejné zakázky, musí se tato skutečnost promítnout do předkládaných referenčních zakázek. V rámci každé předkládané referenční zakázky tedy musel vybraný uchazeč sám realizovat železniční svršek, železniční spodek a mostní objekty v poměru 1/5 hodnoty referenční zakázky. Za jediný alternativní výklad navrhovatel považuje řešení, kdy by vybraný uchazeč předložil minimálně jednu referenční zakázku ve finanční hodnotě alespoň 170 milionů Kč bez DPH, v rámci které by však tato hodnota pokrývala vyhrazené plnění, přičemž by je musel v rámci předmětné referenční stavební práce skutečně plnit sám vybraný uchazeč, nikoli jeho subdodavatel. Dle navrhovatele je zřejmé, že omezení předložit referenci prostřednictvím subdodavatele musí zadavatel vztáhnout ke všem referencím předloženým subdodavatelem. K podpoře své argumentace navrhovatel rozsáhle cituje z článku „Prokazování kvalifikace jinými osobami podle zákona o zadávání veřejných zakázek“ publikovaného v časopise Právní rádce 1/2017. Dle navrhovatele se zadavatel s argumentací uvedenou v tomto článku a předloženou navrhovatelem již v rámci námitek ze dne 2. 6. 2017 nevypořádal, když pouze upozornil na část rozhodnutí Úřadu vydaného ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0839/2015. Navrhovatel trvá na tom, že omezení spočívající ve vyhrazeném plnění se ve stejném poměru promítá do omezení prokazovat technický kvalifikační předpoklad stanovený v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele subdodavatelem. Pokud tedy v předmětném případě tvoří vyhrazené plnění 20 % konkrétní stavební práce, pak je možné předložit pouze tu referenci, kde minimálně 20 % prací odpovídajících vyhrazenému plnění realizoval vybraný uchazeč, avšak u všech předkládaných referencí. Vybraný uchazeč však dle navrhovatele tímto způsobem neprokázal splnění předmětného technického kvalifikačního předpokladu.
25. Dle navrhovatele zadavatel pochybil, když posoudil technický kvalifikační předpoklad stanovený v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele ve vztahu k požadavkům na referenční zakázku v hodnotě 540 milionů Kč bez DPH za prokázaný prostřednictvím referenční zakázky „Výstavba metra V.A. (Dejvická - Motol) - stavební část“, kterou vybraný uchazeč dodatečně doložil na výzvu zadavatele. Navrhovatel v této souvislosti odkazuje na své námítky ze dne 2. 6. 2017 a jejich přílohy, ze kterých vyplývá, že v rámci předmětné referenční zakázky realizovala železniční svršek společnost Skanska a.s., IČO 26271303, se sídlem Křížíkova 682/34a, Karlín, 186 00 Praha 8 (dále jen „Skanska a.s.“) a společnost HOCHTIEF CZ a.s., IČO 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5 (dále jen „HOCHTIEF a.s.“), které však nejsou členy koncernu vybraného uchazeče. Ze strany vybraného uchazeče tak dle navrhovatele zřejmě došlo k předložení nepravdivé informace ve vztahu k referenční zakázce. Ani touto referencí tedy nemohl dle navrhovatele vybraný uchazeč předmětný technický kvalifikační předpoklad prokázat. Vybraný uchazeč tedy dle navrhovatele v tomto ohledu neprokázal kvalifikaci.
26. V čl. II. písm. C návrhu navrhovatel uvádí, že vybraný uchazeč neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodu 9.7 Pokynů pro dodavatele spočívajícího v požadavcích na členy personálu. Navrhovatel uvádí, že informace týkající se odbornosti a zkušeností členů personálu vybraného uchazeče neodpovídají skutečnosti. S námítkami, v nichž navrhovatel předmětné nesrovnalosti specifikoval a podložil, se dle jeho názoru zadavatel nevypořádal, když pouze konstatoval, že nemá důvod pochybovat o pravdivosti informací uvedených vybraným uchazečem. Dle navrhovatele však měl

zadavatel povinnost tyto pochybnosti vyvrátit, resp. postavit najisto, že uvedení členové realizačního týmu vybraného uchazeče skutečně v zadávací dokumentaci stanovené požadavky splňují.

27. Navrhovatel uvádí, že požadavek na člena personálu v pozici stavbyvedoucího prokazuje vybraný uchazeč Ing. Šabachem. Dle navrhovatele ovšem funkce osoby odpovědné za realizaci celé stavby neexistuje, obvyklá je pouze funkce stavbyvedoucího u jednotlivých zhotovitelů odpovědných pouze za část díla. Ing. Šabach byl tedy dle navrhovatele v rámci předložených referencí odpovědný pouze vždy jen za práce u jednoho ze zhotovitelů, nemůže tedy splňovat požadavky stanovené v bodě 9.7 písm. a) Pokynů pro dodavatele ohledně zkušenosti s řízením stavby v minimálním finančním objemu 540 milionů Kč.
28. Požadavek na člena realizačního týmu v pozici zástupce stavbyvedoucího vybraný uchazeč prokazuje Ing. Barabášem a Ing. Vallou. Navrhovatel namítá, že zadavatel nepostavil najisto, jakou konkrétní pozici a po jak dlouhou dobu při realizaci předložených referenčních zakázek Ing. Barabáš zastával. Dle navrhovatele přitom Ing. Barabáš na předložené referenční zakázce nepůsobil po celou dobu její realizace, proto nemohl splnit technický kvalifikační předpoklad stanovený v bodě 9.7 písm. b) Pokynů pro dodavatele ohledně zkušenosti s řízením stavby v minimálním finančním objemu 540 milionů Kč. Obdobné pochybnosti má navrhovatel rovněž u osoby Ing. Vally, což zadavatel taktéž nebyl schopen vyvrátit.
29. Dále navrhovatel uvádí, že požadavek na člena realizačního týmu v pozici specialista (vedoucí prací) na železniční svršek a spodek prokazuje vybraný uchazeč Ing. Zemánkem a Ing. Volným. Ve vztahu k Ing. Zemánkovi zadavatel dle navrhovatele nerozptýlil pochybnost, zda byl odpovědný za celou předloženou referenční zakázku, a zda skutečně realizoval práce na železničním svršku a spodku. Dle navrhovatele tedy není zřejmé, zda Ing. Zemánek splňuje požadavky stanovené v bodě 9.7 písm. c) Pokynů pro dodavatele. Ohledně Ing. Volného navrhovatel uvádí, že tento nefiguruje v realizačním týmu předložené referenční zakázky po celou dobu její realizace, zadavatel však ani v tomto případě nepostavil najisto, zda Ing. Volný splnil požadavky zadavatele na zkušenost s realizací prací na železničním svršku a spodku na stavbě v minimálním finančním objemu 540 milionů Kč.
30. Navrhovatel rovněž poukazuje na kumulaci osob v nabídce vybraného uchazeče, která je dle něj zadávací dokumentací zapovězena. Dle navrhovatele je pravděpodobné, že vybraný uchazeč se doložením dvou osob k jedné funkci jistil s vědomím možného nesplnění jedné podmínky kvalifikace, přičemž takový postup jednoznačně vzbuzuje důvodné pochybnosti, zda jednotlivé osoby samostatně splňují požadavky stanovené zadavatelem.
31. Požadavek na člena realizačního týmu v pozici osoby odpovědné za bezpečnost a ochranu zdraví při práci vybraný uchazeč prokazuje Ing. Porazilem. Navrhovatel uvádí, že Ing. Porazil se zaměstnancem vybraného uchazeče stal údajně až dne 19. 12. 2016, tedy těsně před podáním nabídky, a to pouze na základě dohody o provedení práce, která byla v rámci doplnění nabídky předložena vybraným uchazečem. Takový postup dle navrhovatele vzbuzuje pochybnosti o tom, zda byl ke dni 19. 12. 2016 Ing. Porazil skutečně u vybraného uchazeče zaměstnán, a zda tedy bylo splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 písm. j) Pokynů pro dodavatele v tomto ohledu prokázáno řádně a na základě pravdivých údajů.

32. Pokud jde o Ing. Heřta (v pozici specialista na geotechniku), není dle navrhovatele z předloženého seznamu referencí k této osobě zřejmé, že Ing. Heřt pracoval na předložených referenčních zakázkách jako geotechnik, a rovněž zda splnil požadavek stanovený v bodě 9.7 písm. h) Pokynů pro dodavatele ohledně zkušenosti s realizací geotechnických prací na stavbě s minimálním finančním objemem 540 milionů Kč. Ohledně Ing. Votápky (v pozici osoba odpovědná za ochranu životního prostředí a osoba odpovědná za odpadové hospodářství) není dle navrhovatele zřejmé, jakým způsobem získal praxi u vybraného uchazeče, když v předmětném období studoval, a zda tedy mohl v tomto ohledu skutečně dosáhnout odpovídající praxe. Kvalifikaci dle navrhovatele nemohl splnit ani Ing. Lukeš jako specialista na mostní konstrukce, neboť na předložené referenční zakázce s hodnotou 788 milionů Kč pracoval pro společnost Metrostav, a.s., která realizovala pouze 53 % stavebních prací, a nemohl tak splnit požadavek stanovený v bodě 9.7 písm. e) Pokynů pro dodavatele ohledně finančního objemu referenční zakázky.
33. V čl. II. písm. D návrhu brojí navrhovatel proti postupu zadavatele spočívajícímu v umožnění a akceptaci doplnění podkladů za účelem prokázání kvalifikace vybraným uchazečem.
34. Navrhovatel konkrétně uvádí, že poté, co zadavatel na základě námitek navrhovatele ze dne 16. 3. 2017 rozhodl o zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnějšího uchazeče a dále o novém posouzení kvalifikace, vyzval zadavatel vybraného uchazeče k doplnění nabídky. Navrhovatel je přesvědčen, že takové doplnění dokladů za účelem prokázání kvalifikace není možné, neboť znamená fakticky podání nové nabídky. Opačný závěr by dle navrhovatele mohl vést k tomu, že pokud by se uchazeči na první pokus nepovedlo podat řádně nabídku, mohl by mu zadavatel poskytnout další možnost kompletní nabídku podat. Takový závěr je však dle navrhovatele zcela proti základním zásadám zadávacího řízení. Skutečnost, že takové doplnění nabídky není přípustné, vyplývá dle navrhovatele mj. i z rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“), který se v případě sp. zn. C-378/14 ve věci Esaprojekt Sp. z o.o. proti Województwo Łódzkie ze dne 4. 5. 2017 zabýval právě touto problematikou. Navrhovatel odkazuje na stanovisko generálního advokáta k uvedenému případu, v němž je uvedeno, že Článek 51 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby ve spojení se základními zásadami zadávacího řízení nepřipouští, „(...) aby se hospodářský subjekt v rámci objasnění či doplnění dokladů odvolával na zakázky realizované třetími osobami, které neuvedl v seznamu dodávek, jenž tvoří přílohu nabídky, nebo aby předložil závazek takové třetí osoby poskytnout uchazeči své prostředky.“. Navrhovatel upozorňuje, že SDEU se se stanoviskem generálního advokáta zcela ztotožnil, přičemž konstatoval, že uvedený článek směrnice „(...) musí být vykládán v tom smyslu, že brání tomu, aby po uplynutí lhůty pro předložení žádostí o účast na zadávacím řízení hospodářský subjekt předložil veřejnému zadavateli za účelem prokázání, že splňuje podmínky pro účast na zadávacím řízení, doklady neuvedené v jeho původní nabídce, jako je smlouva o zakázce realizované třetím subjektem, jakož i závazek třetího subjektu poskytnout tomuto subjektu kapacity a prostředky nezbytné k plnění dotčené zakázky.“. Navrhovatel má za to, že uvedené závěry lze vztáhnout na šetřenou situaci.
35. Pochybnosti má navrhovatel rovněž ohledně pravosti některých doplněných dokumentů, resp. ohledně okamžiku jejich vyhotovení, když např. reference k zakázce „Výstavba metra V.A. (Dejvická - Motol) - stavební část“, kopie dohody o provedení prací Ing. Porazila

či doplnění smlouvy o uzavření budoucí smlouvy se subdodavatelem SWIETELSKY Baugesellschaft m.b.H., jsou dokumenty, jejichž vznik je datován těsně před koncem lhůty pro podání nabídek. Smlouva o spolupráci mezi společnostmi Metrostav a.s., a společností Subterra a.s. byla dle navrhovatele uzavřena dokonce až po podání nabídky, což je v rozporu s tuzemskou rozhodovací praxí. V této souvislosti odkazuje navrhovatel na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 103/2015 – 178 ze dne 8. 12. 2016, kde je uvedeno, že „(...) *zadavatel pochybil tím, že nedodržel postup stanovený v 76 odst. 1 a 3 ZVZ, neboť na základě žádosti hodnotící komise o vysvětlení nabídky umožnil žalobci coby později vybranému uchazeči doplnění jeho nabídky o seznam subdodavatelů a nabídku nevyřadil, přestože nesplňovala požadavek zadavatele na uvedení identifikačních údajů subdodavatelů; stal-li se žalobce později vybraným uchazečem, pak ob stojí i závěr žalovaného, podle něhož měl tento postup zadavatele vliv na výběr nejvhodnější nabídky.*“.

36. Závěrem navrhovatel konstatuje, že ani doklady předloženými v rámci doplnění nabídky vybraného uchazeče však nemohl vybraný uchazeč prokázat splnění kvalifikačních předpokladů a dodržet zadávací podmínky, neboť železniční svršek i spodek by opět nerealizoval vybraný uchazeč sám, nýbrž prostřednictvím subdodavatele.
37. V čl. IV. návrhu navrhovatel s ohledem na vše výše uvedené žádá Úřad, aby zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 19. 5. 2017 a rovněž všechny úkony zadavatele související s posouzením kvalifikace uchazečů i s posouzením a hodnocením nabídek uchazečů.

Vyjádření zadavatele k návrhu

38. Dne 3. 7. 2017 doručil zadavatel Úřadu vyjádření k návrhu z téhož dne. Ve svém vyjádření zadavatel uvádí, že s obsahem podaného návrhu nesouhlasí, přičemž svou argumentaci rozdělil podle podstatných námitek navrhovatele do jednotlivých částí.
39. V čl. IV. vyjádření zadavatel uvádí, že navrhovatel vychází z nesprávného závěru, když tvrdí, že zadavatelem stanovené subdodavatelské omezení ohledně realizace prací na železničním svršku a spodku se vztahuje ke každé jednotlivé referenční zakázce. Zadavatel uvádí, že jediným kvalitativním požadavkem, který stanovil pro referenční zakázky na stavební práce, byla podmínka, že se musí jednat o stavební práce provedené dodavatelem na stavbách železničních drah, jak jsou vymezeny v § 5 odst. 1 a v § 3 odst. 1 zákona č. 266/1994 Sb., o drahách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o drahách“). Tyto požadavky pak splní každá stavební práce, kterou lze subsumovat pod zákonnou definici stanovenou ve výše uvedených ustanoveních zákona o drahách. Zadavatel připouští, že stavbou dráhy je stavba samotné dopravní cesty, která především sestává z železničního svršku a železničního spodku, ale rovněž jakákoliv stavba, která rozšiřuje, doplňuje, mění nebo zabezpečuje dráhu bez ohledu, zda je v obvodu dráhy či nikoliv. Tím se rozumí různé drážní budovy, které dráhu doplňují (tj. např. výpravní budovy, protihlukové stěny apod.) či sdělovací a zabezpečovací zařízení, která dráhu zabezpečují. Zadavatel současně uvádí, že nad rámec obecné zákonné definice na stavbu dráhy nestanovil na referenční zakázky žádné dodatečné kvalitativní požadavky (např. to, aby referenční stavba zahrnovala všechny či alespoň některé konkrétní druhy prací). Výjimku z toho pravidla může dle názoru zadavatele představovat pouze jediná požadovaná reference v minimální hodnotě 170 milionů Kč bez DPH, kterou zadavatel výslovně spojil se subdodavatelským omezením.

40. Zadavatel je proto přesvědčen, že nemohl ze zadávacího řízení vyloučit vybraného uchazeče pro nesplnění obsahového požadavku na referenční stavbu, který není v zadávacích podmínkách žádným způsobem stanoven, neboť zadávací podmínky výslovně nestanovují, že by součástí referenční stavby v hodnotě 170 milionů Kč bez DPH, kterou musí dodavatel prokázat bez využití subdodavatelů, musely nutně být i práce odpovídající subdodavatelskému omezení. Pro případ, že by měl Úřad pochybnosti o výkladu pojmu „stavba dráhy“ ve smyslu ust. § 5 odst. 1 zákona o drahách, navrhuje zadavatel, aby se Úřad obrátil s žádostí o výklad tohoto pojmu na Drážní úřad.
41. Zadavatel uvádí důvody, pro něž vymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu spočívajícího v předložení referenčních zakázek na stavební práce tak širokým způsobem. Zadavatel uvádí, že předmětná veřejná zakázka je specifická svým velkým rozsahem. Zadavatel proto daným technickým kvalifikačním předpokladem ověřuje, zda má uchazeč zkušenosti s dlouhodobým prováděním stavebních prací na dráze ve větším rozsahu, a zda má uchazeč zkušenosti s realizací velkých železničních staveb. Platí přitom, že způsob organizace výstavby velkého stavebního díla je kvalitativně jiný, než u díla řádově menšího, z toho důvodu kvalifikační požadavek zadavatele necílí na osvědčení zkušenosti s typově vymezeným druhem stavebních prací, ale na doložení zkušenosti s podílem na realizaci rozsáhlého stavebního díla na dráze, a tedy zkušenosti se specifickými postupy řízení výstavby, které se zde uplatňují. Dalším důvodem je skutečnost, že výstavba železniční dráhy ve smyslu ust. § 5 odst. 1 zákona o drahách v sobě zpravidla zahrnuje realizaci typově velmi širokého spektra různých druhů stavebních prací, což zpravidla přesahuje možnosti jednotlivého dodavatele. Proto jsou takovéto rozsáhlé železniční stavby zpravidla realizovány sdruženími jednotlivých dodavatelů. Z tohoto důvodu tedy žádný z dodavatelů obvykle nemůže prokázat referenci na velkou železniční stavbu, na které by prováděl komplexně veškeré druhy stavebních a montážních prací. Odlišným případem je dle zadavatele např. současně probíhající zadávací řízení na nadlimitní veřejnou zakázku s názvem „Modernizace trati Sodoměřice – Votice“, neboť tato veřejná zakázka je specifická mj. nutností realizovat část železničního svršku a spodku v obtížných podmínkách, proto u ní zadavatel stanovil rovněž požadavek na reference zahrnující provedení např. staveb železničního svršku a železničního spodku.
42. V čl. V vyjádření k návrhu se zadavatel zabývá problematikou prokazování vyhrazené části plnění členem koncernu dodavatele. Zadavatel uvádí, že po celou dobu svého postupu v zadávacím řízení je v souladu s právními závěry učiněnými předsedou Úřadu ve věci vedené pod sp. zn. R148/2015 toho názoru, že společnost Subterra a.s. je v pozici subdodavatele ve smyslu zákona. Zadavatel nicméně uvádí, že samotná existence subdodavatelského vztahu nemá pro předmětné zadávací řízení žádný význam, neboť subdodavatelské omezení v daném případě využití subdodavatele nebrání. Důvodem je dle zadavatele skutečnost, že zadavatel v zadávacích podmínkách výslovně stanovil, že se subdodavatelské omezení nevztahuje na subdodavatele, kteří tvoří s dodavatelem jeden koncern ve smyslu ust. § 79 zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o obchodních korporacích“). Zadavatel je přitom toho názoru, že stanovení subdodavatelského omezení je právem zadavatele, přičemž zákon v ust. § 44 odst. 6 stanovuje pouze nejvyšší přípustný rozsah takového omezení. Rovněž zadavatel uvádí, že subdodavatelské omezení by mělo být stanoveno vždy pouze v nezbytném rozsahu tak, aby naplňovalo cíle, které jím zadavatel

sleduje. S přihlédnutím k těmto principům a s využitím svého zákonného práva tedy zadavatel výslovně stanovil subdodavatelské omezení tak, že se nevztahuje na subdodavatele, kteří tvoří s dodavatelem společný koncern. Zadavatelem stanovené subdodavatelské omezení se proto na společnost Subterra a.s. nevztahuje, neboť tato je členem koncernu společnosti Metrostav a.s.

