



UOHSX0052214

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R54/2013/VZ-8821/2013/310/PMo/IPs

Brno 15. května 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 28. 2. 2013 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne) podaném navrhovatelem –

- společností **EUROVIA CS, a. s.**, IČ 45274924, se sídlem Národní 10, 113 19 Praha 1, ve správním řízení zastoupenou na základě plné moci ze dne 11. 9. 2012 Mgr. Radkem Pokorným, advokátem AK Pokorný, Wagner & spol., se sídlem Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha 1

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa ze dne 14. 2. 2013 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Dopravního podniku hl. m. Prahy, akciová společnost**, IČ 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9,

při zadávání veřejné zakázky „**RTT Poděbradská**“, zadávané v otevřeném nadlimitním řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 6. 4. 2012 v informačním systému o veřejných zakázkách pod ev. č. 213366 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18. 4. 2012 pod ev. č. 2012/S 75-124038,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) 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 ze dne 14. 2. 2013, č. j. ÚOHS-S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa,

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČ 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9 (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil dle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, v informačním systému o veřejných zakázkách dne 6. 4. 2012 pod evidenčním číslem 213366 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18. 4. 2012 pod evidenčním číslem 2012/S 75-124038 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky s názvem „RTT Poděbradská“ (dále jen „**veřejná zakázka**“). Předmětem plnění je dle bodu 4.1 zadávací dokumentace rekonstrukce tramvajové trati včetně příslušenství v rozsahu projektové dokumentace pro výběr zhotovitele. Zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 145 000 000 Kč včetně DPH s tím, že jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zvolil nejnižší nabídkovou cenu.
2. Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel 7 nabídek, přičemž všechny vyhověly kontrole úplnosti dle ustanovení § 71 odst. 8 zákona. Z protokolu o posouzení kvalifikace dodavatelů ze dne 14. 6. 2012 vyplývá, že hodnotící komise doporučila vyloučit uchazeče HOCHTIEF CZ a. s., IČ 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5 (dále jen „**uchazeč HOCHTIEF**“), neboť neprokázal splnění požadovaných kvalifikačních předpokladů. Z protokolu z 2. jednání hodnotící komise ze dne 14. 6. 2012 vyplývá, že hodnotící komise doporučila jako nejvhodnější vybrat nabídku navrhovatele. Rozhodnutím ze dne 20. 6. 2012 zadavatel rozhodl o vyloučení uchazeče HOCHTIEF ze zadávacího řízení. Rozhodnutím z téhož dne pak zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, a to nabídky společnosti EUROVIA CS, a.s., IČ 45274924, se sídlem Národní 10, 113 19 Praha 1 (dále jen „**navrhovatel**“). Zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání námitek námitky uchazeče HOCHTIEF ze dne 12. 7. 2012 proti svému vyloučení z účasti v zadávacím řízení. V odůvodnění námitek uchazeč HOCHTIEF konstatuje, že splnění kvalifikace prokázal v souladu se zákonem a v souladu

¹ Pozn.: pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

s podmínkami zadavatele stanovenými v zadávací dokumentaci. Rozhodnutím ze dne 20. 7. 2012 zadavatel podaným námitkám vyhověl a zrušil rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky.

3. Proti rozhodnutí zadavatele o zrušení rozhodnutí o vyloučení uchazeče HOCHTIEF z účasti v zadávacím řízení a zrušení rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky podal navrhovatel dne 20. 8. 2012 námitky. Dopisem ze dne 5. 9. 2012 zadavatel informoval uchazeče, že o námitkách nerozhodl ve lhůtě podle § 111 odst. 1 zákona a tedy námitkám ve smyslu ustanovení § 111 odst. 5 nevyhověl. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval vyřízení námitek zadavatelem za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 14. 9. 2012 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh“).
4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel návrh dne 14. 9. 2012, a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
5. V návrhu navrhovatel namítá, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, když zrušil rozhodnutí o vyloučení uchazeče HOCHTIEF ze zadávacího řízení a následně zrušil i veškeré další realizované kroky, včetně hodnocení nabídek, které nebyly ze zadávacího řízení vyřazeny, a rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky, na jehož základě byla jako nejhodnější vybrána nabídka navrhovatele, ačkoliv dle názoru navrhovatele byly dány důvody pro vyloučení uchazeče HOCHTIEF a zadavatel změnu svého rozhodnutí nikterak neodůvodnil, ani navrhovateli není známa žádná skutečnost, která by jakkoliv nasvědčovala tomu, že důvody pro vyloučení uchazeče HOCHTIEF pominuly. Zadavatel dle navrhovatele porušil rovněž § 6 zákona (zásadu transparentnosti), když v oznámení o námitkách neuvedl, z jakého důvodu námitkám vyhověl a zrušil rozhodnutí o vyloučení uchazeče HOCHTIEF. Z obsahu protokolu o posouzení kvalifikace dodavatelů dle navrhovatele jednoznačně vyplývá, že uchazeč HOCHTIEF měl být v souladu se zákonem vyloučen z další účasti v zadávacím řízení pro nesplnění kvalifikace. Z tohoto důvodu nelze považovat rozhodnutí zadavatele o zrušení rozhodnutí o vyloučení uchazeče HOCHTIEF za učiněné v souladu se zákonem. Uchazeč HOCHTIEF neprokázal splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle bodu 9.4 zadávací dokumentace, neboť splnění tohoto kvalifikačního předpokladu v plném rozsahu prokázal prostřednictvím subdodavatele SWIETELSKY Baugesellschaft m.b.H., Edlbachersrasse 10a, A-4020 Linz, Rakousko (dále jen „subdodavatel“), přičemž podíl subdodavatele na plnění veřejné zakázky je v nabídce uchazeče HOCHTIEF uveden pouze ve výši 9 %.
6. Z protokolu o posouzení kvalifikace pak dle navrhovatele rovněž vyplývá, že subdodavatel plně prokázal splnění technických kvalifikačních předpokladů dle bodu 9.5.1 zadávací dokumentace, kde uchazeči měli doložit seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních pět let. Za nejvýznamnější práce zadavatel označil minimálně dvě dokončené rekonstrukce nebo novostavby tramvajových tratí vč. kolejových konstrukcí s investičními náklady min. 120 mil. Kč a minimálně jednu dokončenou rekonstrukci nebo novostavbu tramvajové trati s minimální délkou 1,5 km bezстыkové koleje na pražcích (tj. 750 m obousměrné TT nebo 1500 m jednosměrné TT). Navrhovatel namítá, že tato skutečnost nekoresponduje se zněním zákona, když se subdodavatel bude podílet pouze z 9 % na plnění předmětu veřejné zakázky. Subdodavatel rovněž za uchazeče HOCHTIEF prokazuje technické kvalifikační předpoklady dle bodu 9.5.2 zadávací dokumentace, a to osvědčení o vzdělání a profesní kvalifikaci klíčového člena č. 4 – přípravaře stavby, a technický kvalifikační

