



UOHSX0096XXB

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0277/2016/VZ-07278/2017/323/LVa

Brno 28. února 2017

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 10. 11. 2016, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 11. 11. 2016, podaném navrhovatelem –

- **OSFER MORAVA UHERSKÉ HRADIŠTĚ, s.r.o.**, IČO 60709111, se sídlem Jaktáře 1500, 686 01 Uherské Hradiště – Mařatice, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 23. 8. 2016 Mgr. Kristinou Olivovou, advokátkou ev. č. ČAK 15659, OHNOUTKA & OLIVOVÁ advokátní kancelář, se sídlem Jiřího z Poděbrad 1212, 686 01 Uherské Hradiště,

proti výroku I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0561/2016/VZ-43920/2016/513/EPi ze dne 27. 10. 2016, vydaném ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace**, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4,

učiněných ve věci veřejné zakázky „**JMK oblast východ – obnova vodorovného značení**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 21. 3. 2016 a uveřejněno tamtéž dne 31. 3. 2016 pod ev. č. 632650, a jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- **Silverton s.r.o.**, IČO 24283410, se sídlem Za zastávkou 373, 109 00 Praha 10 – Dolní Měcholupy, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 22. 9. 2016 Mgr. Lucií Oršulovou, advokátkou ev. č. ČAK 09167, se sídlem Lazarská 13/8, 120 00 Praha 2 – Nové Město,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) a § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

Výrok č. I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0561/2016/VZ-43920/2016/513/EPi ze dne 27. 10. 2016

**potvrzuji**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a správní řízení před 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**“)1 obdržel dne 15. 8. 2016 návrh navrhovatele - OSFER MORAVA UHERSKÉ HRADIŠTĚ, s.r.o., IČO 60709111, se sídlem Jaktáře 1500, 686 01 Uherské Hradiště – Mařatice, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 23. 8. 2016 Mgr. Kristinou Olivovou, advokátkou ev. č. ČAK 15659, OHNOUTKA & OLIVOVÁ advokátní kancelář, se sídlem Jiřího z Poděbrad 1212, 686 01 Uherské Hradiště (dále jen „**navrhovatel**“), na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele - Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále jen „**zadavatel**“) - učiněných při zadávání veřejné zakázky „JMK oblast východ – obnova vodorovného značení“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 21. 3. 2016 a uveřejněno tamtéž dne 31. 3. 2016 pod ev. č. 632650 (dále jen „**veřejná zakázka**“) a dále návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření.
2. Dne 21. 7. 2016 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky předložené vybraným uchazečem – Silverton s.r.o., IČO 24283410, se sídlem Za zastávkou 373, 109 00 Praha 10 – Dolní Měcholupy, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 22. 9. 2016 Mgr. Lucií Oršulovou, advokátkou ev. č. ČAK 09167, se sídlem Lazarská 13/8, 120 00 Praha 2 – Nové Město (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Dopisem ze dne 29. 7. 2016 podal navrhovatel zadavateli námitky směřující proti výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel těmto námitkám navrhovatele rozhodnutím ze dne 3. 8. 2016 nevyhověl. V návaznosti na toto rozhodnutí

---

<sup>1</sup> Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

zadavatele navrhovatel dne 15. 8. 2016 podal Úřadu návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

3. Navrhovatel ve svém návrhu upozorňoval na faktické osobní, kapitálové a podnikatelské propojení mezi vybraným uchazečem, společností Značky Morava, a.s., IČO 25865871, se sídlem Čsl. armády 1112/27a, 794 01 Krnov – Pod Cvilínem (dále jen „**společnost Značky Morava, a.s.**“), a uchazečem EDS Trade s.r.o., IČO 03832210, se sídlem Komárovská 2438/13, 746 01 Opava – Předměstí (dále jen „**uchazeč EDS Trade s.r.o.**“), přičemž z obchodního rejstříku má být zjevná jejich osobní a kapitálová propojenost, jelikož jsou v plné míře ovládány a kontrolovány jedinou osobou. Navrhovatel dále v návrhu uvedl, že ze strany vybraného uchazeče a uchazeče EDS Trade s.r.o. došlo k předložení nabídky s mimořádně nízkou nabídkovou cenou. Navrhovatel se domáhal zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a vydání předběžného opatření spočívajícího v zákazu uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení.

