



UOHSX00EJHIG

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0026/2021/VZ

Brno 10.03.2021

Číslo jednací: ÚOHS-08720/2021/500/Alv

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 22. 1. 2021 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha-Nusle,
- vybraný dodavatel – Konstrukce a dopravní stavby s.r.o., IČO 28447085, se sídlem 285 21 Zbraslavice č. p. 2, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 29. 1. 2021 JUDr. Jiřím Sehnalem, advokátem, IČO 66200237, se sídlem Politických Vězňů 27, 280 02 Kolín IV,

ve věci přezkoumání úkonů cit. zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „I/38 Starý Kolín - Malín, oprava vozovky“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 5. 6. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 8. 6. 2020 pod ev. č. Z2020-019537, ve znění oprav uveřejněných dne 22. 6. 2020, 26. 6. 2020, 30. 6. 2020 a dne 15. 7. 2020,

**rozhodl takto:**

### I.

**Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – při zadávání veřejné zakázky „I/38 Starý Kolín - Malín, oprava vozovky“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 5. 6. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 8. 6. 2020 pod ev. č. Z2020-019537, ve znění oprav uveřejněných dne**

22. 6. 2020, 26. 6. 2020, 30. 6. 2020 a dne 15. 7. 2020, **nedodržel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky v ustanovení § 48 odst. 8 ve spojení s § 48 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 cit. zákona tím, že při posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení u vybraného dodavatele – Konstrukce a dopravní stavby s.r.o., IČO 28447085, se sídlem 285 21 Zbraslavice č. p. 2 – postupoval netransparentně, když na svém posouzení, že cit. vybraný dodavatel podmínky účasti v zadávacím řízení splnil, setrval i poté, co bylo námitkami stěžovatele – společnosti M – SILNICE a.s., IČ 42196868, se sídlem Husova 1697, 530 03 Pardubice - Bílé Předměstí – ze dne 9. 11. 2020 zpochybněno prokázání splnění kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) cit. zákona dle článku 4.4.3. zadávací dokumentace cit. vybraným dodavatelem, aniž by odstranil námitkami vznesené pochybnosti, zda vybraný dodavatel realizoval v rámci předložených referenčních stavebních prací sám (tj. vlastními kapacitami) stavební práce spočívající v pokládce asfaltových hutněných vrstev, a to v situaci, kdy zadavatel v článku 18.7. zadávací dokumentace dle § 105 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, stanovil požadavek, aby dodavatel (případně společně dodavatelé, kteří podali nabídku v rámci společné účasti) při plnění veřejné zakázky realizoval vlastními kapacitami, tj. nikoliv prostřednictvím poddodavatelů, minimálně pokládku asfaltových hutněných vrstev (s příslušným strojním vybavením), přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.**

## II.

**Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ruší rozhodnutí o výběru dodavatele – Konstrukce a dopravní stavby s.r.o., IČO 28447085, 285 21 Zbraslavice č. p. 2 – ze dne 27. 10. 2020 a oznámení o výběru dodavatele ze dne 27. 10. 2020 učiněná v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „I/38 Starý Kolín - Malín, oprava vozovky“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 5. 6. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 8. 6. 2020 pod ev. č. Z2020-019537, ve znění oprav uveřejněných dne 22. 6. 2020, 26.6. 2020, 30. 6. 2020 a dne 15. 7. 2020.**

## III.

**Zadavateli – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – se podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0026/2021/VZ ukládá zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „I/38 Starý Kolín - Malín, oprava vozovky“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 5. 6. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 8. 6. 2020 pod ev. č. Z2020-019537, ve znění oprav uveřejněných dne 22. 6. 2020, 26. 6. 2020, 30. 6. 2020 a dne 15. 7. 2020.**

#### IV.

**Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, se zadavateli – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – ukládá povinnost**

**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. Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále též „zadavatel“) – jako veřejný zadavatel podle § 4 odst. 1 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“ nebo „ZZVZ“)<sup>1</sup>, zahájil dne 5. 6. 2020 podle § 56 odst. 1 zákona odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „I/38 Starý Kolín - Malín, oprava vozovky“; oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 8. 6. 2020 pod ev. č. Z2020-019537, ve znění oprav uveřejněných dne 22. 6. 2020, 26. 6. 2020, 30. 6. 2020 a dne 15. 7. 2020 (dále též „veřejná zakázka“ nebo „zadávací řízení“).
2. V článku 2.1. „Předmět plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace veřejné zakázky je uvedeno, že předmětem plnění této veřejné zakázky je provedení stavebních prací dle této zadávací dokumentace a jejích příloh.
3. V projektové dokumentaci stavby, konkrétně v bodu 2.1 „Základní údaje o stavbě“ průvodní zprávy části „A. SOUHRNNÉ ŘEŠENÍ STAVBY“, je uvedeno mj., že předmětem akce je obnova krytu a sanace okrajů vozovky části silnice I/38. Délka úpravy je 4,093 90 km. V rámci opravy dojde mj. k celoplošné výměně krytu, sanaci okrajů vozovky a dosypání krajnic.
4. Dle protokolu o otevírání nabídek v elektronické podobě ze dne 28. 7. 2020 obdržel zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek sedm nabídek, přičemž všechny splňovaly náležitosti dle § 109 odst. 2 zákona. Mezi nimi byly i nabídky následujících dodavatelů:
  - Konstrukce a dopravní stavby s.r.o., IČO 28447085, se sídlem 285 21 Zbraslavice č. p. 2, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 29. 1. 2021 JUDr. Jiřím Sehnalem, advokátem, IČO 66200237, se sídlem Politických Vězňů 27, 280 02 Kolín IV (dále též jen „vybraný dodavatel“), a
  - M – SILNICE a.s., IČ 42196868, se sídlem Husova 1697, 530 03 Pardubice - Bílé Předměstí (dále též jen „stěžovatel“).
5. Z dokumentu „Rozhodnutí o výběru dodavatele“ ze dne 27. 10. 2020 (dále jen „rozhodnutí o výběru dodavatele“) vyplývá, že jako ekonomicky nejvýhodnější nabídku zadavatel

<sup>1</sup> Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy, není-li uvedeno jinak, o znění účinné ke dni zahájení předmětného zadávacího řízení, tj. ke dni 5. 6. 2020.

vyhodnotil nabídku vybraného dodavatele s konstatováním, že tento účastník splnil podmínky účasti stanovené v zadávací dokumentaci a v zákoně. Své rozhodnutí zadavatel účastníkům řízení oznámil dne 27. 10. 2020 přípisem „Oznámení o výběru dodavatele“ z téhož dne (dále jen „oznámení o výběru dodavatele“).

6. Dne 10. 11. 2020 doručil stěžovatel zadavateli námitky ze dne 9. 11. 2020 směřující proti rozhodnutí o výběru dodavatele (dále jen „námitky“).
7. Zadavatel výše uvedené námitky rozhodnutím o námitkách ze dne 20. 11. 2020, které bylo stěžovateli doručeno téhož dne, jako nedůvodné odmítl (dále jen „rozhodnutí o námitkách“).

## II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

8. Dne 30. 11. 2020 obdržel Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) od stěžovatele podnět z téhož dne k zahájení správního řízení z moci úřední ve věci přezkoumání postupu zadavatele v šetřeném zadávacím řízení (dále jen „podnět“).
9. Úřad si od zadavatele na základě uvedeného podnětu, jehož šetření bylo vedeno pod sp. zn. ÚOHS-P00610/2020/VZ, vyžádal dokumentaci o zadávacím řízení a vyjádření k obsahu podnětu, a to přípisem č. j. ÚOHS-38884/2020/522/JKr ze dne 2. 12. 2020.
10. Dne 11. 12. 2020 Úřad od zadavatele obdržel dokumentaci o zadávacím řízení. Dne 14. 12. 2020 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k podnětu ze dne 11. 12. 2020.
11. Z předložených materiálů získal Úřad pochybnost o souladu postupu zadavatele se zákonem, konkrétně zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky neporušil pravidla stanovená v § 39 odst. 4 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona tím, že při posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení u vybraného dodavatele setrval na svém posouzení, že vybraný dodavatel podmínky účasti v zadávacím řízení splnil, i poté, co bylo námitkami stěžovatele zpochybněno prokázání kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona dle článku 4.4.3. zadávací dokumentace veřejné zakázky vybraným dodavatelem, aniž by odstranil námitkami vznesené pochybnosti, zda vybraný dodavatel realizoval v rámci předložených referenčních stavebních prací sám (tj. vlastními kapacitami) stavební práce spočívající v pokládce asfaltových hutněných vrstev, a to v situaci, kdy zadavatel v článku 18.7. zadávací dokumentace veřejné zakázky dle § 105 odst. 2 zákona stanovil požadavek, aby dodavatel (případně společně dodavatelé, kteří podali nabídku v rámci společné účasti) při plnění veřejné zakázky realizoval vlastními kapacitami, tj. nikoliv prostřednictvím poddodavatelů, minimálně pokládku asfaltových hutněných vrstev (s příslušným strojním vybavením).

## III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

12. Na základě výše uvedené pochybnosti oznámil Úřad účastníkům správního řízení přípisem č. j. ÚOHS-02519/2021/522/JKr ze dne 21. 1. 2021 zahájení správního řízení sp. zn. S0026/2021/VZ z moci úřední.
13. Dnem 22. 1. 2021, kdy bylo předmětné oznámení o zahájení správního řízení doručeno účastníkům správního řízení, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), správní řízení zahájeno.

14. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou
- zadavatel,
  - vybraný dodavatel.
15. Usnesením č. j. ÚOHS-03240/2021/522/JKr ze dne 27. 1. 2021 Úřad stanovil zadavateli lhůtu k podání informace o dalších úkonech, které zadavatel v průběhu správního řízení v zadávacím řízení provede.
16. Usnesením č. j. ÚOHS-03241/2021/522/JKr ze dne 27. 1. 2021 určil Úřad účastníkům správního řízení lhůtu, ve které byli podle § 36 odst. 1 správního řádu oprávněni navrhopat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 správního řádu oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko.
17. Dne 3. 2. 2021 Úřad na základě žádosti vybraného dodavatele obsahující písemný souhlas s doručením části spisu do datové schránky umožnil vybranému dodavateli nahlédnout do správního spisu formou zaslání části obsahu spisu do jeho datové schránky, přičemž Úřad dodává, že takovýto postup byl zvolen s ohledem na omezení provozu pro veřejnost v době nouzového stavu.
18. Úřad na základě žádosti vybraného dodavatele ze dne 29. 1. 2021 vybranému dodavateli usnesením č. j. ÚOHS-04308/2021/522/JKr ze dne 3. 2. 2021 prodloužil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopat důkazy a činit jiné návrhy a oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.
19. Dne 5. 2. 2021 Úřad obdržel vyjádření zadavatele ze dne 4. 2. 2021 v návaznosti na usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-03241/2021/522/JKr ze dne 27. 1. 2021.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 4. 2. 2021**

20. Zadavatel obecně poukazuje na důvody využívání poddodavatelů generálním dodavatelem stavby, kdy dodavatel není schopen nebo ochoten zajistit kompletní provádění díla vlastními kapacitami. Dále poukazuje na možné problémy zadavatelů, které by plynuly z potřeby zkoumat a mít postaveno najisto, zda dodavatel plnil referenční zakázku sám.
21. Zadavatel se ztotožňuje s praxí, kdy je tzv. generálnímu dodavateli stavby přičitatelná reference na danou zakázku v celém rozsahu, a to i vzhledem k odpovědnosti generálního dodavatele za stavbu jako celek vůči investorovi.
22. Podle zadavatele stanovení výhrady podle § 105 odst. 2 zákona nebrání akceptaci celé referenční zakázky generálního dodavatele. Podle zadavatele není zadavatel povinen tuto výhradu provázat s jakýmkoli požadavkem na kvalifikaci, zadavatel se v takovém případě nemusí zabývat přípustností akceptace reference generálního dodavatele.
23. Podle zadavatele je přípustné provázání výhrady podle § 105 odst. 2 zákona s kritérii technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona za předpokladu, že se bude jednat o vysoce specializovanou činnost, principiálně činnost vyžadující naprosto odlišné technologické postupy. Jinak by se dle zadavatele jednalo o nepřiměřeně přísné nastavení kritérií kvalifikace.
24. V případě provázání výhrady podle § 105 odst. 2 zákona s kritériem kvalifikace není dle zadavatele automaticky vyloučena možnost uplatnit referenci generálního dodavatele, který danou činnost nerealizoval sám. Podle zadavatele je relevantní a uznatelnou zkušeností generálního dodavatele s danou činností (v šetřeném případě pokládkou asfaltové vozovky) již

koordinace, dozorování a odpovědnost za tuto běžnou činnost u obdobné zakázky, přestože ji generální dodavatel sám přímo nevykonával.