předpoklad – přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední tři roky. Zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, že průměrný počet vymezených osob musí ve všech sledovaných letech činit alespoň 100 osob a průměrný počet shora vymezených osob s postavením vedoucího zaměstnance musí ve všech sledovaných letech činit alespoň 15 osob. Z protokolu o posouzení kvalifikace pak dle navrhovatele rovněž vyplývá, že tyto kvalifikační předpoklady byly prokázány subdodavatelem, což neodpovídá jeho závazku, kterým se bude podílet na plnění veřejné zakázky. Navrhovatel ze znění protokolu o posouzení kvalifikace dodavatelů předpokládá, že závazek subdodavatele obsažený ve smlouvě o spolupráci na veřejné zakázce (dále jen „smlouva“) uzavřené mezi uchazečem HOCHTIEF a subdodavatelem je z důvodu neurčitosti uzavřen neplatně a je pouhou citací § 51 odst. 4 písm. b) zákona, nikoli konkrétním závazkem subdodavatele, k jehož plnění by se podpisem smlouvy zavázal. Ze smlouvy nevyplývá poskytnutí věcí či práv alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokazuje splnění kvalifikace, přičemž navrhovatel odkazuje na odbornou literaturu, dle které by měl být obsahem smlouvy závazek konkrétního plnění – provedení konkrétní činnosti či poskytnutí konkrétních věcí či práv.

7. Dne 21. 9. 2012 Úřad obdržel vyjádření zadavatele k návrhu. Dle něj rozhodnutím o zrušení rozhodnutí o vyloučení uchazeče HOCHTIEF konstatuje, že ani rozhodnutím o zrušení rozhodnutí o vyloučení uchazeče HOCHTIEF a zároveň o zrušení úkonů navazujících, včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, a ani svým jiným postupem, se porušení žádných ustanovení zákona ani zásad, na kterých zákon stojí, nedopustil a při všech svých úkonech v rámci zadávacího řízení postupoval v plném souladu se zákonem i s rozhodovací praxí Úřadu. K prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů uchazeče HOCHTIEF subdodavatelem zadavatel uvádí, že dokladům předloženým subdodavatelem odpovídají konkrétní ujednání obsažená ve smlouvě, kde se subdodavatel zavázal zejména k podílu na ekonomickém řízení zakázky a garanci ekonomické výkonnosti dodavatele, podílu na organizaci a řízení realizace veřejné zakázky, poskytnutí odborného zázemí a odborné zkušenosti svojí i svých pracovníků, jakož i součinnosti při kontrole jakosti plnění veřejné zakázky a poskytnutí potřebného know-how. Z obsahu smlouvy je tak zřejmé, že subdodavatel bude poskytovat plnění v rozsahu, v jakém prokázal splnění kvalifikace. Uchazeč HOCHTIEF využil zákonnou možnost a doložil splnění kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele v souladu s § 51 odst. 4 zákona. Tato skutečnost dle zadavatele vyplývá především z rozsudku Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) č. j. 5 Afs 78/2010 – 192 ze dne 30. 9. 2011, v němž se NSS vyjádřil k možnosti prokazování technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. c) zákona, přičemž dospěl k závěru, že takový postup je možný. K navrhovatelem zmíněným rozhodnutím zadavatel uvedl, že je třeba zohlednit skutečnost, že výše uvedené rozhodnutí NSS je rozhodnutím pozdějším a současně rozhodnutím, které svými právními názory Úřad zavazuje.
8. Úřad oznámil zahájení správního řízení účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S540/2012/VZ-18431/2012/514/IMa ze dne 2. 10. 2012. Usnesením č. j. ÚOHS-S540/2012/VZ-18557/2012/514/IMa z téhož dne Úřad stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž byli oprávněni navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, vyjádřit svá stanoviska v řízení, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Rozhodnutím o předběžném opatření č. j. ÚOHS-

S540/2012/VZ-18644/2012/514/IMa ze dne 2. 10. 2012 nařídil Úřad zadavateli na návrh navrhovatele zákaz uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení.

II. Napadené rozhodnutí

9. Dne 14. 2. 2013 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl návrh navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odstavce 1 nebo 2 tohoto ustanovení zákona.
10. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když zrušil rozhodnutí o vyloučení uchazeče HOCHTIEF ze zadávacího řízení a všechny následující úkony, neboť uchazeč HOCHTIEF prokázal splnění kvalifikačních předpokladů v souladu se zákonem a v souladu s podmínkami stanovenými zadavatelem.
11. Ve vztahu k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů Úřad uvedl následující. Nejprve poukázal na bod 9.4.3 zadávací dokumentace, kde zadavatel stanovil, že v souladu s § 55 odst. 1 písm. c) zákona požaduje k prokázání ekonomických a technických kvalifikačních předpokladů doložení údaje o celkovém obratu dodavatele a obratu dodavatele dosaženého ve stavební činnosti za poslední 3 účetní období. Zadavatel stanovil, že dodavatel prokáže tento předpoklad, pokud dosáhne výše jeho celkového obratu v každém roce sledovaného období min. 500 mil. Kč a pokud dosáhne výše jeho obratu ve stavební činnosti na rekonstrukcích a stavbách tramvajových tratí a tramvajových vozoven, souhrnem za tři sledovaná období, min. 130 mil. Kč. V bodě 9.5.1 zadávací dokumentace stanovil, že požadavek dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona prokáže dodavatel, který předloží seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních pět let. Za nejvýznamnější práce zadavatel označil minimálně dvě dokončené rekonstrukce nebo novostavby tramvajových tratí vč. kolejových konstrukcí s investičními náklady min. 120 mil. Kč a minimálně jednu dokončenou rekonstrukci nebo novostavbu tramvajové trati s minimální délkou 1,5 km bezстыkové koleje na pražcích (tj. 750 m obousměrné TT nebo 1500 m jednosměrné TT). V bodě 9.5.2 zadávací dokumentace dále stanovil, že požadavek dle § 56 odst. 3 písm. c) zákona prokáže dodavatel, pokud doloží, že osoby odpovědné za vedení realizace stavby splňují požadavky na vzdělání a odbornou kvalifikaci mj. takto: klíčový člen č. 4 – přípravař stavby – vysokoškolské vzdělání, znalost češtiny na komunikativní úrovni, ovládnutí výpočetní techniky – min. MS Office, Internet, min. 7 let praxe v oblasti přípravy staveb městských komunikací a tramvajovými tratěmi. V bodě 9.5.3 zadávací dokumentace je stanoveno, že požadavek dle § 56 odst. 3 písm. e) zákona prokáže dodavatel, pokud doloží přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední 3 roky tak, že průměrný počet shora vymezených osob musí ve všech sledovaných letech činit alespoň 100 osob a průměrný počet osob s postavením vedoucího zaměstnance musí ve všech sledovaných letech činit alespoň 15 osob. Splnění všech těchto výše uvedených kvalifikačních požadavků zadavatele dle Úřadu prokázal uchazeč HOCHTIEF prostřednictvím svého subdodavatele.
12. Dle Úřadu je v daném případě klíčové, zda smlouva splňovala požadavky dle § 51 odst. 4 písm. b) zákona. Z čl. 2 smlouvy vyplývají závazky smluvních stran. Subdodavatel se mimo jiné zavázal uchazeči HOCHTIEF poskytnout plnění alespoň v rozsahu, v jakém prokázal