43. K námitce navrhovatele, že je vnitřně rozporné, aby na jednu stranu zadavatel považoval společnost, která je členem koncernu společnosti Metrostav a.s., za subdodavatele, a v případě jiné společnosti v obdobném postavení za kapacity vybraného uchazeče, uvádí zadavatel, že v napadeném smluvním ujednání pouze stanovil, že koncernové společnosti sice nejsou subdodavatelem ve smyslu obchodních podmínek, nicméně se na ně přiměřeně vztahují některá stejná omezení a povinnosti. Pokud jde o odlišný přístup, který zadavatel zvolil ke společnosti SWIETELSKY Baugesellschaft m.b.H., kterou naopak posuzoval jako subdodavatele, uvádí zadavatel, že k tomuto jeho odlišnému přístupu vedlo zejména to, že vybraný uchazeč tuto společnost ve své nabídce výslovně označil za subdodavatele a takto ji rovněž uvedl v seznamu subdodavatelů. Zadavatel pak vycházel z právního názoru vyjádřeného Úřadem ve věci vedené pod sp. zn. S540/2014, kde Úřad uvedl, že pokud uchazeč označí určitý subjekt jako subdodavatele, měl na něj zadavatel bez dalšího takto pohlížet. Současně zadavatel zdůrazňuje, že tohoto subdodavatele nebylo využito k prokázání žádného požadavku na kvalifikaci.
44. Pokud jde o problematiku reference s názvem „Optimalizace trati Praha Bubeneč - Praha Holešovice“, uvádí zadavatel, že společnost Subterra a.s. a společnost Metrostav a.s. uzavřely pro plnění předmětné zakázky smlouvu o sdružení, z níž vyplývá, že v rámci sdružení byly práce dodavatelů rozděleny v poměru 90 % ve prospěch společnosti Metrostav a.s. a 10 % ve prospěch společnosti Subterra a.s. Zadavatel si je vědom skutečnosti, že práce na železničním svršku sice fakticky prováděla společnost Subterra a.s., nicméně je prováděla na té části zakázky, která náležela do smluvního podílu společnosti Metrostav a.s., a která byla společností Metrostav a.s. také řízena. Dále zadavatel zdůrazňuje, že společnost Subterra a.s. je společností stoprocentně vlastněnou a plně ovládanou společností Metrostav a.s., obě tyto obchodní společnosti mají např. společné některé členy statutárního orgánu. Dále zadavatel uvádí, že jak uvedla společnost Metrostav a.s. v dokumentu „Objasnění a doplnění dokladů prokazujících splnění kvalifikace uchazečem“ ze dne 27. 4. 2017, vystupovaly obě společnosti při plnění dané zakázky jako členové koncernu přímo řízeného společností Metrostav a.s. Společnost Subterra a.s. tedy dle zadavatele plnila zakázku dle pokynů společnosti Metrostav a.s. jako své ovládající osoby, což je ostatně patrné i z toho, že fakticky provedla na této zakázce výrazně větší objem prací, než by byla povinna dle smlouvy o sdružení. Vybraný uchazeč navíc doložil, že práce na železničním svršku a spodku v daném případě provedla spol. Subterra a.s. přičemž tuto společnost využije stejným způsobem pro plnění této veřejné zakázky. Zadavatel proto uzavírá, že ve smyslu rozhodnutí Úřadu vydaného ve věci vedené pod sp. zn. S0839/2015 není důvod, pro který by i práce na železničním svršku neměly být uznány v rámci reference spol. Metrostav a.s. jako generálního dodavatele dané části referenční zakázky.
45. Zadavatel dále připomíná, že soutěžní právo – do jehož rámce spadá také právo veřejných zakázek – běžně uznává, že jeden hospodářský subjekt může být formálně rozdělen do více právnických osob, přičemž v takovém případě se stále jedná o jedinou hospodářskou

jednotku a z pohledu soutěžního práva k ní musí být takto přistupováno. V daném případě se dle zadavatele nejedná o případ, na který dopadají závěry Úřadu vyvozené v rozhodnutí vydaném věci vedené Úřadem pod sp. zn. S181/2010, neboť společnost Subterra a.s. je společností stoprocentně vlastněnou a přímo ovládanou společností Metrostav a.s. Vzájemný vztah mezi nimi tedy není založen ad hoc uzavřenou smlouvou o sdružení, ale tím, že tvoří jedinou hospodářskou jednotku podrobenou jednotnému řízení. Zadavatel rovněž připomíná, že mezi dodavatelem stavebních prací je obvyklé tzv. divizní uspořádání, které je obdobné jako postavení pobočky ve smyslu ust. § 503 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Zadavatel tedy uvádí, že i v případě, kdy by byl podíl společnosti Subterra a.s. na dané referenci posuzován jako podíl člena sdružení, není důvodu toto jeho plnění z předložené reference vylučovat ve smyslu názoru uvedeného v rozhodnutí Úřadu vydaném ve věci vedené pod sp. zn. S181/2010, neboť jak vybraný uchazeč doložil, tvoří společnost Subterra a.s. se společností Metrostav a.s. z pohledu soutěžního práva jednu hospodářskou jednotku, jejíž vydělení jako samostatné právnické osoby plně ovládané společností Metrostav, a.s. je pouze formálně právní povahy a nemá žádný materiální základ.

46. Rovněž v případě, kdy by bylo na společnost Subterra a.s. nahlíženo jako na samostatný hospodářský subjekt, je dle zadavatele příslušná část dané reference opět přípustnou kvalifikací prokázanou postupem dle § 51 odst. 4 zákona. V tomto směru nepředstavuje dle zadavatele podíl společnosti Subterra a.s. nedovolené doplnění nabídky, a vybraný uchazeč současně předložil všechny relevantní doklady. Zadavatel tedy uzavírá, že při jakémkoliv v úvahu připadajícím výkladu zadávacích podmínek a předložených dokladů prokázal vybraný uchazeč referencí „Optimalizace trati Praha Bubeneč - Praha Holešovice“ příslušnou část kvalifikace.
47. V čl. VI svého vyjádření se zadavatel zabývá obecně referencemi předloženými vybraným uchazečem. Zadavatel uvádí, že technický kvalifikační předpoklad stanovený v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele ohledně požadavků na referenční zakázky posoudil ve vztahu k vybranému uchazeči za prokázaný pouze ze dvou z předložených referenčních zakázek, a to z referenční zakázky „Optimalizace trati Praha Bubeneč - Praha Holešovice“, a „Výstavba metra V.A. (Dejvická - Motol) - stavební část“. K ostatním referenčním stavbám zadavatel nepřihlížel. A to dílem pro jejich nadbytečnost, a dílem proto, že některé z nich pravděpodobně nevyhovují zadávacím podmínkám. Zadavatel přitom uvádí, že obě výše uvedené referenční stavby vyhovují minimální úrovni stanovené pro daný kvalifikační předpoklad v zadávacích podmínkách (zejména se jedná o železniční stavby ve smyslu ust. § 5 odst. 1 a § 3 odst. 1 zákona o drahách).
48. Zadavatel uvádí, že není důvodu, pro který by měly být práce zadané subdodavatelům odečítány od finančního objemu reference předložené jejím generálním dodavatelem společností Metrostav, a.s. Správný je naopak postup právě opačný, jak vyplývá i z rozhodnutí Úřadu vydaného ve věci vedené Úřadem pod sp. zn. S0839/2015, kde Úřad výslovně uvádí, že generálnímu dodavateli zpravidla svědčí reference objednatele právě z důvodu, že je smluvně odpovědný za realizaci stavby. Ohledně veřejné zakázky „Optimalizace trati Praha Bubeneč - Praha Holešovice“ zadavatel uvádí, že z referenčního osvědčení je patrné, že i při odečtení veškerých prací zadaných subdodavatelům a veškerých prací na železničním svršku by celkový objem prací provedený společností Metrostav a.s. činil 191,8 milionů Kč. I pokud by tedy zadavatel přistoupil na výklad navrhovatele a odečetl

veškeré práce provedené jakýmikoliv jinými subjekty, činil by zbytkový finanční objem reference 191,8 milionů Kč, z čehož by 103,7 milionů Kč připadalo na práce odpovídající subdodavatelskému omezení. Obdobná situace platí dle zadavatele i u veřejné zakázky „Výstavba metra V.A. (Dejvická - Motol) - stavební část“, neboť zadavatel vycházel při posuzování kvalifikace pouze z té části reference, která připadala na spol. Metrostav a.s. jako účastníka sdružení (60,72 % finančního objemu zakázky). Část plnění připadající na druhého člena sdružení, společnost HOCHTIEF a.s. (39,28 % z celkového finančního objemu zakázky), není v přeloženém osvědčení ani uváděna a zadavatel k ní nepřihlížel. Zadavatel rovněž uvádí, že i pokud by společnost Skanska a.s. působila na dané stavbě jako subdodavatel společnosti Metrostav a.s. a zadavatel by od celkového objemu této reference odečetl maximální rozsah prací, které měly být dle navrhovatelem předloženého novinového článku realizovány společností Skanska a.s., je daná reference pro splnění minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu stále postačující. Z osvědčení vystaveného zadavatelem této zakázky plyne, že v rámci podílu prací připadajícího na společnost Metrostav a.s. byly realizovány nejméně práce na výstavbě stanice Petřiny v objemu 1.580.699.833,80 Kč bez DPH a na ražbě tunelů v objemu 2.969.764.338,39 Kč bez DPH. Práce, na kterých se společnost Skanska a.s. zjevně nepodílela, naplňují dle zadavatele definici stavby dráhy dle ust. § 5 odst. 1 zákona o drahách a současně výrazně přesahují minimální úroveň finančního objemu požadovaného pro souhrn kvalifikačního požadavku na předložení seznamu stavebních prací.

49. V čl. VII vyjádření se zadavatel zabývá namítaným nesplněním kvalifikace jednotlivých členů personálu vybraného uchazeče. K tomu zadavatel uvádí, že veškeré důvodné pochybnosti, které navrhovatel opakovaně uvádí, jsou pouze jeho účelově vytvářenými konstrukty, které navrhovatel vytváří z neúplných veřejně dostupných údajů. Daná část argumentace je dle zadavatele rovněž v protikladu s jinými argumenty navrhovatele, když navrhovatel v odst. 35 svého návrhu uvádí, že zadavatel disponuje veškerými informacemi o daných referenčních zakázkách, neboť byl jejich investorem a na straně druhé odmítá akceptovat rozhodnutí zadavatele, které je založeno na reálných poznatcích zadavatele z realizace těchto dotčených zakázek. Zadavatel odkazuje na odůvodnění rozhodnutí o námitkách, kde se se všemi argumenty navrhovatele ohledně kvalifikace personálu vybraného uchazeče zevrubně vypořádal a dodává, že na následujících řádcích se vyjadřuje pouze k novým argumentům, které navrhovatel neuvedl v námitkách.
50. K osobě Ing. Šabacha zadavatel uvádí, že již samotná existence tohoto kvalifikačního předpokladu je dostatečným dokladem účelovosti argumentu navrhovatele ohledně toho, že neexistuje funkce stavbyvedoucího odpovědného za celou stavbu. K tomu zadavatel odkazuje na přílohu č. 6 smlouvy o dílo na referenční zakázku „Revitalizace trati Rokycany – Nezvěstice“, ze které postavení stavbyvedoucího jasně vyplývá.
51. Pokud jde o osobu Ing. Vally, není zadavateli zřejmé, proč by měl ověřovat, po jak dlouhou dobu na příslušné stavbě působil, ani jak by měl následně s takovýmto poznatkem naložit, když zadávací podmínky žádnou minimální dobu účasti v rámci referenční zakázky nestanovují.
52. Pokud jde o osobu p. Volného, připomíná zadavatel, že k prokázání příslušné kvalifikační podmínky postačuje doložení zkušenosti s realizací alespoň jedné železniční stavby o minimálním finančním objemu 540 milionů Kč bez DPH, jejímž předmětem byla

mj. výstavba nebo rekonstrukce železničního svršku a spodku. Uváděná referenční stavba takovouto stavbou dle zadavatele nepochybně byla, přičemž pan Volný se na ní podílel v rámci prací na železničním svršku a spodku. Žádné další parametry minimální úrovně zadavatel nestanovil a není proto důvodu, pro který by je měl ověřovat.

53. Pokud jde o Ing. Heřta, zadavatel uvádí, že není pravdou, že se spokojil s tvrzeními v jeho životopise, neboť si správnost údajů ověřil rovněž z vlastní činnosti. Takto získané poznatky zadavatele potvrzují správnost informací uvedených v nabídce vybraného uchazeče.
54. K osobě Ing. Lukeše zadavatel uvádí, že jím prokazovaná část kvalifikace nebyla předmětem námitek, a proto nemůže být ani předmětem přezkumu v tomto správním řízení.
55. V čl. VIII vyjádření zadavatel reaguje na argumentaci navrhovatele ohledně tvrzeného nezákonného doplnění nabídky vybraného uchazeče. K tomu zadavatel uvádí, že vůči vybranému uchazeči postupoval dle ust. § 59 odst. 4 zákona, které umožňuje dodavateli v dodatečné lhůtě doplňovat doklady ve vztahu k prokázání splnění kvalifikace. Pokud přitom navrhovatel opírá svou argumentaci o rozsudek SDEU sp. zn. C-378/14, uvádí zadavatel, že i toto rozhodnutí výslovně připouští doplňování nabídky. Rozsudek se vztahuje pouze k přípustné míře takového doplnění. V tomto směru je zadavatel názoru, že doplněním dokladů k prokázání kvalifikace v daném případě nedošlo k takovému doplnění nabídky, která by znamenala její faktickou změnu, neboť zadavatel reflektoval z doplněných dokladů pouze tři [vysvětlení ve vztahu k osobě Ing. Porazila, vysvětlení týkající se referenční zakázky s názvem „Optimalizace trati Praha Bubeneč - Praha Holešovice“, a referenci „Výstavba metra V.A. (Dejvická - Motol) - stavební část“]. Žádný z uvedených dokumentů přitom dle zadavatele omezení stanovené v rozsudku SDEU nepřekračuje, neboť v případě Ing. Porazila se jednalo pouze o vysvětlení kvalifikace. Dále v případě zakázky s názvem „Optimalizace trati Praha Bubeneč - Praha Holešovice“ se jednalo o referenci, která byla již obsahem původní nabídky a rovněž tak nedošlo k úpravě v seznamu subdodavatelů, neboť dle ustanovení obchodních podmínek zadávací dokumentace nemá vybraný uchazeč povinnost společnost Subterra a.s. v seznamu subdodavatelů vůbec uvádět. Konečně zadavatel uvádí, že referenční zakázka s názvem „Výstavba metra V.A. (Dejvická - Motol) - stavební část“ není referenční zakázkou realizovanou třetím subjektem, ale jde o vlastní referenci vybraného uchazeče. Opět tedy nepřekračuje omezení stanovené výše citovaným rozsudkem.
56. V čl. IX vyjádření zadavatel reaguje na žádost navrhovatele o nařízení předběžného opatření spočívajícího v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení. Zadavatel zdůrazňuje, že v případě vydání předběžného opatření by došlo k oddálení zahájení výstavby přibližně o rok, přičemž v předmětném případě se jedná o dlouhodobě připravovanou dopravní stavbu, která bude mít výrazný dopad na rychlost železniční dopravy v rámci železničního uzlu Praha a tím i na velký počet cestujících. Stejně tak by dle zadavatele mohlo v této souvislosti dojít i k ohrožení spolufinancování stavby ze zdrojů, které jsou poskytovány z dotačních programů Evropské unie.
57. Zadavatel je toho názoru, že v zadávacím řízení postupoval zákonným způsobem, což je patrné z dokumentace o veřejné zakázce. Současně je zadavatel přesvědčen, že ani z rozsáhlé argumentace navrhovatele se žádné pochybení zadavatele nepodává a vesměs se jedná pouze o účelové konstrukty navrhovatele. Za takového stavu věci pak dle názoru zadavatele není k vydání předběžného opatření důvod.

Vyjádření vybraného uchazeče k návrhu

58. Dne 12. 7. 2017 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče z téhož dne, v němž vybraný uchazeč uvádí, že s tvrzeními ani se závěry navrhovatele nesouhlasí.
59. V čl. II. písm. A vyjádření reaguje vybraný uchazeč na tvrzené nezákonné posouzení splnění technických kvalifikačních předpokladů zadavatelem ve vztahu k referencím. Dle vybraného uchazeče je nesporné, že zadavatel v zadávací dokumentaci nepožadoval, aby nedílnou součástí referenčních staveb byla vždy rovněž realizace železničního svršku a spodku nebo mostní konstrukce. Vybraný uchazeč tedy odmítá tvrzení navrhovatele ohledně toho, že referenční stavby musí zahrnovat realizaci železničního svršku a spodku. Vybraný uchazeč je dále přesvědčen, že argumentace zadavatele, která tento výklad potvrzuje, není účelová, ale jediná možná, neboť zadavatel ani nemůže tvrdit nic jiného než to, že podmínky stanovené v zadávací dokumentaci splní jakékoliv stavební práce provedené na stavbě dráhy odpovídající vymezení v § 5 odst. 1 zákona o drahách ve spojení s § 3 odst. 1 téhož zákona, které splňují požadavek na minimální finanční objem. Dle vybraného uchazeče proto nelze přijmout výklad, že uchazeči měli nad rámec kvalifikačních požadavků výslovně vymezených v zadávací dokumentaci odhadnout, co vše mělo být součástí referenčních staveb a podle toho svou kvalifikaci přizpůsobit. Tento požadavek nelze dle vybraného uchazeče dovodit žádným výkladem.
60. Vybraný uchazeč uvádí, že v rámci mezí stanovených zákonem je na zadavateli, jaké stanoví požadavky na kvalifikaci, a jaké uchazeče bude považovat za kvalifikované s ohledem na předmět veřejné zakázky, tím spíše, že se jedná o zadavatele sektorového, který zadává veřejnou zakázku v souvislosti se svou relevantní činností. Zadavatel dle názoru vybraného uchazeče zjevně usoudil, že zkušenost uchazečů se stavbami na drahách tak, jak ji požaduje v zadávací dokumentaci, pro něj bude dostatečná, a to aniž by specifikoval konkrétní práce, které mají být součástí referenčních staveb. Tento postup je dle vybraného uchazeče v souladu se zákonem, neboť pokud by zadavatel specifikoval charakter referenční stavby v užším smyslu, mohl by se vystavit riziku diskriminačního jednání tak, jak jej uvedl např. Úřad ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S551/2011/VZ-8180/2012/550/SWa ze dne 11. 7. 2012.
61. K tvrzení navrhovatele, že realizace železničního svršku a spodku musí být součástí referenčních staveb, vybraný uchazeč uvádí, že celé vyhrazené plnění tvoří cca 20 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, přičemž železniční svršek a spodek bez mostních konstrukcí, které navrhovatel opomíjí, pak tvoří ještě menší část. Dle vybraného uchazeče pak z žádného ustanovení zákona nevyplývá, že zadavatel musí nutně vyžadovat jako součást referenčních zakázek minulou zkušenost s každou relevantní částí veřejné zakázky. Navíc sektorový zadavatel má možnost si kvalifikační kritéria upravit dle svých potřeb ještě volněji, než zadavatel veřejný. Vybraný uchazeč tedy trvá na tom, že zadavatel v zadávacích podmínkách nepožadoval, aby obsahem referencí bylo vyhrazené plnění, neboť požadoval pouze to, aby reference byly prací provedenou dodavatelem na stavbách železničních drah. Z článku 10.3 Pokynů pro dodavatele navíc dle vybraného uchazeče nevyplývá ani to, že vyhrazená reference musí svým obsahem odpovídat vyhrazenému plnění, neboť zadavatel pouze konstatuje, že vyhrazená reference v hodnotě 170 milionů Kč zhruba odpovídá hodnotě prací na veřejné zakázce, které jsou obsahem výhrady. Nadto zadávací dokumentace dle vybraného uchazeče výslovně nestanoví ani nezbytnost zahrnutí

vyhrazeného plnění do referenčních staveb, což potvrzují i právní závěry uvedené v rozhodnutí Úřadu vydaném ve věci vedené pod sp. zn. ÚOHS-S342/2012/VZ.