25. Zadavatel má za to, že případy, ve kterých zadavatel stanovil výhradu podle § 105 odst. 2 zákona, je třeba posuzovat individuálně a reference generálního dodavatele by neměly být uznávány pouze ve zjevně excesivních a prokázaných případech tak, aby zadávací praxe byla realisticky udržitelná.
26. Zadavatel navrhuje, aby Úřad správní řízení podle § 257 písm. f) zákona zastavil.
27. Zadavatel odkázal rovněž na rozhodnutí o námitkách a vyjádření k podnětu ze dne 11. 12. 2020. Úřad ve stručnosti zmiňuje níže obsah těchto dokumentů.

#### **Rozhodnutí o námitkách**

28. Zadavatel odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu, dle které platí, že pokud byl vybraný dodavatel dodavatelem, který se zavázal poskytnout kvalitní, řádné a včasné plnění a který za tento závazek nesl plnou odpovědnost (tedy tzv. „generální dodavatel“), může si toto plnění uplatnit jako referenční zakázku v plném rozsahu, a to i za situace, kdy na plnění některé z částí této zakázky využil poddodavatele.
29. Zadavatel uvádí, že prověřil vybraným dodavatelem předložený seznam stavebních prací, kterým vybraný dodavatel prokazoval technickou kvalifikaci, a to jak z veřejně dostupných zdrojů (v Registru smluv), tak i dodatečnými dotazy na objednatele stavebních prací a má tak postaveno najisto, že vybraný dodavatel splnil požadavky zadavatele na technickou kvalifikaci podle čl. 4.4.3. zadávací dokumentace.
30. V souvislosti se zadávací podmínkou stanovenou v čl. 18.7. zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že si vyhradil, že pokládku asfaltových hutněných vrstev je oprávněn vykonat pouze dodavatel, a nikoli jeho poddodavatel. Ze zadávací dokumentace dle zadavatele neplyne jeho záměr uznat referenční zakázku pouze dodavateli, který stavební práce prováděl fakticky, nikoliv generálnímu dodavateli stavby. Požadavek zadavatele na přizpůsobení prokazování kvalifikace výhradě podle § 105 odst. 2 zákona stanovené v čl. 18.7. zadávací dokumentace se dle něj týkal toliko vyloučení použití smluvního vztahu mezi dodavatelem a jeho poddodavatelem ve smyslu § 83 zákona, nikoli popření dodavatelova práva použít referenci z veřejné zakázky, kde byl generálním dodavatelem.
31. Zadavatel je názoru, že postupoval v souladu se zákonem.

#### **Vyjádření zadavatele k podnětu stěžovatele ze dne 11. 12. 2020**

32. Zadavatel uvedl, že jednu ze tří referenčních zakázek vybraného dodavatele realizoval vybraný dodavatel jako poddodavatel. Zadavatel připouští, že pro některé činnosti při plnění této referenční zakázky mohl vybraný dodavatel použít poddodavatele, nicméně nemá žádnou možnost, jak tuto skutečnost potvrdit či vyvrátit.
33. Zadavatel odkazuje na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu a Krajského soudu v Brně, ze které plyne závěr, že jde-li o plnění referenční zakázky realizované tzv. generálním dodavatelem, je mu toto plnění přičitatelné v celém rozsahu, i když jej sám realizoval s využitím poddodavatelů.

34. Podle zadavatele nelze s ohledem na dosavadní rozhodovací praxi přijmout bez dalšího jako obecné východisko, že výhrada zadavatele podle § 105 odst. 2 zákona brání akceptaci celé referenční zakázky získané generálním dodavatelem.
35. Zadavatel považuje za správné řešení, kdy zadavatel individuálně posoudí, zda je zkušenost generálního dodavatele akceptovatelná, protože má povahu faktické zkušenosti, či nikoliv, zda plnění jménem, na účet a na odpovědnost generálního dodavatele spočívalo ve fyzické koordinaci a řízení stavebních prací, rozdělování a kontrolování práce a kontrole dodržování technologických postupů, nikoli v pouhém postoupení části plnění jinému subjektu (poddodavateli) z důvodu vlastní odborné nedostatečnosti pro tuto část plnění.

#### **Další průběh správního řízení**

36. Dne 5. 2. 2021 Úřad obdržel vyjádření vybraného dodavatele ze dne 3. 2. 2021 v návaznosti na usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-03241/2021/522/JKr ze dne 27. 1. 2021.

#### **Vyjádření vybraného dodavatele ze dne 3. 2. 2021**

37. Vybraný dodavatel považuje námitky stěžovatele za liché a neshledává důvod k tomu, aby zadavatel splnění podmínek účasti vybraného dodavatele znovu posuzoval a vybraného dodavatele z účasti v tomto zadávacím řízení vyloučil.
38. Vybraný dodavatel vysvětluje, z jakého důvodů vykazoval v letech 2015-2016 mzdové náklady výrazně vyšší než v následujících letech. Uvedené dle něj bylo dáno „*především tím, že práce prováděli statutární zástupci, kteří si mzdu z vlastního rozhodnutí nevyplácejí. Na některé práce byly přibírány osoby na dohody o pracovní činnosti nebo na dohody o provedení práce. Na pomocné práce, jako je třeba doprava, byly objednávány služby od jiných subjektů, což nikterak není na překážku. Je třeba zmínit, že realizace jakékoliv zakázky se většinou neobejde bez subdodávek prací nebo služeb ve větším či menším rozsahu. Tento ekonomický model umožnil realizaci referenčních zakázek s maximální efektivitou.*“ Vybraný dodavatel argumentuje pro to, že zaměstnanci vykonávající práci na základě uvedených dohod lze rovněž považovat za vlastní síly dodavatele.
39. Vybraný dodavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-27000/2020/511/LHI ze dne 31. 8. 2020, kde se Úřad vyslovil k otázce relevance počtu zaměstnanců pro kvalifikaci dodavatele a k možnosti volby dodavatele, zda se rozhodne vykonat veřejnou zakázku vlastními silami nebo pomocí poddodavatelů.
40. K doložení splnění technické kvalifikace vybraný dodavatel se svým vyjádřením předkládá
- potvrzení objednatele Krajské správa a údržba silnic Středočeského kraje, příspěvková organizace, IČO 00066001, se sídlem Zborovská 81/11, 150 00 Praha 5 (dále jen „KSÚS Středočeského kraje“) pro vybraného dodavatele o realizaci pokládky hutněných asfaltových směsí vlastními kapacitami v rámci akce „III/33838 Michalovice – Petrovice“ ze dne 5. 6. 2019,
  - potvrzení objednatele Krajská správa a údržba silnic Vysočiny, příspěvková organizace, IČO 00090450, se sídlem Kosovská 1122/16, 586 01 Jihlava (dále jen „KSÚS Vysočiny“) pro vybraného dodavatele o realizaci pokládky hutněných asfaltových směsí vlastními kapacitami v rámci akce „III/01832 Ostrov – Opatovice“ ze dne 31. 7. 2020.

### **Další průběh správního řízení**

41. Usnesením č. j. ÚOHS-05352/2021/522/JKr ze dne 11. 2. 2021 Úřad určil vybranému dodavateli lhůtu k označení obchodního tajemství. Sdělení vybraného dodavatele obdržel Úřad 12. 1. 2021.
42. Přípisem č. j. ÚOHS-05353/2021/522/JKr ze dne 11. 2. 2021 Úřad požádal stěžovatele o označení obchodního tajemství. Sdělení stěžovatele Úřad obdržel dne 16. 2. 2021.
43. Přípisem č. j. ÚOHS-05543/2021/522/JKr ze dne 12. 2. 2021 Úřad účastníkům správního řízení upřesnil předmět správního řízení. Předmět správního řízení původně vymezený obsahem oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-02519/2021/522/JKr ze dne 21. 1. 2021 se změnil po stránce právní kvalifikace tak, že pochybnost Úřadu spočívá v tom, zda zadavatel svým postupem – uvedeným již v cit. oznámení o zahájení správního řízení – při zadávání veřejné zakázky neporušil pravidla stanovená v § 48 odst. 8 zákona ve spojení s § 48 odst. 2 písm. a) zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona.
44. V návaznosti na uvedené upřesnění předmětu správního řízení Úřad usnesením č. j. ÚOHS-05545/2021/522/JKr ze dne 12. 2. 2021 určil účastníkům správního řízení lhůtu, ve které byli podle § 36 odst. 1 správního řádu oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 správního řádu oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko.
45. Dne 22. 2. 2021 Úřad obdržel vyjádření zadavatele ze dne 18. 2. 2021 v návaznosti na usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-05545/2021/522/JKr ze dne 12. 2. 2021.

### **Vyjádření zadavatele ze dne 18. 2. 2021**

46. Zadavatel se nejprve zabývá definicí generálního dodavatele a poddodavatele, přičemž s ohledem na rozhodovací praxi Úřadu opětovně uvádí, že generálnímu dodavateli zpravidla svědčí reference objednatel v celém rozsahu, a to z důvodu jeho odpovědnosti za realizaci celé stavby.
47. Zadavatel uvedl, že v rámci posuzování nabídek prověřoval referenční zakázky předložené vybraným dodavatelem v souladu s článkem 4.4.3. zadávací dokumentace. Zadavatel tak učinil u objednatelů těchto prací osvědčujících řádné poskytnutí a dokončení stavebních prací (KSÚS Vysočiny a KSÚS Středočeského kraje), kdy oba objednatelé potvrdili splnění zadavatelem požadovaných podmínek, tedy že šlo o pokládku asfaltové vozovky v plném profilu na minimálně dvoupruhové pozemní komunikaci v délce minimálně 2 km.
48. Zadavatel dále uvedl, že tyto referenční zakázky ověřoval v Registru smluv. K tomu zadavatel uvedl, že v případě stavby realizované pro KSÚS Vysočiny byl vybraný dodavatel oprávněn některé činnosti provádět poddodavatelsky, avšak zavázal se, že tyto činnosti budou provedeny v souladu se všemi podmínkami smlouvy a zároveň potvrdil, že tím není dotčena výlučná odpovědnost vybraného dodavatele za poskytování řádného plnění dle této smlouvy. V případě stavby realizované pro KSÚS Středočeského kraje zadavatel uvedl, že vybraný dodavatel nebyl oprávněn provádět některé činnosti poddodavatelsky bez předchozího písemného souhlasu objednatel, přičemž se dále smluvně zavázal, že v případě provádění některých činností prostřednictvím poddodavatelů bude objednateli za tyto činnosti odpovídat tak, jako by je prováděl sám.



49. Zadavatel setrvává na svém stanovisku, a sice že vybraný dodavatel splnil podmínky technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona a dle článku 4.4.3. zadávací dokumentace. Zadavatel proto neshledal důvod pro postup podle § 48 odst. 2 zákona nebo § 48 odst. 8 zákona.

50. Zadavatel opětovně navrhuje, aby Úřad správní řízení podle § 257 písm. f) zákona zastavil.

#### **Další průběh správního řízení**

51. Usnesením č. j. ÚOHS-07349/2021/522/JKr ze dne 26. 2. 2021 Úřad stanovil účastníkům správního řízení lhůtu, v níž byli oprávněni vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.

52. Účastníci správního řízení se ve stanovené lhůtě, ani později v průběhu správního řízení nevyjádřili.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

53. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů pro rozhodnutí, zejména relevantních částí obdržené dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření účastníků řízení a vlastních zjištění rozhodl o tom, že zadavatel v zadávacím řízení nedodržel postup stanovený zákonem. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### **Relevantní ustanovení zákona**

54. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

55. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se zadávacími podmínkami pro účely tohoto zákona rozumí veškeré zadavatelem stanovené

1. podmínky průběhu zadávacího řízení,
2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
4. pravidla pro hodnocení nabídek,
5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona.

56. Dle § 28 odst. 1 písm. c) zákona se rozumí kvalifikační způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku.

57. Podle § 37 odst. 1 zákona může zadavatel podmínky účasti v zadávacím řízení stanovit jako

- a) podmínky kvalifikace,
- b) technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku,
- c) obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nebo

d) zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.

58. Podle § 39 odst. 1 zákona zadavatel postupuje v zadávacím řízení podle pravidel stanovených tímto zákonem a je přitom povinen dodržet stanovené zadávací podmínky. Pokud pravidla pro průběh zadávacího řízení tento zákon nestanoví, určí je zadavatel v souladu se zásadami podle § 6 zákona.
59. Podle § 39 odst. 2 písm. a) zákona v průběhu zadávacího řízení zadavatel vybírá z účastníků zadávacího řízení vybraného dodavatele na základě posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení.
60. Podle § 39 odst. 4 zákona není-li v zákoně stanoveno jinak, může zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení před hodnocením nabídek nebo až po hodnocení nabídek. U vybraného dodavatele musí zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení a hodnocení jeho nabídky vždy.
61. Dle § 39 odst. 5 zákona posouzení splnění podmínek účasti nebo hodnocení kritérií podle § 39 odst. 3 zákona zadavatel provede na základě údajů, dokladů, vzorků nebo modelů poskytnutých účastníkem zadávacího řízení. Zadavatel může ověřovat věrohodnost poskytnutých údajů, dokladů, vzorků nebo modelů a může si je opatřovat také sám. Vzorky může zadavatel podrobovat zkouškám a vycházet z výsledků těchto zkoušek.
62. Dle § 46 odst. 1 zákona zadavatel může pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.
63. Podle § 48 odst. 1 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
64. Podle § 48 odst. 2 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení
- a) nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil,
  - b) nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46 zákona, nebo
  - c) neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení.
65. Podle § 48 odst. 8 zákona vybraného dodavatele zadavatel vyloučí z účasti v zadávacím řízení, pokud zjistí, že jsou naplněny důvody vyloučení podle § 48 odst. 2 zákona nebo může prokázat naplnění důvodů podle § 48 odst. 5 písm. a) až c) zákona.
66. Dle § 73 odst. 3 zákona v nadlimitním režimu může zadavatel požadovat prokázání
- a) ekonomické kvalifikace podle § 78 zákona nebo
  - b) technické kvalifikace podle § 79 zákona.