splnění kvalifikace pro plnění veřejné zakázky. Subdodavatel se dále zejména zavázal při plnění zakázky podílet na ekonomickém řízení zakázky a garantovat ekonomickou výkonnost dodavatele, dále na organizaci a řízení realizace veřejné zakázky, poskytnout odborné zázemí a odbornou zkušenost svoji i svých pracovníků, jakož i součinnost při kontrole jakosti plnění veřejné zakázky, dát dodavateli k dispozici veškeré know-how potřebné k plnění veřejné zakázky a poskytnout mu veškeré zdroje a kapacity, jimiž by snad sám dodavatel nedisponoval; subdodavatel poskytne plnění tak, aby dodavatel mohl postupovat stejně, jako kdyby sám měl zkušenosti s realizací stavebních prací obdobného charakteru jako předmět veřejné zakázky, jejichž doložení je požadováno v zadávacích podmínkách veřejné zakázky.

13. Dle Úřadu ze zákona nevyplývá jednoznačný návod, jak by měla být formulována smlouva uzavřená mezi dodavatelem a subdodavatelem, který prokazuje splnění kvalifikace. Je třeba vždy přihlídnout k okolnostem, za kterých je smluvní vztah mezi zadavatelem a vybraným uchazečem uzavírán, neboť zadavatel má rovněž další způsoby zajištění, pokud by vybraný uchazeč neplnil veřejnou zakázku v souladu se zněním smlouvy o dílo. Z obsahu návrhu smlouvy o dílo je zřejmé, že zadavatel má vůči jakémukoliv vybranému uchazeči řadu nástrojů, jak kompenzovat ztráty z neúspěšně realizované veřejné zakázky. V první řadě se jedná především o bankovní záruku (když je v bodě 10. zadávací dokumentace stanoveno, že vybraný uchazeč je povinen předložit formou záruční listiny bankovní záruku ve výši 8 mil. Kč ve prospěch zadavatele). Dalším institutem zajišťujícím řádné plnění veřejné zakázky je povinné pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou na životě, zdraví a majetku třetích osob, včetně majetku objednatele, činností prováděnou v souvislosti s plněním předmětu smlouvy. Minimální pojistná částka dle bodu 9.4.1 zadávací dokumentace činí 100 mil. Kč. Z nabídky uchazeče HOCHTIEF vyplývá, že požadavek na celkový obrat dodavatele v každém roce sledovaného období ve stavební činnosti v minimálním objemu 500 mil. Kč prokázal sám uchazeč HOCHTIEF, a to dopisem zadavateli ze dne 14. 9. 2012. Subdodavatel v rámci prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů za uchazeče HOCHTIEF prokázal pouze výši obratu ve stavební činnosti na rekonstrukcích a stavbách tramvajových tratí a tramvajových vozoven, souhrnem za tři sledovaná účetní období, v minimální výši 130 mil. Kč, přičemž ze smlouvy vyplývá, že se tento subdodavatel bude podílet právě na odborné činnosti související se stavbou tramvajové trati. Dle Úřadu nelze souhlasit s vyjádřením navrhovatele, že smlouva je neurčitá, neboť pokud subdodavatel za dodavatele prokázal splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů ve vztahu k výstavbě a rekonstrukci tramvajových tratí, lze z obsahu smlouvy dovodit, že se bude v potřebném rozsahu a svým know-how podílet na realizaci veřejné zakázky. Úřad uvedl, že nabídka, kterou zadavatel obdržel od uchazeče HOCHTIEF ve spojitosti se závazkem subdodavatele podílet se na plnění veřejné zakázky, dává zadavateli jistotu, že se o veřejnou zakázku uchází takový dodavatel, který v případě úspěchu v zadávacím řízení bude schopen předmět plnění veřejné zakázky realizovat, neboť prokázal splnění kvalifikačních předpokladů.
14. Ve vztahu k otázce podílu subdodavatele na realizaci veřejné zakázky Úřad uvedl, že ze smlouvy jednoznačně vyplývá, že subdodavatel se mimo jiné zavazuje poskytnout uchazeči HOCHTIEF odborné zázemí a odbornou zkušenost svoji i svých pracovníků, jakož i součinnost při kontrole jakosti plnění veřejné zakázky. Pokud subdodavatel plně prokázal za uchazeče HOCHTIEF splnění technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, a to předložením seznamu stavebních prací provedených dodavatelem za posledních pět let

v oblasti rekonstrukce nebo novostavby tramvajových tratí, lze konstatovat, že podíl subdodavatele na realizaci veřejné zakázky ve výši 9 % při montáži kolejí, včetně podbití, svařování a broušení, mimo dodávek pražců, odpovídá znění zákona. Pokud by měl být § 51 odst. 4 písm. b) interpretován tak, že míra prokazování kvalifikace musí identicky odpovídat skutečnému podílu na realizaci veřejné zakázky, tak k tomu Úřad uvedl, že takový závěr by vedl k absolutní nejistotě zadavatelů posuzujících prokázání splnění kvalifikace subdodavatelem, neboť by neposkytoval odpověď, v jaké míře by měl subdodavatel plnit předmět veřejné zakázky, když prokazuje splnění všech technických kvalifikačních předpokladů. V případě ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů se subdodavatel nemusí podílet na plnění veřejné zakázky ani z marginální části, neboť se zavazuje garantovat ekonomickou stabilitu dodavatele a účel prokázání těchto kvalifikačních předpokladů je tak splněn. Smyslem prokázání technických kvalifikačních předpokladů je zajistit, aby veřejnou zakázku plnil „způsobilý“ dodavatel. Nelze však zároveň konstatovat, že zákon za situace, kdy subdodavatel prokazuje všechny technické kvalifikační předpoklady, by předpokládal, že tento subdodavatel bude rovněž plnit celý předmět veřejné zakázky. Je tedy třeba zohlednit to, že subdodavatel nemá vůči zadavateli solidární odpovědnost, neboť odpovědným subjektem vůči zadavateli je pouze dodavatel. Pokud je tedy předmětem plnění veřejné zakázky rekonstrukce tramvajové trati (včetně příslušenství) a subdodavatel se zavázal plnit 9 % z tohoto předmětu plnění veřejné zakázky, nelze dle Úřadu konstatovat, že dodavatel neprokázal splnění požadované kvalifikace.

