



UOHSX004BXEI

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S255/2012/VZ-16181/2012/560/MSc

V Brně dne 29. srpna 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 2. 5. 2012 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – Město Hodonín, IČ 00284891, se sídlem Masarykovo nám. 53/1, 695 35 Hodonín, zastoupené Mgr. Igorem Taptičem, starostou,
- navrhovatel – Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 2348/1, 149 00 Praha 4, za niž jedná Ing. Dan Ťok, předseda představenstva a Ing. Leoš Vrzalík, člen představenstva, ve správním řízení dále zastoupená na základě pověření ze dne 5. 9. 2011 JUDr. Ondřejem Navrkalem, zaměstnancem,
- vybraný uchazeč – SWIETELSKY stavební s.r.o., IČ 48035599, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice, za niž jedná Ing. Jiří Kozel, jednatel a Ing. Petr Čížek, jednatel, odštěpný závod Dopravní stavby MORAVA, se sídlem Jahodová ulice 60, 620 00 Brno, za nějž jedná Bc. Vladimír Lesovský, vedoucí odštěpného závodu,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „IS Rybáře I. etapa, 3. stavba, stavební objekt SO 01 Komunikace“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení formou výzvy k podání nabídek ze dne 20. 2. 2012,

### rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Město Hodonín, IČ 00284891, se sídlem Masarykovo nám. 53/1, 695 35 Hodonín – nedodržel postup stanovený v ustanovení § 59 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů v návaznosti na § 55 odst. 3 písm. c) a § 6 citovaného

zákona o veřejných zakázkách tím, že nesprávně posoudil splnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 2 citovaného zákona o veřejných zakázkách „rentabilita“ a následně z důvodu nesplnění tohoto předpokladu vyloučil uchazeče Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 2348/1, 149 00 Praha 4, z účasti v zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Návrh navrhovatele Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 2348/1, 149 00 Praha 4, ze dne 2. 5. 2012, se v části, která se týká námitek proti zadávacím podmínkám, podle § 118 odst. 5 písm. c) citovaného zákona o veřejných zakázkách zamítá, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

III.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 citovaného zákona o veřejných zakázkách **ruší** rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 2348/1, 149 00 Praha 4, ze dne 22. 3. 2012 a všechny následující úkony učiněné při zadávání výše uvedené veřejné zakázky.

IV.

Podle § 119 odst. 2 citovaného zákona o veřejných zakázkách, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Město Hodonín, IČ 00284891, se sídlem Masarykovo nám. 53/1, 695 35 Hodonín – ukládá

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

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Město Hodonín, IČ 00284891, se sídlem Masarykovo nám. 53/1, 695 35 Hodonín, zastoupené Mgr. Igorem Taptičem, starostou (dále jen „zadavatel“), zahájilo ve zjednodušeném podlimitním řízení formou výzvy k podání nabídek ze dne 20. 2. 2012 veřejnou zakázku „IS Rybáře I. etapa, 3. stavba, stavební objekt SO 01 Komunikace“ (dále jen „veřejná zakázka“). K podání nabídky bylo vyzváno pět dodavatelů a oznámení bylo uveřejněno na profilu zadavatele.
2. Předmětem veřejné zakázky, vymezeným v zadávací dokumentaci, je vybudování nových zpevněných ploch (vozovek, chodníků a parkovacích stání) v zastavěné lokalitě Rybáře města Hodonín.