67. Dle § 73 odst. 5 zákona je zadavatel povinen v zadávací dokumentaci stanovit, které údaje, doklady, vzorky nebo modely k prokázání splnění požadovaných kritérií kvalifikace požaduje.
68. Dle § 73 odst. 6 zákona pokud zadavatel požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí v zadávací dokumentaci přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky stanovit,
- a) která kritéria ekonomické nebo technické kvalifikace požaduje a
  - b) minimální úroveň pro jejich splnění.
69. Podle § 79 odst. 1 zákona stanoví zadavatel kritéria technické kvalifikace za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Zadavatel může považovat technickou kvalifikaci za neprokázanou, pokud prokáže, že dodavatel má protichůdné zájmy, které by mohly negativně ovlivnit plnění veřejné zakázky.
70. Podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat seznam stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací; zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady i za dobu delší než posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.
71. Dle § 79 odst. 4 zákona, nestanoví-li zadavatel v zadávací dokumentaci jinak, může dodavatel k prokázání splnění kritéria kvalifikace podle odstavce 2 písm. a) nebo b) použít dodávky, služby nebo stavební práce, které poskytl
- a) společně s jinými dodavateli, a to v rozsahu, v jakém se na plnění zakázky podílel, nebo
  - b) jako poddodavatel, a to v rozsahu, v jakém se na plnění dodávky, služby nebo stavební práce podílel.
72. Podle § 105 odst. 2 zákona v případě veřejné zakázky na služby nebo stavební práce nebo v případě veřejné zakázky na dodávky zahrnující umístění nebo montáž, mohou zadavatelé v zadávací dokumentaci požadovat, aby zadavatelem určené významné činnosti při plnění veřejné zakázky byly plněny přímo vybraným dodavatelem.
73. Dle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
74. Dle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.

#### **Zjištěné skutečnosti**

75. V čl. 4. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci“ zadávací dokumentace veřejné zakázky, zadavatel uvedl následující:

*Dodavatelé jsou povinni prokázat splnění kvalifikace podle § 73 až § 80 ZZVZ předložením dokladů uvedených v příslušném sloupci v tabulkách v čl. 4.1 až 4.4.*

(...)

Kvalifikovaným pro plnění veřejné zakázky je v souladu s § 73 ZZVZ dodavatel, který:

- a) (...)
- b) (...)
- c) *splní technickou kvalifikaci podle § 79 ZZVZ.*

76. V čl. 4.4. „Technická kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ“ zadávací dokumentace veřejné zakázky, konkrétně v čl. 4.4.1., zadavatel uvedl následující:

*„Dodavatel je povinen prokázat splnění minimálních požadavků zadavatele na realizaci stavebních prací poskytnutých dodavatelem za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení a předložit osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto stavebních prací. Seznam poskytnutých stavebních prací zpracuje dodavatel podle formuláře č. 2.2.2. Přílohou seznamu poskytnutých stavebních prací budou osvědčení objednatelů těchto prací. (...).“*

77. V čl. 4.4.3. „Kritéria technické kvalifikace a jejich prokazování“ zadávací dokumentace veřejné zakázky zadavatel uvedl následující tabulku:

<b>„Zadavatel požaduje praxi dodavatele spočívající v poskytnutí:</b>	<b>„Způsob prokázání:</b>
<i>(i) 2 stavebních prací spočívajících v pokládce asfaltové vozovky v plném profilu na minimálně dvoupruhové pozemní komunikaci, každá v délce minimálně 2 km“</i>	<i>Seznam poskytnutých stavebních prací (formulář 2.2.2.) a osvědčení objednatelů. Ze Seznamu poskytnutých stavebních prací a osvědčení objednatelů musí vyplývat splnění veškerých požadavků zadavatele. Dodavatel je oprávněn jedním osvědčením splnit i více z uvedených požadavků.“</i>

78. V čl. 18. „Výhrady zadavatele“ zadávací dokumentace veřejné zakázky, konkrétně v čl. 18.7., zadavatel uvedl následující: *„Dodavatel je oprávněn zajišťovat plnění předmětu veřejné zakázky prostřednictvím poddodavatele/ů, avšak zadavatel v souladu s § 105 odst. 2 ZZVZ požaduje, aby dodavatel (případně společně dodavatelé, kteří podali nabídku v rámci společné účasti) realizoval minimálně následující významné činnosti při plnění veřejné zakázky vlastními kapacitami, tj. nikoliv prostřednictvím poddodavatelů: **pokládku asfaltových hutněných vrstev s příslušným strojním vybavením, tj. 1 kus finišeru pro pokládku asfaltové vozovky, který umožní pokládku vozovky na jeden pracovní záběr v šířce min. 7 m, který má dodavatel ve vlastnictví či má smluvně zajištěno jeho užívání. Výše uvedenému je nutno přizpůsobit prokazování kvalifikace dle čl. 4.4.3 této zadávací dokumentace.**“*

79. Vybraný dodavatel předložil v nabídce podané v zadávacím řízení na veřejnou zakázku dokument „FORMULÁŘ 2.2.2. SEZNAM POSKYTNUTÝCH STAVEBNÍCH PRACÍ“ (jehož vzor byl přílohou zadávací dokumentace) datovaný 27. 7. 2020, ve kterém čestně prohlašuje, že poskytnul dále uvedené stavební práce ve smyslu požadavků na kvalifikaci dle čl. 4.4. zadávací dokumentace veřejné zakázky s uvedením mj. následujících údajů:

1) název zakázky: III/01832 Ostrov – Opatovice

- druh prací (vypovídající stručný popis prací): rekonstrukce dvoupruhové pozemní komunikace, pokládka asfaltové vozovky v plném profilu na dvoupruhové pozemní komunikaci, délka 3,118 km,
- finanční objem stavby: 12 003 618,60 Kč bez DPH,
- procentuální podíl vybraného dodavatele na realizaci stavby vlastními kapacitami: 100 %,
- doba plnění dle smlouvy: 14. 6. 2017 - 14. 9. 2017,
- datum zahájení prací: 14. 6. 2017,
- datum dokončení či uvedení do provozu: 14. 9. 2017,
- objednatel: KSÚS Vysočiny,
- investor: KSÚS Vysočiny,

2) název zakázky: III/33838 Michalovice – Petrovice I,

- druh prací (vypovídající stručný popis prací): rekonstrukce dvoupruhové pozemní komunikace, pokládka asfaltové vozovky v plném profilu na dvoupruhové pozemní komunikaci, délka 2,829 km,
- finanční objem stavby: 4 870 000,- Kč bez DPH,
- procentuální podíl vybraného dodavatele na realizaci stavby vlastními kapacitami: 100 %,
- doba plnění dle smlouvy: 23. 7. 2018 - 6. 8. 2018,
- datum zahájení prací: 23. 7. 2018,
- datum dokončení či uvedení do provozu: 6. 8. 2018,
- objednatel: KSÚS Středočeského kraje,
- investor: KSÚS Středočeského kraje,

3) název zakázky: II/346 Rankov – Svinný – Chotěboř,

- druh prací (vypovídající stručný popis prací): rekonstrukce dvoupruhové pozemní komunikace, pokládka asfaltové vozovky v plném profilu na dvoupruhové pozemní komunikaci, délka 4,260 km,
- finanční objem stavby: 14 891 574,- Kč bez DPH,
- procentuální podíl vybraného dodavatele na realizaci stavby vlastními kapacitami: 100 %,

- doba plnění dle smlouvy: 1. 8. 2016 - 20. 12. 2016,
- datum zahájení prací: 1. 8. 2016,
- datum dokončení či uvedení do provozu: 20. 12. 2016,
- objednatel: B E S s.r.o., IČO 43792553, se sídlem Sukova 625, 256 01 Benešov (dále jen „společnost B E S s.r.o.“),
- investor: KSÚS Vysočiny.

„Objednatelem“ se pro účely tohoto formuláře rozumí (dle vysvětlivek uvedených v tomto vzoru) osoba objednatele, s níže je dodavatel ve smluvním vztahu na provedení příslušných stavebních prací. „Investorem“ se pro účely tohoto formuláře rozumí (dle vysvětlivek uvedených v tomto vzoru) osoba, pro niž se stavební práce prováděly.

80. Vybraný dodavatel předložil v nabídce podané v zadávacím řízení na veřejnou zakázku dále dokumenty:

- 1) „Osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení stavebních prací“ ze dne 30. 9. 2019 týkající se zakázky „III/01832 Ostrov – Opatovice“ vystavené KSÚS Vysočiny, ve kterém jsou uvedeny mj. následující informace:
  - Objednatel (investor): KSÚS Vysočiny
  - Celkový rozsah plnění stavebních prací: 12 003 618,60 Kč bez DPH
  - Hlavní činnosti provedené v rámci plnění veřejné zakázky:
    - Rekonstrukce vozovky – živičný povrch – plocha cca 22 514,3 m<sup>2</sup>
    - (...)
  - Informace o provedení prací: Stavební práce byly provedeny řádně a odborně. Zakázka byla zhotovitelem provedena dle sjednaného termínu a ve sjednané kvalitě.
  - Doba provedení prací:
    - Zahájení: 14. 6. 2017
    - Dokončení: 14. 9. 2017
- 2) „Osvědčení o provedení stavebních prací“ ze dne 6. 8. 2018 týkající se zakázky „III/33838 – Michalovice - Petrovice I“ vystavené KSÚS Středočeského kraje, ve kterém jsou uvedeny mj. následující informace:
  - Objednatel (investor): KSÚS Středočeského kraje
  - Celkový rozsah plnění stavebních prací: 4 870 000,00 Kč bez DPH
  - Hlavní činnosti provedené v rámci plnění veřejné zakázky:
    - Kompletní obnova povrchu vozovky – živičný povrch – plocha cca 15 560 m<sup>2</sup>
    - (...)
  - Informace o provedení prací: Stavební práce byly provedeny řádně a odborně, zhotovitel dodržel smluvní cenu a termín dokončení díla
  - Doba provedení prací:

- Zahájení: 23. 7. 2018
- Dokončení: 6. 8. 2018

3) „Osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení stavebních prací“ ze dne 6. 1. 2017 týkající se zakázky „II/346 Rankov – Svinný – Chotěboř“ vystavené společností B E S s.r.o., ve kterém jsou uvedeny mj. následující informace:

- Objednatel (investor): společnost B E S s.r.o.
- Celkový rozsah plnění stavebních prací: 14 891 574,- Kč bez DPH
- Hlavní činnosti provedené v rámci plnění veřejné zakázky:
  - Pokládka hutněných asfaltových vrstev - 25 290 m<sup>2</sup>
  - (...)
- Informace o provedení prací:
- Stavební práce byly provedeny řádně a odborně. Zakázka byla zhotovitelem provedena dle sjednaného termínu a ve sjednané kvalitě.
- Doba provedení prací:
  - Zahájení: 08/2016
  - Dokončení: 12/2016

81. V e-mailové zprávě ze dne 28. 9. 2020 „Odmitnutí vyberu nejvyhodnejši nabidky; 04PU-000196; OR; I/38 Stary Kolin - Malin, oprava vozovky“ od symbasis@rsd.cz pro Katerina.Fantova@rsd.cz, která je součástí dokumentace o zadávacím řízení, je k veřejné zakázce uvedeno mj.:

*„V systému Symbasis byl ZAMÍTNUT výběr nejvýhodnější nabídky.*

*Poznámka schvalovatele:*

*Žádám o prov[ě]ření referencí u vítězného uchazeče, neboť není prokázáno, že zakázky realizovali vlastními kapacitami. Řešte s OVZ. (Ing. Radek Mátl)“.*

82. Z předložené dokumentace o zadávacím řízení dále vyplývá, že před výběrem dodavatele zadavatel u objednatelů jednotlivých referenčních zakázek (III/01832 Ostrov – Opatovice, III/33838 Michalovice – Petrovice I a II/346 Rankov – Svinný – Chotěboř) v návaznosti na předložená osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení referenčních stavebních prací e-mailovými dotazy (ze dne 29. 9. 2020, 30. 9. 2020 a 14. 10. 2020) ověřoval, zda se v případě referenčních zakázek „jednalo o stavební práci spočívající v pokládce asfaltové vozovky v plném profilu na minimálně dvoupruhové pozemní komunikaci, každá v délce minimálně 2 km.“ Objednatelé referenčních zakázek ve svých odpovědích potvrdili uvedený rozsah stavebních prací.