## II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 27. 10. 2016 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0561/2016/VZ-43920/2016/513/EPI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým
  - ve výroku I. rozhodl, že návrh navrhovatele se v části návrhu, která se týká namítaného osobního a kapitálového propojení vybraného uchazeče, společnosti Značky Morava, a.s. a uchazeče EDS Trade s.r.o. a nedodržení ustanovení § 69 odst. 1 a 2 zákona při podání nabídky v zadávacím řízení na veřejnou zakázku zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona,
  - ve výroku II. rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 77 odst. 2 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona tím, že při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ze dne 20. 6. 2016 poskytnuté vybraným uchazečem, aniž by zdůvodnil, z jakého konkrétního důvodu, tzn. objektivních příčin, neshledal nabídkovou cenu vybraného uchazeče mimořádně nízkou, čímž se stal postup zadavatele netransparentním, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy,
  - ve výroku III. rozhodl, že jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad ruší úkony zadavatele spojené s akceptací mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče učiněné v zadávacím řízení na veřejnou zakázku a všechny následné úkony učiněné zadavatelem v předmětném zadávacím řízení, včetně rozhodnutí zadavatele ze dne 21. 7. 2016 o výběru nejvhodnější nabídky, a
  - ve výroku IV. zadavateli uložil uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad mimo jiné uvedl, že ačkoli je z obchodního rejstříku zjevná určitá propojenost subjektů (pan Georgios Tavandzis je předsedou představenstva i jediným akcionářem společnosti Značky Morava, a.s., která je subdodavatelem uchazeče EDS Trade s.r.o. a vybraného uchazeče, a současně je pan

Georgios Tavandzis jediným společníkem vybraného uchazeče), zákon takové propojení nezakazuje a není tedy v navrhovatelem tvrzeném rozporu s § 69 odst. 1 a 2 zákona, jestliže v zadávacím řízení byla nabídka podána současně jak vybraným uchazečem, tak i uchazečem EDS Trade s.r.o. Zákon totiž nedovoluje prokazovat kvalifikaci dodavatelem, který se účastní zadávacího řízení, nikoliv subdodavatelem ve smyslu § 17 písm. i) zákona, kdy naopak zákon výslovně možnost prokázání chybějícího rozsahu kvalifikace subdodavatelem umožňuje (viz § 51 odst. 4 zákona). Dále Úřad uvedl, že „[s] ohledem na skutečnost, že společnost Značky Morava, a.s. v předmětném zadávacím řízení nepodala nabídku a vystupovala pouze v postavení subdodavatele, nemohlo dojít k porušení uvedených ustanovení zákona“ a „[n]a uvedeném ničem nemění ani skutečnost, že společnost Značky Morava, a.s. vystupovala v postavení subdodavatele dvou dodavatelů“.

6. K posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny Úřad zrekapituloval, že hodnotící komise ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 21. 7. 2016 konstatovala, že nabídka vybraného uchazeče neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. K tomuto dále Úřad uvedl, že pokud má být postup hodnotící komise způsobilý k přezkoumání orgánem dohledu, pak „hodnotící komise musí provést a zaznamenat posouzení a hodnocení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče takovým způsobem, z něhož bude seznatelné, na základě jakých skutečností hodnotící komise považuje zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny takového uchazeče za odůvodněné objektivními příčinami, jak předpokládá § 77 odst. 2 zákona“, zatímco „[p]ouze obecné konstatování, že hodnotící komise zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraným uchazečem akceptovala, bez uvedení konkrétních důvodů, nemůže být považováno za učiněné v souladu se zásadou transparentnosti, neboť takový postup činí jednání zadavatele hůře kontrolovatelným“.

### III. Rozklad navrhovatele

7. Dne 11. 11. 2016 byl Úřadu doručen rozklad navrhovatele ze dne 10. 11. 2016 (rozklad je datován dnem 10. 11. 2012, avšak pravděpodobně jde o chybu v psaní) proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 31. 10. 2016. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

#### Námítky rozkladu

8. Navrhovatel svým rozkladem napadá toliko výrok I. napadeného rozhodnutí, kd .výroky II. a III. bylo navrhovatelé vyhověno a výrokem IV. byla pouze uložena povinnost zadavateli k náhradě nákladů řízení.
9. Navrhovatel v úvodu rozkladu odkazuje na všechna svá předchozí tvrzení a již předložené či navržené důkazy. Navrhovatel se domnívá, že Úřad učinil nesprávná skutková zjištění a v návaznosti na ně pak nesprávně právně věc posoudil.
10. Navrhovatel trvá na tom, že došlo k porušení ustanovení § 69 odst. 1 a 2 zákona, ustanovení § 2976 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „NOZ“) týkající se zneužití a omezení hospodářské soutěže.
11. Navrhovatel poukazuje na pojem „soutěžitel“ definovaný v ustanovení § 2 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZOHS“), který je pojat velmi široce a zahrnuje v podstatě jakékoli subjekty, které se účastní hospodářské soutěže, přičemž není rozhodné, zda mají tyto subjekty právní subjektivitu.