3. Ve lhůtě pro podání nabídek do 8. 3. 2012 podalo nabídky sedm uchazečů o veřejnou zakázku. Otevírání obálek se uskutečnilo dne 12. 3. 2012, následně se dne 22. 3. 2012 sešla hodnotící komise za účelem posouzení kvalifikace uchazečů o veřejnou zakázku. Pro nesplnění kvalifikace byli ze zadávacího řízení vyloučeni tři uchazeči, včetně společnosti Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 2348/1, 149 00 Praha 4. Uchazeč Skanska a.s. byl rozhodnutím zadavatele ze dne 22. 3. 2012 vyloučen ze zadávacího řízení s odůvodněním, že „*dodavatel nesplnil ekonomický a (finanční) kvalifikační předpoklad dle § 55 odst. 3 písm. c) zákona. Dodavatel ve své nabídce předložil na str. 180 protichůdné čestné prohlášení k subdodavatelskému zajištění zakázky, že nemá v úmyslu zadat část veřejné zakázky jiné osobě (subdodavatelům), práce provede vlastními kapacitami. Na str. 88 nabídky předložil dodavatel Smlouvu o uzavření smlouvy budoucí o spolupráci se společností Skanska S.A., se sídlem Warszawa, ul. Gen. J. Zajeczka 9, Warszawa, Polsko, jejíž předmětem je splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů a zavazuje se poskytnout jakékoliv potřebné know-how potřebné k řádnému plnění veřejné zakázky a poskytnout mu jakékoliv zdroje, zejména finanční zajištění a kapacity.*“
4. Zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky dne 22. 3. 2012, jako ekonomicky nejvhodnější byla vyhodnocena nabídka uchazeče – SWIETELSKY stavební s.r.o., IČ 48035599, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice, za niž jedná Ing. Jiří Kozel, jednatel a Ing. Petr Čížek, jednatel, odštěpný závod Dopravní stavby MORAVA, se sídlem Jahodová ulice 60, 620 00 Brno, za nějž jedná Bc. Vladimír Lesovský, vedoucí odštěpného závodu (dále jen „vybraný uchazeč“).
5. Proti rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení ze dne 22. 3. 2012 podala společnost Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 2348/1, 149 00 Praha 4, za niž jedná Ing. Dan Ťok, předseda představenstva a Ing. Leoš Vrzalík, člen představenstva, zadavateli dne 6. 4. 2012 námítky.
6. Zadavatel uvedeným námítkám ve svém rozhodnutí ze dne 19. 4. 2012 nevyhověl. Vzhledem k tomu, že společnost – Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 2348/1, 149 00 Praha 4, za niž jedná Ing. Dan Ťok, předseda představenstva a Ing. Leoš Vrzalík, člen představenstva, ve správním řízení dále zastoupená na základě pověření ze dne 5. 9. 2011 JUDr. Ondřejem Navrkalem, zaměstnancem (dále jen „navrhovatel“) nepovažovala vyřízení námitek za učiněné v souladu se zákonem, podala k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 2. 5. 2012 (dále jen „návrh“), který byl Úřadu doručen tentýž den.

## II. NÁVRH A JEHO OBSAH

### Problematika vyloučení navrhovatele

7. Návrh navrhovatele směřuje proti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení z důvodu nesplnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Navrhovatel se domáhá zrušení rozhodnutí o jeho vyloučení, případně zrušení zadávacího řízení, součástí je i návrh na vydání předběžného opatření.
8. Ve svém návrhu navrhovatel uvádí, že jelikož nesplňoval část ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, konkrétně rentabilitu vlastního kapitálu ve výši 15 %, využil

k prokázání této části kvalifikace svoji sesterskou společností – Skanska S.A., se sídlem Warszawa, ul. Gen. J. Zajeczka 9, 01-518 Warszawa, Polsko (dále jen „Skanska S.A.“). Navrhovatel ve své nabídce předložil platnou smlouvu o uzavření budoucí smlouvy o spolupráci se společností Skanska S.A. ze dne 5. 3. 2012 (dále jen „smlouva o budoucí spolupráci“), ze které jednoznačně vyplývá (z článku II.), že v případě potřeby bude disponovat finančními prostředky své sesterské společnosti Skanska S.A. Navrhovatel uvádí, že prokázal splnění ekonomické kvalifikace v souladu s § 51 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) prostřednictvím třetí osoby a není možné ho z důvodu nesplnění kvalifikace vyloučit.

9. V čestném prohlášení k subdodavatelskému zajištění zakázky ze dne 7. 3. 2012 (dále jen „čestné prohlášení“), kde navrhovatel uvedl, že nemá v úmyslu zadat určitou část veřejné zakázky jiné osobě (subdodavatelům) a že práce provede vlastními kapacitami, navrhovatel neshledává rozpor s výše uvedenou smlouvou o budoucí spolupráci. Navrhovatel se odvolává na definici subdodavatele v komentářové literatuře (uvedenou v publikaci Šebesta, M., Podešva V., Olík M., Machurek T. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006), kde je uvedeno, že za subdodavatele by měly být považovány „*pouze osoby, které se budou aktivně podílet na plnění veřejné zakázky či poskytnou určité věci nebo práva zásadní z hlediska předmětu veřejné zakázky*“. Navrhovatel dále uvádí, že společnost Skanska S.A. se na plnění určité části veřejné zakázky podílet nebude, neboť poskytne maximálně finanční zdroje a její uvedení na seznam subdodavatelů by odporovalo smyslu zákona.
10. Navrhovatel se také odkazuje na rozhodnutí Evropského soudního dvora C-389/92 ze dne 14. 4. 1994 a C-5/97 ze dne 18. 12. 1997 a rozhodnutí Úřadu (2R013/06, R027/2006 a S220/2009) ve věci prokazování kvalifikace subdodavatelů v rámci holdingu. Navrhovatel uvádí, že v případě, kdy „*v důsledku holdingových vazeb dodavatel disponuje potřebnými zdroji, uchazeč ekonomickou kvalifikaci splňuje, a to i bez přiložené smlouvy ve smyslu § 51 odst. 4 zákona*“.