83. Z rozhodnutí o výběru dodavatele se podává, že zadavatel rozhodl o výběru vybraného dodavatele k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, přičemž v odůvodnění tohoto rozhodnutí je uvedeno mj., že „účastník splnil podmínky účasti stanovené v zadávací dokumentaci Zakázky a ZZVZ.“

84. Z odůvodnění oznámení o výběru dodavatele, kterým zadavatel oznámil, že rozhodl o výběru účastníka zadávacího řízení (tj. vybraného dodavatele) k uzavření smlouvy se podává mj., že „účastník splnil podmínky účasti stanovené v zadávací dokumentaci Zakázky a ZZVZ.“
85. Výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, jež byl přílohou oznámení o výběru dodavatele doručeného účastníkům zadávacího řízení, obsahuje: „2. Seznam dokladů, kterými vybraný dodavatel prokazoval kvalifikaci, včetně uvedení údajů rozhodných pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace u profesní způsobilosti a technické kvalifikace:“. Dále pak obsahuje v bodu 2.3. ve vztahu k technické kvalifikaci dle § 79 zákona údaje představující výběr údajů uvedených vybraným dodavatelem ve formuláři 2.2.2. „Seznam poskytnutých stavebních prací“ nebo uvedených v osvědčeních objednatelů k jednotlivým referenčním zakázkám.
86. Z námitek plyne, že tyto stěžovatel podal proti rozhodnutí o výběru dodavatele, neboť dle jeho názoru vybraný dodavatel nesplňuje zadavatelem stanovené kritérium technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona. Stěžovatel k tomu uvedl v námitkách mj. následující:

*»Dodavatel je přesvědčen, že s ohledem na výši mzdových nákladů vybraného dodavatele v období let 2015 – 2019<sup>2</sup>, nemohl vybraný dodavatel realizovat jím předložené referenční zakázky jiným způsobem, než prostřednictvím plnění třetí osoby s tím, že dodavatel předpokládá provedení předmětu referenčních zakázek třetí osobou v rozsahu celého jejich předmětu, když přinejmenším v období let 2017 – 2019 odpovídá výše mzdových nákladů vybraného uchazeče stavu, kdy vybraný dodavatel neměl jediného zaměstnance, jemuž by vyplácel mzdu. Z dokumentu Výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele přitom nevyplývá, že vybraný dodavatel realizoval předmětné zakázky společně s jinými dodavateli, ať už jako člen sdružení dodavatelů či při využití poddodavatelského plnění.*

(...)

*Z výše popsané možnosti generálního dodavatele užívat reference v plném rozsahu bez ohledu na to, zda předmětnou referenční zakázku realizoval generální dodavatel vlastními kapacitami či zda k její realizaci využil poddodavatele, však ÚOHS vyjímá situace, kdy zadávaná veřejná zakázka zahrnuje specifické plnění, u něhož si zadavatel v zadávacích podmínkách vyhradil, že nemůže být plněno prostřednictvím poddodavatele dle ust. § 105 odst. 2 zákona. U předmětné veřejné zakázky si zadavatel v čl. 18.7 zadávací dokumentace vyhradil, aby účastník zadávacího řízení realizoval minimálně následující významné činnosti při plnění veřejné zakázky vlastními kapacitami, tj. nikoliv prostřednictvím poddodavatelů: pokládku asfaltových hutněných vrstev s příslušným strojním vybavením, tj. 1 kus finišeru pro pokládku asfaltové vozovky, který umožní pokládku vozovky na jeden pracovní záběr v šířce min. 7 m, který má dodavatel ve vlastnictví či má smluvně zajištěno jeho užívání.*

*S ohledem na výše uvedené lze mít za to, že ani u jedné referenční zakázky nerealizoval toto specifické plnění vybraný dodavatel, ale že pokládku asfaltových vrstev u referenčních zakázek prováděl poddodavatel vybraného dodavatele.*

---

<sup>2</sup> v předchozí části námitek stěžovatel uvádí údaje o mzdových nákladech vybraného dodavatele z Výkazů zisku a ztrát v jednotlivých letech, a to za rok 2016 181 000,- Kč, za rok 2017 9 000,- Kč, za rok 2018 9 000,- Kč a za rok 2019 12 000,- Kč.



*Vybraný dodavatel tak nemohl prokázat, že k realizaci částí předmětu veřejné zakázky, kterou zadavatel označil za použití odkazu na ust. § 105 odst. 2 zákona za významnou činnost při plnění veřejné zakázky, je po odborné stránce způsobilý.*

*(...)*

*Tím, že zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil, že předkládané referenční zakázky mají spočívat v „pokládce asfaltové vozovky“ a část předmětu veřejné zakázky „pokládka asfaltových hutněných vrstev“ je nutnou součástí pokládky asfaltové vozovky, za současného stanovení, že pokládka asfaltové vozovky nesmí být plněna prostřednictvím poddodavatele, zadavatel fakticky stanovil, že tzv. referenční zakázky musí být realizovány přímo vybraným dodavatelem, a to minimálně v rozsahu pokládky asfaltových vrstev. Část technické kvalifikace odpovídající vyhrazené významné činnosti ve smyslu ust. § 105 odst. 2 zákona nemůže být prokazována za účastníka zadávacího řízení jinou osobou, jelikož ta by pak nebyla schopna uzavřít závazek k plnění části veřejné zakázky, v jakém tato prokazovala kvalifikaci za účastníka zadávacího řízení ve smyslu ust. § 83 odst. 1 písm. d) zákona.«*

87. Zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o námitkách uvedl mj. následující:

*»(...) Z rozhodovací praxe ÚOHS tedy vyplývá, že plnil-li Vybraný dodavatel referenční zakázky jako generální dodavatel (tedy „samostatně“ s využitím poddodavatele), je bez dalšího oprávněn uplatnit referenci z této zakázky v celém rozsahu a Zadavatel není oprávněn – za předpokladu splnění dalších podmínek – tuto referenci neuznat (...).*

*Uvedené právo dodavatele uplatnit si tyto reference v plném rozsahu ostatně nepopírá ani Stěžovatel.*

*Zadavatel prověřil Vybraným dodavatelem předložený seznam stavebních prací, kterým Vybraný dodavatel prokazoval technickou kvalifikaci, a to jak z veřejně dostupných zdrojů (v registru smluv), tak i dodatečnými dotazy na objednatele zde uvedených stavebních prací a má tak postaveno najisto, že Vybraný dodavatel splnil požadavky Zadavatele na technickou kvalifikaci podle čl. 4.4.3 zadávací dokumentace.«*

88. V souvislosti se zadávací podmínkou stanovenou v čl. 18.7. zadávací dokumentace veřejné zakázky zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl mj. následující:

*„Zadavatel si tedy vyhradil, že pokládku asfaltových hutněných vrstev je oprávněn vykonat pouze dodavatel, a nikoli jeho poddodavatel.*

*Z žádné části zadávací dokumentace však neplyne záměr zadavatele uznat referenční zakázku pouze dodavatel, který stavební práce prováděl fakticky, nikoliv generálnímu dodavatel stavby.*

*Požadavek Zadavatele na přizpůsobení prokazování kvalifikace se tedy týkal toliko vyloučení použití smluvního vztahu mezi dodavatelem a jeho poddodavatelem ve smyslu § 83 ZZVZ, nikoli popření dodavatelova práva použít referenci z veřejné zakázky, kde byl generálním dodavatelem, (...). Dodavatelé z toho důvodu nebyli oprávněni prokazovat technickou kvalifikaci prostřednictvím poddodavatele, tzn., Zadavatel vyloučil možnost, aby dodavatel prokázal tuto část své chybějící kvalifikace prostřednictvím písemného závazku jiné osoby.“*

**Právní posouzení*****K výroku I. tohoto rozhodnutí***

89. Jak plyne z oznámení o zahájení správního řízení ze dne 21. 1. 2021, resp. z přípisu ze dne 12. 2. 2021, kterým Úřad upřesnil předmět správního řízení, Úřad získal pochybnost, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky neporušil pravidla stanovená v § 48 odst. 8 zákona ve spojení s § 48 odst. 2 písm. a) zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona tím, že při posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení u vybraného dodavatele setrval na svém posouzení, že vybraný dodavatel podmínky účasti v zadávacím řízení splnil, i poté, co bylo námitkami stěžovatele zpochybněno prokázání kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona dle článku 4.4.3. zadávací dokumentace vybraným dodavatelem, aniž by odstranil námitkami vznesené pochybnosti, zda vybraný dodavatel realizoval v rámci předložených referenčních stavebních prací sám (tj. vlastními kapacitami) stavební práce spočívající v pokládce asfaltových hutněných vrstev, a to v situaci, kdy zadavatel v článku 18.7. zadávací dokumentace dle § 105 odst. 2 zákona stanovil požadavek, aby dodavatel (případně společně dodavatelé, kteří podali nabídku v rámci společné účasti) při plnění veřejné zakázky realizoval vlastními kapacitami, tj. nikoliv prostřednictvím poddodavatelů, minimálně pokládku asfaltových hutněných vrstev (s příslušným strojním vybavením).

*K prokazování splnění kritéria kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona ve vztahu k výhradě dle § 105 odst. 2 zákona*

90. Úřad v obecné rovině konstatuje, že kvalifikací se ve smyslu § 28 odst. 1 písm. c) zákona rozumí způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku. Pojem kvalifikace nezahrnuje pouze oprávnění k výkonu určité činnosti, ale např. i existenci doložitelných zkušeností či praxe dodavatele. Účelem institutu kvalifikace je objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu subjektů, jež poskytují dostatečné záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Adekvátně nastavené kvalifikační předpoklady jsou tedy jakýmsi „sítem“, které má zamezit účasti subjektů neschopných danou veřejnou zakázku řádně splnit. Co se týče kritérií technické kvalifikace, jejich smyslem je pak konkrétně prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě (v obecné rovině srov. § 79 odst. 1 zákona). Účelem prokazování kritérií technické kvalifikace je tedy obecně zajištění, aby byla veřejná zakázka plněna dodavatelem, který je k jejímu řádnému plnění dostatečně zkušený a technicky a personálně vybavený. Výčet jednotlivých kritérií technické kvalifikace je v zákoně stanoven taxativním způsobem v ustanovení § 79 odst. 2 zákona.

91. Cílem stanovení kritérií technické kvalifikace je tedy minimalizovat riziko, že dojde k realizaci předmětu veřejné zakázky takovým dodavatelem, který k tomu nemá dostatečnou technickou způsobilost a zkušenost.<sup>3</sup> Pokud jde o prokazování technické kvalifikace formou tzv. „referenčních zakázek“ u veřejných zakázek na stavební práce, Úřad uvádí, že zadavatel může podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona požadovat, aby dodavatel předložil seznam poskytnutých

<sup>3</sup> V této souvislosti lze odkázat např. na rozsudky Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 15/2014-55 ze dne 2. 9. 2015, č. j. 29 Af 55/2015-86 ze dne 25. 5. 2017 a č. j. 29 Af 74/2015-224 ze dne 29. 6. 2017.

stavebních prací, vč. osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací (této možnosti využil zadavatel v předmětném zadávacím řízení). Seznam poskytnutých stavebních prací spolu s osvědčeními objednatele slouží zadavateli jako určitá záruka, že dodavatel již obdobné stavební práce prováděl a byly provedeny řádně, odborně a včas.