Dle komunitární judikatury jde o hospodářskou jednotku, byť po právní stránce tvořenou několika osobami. Navrhovatel se domnívá, že vybraný uchazeč a společnost Značky Morava, a.s. se „*při svém vystupování na trhu řídí pokyny jediného společníka a akcionáře pana Georgios Tavandzis, tvoří fakticky jednu hospodářskou jednotku, jejich obchodní politika je určována jedním subjektem a je třeba je za tímto účelem považovat za jednoho soutěžitele, podnik, uchazeče*“. Dle navrhovatele výše uvedené subjekty také naplňují definici ovládající a ovládané osoby ve smyslu ustanovení § 74 a 79 zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZOK**“).

12. Navrhovatel v této souvislosti poukazuje na sdělení Úřadu č.j.: ÚOHS-D51/2014/KD-2014/KD/850/KNe, kde Úřad uvedl, že ve vztahu k majetkově propojeným subjektům platí vyvratitelná domněnka, že v případě 100% kontroly mezi mateřskou a dceřinou společností se jedná o jednoho soutěžitele. Navrhovatel tento vztah ztotožňuje se vztahem vybraného uchazeče a Značky Morava, a.s. Navrhovatel má tedy za to, že „*osoba Georgios Tavandzis, jakožto výlučný společník, jednatel, předseda představenstva a jediný akcionář, a společnosti Silverton s.r.o. a Značky Morava, a.s. jsou navzájem ovládajícími a ovládanými osobami a fakticky jedním soutěžitelem*“.
13. Dvojitá účast tohoto soutěžitele (jednou v pozici dodavatele a podruhé - dokonce dvakrát - v pozici subdodavatele) je tak dle navrhovatele odporující zákonu. Toto propojení má být dle navrhovatele zcela v rozporu se základní zásadou ZOHS, a sice se zásadou svobodné hospodářské soutěže. V případě majetkově propojených osob dle zadavatele nelze uvažovat o existenci soutěžního prostředí mezi nimi, neboť soutěž mezi nimi je vyloučena. Navrhovatel taktéž odkazuje na ustanovení § 3 odst. 1 ZOHS, které označuje dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě, jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže, jako zakázané a neplatné, přičemž dle ustanovení § 1 odst. 1 ZOHS se za narušení hospodářské soutěže považuje mimo jiné vyloučení hospodářské soutěže.
14. Dle navrhovatele nemá prohlášení ve smyslu § 68 odst. 3 písm. c) zákona o neuzavření zakázané dohody dle ZOHS učiněné mezi ovládající a ovládanou osobou žádnou relevanci.
15. Dále navrhovatel uvádí následující: „*[p]okud by byl učiněn závěr, že v případě personálně a majetkově propojených osob nelze uvažovat o existenci jejich vzájemného konkurenčního vztahu, jaký má na mysli ustanovení § 3 odst. 1 ZOHS, bylo by nutno v případě akceptace tohoto názoru považovat dva odlišné subjekty de facto za jeden. V případě takto učiněného závěru by pak pomocí argumentu bylo nutno aplikovat ustanovení § 69 odst. 1,2 a 3 ZVZ [zákon, pozn. předsedy Úřadu], dle kterého je v případě, kdy dodavatel podá více nabídek samostatně nebo je současně subdodavatelem, je zadavatel povinen všechny tyto nabídky vyřadit a bezodkladně jej vyloučit z účasti v zadávacím řízení.*“
16. V neposlední řadě se navrhovatel domnívá, že jednání společností bylo v rozporu s dobrými mravy, a z toho důvodu jsou v návrhu uvedená jednání neplatná. Dobrými mravy je dle navrhovatele „*souhrn určitých etických a kulturních norem společnosti, z nichž některé jsou trvalou a neměnnou součástí lidské společnosti, jiné spolu se společností podléhají vývoji*“. Zároveň navrhovatel odkazuje i na výklad tohoto pojmu Nejvyšším správním soudem a Ústavním soudem, přičemž zmíněné soudy tento pojem chápou obdobně. Navrhovatel dovozuje, že „*[j]ednání daných subjektů v rámci veřejné zakázky pak zcela jistě shora*

*uvedeným hodnotám a postupům odporuje bez ohledu na případný formální výklad zákona v tom smyslu, že zákon předmětné jednání výslovně nezakazuje“.*

17. Pokud by Úřad dospěl k závěru, že veškerá jednání byla v souladu s právními předpisy (respektive že zákon dané jednání výslovně nevylučuje), pak dle navrhovatele jde o obcházení zákona.

#### **Závěr rozkladu**

18. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

19. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

#### **V. Stanovisko zadavatele**

20. Dne 22. 11. 2016 Úřad obdržel vyjádření zadavatele k rozkladu ze dne 21. 11. 2016. Zadavatel se v tomto vyjádření odvolává na svá vyjádření a dokumenty, které dokládal v předchozí fázi správního řízení. Zadavatel vzhledem k tomu, že navrhovatel nepředložil žádné nové argumenty, neshledává zcela žádné věcné důvody pro změnu napadeného rozhodnutí a očekává zamítnutí rozkladu.