15. K vyjádření navrhovatele, že dle jeho odborných znalostí reálný podíl subdodavatele na realizaci veřejné zakázky bude vyšší než 9 %, Úřad uvedl, že tyto skutečnosti nepodpořil žádným dalším zdůvodněním, či důkazem, tudíž je Úřad v dané věci nepovažoval za relevantní. Je v pravomoci zadavatele a jeho odborných znalostí, aby z technického hlediska přezkoumal, zda montáž kolejí včetně podbití, svařování a broušení odpovídá 9 % plnění předmětu veřejné zakázky. K problematice (ne)přezkoumatelnosti a (ne)transparentnosti postupu zadavatele při rozhodnutí o zrušení vyloučení uchazeče HOCHTIEF ze zadávacího řízení a všech následujících úkonů Úřad uvedl, že v rozhodnutí o námitkách ze dne 20. 7. 2012 zadavatel přezkoumatelným a transparentním způsobem odůvodnil, z jakého důvodu rozhodl o zrušení rozhodnutí o vyloučení uchazeče HOCHTIEF s tím, že zákon nestanoví zadavateli povinnost nad rámec výše uvedeného odůvodňovat své rozhodnutí o způsobu vyřízení námitek. Postup zadavatele musí být především přezkoumatelný vůči stěžovateli, příp. při přezkumu úkonů zadavatele u Úřadu, přičemž z obsahu odůvodnění rozhodnutí o námitkách uchazeče HOCHTIEF je zřejmé, že tomu tak bylo.

III. Námitky rozkladu

16. Dne 28. 2. 2013 podal navrhovatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen téhož dne, tedy v zákonem stanovené lhůtě.
17. Navrhovatel v první řadě namítá, že Úřad v napadaném rozhodnutí v rozporu s ustanovením § 51 odst. 4 zákona a § 6 zákona posoudil splnění kvalifikačních předpokladů uchazeče HOCHTIEF, resp. prokázání splnění kvalifikace jeho subdodavatelem. Ve smlouvě uzavřené mezi uchazečem HOCHTIEF a subdodavatelem musí být stanoveny konkrétní závazky subdodavatele vztahující se k plnění veřejné zakázky a kvalifikačním předpokladům, které

jsou takovou smlouvou prokazovány. Tyto požadavky však dle navrhovatele smlouva nesplňuje, když závazky subdodavatele v ní uvedené jsou pouze obecné povahy a opisem dikce ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona, bez jakékoliv konkretizace, a jsou tak v podstatě nevynutitelné.

18. Dle navrhovatele dostatečná technická způsobilost uchazeče HOCHTIEF (ve vazbě na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 15/2009 ze dne 10. 3. 2011) nemohla být dána za situace, kdy smlouva nestanovuje konkrétní závazky subdodavatele k plnění jím zajišťovaných činností. V tomto ohledu je zcela irelevantní Úřadem zdůrazňovaná existence záruk zadavatele za řádné splnění veřejné zakázky požadovaných vůči vybranému uchazeči dle smlouvy o dílo, které otázku splnění technické kvalifikace uchazeče HOCHTIEF nijak neřeší. Navrhovatel má tedy za to, že smlouva nebyla uchazečem HOCHTIEF předložena v souladu s ustanovením § 51 odst. 4 písm. b) zákona a uchazeč HOCHTIEF tak dle něj dostatečně neprokázal splnění kvalifikačních předpokladů, neboť zadavatel musí mít možnost posoudit, zda je subdodavatel schopen na základě vztahu k dodavateli, který prokazuje splnění kvalifikace subdodavatelem, garantovat realizaci veřejné zakázky a zajistit splnění požadovaných kvalifikačních předpokladů (dle navrhovatele je tedy irelevantní odkaz Úřadu na rozsudek NSS č. j. 5 Afs 78/2010-192 ze dne 30. 9. 2011). Vzhledem k výše uvedenému byl zadavatel zejména povinen posoudit, zda jsou dostatečné závazky ze smlouvy z hlediska schopnosti uchazeče HOCHTIEF zajistit si na základě smlouvy ta plnění od subdodavatele, kterým uchazeč HOCHTIEF prokazoval splnění kvalifikačních předpokladů.
19. To platí tím spíše za situace, kdy z nabídky uchazeče HOCHTIEF vyplývá, že se má subdodavatel podílet na plnění veřejné zakázky pouze z 9 %, a ze smlouvy vyplývá pouze obecná proklamace bez konkrétních a jednoznačných závazků. Jsou tedy dány vážné pochybnosti, zda je subdodavatel schopen poskytnout uchazeči HOCHTIEF veškeré zdroje nezbytné k plnění veřejné zakázky, kterými byla prokazována kvalifikace. Pochybnost o splnění kvalifikace uchazeče HOCHTIEF prostřednictvím subdodavatele zakládá i to, že uchazeč HOCHTIEF vyčíslil ve své nabídce podíl subdodavatele na plnění veřejné zakázky ve výši 9 %, avšak tento podíl neodpovídá věcnému vymezení rozsahu činností subdodavatele, na kterých by se měl při plnění veřejné zakázky podílet. Nadto se dle navrhovatele Úřad nezabýval jeho námitkou týkající se zřejmé nesprávnosti (uchazečem HOCHTIEF uváděné) účasti subdodavatele na plnění veřejné zakázky (ve výši 9 %). Procentuální výše podílu subdodavatele uváděného uchazečem HOCHTIEF je dle něj v daném případě podstatná pro posouzení splnění kvalifikace uchazeče HOCHTIEF prostřednictvím subdodavatele, a jedná se o skutečnost, kterou se byl zadavatel i Úřad povinen zabývat. Dle vyjádření navrhovatele je z dokumentace o veřejné zakázce zřejmé, že zadavatel tyto skutečnosti neposuzoval a při rozhodování o splnění kvalifikačních předpokladů nezohlednil, přičemž tento postup následně Úřad shledal jako souladný se zákonem. Navrhovatel tedy zastává názor, že Úřad postupoval v rozporu s ustanovením § 3 ve spojení s § 50 odst. 2 a ustanovením § 52 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), neboť nezjistil skutkový stav věci v rozsahu potřebném pro vydání napadeného rozhodnutí.
20. Dále navrhovatel poukazuje na to, že Úřad v napadeném rozhodnutí nesprávně posoudil jeho námitku týkající se netransparentnosti a nepřezkoumatelnosti postupu zadavatele při informování uchazečů o svém rozhodnutí o námitkách uchazeče HOCHTIEF ze dne

20. 7. 2012. Zadavatel byl dle něj povinen postupovat transparentně a v souladu s § 6 zákona své rozhodnutí o námitkách uchazeče HOCHTIEF přiměřeně odůvodnit i v případě, že mu povinnost k odůvodnění tohoto rozhodnutí ustanovením § 111 odst. 3 zákona nebyla výslovně stanovena. Právě za situace, kdy již zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky a toto rozhodnutí zrušil, by zadavatel měl takové rozhodnutí odpovídajícím způsobem odůvodnit tak, aby uchazečům nevznikly pochybnosti o pravých důvodech postupu zadavatele.