92. K tomu lze v dalším uvést, že za celý průběh zadávacího řízení, čili i za nastavení úrovně technické kvalifikace, nese výlučnou odpovědnost zadavatel. Je to totiž právě zadavatel, kdo zná nejlépe své potřeby a má právo si v zadávací dokumentaci, při zohlednění základních zásad zadávacího řízení vyjádřených v § 6 zákona, stanovit takové podmínky účasti, včetně podmínek kvalifikace, aby byla na základě výsledku zadávacího řízení uzavřena smlouva na veřejnou zakázku s tím dodavatelem, jehož plnění nejlépe vyhovuje potřebám zadavatele. Platí přitom, že úroveň technické kvalifikace je odvislá od toho, jak ji zadavatel v zadávací dokumentaci nastaví. Ověření pak může proběhnout pouze v mezích toho, jak byly nastaveny zadávací podmínky, tj. po dodavateli nelze oprávněně požadovat něco, co zadávací podmínky nevyžadovaly.
93. V návaznosti na výše uvedené Úřad poukazuje na to, že smyslem stanovení technické kvalifikace, konkrétně pak předložení seznamu realizovaných stavebních prací (referencí), je ověřit odborné schopnosti a zkušenosti dodavatelů s realizací plnění s obdobným předmětem, tedy schopnost dodavatele realizovat předmět veřejné zakázky za daných podmínek v odpovídající kvalitě. Zároveň Úřad považuje za vhodné zdůraznit, že účelem správného řízení je přezkoumání postupu zadavatele s cílem učinit závěr o tom, zda zadavatel na základě informací shromážděných v rámci zadávacího řízení postupoval správně, resp. v souladu se zákonem, pokud dospěl k závěru, že vybraný dodavatel prokázal splnění kritérií technické kvalifikace, konkrétně kritéria dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona.
94. Obecně vzato dodavatel může prokázat splnění technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona za použití referenčních zakázek, které dodavatel realizoval v pozici tzv. generálního dodavatele. K pojmu generální dodavatel Úřad uvádí, že se „*používá v souvislosti s rozlišením dodavatelských systémů, jež určují, které subjekty jsou v přímém vztahu k investorovi stavby či ve vztahu k jiným subjektům a jakým způsobem dodávají. Generálním dodavatelem se tedy rozumí subjekt, který je odpovědný objednateli za realizaci určitého díla a je v přímém smluvním vztahu s objednatelem. Z tohoto pohledu by bylo možné za generálního dodavatele referenční stavby považovat dodavatele, se kterým byla uzavřena smlouva na její realizaci a který za provedení díla nesl vůči zadavateli odpovědnost*“ (viz rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S529,532/2014/VZ-22800/2014/533/SWa ze dne 29. 10. 2014). Generální dodavatel tedy nemusí sám vlastními prostředky realizovat celou zakázku, nicméně odpovídá za její řádné a odborné provedení objednateli. Generálnímu dodavateli také zpravidla svědčí reference objednatele, a to ve standardním případě v plném rozsahu, tj. i v rozsahu činností, které generální dodavatel neplnil sám (tj. vlastními kapacitami, nýbrž s využitím poddodavatelů), a to z důvodu, že je smluvně odpovědný za realizaci stavby jako celku.
95. Nestanoví-li zadavatel v zadávací dokumentaci jinak, splnění uvedeného kritéria kvalifikace může dodavatel také prokazovat za použití takových referenčních zakázek, které realizoval společně s jinými dodavateli či které realizoval jako poddodavatel; v obou případech však lze tímto způsobem kvalifikaci prokázat jen v rozsahu, v jakém se na plnění zakázky dodavatel

podílel, tj. sám ji fakticky plnil (srov. § 79 odst. 4 zákona); tím je sledováno naplnění účelu prokazování kvalifikace. Dodavatel obecně může prokázat splnění technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona rovněž prostřednictvím jiné osoby ve smyslu § 83 zákona, tj. s využitím schopností a zkušeností získaných touto osobou. Dodavatel je v takovém případě povinen předložit písemný závazek, že jiná osoba bude vykonávat stavební práce či služby, ke kterým se prokazované kritérium kvalifikace vztahuje; tím je rovněž sledováno naplnění účelu prokazování kvalifikace.

96. Zákon umožňuje, aby zadavatel v určitých případech omezil možnost plnění veřejné zakázky prostřednictvím poddodavatele. Možnost omezení „poddodavatelského řetězce“ je dle § 105 odst. 2 zákona přípustná v případě veřejné zakázky na služby nebo stavební práce nebo v případě veřejné zakázky na dodávky zahrnující umístění nebo montáž. V uvedených případech mohou zadavatelé v zadávací dokumentaci požadovat, aby zadavatelem určené významné činnosti při plnění veřejné zakázky byly plněny přímo vybraným dodavatelem, tedy jinak řečeno aby tyto činnosti neplnil poddodavatel, nýbrž sám a přímo dodavatel. Touto výhradou se sleduje zvýšená kontrola a dohled nad plněním zásadních částí veřejné zakázky.
97. Stanoví-li zadavatel požadavek dle § 105 odst. 2 zákona (této možnosti využil zadavatel v předmětném zadávacím řízení), může to nepochybně ovlivnit možnost dodavatele prokazovat určitou část kvalifikace. S ohledem na zásadu vnitřní souladnosti a bezrozpornosti právního předpisu nelze vykládat a aplikovat ustanovení § 105 odst. 2 zákona a ostatní ustanovení zákona izolovaně.
98. Stanovení požadavku zadavatele dle § 105 odst. 2 zákona však neznamená omezení možností prokazování jakéhokoli kritéria kvalifikace souvisejícího s určenou významnou činností. Při posuzování přípustnosti prokazování konkrétního kritéria kvalifikace je třeba zohlednit charakter předmětného kritéria a smysl jeho prokazování, resp. zohlednit, zda je vzhledem k jeho charakteru opodstatněné omezení možnosti určitým způsobem jej prokazovat.
99. Omezení možností prokazování určité části kvalifikace je přitom nepochybně opodstatněné v případě, kdy by o schopnosti plnit zadavatelem určenou významnou činnost dle § 105 odst. 2 zákona vypovídalo kritérium stanovené dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona, tj. předkládanými referencemi by byly prokazovány zkušenosti s činnostmi vyhrazenými vybranému dodavateli.
100. Jak již Úřad uvedl, možnost prokazovat splnění kritéria kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona za použití referenčních zakázek, které realizoval dodavatel společně s jinými dodavateli či které realizoval jako poddodavatel je omezena již ustanovením § 79 odst. 4 zákona jen na rozsah, v jakém se na plnění zakázky dodavatel podílel (tj. sám ji fakticky plnil).
101. Nepřípustnost prokazování kritéria technické kvalifikace prostřednictvím jiné osoby ve smyslu § 83 zákona v situaci, kdy by s využitím reference jiné osoby byla prokazována zkušenost s činností, která má být s ohledem na výhradu dle § 105 odst. 2 zákona plněna vybraným dodavatelem, dovodila rozhodovací praxe, a to zjednodušeně vyjádřeno z důvodu zajištění naplnění účelu prokazování kvalifikace.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> V souvislosti s vyloučením možnosti prokazovat splnění kritéria technické kvalifikace spočívajícího v předkládání tzv. referencí prostřednictvím jiné osoby lze odkázat například na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S772/2014/VZ-6408/2014/511/ABr ze dne 25. 3. 2014, ve kterém Úřad, byť ve vztahu k právní úpravě obsažené v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, konstatoval mj.: „Úřad má za to, že by bylo proti

102. Za nepřipustné je však dle Úřadu také třeba považovat, aby dodavatel prokazoval technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona ve vztahu k činnosti určené zadavatelem podle § 105 odst. 2 zákona za použití referenční zakázky, ve které vystupoval jako generální dodavatel, v rámci které však prokazovanou činnost vyhrazenou vybranému dodavateli nevykonával sám, nýbrž prostřednictvím poddodavatele.<sup>5</sup> Jedná se o výjimku z obecně platné přičitatelnosti všech referencí dodavateli ze zakázky, kterou prováděl jako generální dodavatel. V této otázce je dle Úřadu třeba rovněž vyjít z potřeby zajištění naplnění účelu prokazování kvalifikace. Účel prokazování kritéria kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona je třeba naplnit bez ohledu na to, resp. navzdory tomu, že dodavatel je ve standardní situaci (tj. když prokazovaná činnost není vyhrazena vybranému dodavateli dle § 105 odst. 2 zákona) oprávněn využít k prokázání kvalifikace referenční zakázku, kterou plnil jako generální dodavatel, v plném rozsahu.
103. Uvedené omezení možnosti prokazování kvalifikace v případě referenčních zakázek generálního dodavatele ve specifické situaci dané uplatněním relevantní výhrady dle § 105 odst. 2 zákona plní stejný účel jako omezení možnosti prokazování technické kvalifikace ve shora uvedených případech referenčních zakázek realizovaných dodavatelem s jinými dodavateli či jako poddodavatelem dle § 79 odst. 4 zákona a v případě prokazování kvalifikace prostřednictvím jiné osoby dle § 83 zákona – zabraňuje nesmyslnému prokázání kvalifikace ve vztahu k určité činnosti využitím zkušenosti osoby, která by se na plnění této činnosti následně při plnění zadávané veřejné zakázky v důsledku výhrady dle 105 odst. 2 zákona nemohla účastnit. Bylo by i nelogické a neopodstatněné přistupovat odlišně k prokazování kvalifikace referenčními zakázkami dodavatele coby generálního dodavatele.
104. Jestliže má prokazování kvalifikace, resp. kritérií technické kvalifikace plnit svůj účel, tj. poskytovat zadavateli určitou míru jistoty, že veřejná zakázka bude plněna řádně, odborně a včas, logicky musí vypovídat o způsobilosti (schopnosti) právě té osoby, která bude fakticky veřejnou zakázku nebo určitou její část/vymezenou činnost plnit. Neplnilo by tedy účel prokazování kvalifikace, pokud by dodavatel prokazoval určitou část kvalifikace, v daném případě zkušenost s plněním určité stavební práce, za použití referenční zakázky, v rámci které by nezískal zkušenost s faktickým plněním dané stavební práce tento dodavatel, nýbrž jiná osoba, ale tato jiná osoba (poddodavatel) by se současně odpovídajícím způsobem (plněním prokazované stavební práce) fakticky nemohla účastnit plnění zadávané veřejné zakázky; k tomuto nežádoucímu stavu by mohlo dojít právě v situaci, kdy by bylo prokazováno splnění technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona ve vztahu k činnosti vyhrazené dle § 105 odst. 2 zákona vybranému dodavateli.
105. Pokud zadavatel ve smyslu ustanovení § 105 odst. 2 zákona požaduje, aby určitou významnou činnost při plnění veřejné zakázky plnil přímo vybraný dodavatel, znamená to jinými slovy, že tuto významnou činnost nesmí plnit jiná osoba (poddodavatel). Prokazování

---

*účelu zákona, pokud by dodavatel mohl prokazovat kvalifikaci subdodavatelem v té části, ve které by subdodavatel zakázku stejně plnit nemohl.*“ Dále lze odkázat na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S631/2011/VZ-3443/2012/510/ASH ze dne 9. 10.2012, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R297/2012/VZ-13367/2013/310/MMI ze dne 16. 7. 2013.

<sup>5</sup> K obdobnému závěru dospěl Úřad již v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0839/2015/VZ-02072/2016/523/MKv ze dne 18. 1. 2016, byť se tak stalo ve vztahu k právní úpravě obsažené v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

zkušenosti s určitou činností, na kterou dopadá výhrada dle 105 odst. 2 zákona, za využití zkušenosti jiné osoby (poddodavatele) by sice vypovídalo o schopnosti poddodavatele vykonávat významnou činnost, avšak z důvodu požadavku zadavatele dle § 105 odst. 2 zákona by ji při plnění veřejné zakázky právě tento poddodavatel (resp. ani žádný jiný) vykonávat nesměl. Oproti tomu by nic nevypovídalo o schopnostech vybraného dodavatele tuto významnou činnost realizovat. Pokud tedy z důvodu požadavku zadavatele dle § 105 odst. 2 zákona nesmí plnit vymezenou významnou činnost jiná osoba, nýbrž toliko sám vybraný dodavatel, pak musí právě sám vybraný dodavatel prokázat splnění odpovídající části kvalifikace zkušeností, kterou získal plněním dané činnosti vlastními kapacitami.