#### **VI. Stanovisko vybraného uchazeče**

21. Dne 22. 11. 2016 Úřad obdržel rovněž vyjádření vybraného uchazeče z téhož dne. Vybraný uchazeč považuje podaný rozklad za nedůvodný a neopodstatněný. Vybraný uchazeč se domnívá, že navrhovatel neprokázal existenci tvrzeného osobního či kapitálového propojení a neprokázal, že by toto propojení mohlo nedovoleně ke škodě zadavatele ovlivnit průběh zadávacího řízení a jeho výsledek či by bylo samo o sobě nezákonné.
22. Vybraný uchazeč dovozuje, že nebyly naplněny dvě ze tří podmínek skutkové podstaty generální klauzule nekalé soutěže, konkrétně rozpor s dobrými mravy soutěže a neoprávněná újma.
23. Vybraný uchazeč dále tvrdí, že zákon *„nevylučuje účast osob z totožného koncernu v roli uchazeče a subdodavatele prokazujícího kvalifikaci v rámci jednoho zadávacího řízení“*. Navrhovatel se údajně *„pouze snaží navodit dojem, že takový postup je nezákonný, nicméně tento závěr zcela postrádá oporu v zákoně a je rovněž v přímém rozporu s rozhodovací praxí Úřadu i Soudního dvora EU“*, přičemž odkazuje na rozhodnutí Úřadu sp. zn. S185/2012 ze dne 3. 9. 2012 a na rozhodnutí Soudního dvora EU sp. zn. C-176/98 týkající se prokazování kvalifikace prostřednictvím člena holdingu.
24. Dle vybraného uchazeče by se ustanovení § 69 odst. 2 zákona (které zakazuje kumulovat účast v jednom zadávacím řízení na pozici uchazeče a současně subdodavatele prokazujícího kvalifikaci) *„aplikovalo pouze v případě, že by samostatnou nabídku podala společnost Značky Morava, a.s. nad rámec své účasti v řízení jako subdodavatele prokazujícího kvalifikaci. Jedině tehdy by došlo k porušení ustanovení § 69 odst. 1 zákona o veřejných*

*zakázkách, nabídka společnosti Značky Morava, a.s. by musela být vyřazena a společnost Značky Morava, a.s. jako uchazeč vyloučena. Jelikož však v daném případě podal samostatnou nabídku pouze Silverton a společnost Značky Morava, a.s. v řízení figuruje jen jako subdodavatel, o uvedenou situaci se nejedná a poukazování navrhovatele na § 69 odst. 1 a 2 zákona o veřejných zakázkách je tak zcela nepřiléhavé.“*

25. Dále je vybraný uchazeč toho názoru, že navrhovatel obecné tvrzení, že jednání vybraného uchazeče a společnosti Značky Morava, a.s. a uchazeče EDS Trade s.r.o. je v rozporu s dobrými mravy, resp. že obchází zákon, nijak nekonkretizuje. Dle vybraného uchazeče „[I]ze pouze usuzovat, že navrhovatel měl jednáním porušujícím dobré mravy na mysli podání samostatných nabídek uchazečem a společnostmi EDS Trade s.r.o. za účasti společnosti Značky Morava, a.s. jako subdodavatele“. Dle vybraného uchazeče se nemůže jednat ani o obcházení zákona s ohledem na zásadu legální licence a na to, že předmětný postup není zákonem zakázán.
26. Vybraný uchazeč navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad navrhovatele jako nedůvodný zamítl.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

27. 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 podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
28. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a k zamítnutí rozkladu navrhovatele.

#### **K rozsahu přezkumu v řízení o rozkladu**

29. Jak jsem uvedl již výše, ačkoli v petitu rozkladu je uvedeno, že navrhovatel požaduje zrušení napadeného rozhodnutí, rozklad jako celek fakticky obsahově napadá pouze výrok I. napadeného rozhodnutí. Vzhledem k této skutečnosti a také k tomu, že výroky II. a III. bylo navrhovateli vyhověno a výrokem IV. byla pouze uložena povinnost zadavateli k náhradě nákladů řízení, dospěl jsem k závěru, že rozklad navrhovatele je nutno chápat jako směřující pouze proti výroku I. napadeného rozhodnutí.
30. Dle § 82 odst. 3 správního řádu v případě, že odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. Uvedené ustanovení se dle § 152 odst. 4 správního řádu použije i na řízení o rozkladu, nevylučuje-li to povaha věci.
31. V šetřeném případě Úřad výrokem I. napadeného rozhodnutí zamítl návrh navrhovatele v části týkající se namítaného osobního a kapitálového propojení vybraného uchazeče, společnosti Značky Morava, a.s. a uchazeče EDS Trade s.r.o. Výrokem II. Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 77 odst. 2 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnuté vybraným

uchazečem, aniž by zdůvodnil, z jakých objektivních příčin neshledal nabídkovou cenu vybraného uchazeče mimořádně nízkou. Výrokem III. Úřad jako opatření k nápravě zrušil úkony zadavatele spojené s akceptací mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče a všechny následné úkony. Výrokem IV. Úřad zadavateli uložil povinnost nahradit náklady řízení.