21. Následně navrhovatel rozporuje postup Úřadu ve vztahu k (v návrhu uváděnému) správnímu deliktu zadavatele podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. g) zákona, kdy zadavatel nevyřídil námitky navrhovatele v souladu s ustanovením § 111 zákona, tedy v zákonem stanovené lhůtě. V této souvislosti vyjadřuje nesouhlas s postupem Úřadu, který je uveden v bodě 63. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že tuto namítanou skutečnost Úřad zaevidoval jako podnět, který bude případně řešen v samostatném správním řízení zahájeném z moci úřední. Navrhovatel je přesvědčen, že Úřad byl podle ustanovení § 67 a násl. správního řádu povinen rozhodnout o celém předmětu řízení vymezeným návrhem, a nikoliv tak, že ohledně části návrhu bude Úřad případně rozhodovat v samostatném řízení zahájeném z moci úřední bez účasti navrhovatele jakožto účastníka řízení. Tím, že Úřad v napadeném rozhodnutí nerozhodl o návrhu v celém jeho rozsahu, zatížil napadené rozhodnutí a řízení mu přecházející procesním pochybením a vadou nezákonnosti.

Doplnění rozkladu

22. Dne 26. 3. 2013 obdržel Úřad od navrhovatele doplnění rozkladu ze dne 22. 3. 2013. Základní námitky rozkladu byly navrhovatelem zachovány, byly pouze rozvedeny. První námitka se týká opět nesprávného a nezákonného posouzení splnění kvalifikačních předpokladů pomocí subdodavatele Úřadem, přičemž navrhovatel uvádí, že je třeba posoudit, zda subdodavatelská smlouva obsahuje závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem. Navrhovatel odkazuje na rozsudky Evropského soudního dvora, z nich vyplývá, že je třeba mít prokázáno, že uchazeč musí mít k dispozici zdroje těch subjektů nebo podniků, které sám nevlastní a které jsou zapotřebí k provedení zakázky.
23. Další námitka se týká kvalifikačního předpokladu vztahujícího se k obratu. Zda navrhovatel namítá, že odborná literatura jako příklad určitého závazku uvádí dohodu mezi subdodavatelem a dodavatelem o ručení, přičemž dle navrhovatele ze předmětné subdodavatelské smlouvy žádný takový závazek nevyplývá. Dále nesouhlasí s konstatováním Úřadu, že zadavatel má vůči dodavateli i jiné zajišťovací instrumenty, přičemž dle navrhovatele z toho vyplývá, že by pak mohly být kvalifikační požadavky vykládány mírněji.
24. Další námitka jde proti kvalifikačnímu požadavku vztahujícímu se k realizovaným stavebním pracím. Z pohledu navrhovatele je zřejmé, že uchazeč HOCHTIEF nemá žádné zkušenosti se zakázkami obdobného charakteru, neboť nerealizoval ani jednu obdobnou, technologicky náročnou stavební zakázku a se subdodavatelské smlouvy nevyplývá konkrétní závazek subdodavatele, který by zadavateli zaručil, že odborné práce budou realizovány subdodavatelem, tedy subjektem, který potřebnými zkušenostmi disponuje.

25. Následná námitka se týká kvalifikačního předpokladu vztahujícího se ke klíčovému členu č. 4. Navrhovatel namítá, že z napadeného rozhodnutí nijak nevyplývá, že by ve vztahu k tomuto kvalifikačnímu předpokladu byl v subdodavatelské smlouvě nějaký závazek. V závěru námitky navrhovatel opět shrnuje, že dle jeho posouzení v subdodavatelské smlouvě není obsažen závazek subdodavatele k poskytnutí plnění v rozsahu jeho prokázání ekonomických, finančních i technických kvalifikačních předpokladů.
26. Další soubor námitek se týká srovnání poměru mezi zadavatelem uváděným podílem subdodavatele na realizaci veřejné zakázky a na výpočtu navrhovatele, dle kterého by se subdodavatel měl na realizaci podílet min. v 24,8% vzhledem k celkové ceně zakázky. Navrhovatel nesouhlasí s odkazem Úřadu na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 78/2010 a naopak odkazuje na rozsudek Evropského soudního dvora C-389/2 a C 176/98, které uvádí, že je třeba, aby měl dodavatel reálnou dispozici s prostředky subdodavatele. Ve stejném duchu pak odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 87/2008-81 ze dne 9. 7. 2009 a na dřívější rozhodovací praxi Úřadu. Navrhovatel dovozuje, že z § 51 odst. 4 zákona vyplývá, že by subdodavatel měl realizovat odborné stavební práce, se kterými nemá uchazeč HOCHTIEF žádnou zkušenost. Zároveň navrhovatel namítá, že hodnotící komise nejprve jednomyslně rozhodla, že uchazeč HOCHTIEF neprokázal splnění kvalifikace a pak změnila své stanovisko, což náležitě nebylo zadavatelem zdůvodněno. Následně pak navrhovatel propočítává s ohledem na položky výkazu výměr, že subdodavatel by měl realizovat práce ve vyšší míře, než je dodavatelem uváděných 9% zakázky. Tuto úvahu měl potvrdit nebo vyvrátit zadavatel, a pokud této povinnosti nedostál, pak dle navrhovatele měl Úřad tuto skutečnost v řízení ověřit.
27. Poslední námitka se týká, shodně s rozkladem, nevypořádání se s návrhem navrhovatele na uložení správní sankce zadavateli dle § 120 odst. 1 písm. g) zákona. Navrhovatel trvá na svém stanovisku, že postup Úřadu je nesprávný a nezákonný, když se odmítl zabývat částí návrhu navrhovatele. Navrhovatel nesouhlasí s posouzením této části návrhu jako podnětu, když se jedná zcela zjevně o návrh.