106. Bylo by tedy proti smyslu kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona (a v tomto smyslu by byl i samotný zákon vnitřně rozporný), aby dodavatel prokázal svoji schopnost realizovat určité stavební práce referencí na stavební práce, které však realizoval poddodavatel, když následně – z důvodu výhrady stanovené zadavatelem podle § 105 odst. 2 zákona – žádného poddodavatele k plnění předmětných stavebních prací využít nemůže. Důsledkem připuštění takového způsobu prokazování kvalifikace by mohlo být, že by dané stavební práce mohl realizovat také dodavatel bez předchozích reálných zkušeností, který do doby realizace zadávané veřejné zakázky provedení předmětných prací „pouze“ zajišťoval prostřednictvím poddodavatele. Bez ohledu na náročnost této činnosti je zcela zřejmé, že by zajištění realizace stavebních prací prostřednictvím poddodavatele (tedy činnost zejména organizační, kontrolní či manažerská) bylo z hlediska nabytí relevantních zkušeností postaveno na roveň provedení těchto stavebních prací vlastními kapacitami. Zjednodušeně řečeno, skutečnost, že dodavatel dokáže z pozice generálního dodavatele zorganizovat za pomoci třeba i mnoha poddodavatelů realizaci byť i velmi rozsáhlé stavby a nese za realizaci stavby odpovědnost, neznamená, že by byl také schopen takovou stavbu realizovat sám svými silami, tedy zejména to neznamená, že je pro takovou realizaci vlastními silami vybaven technickými či personálními kapacitami s patřičnými zkušenostmi.
107. Zde je třeba uvědomit si, že zkušenost dodavatele se zajištěním či organizací provedení určité činnosti fakticky realizované poddodavatelem, byť za ni nese dodavatel odpovědnost, nemůže nahradit zkušenost s výkonem činnosti vlastními kapacitami, který představuje z hlediska materiálně personálního a kontrolně organizačního jistě vyšší a náročnější způsob plnění než zajištění plnění prostřednictvím poddodavatele.
108. Připuštění prokázání kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona ve vztahu k činnosti vyhrazené vybranému dodavateli za využití zkušenosti fakticky získané osobou odlišnou od dodavatele by zadavateli neposkytlo dostatečnou jistotu, že vybraný dodavatel sám provede činnost jemu vyhrazenou jako součást dalších stavebních prací ve veřejné zakázce s dostatečnou odborností a v odpovídající kvalitě, neboť s takovou prací vlastně nemusí mít ani žádné zkušenosti (jeho zkušenost může spočívat toliko v zajištění či organizaci provedení těchto prací). Došlo by tak pouze k formálnímu naplnění daného kritéria technické kvalifikace, nikoli však jeho materiální podstaty – tedy ověření reálných schopností a dovedností dodavatele z již realizovaných staveb (a to schopností a dovedností, které mají ve vztahu k zadávané veřejné zakázce význam, přičemž žádného významu nemá schopnost zorganizovat

určité plnění za pomoci poddodavatelů, když tento dodavatelský systém vybraný dodavatel nemůže kvůli výhradě zadavatele při realizaci zadávané veřejné zakázky použít).<sup>6</sup>

109. Nelze tedy přisvědčit zadavateli v šetřeném případě v tom, že je relevantní a uznatelnou zkušeností generálního dodavatele s danou činností již koordinace, dozorování a odpovědnost za tuto činnost, přestože ji generální dodavatel sám přímo nevykonával, neboť, jak již bylo uvedeno a podrobně rozvedeno výše, je zásadní rozdíl, zda dodavatel stavební práce realizuje sám pomocí vlastních prostředků, nebo jejich provedení zajišťuje prostřednictvím poddodavatele. Tento rozdíl nemusí činit žádný problém, pokud může dodavatel i v rámci plnění zadávané veřejné zakázky využít oba dodavatelské systémy (tedy jak realizovat veřejnou zakázku sám, tak pomocí poddodavatele). Zkušenost dodavatele s organizací realizace daného plnění za pomoci poddodavatelů (osvědčující zejména dodavatelovu schopnost kontrahovat příslušné poddodavatelské smlouvy, řídit samotnou práci poddodavatelů a kontrolovat ji) je však za předpokladu, že poddodavatelský systém nemůže využít, zcela nevyovídající o jeho vlastní faktické způsobilosti veřejnou zakázku řádně plnit.
110. Úřad nemůže přisvědčit ani názoru zadavatele, že provázání výhrady podle § 105 odst. 2 zákona s kritérii technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona (tj. vliv výhrady na prokazování kvalifikace), je přípustné jen za předpokladu, že se bude jednat o vysoce specializovanou činnost, principiálně činnost vyžadující naprosto odlišné technologické postupy, resp. nepůjde o u obdobné zakázky běžnou činnost. Dle Úřadu omezení možnosti prokazovat kvalifikaci na její prokazování pouze za využití zkušenosti dodavatele s činnostmi provedenými jím samotným nastupuje nezávisle na povaze této činnosti. Pro úplnost Úřad uvádí, že toto omezení nastupuje automaticky ve smyslu tom, že není podmíněno tím, že zadavatel formálně v zadávací dokumentaci prováže stanovenou výhradu dle § 105 odst. 2 zákona s kritériem kvalifikace.

#### *K postupu zadavatele v zadávacím řízení*

111. Úřad připouští, že zadavatel primárně posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení provádí na základě údajů a dokladů obsažených v nabídce, tj. v šetřeném případě na základě seznamu poskytnutých stavebních prací vč. osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací, který předkládá účastník zadávacího řízení. Pokud zadavatel nemá žádné relevantní indicie zpochybňující správnost předloženého seznamu a osvědčení objednatele, resp. věrohodnost informací z něho vyplývajících, tedy indicie zpochybňující splnění zadávacích podmínek, nelze zadavateli nic vytknout, pokud na základě tohoto seznamu a osvědčení objednatele konstatuje prokázání kvalifikace, potažmo splnění podmínek účasti. Jinými slovy, ze zákona nevyplývá povinnost zadavatele objasňovat či ověřovat účastníkem předložený seznam poskytnutých stavebních prací a osvědčení objednatele v každé situaci, tj. i když nemá o splnění kvalifikačního kritéria žádné pochybnosti. Zcela jiná situace však nastane, pokud jsou seznam poskytnutých stavebních prací a osvědčení objednatele, resp. informace a údaje v těchto dokumentech obsažené, a tedy i splnění zadávacích podmínek, relevantním způsobem zpochybněny. Zejména pak vyvstanou-li takové

---

<sup>6</sup> V tomto smyslu se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozhodnutí sp. zn. 62 Af 16/2014 ze dne 2. 9. 2015 (byť se úvahy soudu v citovaném rozsudku týkají problematiky ekonomických a finančních předpokladů dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jsou zobecnitelné a aplikovatelné i na technické kvalifikační předpoklady).

pochybnosti na základě relevantních a řádně podaných námitek. V takovém případě je na straně zadavatele nejen jeho možností, ale taktéž i jeho povinností tyto kvalifikované pochybnosti vyvrátit, a mít tak postaveno najisto, že vybraný dodavatel kritéria kvalifikace skutečně prokázal, a tedy rovněž splnil podmínky účasti v zadávacím řízení. Z hlediska dodržení zásady transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona je v zadávacím řízení neudržitelné, aby zadavatel indicie o nepravdivosti předkládaných informací, má-li takové, zcela ignoroval a shodu předkládaných dokladů se skutečným stavem neproověřil.<sup>7</sup> Zákonem předvídaným způsobem je zejména institut objasnění ve smyslu § 46 zákona. Zadavatel má možnost věrohodnost v nabídce předložených dokladů ověřovat i sám dle § 39 odst. 5 zákona.

112. S ohledem na výše uvedené Úřad přistoupil k posouzení nyní šetřeného případu. Pro posouzení bude rozhodné to, zda z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že zadavatel měl u vybraného dodavatele postaveno najisto prokázání splnění kritéria technické kvalifikace, resp. zda zadavatel po obdržení (řádne podaných) námitek, jež mohly vzbuzovat pochybnosti ohledně prokázání splnění kritéria technické kvalifikace u vybraného dodavatele, se jimi v souladu se zásadou transparentnosti dostatečně zabýval, tedy u vybraného dodavatele řádně posoudil splnění podmínek účasti, přičemž vznesené pochybnosti rozptýlil, a mohl tak u vybraného dodavatele setrvat na svém závěru o splnění podmínek účasti.
113. V šetřeném případě ze zadávací dokumentace a jejích příloh vyplývá, že předmět plnění posuzované veřejné zakázky spočívá v provedení stavebních prací na akci „I/38 Starý Kolín - Malín, oprava vozovky“, přičemž se jedná mj. o celoplošnou obnovu krytu a sanace okrajů vozovky.
114. Zadavatel v čl. 4.4. zadávací dokumentace stanovil s odkazem na § 79 odst. 2 písm. a) zákona v rámci předmětného kritéria požadavek na předložení seznamu poskytnutých stavebních prací dodavatelem za poslední 5 let před zahájením zadávacího řízení a na předložení osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto stavebních prací. Konkrétně pak v čl. 4.4.3. požadoval praxi dodavatele spočívající v realizaci 2 stavebních prací spočívajících v pokládce asfaltové vozovky v plném profilu na minimálně dvoupruhové pozemní komunikaci, každá v délce minimálně 2 km. Ze seznamu poskytnutých stavebních prací, který měl být zpracován podle formuláře č. 2.2.2. (příloha zadávací dokumentace), a z osvědčení objednatelů muselo vyplývat splnění veškerých požadavků zadavatele.
115. Dále zadavatel stanovil v čl. 18.7. zadávací dokumentace výhradu dle § 105 odst. 2 zákona, aby dodavatel (případně společně dodavatelé, kteří podali nabídku v rámci společné účasti) realizoval významnou činnost spočívající v pokládce asfaltových hutněných vrstev s příslušným strojním vybavením při plnění veřejné zakázky vlastními kapacitami, tj. nikoliv prostřednictvím poddodavatelů. V témže článku zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že výše uvedenému je nutno přizpůsobit prokazování kvalifikace dle čl. 4.4.3. této zadávací dokumentace.
116. Zadavatel tak stanovil v rámci kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona požadavek na praxi spočívající v činnosti (pokládce asfaltové vozovky), která má současně (v té části činnosti spočívající v pokládce asfaltových hutněných vrstev) povahu významné činnosti, jejíž provedení vyhradil zadavatel vybranému dodavateli dle § 105 odst. 2 zákona. Stanovení

---

<sup>7</sup> K tomu viz například rozsudky Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 15/2014-55 ze dne 2. 9. 2015 a č. j. 62 Af 41/2014-247 ze dne 8. 10. 2015.



této výhrady tak má automaticky dopad do oblasti prokazování splnění předmětného kritéria technické kvalifikace, a to v tom smyslu, že dodavatel může v rámci předkládaných referenčních stavebních prací prokázat požadovanou praxi spočívající v pokládce asfaltové vozovky, resp. v pokládce asfaltových hutněných vrstev jen v případě, že tuto činnost realizoval sám (vlastními kapacitami), tj. nikoliv prostřednictvím poddodavatelů. Uvedené omezení možnosti prokazovat kvalifikaci ve vztahu k činnosti vyhrazené zadavatelem dle § 105 odst. 2 zákona se uplatní jak v případě reference, kterou dodavatel získal jako poddodavatel, tak i v případě, že v předkládané referenční zakázce dodavatel vystupoval v pozici tzv. generálního dodavatele (k tomu blíže viz shora uvedená část odůvodnění tohoto rozhodnutí).

117. V šetřeném případě vybraný dodavatel předložil ve své nabídce požadovaný vyplněný formulář 2.2.2. „Seznam poskytnutých stavebních prací“, obsahující 3 referenční zakázky a s nimi související osvědčení objednatelů. Úřad porovnáním předloženého seznamu poskytnutých stavebních prací a osvědčení objednatelů a seznamu, jež zadavatel učinil na základě § 123 písm. b) zákona součástí oznámení o výběru dodavatele (konkrétně v příloze č. 2 – výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele) (viz k tomu bod 79. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí), zjistil, že všechny 3 referenční zakázky, resp. jejich seznam a s nimi související osvědčení objednatelů byly zahrnuty do dokladů, kterými vybraný dodavatel prokazoval technickou kvalifikaci.
118. Pokud jde o referenční zakázku „III/01832 Ostrov – Opatovice“, z obsahu vybraným dodavatelem předloženého seznamu poskytnutých stavebních prací se podává mj., že byla plněna v roce 2017 po dobu tří měsíců, finanční objem stavby byl 12 003 618,60 Kč bez DPH, procentuální podíl vybraného dodavatele na realizaci stavby vlastními kapacitami byl 100 %, vybraný dodavatel byl ve smluvním vztahu k osobě, pro kterou se stavební práce prováděly (KSÚS Vysočiny), tj. byl tzv. generálním dodavatelem a v rámci této zakázky vybraný dodavatel poskytl mj. práce spočívající v pokládce asfaltové vozovky.
119. Pokud jde o referenční zakázku „III/33838 Michalovice – Petrovice I“, z obsahu vybraným dodavatelem předloženého seznamu poskytnutých stavebních prací se podává mj., že byla plněna v roce 2018 po dobu přibližně 2 týdnů, finanční objem stavby byl 4 870 000,- Kč bez DPH, procentuální podíl vybraného dodavatele na realizaci stavby vlastními kapacitami byl 100 %, vybraný dodavatel byl ve smluvním vztahu k osobě, pro kterou se stavební práce prováděly (KSÚS Středočeského kraje), tj. byl tzv. generálním dodavatelem a v rámci této zakázky vybraný dodavatel poskytl mj. práce spočívající v pokládce asfaltové vozovky.
120. Pokud jde o referenční zakázku „II/346 Rankov – Svinný – Chotěboř“, z obsahu vybraným dodavatelem předloženého seznamu poskytnutých stavebních prací se podává mj., že byla plněna v roce 2016 po dobu téměř pěti měsíců, finanční objem stavby byl 14 891 574,- Kč bez DPH, procentuální podíl vybraného dodavatele na realizaci stavby vlastními kapacitami byl 100 %, vybraný dodavatel nebyl ve smluvním vztahu k osobě, pro kterou se stavební práce prováděly (KSÚS Vysočiny), tj. byl poddodavatelem jiného dodavatele (společnost B E S s.r.o.) a v rámci této zakázky vybraný dodavatel poskytl mj. práce spočívající v pokládce asfaltové vozovky.
121. Osvědčení objednatelů (KSÚS Vysočiny, KSÚS Středočeského kraje, společnost B E S s.r.o.), která vybraný dodavatel předložil v rámci svojí nabídky v zadávacím řízení a která se vztahují k uvedeným třem referenčním zakázkám vybraného dodavatele obsahují mj. údaje o době

provedení prací a celkovém finančním rozsahu prací, které odpovídají údajům uvedeným v předloženém seznamu poskytnutých stavebních prací. Dále z těchto osvědčení objednatelů plyne, že činností prováděnou v rámci plnění zakázky „III/01832 Ostrov – Opatovice“ byla mj. „Rekonstrukce vozovky – živičný povrch“, činností prováděnou v rámci plnění zakázky „III/33838 Michalovice – Petrovice I“ byla mj. „Kompletní obnova povrchu vozovky – živičný povrch“ a činností prováděnou v rámci plnění zakázky „II/346 Rankov – Svinný – Chotěboř“ byla mj. „Pokládka hutněných asfaltových vrstev“. Z osvědčení objednatelů neplyne informace o tom, zda vybraný dodavatel plnil tyto činnosti, resp. činnost spočívající v pokládce asfaltových hutněných vrstev, sám, tj. vlastními kapacitami. Tato informace pak neplyne ani z výsledku ověření rozsahu stavebních prací, které zadavatel provedl před samotným výběrem (viz k tomu bod 82. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Toliko na základě uvedených údajů však zadavatel mohl (s ohledem na prohlášení vybraného dodavatele, že jeho podíl na realizaci stavby vlastními kapacitami činil 100 %) posoudit, že kritérium technické kvalifikace podle jeho požadavku stanoveného v čl. 4.4.3. zadávací dokumentace, bylo vybraným dodavatelem prokázáno, a že tedy vybraný dodavatel splňuje podmínky účasti v zadávacím řízení.

