

Č. j.: R156,157/2006/02-06152/2007/310-Hr

V Brně dne 20. března 2007

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 20.12.2006 účastníky „Sdružení Šlapanicko – Čistá Říčka a Rakovec“, společnostmi

- **IMOS Brno, a. s., IČ: 25322257, se sídlem Olomoucká 174, 627 00 Brno, zast. předsedou představenstva Ing. Oldřichem Šterclem, a**
- **OHL ŽS, a. s., IČ: 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 660 02 Brno, zast. předsedou představenstva Ing. Michalem Štefleem, zast. na základě plné moci ze dne 18.8.2006 společností IMOS Brno, a. s., se sídlem Olomoucká 174, 627 00 Brno,**

ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 1.2.2005 advokátkou JUDr. Ivanou Řehůrkovou, se sídlem AK Bělohorská 59, 636 00 Brno,

a dále ve správním řízení o rozkladu podaném dne 21.12.2006

- **Svazkem obcí pro vodovody a kanalizace Šlapanicko, IČ: 49458833, se sídlem Masarykovo náměstí 100/7, 664 51 Šlapanice, zast. předsedou svazku Ing. Aloisem Brzobohatým,**

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6.12.2006 č. j. S300; S315/2006-21038/2006-RP, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Svazku obcí pro vodovody a kanalizace Šlapanicko, se sídlem Masarykovo náměstí 100/7, 664 51 Šlapanice, učiněných při zadání veřejné zakázky „**Šlapanicko – Čistá Říčka a Rakovec**“ formou otevřeného zadávacího řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 28.6.2006 pod ev. č. 50017186 ve znění oprav uveřejněných dne 1.8.2006 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 30.6.2006 pod ev. č. 129730-2006-CS, ve znění oprav uveřejněných dne 4.8.2006, jehož dalšími účastníky správního řízení jsou účastníci sdružení „Říčka-Rakovec“, společnosti

- **Stavby silnic a železnic, a. s., IČ: 45274924, se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha 1**, zast. předsedou představenstva Ing. Bořivojem Kačenou a místopředsedou představenstva Ing. Janem Voňkou, CSc.,
- **TCHAS, spol. s r. o., IČ: 15504158, se sídlem Novočeská 1139/22, 709 06 Ostrava – Mariánské Hory**, zast. jednatelem Ing. Václavem Daňkem, ve správním řízení zast. společností Stavby silnic a železnic, a. s., se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha 1,
- **IMOS group s. r. o., IČ: 42340250, se sídlem Tečovice 353, 763 02 Zlín**, zast. jednatelem Ing. Zdeňkem Talašem, ve správním řízení zast. společností Stavby silnic a železnic, a. s., se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha 1,

a dále účastníci sdružení, společnosti

- **D.I.S., spol. s r. o., IČ: 46975616, se sídlem Křižíkova 2960/72, 612 00 Brno**, zast. jednatelem Ing. Richardem Langem, a
- **Alpine Mayerder stavební společnost s ručením omezeným – organizační složka společnosti Alpine Mayerder Bau GmGH, Reichenhallerstrasse 7, 5020 Salzburg, Rakouská republika, IČ: 49963139, se sídlem Jiráskova 613/13, 757 01 Valašské Meziříčí**, zast. vedoucím organizační složky Peterem Russeggerem, na základě plné moci ze dne 18.9.2006 zast. společností D.I.S., spol. s r. o., se sídlem Křižíkova 2960/72, 612 00 Brno,

ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 26.10.2006 advokátem Mgr. Antonínem Zralým, se sídlem AK Ponávka 2, 602 00 Brno,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6.12.2006 č. j. S300; S315/2006-21038/2006-RP

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

O d ů v o d ě n í:

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

1. Svazek obcí pro vodovody a kanalizace Šlapanicko, IČ: 49458833, se sídlem Masarykovo náměstí 100/7, 664 51 Šlapanice, zast. předsedou svazku Ing. Aloisem Brzobohatým (dále jen „zadavatel“), uveřejnil dne 28.6.2006 na centrální adrese pod ev. č. 50017186 ve znění oprav uveřejněných dne 1.8.2006 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 30.6.2006 pod ev. č. 129730-2006-CS ve znění oprav uveřejněných dne 4.8.2006, oznámení otevřeného zadávacího řízení na nadlimitní veřejnou zakázku „Šlapanicko – Čistá Říčka a Rakovec“ podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“). Ve stanovené lhůtě obdržel zadavatel celkem šest nabídek, přičemž po provedeném hodnocení kvalifikace rozhodl zadavatel dne 14.9.2006 o vyloučení uchazeče – sdružení, tvořeného společnostmi D.I.S., spol. s r. o., IČ: 46975616, se sídlem Křižíkova 2960/72, 612 00 Brno, zast. jednatelem Ing. Richardem Langem, a Alpine Mayerder stavební společnost s ručením omezeným – organizační složka společnosti Alpine Mayerder Bau GmgH, Reichenhallerstrasse 7, 5020 Salzburg, Rakouská republika, IČ: 49963139, se sídlem Jiráskova 613/13, 757 01 Valašské Meziříčí, zast. vedoucím organizační složky Peterem Russeggerem, na základě plné moci ze dne 18.9.2006 zast. společností D.I.S., spol. s r. o., se sídlem Křižíkova 2960/72, 612 00 Brno, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 26.10.2006 advokátem Mgr. Antonínem Zralým, se sídlem AK Ponávka 2, 602 00 Brno (dále jen „sdružení D.I.S.“) zadávacího řízení.
2. Po provedeném hodnocení nabídek vybral zadavatel jako nejvhodnější nabídku uchazeče – sdružení tvořeného společnostmi IMOS Brno, a. s., IČ: 25322257, se sídlem Olomoucká 174, 627 00 Brno, zast. předsedou představenstva Ing. Oldřichem Šterclem, a OHL ŽS, a. s., IČ: 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 660 02 Brno, zast. předsedou představenstva Ing. Michalem Štefle, zast. na základě plné moci ze dne 18.8.2006 společností IMOS Brno, a. s., se sídlem Olomoucká 174, 627 00 Brno, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 1.2.2005 advokátkou JUDr. Ivanou Řehůrkovou, se sídlem AK Bělohorská 59, 636 00 Brno (dále jen „sdružení IMOS“). Proti rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky podal námitky a následně návrh uchazeč – sdružení, tvořené společnostmi Stavby silnic a železnic, a. s., IČ: 45274924, se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha 1, zast. předsedou představenstva Ing. Bořivojem Kačenou a místopředsedou představenstva Ing. Janem Voňkou, CSc., dále TCHAS, spol. s r. o., IČ: 15504158, se sídlem Novočeská 1139/22, 709 06 Ostrava – Mariánské Hory, zast. jednatelem Ing. Václavem Daňkem, ve správním řízení zast. společností Stavby silnic a železnic, a. s., se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha 1, a IMOS group s. r. o., IČ: 42340250, se sídlem Tečovice 353, 763 02 Zlín, zast. jednatelem Ing. Zdeňkem Talašem, ve správním řízení zast. rovněž společností Stavby silnic a železnic, a. s., se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha 1 (dále jen „sdružení SSŽ“).
3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel návrh sdružení SSŽ dne 19.10.2006 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení č. j. S300/02006, ve kterém jako účastníky správního řízení označil Úřad zadavatele, účastníky sdružení SSŽ a účastníky sdružení IMOS. Sdružení D.I.S. rovněž podalo proti rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení námitky a následně dne 20.10.2006 návrh k Úřadu a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení č. j. S315/2006, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele, účastníky sdružení D.I.S. a účastníky sdružení IMOS. Dne 1.11.2006

rozhodnutím č. j. S315/2006-19266/2006/540-Hm uložil Úřad zadavateli jako předběžné opatření zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude výše specifikované správní řízení ukončeno. Dne 27.11.2006 pak rozeslal Úřad účastníkům obou správních řízení oznámení o spojení těchto správních řízení usnesením S300;S315/2006-20917/2006-RP.