Závěr rozkladu

28. Na základě shora uvedených skutečností navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

29. Správní orgán prvního stupně neshledav důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, předal v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu spis orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

30. Po projednání rozkladu zadavatele a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu zadavatele a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

31. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa ze dne 14. 2. 2013, podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl návrh navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odstavce 1 nebo 2 tohoto ustanovení zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

Nesprávné a nezákonné posouzení splnění kvalifikačních předpokladů pomocí subdodavatele Úřadem

32. Navrhovatel namítá nesprávnost a nezákonnost napadeného rozhodnutí, pokud jde o stanovisko Úřadu o tom, že zadavatel posoudil splnění kvalifikačních podmínek společnosti HOCHTIEF prokazovaných v plném rozsahu prostřednictvím subdodavatele v souladu s § 51 odst. 4 zákona a § 6 zákona. Navrhovatel trvá na svém názoru, že subdodavatelská smlouva uzavřená mezi uchazečem HOCHTIEF a subdodavatelem, neodpovídá požadavkům zákona a neobsahuje konkrétní závazek subdodavatele.
33. Úřad v napadeném rozhodnutí nijak nezpochybil, že by obecně ze subdodavatelské smlouvy neměl vyplývat 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 jaké subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Takto ostatně zní § 51 odst. 4 písm. b) zákona. Úřad předmětnou smlouvu ze dne 24. 5. 2012, uzavřenou mezi uchazečem HOCHTIEF a subdodavatelem přezkoumal a došel k závěru, že obsahově splňuje veškeré náležitosti, stanovené zákonem. Jelikož zákon stanoví náležitosti takové smlouvy pouze obecně, je třeba ke každé takové smlouvě přistupovat individuálně a takto ji také posuzovat, což ostatně konstatoval i Úřad v napadeném rozhodnutí. Po přezkoumání předmětné smlouvy považují posouzení Úřadu této smlouvy za správné. Subdodavatel se touto smlouvou nezavazuje k faktické realizaci prací, které odpovídají činností, jež v rámci prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů za dodavatele prokázal, zavazuje se však k tomu, že mu „umožní uplatnění odborné kvalifikace a zkušeností subdodavatele a jeho zaměstnanců při realizaci stovebních prací obdobného charakteru ...“. Dále se zavázal, že mu „poskytne odborné zázemí a odbornou zkušenost svoji i svých pracovníků, jakož i součinnost při kontrole jakosti plnění veřejné zakázky ... know-how potřebné k plnění veřejné zakázky...“. Podstata spolupráce dodavatele a subdodavatele tedy bude spočívat na úrovni předávání odborných znalostí a zkušeností, které subdodavatel získal při realizaci zakázek, kterými bylo prokazováno splnění technických kvalifikačních předpokladů podle zadávací dokumentace a zajištěním odborné kontroly nad řádným plněním předmětných částí veřejné zakázky.
34. Nelze přijmou názor, že by subdodavatel musel sám realizovat práce, které prokazoval za dodavatele. Pokud má dodavatel dostatečné zázemí a kapacity k jejich provedení, za předpokladu, že se k tomu v subdodavatelské smlouvě subdodavatel výslovně nezavázal, a že zadavatel bude mít dostatečně zaručeno, že za takových předpokladů bude dodavatel schopen plnit veřejnou zakázku řádně a včas, je možné, aby zadavatel akceptoval takové

uspořádání vztahů mezi dodavatelem a subdodavatelem, kdy dodavatel bude práce provádět svými pracovníky, za odborného dozoru a spolupráce subdodavatele, který má právě ony potřebné zkušenosti. Protože jaký jiný smysl mají kvalifikační předpoklady, než prokázání odborných znalostí a zkušeností dodavatele k plnění veřejné zakázky. Pokud zákon současně umožňuje prokazování částí kvalifikace subdodavatelem a zadavatel takové plnění nevyločil, pak by jiným výkladem zákona Úřad bránil efektivní soutěži mezi dodavateli, neboť by nepřipustně omezoval okruh dodavatelů.

35. I z Úřadem citovaného rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2011, č. j. 5 Afs 78/2010-192 vyplývá, že ve vztahu k zadavateli nese odpovědnost za splnění veřejné zakázky pouze dodavatel, nikoliv subdodavatel, přičemž oprávnění uchazeče prokázat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele není dále limitováno. Pokud tedy v rámci subdodavatelské smlouvy dohodli subdodavatel a dodavatel takové vztahy, při nichž bude plnění veřejné zakázky dozorováno v částech, které subdodavatel prokázal za dodavatele, tedy jeho zkušenými pracovníky, lze mít za to, že zadavatel oprávněně tuto smlouvu posoudil jako dostatečnou záruku pro řádné plnění předmětné veřejné zakázky, což je, jak bylo řečeno výše, účelem požadavků zadavatele na kvalifikaci dodavatelů.
36. Tento závěr není ani v rozporu s navrhovatelem uváděným rozsudkem Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 15/2009 ze dne 10. 3. 2011, neboť skutečnost, že práce, se kterými nemá dodavatel dostatečné zkušenosti, aby mohl sám prokázat splnění příslušného kvalifikačního předpokladu, avšak za dozorování odborných pracovníků subdodavatele je schopen je realizovat vlastními pracovníky, nejde proti závěru, který navrhovatel vyzdvihuje v uvedeném rozsudku, tedy, že *„účel stanovení technických kvalifikačních předpokladů směřuje k zajištění faktické realizace veřejné zakázky toliko takovými dodavateli, kteří k tomuto mají prokazatelně dostatečnou technickou způsobilost“*. Subdodavatel prokázal, že je technicky způsobilý plnit zakázku v částech, v nichž prokazoval za dodavatele kvalifikaci, a v subdodavatelské smlouvě se zavázal, že *„umožní uplatnění odborné kvalifikace a zkušeností subdodavatele a jeho zaměstnanců při realizaci stavebních prací obdobného charakteru ...“*. Z výše uvedeného mám tedy za prokazané, že námitka navrhovatele, že dostatečná technická způsobilost společnosti HOCHTIEF nemohla a nemůže být dána, je nedůvodná. Stejně tak napadené rozhodnutí a jeho závěry nekolidují se zadavatelem uvedeným rozsudkem Krajského soudu v Brně.
37. Výše uvedené závěry pak nijak nejsou v rozporu ani se závěry navrhovatelem uváděných rozsudků Evropského soudního dvora, neboť subdodavatel se zavázal, že dodavateli poskytne své odborné znalosti, potřebné k plnění dané zakázky, stejně tak i znalosti svých zaměstnanců. Jak již bylo uvedeno výše, tak zárukou za kvalitu provedení jsou právě tyto znalosti a zkušenosti subdodavatele, nikoliv to, že musí být práce provedeny právě zaměstnanci subdodavatele, přičemž ze smlouvy dostatečně vyplývá závazek subdodavatele tyto zkušenosti dodavateli „poskytnout“. To, jakým způsobem budou tyto odborné znalosti a pomoc při zajištění kontroly jakosti plnění realizovány, záleží na konkrétních okolnostech, které již nemohou být ve smlouvě plně konkretizovány, neboť pak by bylo naopak možné namítat, že smlouva nepostihuje všechny eventuality a nikdy by nebylo možné takovou smlouvu považovat za dostatečnou.
38. Pokud jde o splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, pak se subdodavatel nemusí podílet na plnění veřejné zakázky ani z marginální části, neboť se