122. Zadavatel rozhodl o výběru vybraného dodavatele k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku s tím, že tento účastník splnil podmínky účasti stanovené v zadávací dokumentaci a v zákoně. Následně zadavatel své rozhodnutí oznámil účastníkům zadávacího řízení.
123. Jak již však Úřad uvedl výše, pokud zadavatel získá relevantní indicie zpochybňující správnost informací obsažených v seznamu poskytnutých stavebních prací vč. osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací, je povinen tyto pochybnosti vyvrátit.
124. V šetřeném případě zadavatel obdržel námitky stěžovatele proti rozhodnutí o výběru dodavatele, ve kterých stěžovatel uvedl, že dle jeho názoru vybraný dodavatel nesplňuje zadavatelem stanovené kritérium technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona. V souvislosti s referenčními zakázkami předloženými vybraným dodavatelem stěžovatel v námitkách poukázal na to, že tyto zakázky (a v rámci nich prováděnou pokládku asfaltových hutněných vrstev vyhrazenou v zadávacím řízení vybranému dodavateli) nemohl vybraný dodavatel realizovat sám, nýbrž že tyto zakázky vč. pokládky asfaltových hutněných vrstev prováděl poddodavatel vybraného dodavatele, a to s ohledem na výši mzdových nákladů vybraného dodavatele v období let 2015 – 2019 uvedenou ve výkazu zisku a ztrát vybraného dodavatele založeném v Obchodním rejstříku. Stěžovatel v námitkách uvádí údaje o mzdových nákladech vybraného dodavatele za rok 2016 ve výši 181 000,- Kč, za rok 2017 ve výši 9 000,- Kč, za rok 2018 ve výši 9 000,- Kč a za rok 2019 ve výši 12 000,- Kč. Úřad ověřil, že tyto údaje odpovídají údajům v Obchodním rejstříku. Dle stěžovatele však s ohledem na výhradu zadavatele dle § 105 odst. 2 zákona musí být referenční zakázky minimálně v rozsahu pokládky asfaltových hutněných vrstev realizovány přímo vybraným dodavatelem. Vybraný dodavatel tak dle stěžovatele nemohl prokázat, že je k plnění činnosti, na kterou se vztahuje uvedená výhrada zadavatele po odborné stránce způsobilý.
125. Zadavatel tedy měl, minimálně v okamžiku podání námitek, dostatečné indicie, jež zpochybňovaly plnění předložených referenčních zakázek (a v rámci nich pokládky asfaltových hutněných vrstev – asfaltové vozovky) vlastními kapacitami vybraného dodavatele, tj. nikoliv prostřednictvím poddodavatelů, čili zpochybňovaly závěr zadavatele, že vybraný dodavatel předloženými doklady prokázal splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2

písm. a) zákona. Podle Úřadu měly nízké výše mzdových nákladů v letech, ve kterých se tyto referenční zakázky realizovaly (tj. v letech 2016 – 2018) v porovnání s předloženými údaji o finančním objemu a délce realizace staveb u zadavatele tuto pochybnost vyvolat.

126. V této souvislosti Úřad uvádí, že v případě referenčních zakázek „III/01832 Ostrov – Opatovice“ (realizované v roce 2017) a „III/33838 Michalovice – Petrovice I“ (realizované v roce 2018) předložené indicie vyvolávají tuto pochybnost velmi silně, neboť mzdové náklady vybraného dodavatele v letech realizace těchto zakázek se dle údajů v Obchodním rejstříku pohybují pouze v řádu jednotek tisíc korun a dle předložených údajů vybraný dodavatel tyto zakázky o milionových finančních objemech a délce realizace 2 týdny, resp. 3 měsíce, realizoval v pozici generálního dodavatele; vzhledem k tomu lze předpokládat při jejich plnění využití poddodavatelů. V případě referenční zakázky „II/346 Rankov – Svinný – Chotěboř“ Úřad uvádí, že předkládá-li dodavatel stavební práce, které plnil jako poddodavatel, lze obecně předpokládat, že uváděné stavební práce realizoval sám poddodavatel, tj. že se právě jejich prováděním vlastními kapacitami na plnění referenční zakázky podílel, nicméně v šetřeném případě měl zadavatel na základě indicií uvedených v námitkách (relativně nízké mzdové náklady v roce realizace a opět s přihlédnutím mnohamilionovému finančnímu objemu a délce realizace téměř 5 měsíců) rovněž získat relevantní pochybnost, zda se tak skutečně stalo.
127. Zadavatel námitky jako nedůvodné odmítl, čímž setrval na svém závěru, že vybraný dodavatel podmínky účasti v zadávacím řízení splnil. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyšel z názoru, že zadavatel není oprávněn neuznat předkládanou referenční zakázku, kterou dodavatel plnil jako tzv. generální dodavatel, a to ani v rozsahu, ve kterém tuto zakázku plnil prostřednictvím poddodavatele, resp. vyšel z názoru, že generální dodavatel je oprávněn uplatnit referenční zakázku v plném rozsahu, tj. včetně zkušeností s činnostmi, které fakticky v rámci referenční zakázky plnil poddodavatel. V této souvislosti Úřad odkazuje na svůj shora podaný výklad zákona pro případ prokazování kritéria kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona ve specifické situaci, kdy má být prokázána zkušenost dodavatele s činností, na kterou se vztahuje výhrada zadavatele dle § 105 odst. 2 zákona.
128. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že prověřil vybraným dodavatelem předložený seznam stavebních prací, a to jak z veřejně dostupných zdrojů (v Registru smluv), tak i dodatečnými dotazy na objednatele uvedených stavebních prací, a má tak postaveno najisto, že vybraný dodavatel splnil požadavky zadavatele na technickou kvalifikaci podle čl. 4.4.3. zadávací dokumentace.
129. Z předložené dokumentace o zadávacím řízení však dle zjištění Úřadu neplyne, že by zadavatel ať již před či po obdržení námitek ověřoval, zda v rámci předložených referenčních zakázek, jimiž vybraný dodavatel prokazoval zkušenosti s pokládkou asfaltové vozovky v plném profilu na minimálně dvoupruhové pozemní komunikaci, realizoval sám (tj. vlastními kapacitami) stavební práce spočívající v pokládce asfaltových hutněných vrstev (pokládku asfaltové vozovky). O tom, že by k takovému prověřování ze strany zadavatele došlo, dostatečně nenasvědčí ani zadavatelova interní e-mailová zpráva ze dne 28. 9. 2020, která je součástí dokumentace o zadávacím řízení. Z této zprávy sice plyne interní požadavek na prověření referencí u vybraného dodavatele, a to právě z důvodu, že „není prokázáno, že zakázky realizovali vlastními kapacitami“, nicméně z dokumentace o zadávacím řízení neplyne, že by takové prověření bylo skutečně provedeno a s jakým výsledkem.

130. Z předložené dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že před výběrem dodavatele zadavatel u objednatelů jednotlivých referenčních zakázek v návaznosti na předložená osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení referenčních stavebních prací e-mailovými dotazy toliko ověřoval, zda se v případě těchto tří referenčních zakázek „jednalo o stavební práci spočívající v pokládce asfaltové vozovky v plném profilu na minimálně dvoupruhové pozemní komunikaci, každá v délce minimálně 2 km.“ Patrně se jedná o „dodatečné dotazy na objednatele“ zmíněné zadavatelem v rozhodnutí o námitkách. Objednatelé referenčních zakázek ve svých odpovědích potvrdili uvedený rozsah stavebních prací. Z odpovědí objednatelů neplyne informace o tom, zda vybraný dodavatel plnil tuto činnost (pokládku asfaltové vozovky, resp. pokládku asfaltových hutněných vrstev) sám, tj. vlastními kapacitami. Tato informace neplyne ani z dalších dokumentů obsažených v předložené dokumentaci o zadávacím řízení (mj. z předložených osvědčení objednatelů). Jediná informace o provádění stavebních prací v rámci těchto referenčních zakázek (mj. právě pokládky asfaltové vozovky v plném profilu) vlastními kapacitami vybraného dodavatele tak dle zjištění Úřadu z obsahu dokumentace o zadávacím řízení plyne z prohlášení vybraného dodavatele v předloženém seznamu poskytnutých stavebních prací, ve kterém je u všech těchto referenčních zakázek uveden procentuální podíl vybraného dodavatele na realizaci stavby vlastními kapacitami 100 %.
131. Zadavatel až v rámci tohoto správního řízení ve svém vyjádření ze dne 18. 2. 2021 uvedl, že v rámci posuzování nabídek ověřil dvě referenční zakázky „III/01832 Ostrov – Opatovice“ a „III/33838 Michalovice – Petrovice I“ vybraného dodavatele v Registru smluv a uvedl, jaké informace o jejich plnění z tohoto zdroje získal. V této souvislosti však Úřad musí konstatovat, že z předložené dokumentace o zadávacím řízení provedení tohoto ověření s využitím obsahu Registru smluv a jeho výsledek neplyne, resp. není zde nikterak zachyceno (což je však třeba, má-li Úřad uvedené zohlednit při posouzení postupu zadavatele). Navíc informace, které dle zadavatele z tohoto zdroje vyplývají, dle Úřadu nevyovídají o tom, zda vybraný dodavatel v rámci těchto dvou předložených referenčních zakázek plnil předmětnou činnost (pokládku asfaltové vozovky, resp. pokládku asfaltových hutněných vrstev) sám, tj. vlastními kapacitami, resp. v podstatě nevyklučují, že dodavatel realizoval pokládku asfaltové vozovky s využitím poddodavatele (viz k tomu bod 48. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a nelze je tedy považovat za informace osvědčující splnění předmětného kritéria technické kvalifikace.
132. Z dokladů, které má zadavatel k dispozici a předložil je Úřadu jako součást dokumentace o zadávacím řízení, tj. toliko na základě jediné relevantní informace v podobě údaje o procentuálním podílu vybraného dodavatele na realizaci všech tří referenčních zakázek vlastními kapacitami obsažených v předloženém seznamu poskytnutých stavebních prací, lze dovodit, že zadavatel pouze na podkladě těchto informací nemůže mít v situaci, kdy byla pravdivost těchto informací relevantně zpochybněna námitkami, postaveno na jisto, že vybraný dodavatel v rámci předložených referenčních zakázek, kterými vybraný dodavatel prokazuje splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona, realizoval sám (tj. vlastními kapacitami) stavební práce spočívající v pokládce asfaltových hutněných vrstev. Zadavatel tedy měl prověřit, zda vybraný dodavatel realizoval v rámci předložených referenčních zakázek sám (tj. vlastními kapacitami) stavební práce spočívající v pokládce asfaltových hutněných vrstev (pokládce asfaltové vozovky).

