



UOHSX008NKI9

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R211/2012/VZ-30515/2016/321/IPs

Brno 22. července 2016

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 5. 8. 2012 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 6. 8. 2012) podaném navrhovatelem – společností

- **Skanska a.s.**, IČO 26271303, se sídlem Křižíkova 682/34a, Karlín, 186 00 Praha 8, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j.: ÚOHS-S207/2012/VZ-13706/2012/540/ZČa ze dne 23. 7. 2012, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –
- **Povodí Moravy, s. p.**, IČO 70890013, se sídlem Dřevařská 11, 601 75 Brno, učiněných v podlimitní veřejné zakázce „**VD Karolinka – rekonstrukce hráze**“, zadávané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 24. 10. 2011 pod ev. č. 60067024,

jsem podle § 90 odst. 4 ve spojení s § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S207/2012/VZ-13706/2012/540/ZČa ze dne 23. 7. 2012 ve znění opravného rozhodnutí č. j.: ÚOHS-S207/2012/VZ-15140/2012/514/ZČa ze dne 13. 8. 2012

r u š í m

a správní řízení

z a s t a v u j i.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 6. 4. 2012 návrh dodavatele – Skanska a.s., IČO 26271303, se sídlem Křižíkova 682/34a, Karlín, 186 00 Praha 8 (dále jen „**navrhovatel**“) na přezkoumání úkonů zadavatele - Povodí Moravy, s. p., IČO 70890013, se sídlem Dřevařská 932/11, 601 75 Brno (dále jen „**zadavatel**“), učiněných v podlimitní veřejné zakázce „VD Karolinka – rekonstrukce hráze“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 24. 10. 2011 pod ev. č. 60067024.
2. Z rozhodnutí zadavatele o vyloučení zájemce ze dne 27. 2. 2012 vyplývá, že zadavatel vylučuje navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, a to z důvodu omezení počtu zájemců v užším řízení. Dne 15. 3. 2012 byly zadavateli doručeny námitky navrhovatele ze dne 14. 3. 2012, které směřují částečně proti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, které mu bylo doručeno dne 29. 2. 2012 a částečně proti zadávacím podmínkám, týkající se nepřiměřenosti hodnotících kritérií. Námitkám navrhovatele zadavatel nevyhověl.
3. Následně se navrhovatel návrhem u Úřadu domáhal zrušení rozhodnutí o jeho vyloučení ze dne 27. 2. 2012, a aby Úřad uložil zadavateli provést nové omezení počtu zájemců v souladu se zákonem. Navrhovatel alternativně požadoval zrušení zadávacího řízení, pokud nebude možné sjednat nápravu, jak je uvedeno výše.
4. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S207/2012/VZ-8039/2012/540/ZČa ze dne 27. 4. 2012 nařídil na návrh navrhovatele předběžné opatření, jímž byl zadavateli podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona uložena povinnost uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

II. Napadené rozhodnutí

5. Úřad vydal dne 23. 7. 2012 rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S207/2012/VZ-13706/2012/540/ZČa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým zamítl návrh navrhovatele, neboť neshledal důvod k uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.
6. Dne 13. 8. 2012 vydal Úřad rozhodnutí č. j.: ÚOHS-S207/2012/VZ-15140/2012/514/ZČa (dále jen „**opravné rozhodnutí**“), kterým opravil zřejmou nesprávnost ve výroku napadeného rozhodnutí. Tímto rozhodnutím se ve výroku změnil odst. 4 písm. a) § 118 zákona za odst. 5 písm. a) § 118 zákona. Úřad v odůvodnění rozhodnutí uvedl, že v napadeném rozhodnutí byl nesprávně uveden odstavec příslušného paragrafu tak, jak je uvedeno výše, a jelikož jde o zřejmou nesprávnost písemného vyhotovení rozhodnutí, kterou správní orgán opraví i z moci úřední, bylo vydáno opravné rozhodnutí, kterým byla tato zřejmá nesprávnost opravena.