62. Dále je dle vybraného uchazeče zcela absurdní výklad, že každá referenční zakázka musí obsahovat vyhrazené plnění, které minimálně z 20 % realizoval uchazeč vlastními kapacitami, neboť pro takový závěr není opora v zadávací dokumentaci. Uvedený požadavek by navíc dle vybraného uchazeče vedl k tomu, že uchazeč by na referenční stavbě prokazoval plnění vlastními kapacitami u neporovnatelných a rozdílných hodnot, které neodpovídají rozsahu vyhrazeného plnění – u zakázek s velkým podílem vyhrazeného plnění by uchazeč musel prokazovat plnění vlastními kapacitami mnohdy větším, než je relevantní a naopak u zakázek s minimálním podílem vyhrazeného plnění by hodnota 20 % neodpovídala relevantnímu rozsahu prací v rámci veřejné zakázky. Vybraný uchazeč je tedy přesvědčen, že v zadávacích podmínkách nelze nalézt oporu pro výklad, že požadované reference musí obsahovat vyhrazené plnění, případně že je musí obsahovat v určitém objemu.
63. K prokazování technického kvalifikačního předpokladu spočívajícího v požadavcích na referenční stavby prostřednictvím subdodavatele vybraný uchazeč uvádí, že pokud ze zadávací dokumentace nevyplývá, že požadované reference musejí obsahovat vyhrazené plnění, nelze dospět ani k závěru, že referenční stavby nesmějí být prokazovány prostřednictvím subdodavatele nebo že musejí být realizovány bez účasti subdodavatelů. Vybraný uchazeč uvádí, že zadavatel v čl. 10.3 Pokynů pro dodavatele stanovil, že vyhrazenou referenci nelze prokazovat prostřednictvím subdodavatele, ovšem nikde nestanovil, že nesmí být subdodavatelem plněna. Vybraný uchazeč je přesvědčen, že pokud by zadavatel požadoval plnění vyhrazené reference výhradně vlastními kapacitami dodavatelů, požadoval by uvedení této skutečnosti v rámci technických kvalifikačních předpokladů. Vybraný uchazeč je tedy přesvědčen, že z obsahu zadávacích podmínek se navrhovatel nemohl relevantně domnívat, že vyhrazená reference má být plněna jeho vlastními kapacitami. Subdodavatelské omezení se dle vybraného uchazeče nevztahuje na všechny reference, ale pouze na vyhrazenou referenci, a to jen v rozsahu výslovně uvedeném v zadávací dokumentaci.
64. Dle vybraného uchazeče rovněž nelze dovodit, že by se na prokazování referencí uplatnilo pravidlo, že tam, kde je znemožněna realizace zakázky subdodavatelem, nelze ji subdodavatelem ani prokazovat. Absence požadavku na vyhrazené plnění u referenčních staveb takovému výkladu odporuje. Prokazování kvalifikace by v takovém případě bylo zjevně nerovné, neboť někteří dodavatelé by totiž v prokazování subdodavatelem omezení byli a jiní nikoli.
65. V čl. II. písm. B vyjádření reaguje vybraný uchazeč na tvrzené nezákonné porušení výhrady zadavatele dle § 44 odst. 6 zákona. Vybraný uchazeč uznává, že zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, že vyhrazená reference nesmí být prokazována prostřednictvím subdodavatele, tj. dodavatel k jejímu prokázání nesmí předložit referenci jiného dodavatele ve smyslu § 51 odst. 4 zákona. Vybraný uchazeč ovšem uvádí, že u referenčních zakázek „Optimalizace trati Praha Bubeneč - Praha Holešovice“ a „Optimalizace trati Cheb (mimo) - státní hranice SRN 1, stavba - 1. Etapa“ k prokazování prostřednictvím subdodavatele nedochází, neboť byly obě realizovány společností Metrostav a.s., a to částečně vlastními (případně koncernovými) kapacitami a částečně formou generálního dodavatelství.

66. Vybraný uchazeč dále uvádí, že společnost Subterra a. s. naplňuje definici vlastní kapacity podle čl. 7.4 Přílohy č. 1 „Obchodní podmínky“ dílu 2 „Závazný vzor smlouvy“ zadávací dokumentace (Příloha č. 1 dílu 2 zadávací dokumentace dále jen „Obchodní podmínky“), vybraný uchazeč je tak oprávněn za vlastní kapacitu považovat i kapacitu této společnosti. Vybraný uchazeč se rovněž domnívá, že jeho vlastní referencí je i reference společnosti SWIETELSKY Baugesellschaft m.b.H., neboť tato je součástí koncernu „SWIETELSKY“ ve smyslu § 79 zákona o obchodních korporacích a naplňuje tak obdobně jako Subterra a.s. definici vlastní kapacity podle čl. 7.4 Obchodních podmínek.
67. Dále vybraný uchazeč uvádí, že nemožnost prokazovat vyhrazenou část kvalifikace subdodavatelem je třeba posuzovat dle materiální povahy. Pokud tedy subdodavatel nemůže určité práce provádět, nemůže prokazovat ani relevantní část kvalifikace a nutně tak platí, že pokud se určitá osoba na plnění některé části veřejné zakázky podílet může (v daném případě další osoba tvořící koncern), může v takovémto rozsahu i osvědčovat kvalifikaci. Zdroje společnosti SWIETELSKY Baugesellschaft m.b.H. a Subterra a. s. lze považovat za zdroje vlastní a nikoliv za plnění subdodavatele, na což nemá vliv ani to, že vybraný uchazeč uvedl společnost SWIETELSKY Baugesellschaft m.b.H. v seznamu subdodavatelů, neboť členové koncernu byli v zadávací dokumentaci definováni jako vlastní kapacita zhotovitele, kterou zhotovitel může k realizaci vyhrazených plnění použít.
68. K tvrzení navrhovatele, že o subdodavatelském postavení společnosti Subterra, a.s. svědčí i způsob, jakým je koncipována nabídka vybraného uchazeče a jaké doklady byly následně doloženy, uvádí vybraný uchazeč, že předmětné doklady k nabídce doplnil z opatrnosti s ohledem na vyvíjející se rozhodovací praxi Úřadu a soudů k využití členů koncernu při prokazování kvalifikace.
69. K tvrzení navrhovatele, že vybraný uchazeč nemůže v rámci plnění veřejné zakázky železniční svršek vůbec realizovat, neboť k tomu nemá příslušná oprávnění, uvádí vybraný uchazeč, že přepravní potřeba se v případě veřejné zakázky nebude uspokojovat dle § 2 odst. 4 zákona o drahách, ale bude docházet ke zcela jiné činnosti, tzv. pracovní činnosti. Vybraný uchazeč navrhuje, aby si Úřad v případě, že to bude považovat za vhodné, vyžádal vyjádření Drážního úřadu v této věci a vyjádření Drážního úřadu provedl jako důkaz, neboť vybraný uchazeč danou problematiku s Drážním úřadem sám konzultoval. Vybraný uchazeč je tedy přesvědčen, že k realizaci vyhrazeného plnění není zapotřebí licence k provozování drážní dopravy.
70. V čl. II. písm. C svého vyjádření reaguje vybraný uchazeč na tvrzené nesprávné posouzení splnění kvalifikačních předpokladů ohledně členů realizačního týmu vybraného uchazeče. Vybraný uchazeč uvádí, že jak druhé námítky, tak část návrhu týkající se členů realizačního týmu vybraného uchazeče v části C je opožděná a Úřad by tak měl řízení o návrhu v části C zastavit dle § 117a písm. e) zákona, zadavatel totiž námítkám navrhovatele týkajícím se členů realizačního týmu nevyhověl již v rámci prvních námítek, přičemž navrhovatel se s návrhem v zákonné lhůtě neobrátil k Úřadu. Zadavatel odkazuje obdobně např. na rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. R79/2013 ze dne 6. 9. 2013 a na ně navazující rozhodnutí Úřadu sp. zn. S739/2012 ze dne 18. 3. 2014.
71. Bez ohledu na výše uvedené vybraný uchazeč pro úplnost k prokázání kvalifikace jednotlivými členy realizačního týmu uvádí následující. K osobě Ing. Šabacha vybraný uchazeč

uvádí, že § 134 odst. 1 zákona č. 183/2006 Sb., stavební zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „stavební zákon“), jednoznačně vymezuje funkci stavbyvedoucího jako činnosti osoby, která odborně zabezpečuje vedení provádění stavby. Z předložených dokladů přitom dle vybraného uchazeče vyplývá, že Ing. Šabach byl odpovědným stavbyvedoucím a je tedy zřejmé, že vykonával tuto činnost ve smyslu příslušných ustanovení stavebního zákona ke stavbě jako celku. Tvrzení navrhovatele proto vybraný uchazeč odmítá jako nepodložené a spekulativní.

72. Dle navrhovatele je rovněž třeba jako nepodložené a spekulativní odmítnout pochybnosti navrhovatele ohledně Ing. Barabáše, neboť tento disponuje požadovanou praxí dokonce na několika referenčních zakázkách, což vyplývá z doložených dokladů.
73. K pochybnostem, které navrhovatel vznesl k osobě Ing. Vally, vybraný uchazeč uvádí, že z dokladů doložených vybraným uchazečem vyplývá, že Ing. Valla řídil stavbu s názvem „Optimalizace trati Beroun – Zbiroh“ jako celek, a nepodílel se jen na části stavby realizované společností Skanska a.s., která byla jeho tehdejší zaměstnavatelem. Obdobná situace byla dle vybraného uchazeče i na stavbě „Modernizácia žel. trate Šenkvice - Cífer a staníc Bratislava Rača – Trnava“. Ing. Valla tak dle vybraného uchazeče disponuje požadovanou praxí, a to na několika referenčních zakázkách.
74. Ohledně osoby Ing. Zemánka uvádí vybraný uchazeč, že z návrhu nevyplývá, co navrhovatel skutečně zpochybňuje. Vybraný uchazeč konstatuje, že informace a doklady předložené v nabídce k Ing. Zemánkovi jsou pravdivé a vyplývá z nich, že tento kvalifikaci stanovenou zadavatelem splňuje. Z předložených dokladů dle vybraného uchazeče vyplývá, že na zakázce „Optimalizace trati Praha Bubeneč - Praha Holešovice“ byl Ing. Zemánek odpovědný za zastupování celého generálně-dodavatelského konsorcia zhotovitelů ve věcech smluvních a obchodních, byl tedy odpovědný za management provádění stavby jako celku včetně dodávky železničního svršku a spodku.
75. Ohledně pochybností, které navrhovatel vznesl k osobě p. Volného, uvádí vybraný uchazeč, že z předložených dokladů vyplývá, že tato osoba se na stavbě „Rekonstrukce železničního uzlu Břeclav, 1. Stavba“ podílela v pozici mistra odpovědného za koordinaci a vedení prací na železničním svršku a spodku, a to jako zaměstnanec společnosti Skanska a.s. Vybraný uchazeč proto konstatuje, že námitky navrhovatele ohledně p. Volného jsou nepodložené a je potřeba je zcela odmítnout s tím, že p. Volný disponuje požadovanou praxí.
76. K námitce navrhovatele týkající se Ing. Porazila, uvádí vybraný uchazeč, že tento vykonává pro Metrostav a.s. práci na základě dohody o provedení práce. Jelikož dohoda o provedení práce je v části třetí zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů, systémově zařazena pod „práce konané mimo pracovní poměr“, označil vybraný uchazeč tohoto člena personálu jako „externího zaměstnance“. Doložení kopie uzavřené Dohody o provedení práce nelze dle přesvědčení vybraného uchazeče považovat za nezákonné doplnění nabídky, neboť se jedná o nepovinný dokument, který byl zadavateli předložen k prokázání informací obsažených v nabídce. Ohledně postavení Ing. Porazila tedy dle vybraného uchazeče dále nevyvstávají žádné pochybnosti.
77. Ve vztahu k Ing. Heřtovi vybraný uchazeč uvádí, že údaje uvedené v jeho životopise jsou správné a pravdivé. Vybraný uchazeč dále objasňuje, že Ing. Heřt působil na stavbě „Přeložka trati Březno u Chomutova – Chomutov“ jako vedoucí výstavby tunelu, přičemž nelze řídit

provádění ražeb tunelu bez provedení identifikace vlastností staveniště, kterým je horninový masiv, a jejich kontinuálního geotechnického zhodnocování. Vedoucí výstavby tunelu proto běžně provádí permanentní analýzu skutečně zastižených půdních podmínek prostřednictvím vyhodnocování dat geotechnického monitoringu. Vybraný uchazeč rovněž uvádí odkazy na odborný časopis a článek, kde Ing. Heřt několikrát publikoval své zkušenosti s geotechnickými poměry stavby „Přeložka trati Březno u Chomutova – Chomutov“.

78. Vybraný uchazeč dále prohlašuje, že údaje uvedené v životopise Ing. Votáčky jsou pravdivé a potvrzuje závěry zadavatele uvedené v rozhodnutí o námitkách, že Ing. Votáčka zastával u společnosti Metrostav a.s. pozici kumulující odpovědnost za bezpečnost a ochranu zdraví při práci a ochranu životního prostředí, což je ve stavebnictví poměrně standardní. Ing. Votáčka, tedy dle vybraného uchazeče disponuje požadovanou praxí a tvrzení navrhovatele ohledně této osoby je zapotřebí odmítnout.
79. K osobě Ing. Lukeše vybraný uchazeč uvádí, že z návrhu není zřejmé, z jakého důvodu má navrhovatel za to, že tento neplní kvalifikaci. Vybraný uchazeč rovněž zdůrazňuje, že pochybnosti ohledně Ing. Lukeše navrhovatel neuvedl v námitkách a uplatní se tedy zákonná koncentrace, kdy navrhovatel není oprávněn uvádět v návrhu nové skutečnosti, které obsahem jeho námitek nebyly.
80. V čl. II. písm. D vyjádření reaguje vybraný uchazeč na tvrzené nezákonné doplnění své nabídky. Vybraný uchazeč předně uvádí, že splnil kvalifikaci již doklady a informacemi předloženými ve své nabídce bez nutnosti jakéhokoliv doplnění a objasnění kvalifikace, a to referenční zakázkou „Optimalizace trati Praha Bubeneč - Praha Holešovice“ doloženou v nabídce, neboť v rámci této referenční zakázky prováděl stavební práce na stavbách železničních drah ve finančním objemu vyšším než 170 milionů Kč bez DPH. Doplnění některých dokladů týkajících se kvalifikace tak dle vybraného uchazeče nemá na tuto skutečnost vliv.
81. Nad rámec uvedeného vybraný uchazeč uvádí, že ve smyslu § 59 odst. 4 zákona je zadavatel oprávněn požádat uchazeče o doložení v nabídce nedoložených dokladů prokazujících splnění kvalifikace a dle poslední věty § 59 odst. 4 zákona mohou v případě tohoto postupu skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace nastat po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Vybraný uchazeč má rovněž za to, že svou nabídku nijak zásadně nedoplnil či neupravil, když pouze poskytnul zadavateli další doklady k podpoře toho, že je materiálně i formálně kvalifikován veřejnou zakázkou splnit. Vybraný uchazeč uvádí, že z doplněných dokladů může být pro prokázání kvalifikace relevantní pouze doplnění vlastní kapacity společností Subterra a.s. a doplnění vlastní reference společnosti Metrostav a.s. „Výstavba metra V. A (Dejvická - Motol) - stavební část“. Ani jedna z uvedených skutečností nepředstavuje dle vybraného uchazeče zásadní změnu nabídky a rovněž je třeba upozornit, že obě se týkají kvalifikace, nikoliv obsahu nabídky samotné, přičemž v daných institucích je potřeba spatřovat zásadní rozdíl. Vybraný uchazeč uvádí, že ohledně veřejné zakázky „Optimalizace trati Praha Bubeneč - Praha Holešovice“ v doplnění pouze upřesnil způsob realizace reference, která již byla součástí původní nabídky, když upřesnil, že společnost Subterra a.s. je jeho vlastním zdrojem, kterým je oprávněn disponovat. Vybraný uchazeč přitom upozorňuje, že tato společnost byla jeho vlastním zdrojem již v době podání nabídky a společnost Metrostav a.s. tak byla oprávněna jako řídicí osoba koncernu Skupina Metrostav s kapacitami společnosti Subterra a.s. již v této době plně nakládat. Co se týče reference „Výstavba metra V. A

(Dejvická - Motol) - stavební část“, jedná se o novou referenční zakázku, nicméně jde o vlastní referenci společnosti Metrostav a.s., tedy o vlastní referenci vybraného uchazeče, přičemž vybraný uchazeč touto referencí disponoval již v době podání nabídky a byl oprávněn ji již v této době využít. Jedná se tedy pouze o formální doplnění kvalifikace, kterou vybraný uchazeč již v době podání nabídky materiálně měl.

82. Dále vybraný uchazeč uvádí, že data uvedená v dokumentech, na něž navrhovatel upozorňuje, žádné pochybnosti nevzbuzují, neboť určité dokumenty vznikají koncem roku proto, aby mohly být využity v zadávacích řízeních zahajovaných další rok. Dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr se dle vybraného uchazeče uzavírají v prosinci proto, aby tyto práce mohly pokračovat další kalendářní rok. Pokud jde o smlouvu označenou jako „Smlouva o spolupráci a o smlouvě o uzavření budoucí smlouvy“ ze dne 24. 4. 2017 uzavřenou mezi společnostmi Metrostav a.s. a společnostmi Subterra a.s., upozorňuje vybraný uchazeč, že § 59 odst. 4 zákona pozdější vznik dokládáných dokumentů výslovně umožňuje. Skutečnost, že některé dokumenty jsou datovány před podáním nabídky, je dle vybraného uchazeče rovněž důkazem, že dokumenty byly předloženy s autentickým datem tak, jak vznikly a k žádným pochybnostem vzbuzujícím praktikám tedy nedošlo.
83. K odkazu na rozsudek SDEU sp. zn. C-378/14 ve věci Esaprojekt Sp. z o.o. proti Województwo Łódzkie ze dne 4. 5. 2017 vybraný uchazeč uvádí, že tento nelze na právě projednávaný případ aplikovat, neboť se vztahuje na postup veřejného zadavatele a nikoli zadavatele sektorového. Jak vybraný uchazeč upozorňuje, mezi postupy uplatňovanými těmito zadavateli je přitom značný rozdíl, neboť požadavky kladené na sektorové zadavatele jsou mnohem volnější. Vybraný uchazeč navíc dle svého názoru nenaplnil podmínky reflektované v rozhodnutí SDEU, neboť jak již uvedl výše, nedoplnil do své nabídky novou referenční zakázku třetí osoby a v návaznosti na novou referenční zakázku ani závazek takové třetí osoby podílet se na realizaci veřejné zakázky. Dle vybraného uchazeče je tedy zřejmé, že situace doplnění dokladů je v šetřeném případě zcela jiná, než situace posuzovaná v rámci výše uvedeného rozhodnutí SDEU. Vybraný uchazeč je přesvědčen, že doplnění relevantních skutečností v rámci zadávacího řízení je plně v souladu se zákonem i s příslušnou zadávací směrnicí, jejíž obsah SDEU v citovaném rozhodnutí vykládal.
84. V čl. III. svého vyjádření vybraný uchazeč shrnuje, že požadavky zadavatele na vyhrazenou referenci splnil. Zadavatel postupoval při doplnění kvalifikace vybraného uchazeče v souladu se zákonem a rovněž, že se zadavatel nedopustil žádných pochybení v rozporu se zákonem, která by měla vliv na výběr nejvhodnější nabídky, a to ani ve vztahu k posouzení splnění technických kvalifikačních předpokladů členy realizačního týmu vybraného uchazeče.
85. S ohledem na výše uvedené vybraný uchazeč v čl. IV. vyjádření konstatuje, že neshledává v postupu zadavatele v rámci zadávacího řízení nezákonnost, která by odůvodnila uložení nápravného opatření ze strany Úřadu a navrhuje, aby Úřad návrh v části C zastavil dle § 117a písm. e) zákona a ve zbývajících částech v plném rozsahu zamítnul ve smyslu § 118 odst. 5 zákona.
86. K návrhu na vydání předběžného opatření vybraný uchazeč uvádí, že jej navrhuje zamítnout, neboť má za to, že splnil kvalifikaci požadovanou zadavatelem ve vztahu k veřejné zakázce. Vybraný uchazeč rovněž upozorňuje, že nařízením předběžného opatření by bylo zadavateli

znemožněno uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku a došlo by k dalším prodlevám v její realizaci, což by odporovalo veřejnému zájmu.