32. Zatímco výroky III. a IV. jsou závislé na výroku II., výrok I. není závislý na žádném z výroků a může samostatně nabýt právní moci nebo naopak samostatně být napaden rozkladem a přitom nijak neovlivnit odsud ostatních výroků, což znamená, že případné napadení, resp. nenapadení dalších výroků neovlivňuje jeho osud. Výroky II. – IV. tedy z tohoto pohledu netvoří s výrokem I. nedílný celek. Naplněna je i další podmínka § 82 odst. 3 správního řádu, neboť tím, že výrok I. napadeného rozhodnutí nabude samostatně právní moci, nemůže vzniknout újma některému z účastníků správního řízení, když výrokem II. napadeného rozhodnutí bylo konstatováno nedodržení zákona zadavatelem, výrokem III. bylo uloženo opatření k nápravě, výrokem IV. bylo zadavateli uloženo uhradit náklady řízení, přičemž zadavatel proti těmto výrokům napadeného rozhodnutí rozkladem nebrojil. Výroky II. až IV. napadeného rozhodnutí tak nabyly právní moci marným uplynutím lhůty pro podání rozkladu, tedy dnem 16. 11. 2016.

## **VII. K námitkám rozkladu**

33. V první řadě se domnívám, že je nutno přisvědčit zadavateli a vybranému uchazeči v tom, že navrhovatel v rozkladu nepředkládá žádné nové argumenty, se kterými by se již Úřad nevypořádal v rámci napadeného rozhodnutí. Navrhovatel v rozkladu v zásadě opakuje své dříve vyjádřené postoje, přičemž nesouhlasí se závěry, ke kterým Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl a považuje je za nesprávné. K tomu však lze konstatovat, že napadené rozhodnutí se dostatečně vypořádalo se všemi námitkami navrhovatele uvedenými v návrhu, ve vyjádření navrhovatele ze dne 19. 10. 2016, a to způsobem, ze kterého je plně srozumitelné a seznatelné, jakými skutečnostmi a úvahami se správní orgán prvního stupně při svém rozhodování řídil. I přes uvedené je třeba přistoupit k vypořádání námitek rozkladu.
34. Navrhovatel namítá porušení ustanovení § 69 odst. 1 a 2 zákona (dle těchto ustanovení dodavatel může podat pouze jednu nabídku v zadávacím řízení a dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení, nesmí být současně subdodavatelem, jehož prostřednictvím jiný dodavatel v tomtéž zadávacím řízení prokazuje kvalifikaci), neboť se domnívá, že zákonný zákaz obsažený v těchto ustanoveních by se měl vykládat širěji, než jak učinil Úřad v napadeném rozhodnutí, respektive, že pojem dodavatel by měl být vykládán širěji, než jak činí Úřad, a sice ve smyslu pojmu „soutěžitel“. Navrhovatel však ustanovení § 69 odst. 1 a 2 vykládá pro daný případ nepřiléhavě a příliš extenzivně. Nepřípustnosti tohoto výkladu se budu blíže věnovat níže.
35. Navrhovatel poukazuje na to, že dále uvedené subjekty naplňují definici ovládaných (vybraný uchazeč, společnost Značky Morava, a.s.) a ovládajících osob (pan Georgios Tavandzis – bližší vymezení personální provázanosti viz bod 5 odůvodnění tohoto rozhodnutí) ve smyslu ZOK, a tím pádem mají být považovány za jediného soutěžitele. Dále navrhovatel odkazuje na široký význam pojmu „soutěžitel“, zejména pak na to, že pod něj lze podřazovat i uskupení bez právní subjektivity.