III. Rozklad navrhovatele

7. Dne 6. 8. 2012 obdržel Úřad rozklad navrhovatele proti napadenému rozhodnutí, přičemž tento jej napadá v celém rozsahu. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 24. 7. 2012. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
8. První námitka směřovala proti zamítnutí návrhu navrhovatele podle § 118 odst. 4 zákona, který, s ohledem na znění zákona, účinného v době zahájení zadávacího řízení, neupravoval důvody pro zamítnutí návrhu, ale řešil otázku, v jakých případech Úřad neuloží zákaz plnění smlouvy. Navrhovatel tedy namítá, že Úřad použil nesprávnou právní normu, a proto by mělo být rozhodnutí zrušeno.
9. Další námitkou navrhovatel namítá nesprávnou interpretaci § 51 odst. 4 zákona, kdy nesouhlasí s názorem Úřadu, že v případě prokazování ekonomické kvalifikace subdodavatelem zákon v uvedeném ustanovení vyžaduje, aby se subdodavatel dodavateli smluvně zavázal, že za něj splní část či celý předmět veřejné zakázky s tím, že odpovědnost za toto plnění subdodavatele má dodavatel. Navrhovatel naopak uvádí, že subdodavatel se smluvně zavazuje, že v případě, kdy dodavatel nebude schopen z ekonomických důvodů dostát svých závazků, poskytne dodavateli finanční prostředky nebo jiné zdroje, nezbytné k tomu, aby dodavatel zakázku zrealizoval a dokončil. Subdodavatelé, kteří poskytovali kvalifikaci dodavatelům, měli tedy zajistit, že dodavatelé neskončí v insolventi.
10. Ve věci platnosti subdodavatelských smluv setrval navrhovatel na své argumentaci uvedené ve vyjádření, tedy že se jedná o smlouvy neurčité a tedy neplatné. Nad rámec tohoto vyjádření se podivuje postupu Úřadu, který vydal dne 27. 4. 2012 předběžné opatření, kterým pozastavil zadávací řízení, přičemž jeho vydání odůvodnil pochybností o platnosti a určitosti předložených smluv. Poté Úřad vydal rozhodnutí, ve kterém dospěl k opačnému závěru a navrhovatel uvažuje, zda si Úřad neměl svůj právní názor vytríbit již v rámci rozhodnutí o předběžném opatření, případně by měl v rozhodnutí uvést argumenty, které jej přesvědčily o tom, že se jedná o platné a určité smlouvy.
11. Navrhovatel považuje rozhodnutí za chybné i v části, která se týká problematiky sčítání kvalifikace. Očekával, že Úřad provede test, ve kterém si zodpoví otázku, zdali je z pohledu ekonomické stability na stejné úrovni subjekt, který má požadovaný obrat a požadované poměrové ukazatele a skupina subjektů, kde jeden má požadovaný obrat, ale poměrové

ukazatele ukazují, že jeho aktuální finanční kondice není dostatečná, neboť je závislý na cizích zdrojích. V této souvislosti navrhovatel poukazuje na roční obrát společnosti, jejímž prostřednictvím prokazuje společnost EUROVIA CS ekonomické kvalifikační předpoklady.

12. V otázce plnění či poskytnutí věcí či práv, která poskytne subdodavatel, a s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat, navrhovatel s odkazem na argumentaci uvedenou v předchozím bodě uvádí, že je zřejmé, že společnost REMOSTAV a. s., IČO 25547534, se sídlem Přemyslovka 4, 796 01 Prostějov (dále jen „**REMOSTAV a. s.**“) takovými prostředky, s ohledem na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, nedisponuje.
13. Navrhovatel také nesouhlasí s konstatováním Úřadu, že kritéria pro omezení počtu zájemců byla stanovena přiměřeně, neboť pokud Úřad konstatoval, že pomocí stanovených kritérií zadavatel dosáhl toho, že měl k dispozici dostatečný počet žádostí kvalifikovaných uchazečů, a stanovenými kritérii vyloučil ze zadávacího řízení zájemce, kteří sice kvalifikační předpoklady splnili, nicméně v řízení byli zájemci, kteří požadavkům vyhovovali lépe, pak navrhovatel *„pochybuje o tom, že je vhodné porovnat kvalitu zájemců na základě ekonomických ukazatelů způsobem, že ekonomicky způsobilý zájemce získá 0,06 bodů z 60 možných“*. Zadavatel stanovil minimální hranici likvidity 1,5, avšak takový zájemce získá jen 0,04 bodů, neboť se o zakázku uchází super likvidní zájemce, což však nepřináší dodavateli žádnou výhodu.
14. Poslední námitkou rozkladu je otázka, zda je možné, aby například jeden subjekt byl hodnocen v rámci více žádostí o účast, a tak může nastat situace, že fakticky nebude vybráno 5 nejlepších zájemců, ale jen jeden nejlepší zájemce, který poskytl kvalifikaci pěti vybraným dodavatelům.