zavazuje garantovat ekonomickou stabilitu dodavatele a účel prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů je tak splněn – zadavatel má zaručeno, že v případě, že se dodavatel dostane do situace, že nebude schopen dostát svým závazkům, subdodavatel ho ekonomicky zajistí. Ze subdodavatelské smlouvy jasně vyplývá, že se *subdodavatel zavazuje podílet se na ekonomickém řízení zakázky a garantovat ekonomickou výkonnost dodavatele a dále, že umožní využití ekonomické výkonnosti subdodavatele.* Subdodavatel se dále zavázal, že *výše uvedená plnění se zavazuje poskytnout tak, aby dodavatel mohl plnit veřejnou zakázku stejně, jako by sám byl plně kvalifikován ve smyslu požadavků zadavatele, uvedených v zadávací dokumentaci.* Zákon nevyžaduje, aby smluvní strany v subdodavatelské smlouvě přesně specifikovaly, jak zajištění plnění vyplývajícího ze smlouvy dosáhnou a jakých k tomu použijí prostředků. Je zřejmé, že takové prostředky se mohou lišit podle okolností, může jimi být zaručení se u bankovního ústavu za úvěr dodavatele, může to být poskytnutí odborných pracovníků v oblasti ekonomie. Přičemž potřeby dodavatele se mohou v průběhu plnění zakázky měnit a bude třeba jim přizpůsobit i obsah plnění subdodavatele. Pokud však ze subdodavatelské smlouvy vyplývá dostatečný závazek, ze kterého zadavatel může usoudit, že bude zajištěno řádné plnění veřejné zakázky, pak je třeba posoudit subdodavatelskou smlouvu jako dostačující. I odborná literatura, na kterou navrhovatel odkazuje, uvádí dohodu mezi subdodavatelem a dodavatelem o ručení jako příklad, nikoliv jako jedinou možnost. Pokud by však i taková smlouva mezi subdodavatelem a dodavatelem byla uzavřena, pak to bude dohoda dvoustranná, která zavazuje pouze kontrahenty, nikoliv třetí stranu. Zde bude vždy platit, že za řádné plnění smlouvy odpovídá zadavateli dodavatel, nikoliv subdodavatel. V tomto ohledu musí zadavatel spoléhat na jištění, která si sám sjednal ve smlouvě s dodavatelem. Zadavatel posoudil předloženou subdodavatelskou smlouvu a uznal ji jako dostačující, přičemž je třeba podotknout, že zadavatel po prvním posouzení nabídky uchazeče HOCHTIEF nevyloučil pro nedostatečnost subdodavatelské smlouvy, ale z důvodu výše podílu subdodavatele na plnění zakázky oproti výši prokazovaného obrátu a dalším, subdodavatelem prokazovaným kvalifikačním předpokladům. Tuto pochybnost však uchazeč HOCHTIEF vyvrátil a zadavatel zrušil své rozhodnutí v souladu se zákonem, přičemž se řídil, mimo jiné, soudní judikaturou.

39. Nelze také souhlasit se závěrem navrhovatele, že by Úřad konstatoval, že nároky na kvalifikační požadavky lze vykládat jinak v situaci, kdy smlouva o dílo obsahuje nějaké další zajišťovací instrumenty. Takový závěr Úřad ve svém rozhodnutí neučinil. Pouze konstatoval, že je třeba přihlédnout k okolnostem, za nichž je smluvní vztah mezi zadavatelem a vybraným uchazečem uzavírán, neboť zadavatel má k dispozici vůči vybranému uchazeči i jiné způsoby zajištění. Takto může subdodavatelskou smlouvu posuzovat zadavatel – tedy v kontextu smlouvy s vybraným uchazečem. Z napadeného rozhodnutí však nevyplývá, že by se tím snižovaly nároky na kvalifikační předpoklady. Závěr navrhovatele nevyplývá z textu napadeného rozhodnutí.
40. Navrhovatel dále namítá nesprávnost závěrů Úřadu týkajících se posouzení míry prokazování kvalifikace subdodavatelem a jeho účasti na plnění veřejné zakázky, uvedených v bodech 55 až 57 napadeného rozhodnutí. Tato námitka je nedůvodná z důvodů uvedených výše v tomto rozhodnutí (samotné práce nemusí provádět pracovníci subdodavatele, mohou je pouze dozorovat a zajišťovat kvalitu plnění, přičemž míra takového podílu na realizaci veřejné zakázky nemusí odpovídat poměru k ceně veřejné zakázky těch prací, které subdodavatel za dodavatele prokazoval v rámci splnění kvalifikace). Zadavatel měl bezesporu možnost

posoudit, zda ze smlouvy uzavřené mezi dodavatelem a subdodavatelem dostatečně vyplývají závazky, které mu zaručí řádnou realizaci veřejné zakázky a zda míra prokazování kvalifikace subdodavatelem odpovídá jeho účasti na plnění veřejné zakázky. Z toho, že zadavatel vyhověl námitkám uchazeče HOCHTIEF a rozhodl tak, jak plyne z písemnosti označené „Rozhodnutí zadavatele o námitkách“ ze dne 20. 7. 2012 vyplývá, že se zabýval posouzením splnění kvalifikačních předpokladů uchazečem HOCHTIEF, přičemž v této písemnosti také uvedl zdůvodnění změny svého názoru na prokázání kvalifikace tímto uchazečem. Nelze tedy souhlasit ani s námitkou navrhovatele, že změnu svého názoru zadavatel náležitě neodůvodnil.

41. K námitce navrhovatele, týkající se nepřijatelnosti odkazu Úřadu na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2011, č. j. 5 Afs 78/2011-92 neboť *„zadavatel musí mít možnost posoudit, zda je subdodavatel schopen na základě vztahu k dodavateli, který prokazuje splnění kvalifikace subdodavatelem, garantovat realizaci veřejné zakázky a zajistit splnění požadovaných kvalifikačních předpokladů.“* konstatuji, že Úřadem uváděný rozsudek Nejvyššího správního soudu se vztahuje ke skutkově obdobnému případu a jeho závěry dopadají na prošetřovaný případ. Předmětný rozsudek posuzuje právě oprávněnost prokazování kvalifikačních předpokladů subdodavatelem a zároveň se vyjadřuje k rozsahu, v jakém je prokazován příslušný kvalifikační předpoklad subdodavatelem ve vztahu k samotné realizaci veřejné zakázky. Z tohoto důvodu je použití této judikatury Úřadem správné a závěry vyvozené z předmětného rozsudku jsem také posoudil jako relevantní. Jelikož navrhovatel neuvedl konkrétní důvody, pro které je dle jeho názoru odkaz na tento rozsudek nesprávný, nelze se k této námitce dále vyjádřit a jako takovou je ji třeba odmítnout jako nedůvodnou.
42. Všechny výše uvedené závěry jsou pak v souladu s výše citovaným rozsudkem Nejvyššího správního soudu, kdy *„podmínky prokazování části kvalifikace subdodavately nejsou vázány na míru, v níž se subdodavatel bude podílet na realizaci veřejné zakázky, popř. na vztah požadované kvalifikace k případnému dílčímu subdodavatelskému úkolu na straně dodavatele.“*
43. Nelze souhlasit ani s tvrzením navrhovatele, že se Úřad nijak nezabýval *námitkou o zřejmé nesprávnosti společností HOCHTIEF uváděné účasti subdodavatele na plnění veřejné zakázky ve výši 9%*. Úřad se touto námitkou zabýval v celé jedné části rozhodnutí, nazvané *„Podíl subdodavatele na realizaci veřejné zakázky“*. Nelze tedy přijmout tvrzení navrhovatele, že Úřad nezjistil v této věci skutkový stav věci v rozsahu potřebném pro vydání rozhodnutí.