### **Problematika ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů**

11. Navrhovatel ve svém návrhu nad rámec námitek poukazuje na nepřiměřenost požadavku na rentabilitu vlastního kapitálu – vypočítaného podle vzorce výsledek hospodaření po zdanění / vlastní kapitál \* 100 (dále jen „ROE“) ve výši 15% v rámci ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, přičemž uvádí, že nejvýznamnější stavební společnosti na českém trhu mají ROE nižší než 15 % a tento ukazatel považuje za neopodstatněný pro účely prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů.
12. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel porušil zákon, když stanovil jako kvalifikační předpoklad rentabilitu vlastního kapitálu v minimální výši 15 %, čímž bezdůvodně omezil velký počet potenciálních uchazečů, jejichž finanční stabilita by jinak umožňovala řádné splnění veřejné zakázky. Navrhovatel se domáhá, aby se Úřad touto problematikou zabýval z úřední povinnosti.

### **III. SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ**

13. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 2. 5. 2012 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
14. Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel,
  - vybraný uchazeč.
15. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č.j. ÚOHS-S255/2012/VZ-8785/2012/530/MSc ze dne 17. 5. 2012. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č.j. ÚOHS-S255/2012/VZ-8769/2012/530/MSc ze dne 17. 5. 2012 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
16. Rozhodnutím o předběžném opatření č.j. ÚOHS-S255/2012/VZ-9105/2012/530/MSc ze dne 23. 5. 2012 Úřad podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

#### IV. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

##### Problematika vyloučení navrhovatele

17. Dne 9. 5. 2012 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 7. 5. 2012. Zadavatel v něm uvádí, že je si vědom možnosti prokázání části kvalifikace prostřednictvím subdodavatele a odkazuje na navrhovatelem zmiňovaný judikát ESD C-389/92, v němž je uvedeno, že společnost musí dokázat, že nezávisle na druhu právního vztahu skutečně disponuje prostředky jiné společnosti. Zadavatel dále uvádí, že *„smlouva žádným věrohodným a nepochybnitelným způsobem nedokazuje, že společnost Skanska a. s. bude v případě svého úspěchu v posuzovaném zadávacím řízení skutečně disponovat s finančními prostředky společnosti Skanska S. A.“*.
18. Zadavatel v protikladu k názoru navrhovatele zastává názor, že doložená smlouva o budoucí spolupráci nesplňuje požadavek určitosti plnění a tudíž nepochybnitelným způsobem neprokazuje, jakými konkrétními finančními zdroji by stěžovatel byl oprávněn disponovat.
19. Zadavatel se vyjádřil k podkladům rozhodnutí ve svém vyjádření k návrhu ze dne 31. 5. 2012, které Úřad obdržel dne 1. 6. 2012. V části věnované vyloučení navrhovatele si zadavatel zachovává své předchozí stanovisko a uvádí, že *„důvod vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení spočívá v nejasnosti a rozpornosti obsahu jím předložené nabídky“*. Zadavatel se dále vyjádřil k názoru navrhovatele o nadbytečnosti předložené smlouvy o budoucí spolupráci: *„Pokud navrhovatel svůj názor, že v případě prokázání kvalifikace za pomoci jiného člena holdingu není třeba předkládat smlouvu ve smyslu § 51 odst. 4 zákona, opírá o rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 14. 4. 1994 ve věci C-389/92 Ballast Nedam Groep NV v. Belgický stát, resp. ze dne 18. 12. 1997 ve věci C-5/97 Ballast Nedam Groep NV v. Belgický stát a o rozhodnutí Úřadu ze dne 16. 3. 2006, č. j. 2R013/06, ze dne 15. 10. 2006, č. j. R027/2006/02-18466/2006/300-Šp, či ze dne 23. 3. 2010, č. j. S220/2009-16376/2009/530/RKr, pak se jedná o jejich dezinterpretaci. Uvedená rozhodnutí vychází*