36. Ačkoli se navrhovatel domnívá, že na tyto subjekty má být nahlíženo jako na jediného soutěžitele, nelze opomíjet, že společnost Značky Morava, a.s. a vybraný uchazeč jsou odlišné (právně samostatné) subjekty s vlastní právní osobností. V této souvislosti odkazují na odůvodnění napadeného rozhodnutí, které sice v bodu 65 uvádí, že „z obchodního rejstříku je zjevná určitá propojenost mezi vybraným uchazečem a společností Značky Morava, a.s.“, avšak v bodu 67 konstatuje, že „pouze na základě personálního propojení a stejného předmětu činnosti [...] nelze konstatovat, že se jedná o jeden subjekt, neboť jak vybraný uchazeč, tak společnost Značky Morava, a.s. mají vlastní právní osobnost“. S tímto závěrem Úřadu se plně ztotožňuji.
37. K tomu musím dále dodat, že předmětem zkoumání v šetřeném případě vůbec není, zda zmiňované subjekty naplňují definici ovládaných a ovládajících osob, potažmo jednoho soutěžitele, neboť nelze bez dalšího přejímat definice pojmů z jiného zákona (ZOHS, případně ZOK), pokud tyto definice nejsou příslušné obsahu pojmu, se kterým pracuje zákon (zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, pracuje výlučně s pojmem „dodavatel“). Pojem „soutěžitel“ ve smyslu ustanovení § 2 odst. 1 ZOHS nelze tedy zaměňovat s pojmem „uchazeč“ (kterým se dle § 17 písm. j) zákona rozumí dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení) či „dodavatel“ (kterým se dle § 17 písm. a) zákona rozumí fyzická nebo právnická osoba, která dodává zboží, poskytuje služby nebo provádí stavební práce, pokud má sídlo, místo podnikání či místo trvalého pobytu na území České republiky, nebo zahraniční dodavatel). Považuji tedy za bezpředmětné blíže se zabývat tím, zda se v šetřeném případě jedná o subjekty natolik propojené, že je lze považovat za ovládající a ovládané, popřípadě za jednoho soutěžitele, tyto pojmy totiž nelze bez dalšího aplikovat na právo veřejných zakázek – zákon pracuje s pojmy uchazeč a (v předmětném § 69 odst. 1 a 2) dodavatel – a nijak nezkoumá jejich případnou osobní či kapitálovou propojenost, ale za dodavatele či uchazeče považuje vždy samostatný subjekt s právní osobností. Zákon a ZOHS jsou sice určitým způsobem propojené (zákon např. v ustanovení § 68 odst. 3 písm. c) odkazuje na ZOHS, když stanoví, že součástí nabídky musí být prohlášení uchazeče o tom, že neuzavřel a neuzavře zakázanou dohodu ve smyslu § 3 ZOHS), to ale neznamená, že bez dalšího lze nahrazovat obsah pojmu užívaného jedním předpisem, obsahem (jiného) pojmu užívaného druhým předpisem, neboť zde není dán prostor pro analogii, když v tomto ohledu není v zákoně žádná mezera. Dlužno dodat, že smyslem širokého výkladu pojmu soutěžitele dle ZOHS (ve světle judikatury evropských soudů), je mj. na jedné straně zajistit účinnou aplikovatelnost pravidel upravujících hospodářskou soutěž (srov. § 3 nebo § 11 ZOHS, resp. čl. 101 nebo 102 SFEU a např. principy týkající se přičitatelnosti odpovědnosti mateřské společnosti za jednání společností dceřiných) a dále vyloučit použitelnost těchto ustanovení tam, kde by zásah soutěžněprávních autorit do činnosti soutěžitelů mohl vést k nadměrné aplikaci soutěžních pravidel a „podvázání“ funkční soutěže; proto např. mateřská společnost nemůže zneužít svého případného dominantního postavení vůči svým dceřiným společnostem, resp. nemůže dojít k uzavření „kartelové dohody“ mezi společnostmi tvořícími soutěžitele, pokud takové jednání současně nemá širší soutěžněprávní důsledky, např. projeví se „navenek“, tj. mimo entity tvořící soutěžitele.
38. Z tohoto důvodu je třeba odmítnout také odkaz navrhovatele na sdělení Úřadu č. j. ÚOHS-D51/2014/KD-2014/KD/850/KNe, jelikož předmětem šetření v daném případě vůbec není, zda se v případě uvedených subjektů (vybraný uchazeč a společnost Značky Morava, a.s.) jedná o jednoho soutěžitele, jak popsáno shora.