Vyjádření navrhovatele ze dne 30. 6. 2017 k obchodnímu tajemství

87. Dopisem ze dne 30. 6. 2017, který byl Úřadu doručen téhož dne, sdělil navrhovatel Úřadu, že za obchodní tajemství považuje celou svou nabídku na plnění předmětné veřejné zakázky, zejména pak položkový rozpočet obsahující rozpis nabídkové ceny, který je součástí návrhu smlouvy na plnění veřejné zakázky.

Vyjádření vybraného uchazeče ke společnému zmocněnci ze dne 17. 7. 2017

88. Dne 17. 7. 2017 doručil vybraný uchazeč Úřadu své vyjádření ke sdělení společného zmocněnce z téhož dne, v němž uvádí, že „(...) požadované doklady prokazující oprávnění společnosti Metrostav a.s. jednat za vybraného uchazeče doložil přílohou svého vyjádření k návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, které odeslal ÚOHS dne 13. 7. 2017“ (pozn. Úřadu: jedná se zjevně o písemnou chybu, předmětné vyjádření vybraného uchazeče k návrhu je datováno ke dni 12. 7. 2017 a téhož dne bylo rovněž Úřadu doručeno).

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 3. 8. 2017

89. Dne 3. 8. 2017 doručil zadavatel Úřadu své vyjádření k podkladům rozhodnutí z téhož dne, v němž uvádí, že nepovažuje za účelné se samostatně vyjadřovat k podkladům rozhodnutí a shrnuje pouze své stanovisko uvedené ve vyjádření k návrhu ze dne 3. 7. 2017.
90. V čl. IV. »K technickému kvalifikačnímu požadavku na předložení seznamu významných stavebních prací - k referenci „Výstavba metra V.A (Dejvická - Motol)“« svého vyjádření zadavatel mj. uvádí, že jak vyplynulo z vyjádření vybraného uchazeče v průběhu správního řízení, byla společnost Skanska a.s. při plnění veřejné zakázky „Výstavba metra V.A (Dejvická - Motol)“ subdodavatelem společnosti HOCHTIEF a.s. a nikoli společnosti Metrostav a.s. dle zadavatele tak není věcný důvod, aby byly práce společnosti Skanska a.s. odečítány od celkového finančního objemu referenční zakázky. V této souvislosti odkazuje zadavatel na rozhodnutí Úřadu vydané ve věci vedené pod sp. zn. S0839/2015, kde Úřad uvedl, že generálnímu dodavateli zpravidla svědčí reference objednatele z důvodu, že je smluvně odpovědný za realizaci stavby. Dle zadavatele tedy obecně platí, že od hodnoty referenční zakázky svědčící generálnímu dodavateli nemají být odečítány práce, které provedli jeho subdodavatelé. Dále zadavatel poukazuje na znění bodu 9.7 Pokynů pro dodavatele, kde je uvedeno, že minimální úroveň tohoto technického kvalifikačního předpokladu zadavatel stanovuje včetně případných subdodávek.
91. Závěrem svého vyjádření zadavatel uvádí, že setrvává na svém původním procesním stanovisku a navrhuje, aby Úřad rozhodl o zamítnutí podaného návrhu.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 4. 8. 2017

92. Dne 4. 8. 2017 doručil navrhovatel Úřadu své vyjádření k podkladům rozhodnutí z téhož dne. Navrhovatel ve svém vyjádření odmítá tvrzení zadavatele i vybraného uchazeče ohledně toho, že zadavatel nestanovil, aby referenční stavba zahrnovala konkrétní druhy prací, zejména tedy práce odpovídajícímu tzv. vyhrazenému plnění. Dle názoru navrhovatele totiž musela minimálně referenční stavba, kterou zadavatel vymezil finanční hodnotou ve výši

min. 170 mil. Kč bez DPH, obsahovat práce odpovídající tzv. vyhrazenému plnění. To dle navrhovatele vyplývá ze skutečnosti, že zadavatel vůbec v zadávacích podmínkách tzv. vyhrazené plnění stanovil a věcně jej vymezil konkrétními druhy prací, jakož i z celkového kontextu zadávacích podmínek a předmětu veřejné zakázky. O tom, že součástí referenčních staveb musí nutně být i vyhrazené plnění, svědčí dle navrhovatele i požadovaná hodnota referenčních staveb. Navrhovatel v této souvislosti odkazuje na vyjádření zadavatele k návrhu, v němž zadavatel sám přiznává, že měl v zadávacích podmínkách lépe vyjádřit svůj úmysl, dle kterého vyhrazené plnění předmětem referenčních staveb má být. Dle navrhovatele je tedy zřejmé, že argumentace zadavatele je účelová a zadavatel stanovil zadávací podmínky nejednoznačně, což nemůže vykládat pouze ve prospěch vybraného uchazeče a naopak v neprospěch navrhovatele a ostatních uchazečů.

93. Nesprávná je dle navrhovatele rovněž argumentace zadavatele ohledně problematiky koncernových společností a jejich povahy z hlediska subdodavatelského, neboť odporuje rozhodovací praxi Úřadu, dle které je samostatný subjekt, byť se jedná o koncernovou společnost, nutno posuzovat jako subdodavatele a takto k němu přistupovat i v rámci prokazování kvalifikace. Dle navrhovatele se v případě společnosti Subterra a.s. nejedná o vlastní kapacity společnosti Metrostav a.s. z důvodu příslušnosti ke koncernu, což vyplývá i z podkladů, které jsou součástí správního spisu, konkrétně ze subdodavatelské smlouvy mezi společnostmi Metrostav a.s. a společnostmi Subterra a.s. Pokud by totiž bylo pravdou, že společnost Metrostav a.s. je oprávněna disponovat s kapacitami společnosti Subterra a.s. jakožto s vlastními kapacitami již z důvodu, že se jedná o koncernovou společnost, pak by dle navrhovatele nebyl důvod k tomu, aby za tímto účelem tyto společnosti uzavíraly subdodavatelskou smlouvu. Navrhovatel upozorňuje, že v případě společnosti Subterra a.s. se jedná o právně samostatný subjekt, s jehož kapacitami není společnost Metrostav a.s. bez dalšího oprávněna jakkoliv disponovat. Referenční osvědčení týkající se referenční zakázky „Optimalizace trati Praha Bubeneč - Praha Holešovice“ je tedy dle navrhovatele nepravdivé, pokud osvědčuje, že stavba, včetně železničního svršku byla realizována společností Metrostav a.s. Čestné prohlášení společnosti Metrostav a.s. o tom, že vlastní kapacitou realizovala na této stavbě i železniční svršek, je pak dle navrhovatele irelevantní, neboť vybraný uchazeč předloží jakékoliv prohlášení, které bude zadavateli vyhovovat pro konstatování, že splnění kvalifikace bylo prokázáno. Navrhovatel rovněž uvádí, že čestné prohlášení není způsobilé rozptýlit důvodné pochybnosti ohledně splnění kvalifikace, přičemž v této souvislosti odkazuje na právní závěry učiněné v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0204/2017/VZ-20251/2017/521/MŽi ze dne 10. 7. 2017. Navrhovatel rovněž dodává, že objem prací uvedený v příslušném osvědčení ani nekoresponduje s údaji uvedenými ve smlouvě o sdružení, což rovněž vzbuzuje pochybnosti o pravdivosti reference.
94. Ohledně referenční zakázky „Výstavba metra V.A (Dejvická - Motol)“ navrhovatel uvádí, že zadavatel pro rozptýlení důvodných pochybností ohledně splnění příslušného kvalifikačního předpokladu ověřil informace pouze tak, že finanční objem prací realizovaných společností Skanska a.s. uvedený v článku, který navrhovatel zadavateli předložil spolu s námitkami, pouze odečetl od finančního objemu prací uvedeného v osvědčení o referenční zakázce. Takový postup nelze dle navrhovatele považovat za relevantní rozptýlení důvodných pochybností ve smyslu shora citovaného rozhodnutí Úřadu a vypovídá o ledabylém přístupu zadavatele u významné veřejné zakázky s hodnotou 3,5 miliardy Kč.

95. Ohledně osoby Ing. Porazila pak navrhovatel uvádí, že z podkladů pro rozhodnutí vyplývá, že se jednalo o subdodavatele vybraného uchazeče a nikoliv o zaměstnance. Dodatečné doložení dokladů o tom, že se jednalo o zaměstnance společnosti Metrostav a.s. na základě dohody o provedení práce, je přitom dle navrhovatele nepřijatelným doplněním nabídky. Navrhovatel proto konstatuje, že vybraný uchazeč splnění kvalifikace v tomto ohledu neprokázal.
96. Závěrem svého vyjádření k podkladům navrhovatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0723/2016/VZ-01489/2017/522/JKr ze dne 2. 1. 2017, které se zabývá závažností jednání zadavatele spočívajícího v nezákonném posouzení splnění kvalifikace a v souvisejícím zvýhodňování některých uchazečů, přičemž právní závěry uvedené v tomto rozhodnutí jsou dle názoru navrhovatele významné i v právě šetřené věci.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

97. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního šetření rozhodl, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 59 odst. 1 zákona v návaznosti na zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 zákona tím, když posoudil kvalifikaci vybraného uchazeče jako splněnou, ačkoliv neměl postaveno najisto, zda vybraný uchazeč splňuje technický kvalifikační předpoklad stanovený v bodě 9.7 „Technické kvalifikační předpoklady:“ písm. c), h), k), a l), části 2 „Pokyny pro dodavatele“ dílu 1 „Požadavky a podmínky pro zpracování nabídky“ zadávací dokumentace ve vztahu ke členům personálu „specialista (vedoucí prací) na železniční svršek a spodek“, „specialista (vedoucí prací) na geotechniku“, „osoba odpovědná za ochranu životního prostředí“ a „osoba odpovědná za odpadové hospodářství“, čímž se stal postup zadavatele netransparentním, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Úřad současně rozhodl o uložení nápravného opatření – zrušení úkonů zadavatele spojených s posouzením splnění technických kvalifikačních předpokladů vybraného uchazeče zdokumentovaných ve Zprávě o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 19. 5. 2017, a současně o zrušení všech následujících úkonů zadavatele učiněných v předmětném zadávacím řízení, a to včetně rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky ze dne 19. 5. 2017. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K právnímu postavení zadavatele

98. Podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud
1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
99. Podle § 2 odst. 7 zákona platí, že pokud vykonává veřejný zadavatel nebo dotovaný zadavatel jednu či více relevantních činností podle § 4 zákona, platí pro něj ustanovení

zákona vztahující se na sektorového zadavatele za předpokladu, že veřejná zakázka má být zadávána v souvislosti s výkonem relevantní činnosti.

100. Podle § 4 odst. 1 písm. f) zákona se relevantní činností pro účely zákona rozumí činnost související s poskytováním či provozováním dopravních sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti drážní, tramvajové, trolejbusové nebo lanové dopravy a provozování veřejné autobusové dopravy (dále jen „dopravní síť“); dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována podle podmínek stanovených příslušným správním orgánem, zejména pak podmínek týkajících se poskytování či provozování dopravní sítě, přepravní kapacity nebo frekvence poskytování takové činnosti.
101. Úřad uvádí, že zadavatel byl zřízen a jeho činnost upravuje zákon č. 77/2002 Sb., o akciové společnosti České dráhy, státní organizaci Správa železniční dopravní cesty a o změně zákona č. 266/1994 Sb., o dráhách, ve znění pozdějších předpisů, a zákona č. 77/1997 Sb., o státním podniku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 77/2002 Sb.“). Úřad dále zjistil, že dle § 21 odst. 1 zákona č. 77/2002 Sb. provozuje zadavatel železniční dopravní cestu ve veřejném zájmu (zajišťuje její provozuschopnost, modernizaci a rozvoj). Z uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel vykonává relevantní činnost ve smyslu § 4 odst. 1 písm. f) zákona.
102. Z výroční zprávy zadavatele za rok 2015 vyplývá, že potřeby veřejného zájmu, k jejichž uspokojování byl zadavatel zřízen, nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, jelikož zadavatel neprovozuje svoji činnost za jinak běžných tržních podmínek, neboť stát (prostřednictvím jeho organizačních složek) či Státní fond dopravní infrastruktury finančně přispívají na výkon této činnosti. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel první podmínku podle § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona naplňuje.
103. Podle § 27 a násl. zákona č. 77/2002 Sb. představují orgány zadavatele správní rada (již tvoří 7 členů jmenovaných a odvolávaných vládou na návrh ministra dopravy a spojů) a generální ředitel (jehož jako statutární orgán zadavatele jmenuje a odvolává správní rada). K závěru o splnění podmínky uvedené v § 2 odst. 2 písm. d) bod 2. zákona přitom postačí, pokud je naplněna alespoň jedna z dílčích charakteristik vztahu zadavatele a státu či jiného veřejného zadavatele (tj. financování, ovládání nebo jmenování nadpolovičního počtu členů orgánů zadavatele). S ohledem na skutečnost, že členové správní rady jakožto správního orgánu zadavatele jsou jmenováni vládou na návrh ministra dopravy a spojů, má Úřad za prokázané, že zadavatel podmínku po dle § 2 odst. 2 písm. d) bod 2. zákona naplnil. S ohledem na shora uvedené je tedy možné konstatovat, že zadavatel naplnil podmínky uvedené v § 2 odst. 2 písm. d) zákona a byl tedy v době zadávání veřejné zakázky veřejným zadavatelem.
104. Vzhledem ke skutečnostem dovozeným výše, tj. že se v předmětném případě jedná o veřejného zadavatele, který vykonává relevantní činnost dle § 4 zákona, ověřil Úřad v souladu s § 2 odst. 7 zákona, zda se na postup zadavatele při zadávání šetřené veřejné zakázky vztahují ustanovení zákona platná pro sektorového zadavatele, tj. zda byla předmětná veřejná zakázka zadávána v souvislosti s výkonem relevantní činnosti.
105. Zadavatel v bodě 4.1 „Účel veřejné zakázky“ Pokynů pro dodavatele stanovil, že *„Účelem stavby je zvýšení kapacity dráhy pro potřeby příměstské, dálkové i nákladní dopravy, zlepšení vazeb drážní dopravy na městskou veřejnou dopravu, snížení negativních vlivů dopravy na okolní zástavbu a dále uvedení železniční trati a souvisejících staveb a zařízení do technického stavu odpovídajícímu evropským parametrům a standardům.“* Úřad tudíž

dovozuje, že zadavatel poptává plnění veřejné zakázky v souvislosti s poskytováním, resp. zabezpečením drážní dopravy. Vzhledem k právě řečenému má Úřad za prokázané, že předmět šetřené veřejné zakázky přímo souvisí s výkonem relevantní činnosti, a proto při jejím zadávání platila podle § 2 odst. 7 zákona pro Správu železniční dopravní cesty, státní organizaci, tj. pro zadavatele, ta ustanovení zákona, která se vztahují na sektorové zadavatele. Zadavatel tudíž při zadávání šetřené veřejné zakázky vystupoval v pozici sektorového zadavatele.

Relevantní ustanovení zákona

106. Dle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
107. Dle § 59 odst. 1 zákona veřejný zadavatel posoudí prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu s tímto zákonem.
108. Dle § 59 odst. 4 zákona může veřejný zadavatel požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Dodavatel je povinen splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem. Skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace mohou nastat v případě postupu podle tohoto odstavce po lhůtě podle § 52 zákona.
109. Dle § 63 odst. 1 zákona je sektorový zadavatel oprávněn stanovit jakékoliv objektivní požadavky, které umožňují objektivní posouzení kvalifikace dodavatele.
110. Dle § 64 odst. 7 zákona platí ustanovení § 51 odst. 6, 7 a 8 zákona a § 58 až 60 zákona pro sektorového zadavatele obdobně.
111. Dle § 110 odst. 2 zákona lze námitky podat proti všem úkonům zadavatele a stěžovatel je musí doručit zadavateli do 15 dnů a v případě zjednodušeného podlimitního řízení do 10 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.
112. Dle § 110 odst. 7 zákona předposlední věta je podání námitek řádně a včas podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci.
113. Dle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
114. Dle § 110 odst. 4 zákona námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení musí stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů a v případě zjednodušeného podlimitního řízení do 10 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky podle § 81 zákona nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení.
115. Dle § 118 odst. 5 písm. c) zákona Úřad návrh zamítne, pokud návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

116. V bodě 9.7 „Technické kvalifikační předpoklady“ Pokynů pro dodavatele zadavatel stanovil, že »Zadavatel požaduje předložení seznamu stavebních prací provedených dodavatelem na stavbách železničních drah, jak jsou vymezeny v § 5 odst. 1 a v § 3 odst. 1 zákona č. 266/1994 Sb., o dráhách, ve znění pozdějších předpisů, za posledních 5 let (dále jako „stavební práce“). Předloženým seznamem stavebních prací přitom musí dodavatel prokázat, že objem stavebních prací jím provedených na uvedených stavbách drah za posledních 5 let činí v souhrnu, včetně případných subdodávek, nejméně 2 100 000 000,- Kč bez DPH. Skutečností rozhodnou pro počátek běhu pětileté lhůty je poslední den lhůty pro podání nabídek. Zadavatel dále požaduje, aby v předloženém seznamu stavebních prací realizovaných v posledních pěti letech uchazeč osvědčením objednatelů doložil, že realizoval jednu stavební práci s hodnotou jednotlivé realizované zakázky alespoň 170 000 000,- Kč bez DPH (tzn. je třeba doložit právě jednu takovou zakázku, přičemž není možno doložit více jednotlivých stavebních prací v uvedené hodnotě) a dále že realizoval další stavební práce s hodnotou každé jednotlivé realizované zakázky alespoň 540 000 000,- Kč bez DPH (obě uvedené kategorie jednotlivých zakázek se označuje jako „nejvýznamnější stavební práce“).«.
117. Dále v bodě 9.7 „Technické kvalifikační předpoklady“ Pokynů pro dodavatele zadavatel stanovil, že „Zadavatel požaduje předložení seznamu níže uvedených členů personálu dodavatele. Každá jednotlivá níže uvedená funkce člena personálu může být vykonávána pouze jako celek dodavatelem určenou fyzickou osobou (nelze ji jakkoliv rozdělit mezi více fyzických osob). (...) Přílohou tohoto seznamu budou profesní životopisy každého člena personálu, doklady o požadovaném vzdělání členů personálu a doklady k prokázání odborné kvalifikace. Pro plnění této veřejné zakázky musí mít dodavatel k dispozici personál (bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli), který splňuje následující podmínky (což musí vyplývat z dodavatelem předkládaných dokumentů):

(...)

c) specialista (vedoucí prací) na železniční svršek a spodek

- minimálně středoškolské vzdělání;
- nejméně 5 let praxe v oboru své specializace;
- zkušenost s realizací alespoň jedné železniční stavby o minimálním finančním objemu 540 000 000,- Kč bez DPH, jejímž předmětem byla mj. výstavba nebo rekonstrukce železničního svršku a spodku;
- musí předložit doklad o autorizaci v rozsahu dle ust. § 5 odst. 3 písm. b) zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, tedy autorizaci pro dopravní stavby;

(...)

h) specialista (vedoucí prací) na geotechniku

- minimálně středoškolské vzdělání;

- *nejméně 5 let praxe v oboru své specializace;*
- *zkušenost s realizací alespoň jedné dopravní stavby o minimálním finančním objemu 540 000 000,- Kč bez DPH, jejímž předmětem byla mj. geotechnická činnost při výstavbě nebo rekonstrukci dopravní stavby;*
- *musí předložit doklad o autorizaci v rozsahu dle § 5 odst. 3 písm. i) zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, tedy autorizaci pro geotechniku;*

(...)

k) osoba odpovědná za ochranu životního prostředí

- *minimálně středoškolské vzdělání;*
- *nejméně 5 let praxe v oboru ochrany životního prostředí;*

l) osoba odpovědná za odpadové hospodářství

- *minimálně středoškolské vzdělání;*
- *nejméně 5 let praxe v oboru odpadového hospodářství;*

(...)