*z citovaných rozsudků Evropského soudního dvora a skutečně z nich vyplývá, že není třeba bezvýhradně trvat na tom, aby se údaje a doklady k prokázání způsobilosti dodavatele vztahovaly výlučně k určitému právnímu subjektu – v případě, kdy v důsledku holdingových vazeb dodavatel reálně disponuje zázemím, které mu umožňuje reálně splnit předmět veřejné zakázky, je namístě, aby tato skutečnost byla uznána jako dostatečný důkaz jeho způsobilosti. V rozhodnutí ze dne 23. 3. 2010, č. j. S220/2009-16376/2009/530/RKr, Úřad uvedl pouze, že: „(...) při zvažování, zda určitý předpoklad lze prokázat prostřednictvím jiné osoby je přitom nutno zohlednit účel zjišťování kvalifikace a charakter daného předpokladu. V tomto ohledu je rozdíl mezi prokazováním kvalifikace u ekonomických a finančních předpokladů (doložení obratu) a prokazováním technických kvalifikačních předpokladů (seznam významných služeb). Účelem ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů (včetně doložení výše obratu) je prokázání určité ekonomické síly či stability subjektu. Naopak u seznamu významných služeb je prokazování kvalifikace navázáno na práce, které bude konkrétně provádět subdodavatel.“. K výslovnému vyloučení požadavku uvedeného v § 51 odst. 4 písm. b) zákona však Úřad nedospěl.“.*

#### **Problematika ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů**

20. K části návrhu napadajícím oprávněnost finančního kvalifikačního předpokladu ROE se zadavatel věcně nevyjádřil, neboť se jedná o námitky proti zadávacím podmínkám. Tyto námitky nebyly dle zadavatele podány v zákonné lhůtě – „podle § 110 odst. 3 zákona námitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání námitek (správně „nabídek“), která v posuzovaném případě končila dne 13. 3. 2012. Posledním dnem lhůty pro podání námitek proti zadávacím podmínkám tak byl 13. 3. 2012. Z těchto důvodů zadavatel považuje argumentaci stěžovatele o údajném porušení zákona při stanovení ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů za zcela účelovou“.
21. Ve svém vyjádření k návrhu ze dne 31. 5. 2012 se zadavatel v části zabývající se požadavkem na ROE zadavatel uvádí způsob výpočtu tohoto finančního ukazatele a dále uvádí: „z případové studie s názvem „Ziskovost firem s Listinnými akciemi na majitele ve Veřejných zakázkách“,... vyplývá, že obvyklá míra ziskovosti ROE při výstavbě budov se v roce 2009 pohybovala kolem 16,2 %. Zadavatel se proto nedomnívá, že by míra rentability vlastního kapitálu v úrovni min. 15 % byla excesivní a nepřiměřená.

*...ukazatel ROE patří mezi významné a často používané ekonomické ukazatele při finanční analýze za účelem zjištění, jak si daná firma stojí a zda se, stručně řečeno, vyplatí do ní investovat. Platí totiž, že žádný ekonomický ukazatel není stoprocentně spolehlivý a vypovídající, a tedy každý má určitá úskalí, s nimiž je nutno při jeho použití počítat. Ať by tedy zadavatel zvolil jakýkoli jiný ukazatel, vždy by bylo možno nalézt důvody, proč není dostatečně vypovídající či vhodný, co může zapříčinit zkreslení jeho výsledku, atp.*

*Zadavatel navíc přiměřenost stanovené minimální úrovně tohoto kvalifikačního předpokladu vyvozuje i ze skutečnosti, že nejméně čtyři uchazeči, jejichž nabídky byly hodnoceny, splnili požadovanou úroveň ROE. Taktéž navrhovatel byl schopen tento kvalifikační předpoklad splnit prostřednictvím ROE své sesterské společnosti.“*

## V. VYJÁDŘENÍ VYBRANÉHO UCHAZEČE K NÁVRHU

22. Dne 1. 5. 2012 obdržel Úřad od vybraného uchazeče jeho vyjádření, ve kterém označuje návrh navrhovatele za „obstrukční a ryze účelový“. Vybraný uchazeč dále uvádí, že zadavatel v průběhu veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, a to včetně vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. Vybraný uchazeč žádá, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl.

## VI. ZJIŠTĚNÍ ÚŘADU Z DOKUMENTACE O VEŘEJNÉ ZAKÁZCE

23. Dle seznamu podaných nabídek ze dne 8. 3. 2012 vyplývá, že ve lhůtě pro podání nabídek, tj. do 8. 3. 2012, podalo nabídky sedm uchazečů o veřejnou zakázku.
24. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 22. 3. 2012 je zřejmé, že hodnotící komise vyřadila z důvodu nesplnění kvalifikace nabídky tři uchazečů o veřejnou zakázku. Mimo nabídku navrhovatele se jednalo o nabídku společnosti VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o., IČ 46976469 a nabídku společnosti Inženýrské stavby Hodonín, s.r.o., IČ 46983309.