Závěr rozkladu

15. Navrhovatel s ohledem na výše uvedené žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil k novému projednání.

IV. Původní rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu

16. Dne 17. 10. 2012 předseda Úřadu vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-R211/2012/VZ-19483/2012/310/IPs (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu**“), kterým potvrdil napadené rozhodnutí a podaný rozklad zamítl.

V. Soudní přezkum rozhodnutí předsedy Úřadu

17. Navrhovatel proti rozhodnutí předsedy Úřadu brojil správní žalobou. Krajský soud v Brně vydal dne 25. 6. 2014 v předmětné věci rozsudek č. j. 31 Af 165/2012-41, kterým žalobu navrhovatele zamítl.
18. Proti výše uvedenému rozsudku Krajského soudu v Brně navrhovatel dále brojil formou kasační stížnosti. Dne 16. 12. 2014 Nejvyšší správní soud vydal rozsudek č. j. 2 As 120/2014-40, kterým zrušil rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 165/2012-41 z důvodu nesprávného právního posouzení a věc vrátil tomuto soudu k dalšímu řízení.
19. Krajský soud v Brně dne 22. 4. 2015 vydal, vázán závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu, rozsudek č. j. 31 Af 165/2012-68, kterým zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu pro nesprávné právní posouzení věci a z důvodu potřeby doplnit dokazování a věc vrátil

Úřadu k dalšímu řízení. Proti rozsudku Krajského soudu č. j. 31 Af 165/2012-68 podal předseda Úřadu kasační stížnost, kterou Nejvyšší správní soud zamítl rozsudkem č. j. 2 As 199/2015-23 zamítl.

VI. Pokračování v řízení o rozkladu

20. Písemností č. j. ÚOHS-25899/2015/321/TNo ze dne 2. 9. 2015 bylo účastníkům řízení oznámeno pokračování ve správním řízení. Předseda Úřadu vydal dne 3. 9. 2015 usnesení, kterým vyzval zadavatele, aby poskytl listiny dokládající stav zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Na toto usnesení reagoval zadavatel přípisem ze dne 8. 9. 2015, kterým Úřadu sdělil, že na předmětnou veřejnou zakázku byla uzavřena smlouva dne 24. 10. 2011 a předmět veřejné zakázky byl řádně dokončen a vyfakturován, což doložil uzavřenou smlouvou.
21. Dne 7. 7. 2016 vydal předseda Úřadu usnesení č. j. ÚOHS-R211/2012/VZ-27785/2016/321/IPs, kterým určil účastníkům řízení lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí. Žádný z účastníků řízení se ve lhůtě stanovené tímto usnesením nevyjádřil.

Stanovisko předsedy Úřadu

22. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
23. Jelikož jsem v průběhu tohoto řízení o rozkladu zjistil, že ve smyslu § 90 odst. 4 správního řádu nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího jsem napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.

VII. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení

24. 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.
25. Podle § 152 odst. 4 správního řádu nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání.
26. Podle § 90 odst. 4 správního řádu jestliže odvolací správní orgán zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího zruší napadené rozhodnutí a řízení zastaví, ledaže jiné rozhodnutí o odvolání může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků.
27. Podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu správní orgán řízení o žádosti usnesením zastaví, jestliže se žádost stala zjevně bezpředmětnou.
28. Bepředmětnost ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu je podle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 20/2011-52 ze dne 16. 8. 2012, proti němuž směřující kasační stížnost

byla rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 79/2012-37 ze dne 26. 6. 2013 zamítnuta, nutno vnímat jako „stav, kdy jakýmkoliv rozhodnutím o žádosti, ať už kladným nebo záporným, nedojde k žádné změně v právním postavení žadatele“.