Zkušeností s realizací stavby se u příslušných členů personálu, u kterých je tato zkušenost požadována, rozumí činnost spočívající v provádění stavby v pozici zhotovitele nebo výkon technického dozoru nebo výkon autorského dozoru projektanta, příp. hlavního projektanta, při provádění stavby. Zkušeností s řízením realizace stavby (v pozici zhotovitele) se u příslušných členů personálu, u kterých je tato zkušenost požadována, rozumí pouze činnost spočívající v řízení provádění stavby v pozici zhotovitele.“

118. V bodě 9.8 „Obecně k prokazování splnění kvalifikace“ Pokynů pro dodavatele zadavatel stanovil, že „Dodavatel dále není oprávněn prokazovat splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele u těch částí veřejné zakázky, u kterých si zadavatel vyhradil ve smyslu § 44 odst. 6 ZVZ, že nesmí být plněny subdodavatelem. Tyto části a s nimi související kvalifikační předpoklady jsou podrobně specifikovány v odst. 10.3 těchto Pokynů.“

119. V bodě 10.3 „Subdodavatelské omezení“ Pokynů pro dodavatele zadavatel stanovil, že „Zadavatel si dle § 44 odst. 6 ZVZ vyhrazuje požadavek, že níže uvedené části plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněny subdodavatelem, s výjimkou dodávky veškerého materiálu nutného k zabudování při realizaci předmětných stavebních objektů a s výjimkou výroby ocelových konstrukcí mostů, jejich protikorozní ochrany a izolací:

SO 5-10-01 ŽST Praha Vršovice, železniční svršek

SO 5-11-01 ŽST Praha Vršovice, železniční spodek

SO 2-20-02 Železniční most v ev. km 177,891

SO 3-20-02 Železniční most v ev. km 177,798

SO 3-20-03 Železniční most v ev. km 8,295

SO 4-20-01 Železniční most v ev. km 181,270 (podchod pro pěší)

SO 4-20-02 Železniční most v ev. km 181,532

SO 5-20-01 Železniční most v ev. km 182,741

SO 5-20-02 Železniční most v ev. km 183,310 (podchod pro pěší)

SO 5-20-03 Železniční most v ev. km 183,652

(...)

Výše uvedené vyhrazené stavební objekty představují svou finanční hodnotou celkem cca pětinu z předmětu plnění veřejné zakázky. S ohledem na to a dále s ohledem na účel zadavatelem provedené výhrady uvedený v předchozím odstavci, označuje zadavatel níže ty kvalifikační předpoklady, které svým obsahem odpovídají rozsahu, v němž je plnění veřejné zakázky postupem dle ust. § 44 odst. 6 ZVZ vyhrazeno. Splnění těchto kvalifikačních požadavků tedy nesmí být postupem dle ust. § 64 odst. 5 za využití ust. § 51 odst. 4 ZVZ prokazováno prostřednictvím subdodavatele:

- profesní kvalifikační požadavek na oprávnění k podnikání v rozsahu živnosti provádění staveb, jejich změn a odstraňování,

- profesní kvalifikační požadavek na předložení dokladu o autorizaci v rozsahu dle ust. § 5 odst. 3 písm. b) a d) zákona č. 360/1992 Sb.,

- technický kvalifikační požadavek na doložení alespoň jedné z celkem požadovaných nejvýznamnějších stavebních prací, tedy nejméně jedné jednotlivé realizované zakázky s hodnotou alespoň 170 000 000,- Kč bez DPH,

- technický kvalifikační požadavek na předložení seznamu personálu dodavatele v rozsahu funkcí specialisty (vedoucího prací) na železniční svršek a spodek a specialisty (vedoucího prací) na mosty a inženýrské konstrukce.“

120. V bodě 7.1 Obchodních podmínek zadavatel uvedl, že „Pokud si Objednatel v Zadávací dokumentaci vyhradil požadavek, že určitá věcně vymezená část předmětu plnění nesmí být plněna Subdodavatelem, zavazuje se Zhotovitel, že minimálně v takto vymezeném rozsahu provede Dílo vlastními prostředky s tím, že zbývající rozsah prací je oprávněn realizovat prostřednictvím subdodávek výlučně za podmínek stanovených ve Smlouvě.“

121. V bodě 7.4 Obchodních podmínek zadavatel uvedl, že „Vlastními prostředky ve smyslu tohoto článku se rozumí, že Zhotovitel musí disponovat stroji a zařízeními, materiály, lidskými a finančními zdroji nezbytnými k provedení příslušné Části Díla. Pod pojmem disponovat se pro účely tohoto článku rozumí, že tyto stroje a zařízení, materiály, lidské a finanční zdroje musí mít Zhotovitel při plnění předmětného Díla k dispozici, nemusí však být v jeho vlastnictví. Za práce provedené vlastními prostředky se považují i práce provedené osobami, které společně se Zhotovitelem tvoří koncern ve smyslu ust. § 79 zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích). Příslušnost těchto osob ke koncernu musí Zhotovitel prokázat. Na osoby tvořící se Zhotovitelem koncern se přiměřeně vztahují povinnosti Subdodavatelů a Zhotovitel je oprávněn užít při provádění

Díla pouze těch členů koncernu, kteří se k plnění takovýchto povinností zaváží stejným způsobem, jako Subdodavatelé.“

122. Z Přílohy č. 22 »Osvědčení pracovní zkušenosti stavby „Výstavba metra V.A (Dejvická – Motol) – stavební část“ vydané objednatelem Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČ: 00005886 (Ing. Lukášem Krumlem, vedoucí odboru Investice) zhotoviteli Metrostav a.s. dne 22.12.2016 v objemu 8.286.223.222,91 Kč bez DPH« (dále jen »osvědčení o referenční zakázce „Výstavba metra V.A (Dejvická – Motol) – stavební část“«) „Objasnění a doplnění dokladů prokazujících splnění kvalifikace uchazečem“ vybraného uchazeče ze dne 27. 4. 2017 (dále jen „doplnění dokladů prokazujících kvalifikaci“) vyplývá, že zadavatel předložil k prokázání technického kvalifikačního předpokladu uvedeného v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele referenční zakázku „Výstavba metra V.A (Dejvická – Motol) – stavební část“, která byla realizována společností „Sdružení metro V.A (Dejvická – Motol)“ sdružující společníky Metrostav a.s., jako vedoucího společníka společnosti, s podílem na díle 60,72 % a společníka HOCHTIEF a.s. s podílem na díle 39,28 %. V bodě 7. „Skutečně realizovaná hodnota sdružení/Metrostav a.s.“ osvědčení o referenční zakázce je uvedeno:

„13.088.391.071,-Kč (bez DPH)

z toho plnění Metrostav a.s. na základě smlouvy o sdružení

8.286.223.222,91 Kč (bez DPH)“.

123. Z nabídky vybraného uchazeče vyplývá, že technický kvalifikační předpoklad stanovený zadavatelem v bodě 9.7 písm. c) Pokynů pro dodavatele, tj. požadavek na funkci ze seznamu personálu dodavatele „specialista (vedoucí prací) ne železniční svršek a spodek“, prokazuje vybraný uchazeč osobou Ing. Zemánka a osobou p. Volného.
124. Z nabídky vybraného uchazeče vyplývá, že k prokázání předmětného technického kvalifikačního předpokladu osobou Ing. Zemánka předložil vybraný uchazeč životopis obsahující mj. seznam referenčních zakázek, kopii osvědčení o autorizaci a kopii vysokoškolského diplomu. Dále z nabídky vybraného uchazeče vyplývá, že k prokázání předmětného technického kvalifikačního předpokladu osobou p. Volného vybraný uchazeč předložil životopis, kde je v rámci seznamu referenčních zakázek odkazováno na odbornou praxi v životopisu, kopii vysvědčení o maturitní zkoušce a kopii osvědčení o autorizaci. V doplnění dokladů prokazujících kvalifikaci předložil vybraný uchazeč k osobě p. Volného dokument „Čestné prohlášení pana Vlastimila Volného ze dne 18.04.2017“, v němž p. Volný uvádí, že *»tímto čestně prohlašuje, že se jako zaměstnanec společnosti Skanska a.s., na pozici mistr podílel v období od října 2007 do dubna 2010 na realizaci prací na železničním svršku a spodku na stavbě označené jako „Rekonstrukce železničního uzlu Břeclav, 1. St“ pro zadavatele Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, kdy hodnota této referenční stavby činila 2.419.000.000,- Kč.«.*
125. Z nabídky vybraného uchazeče vyplývá, že technický kvalifikační předpoklad stanovený zadavatelem v bodě 9.7 písm. h) Pokynů pro dodavatele, tj. požadavek na funkci ze seznamu personálu dodavatele „specialista (vedoucí prací) ne geotechniku“, prokazuje vybraný uchazeč osobou Ing. Heřta. Z nabídky vybraného uchazeče vyplývá, že k prokázání předmětného technického kvalifikačního předpokladu osobou Ing. Heřta předložil vybraný

uchazeč životopis obsahující mj. seznam referenčních zakázek, kopii osvědčení o autorizaci a kopii vysokoškolského diplomu.

126. Z nabídky vybraného uchazeče vyplývá, že technický kvalifikační předpoklad stanovený zadavatelem v bodě 9.7 písm. k) a písm. l) Pokynů pro dodavatele, tj. požadavek na funkci ze seznamu personálu dodavatele „osoba odpovědná za ochranu životního prostředí“ a „osoba odpovědná za odpadové hospodářství“, prokazuje vybraný uchazeč osobou Ing. Votápky. Z nabídky vybraného uchazeče vyplývá, že k prokázání předmětných technických kvalifikačních předpokladů osobou Ing. Votápky předložil vybraný uchazeč životopis obsahující mj. seznam referenčních zakázek a kopii vysokoškolského diplomu.
127. V příloze č. 3 námitek navrhovatele ze dne 2. 6. 2017 „Článek v periodiku Stavební noviny o společnosti Skanska a jejích zkušenostech při výstavbě metra.“ je uvedeno, že „*Od roku 2011 započala společnost Skanska kompletní práce na technologické části nově budované trasy Dejvice - Motol, kde realizujeme i kolejový svršek v celé trase, přičemž předpoklad zprovoznění je v roce 2014.*“.
128. Ze Zprávy o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 19. 5. 2017 (dále jen „Zpráva o posouzení kvalifikace a hodnocení nabídek“), bodu 3. vyplývá, že ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel šest nabídek, přičemž nabídka vybraného uchazeče je označena jako „nabídka uchazeče č. 2“.
129. V bodu 5. „Posouzení kvalifikace a seznam nabídek uchazečů vyřazených při posouzení kvalifikace“ Zprávy o posouzení kvalifikace a hodnocení nabídek je uvedeno, že »*Uchazeč č. 2 tedy prokázal splnění technického kvalifikačního požadavku na předložení seznamu významných stavebních prací ohledně požadavku na doložení toho, že vlastními kapacitami realizoval jednu stavební práci s hodnotou jednotlivé realizované zakázky alespoň 170 000 000,- Kč bez DPH prostřednictvím referenční stavby „Optimalizace trati Praha Bubeneč – Praha Holešovice“.*

Dále uchazeč nově předložil mj. osvědčení o realizaci zakázky s názvem Výstavba metra V.A. (Dejvická - Motol) - stavební část, na jejíž realizaci se podílela rovněž společnost Metrostav a.s. Objem prací připadající na činnost společnosti Metrostav a.s. odpovídal částce 8.286.223.222,91 Kč bez DPH.

Tato referenční stavba je referencí na stavbu speciální železniční dráhy ve smyslu ust. § 3 odst. 1 písm. f) zákona o drahách (v aktuálně účinném znění) a splňuje tedy požadavky stanovené v zadávacích podmínkách na referenční stavbu. Současně svým finančním objemem naplňuje sama o sobě veškeré požadavky na minimální úroveň tohoto technického kvalifikačního předpokladu stanovené v zadávacích podmínkách, tj. jak požadavek na celkovou souhrnnou hodnotu referenčních staveb, tak i požadavek na celkovou souhrnnou hodnotu nejvýznamnějších stavebních prací.

(...)

Uchazeč č. 2 tedy prokázal splnění technického kvalifikačního požadavku na předložení seznamu významných stavebních prací provedených dodavatelem na stavbách železničních drah ohledně požadavku na doložení toho, že realizoval další stavební práce s hodnotou každé jednotlivé realizované zakázky alespoň 540 000 000,-Kč bez DPH a současně v součtu 1 800 000 000,- Kč bez DPH.

Konečně prokázal kvalifikační požadavek na předložení seznamu stavebních prací, ze kterého vyplývá, že na stavbách železničních drah za posledních 5 let provedl práce, jejichž hodnota činí nejméně 2 100 000 000,- Kč bez DPH.

Výše uvedenými dvěma referencemi tedy uchazeč prokázal splnění celé minimální úrovně technického kvalifikačního požadavku na předložení seznamu stavebních prací. Současně se v obou případech jedná o referenční stavby provedené vlastními kapacitami, tj. nikoliv prokazované postupem dle ust. § 51 odst. 4 zákona. S ohledem na tuto skutečnost se zadavatel dále nezabýval posuzováním dalších předložených osvědčení, neboť z nich již nelze zjistit žádné skutečnosti rozhodné pro posouzení kvalifikace uchazeče. Zadavatel tedy pouze ověřil, že z těchto ostatních dokladů nevyplývá rozpor v nabídce uchazeče, a dále je již neposuzoval.

Dále uchazeč vysvětlil pochybnosti, pokud jde o existenci pracovního poměru Ing. Podrazila ke společnosti Metrostav a.s., přičemž toto své vysvětlení podložil rovněž předložením dohody o provedení práce uzavřené dne 19.12.2016 mezi společnostmi Metrostav a.s. a Ing. Josefem Podrazilem, příloha č. 7 doplnění ze dne ze dne 28.4.2017, celkem 2 listy, (pozn. Úřadu: správné příjmení této osoby dle údajů v nabídce je Ing. Josef Porazil)

S ohledem na zásadu transparentnosti zadávacího řízení dále zadavatel touto cestou sděluje, že dne 10.4.2017 nad rámec výzvy dle ust. § 59 odst. 4 zákona uchazeče č. 2 rovněž požádal o vyjádření k té části námitek jiného uchazeče, která se týkala členů jeho personálu Ing. Šabacha, Ing. Barabáše, Ing. Vally a p. Volného.

Zadavatel této části námitek nevyhověl, a to zpravidla proto, že námitky zpochybňovaly údaje uvedené v jednotlivých životopisech členů personálu, aniž by byly podloženy jakýmikoliv doklady, popř. se jednalo o námitky pouze obecné povahy.

Při opakovaném posouzení kvalifikace zadavatel ohledně kvalifikačních dokladů týkajících se těchto členů personálu neshledal žádné nejasnosti. Neviděl tedy žádný důvod, pro který by se odchýlil od původního závěru hodnotící komise o posouzení této části kvalifikace, resp. od názoru, který zadavatel vyjádřil v rozhodnutí o námitkách.

(...)

Konečně ohledně p. Volného uchazeč č. 2 zadavateli sdělil, že na stavbě s názvem „Rekonstrukce železničního uzlu Břeclav, 1. stavba“ působila společnost SWIETELSKY stavební s.r.o., nikoliv společnost Swietelski Rail CZ s.r.o. (jak je uvedeno v námitkách), která vznikla až později.

Dále uchazeč č. 2 sdělil, že p. Volný na této stavbě působil ve funkci mistra odpovědného za koordinaci prací na žel. svršku a spodku. K tomu předložil čestné prohlášení p. Volného.

Žádná nabídka nebyla vyřazena pro nesplnění kvalifikace a všichni uchazeči prokázali splnění požadované kvalifikace. (...)

K výroku I. tohoto rozhodnutí

130. Úřad považuje za vhodné se nejprve vyjádřit k námitce vybraného uchazeče, že jak námitky navrhovatele ze dne 2. 6. 2017, tak část návrhu týkající se členů personálu vybraného uchazeče [tj. čl. II. písm. C „Nesprávné posouzení splnění kvalifikačních předpokladů (členů realizačního týmu) Vybraného uchazeče“ návrhu], je opožděná a Úřad by tak měl řízení

o návrhu v této části zastavit dle § 117a písm. e) zákona, neboť zadavatel námitkám navrhovatele týkajících se členů realizačního týmu nevyhověl již v rámci rozhodnutí o námitkách ze dne 27. 3. 2017 a navrhovatel se v zákonné lhůtě neobrátil se svým návrhem na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu (viz odstavec 70 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad uvádí, že dle § 117a písm. e) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže návrh nebyl doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtách podle § 114 odst. 4 nebo 5 zákona.

131. Jak vyplývá z dokumentace o veřejné zakázce, navrhovatel doručil dne 16. 3. 2017 zadavateli „Námitky proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a proti posouzení kvalifikace“ z téhož dne, v nichž zpochybnil mj. posouzení prokázání splnění kvalifikace ze dne 2. 2. 2017 vybraným uchazečem ve vztahu ke kvalifikačnímu požadavku na členy personálu dodavatele (zaznamenáno v dokumentu „PROTOKOL č. 2.3 O POSOUZENÍ KVALIFIKACE“ ze dne 2. 2. 2017). Rozhodnutím o námitkách ze dne 27. 3. 2017 zadavatel námitkám navrhovatele ze dne 16. 3. 2017 částečně vyhověl a jako opatření k nápravě zrušil rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 27. 2. 2017 a rozhodl o novém posouzení a hodnocení nabídek (viz odstavec 6 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z dokumentace o veřejné zakázce (konkrétně ze Zprávy o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 19. 5. 2017) dále vyplývá, resp. v předmětné zprávě je uvedeno, že zadavatel sám ve smyslu § 79 odst. 5 zákona dne 19. 5. 2017 provedl nové posouzení kvalifikace uchazečů a rovněž provedl nové posouzení a hodnocení nabídek. Z uvedeného postupu zadavatele je tedy zřejmé, že zadavatel původní úkony hodnotící komise spojené s posouzením kvalifikace a posouzením a hodnocením nabídek zrušil a sám provedl nové posouzení kvalifikace (a posouzení a hodnocení nabídek) dne 19. 5. 2017. Navrhovatel následně doručil dne 2. 6. 2017 zadavateli „Námitky proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a proti posouzení kvalifikace“ směřující mj. proti posouzení kvalifikace vybraného uchazeče ve vztahu ke kvalifikačnímu požadavku na členy personálu dodavatele. Rozhodnutím ze dne 12. 6. 2017, které bylo navrhovateli doručeno dne 15. 6. 2017, zadavatel námitkám ze dne 2. 6. 2017 nevyhověl (viz odstavec 8 odůvodnění tohoto rozhodnutí), a vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval toto rozhodnutí za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 23. 6. 2017 Úřadu návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad uvádí, že dle § 114 odst. 4 zákona musí být návrh doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl. V uvedeném případě bylo rozhodnutí o námitkách ze dne 12. 6. 2017 doručeno navrhovateli dne 15. 6. 2017 a posledním dnem lhůty k doručení návrhu Úřadu bylo tedy pondělí 26. 6. 2017. Vzhledem k tomu, že navrhovatel doručil svůj návrh Úřadu, a taktéž i zadavateli (což vyplývá z dodacího razítka na kopii návrhu doručeného zadavateli), dne 23. 6. 2017, tj. před uplynutím zákonné lhůty pro doručení návrhu, byl návrh doručen Úřadu v zákonné lhůtě. K argumentu vybraného uchazeče, že v rozhodnutí předsedy Úřadu ve věci vedené pod sp. zn. R79/2013 a v navazujícím rozhodnutí Úřadu ve věci vedené pod sp. zn. S739/2012 Úřad mj. uvedl, že „(...) Nelze akceptovat postup uchazeče, který po nevyhovění námitkám zadavatelem, přičemž rozhodnutí o nich je řádně odůvodněno, obsahuje poučení o možnosti podat návrh a je včas odesláno stěžovateli, podá (za předpokladu, že lhůta pro podání námitek ještě neuplynula) další obsahově identické námitky proti stejným úkonům zadavatele. Zadavatel by tímto postupem byl zcela v rozporu s účelem institutu námitek nucen rozhodovat o námitkách, kterými se již věcně zabýval.“, uvádí Úřad následující. Jak vyplývá z výše

uvedeného, námitky navrhovatele ze dne 16. 3. 2017 směřovaly mj. proti posouzení kvalifikace ze dne 2. 2. 2017, tj. proti úkonu, který byl zadavatelem zrušen. Zadavatel tak kvalifikaci uchazečů posuzoval nově, jak vyplývá ze Zprávy o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 19. 5. 2017. Námitky navrhovatele ze dne 2. 6. 2017 přitom směřovaly mj. proti posouzení kvalifikace ze dne 19. 5. 2017, tj. proti jinému úkonu zadavatele, než námitky ze dne 16. 3. 2017. Právní závěry uvedené v citovaném rozhodnutí předsedy Úřadu a Úřadu tedy nelze na danou situaci aplikovat, neboť jak vyplývá z právě popsaného, v předmětném případě nepodal navrhovatel námitky ze dne 2. 6. 2017 proti stejnému úkonu zadavatele, proti němuž směřovaly námitky ze dne 16. 3. 2017. Stejně tak je možno upozornit na skutečnost, že byť zadavatel ve vztahu k námitkám týkajícím se kvalifikovanosti členů realizačního týmu konstatoval, že tyto považuje za nedůvodné, jako opatření k nápravě přijal postup, kdy nově posuzoval kvalifikaci vybraného uchazeče jako celek. Nebylo tedy důvodu brojit proti původnímu postupu zadavatele, který na základě podaných námitek ze dne 16. 3. 2017 opětovně posuzoval kvalifikaci vybraného uchazeče. Úřad tedy konstatuje, že návrh byl v části týkající se splnění technického kvalifikačního předpokladu ve vztahu k členům personálu vybraného uchazeče doručen Úřadu ve lhůtě podle § 114 odst. 4 zákona, a nejsou tak splněny podmínky pro zastavení této části řízení dle § 117a odst. e) zákona.