### Problematika vyloučení navrhovatele

25. V části 10.1 zadávací dokumentace s názvem „Požadavek na uvedení subdodavatelů“ zadavatel stanovil: *„Uchazeč ve své nabídce předloží prohlášení, v němž popíše subdodavatelův systém spolu s uvedením, jakou část této veřejné zakázky bude konkrétní subdodavatel realizovat – s uvedením druhu dodávek, služeb nebo stavebních prací a s uvedením procentuálního (%) finančního podílu na veřejné zakázce. Uchazeč doloží v nabídce závazné písemné prohlášení každého subdodavatele o souhlasu k budoucí spolupráci, podepsané osobami oprávněnými jednat jménem či za subdodavatele. V požadovaném prohlášení, zpracovaném samostatně podle jednotlivých subdodavatelů, se každý takový subdodavatel zaváže, že v případě zadání veřejné zakázky uchazeči a v případě, že ke spolupráci bude vyzván i v omezeném nebo upřesněném rozsahu, bude se podílet na plnění této veřejné zakázky. Takovým souhlasem subdodavatelů však není objednatel dle příslušných ustanovení SOD vázán. V případě, že uchazeč nemá v úmyslu zadat určitou část veřejné zakázky jiné osobě (subdodavateli), doloží ve své nabídce písemné prohlášení, ve které tuto skutečnost uvede.“*
26. V části 4.2 kvalifikační dokumentace k veřejné zakázce „Prokázání splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele“ zadavatel uvedl: *„Pokud není dle § 51 odst. 4 zákona dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované zadavatelem dle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Subdodavatelem se v souladu s ustanovením § 17 písm. i) zákona rozumí osoba, pomocí které má dodavatel plnit určitou část veřejné zakázky nebo která má poskytnout dodavateli k plnění veřejné zakázky určité věci či práva. V souladu s ustanovením § 331 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve*

znění pozdějších předpisů, plní-li dodavatel svůj závazek pomocí jiné osoby, tj. osoby subdodavatele, odpovídá tak, jako by závazek plnil sám.

Dodavatel je v takovém případě povinen zadavateli předložit:

- a) Doklady prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu dle § 53 odst. 1 písm. j) a profesního kvalifikačního předpokladu dle § 54 písm. a) zákona subdodavatelem,
- b) smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace dle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona.“

27. Ve své nabídce navrhovatel uvedl na str. 88 a 89 ve smlouvě o budoucí spolupráci v článku II. specifikaci předmětu plnění uvedené smlouvy následovně: „Budoucí zhotovitel se zavazuje poskytnout budoucímu objednateli k dispozici jakékoliv know-how potřebné k řádnému plnění veřejné zakázky a poskytnout mu jakékoliv zdroje, zejména finanční zajištění, a kapacity, kterými by snad budoucí objednatel nedisponoval. Budoucí zhotovitel poskytne součinnost při plnění veřejné zakázky minimálně v rozsahu, v jakém prokázal splnění ekonomických kvalifikačních předpokladů.“
28. V nabídce na str. 180 v čestném prohlášení navrhovatel prohlásil, že „nemá v úmyslu zadat určitou část veřejné zakázky jiné osobě (subdodavatelům), práce provede vlastními kapacitami“.

### **Problematika ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů**

29. V bodě 7.4 kvalifikační dokumentace veřejné zakázky „Ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady dle § 55 odst. 2 zákona“ zadavatel stanovil mimo jiné požadavek na rentabilitu (výsledek hospodaření po zdanění / vlastní kapitál \* 100) minimálně ve výši 15 %.
30. Kromě uvedeného požadavku na hodnotu ukazatele ROE zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil požadavek na běžnou likviditu (oběžná aktiva / krátkodobé závazky) v minimální hodnotě 1,6 a požadavek na celkovou zadluženost (cizí zdroje / aktiva celkem \* 100) maximálně 60 %.

## **VII. RELEVANTNÍ USTANOVENÍ ZÁKONA**

### **Společná ustanovení**

31. Podle § 6 zákona je zadavatel při postupu podle zákona povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
32. Podle § 110 odst. 3 zákona námitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.
33. Podle § 110 odst. 7 zákona se námitky podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení



zákona. V námitkách podle § 110 odstavců 2, 3 a 5 zákona musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle § 110 odst. 2 zákona, musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovatele. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 zákona může stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.