K dalším vadám Rozhodnutí

44. Navrhovatel spatřuje napadené rozhodnutí nesprávným a nezákonným též vzhledem k posouzení námitky navrhovatele týkající se netransparentnosti a nepřezkoumatelnosti postupu zadavatele při informování uchazečů o svém rozhodnutí o podaných námitkách společností HOCHTIEF ze dne 20. 7. 2012. Úřad dle názoru navrhovatele mechanicky aplikoval § 111 odst. 3 zákona, přičemž povinností zadavatele bylo postupovat transparentně a v souladu s § 6 své rozhodnutí o podaných námitkách přiměřeně odůvodnit i v případě, že mu povinnost k odůvodnění tohoto rozhodnutí výslovně stanovena nebyla. Zároveň odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 199/2005.

45. Podle § 111 odst. 1 vyhoví-li zadavatel námitkám, uvede v rozhodnutí způsob provedení nápravy. Z rozhodnutí zadavatele ze dne 20. 7. 2012 vyplývá, že zadavatel námitkám vyhověl a zrušil rozhodnutí o vyloučení společnosti HOCHTIEF z účasti v zadávacím řízení, jakož i veškeré kroky vedoucí k výběru nejvhodnější nabídky, včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky v zadávacím řízení a provede nové posouzení a hodnocení nabídek v souladu se zákonem. Důvody svého rozhodnutí pak podrobně odůvodnil. Povinnost stanovenou zákonem vůči stěžovateli (společnosti HOCHTIEF) tedy zadavatel splnil v souladu se zákonem. Dle § 111 odst. 3 zákona „o podaných námitkách a rozhodnutí o nich zadavatel bezodkladně písemně informuje všechny uchazeče ...“. Z předložené dokumentace vyplývá, že dne 7. 8. 2012 (navrhovateli doručeno 13. 8. 2012) zadavatel písemně informoval uchazeče o skutečnosti, že byly společností HOCHTIEF podány námitky proti rozhodnutí o vyloučení dodavatele z účasti v zadávacím řízení a proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, přičemž zadavatel tamtéž informoval uchazeče o tom, že námitkám vyhověl a jaké učinil kroky v souladu s § 11 odst. 1 zákona. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že i zde postupoval zadavatel v souladu se zákonem. Ze znění § 111 odst. 3 zákona vyplývá, že zadavateli je vůči osobám, které podaly v zadávacím řízení nabídku dána pouze povinnost informační, ve vztahu k rozhodnutí o podaných námitkách. Podání námitek je nezbytnou podmínkou pro případné následné podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu. Jelikož zákon neukládá zadavateli jinou povinnost vůči ostatním uchazečům (pokud jde o vyřízení námitek), než povinnost informační, nelze mu výkladem nad rámec povinností stanovených zákonem ukládat povinnosti jiné. Rozhodnutí o vyřízení námitek musí být z důvodu transparentnosti zadávacího řízení řádně odůvodněno vůči stěžovateli, neboť on má pak právo podávat proti rozhodnutí zadavatele o jeho námitkách návrh na zahájení přezkumu takového rozhodnutí u Úřadu. Zákon i Úřad ve svých rozhodnutích dovozují povinnost zadavatele odůvodňovat své rozhodnutí o námitkách pouze vůči stěžovateli, nikoliv ostatním uchazečům. Námitka navrhovatele je tedy nedůvodná.
46. Poslední námitka navrhovatele se vztahuje ke způsobu rozhodnutí Úřadu o jeho návrhu na uložení sankce dle § 120 odst. 1 písm. g) zákona zadavateli za nevypořádání jeho námitek, přičemž Úřad v bodu 63 napadeného rozhodnutí uvedl, že tuto informaci zaevidoval jako podnět a po přezkoumání relevantní dokumentace bude rozhodnuto o případném zahájení správního řízení z moci úřední. Zákon je koncipován tak, že do doby uzavření smlouvy ukládá Úřadu v případě, že zadavatel nedodrží postup stanovený zákonem (v tomto případě navrhovatelem namítané nesprávné vyřízení námitek), přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, povinnost uložit nápravné opatření. Teprve v okamžiku, kdy není možné uložení nápravného opatření z důvodu uzavření smlouvy, nastupují sankce za porušení, která zákon taxativně vypočítává. Navrhovatel se tak může domáhat pouze uložení nápravného opatření ze strany Úřadu vůči zadavateli, nemůže se však v návrhovém řízení domáhat uložení pokuty za spáchání správního deliktu. Tak může postupovat pouze Úřad v řízení o spáchání správního deliktu, které je zahajováno z moci úřední. Tento postup vychází ze základních principů trestání. Správní trest zasahuje citelně do majetkových i jiných práv subjektů a zásada subsidiarity trestního postihu vyjadřuje požadavek omezit trestání na případy, kdy je to odůvodněno závažností, společenskou nebezpečností protiprávních jednání, kdy je nezbytný zásah správních orgánů a kdy nedostačují jiné prostředky a nástroje. Navrhovatel tedy není oprávněn žádat uložení sankce za spáchání správního deliktu. Taková jeho žádost může být posouzena pouze jako podnět a jako taková pak správním orgánem

prošetřena. Z tohoto důvodu nemohlo být návrhu navrhovatele vyhověno, přičemž Úřad se žádostí navrhovatele zabýval v napadeném rozhodnutí a uvedl, jak o něm rozhodl, což nekoresponduje s tvrzením navrhovatele, že se Úřad odmítl zabývat částí návrhu navrhovatele a jeho postup je tak nezákonný a nesprávný. Úřad tedy napadené rozhodnutí nezatížil procesním pochybením, jak uvádí navrhovatel.

VI. Závěr

47. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a hodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
48. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9
2. Mgr. Radek Pokorný, advokát, Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & spol., Karolíny Světlé, 301/8, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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