132. Úřad rovněž nepřehlédl argument zadavatele, že zpochybnění prokázání části kvalifikace ve vztahu k bodu 9.7 písm. e) Pokynů pro dodavatele prostřednictvím Ing. Lukeše nebylo předmětem námitek, a proto nemůže být ani předmětem přezkumu v rámci tohoto správního řízení (viz odstavec 54 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad posoudil tuto skutečnost ve všech vzájemných souvislostech a na základě dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení i vlastního šetření dospěl k závěru, že argumentace navrhovatele uvedená v návrhu týkající se splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 písm. e) Pokynů pro dodavatele ve vztahu k osobě Ing. Lukeše nebyla součástí námitek ze dne 2. 6. 2017. S ohledem na ust. § 118 odst. 5 písm. c) zákona proto Úřad návrh v této části zamítl, neboť nebyl podán oprávněnou osobou (viz dále odstavce tohoto rozhodnutí „K výroku II. tohoto rozhodnutí“).
133. Navrhovatel v podaném návrhu předně uvádí, že zadavatel v šetřeném zadávacím řízení nepostupoval v souladu se zákonem, když posoudil kvalifikaci vybraného uchazeče za prokázanou. Navrhovatel má pochybnosti o tom, zda vybraný uchazeč skutečně prokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele ve vztahu k požadavkům na předložení referenčních zakázek na stavební práce a rovněž navrhovatel uvádí, že zadavatel neodstranil pochybnosti ohledně prokázání technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele vybraným uchazečem ve vztahu k požadavkům na členy realizačního týmu dodavatele. Dále ve svém návrhu navrhovatel uvádí, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, když vybranému uchazeči umožnil postupem dle ust. § 59 odst. 4 zákona doplnit doklady za účelem prokázání splnění kvalifikace.
134. Úřad v obecné rovině konstatuje, že předpokladem účasti dodavatele v zadávacím řízení je prokázání splnění zadavatelem stanovených požadavků na kvalifikaci, kterou se rozumí způsobilost dodavatele realizovat veřejnou zakázku. Institut kvalifikace v zadávacím řízení má zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu dodavatelů,

kteří jsou schopni veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Smyslem stanovení technických kvalifikačních předpokladů je pak zajistit, aby se o veřejnou zakázku ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří ji jsou schopni řádně plnit po stránce technické, materiální či personální. Účelem technických kvalifikačních předpokladů je tedy eliminovat ty dodavatele, jejichž technické, materiální či personální zdroje nejsou pro účely konkrétní veřejné zakázky dostačující či odpovídající. Dodavatel je rovněž v obecné rovině oprávněn využít k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, resp. části, kterou není schopen splnit sám, třetích osob, tedy subdodavatelů. Tato možnost vyplývá z ustanovení § 64 odst. 5 zákona, které umožňuje dodavatelům, pokud nejsou schopni v plném rozsahu prokázat splnění kvalifikace požadované sektorovým zadavatelem týkající se požadavků na ekonomickou, finanční nebo technickou způsobilost, popřípadě týkající se oprávnění k podnikání, členství v profesní samosprávné komoře či jiné profesní organizaci nebo odborné způsobilosti, prokazovat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele [s výjimkou profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona].

135. Úřad dále uvádí, že zadavatel musí v zadávacím řízení postupovat tak, aby veškeré úkony, jež v průběhu zadávacího procesu učiní, byly přezkoumatelné. Jednou z podmínek nutných k tomu, aby bylo možné úkon zadavatele považovat za přezkoumatelný, je dodržení zásady transparentnosti. Zásada transparentnosti, vyjádřená v § 6 odst. 1 zákona, je vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem bezvýhradně dodržovány v celém průběhu zadávacího řízení. Otázkou zásady transparentnosti se ve své judikатурní činnosti již opakovaně zabývaly soudy a taktéž Úřad. Např. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 bylo řečeno, že *„(...) úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“*
136. K dané problematice se vyjádřil i Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010, ve kterém uvedl, že význam zásady transparentnosti v první řadě směřuje k cíli samotného práva veřejných zakázek, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Právě k zajištění konkurence mezi dodavateli slouží rovněž zásada transparentnosti. Nejvyšší správní soud dále zdůraznil, že požadavek transparentnosti *„(...) není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu sledovány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“* Podle názoru Nejvyššího správního soudu ke konstatování netransparentnosti plně postačuje, že v průběhu zadávacího řízení prokazatelně vyvstanou pochybnosti odporující požadavkům zákona na průhlednost a transparentnost zadávacího řízení. Cílem zásady transparentnosti je tedy v zásadě vyloučit existenci rizika upřednostňování a svévole

zadavatele. Transparentním postupem je v souladu s citovaným rozsudkem Nejvyššího správního soudu takový postup, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně. Nejvyšší správní soud dále připomíná, že tento závěr je rovněž v plném souladu s výkladem zásady transparentnosti ze strany SDEU a zmiňuje stanovisko generální advokátky Stix-Hackl ze dne 12. 4. 2005 ve věci C-231/03, Coname.

137. V posuzovaném případě se Úřad na základě výše uvedeného bude zabývat nejprve tím, zda postup zadavatele v zadávacím řízení byl v souladu s ustanovením § 59 odst. 1 zákona ve vztahu k naplnění zásady transparentnosti, tj. Úřad se bude zabývat tím, zda zadavatel posoudil splnění kvalifikace, resp. technických kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem v souladu se zákonem. Uvedené přitom Úřad posoudí v intencích námitek obsažených v návrhu a na základě údajů vyplývajících z dokumentů, které zadavateli předložil vybraný uchazeč k prokázání kvalifikace.

K posouzení kvalifikace členů personálu dodavatele

138. Navrhovatel v čl. II. písm. C „Nesprávné posouzení splnění kvalifikačních předpokladů (členů realizačního týmu) Vybraného uchazeče“ návrhu zpochybňuje splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného zadavatelem v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele ve vztahu k požadavkům na jednotlivé členy realizačního týmu vybraného uchazeče. Zadavatel k tomu ve svém vyjádření k návrhu uvádí, že neexistují žádné důvodné pochybnosti, které je v této souvislosti povinen odstraňovat a odkazuje na své rozhodnutí o námitkách ze dne 12. 6. 2017, v němž mj. uvedl, že *„(...) se jedná o čiré spekulace ryze účelového charakteru, které nemohou obstát při konfrontaci s dokumenty předloženými v nabídce (...). Nezbývá než konstatovat, že pokud stěžovatel chtěl vzbudit u zadavatele důvodné pochybnosti o pravdivosti údajů uvedených v nabídce vybraného uchazeče, měl podat adresnější a lépe podložené námitky. Že tak neučinil, může stěžít přičítat k tíži zadavateli, ale pouze sám sobě.“*
139. Úřad nejprve uvádí, že pro rozhodnutí věci je klíčové zodpovědět otázku, zda měl zadavatel dle zákona povinnost na základě vznesených námitek navrhovatele rozptýlit pochybnosti ohledně splnění předmětné části kvalifikace vybraným uchazečem. Na tomto místě Úřad vychází ze závěrů obsažených v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 88/2012-75 ze dne 21. 11. 2013. Úřad přitom konstatuje, že závěry učiněné Krajským soudem v citovaném rozsudku se sice týkají mimořádně nízké nabídkové ceny, avšak jsou analogicky aplikovatelné i na šetřený případ. V citovaném rozsudku řešil Krajský soud situaci, kdy jeden z uchazečů o veřejnou zakázku zadavatele v námitkách upozornil na možnost existence mimořádně nízkých nabídkových cen v nabídkách ostatních uchazečů. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách tento argument „odbyl“, když uvedl, že znovu posoudil nabídky uchazečů, přičemž dospěl k závěru, že žádná z nabídkových cen uchazečů nemá charakter spekulativní ani mimořádně nízké nabídkové ceny. Krajský soud k tomuto postupu zadavatele konstatoval, že reálné podezření na možnost výskytu mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce některého z uchazečů *„(...) může vzniknout i tehdy, pokud byl zadavatel na možnost mimořádně nízkých nabídkových cen upozorněn po posouzení nabídek v rámci námitek (zdůrazněno Úřadem, pozn. Úřadu) směřujících proti posouzení (...).“* Krajský soud dále zdůraznil, že pokud se zadavatel v námitkách dozví o možnosti mimořádně nízké nabídkové ceny, pak se jeví *„(...) jako zcela přiměřené, aby konkrétní pochybnosti, jež byly srozumitelně avizovány, byly ze strany hodnotící komise či samotného zadavatele věcně*

a srozumitelně rozptýleny.“. Z uvedeného rozsudku Krajského soudu vyplývá, že pochybnost o zákonném postupu zadavatele může vzniknout v celém průběhu zadávacího řízení, a je-li zadavatel na takovou pochybnost konkrétním způsobem upozorněn, je jeho povinností uvedenou pochybnost věcně a srozumitelně rozptýlit. Úřad uvádí, že v šetřeném případě navrhovatel upozornil prostřednictvím námitek ze dne 2. 6. 2017 zadavatele na konkrétní pochybnosti ohledně prokázání technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele ve vztahu k vybranému uchazeči. Na základě dílčích právních závěrů učiněných výše v tomto odstavci Úřad konstatuje, že zadavatel měl indicie zpochybňující splnění technických kvalifikačních předpokladů ve vztahu k vybranému uchazeči. Úřad v této souvislosti rovněž upozorňuje, že jak bylo řečeno již výše, zadavatel je povinen si v zadávacím řízení počínat tak, aby jeho veškeré úkony byly zpětně přezkoumatelné orgánem dohledu, tedy Úřadem. Základní podmínkou nutnou k tomu, aby bylo možné konkrétní úkon zadavatele pokládat za přezkoumatelný, je, že tento úkon ob stojí v ohledu na obsah a smysl zásady transparentnosti (viz odstavce 135 - 136 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

140. Úřad uvádí, že zadavatel v bodě 9.7 písm. a) až n) Pokynů pro dodavatele stanovil požadavky na prokázání technického kvalifikačního předpokladu ve vztahu k vybraným členům personálu dodavatele. Jako jeden z požadavků zadavatel stanovil prokázání zkušenosti s realizací určité věcně vymezené stavby (železniční stavby) ve stanoveném minimálním finančním objemu a dalším požadavkem bylo 5 let praxe ve věcně vymezeném oboru činnosti (viz odstavec 117 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z nabídky vybraného uchazeče přitom vyplývá, že vybraný uchazeč předložil k prokázání těchto dvou požadavků na kvalifikaci ve vztahu ke každému jednotlivému členu personálu životopis konkrétní osoby označený jako „Příloha č. 7“ Pokynů pro dodavatele, který obsahuje mj. položku s názvem „I. Odborná praxe“ [obsahující položky „Datum: od (měsíc/rok) do (měsíc/rok)“, „Místo“, Společnost/Organizace“, Funkce“, „Popis práce“] a rovněž položku s názvem „I.p. Reference“.
141. Ze zadávacích podmínek dále vyplývá, že pro splnění technického kvalifikačního předpokladu ve vztahu k pozici „specialista (vedoucí prací) na železniční svršek a spodek“ stanovil zadavatel v bodě 9.7 písm. c) Pokynů pro dodavatele požadavek spočívající mj. ve zkušenosti „s realizací alespoň jedné železniční stavby o minimálním finančním objemu 540 000 000,- Kč bez DPH, jejímž předmětem byla mj. výstavba nebo rekonstrukce železničního svršku a spodku“ (viz odstavec 117 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Obecně k požadované zkušenosti s realizací stavby zadavatel dále v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele uvedl, že „Zkušeností s realizací stavby se u příslušných členů personálu, u kterých je tato zkušenost požadována, rozumí činnost spočívající v provádění stavby v pozici zhotovitele nebo výkon technického dozoru nebo výkon autorského dozoru projektanta, příp. hlavního projektanta, při provádění stavby. Zkušeností s řízením realizace stavby (v pozici zhotovitele) se u příslušných členů personálu, u kterých je tato zkušenost požadována, rozumí pouze činnost spočívající v řízení provádění stavby v pozici zhotovitele.“ (viz odstavec 117 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak přitom vyplývá z nabídky vybraného uchazeče, prokazuje vybraný uchazeč splnění uvedeného požadavku na realizaci stavby v minimálním finančním objemu 540 milionů Kč bez DPH, jejímž předmětem byly práce na železničním svršku a spodku, prostřednictvím osob, resp. životopisů Ing. Zemánka a p. Volného (viz odstavce 123 - 124 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

142. K námitce navrhovatele, že zadavatel nerozptýlil důvodnou pochybnost ohledně toho, že Ing. Zemánek byl dle navrhovatele odpovědný pouze za část díla v požadované finanční hodnotě, která zároveň neobsahovala železniční svršek i spodek (viz odstavec 29 odůvodnění tohoto rozhodnutí), uvádí zadavatel v rozhodnutí o námitkách ze dne 12. 6. 2017, že splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 písm. c) Pokynů pro dodavatele touto osobou posoudil na základě životopisu předloženého v nabídce vybraného uchazeče, který je podepsán jak samotným zaměstnancem, tak jeho zaměstnavatelem.
143. Úřad k tomu uvádí, že v bodě „I.p. Reference“ životopisu Ing. Zemánka doloženého v nabídce vybraného uchazeče je uveden prostý seznam referenčních zakázek obsahující pouze názvy referencí, kterými prokazoval splnění požadavku na realizaci prací na železničním svršku a spodku na stavební zakázce v minimálním finančním objemu 540 milionů Kč bez DPH. Z údajů v položkách životopisu v rámci odborné praxe označených „Popis práce“ vztahujících se k vyznačeným referenčním zakázkám v životopise Ing. Zemánka ovšem nevyplývá, že by Ing. Zemánek alespoň na jedné z uvedených referenčních zakázek realizoval činnost spočívající v provádění stavebních prací na železničním svršku a spodku v pozici zhotovitele, či ve výkonu technického dozoru nebo autorského dozoru projektanta při provádění stavebních prací na železničním svršku a spodku v minimálním finančním objemu 540 milionů Kč bez DPH. Úřad uvádí, že jedinou referencí, resp. zakázkou na stavební práce uvedenou v životopise Ing. Zemánka, která by dle informací vyplývajících z nabídky vybraného uchazeče po obsahové stránce naplňovala požadavek zadavatele na zkušenost s realizací železniční stavby, jejímž předmětem byla mj. výstavba nebo rekonstrukce železničního svršku a spodku, je reference v položce „Popis práce“ bodu „I. Odborná praxe“ životopisu Ing. Zemánka jako „*Tramvajový svršek, sítě, koordinace stavebních činností, na stavbě Rekonstrukce tramvajové trati Strossmayerovo náměstí, Praha, rekonstrukce tramvaj. Svršku a spodku včetně přeložek vybraných sítí*“. Ve vztahu k uvedené stavební zakázce ovšem v předloženém životopisu u této zakázky není uvedena finanční hodnota, a není tedy proto postaveno najisto, zda je splněna zadavatelem stanovená podmínka spočívající v požadavku na minimální finanční objem práce na železniční stavbě o hodnotě 540 milionů Kč bez DPH. Úřad dodává, že předmětná zakázka na stavební práce ani není uvedena v životopise Ing. Zemánka v bodě „I.p. Reference“, tj. není označena jako referenční zakázka. K doplnění dokladů prokazujících kvalifikaci ve vztahu k osobě Ing. Zemánka přitom zadavatel vybraného uchazeče nevyzval, jak vyplývá z dokumentace o veřejné zakázce. Úřad konstatuje, že zadavatel se v rozporu s dílčími závěry Úřadu uvedenými v odstavci 139 odůvodnění tohoto rozhodnutí nikterak nevypořádal s pochybnostmi vznesenými navrhovatelem ohledně splnění předmětného technického kvalifikačního předpokladu osobou Ing. Zemánka, když své závěry o jeho splnění opřel pouze o předložený životopis, z něhož ovšem nevyplývá, že by tato osoba splňovala všechny zadavatelem stanovené podmínky, přičemž právě kvalifikaci uvedené osoby navrhovatel zpochybňuje. Ve zprávě o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek je v tabulce „posouzení kvalifikace“ k osobě Ing. Zemánka u požadavku „zkušenost s realizací alespoň jedné železniční stavby o minimálním finančním objemu 540 000 000,- Kč bez DPH, jejímž předmětem byla mj. výstavba nebo rekonstrukce železničního svršku a spodku“ uvedena stavba „Optimalizace traťového úseku Ústí nad Orlicí – Česká Třebová“ ve finančním objemu 957,5 mil. Kč. Úřad uvádí, že tato zakázka je uvedena v životopisu jako referenční, avšak, z jejího popisu v rámci

položky „Popis práce“ nevyplývá, že by v rámci ní byl realizován železniční svršek a spodek. Úřad rovněž nepřehlédl skutečnost, že v rámci bodu „I. Odborná praxe“ životopisu Ing. Zemánka je uvedena též veřejná zakázka „Rekonstrukce tramvajové trati Palackého náměstí, Praha:“, přičemž v položce „Popis práce“ je k této referenci uvedeno „kompletní rekonstrukce tramvajového svršku a spodku včetně přeložek vybraných sítí. Rekonstrukce přilehlých komunikací a přilehlých ploch. IN – 164,7 mil. Kč“. Úřad tedy konstatuje, že ani na základě této referenční zakázky nemohl mít zadavatel najisto postaveno, že Ing. Zemánek požadovaný kvalifikační požadavek splňuje, neboť finanční objem předmětné referenční zakázky je pouze 164,7 milionů Kč, a nedosahuje tedy zadavatelem požadovaných 540 milionů Kč bez DPH. Nad rámec uvedeného Úřad rovněž dodává, že tato zakázka ani nebyla v životopise Ing. Zemánka označena za referenční dle bodu „I.p. Reference“ životopisu.