39. V šetřeném případě nedošlo k situaci, že by jeden z dodavatelů byl zároveň subdodavatelem dodavatele jiného (neboť jak jsem vysvětlil výše, vybraného uchazeče nelze považovat společně se společností Značky Morava, a.s. za jeden subjekt, minimálně ve smyslu zákona), stalo se pouze to, že jeden subjekt (společnost Značky Morava a.s.) byl současně subdodavatelem více dodavatelů (vybraného uchazeče a uchazeče EDS Trade, s.r.o.). Byť jde o společnosti s určitou personální provázaností, je třeba říci, že tuto zákon „(mlčky) připouští“, respektive nezakazuje, popřípadě na tyto situace nepamatuje, avšak to neznamená, že Úřad může jít nad rámec dikce zákona tím, že by jakkoli „smysluplnou“ interpretací vztáhl předmětný zákonný zákaz i na případ, který vznikl v právě posuzované věci. Proto mohu říci, že pro důvody konstatované návrhatelem nelze shledat pochybení, či rozpor s § 69 odst. 1 a 2 zákona.
40. V tomto ohledu je třeba zdůraznit, že zákon nikterak nezakazuje, aby tentýž subjekt působil v jednom zadávacím řízení jako subdodavatel více dodavatelů. Tento výklad zákona podporuje i komentářová literatura, dle které toto ustanovení „*připouští, aby dodavatel, který v zadávacím řízení nepodává svou nabídku, resp. ani nepodává společnou nabídku s jinými dodavateli, byl subdodavatelem jiného uchazeče, popř. i subdodavatelem více uchazečů*“ (Podešva, V., Olík, M., Janoušek, M., Stránský, J.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. Vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 324), nebo která jinde uvádí, že je „*možné, aby prostřednictvím subdodavatele, který v zadávacím řízení nabídku nepodal, prokazovalo kvalifikaci více uchazečů, kteří podali nabídky*“ (Kruták, T., Krutáková L.: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady., 2. Vydání, Olomouc: Anag, 2013, s. 242). Ostatně ke stejným závěrům dojdeme i při zohlednění důvodové zprávy k § 66 zákona, která uvádí následující: „*V případě podávání nabídek platí obecné pravidlo, že dodavatel může podat v rámci téhož zadávacího řízení pouze jednu nabídku. Nabídka, která však obsahuje jednotlivé varianty, je považována v tomto kontextu pouze za nabídku jedinou; v rámci hodnocení však musí být jednotlivé varianty hodnoceny odděleně jako samostatné nabídky. Dodavatel, který podává nabídku jako uchazeč v zadávacím řízení, nesmí vystupovat v pozici subdodavatele jiného uchazeče v tomtéž zadávacím řízení. Dodavatel je však oprávněn figurovat v pozici subdodavatele u více uchazečů v tomtéž zadávacím řízení. Obdobná pravidla platí i v případech, kdy podává více dodavatelů nabídku společně (společná nabídka).*“
41. Závěr Úřadu o tom, že zákon nezakazuje vícenásobnou účast jednoho subdodavatele v jednom zadávacím řízení (tedy pokud ve všech případech je subjekt pouze subdodavatelem, a nikoli dodavatelem), potvrzuje i již zavedená rozhodovací praxe Úřadu, např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-R069/2008/02-16287/2008/310-Hr, ve kterém Úřad konstatoval, že „*[z]adavateli je výslovně stanovena povinnost vyřadit pouze nabídky, které podal dodavatel samostatně či společně s jinými dodavateli. Slovní spojení ‚společně s jinými dodavateli‘ se však vztahuje pouze na podání společné nabídky ve smyslu § 69 odst. 4 zákona ve spojení s § 51 odst. 6 zákona, nikoliv na vztah subdodavatelský. Opačný výklad je založen na interpretaci, která jde nad rámec zákonného textu.*“
42. Shrnuji tedy, že zákon takovéto personální propojení, jaké je evidentní u vybraného uchazeče a společnosti Značky Morava, a.s. (v podobě pana Georgiose Tavandzise) nezakazuje a v rozporu s jeho ustanovením § 69 odst. 1 a 2 ani není, když byly v zadávacím řízení podány nabídky, ve kterých vícekrát figuruje stejný subdodavatel. Návrhvatel se tedy

mýlí, pokud nesouhlasí se závěry Úřadu a tvrdí, že „správní úřad učinil nesprávná skutková zjištění a v návaznosti na ně pak nesprávně právně věc posoudil“.