133. V souvislosti s potvrzeními objednatelů o realizaci pokládky hutněných asfaltových směsí vlastními kapacitami vybraného dodavatele v případě referenčních zakázek „III/01832 Ostrov – Opatovice“ a „III/33838 Michalovice – Petrovice I“, které předložil Úřadu v rámci tohoto správního řízení vybraný dodavatel, Úřad uvádí, že předmětem tohoto správního řízení není posouzení toho, zda vybraný dodavatel realizoval v rámci předložených referenčních zakázek vlastními kapacitami stavební práce spočívající v pokládce asfaltových hutněných vrstev, a tedy zda vybraný dodavatel kritérium technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona splňuje. Úřad se zabývá toliko tím, zda zadavatel vzhledem k obsahu dokumentace o zadávacím řízení postupoval po obdržení námitek, jež mohly vzbuzovat pochybnosti ohledně prokázání splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona u vybraného dodavatele, správně, resp. v souladu se zákonem – zda se jimi v souladu se zásadou transparentnosti dostatečně zabýval, tedy řádně u vybraného dodavatele posoudil splnění podmínek účasti, přičemž vzesené pochybnosti rozptýlil, a mohl tak u vybraného dodavatele setrvat na svém závěru o splnění podmínek účasti. Předložená potvrzení objednatelů proto nejsou pro posouzení postupu zadavatele v šetřeném případě relevantní. Nadto je na místě uvést, že – vzhledem k podstatě předkládané pochybnosti, tj. vykazovaným minimálním mzdovým nákladům<sup>8</sup> – by ani předložená potvrzení bez dalšího nemusela zadavateli zcela odstranit vzniklou pochybnost. Na tomto místě považuje úřad za vhodné připomenout, že zadavatel musí disponovat dostatečnými údaji k tomu, aby si (fakticky) ověřil, že daný dodavatel skutečně disponuje jím požadovanými zkušenostmi.
134. Jak již bylo opakovaně konstatováno v odůvodnění tohoto rozhodnutí, účelem kvalifikace je, aby zadavatel vybíral dodavatele, který poskytuje záruky plnit veřejnou zakázku řádně a včas. Aby byl tento účel naplněn, nelze akceptovat takový postup, kdy zadavatel rezignuje na relevantní pochybnosti o tom, že konkrétní plnění, kterým je prokazována kvalifikace, nebylo realizováno přímo účastníkem zadávacího řízení, ačkoliv být mělo. Úřad má za to, že jestliže by bylo prokázáno, že v rámci konkrétních referenčních zakázek nebyly plněny stavební práce spočívající v pokládce asfaltových hutněných vrstev (pokládka asfaltové vozovky) vlastními kapacitami vybraného dodavatele, nelze takové referenční stavební práce považovat za způsobilé k prokázání kritéria technické kvalifikace ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) zákona. Pro úplnost lze dodat, že vybraný dodavatel prokazoval kritérium technické kvalifikace dle bodu 4.4.3. zadávací dokumentace, dle kterého zadavatel požadoval předložit dvě stavební práce, třemi stavebními pracemi, přičemž tři byly stěžovatelem v námitkách zpochybněny. Za takovéto situace nemůže mít tedy zadavatel postaveno najisto prokázání kritéria technické kvalifikace tak, jak si stanovil v zadávací dokumentaci.
135. Zadavatel je v celém průběhu zadávacího řízení povinen důsledně dodržovat základní zásady zadávacího řízení, včetně zásady transparentnosti, jejímž účelem je zajištění maximální míry průhlednosti postupu zadavatele v zadávacím řízení, která umožňuje jeho následnou kontrolu. Úřad konstatuje, že stěžovatel svou argumentací vnesl do zadávacího řízení pochybnosti ohledně splnění technické kvalifikace na základě předložených referenčních zakázek. Uvedl konkrétní důvody, pro které má za to, že vybraný dodavatel nesplnil zákonem i zadávací dokumentací stanovené podmínky pro prokázání požadované technické kvalifikace. Námitky stěžovatele jsou jasné a srozumitelné, poukazují na rozhodné skutečnosti i konkrétní

---

<sup>8</sup> které zahrnují komě jiného mzdové nároky z pracovního poměru nebo z dohod konaných mimo pracovní poměr – pozn. Úřadu

důsledky z toho vyplývající (pochybnost o splnění kvalifikace) a z pohledu zákonnosti postupu zadavatele jsou tedy nepochybně relevantní. Zadavatel měl dle názoru Úřadu povinnost shora popsané pochybnosti předložené stěžovatelem reflektovat, tj. zabývat se jimi a v dokumentaci o zadávacím řízení zachytit, proč se s nimi neztotožňuje, resp. na základě jakých podkladů a myšlenkových úvah má za to, že vybraný dodavatel realizoval v rámci referenčních zakázek sám (tj. vlastními kapacitami) stavební práce spočívající v pokládce asfaltových hutněných vrstev (pokládce asfaltové vozovky), a jsou tedy dány předpoklady pro to, že vybraný dodavatel bude schopen veřejnou zakázku v praxi řádně realizovat. Bylo tedy na zadavateli, aby se věcně, přímo a dostatečně vyjádřil ke skutečnostem uvedeným v námitkách stěžovatele, přičemž nelze vyloučit ani nutnost zjišťování, resp. doplnění dalších podkladů pro to, aby měl postaveno na jisto, zda vybraný dodavatel splnil požadavky na technickou kvalifikaci.

136. Konkrétně měl zadavatel prověřit, zda vybraný dodavatel realizoval v rámci předložených referenčních zakázek sám (tj. vlastními kapacitami) stavební práce spočívající v pokládce asfaltových hutněných vrstev, a to v kontextu skutečností uvedených stěžovatelem v námitkách. Svá zjištění měl zadavatel transparentním způsobem zaznamenat v dokumentaci o zadávacím řízení.
137. Úřad připomíná, že pro posouzení kvalifikace jsou rozhodné pouze faktické skutkové okolnosti, tedy doklady, kterými je zadavatel povinen se zabývat tak, aby měl ve smyslu dodržení zásady transparentnosti při postupu podle zákona vyjádřené v § 6 odst. 1 zákona postaveno najisto, že vybraný dodavatel prokázal předmětnou část kritéria technické kvalifikace či nikoliv, potažmo zda splnil podmínky účasti v zadávacím řízení. Nelze akceptovat domněnky, nepodložená tvrzení či nekonkrétní míru pravděpodobnosti. Požadavek na dodržení zásady transparentnosti vyjádřený v § 6 odst. 1 zákona, jejíž podstatou je, že postup zadavatele musí být čitelný a zpětně přezkoumatelný, je základním předpokladem zákonnosti zadávacího řízení, přičemž samotný výklad požadavků na dodržení této zásady je dlouhodobě konstantní (srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 107/2015-63 ze dne 29. 3. 2018). Zároveň Úřad zdůrazňuje, že je především odpovědností dodavatele, aby svoji kvalifikaci prokázal; lze tedy pokládat za logické, že vyvstanou-li zadavateli ohledně jejího prokázání pochybnosti, obrátí se primárně na dodavatele, aby tyto pochybnosti odstranil [k tomu srov. § 46 zákona].
138. Zásada transparentnosti měla být v rámci šetřeného případu zadavatelem dodržena nejen ve fázi posouzení dokladů a informací týkajících se prokázání kritéria technické kvalifikace vybraným dodavatelem, ale rovněž následně ve fázi zadávacího řízení, kdy zadavatel obdržel informace o tom, že (již) vybraný dodavatel podmínky technické kvalifikace nesplňuje. Dodržení této zásady pak nelze shledat v situaci, kdy jsou v postupu zadavatele identifikovány nejasnosti, které činí jeho postup zpětně nekontrolovatelným, přičemž těmito okolnostmi jsou v šetřeném případě právě neověření skutečnosti, zda vybraný dodavatel realizoval v rámci předložených referenčních zakázek sám (tj. vlastními kapacitami) stavební práce spočívající v pokládce asfaltových hutněných vrstev (pokládka asfaltové vozovky), ačkoli byly v průběhu zadávacího řízení tyto klíčové okolnosti relevantním způsobem zpochybněny. Jak již bylo uvedeno výše, Úřad nezpochybňuje, že zadavatel primárně posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení provádí na základě údajů a dokladů obsažených v nabídce, je-li to však nutné, resp. vyvstanou-li v průběhu zadávacího řízení relevantní pochybnosti, musí zadavatel tyto náležitým způsobem odstranit, a to buď postupem dle § 46 zákona, případně dle § 39

odst. 5 zákona. Z pohledu zadavatele je tedy zásadní dosáhnout stavu, kdy nebude žádných pochyb o splnění podmínek účasti vybraného dodavatele. Pouze takové posouzení splnění podmínek účasti lze považovat za transparentní.

139. Lze dodat, že v případě nesplnění zadávacích podmínek, tj. pokud nyní vybraný dodavatel splnění podmínek účasti neprokáže, případně pokud údaje předložené vybraným dodavatelem v zadávacím řízení neodpovídají skutečnosti, nastupuje s ohledem na § 48 odst. 2 ve spojení s odst. 8 zákona povinnost zadavatele vybraného dodavatele z další účasti v zadávacím řízení vyloučit. V této souvislosti Úřad odkazuje též na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-03651/2021/161/Edo ze dne 1. 2. 2021, sp. zn. ÚOHS-R0215/2020/VZ, ve kterém je uveden mj. závěr, že „*[j]estliže tedy Úřad rozhodne o tom, že zadavatel porušil zákon tím, že opomenul vyloučit vybraného dodavatele, jediným smysluplným nápravným opatřením, které lze v takovém případě uložit, je zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele. Uložením takového nápravného opatření je docíleno stavu, kdy dodavatel nesplňující podmínky kvalifikace (na základě do té doby předložených podkladů) není vybraným dodavatelem a zadavatel zároveň neztrácí možnost dodavatele vyzvat podle § 46 k doplnění nebo objasnění nabídky, kdy po uspokojivém vysvětlení nebo doplnění se takový dodavatel opět může stát vybraným dodavatelem. Jestliže tedy Úřad dospěje k závěru, že (...) referenční zakázka (...) neprokazuje splnění podmínek technické kvalifikace u vybraného dodavatele, měl by výrok svého rozhodnutí opřít právě o § 48 odst. 8 ve spojení s odst. 2 a o § 6 zákona.*“
140. Úřad tedy s odkazem na všechny shora uvedené skutečnosti dospěl k závěru, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **K výroku II. tohoto rozhodnutí – k uložení nápravného opatření**

141. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
142. Vycházeje z výše uvedených závěrů Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky způsobem, který je popsán ve výroku I. tohoto rozhodnutí. Úřad má dále za to, že uvedený postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele, neboť ačkoliv byla nabídka vybraného dodavatele vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější, vybraný dodavatel z výše uvedených důvodů dosud v zadávacím řízení neprokázal kritérium technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona, resp. prokázání tohoto kritéria bylo relevantním způsobem zpochybněno, přičemž v případě neprokázání podmínek účasti ze strany vybraného dodavatele zadavatel musí podle § 48 odst. 8 ve spojení s odst. 2 písm. a), příp. c) zákona takového účastníka zadávacího řízení vyloučit (slovy zákona v případech, kdy údaje a doklady jím předložené nesplňují zadávací podmínky nebo je ve stanovené lhůtě nedoložil, resp. neodpovídají skutečnosti). Úřad proto konstatuje, že podmínka pro uložení nápravného opatření, spočívající v existenci alespoň potenciálního vlivu na výběr dodavatele, je v daném případě naplněna, neboť v takovém případě by se mohl stát vybraným dodavatelem jiný účastník zadávacího řízení, resp. by se jím nemohl stát stávající vybraný dodavatel.

143. Úřad dodává, že nijak nepředjímá výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele v zadávacím řízení, pouze toliko konstatuje, že se zadavatel bude muset znovu zamyslet nad otázkou prokázání kvalifikace vybraného dodavatele, a to v intencích skutečností uváděných stěžovatelem v námitkách.
144. Pokud jde o poslední podmínku pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona, pak Úřad konstatuje, že zadavatel dosud neuzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Jsou tak naplněny všechny zákonné podmínky pro to, aby Úřad mohl uložit nápravné opatření ve smyslu § 263 odst. 2 zákona.
145. Úřad konstatuje, že v šetřeném případě není nutné rušit celé zadávací řízení. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nepostupoval při posouzení splnění podmínek kvalifikace u vybraného dodavatele transparentním způsobem (viz předchozí obsah odůvodnění tohoto rozhodnutí), lze nápravu zjednat tím, že bude zrušeno rozhodnutí o výběru dodavatele a oznámení o výběru dodavatele, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Pro úplnost Úřad uvádí, že je na zadavateli, aby zvážil případné zrušení dalších (již učiněných) souvisejících úkonů, resp. aby zvážil další postup v zadávacím řízení v duchu zajištění zákonnosti jeho průběhu.

***K výroku III. tohoto rozhodnutí – k zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení***

146. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
147. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí (a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí). Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy [s důsledky zastavení správního řízení dle § 257 písm. j) zákona] ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.
148. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o výběru dodavatele a oznámení o výběru dodavatele, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

***K výroku IV. tohoto rozhodnutí – k uložení úhrady nákladů řízení***

149. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.



150. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o výběru dodavatele a oznámení o výběru dodavatele, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.

151. 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 2021000026.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek.

Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### Obdrží:

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha-Nusle
2. JUDr. Jiří Sehnal, advokát, Politických Vězňů 27, 280 02 Kolín IV

### Vypraveno dne

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