144. Ohledně p. Volného navrhovatel uvádí, že se nepodílel na celé referenční stavbě a zadavatel ani ve vztahu k této osobě nepostavil najisto, že vybraný uchazeč stanovený technický kvalifikační předpoklad splnil (viz odstavec 29 odůvodnění tohoto rozhodnutí). K této námitce zadavatel v rozhodnutí o námitkách ze dne 12. 6. 2017 uvádí, že splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 písm. c) Pokynů pro dodavatele touto osobou posoudil dle obsahu předloženého životopisu a pouhé tvrzení uchazeče obsažené v námitkách není dostatečným důvodem pro pochybnost o obsahu čestného prohlášení přiloženého p. Volným. Ve vyjádření k návrhu potom zadavatel uvádí, že p. Volný splnil požadavky na kvalifikaci prostřednictvím předložené referenční stavby (viz odstavec 52 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
145. Úřad uvádí, že vybraný uchazeč předložil k prokázání požadavku na realizaci stavby nebo rekonstrukce železničního svršku a spodku v minimálním finančním objemu 540 milionů Kč bez DPH prostřednictvím p. Volného životopis obsahující údaje o referenčních zakázkách. Z žádných položek „Popis práce“ bodu „I. Odborná praxe“ životopisu p. Volného ovšem nevyplývá, že p. Volný na alespoň jedné konkrétní zakázce realizoval činnost spočívající v provádění stavebních prací na železničním svršku a spodku v pozici zhotovitele, či ve výkonu technického dozoru nebo autorského dozoru projektanta při provádění stavebních prací na železničním svršku a spodku v minimálním finančním objemu 540 milionů Kč bez DPH.
146. Úřad uvádí, že jediným dokumentem (doloženým v rámci objasnění a doplnění dokladů prokazujících splnění kvalifikace uchazečem, příloha č. 20), v němž je uvedeno, že p. Volný zmíněný požadavek na kvalifikaci naplňuje, je „Čestné prohlášení pana Vlastimila Volného ze dne 18.04.2017“, v němž je uvedeno, že p. Volný *»tímto čestně prohlašuje, že se jako zaměstnanec společnosti Skanska a.s., na pozici mistr podílel v období od října 2007 do dubna 2010 na realizaci prací na železničním svršku a spodku na stavbě označené jako „Rekonstrukce železničního uzlu Břeclav, 1. St“ pro zadavatele Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, kdy hodnota této referenční stavby činila 2.419.000.000,- Kč.«.* Předmětné čestné prohlášení je přitom podepsáno p. Volným. Úřad k tomu uvádí, že v situaci, kdy navrhovatel zpochybní údaje uvedené v životopise osoby, kterou vybraný uchazeč prokazuje splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného zadavatelem, nejví se Úřadu čestné prohlášení vystavené osobou, vůči níž pochybnosti mívá, dostačujícím podkladem prokazujícím předmětný požadavek na kvalifikaci, neboť na rozdíl

např. od potvrzení vystaveného objednatelem nevyvrací dostatečně pochybnosti vznesené navrhovatelem ohledně prokázání předmětného požadavku na kvalifikaci. V tomto ohledu je stěžejní i skutečnost, že sám zadavatel přitom měl pochybnosti ohledně splnění předmětného požadavku na kvalifikaci osobou p. Volného, což vyplývá ze skutečnosti, že postupem dle § 59 odst. 4 zákona vyzval dne 10. 4. 2017 vybraného uchazeče k objasnění či předložení další informace či dokladu prokazující splnění uvedeného kvalifikačního požadavku p. Volným. Úřad rovněž nepřehlédl skutečnost, že p. Volný v předmětném čestném prohlášení uvádí, že na stavební zakázce „Rekonstrukce železničního uzlu Břeclav, 1. St“ se podílel na realizaci prací na železničním svršku a spodku, ovšem v položce „Popis práce“ bodu „I. Odborná praxe“ jeho životopisu je k předmětné stavební zakázce uvedeno „*Koordinace a vedení prací na žel. svršku, umělých stavbách, tvorba harmonogramu prací na stavbách výrobního střediska*“, tj. nejsou zde uvedeny práce na železničním spodku. Dle Úřadu se tedy jedná o určitý rozpor v předložených dokladech, resp. není z žádného dokumentu relevantním způsobem postaveno najisto, že je splněna podmínka zadavatele. Stejně tak nelze přehlédnout skutečnost, že zadavatel v žádosti ve smyslu § 59 odst. 4 zákona ve vztahu k osobě p. Volného vznesl pochybnost, zda p. Volný působil na dané stavbě v řídicí funkci, resp. zadavatel v této žádosti uvedl „*Nadto uvádí, že p. Volný na dané stavbě nepůsobil v žádné řídicí funkci. Zadavatel proto žádá uchazeče o jeho stanovisko k těmto námitkám.*“. Rovněž ve vztahu k této pochybnosti nelze aprobovat postup zadavatele jako souladný se zákonem, neboť tento de facto rezignoval na důsledné vyjasnění své předchozí pochybnosti, neboť v čestném prohlášení je pouze strohá konstatace p. Volného, že se na předmětné referenční zakázce podílel jako mistr. Úřad rovněž nepřehlédl tu skutečnost, že v bodě „k. Hlavní kvalifikace:“ předloženého životopisu p. Volného je sice uvedeno „*železniční svršek a spodek*“ avšak tuto skutečnost nelze bez dalšího považovat za prokazující splnění technického kvalifikačního předpokladu tak, jak jej zadavatel vymezil v bodě 9.7 písm. c) Pokynů pro dodavatele (takto splnění požadavků na předmětnou technickou kvalifikaci ani postaveno není), neboť z uvedeného nelze nikterak na základě objektivních skutečností (vzhledem k tomu, že do zadávacího řízení byly vneseny pochybnosti) dovodit, že by p. Volný skutečně na jakékoli zakázce ve finančním objemu minimálně 540 milionů Kč bez DPH realizoval práce na železničním svršku i spodku a byl v rámci takové referenční zakázky v řídicí funkci.

147. Úřad tedy konstatuje, že zadavatel nepostavil najisto, zda vybraný uchazeč prokázal prostřednictvím osoby p. Volného splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 písm. c) Pokynů pro dodavatele pro pozici „specialista (vedoucí prací) na železniční svršek a spodek“, resp. zda z dokladů předložených v nabídce vyplývá, že uvedená osoba realizovala v rámci předmětné reference i práce na železničním spodku a nacházela se v řídicí funkci. Úřad v tomto případě nepovažuje čestné prohlášení, ve kterém de facto sama zpochybňovaná osoba potvrdí, že realizovala železniční spodek i svršek za doklad, na základě kterého by bylo možno bez dalšího (aniž by takové skutečnosti nebyly jakkoliv objektivně doloženy) transparentně uzavřít, že tato osoba předmětný technický kvalifikační předpoklad splňuje, neboť zadavatel sám získal ohledně splnění předmětného kvalifikačního požadavku p. Volným pochybnosti a měl je tedy povinnost věcně a srozumitelně rozptýlit. Zadavatel by tak měl dle Úřadu zvolit z hlediska dodržení zásady transparentnosti vhodný způsob ověření předmětných skutečností, např. ověření příslušných skutečností (nejasností) objektivním způsobem, aby se vyhnul riziku, že na jeho postup bude

následně nahlíženo jako na nečitelný. K případné námitce, že zadavatel v zadávacích podmínkách nestanovil povinnost předložit podepsaný životopis členem personálu dodavatele, a že ani zákon takový požadavek nestanoví, a proto je možno čestné prohlášení bez dalšího akceptovat, protože poskytuje větší míru jistoty, než zadavatel požadoval v zadávacích podmínkách, Úřad uvádí následující. I když výše uvedený požadavek zákon ani zadavatel v zadávacích podmínkách výslovně nestanoví, lze uzavřít, že předložení čestného prohlášení v podobě předložené vybraným uchazečem vzhledem ke specifickým skutkovým okolnostem případu a jeho následné posouzení zadavatelem, nelze považovat za postup, který by byl transparentní a čitelný a vylučuje jakékoliv pochybnosti o správnosti a férovosti postupu zadavatele při posouzení splnění kvalifikace vybraného uchazeče. Za předpokladu, kdy je postup zadavatele napadnut kvalifikovaně námitkami jiným dodavatelem, je třeba při posouzení splnění kvalifikace k dodržení zásady transparentnosti ze strany zadavatele a vyvrácení jakýchkoliv pochybností vyvinout větší úsilí o vyjasnění a vyvrácení pochybností, než které vyvinul zadavatel, a to tím spíše v případě, kdy dodavatel předkládá údaje, které jsou rozporné, neboť ta samá osoba předtím uvedla v životopise informace o realizaci prací na železničním svršku a následně v čestném prohlášení pak bez dalšího doplňujícího vysvětlení uvádí informaci o realizaci prací na železničním svršku i spodku.

148. Ze zadávací dokumentace dále vyplývá, že pro splnění technického kvalifikačního předpokladu ve vztahu k pozici „specialista (vedoucí prací) na geotechniku“ stanovil zadavatel v bodě 9.7 písm. h) Pokynů pro dodavatele požadavek spočívající mj. ve zkušenosti „s realizací alespoň jedné dopravní stavby o minimálním finančním objemu 540 000 000,- Kč bez DPH, jejímž předmětem byla mj. geotechnická činnost při výstavbě nebo rekonstrukci dopravní stavby“ (viz odstavec 117 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Rovněž k předmětnému požadavku se vztahuje podmínka zadavatele uvedená dále v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele že „Zkušeností s realizací stavby se u příslušných členů personálu, u kterých je tato zkušenost požadována, rozumí činnost spočívající v provádění stavby v pozici zhotovitele nebo výkon technického dozoru nebo výkon autorského dozoru projektanta, příp. hlavního projektanta, při provádění stavby. Zkušeností s řízením realizace stavby (v pozici zhotovitele) se u příslušných členů personálu, u kterých je tato zkušenost požadována, rozumí pouze činnost spočívající v řízení provádění stavby v pozici zhotovitele.“. Jak vyplývá z nabídky vybraného uchazeče (viz odstavec 125 odůvodnění tohoto rozhodnutí), předmětný požadavek na kvalifikaci ohledně realizace stavby v minimálním finančním objemu 540 milionů Kč bez DPH, jejímž předmětem byla mj. geotechnická činnost, prokazuje vybraný uchazeč prostřednictvím životopisu Ing. Heřta.
149. K námitce navrhovatele, že ze seznamu referencí předloženého vybraným uchazečem není zřejmé, že Ing. Heřt pracoval jako geotechnik a v rozsahu zadavatelem požadované reference (viz odstavec 32 odůvodnění tohoto rozhodnutí), zadavatel v rozhodnutí o námitkách ze dne 12. 6. 2017 a rovněž i ve svém vyjádření k návrhu uvádí, že splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 písm. h) Pokynů pro dodavatele touto osobou posoudil dle předloženého životopisu a dále si na základě námitek navrhovatele uvedené údaje ověřil z vlastní činnosti, přičemž takto získané poznatky potvrzují správnost informací uvedených v nabídce vybraného uchazeče.

150. Úřad k tomu uvádí, že v položkách „Funkce“ či „Popis práce“ bodu „I. Odborná praxe“ životopisu Ing. Heřta není na žádném místě uvedeno, že by Ing. Heřt na referenčních zakázkách uvedených ve svém životopise realizoval geotechnickou činnost v pozici zhotovitele, či ve výkonu technického dozoru nebo autorského dozoru projektanta v minimálním finančním objemu 540 milionů Kč bez DPH. Z životopisu Ing. Heřta tedy nevyplývá, že by vybraný uchazeč prostřednictvím osoby Ing. Heřta prokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 písm. h) Pokynů pro dodavatele pro pozici „specialista (vedoucí prací) na geotechniku“.
151. K osobě Ing. Heřta Úřad dále upozorňuje, že zadavatel zjevně pojal ohledně prokázání technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 písm. h) Pokynů pro dodavatele osobou Ing. Heřta pochybnosti, neboť sám zadavatel uvádí, že správnost údajů týkajících se osoby Ing. Heřta ověřil z vlastní činnosti. Jak Úřad ovšem zjistil z dokumentace o veřejné zakázce, zadavatel si od vybraného uchazeče postupem dle § 59 odst. 4 nevyžádal doplnění ani objasnění dokladů prokazujících splnění technického kvalifikačního předpokladu ve vztahu k osobě Ing. Heřta. Úřad obecně uvádí, že pokud navrhovatel zpochybňuje doklady prokazující splnění požadavků stanovených na kvalifikaci, má zadavatel povinnost se tvrzenými pochybnostmi věcně vypořádat. Provedení vlastního šetření či jiného postupu spočívajícího v ověření zpochybňovaných informací je tedy plně v souladu se zákonem. Úřad ovšem upozorňuje, že vyvodí-li zadavatel prostřednictvím takového šetření závěry ohledně vznesených námitek, musí uvést a rovněž mít zdokumentováno, jak k takovým závěrům dospěl. V předmětném případě zadavatel pouze tvrdí, že provedl šetření za účelem ověření správnosti údajů uvedených v nabídce vybraného uchazeče, ovšem na žádném místě dokumentace o veřejné zakázce ani v rámci svého rozhodnutí o námitkách či vyjádření k návrhu neuvádí, jakým způsobem zpochybňované údaje ověřoval. Uvedené skutečnosti činí postup zadavatele netransparentním, neboť v žádném dokumentu v rámci dokumentace o veřejné zakázce není tento postup zadavatele zdokumentován. Úřad v takovém případě nemá možnost postup zadavatele přezkoumat a k jeho argumentu ohledně ověření správnosti zpochybňovaných údajů proto nemůže v rámci svého posouzení věci přihlédnout. Ve zprávě o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek je v tabulce „posouzení kvalifikace“ k této osobě uvedena referenční zakázka, která by měla splňovat požadovaný finanční objem a věcnou náplň geotechnické činnosti, zakázka „Přeložka trati Březno u Chomutova – Chomutov“. V životopisu je tato zakázka uvedena jako referenční a v položce „Popis práce“ je u ní pouze uvedeno >>Vedení inženýrské stavby – ražba železničního tunelu metodou obvodového vrubu, NRTM Příprava a vedení stavby Přeložka trati „Březno u Chomutova – Chomutov“, IN 1,760 mld. Kč<<. Úřad uvádí, že je možné, že právě u této reference zadavatel ověřoval věcnou náplň činnosti dotčené osoby v rámci realizace prací, avšak tyto doklady v rámci dokumentace o veřejné zakázce nejsou obsaženy. Rovněž v tomto případě, stejně jako u osoby p. Volného, nemění na věci ničeho ani bod „k. Hlavní kvalifikace:“ životopisu Ing. Heřta, dle něhož je hlavní kvalifikací Ing. Heřta „stavební inženýr, autorizace geotechnika, závodní dolu“, neboť z uvedeného nelze dovodit a nikterak neosvědčuje, že by Ing. Heřt skutečně na jakékoli referenční zakázce v minimálním finančním objemu 540 milionů Kč bez DPH realizoval práce spočívající v geotechnické činnosti.
152. Dále ze zadávací dokumentace vyplývá, že pro splnění technického kvalifikačního předpokladu ve vztahu k pozici „osoba odpovědná za ochranu životního prostředí“ stanovil

zadavatel v bodě 9.7 písm. k) Pokynů pro dodavatele požadavek mj. na „*nejméně 5 let praxe v oboru ochrany životního prostředí*“, a pro splnění technického kvalifikačního předpokladu ve vztahu k pozici „osoba odpovědná za odpadové hospodářství“ stanovil zadavatel v bodě 9.7 písm. l) Pokynů pro dodavatele požadavek mj. na „*nejméně 5 let praxe v oboru odpadového hospodářství*“ (viz odstavec 117 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak vyplývá z nabídky vybraného uchazeče (viz odstavec 126 odůvodnění tohoto rozhodnutí), předmětný požadavek na délku praxe v oboru odpadového hospodářství a ochrany životního prostředí prokazuje vybraný uchazeč prostřednictvím životopisu Ing. Votáčky.

153. K námitce navrhovatele, že ohledně Ing. Votáčky není zřejmé, zda skutečně dosáhl odpovídající praxe, když v předmětném období studoval, uvádí zadavatel v rozhodnutí o námitkách ze dne 12. 6. 2017, že splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 písm. k) a l) Pokynů pro dodavatele touto osobou posoudil dle předloženého životopisu, v němž je uvedeno, že Ing. Votáčka je zaměstnancem společnosti Metrostav a.s. od roku 2004 a vykazuje tedy praxi v délce 12 let.
154. Z bodu „18. Reference:“ životopisu Ing. Votáčky vyplývá, že vybraný uchazeč prokazoval požadavek na 5 let praxe v oboru ochrany životního prostředí a v oboru odpadového hospodářství prostřednictvím referenční zakázky „Modernizace trati Rokycany Plzeň“. Předmětná referenční zakázka je v rámci bodu „14. Odborná praxe“ životopisu Ing. Votáčky uvedena na dvou místech. V prvním případě je v položce „Datum: od (měsíc/rok) do (měsíc/rok)“ u předmětné referenční zakázky uvedeno „VI. 2014 - dosud“ a v položce „Popis práce“ je uvedeno „*Ekolog stavby, řízení PD, kvalita*“. V druhém případě je u předmětné referenční zakázky v položce „Datum: od (měsíc/rok) do (měsíc/rok)“ uvedeno „XII. 2012 - V. 2014“ a v položce „Popis práce“ potom „*Přípravář*“. Úřad uvádí, že touto referenční zakázkou nemohl vybraný uchazeč prostřednictvím Ing. Votáčky prokázat splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 písm. k) a l) Pokynů pro dodavatele, neboť z výše uvedených údajů vyplývá, že i pokud by se sečetla uvedená délka praxe obou „částí“ referenční zakázky, Ing. Votáčka zjevně požadovaných 5 let minimální délky praxe nedosáhl.
155. Úřad si je vědom skutečnosti, že v technickém kvalifikačním předpokladu vymezeném v bodě 9.7 písm. k) a l) Pokynů pro dodavatele zadavatel nestanovil povinnost prokazovat zkušenosti prostřednictvím referenční zakázky, nicméně vybraný uchazeč tak dobrovolně učinil, když veřejnou zakázku „Modernizace trati Rokycany Plzeň“ sám uvedl v rámci položky „18. Reference:“ životopisu a označil ji tak za referenční zakázku, tj. za zakázku, kterou prokazuje splnění požadavků na kvalifikaci. Úřad ovšem dodává, že i pokud by vycházel ze všech údajů uvedených v životopise Ing. Votáčky a neomezil se pouze na veřejnou zakázku označenou vybraným uchazečem jako referenční, musel by konstatovat, že z životopisu Ing. Votáčky nelze najisto postavit, zda by Ing. Votáčka požadavek zadavatele na minimální délku praxe v oboru ochrany životního prostředí a rovněž v oboru odpadového hospodářství naplnil, neboť z údajů v položkách „Funkce“ a „Popis práce“ bodu „14. Odborná praxe“ životopisu Ing. Votáčky nelze vyvodit, zda Ing. Votáčka realizoval činnost v oboru ochrany životního prostředí a rovněž v oboru odpadového hospodářství. Jako příklad Úřad uvádí referenční zakázku „Stavba MO – Myslbekova – Pelc, Tyrolka, stavby 0079 Špelc, 9515 Mypra“, která není označena jako referenční, a na které dle bodu „14. Odborná praxe“ životopisu položky „Datum: od (měsíc/rok) do (měsíc/rok)“ a „Popis práce“ realizoval

Ing. Votápka v období od VI. 2007 do XI. 2012 práce označené jako „Dokumentace stavby, vedení kvality, ekolog stavby“. Z uvedených údajů sice lze dovodit požadovanou pětiletou délku praxe, ovšem z popisu práce Ing. Votápky na této zakázce nelze postavit najisto, že v rámci této praxe realizoval Ing. Votápka skutečně činnost v oboru ochrany životního prostředí a rovněž v oboru odpadového hospodářství.