43. O obcházení zákona v šetřeném případě rovněž nejde, jelikož zákon danou problematiku poměrně podrobně upravuje, avšak navrhovatelem napadené jednání zákonem zakázáno není. Zákon účast určitým způsobem propojených subjektů v tomtéž zadávacím řízení obecně nezakazuje, zakázána je pouze vícenásobná účast jednoho dodavatele, přičemž pojem dodavatel je nutno vykládat ve smyslu zákona, a nikoli ZOHS. S ohledem na zásadu legální licence zakotvené v ustanovení čl. 2 odst. 3 usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, dle které každý může činit, co není zákonem zakázáno, je napadené jednání dovolené.
44. K navrhovatelem uvedené (zakázané) dohodě mezi vybraným uchazečem, uchazečem EDS Trade, s.r.o. a společností Značky Morava, a.s., Úřad již v bodu 69 napadeného rozhodnutí uvedl, že „tato věc byla jako podnět předána Sekci hospodářské soutěže Úřadu k posouzení“, tím pádem není předmětem tohoto řízení (neboť v tomto řízení je prošetřován toliko postup v zadávacím řízení z hlediska zákona, nikoli již z hlediska ZOHS, k čemuž je příslušná Sekce hospodářské soutěže Úřadu). Na tomto místě rovněž uvádím, že úmyslem zákonodárce zcela jistě nebylo klást další nároky na zadavatele, a to v tom smyslu, že by byl povinen zjišťovat relevantní skutečnosti o uchazečích a následně posuzovat, zda jsou nebo nejsou ovládacími či ovládanými osobami. Úmyslem zákonodárce jistě nebylo ani to, aby zadavatel pojem „dodavatel“ vykládal ve smyslu pojmu „soutěžitel“, když mu to zákon neukládá. V bodu 69 napadeného rozhodnutí se Úřad vyjádřil taktéž k tomu, že dohoda mezi vybraným uchazečem, uchazečem EDS Trade, s.r.o. a společností Značky Morava, a.s. se projevila i v jiných zadávacích řízeních, a to v tom smyslu, že předmětem šetření v tomto správním řízení je výlučně postup zadavatele v šetřené veřejné zakázce a nikoli v jiném zadávacím řízení. Proto na vyjádření Úřadu pouze odkazuji a nepovažuji za nutné se jím jakkoli podrobněji zabývat, jelikož tato věc bude přezkoumána v rámci jiného řízení, když na toto řízení nadto nemá vliv.
45. Pokud jde o navrhovatelem tvrzený rozpor se zásadou svobodné hospodářské soutěže, stav, kdy dodavatel a subdodavatel v rámci zadávacího řízení o totožné veřejné zakázce jsou majetkově a personálně propojené osoby, rozporným se zásadou svobodné hospodářské soutěže neshledávám. Jak bylo uvedeno výše, zákon se vícenásobnou účastí jednoho subjektu v témže zadávacím řízení zabývá, nicméně zakazuje pouze určitou užší množinu této vícenásobné účasti, kdy vícenásobné subdodavatelství umožňuje, zatímco účast jednoho subjektu na pozici subdodavatele i dodavatele již nikoli. V konečném důsledku lze dojít k závěru, že kdyby zákon neumožňoval ani vícenásobnou účast jednoho subdodavatele v daném zadávacím řízení, vlastně by hospodářská soutěž byla omezena více, jelikož do zadávacího řízení by nemohly podat nabídku subjekty, které se bez subdodavatele (kterých může být omezené množství) při realizaci veřejné zakázky neobejdou.
46. Co se týče rozporu popisovaného osobního a kapitálového propojení subjektů účastníků se téhož zadávacího řízení s ustanovením § 2976 odst. 1 NOZ (upravujícím zákaz nekalé soutěže) a ustanovením § 580 NOZ (upravujícím zákaz jednání v rozporu s dobrými mravy), je nutno konstatovat, že Úřad je podle § 2 zákona č. 273/1996 Sb. o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže je orgánem příslušným k výkonu dohledu nad zadáváním

veřejných zakázek, k vytváření podmínek pro podporu a ochranu hospodářské soutěže a vykonává další působnosti stanovené zvláštními zákony a v rámci tohoto zákona tedy vykonává svoji působnost. Dodržování ostatních zákonů (zejména pokud jde o zákony soukromoprávní), Úřadu nepřísluší posuzovat, neboť soukromoprávní otázky nespádají do věcné působnosti Úřadu. Z tohoto důvodu považuji tuto rozkladovou námitku navrhovatele za irelevantní. Pokud by totiž Úřad posuzoval, zda je určité jednání v souladu s NOZ, pak by překročil meze své působnosti a mohlo by dojít ke kompetenčnímu konfliktu.

47. Ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost výroku I. napadeného rozhodnutí a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda v daném případě zadavatel postupoval v souladu se zákonem či nikoli. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že zadavatel nejednal v rozporu se zákonem, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití. Závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí, jsou dostatečně odůvodněny a jsou vnitřně logicky uspořádané.
48. Na základě výše uvedeného se domnívám, že Úřad učinil správná skutková zjištění a na jejich základě dospěl ke správným právním závěrům.
49. Nad rámec výše uvedeného uvádím, že judikatura, na kterou ve svém vyjádření odkazuje vybraný uchazeč, na daný případ není aplikovatelná, neboť se nezabývá situací, kdy se zadávacího řízení účastní několik subjektů z téhož koncernu, ale týká se podmínek pro doložení dispozice se zdroji jiného člena koncernu.

#### **VIII. Závěr**

50. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu výroku I. napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
51. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí ve výroku I. změnit nebo zrušit, jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## **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. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4
2. Mgr. Kristina Olivová, advokátka, OHNOUTKA & OLIVOVÁ advokátní kancelář, Jiřího z Poděbrad 1212, 686 01 Uherské Hradiště
3. Mgr. Lucie Oršulová, advokátka, Lazarská 13/8, 120 00 Praha 2 – Nové Město

### **Vypraveno dne:**

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