34. Podle § 114 odst. 3 zákona návrh vedle obecných náležitostí podání musí obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá. Součástí návrhu je doklad o složení kauce podle § 115 zákona a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli a doklad o opětovném složení jistoty podle § 67 odst. 4 zákona.
35. Podle § 114 odst. 4 zákona návrh musí být doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl. Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 zákona musí být doručen pouze Úřadu, a to do 30 kalendářních dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o uzavření smlouvy způsobem podle § 147 zákona s uvedením důvodu pro zadání veřejné zakázky bez uveřejnění oznámení zadávacího řízení, nejpozději však do 6 měsíců od uzavření této smlouvy.
36. Podle § 118 odst. 5 zákona Úřad návrh zamítne, pokud
  - a) nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odstavce 1 nebo 2,
  - b) byly zjištěny důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy podle odstavce 2, ale zadavatel prokáže naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování plnění smlouvy podle odstavce 3,
  - c) návrh nebyl podán oprávněnou osobou, nebo
  - d) návrh nesměruje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona v zadávacím řízení nebo v soutěži o návrh.

### **Problematika vyloučení navrhovatele**

37. Podle § 17 písm. i) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí subdodavatelem osoba, pomocí které má dodavatel plnit určitou část veřejné zakázky nebo která má poskytnout dodavateli k plnění veřejné zakázky určité věci či práva.
38. Podle § 44 odst. 6 zákona zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby uchazeč ve své nabídce specifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům, a aby uvedl identifikační údaje každého subdodavatele. Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit požadavek, že určitá část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem; v takovém případě je zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení uvést, že má v úmyslu si tento požadavek vyhradit.

Zadavatel však nesmí zcela vyloučit možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele.

39. Podle § 51 odst. 4 zákona pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit:

a) doklady prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. j) zákona a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona subdodavatelem a

b) smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona.

Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a) zákona.

40. Podle § 59 odst. 1 zákona veřejný zadavatel posoudí prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu s tímto zákonem.
41. Podle § 60 zákona dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58 zákona, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.

#### **Problematika ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů**

42. Podle § 55 odst. 2 zákona veřejný zadavatel je oprávněn požadovat vedle dokladů podle § 55 odst. 1 zákona rovněž jiné doklady prokazující splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele.
43. Podle § 55 odst. 3 zákona ve vztahu k ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení
- a) stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů,
  - b) uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a
  - c) vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.

#### **VIII. ZJIŠTĚNÍ A ZÁVĚRY ÚŘADU**

44. Úřad přezkoumal na základě § 112 zákona postup zadavatele v zadávacím řízení a po zhodnocení všech podkladů konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky. K tomu dále uvádí následující rozhodné skutečnosti.

### Problematika vyloučení navrhovatele

45. Úřad k uvedené definici subdodavatele dle § 17 písm. i) zákona, jako osoby podílející se na plnění části veřejné zakázky nebo poskytující k plnění veřejné zakázky určité věci či práva, uvádí, že uvedený pojem je vymezen relativně široce (například u stavebních zakázek se může jednat o větší počet osob dodávajících stavební materiály). Subdodavatele je také možno členit do dvou skupin podle toho, jestli prostřednictvím nich dodavatel prokazuje nebo neprokazuje splnění určité části kvalifikace dle § 51 odst. 4 zákona. Dále platí, že zadavatel může dle § 44 odst. 6 zákona po uchazečích požadovat, aby ve své nabídce specifikovali části veřejné zakázky, které mají v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům a uvedli identifikační údaje těchto subdodavatelů. S ohledem na široké vymezení pojmu subdodavatel je vhodné, aby zadavatele, v případě že požaduje předložení uvedeného seznamu subdodavatelů, svůj požadavek blíže specifikoval.
46. Jak je uvedeno v bodu 25. tohoto odůvodnění, zadavatel v zadávací dokumentaci uvedl: *„V případě, že uchazeč nemá v úmyslu zadat určitou část veřejné zakázky jiné osobě (subdodavateli), doloží ve své nabídce písemné prohlášení, ve které tuto skutečnost uvede“*.
47. Navrhovatel ve své nabídce v čestném prohlášení (viz bod 28. toto odůvodnění) uvedl, že *„nemá v úmyslu zadat určitou část veřejné zakázky jiné osobě (subdodavatelům), práce provede vlastními kapacitami“*.
48. Uvedené slovní spojení „zadat určitou část veřejné zakázky“ je nutné chápat ve smyslu **aktivní účasti subdodavatele při plnění veřejné zakázky**. V předmětném případě se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce, jejímž předmětem je vybudování nových zpevněných ploch (vozovek, chodníků a parkovacích stání). „Zadáním určité části veřejné zakázky jiné osobě“ se tedy v tomto případě rozumí aktivní provádění stavebních činností subdodavatelem, případně dodávka materiálu vztahujícího se k předmětu plnění zakázky. Dále je zřejmé, že jako „zadání určité části veřejné zakázky“ nemůže být chápáno pasivní zapojení subdodavatele, který poskytne pouze práva, finanční zdroje nebo know-how pro potřebu prokázání kvalifikačních předpokladů a dále se na samotném plnění předmětu veřejné zakázky již aktivně podílet nebude. Úřad zastává názor, že pouhé poskytnutí know-how není aktivní účastí subdodavatele při plnění předmětu veřejné zakázky.
49. Ze zadávací dokumentace z článku 10.1 vyplývá, že zadavatel požaduje doložit ty subdodavatele, kteří budou realizovat určitou část plnění veřejné zakázky, případně doložit prohlášení, že uchazeč nemá v úmyslu zadat určitou část plnění veřejné zakázky subdodavateli. Plnění určité části veřejné zakázky je nutné interpretovat ve smyslu aktivní účasti, výkonu práce nebo dodávek vymezených v projektové dokumentaci a ve výkazech výměr, jakožto součásti zadávacích podmínek.
50. Z uvedených skutečností je zřejmé, že zadavatel pro potřeby identifikace subdodavatelů ve smyslu § 44 odst. 6 zákona chápe jako subdodavatele osobu, která se bude aktivně podílet na plnění části veřejné zakázky, nikoliv jen pasivně poskytne zdroje, umožňující prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Navrhovatel ve svém čestném prohlášení tedy cituje z článku 10.1 zadávací dokumentace veřejné zakázky, když uvádí, že *„nemá v úmyslu zadat určitou část veřejné zakázky jiné osobě“*.