156. Úřad dodává, že pro řádnou realizaci veřejné zakázky je splnění požadavků na zkušenosti členů personálu dodavatele stanovených v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele zásadní, neboť z jiného důvodu by nemělo smysl uvedené požadavky do zadávací dokumentace začlenit a učinit je předmětem posouzení kvalifikace. Z uvedeného důvodu tedy dle názoru Úřadu nemůže obstát takové posouzení kvalifikace vybraného uchazeče, kdy zadavatel nepostaví najisto, zda některé osoby předložené vybraným uchazečem na pozice vybraných členů personálu skutečně technické kvalifikační předpoklady stanovené v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele splňují.
157. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel nevyvrátil pochybnosti ohledně splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 písm. c) pro člena personálu dodavatele na pozici „specialista (vedoucí prací) na železniční svršek a spodek“, písm. h) pro člena personálu dodavatele na pozici „specialista (vedoucí prací) na geotechniku“, písm. k) pro člena personálu dodavatele na pozici „osoba odpovědná za ochranu životního prostředí“ a písm. l) pro člena personálu dodavatele na pozici „osoba odpovědná za odpadové hospodářství“ Pokynů pro dodavatele vybraným uchazečem, když z nabídky vybraného uchazeče nevyplývá a zadavatel rovněž nepostavil najisto, že vybraný uchazeč splňuje požadavky zadavatele stanovené v citovaných bodech zadávací dokumentace. Přes tuto skutečnost však zadavatel posoudil kvalifikaci vybraného uchazeče jako splněnou a rozhodl o tom, že je vybraným uchazečem.
158. Nad rámec uvedeného Úřad dodává, že v šetřeném případě není rozhodné, že zadavatel veřejnou zakázku zadával v souvislosti s výkonem relevantní činnosti a vztahují se tak na něj ustanovení platná pro sektorového zadavatele, neboť § 64 odst. 7 zákona stanoví, že ustanovení § 51 odst. 6, 7 a 8 zákona a § 58 až 60 zákona platí pro sektorového zadavatele obdobně, přičemž § 59 odst. 1 zákona stanoví, že veřejný zadavatel posoudí prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu s tímto zákonem, tj. především z hlediska dodržení základních zásad zadávacího řízení.
159. Vzhledem ke všem výše uvedeným skutečnostem Úřad konstatuje, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený v § 59 odst. 1 zákona v návaznosti na zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když se při posuzování kvalifikace vybraného uchazeče (technických kvalifikačních předpokladů) ve vztahu k požadavkům na členy personálu dodavatele uvedeným v bodě 9.7 písm. c), h), k) a l) Pokynů pro dodavatele věcně nezabýval a tedy dostatečně neposoudil prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem, a to ani poté, co obdržel věcné námítky, které toto výslovně namítaly, čímž se úkony zadavatele v souvislosti s posouzením kvalifikace vybraného uchazeče staly netransparentními.
160. V souvislosti s vlivem výše popsaného postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky na veřejnou zakázku odkazuje Úřad na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu a Krajského soudu

v Brně týkající se problematiky potenciality podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky při postupu zadavatele podle zákona.

161. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-R128/2014/VZ-19203/2014/321/MMI ze dne 12. 9. 2014 uvedl, že zákon nevyžaduje prokázání podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Výše uvedený závěr o potencialitě vlivu lze demonstrovat na ustálené rozhodovací praxi jak Úřadu, tak soudů a byť se uvedené příklady týkají řízení o deliktu ve vztahu k potencialitě vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, je možná jejich aplikace i na zde posuzovaný případ, kdy Úřad přezkoumává postup zadavatele v zadávacím řízení ještě před uzavřením smlouvy, neboť ustanovení § 118 odst. 1 zákona stanoví, že Úřad zruší zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo **mohl ovlivnit** výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
162. Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 konstatoval, že *„Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou...K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat“*. Zadavatel taky svým jednáním naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu. Obdobně pak v rozhodnutí č.j. ÚOHS-R406/2013/VZ-19255/2014/310/PMo ze dne 12. 9. 2014 předseda Úřadu konstatoval, že *„(...) v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „...nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku“*. V rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009 již předseda konstatoval, že *„Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. ...k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění“*. Je tedy zřejmé, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí „pouhá“ eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že *„pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a)] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné*

nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“. Úřad dále v této souvislosti odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 61/2016-34 ze dne 28. 6. 2016, v němž Nejvyšší správní soud uvedl, že *„Ze zákonného znění přitom expressis verbis plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.“* K citovaným rozhodnutím Úřad uvádí, že ačkoli se týkají správních deliktů, je výklad pojmů v nich použitý aplikovatelný i na toto správní řízení.

163. Úřad tedy uvádí, že výše popsaný postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky na veřejnou zakázku.
164. Vzhledem ke všem výše uvedeným skutečnostem Úřad uzavírá, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený v § 59 odst. 1 zákona v návaznosti na zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 zákona tím, když posoudil kvalifikaci vybraného uchazeče jako splněnou, ačkoliv neměl postaveno najisto, zda vybraný uchazeč splňuje technický kvalifikační předpoklad stanovený v bodě 9.7 písm. c), h), k), a l) Pokynů pro dodavatele ve vztahu ke členům personálu „specialista (vedoucí prací) na železniční svršek a spodek“, „specialista (vedoucí prací) na geotechniku“, „osoba odpovědná za ochranu životního prostředí“ a „osoba odpovědná za odpadové hospodářství“, čímž se stal postup zadavatele netransparentním, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Z uvedeného důvodu proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K dalším namítaným skutečnostem

165. K ostatním namítaným skutečnostem navrhovatele, jež jsou rovněž obsahem návrhu, Úřad uvádí, že vzhledem k tomu, že se tímto rozhodnutím zadávací řízení vrací do fáze posouzení kvalifikace (viz dále odstavce 180 - 183 odůvodnění tohoto rozhodnutí), bylo by nadbytečné a v rozporu se zásadou procesní ekonomie posuzovat další námítky uvedené v návrhu. Šetření uvedených skutečností by totiž nemohlo mít na podobu nápravného opatření ukládaného Úřadem vliv. Uvedený závěr lze dovodit např. z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 2/99-20 ze dne 24. 6. 1999, ze kterého lze v souladu se zásadou analogie dovodit, že *„zkoumání dalších důvodů pro vyloučení uchazeče za situace, že alespoň jediný důvod je oprávněný, je nadbytečné.“*
166. Nad rámec uvedeného ovšem Úřad považuje za vhodné se ve stručnosti vyjádřit k několika dalším skutečnostem ohledně postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky. K prokázání části kvalifikace týkající se vyhrazeného plnění prostřednictvím referenční zakázky „Optimalizace trati Praha Bubeneč – Praha Holešovice“ uvádí Úřad, že jak vyplývá z bodu 5. Zprávy o posouzení kvalifikace a hodnocení nabídek (viz odstavec 129 odůvodnění tohoto rozhodnutí), posoudil zadavatel technický kvalifikační předpoklad stanovený v bodu 9.7 Pokynů pro dodavatele ve vztahu k referenční zakázce v minimálním finančním objemu 170 milionů Kč bez DPH za prokázaný prostřednictvím referenční zakázky „Optimalizace trati Praha Bubeneč – Praha Holešovice“. Zadavatel přitom uvádí, že subdodavatelské omezení stanovené v bodě 10.3 Pokynů pro dodavatele se na prokazování této části kvalifikace nevztahuje, neboť společnost Subterra a.s. tvoří s dodavatelem Metrostav a.s. jeden koncern

a její práce jsou tedy s ohledem na znění bodu 7.4 Obchodních podmínek považovány za práce provedené vlastními prostředky společnosti Metrostav a.s. K tomu Úřad uvádí, že úprava subdodavatelského omezení stanovená v bodě 10.3 Pokynů pro dodavatele, jakož i úprava postavení dodavatelů v rámci jednoho koncernu stanovená v bodě 7.4 Obchodních podmínek zadavatelem, se vztahuje k samotnému plnění veřejné zakázky a nikoli k prokazování kvalifikace. Z jiné části zadávací dokumentace přitom nevyplývá, že by zadavatel považoval práce provedené dodavatelem v rámci jednoho koncernu za práce provedené vlastními prostředky koncernu. Úřad uvádí, že s touto skutečností by se měl zadavatel v rámci nového posouzení kvalifikace vybraného uchazeče zabývat a vyjasnit vztah subdodavatelského omezení k prokazování kvalifikace tak, aby svým postupem dostál požadavkům ohledně zásady transparentnosti.

167. Úřad rovněž nepřehlédl skutečnosti vyplývající ze Zprávy o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 19. 5. 2017 a z její přílohy „tabulky posouzení kvalifikace u jednotlivých uchazečů (6x)“. Ve Zprávě o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 19. 5. 2017 zadavatel uvádí, že vybraný uchazeč prokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele předložením dvou referenčních zakázek, a to referenční zakázky „Optimalizace trati Praha Bubeneč - Praha Holešovice“ a referenční zakázky „Výstavba metra V.A (Dejvická – Motol) – stavební část“ (viz odstavec 129 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z přílohy „tabulky posouzení kvalifikace u jednotlivých uchazečů (6x)“ ovšem vyplývá, že vybraný uchazeč prokázal předmětnou část kvalifikace pouze prostřednictvím referenční zakázky „Výstavba metra V.A (Dejvická – Motol) – stavební část“, neboť pouze tato je uvedena návětím „Minimální úroveň kv. předpokladu prokázána:“. Další referenční zakázky jsou uvedeny v rámci položky „Další doklady:“. Z této přílohy rovněž ani není zřejmé, kterou konkrétní část technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele ve vztahu k požadavkům na referenční zakázky vybraný uchazeč prostřednictvím referenční zakázky „Výstavba metra V.A (Dejvická – Motol) – stavební část“ prokázal, neboť oběma posuzovaným aspektům jako prokazující referenční zakázku uvedl „Výstavba metra V.A (Dejvická – Motol) – stavební část“. Úřad k tomu uvádí, že nesrovnalosti v identifikaci referenčních zakázek, na jejichž základě posoudil zadavatel kvalifikaci dodavatele za splněnou, vnáší do zadávacího řízení určitý prvek netransparentnosti a činí postup zadavatele méně přehledným a čitelným. Tyto nejasnosti, resp. nepřesnosti, zadavatel může odstranit v rámci nového posouzení kvalifikace vybraného uchazeče.
168. Ohledně prokázání technického kvalifikačního předpokladu stanoveného zadavatelem v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele prostřednictvím referenční zakázky „Výstavba metra V.A (Dejvická – Motol) – stavební část“ považuje Úřad za vhodné se ve stručnosti vyjádřit rovněž k námitce navrhovatele, že vybraný uchazeč nemohl předmětný kvalifikační předpoklad uvedenou referenční zakázkou splnit, neboť vybraný uchazeč v rámci této referenční zakázky nerealizoval minimálně kolejový svršek.
169. V té souvislosti navrhovatel odkazuje na přílohy námitek ze dne 2. 6. 2017 (viz odstavec 25 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad uvádí, že Přílohou č. 3 námitek ze dne 2. 6. 2017 je „Článek v periodiku Stavební noviny o společnosti Skanska a jejích zkušenostech při výstavbě metra“, v němž je mj. uvedeno, že „Od roku 2011 započala společnost Skanska kompletní práce na technologické části nově budované trasy Dejvice - Motol, kde realizujeme i kolejový

svršek v celé trase, přičemž předpoklad zprovoznění je v roce 2014.“ (viz odstavec 127 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z přílohy č. 3 námitek ze dne 2. 6. 2017 tedy vyplývá, že společnost Skanska a.s. měla na referenční zakázce „Výstavba metra V.A (Dejvická – Motol) – stavební část“ realizovat kompletní práce na technologické části a rovněž kolejový svršek v celé trase.

170. Zadavatel přitom ve svém vyjádření k návrhu uvádí, že i pokud by společnost Skanska a.s. působila na dané referenční zakázce jako subdodavatel společnosti Metrostav a.s. a zadavatel by od celkového objemu této reference odečetl maximální rozsah prací, které měly být dle navrhovatelem předloženého novinového článku realizovány společností Skanska a.s., je daná reference pro splnění minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu stále postačující, neboť z osvědčení vystaveného zadavatelem této zakázky plyne, že společností Metrostav a.s. byly realizovány nejméně práce na výstavbě stanice Petřiny v objemu 1.580.699.833,80 Kč bez DPH a na ražbě tunelů v objemu 2.969.764.338,39 Kč bez DPH (viz odstavec 48 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
171. Ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 3. 8. 2017 zadavatel uvádí, že z vyjádření vybraného uchazeče v průběhu správního řízení vyplynulo, že společnost Skanska a.s. byla při plnění předmětné referenční zakázky subdodavatelem společnosti HOCHTIEF a.s. a nikoli společností Metrostav a.s., a není tedy dán věcný důvod pro odečítání prací společnosti Skanska a.s. od finančního objemu referenční zakázky. Zadavatel rovněž poukázal na znění bodu 9.7 Pokynů pro dodavatele, kde je uvedeno, že minimální úroveň tohoto technického kvalifikačního předpokladu je stanovena včetně případných subdodávek, čímž chtěl zadavatel vyjádřit princip, že reference svědčí vždy primárně generálnímu dodavateli (viz odstavec 90 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
172. Úřad k tomu uvádí, že nelze přehlédnout dříve uplatňovanou argumentaci zadavatele, kdy zadavatel v rozhodnutí o námitkách ze dne 12. 6. 2017 i ve svém vyjádření k návrhu odečítá finanční objem prací společnosti Skanska a.s. od finančního objemu prací společnosti Metrostav a.s. a připouští tedy, že do finančního objemu předmětné referenční zakázky nelze započítat práce subdodavatelů uchazeče prokazujícího kvalifikaci. Zadavatel tedy uplatňoval jiný výklad této zadávací podmínky, než který přednesl ve svém vyjádření ze dne 3. 8. 2017, neboť ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 3. 8. 2017 zadavatel naopak uvádí, že od finančního objemu referenční zakázky nemají být subdodavatelské práce odečítány, přičemž odkazuje na znění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 Pokynů pro dodavatele ve vztahu k požadavkům na referenční zakázky, v němž je uvedeno, že minimální úroveň tohoto technického kvalifikačního předpokladu je stanovena včetně případných subdodávek.
173. Z uvedeného by mohlo být dovozováno, že zadavatel nemá ani vyjasněnou otázku ohledně započítání subdodavatelských prací do finančního objemu referenční zakázky. Zadavatel k danému naopak uvedl dvojitý přístup, který má vliv na uznatelný finanční objem referenční zakázky. K tomu Úřad dodává, že takový postup zadavatele, kdy zadavatel v průběhu zadávacího řízení mění výklad zadávací podmínky, resp. ani sám neví, jak ji chce či má vykládat, jejíž prokázání je navrhovatelem zpochybněno, a tato se tak stává méně srozumitelnou, může přinejmenším vzbudit pochybnosti o transparentnosti postupu zadavatele. Úřad k tomuto uvádí, že zadavatel by si měl výklad předmětného sporného technického kvalifikačního předpokladu postavit najisto.

174. Úřad pro úplnost uvádí, že nepředjímá, zda v předmětném případě vybraný uchazeč splňuje kvalifikaci či nikoliv, nicméně zadavatel toto musí mít postaveno najisto, přičemž za situace, kdy jej jiný uchazeč v průběhu zadávacího řízení upozorní na možnost, že tomu tak nemusí být, musí uvedené pochybnosti beze zbytku rozptýlit. Pokud tak neučiní, tj. nemá postaveno najisto, zda vybraný uchazeč splňuje kvalifikaci, pak nepostupuje v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž současně není naplněn ani smysl ustanovení § 59 odst. 1 zákona, kterým je takové posouzení kvalifikace, které zaručuje, že následně zadavatel vybírá z nabídek uchazečů, kteří jsou k realizaci poptávaného plnění dostatečně kvalifikovaní. Obdobně se Úřad vyjádřil např. v rozhodnutí vydaném pod sp. zn. S0204/2017/VZ, dostupné ve sbírce rozhodnutí na www.uohs.cz.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

175. Dle § 110 odst. 1 zákona může při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek podat zadavateli zdůvodněné námitky kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání této veřejné zakázky, a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech. Dle § 110 odst. 2 zákona lze přitom námitky podat proti všem úkonům zadavatele, stěžovatel je ale v případě otevřeného řízení musí doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději do doby uzavření smlouvy. Vedle toho ovšem zákon upravuje speciálně též situaci, kdy podává stěžovatel námitky proti zadávacím podmínkám. Dle § 110 odst. 3 zákona musí stěžovatel v takovém případě námitky proti zadávacím podmínkám doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. Dle § 110 odst. 7 zákona, poslední věty, je přitom podání námitek řádně a včas podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci.

176. Jak vyplývá z dokumentace o veřejné zakázce, námitky navrhovatele ze dne 2. 6. 2017, které byly zadavateli doručeny téhož dne, směřovaly proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a proti posouzení kvalifikace, tj. proti úkonům učiněným zadavatelem při zadávání veřejné zakázky. V čl. III. „K prokázání seznamu členů personálu Vybraným uchazečem“ uvádí navrhovatel, že vybraný uchazeč neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 písm. a), b), c), h), j), k), l) Pokynů pro dodavatele. Rozhodnutím ze dne 12. 6. 2017, které bylo navrhovateli odesláno dne 13. 6. 2017 a doručeno dne 15. 6. 2017 zadavatel předmětným námitkám nevyhověl.

177. Dne 23. 7. 2017 doručil navrhovatel Úřadu návrh z téhož dne, kterým se domáhá zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a jemu předcházejících úkonů spočívajících v posouzení a hodnocení nabídek a posouzení kvalifikace. V čl. II. písm. C „Nesprávné posouzení splnění kvalifikačních předpokladů (členů realizačního týmu) Vybraného uchazeče“ návrhu navrhovatel uvádí, že vybraný uchazeč neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 písm. a), b), c), e), h), j), k), l) Pokynů pro dodavatele.

178. Z výše uvedeného vyplývá, že námitka navrhovatele týkající se nesprávného posouzení technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 písm. e) Pokynů pro dodavatele, která je součástí návrhu, nebyla součástí námitek navrhovatele ze dne 2. 6. 2017. Toto se týká skutečnosti, kdy navrhovatel v námitkách nezpochybňoval splnění

technického kvalifikačního předpokladu ve vztahu k požadavku na člena personálu k osobě Ing. Lukeše, jakožto specialisty na mostní konstrukce.

179. Úřad uvádí, že vzhledem ke skutečnosti, že podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci, a navrhovatel v námitkách proti posouzení technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodě 9.7 písm. e) Pokynů pro dodavatele nebrojil, nebyl návrh ve vztahu k uvedenému podán oprávněnou osobou, a Úřad proto tuto část návrhu podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona zamítl, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K výroku III. tohoto rozhodnutí

180. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh, nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
181. Při rozhodování podle § 118 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy protiprávního stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky.
182. Úřad v tomto rozhodnutí dospěl k závěru, že zadavatel pochybil při posouzení kvalifikace vybraného uchazeče, v šetřeném případě nelze jinak než sjednat nápravu tím, že budou zrušeny úkony zadavatele spojené s posouzením technických kvalifikačních předpokladů vybraného uchazeče zdokumentované ve Zprávě o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek, která byla vyhotovena zadavatelem dne 19. 5. 2017, a současně všechny následující úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení (úkony posouzení a hodnocení nabídek), včetně rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 19. 5. 2017.
183. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem proto rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

K výroku IV. tohoto rozhodnutí

184. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona také rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady správního řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí právní předpis. Prováděcí právní předpis, vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo soutěže o návrh nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
185. Vzhledem k tomu, že ve výroku III. tohoto rozhodnutí Úřad zrušil konkrétní úkony zadavatele, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.

186. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2017000245.

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. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza
JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

1. Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, Dlážďená 1003/7, 110 00 Praha 1
2. Mgr. Jakub Kotrba, advokát, společník společnosti Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., Těšnov 1059/1, 110 00 Praha
3. MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, Jakubská 121/1, 602 00 Brno

Vypraveno dne

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