29. K bezpředmětnosti žádosti, jakožto k důvodu pro zastavení správního řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, se vyjádřil např. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 As 62/2009-68 ze dne 14. 10. 2010, v rozsudku č. j. 8 As 103/2011-92 ze dne 19. 3. 2012 a v rozsudku č. j. 7 Afs 79/2012-37 ze dne 26. 6. 2013 v nichž uvedl, že „důvod pro zastavení řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu je dán tehdy, pokud v průběhu řízení o žádosti dojde k takové změně okolností, že rozhodnutí správního orgánu o žádosti již nebude mít pro žadatele význam.“ Takový navrhovatelem sledovaný význam je potřeba vnímat jako právě ten zamýšlený význam, který by mělo pro navrhovatele eventuální budoucí rozhodnutí Úřadu. Tento význam přitom vždy vyplývá již z původního obsahu návrhu a v zásadě se kryje s předmětem řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky, tj. s cílem uložit konkrétní nápravné opatření, tj. právě to, kterého se navrhovatel v návrhu domáhal.
30. Navrhovatel se návrhem domáhal zrušení rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení ze dne 27. 2. 2012, a aby Úřad uložil zadavateli provést nové omezení počtu zájemců v souladu se zákonem. Navrhovatel alternativně požadoval zrušení zadávacího řízení, pokud nebude možné sjednat nápravu, jak je uvedeno výše.
31. Po skončení správního řízení předcházejícího soudnímu přezkumu došlo k uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky, čímž bylo zadávací řízení na veřejnou zakázku skončeno. Poté, co bylo rozsudkem č. j. 31 Af 165/2012-68 ze dne 22. 4. 2015 zrušeno původní rozhodnutí předsedy Úřadu, se správní řízení vrátilo do fáze řízení o rozkladu. S ohledem na uzavření smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem na předmět veřejné zakázky, potažmo splněním celé smlouvy již tedy není ve správním řízení možné uložit žádné z navrhovatelem požadovaných nápravných opatření. Došlo tak k takové změně okolností, která zapříčinila, že návrh, který v době svého podání bezpředmětným nebyl, se jím stal, neboť po uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky již nelze dosáhnout cíle, ke kterému návrh směřoval.
32. Situace, kdy se žádost stala zjevně bezpředmětnou, jelikož v důsledku uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky nelze dosáhnout cíle návrhu navrhovatele, je jedním z důvodů, na základě kterých musí správní orgán řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu zastavit.
33. K době, kdy lze ještě dosáhnout účelu řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, potažmo cíle návrhu navrhovatele a kdy má tudíž pro navrhovatele rozhodnutí Úřadu o návrhu ještě význam, se vyjádřil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 4 As 249/2014-43 ze dne 31. 3. 2015, v němž uvedl, že „účelem řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je uložení nápravného opatření v případě kvalifikovaného porušení postupu pro zadání veřejné zakázky zadavatelem, tedy zjednání nápravy v době, kdy lze ještě pochybení zadavatele napravit, tj. před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku.“ V tomto rozsudku Nejvyšší správní soud rovněž dospěl k závěru, že „v případě, že po podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dojde k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, je namísto řízení zastavit podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu“.

34. Uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky zapříčiňuje zánik předpokladu řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterým je, jak rovněž uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 4 As 249/2014-43 ze dne 31. 3. 2015, „*trvajícím zadávacím řízením, které lze korigovat uložením opatření dle § 118 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách*“. Povinnost Úřadu vést řízení o přezkoumání úkonů zadavatele i poté, co byla uzavřena smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky, tj. poté co odpadl předmět řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, by byla konstruována nad rámec platné právní úpravy a zákonem stanovené pravomoci Úřadu.
35. Vzhledem k tomu, že je z obsahu spisu tohoto správního řízení zřejmé, že žádný z účastníků netvrdil ani neprokázal, že by jiné rozhodnutí o rozkladu mohlo mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků nezbyvá, než postupem podle § 90 odst. 4 správního řádu napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit.

VIII. Závěr

36. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že zadavatel uzavřel smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.
37. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Skanska a.s., Křižíkova 682/34a, Karlín, 186 00 Praha 8
2. Povodí Moravy s. p., Dřevařská 932/11, 601 75 Brno

Vypraveno dne:

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