51. Úřad dále uvádí citaci z rozhodnutí s č. j. ÚOHS-S220/2009-16376/2009/530/RKr ze dne 3. 3. 2010 „...je třeba uvést, že v rozsudku ESD C-389/92 *Ballast Nedam Groep NV v. Belgie* (pozn. tato problematika také řešena v rozsudcích C-5/97 *Ballast Nedam Groep NV v. Belgie a C-176/98 Holst Italia SpA v. Commune Cagliari*), ve kterém soud judikoval, že není třeba bezvýhradně trvat na tom, aby se údaje a doklady k prokázání způsobilosti dodavatele vztahovaly výlučně k určitému právnímu subjektu – v případě, kdy v důsledku holdingových vazeb dodavatel reálně disponuje zázemím, které mu umožňuje reálně splnit předmět veřejné zakázky, je namístě, aby tato skutečnost byla uznána jako dostatečný důkaz jeho způsobilosti.“ Úřad dále cituje z druhostupňového rozhodnutí č. j. R027/2006/02-18466/2006/300-Šp „další citovaný rozsudek, Evropského soudního dvora, C-176/98 *Host Italia SpA v. Comune di Cagliari*, však ve svém odůvodnění obsahuje výklad směrnice č. 92/50/EHS, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby, podle kterého je dovoleno poskytovateli služeb prokázat, že splnil ekonomická, finanční a technická kritéria pro účast v zadávacím řízení odkazem na způsobilost jiných subjektů, bez ohledu na právní povahu spojení, které s nimi má, za předpokladu, že je schopen prokázat, že má skutečně k dispozici prostředky těchto subjektů nezbytné k provedení zakázky“.
52. Dodavatel tedy musí být schopen prokázat, že má skutečně k dispozici prostředky subjektů, prostřednictvím nichž prokazuje splnění kvalifikace, nezbytné k provedení zakázky. V tomto směru navrhovatel doložil smlouvu o budoucí spolupráci. Úřad konstatuje, že tuto navrhovatelem doloženou smlouvu o budoucí spolupráci lze považovat za dostatečné prokázání skutečnosti, tvrzené navrhovatelem, o dispozici s prostředky nezbytnými k provedení veřejné zakázky a navrhovatel tudíž může k prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, konkrétně požadavku na ukazatel ROE, využít své sesterské společnosti Skanska S.A. Předmět plnění uvedené smlouvy specifikoval navrhovatel v článku II (viz bod 27. tohoto odůvodnění), ze kterého neplyne aktivní účast společnosti Skanska S.A. na plnění veřejné zakázky, pouze poskytnutí ekonomického práva a případného know-how, v čemž Úřad aktivní účast na plnění předmětu veřejné zakázky, s odkazem na argumentaci uvedenou v bodech 48 až 50 odůvodnění tohoto rozhodnutí, nespatřuje. Dále Úřad poznamenává, že z článku II. smlouvy o budoucí spolupráci jasně vyplývá závazek společnosti Skanska S.A. k poskytnutí zdrojů, zejména k finančnímu zajištění či know-how. Úřad se tak neztotožňuje s tvrzením zadavatele (viz bod 17. tohoto odůvodnění), že „smlouva žádným věrohodným a nepochybnitelným způsobem nedokazuje, že společnost Skanska a. s. bude v případě svého úspěchu v posuzovaném zadávacím řízení skutečně disponovat s finančními prostředky společnosti Skanska S. A.“.
53. Z výše uvedeného jasně vyplývá závěr Úřadu, že neshledává rozpor mezi navrhovatelem předloženou smlouvou o budoucí spolupráci a čestným prohlášením dle § 44 odst. 6 zákona, neboť uvedené čestné prohlášení je vztaženo k subdodavatelům, kteří se aktivně podílejí na plnění veřejné zakázky, a byla by jim zadána část této zakázky, což v uvedeném případě – prokázání ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu – neplatí.
54. Úřad dále konstatuje, že důvody uvedené v rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení ze dne 22. 3. 2012 (viz bod 3. tohoto odůvodnění) neshledává za opodstatněné, neboť navrhovatel ekonomické a kvalifikační předpoklady dle § 55 odst. 3 písm. c) zákona prokázal.
55. Na základě výše uvedeného zhodnocení stavu dospěl Úřad k závěru, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 6 zákona a § 59 odst. 1 zákona v návaznosti na § 55 odst. 3 písm. c)

zákona tím, že nesprávně posoudil splnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 2 zákona a následně vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, proto Úřad rozhodl tak, jak vyplývá z výroku I. tohoto rozhodnutí.

### **Problematika ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů**

56. Úřad se také zabýval částí návrhu (bod V. návrhu), ve které navrhovatel vyzýval k přezkoumání zadavatelem stanoveného kvalifikačního kritéria, ukazatele ROE v hodnotě minimálně 15 %. Z obsahu této části návrhu je zřejmé, že jsou napadány zadávací podmínky.
57. Úřad konstatuje, že návrh v tomto bodě nesplňuje náležitosti dle § 114 odst. 3 a 4 zákona, neboť námitky proti zadávacím podmínkám nebyly podány ve lhůtě dle § 110 odst. 3 zákona. Tyto námitky by musel navrhovatel doručit zadavateli do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek, tj. do 13. 3. 2012, ale námitky byly zadavateli doručeny až dne 12. 4. 2012.
58. Z uvedených důvodů Úřad návrh v tomto bodě dle § 118 odst. 5 písm. c) zamítl, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Úřad současně neshledal důvody k zahájení řízení z moci úřední z důvodu, že návrhu vyhověl v jiném bodě (viz výrok I. rozhodnutí).

### **Uložení nápravného opatření**

59. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
60. Při rozhodování podle § 118 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy protiprávního stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky.
61. Zadavatel porušil ustanovení § 59 odst. 1 zákona v návaznosti na § 55 odst. 3 písm. c) zákona a § 6 zákona tím, že nesprávně posoudil splnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 2 zákona a následně vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Nelze totiž vyloučit, že vyloučený uchazeč mohl vzhledem k výši jeho nabídkové ceny uspět při hodnocení nabídek a jeho nabídka mohla být vybrána jako nejvhodnější. Proto musel Úřad zrušit rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele a všechny následující úkony učiněné v zadávacím řízení tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí. Zadavatel nyní musí provést nové posouzení nabídek, ve kterém posoudí splnění kvalifikace, a zohlednit přitom závěry Úřadu vyslovené v tomto rozhodnutí.

### **Náklady řízení**

62. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 1 odst. 1 vyhlášky, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
63. Vzhledem k tomu, že úkon zadavatele – rozhodnutí o vyloučení uchazeče (navrhovatele) ze zadávacího řízení ze dne 22. 3. 2012 bylo tímto rozhodnutím zrušeno, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí. 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 2012000255.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní 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 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### Obdrží:

- Město Hodonín, Masarykovo nám. 53/1, 695 35 Hodonín
- Skanska a.s., JUDr. Ondřej Navrkal, Líbalova 2348/1, 149 00 Praha 4
- SWIETELSKY stavební s.r.o. odštěpný závod Dopravní stavby MORAVA, Jahodová ulice 60, 620 00 Brno

### Vypraveno dne:

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