Napadené rozhodnutí Úřadu

4. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 6.12.2006 rozhodnutí č. j. S300;S315/2006-21038/2006-RP, kterým části I. výroku konstatoval, že zadavatel nesplnil svou povinnost dle § 30 odst. 3 zákona tím, že neomezil rozsah požadovaných informací o kvalifikaci dodavatelů pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky, když jako kritérium finanční a ekonomické způsobilosti podle § 32 odst. 1 písm. b) zákona zvolil výši základního kapitálu minimálně 400 mil. Kč. Na základě výše uvedeného uložil Úřad zadavateli podle § 101 odst. 1 zákona zrušit otevřené řízení na předmětnou veřejnou zakázku, a to ve lhůtě do jednoho měsíce od nabytí právní moci uvedeného rozhodnutí. V části II. výroku rozhodnutí pak Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši paušální částky 1 000,- Kč.

Odůvodnění rozhodnutí Úřadu

Základní kapitál jako kritérium finanční a ekonomické způsobilosti

5. V oznámení zadávacího řízení, bod 9.2 kritéria a doklady pro prokazování finanční a ekonomické způsobilosti zadavatele ve znění opravy ze dne 1.8.2006 zadavatel uvedl „vyjádření banky o schopnosti uchazeče plnit své finanční závazky, uchazeč nebyl za poslední 3 předchozí účetní období ve ztrátě, doložení účetní závěrky, včetně zprávy auditora, dosáhl obratu min. 1,2 mld Kč ročně, tuto skutečnost doloží příslušným výkazem zisku a ztrát, výše základního kapitálu min. 400 mil Kč“. Obdobně hovoří i zadávací dokumentace, svazek 1 na straně 6. Úřad uvádí, že dle ustanovení § 30 odst. 3 zákona je zadavatel povinen omezit rozsah požadovaných informací o kvalifikaci dodavatelů pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. V této souvislosti se Úřad ztotožňuje s názorem sdružení D.I.S., který zpochybňuje „garanční funkci“ základního kapitálu jako kvalifikačního kritéria a jeho spojitost s ekonomickou situací konkrétní společnosti. Úřad uvádí, že základní kapitál je pouze účetní hodnotou, peněžním vyjádřením vkladů společníků do společnosti. Garanční funkci základního kapitálu spočívající v záruce toho, že má společnost majetek alespoň v jeho výši, lze akceptovat pouze v okamžiku založení dané společnosti (zápisu do obchodního rejstříku). Jelikož může společnost tento majetek dále používat k zajištění své činnosti, nemá základní kapitál po založení společnosti již vztah k její aktuální finanční a ekonomické situaci. Výše základního kapitálu nemá ani žádný vztah k ručení společnosti za její závazky, neboť společnosti vytvářející povinně základní kapitál ručí za své závazky do výše svého majetku, a to bez ohledu na výši základního kapitálu.

Nápravné opatření

6. Základní kapitál tedy dle názoru Úřadu neodráží hospodaření společnosti a nemůže tedy ani vyjadřovat finanční a ekonomickou způsobilost dodavatele k realizaci veřejné zakázky. Jako kritérium finanční a ekonomické způsobilosti tak nemůže mít souvislost s předmětem veřejné zakázky. Stanovením minimální výše základního kapitálu 400 mil.

Kč jako kritéria finanční a ekonomické způsobilosti tedy zadavatel porušil § 30 odst. 3 zákona, neboť tím dle názoru Úřadu neomezil rozsah požadovaných informací o kvalifikaci dodavatelů pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Toto pochybení zadavatele pak mohlo ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť dle názoru Úřadu nelze vyloučit, že by při nepoužití tohoto kritéria kvalifikace byla jako ekonomicky nejvýhodnější vybrána nabídka jiného uchazeče, popřípadě, že by nabídku podali i další dodavatelé, kteří by nabídli výhodnější podmínky. Proto Úřad uložil zadavateli jako nápravné opatření podle § 101 odst. 1 zákona zrušit předmětné zadávací řízení.

Postup hodnotící komise při hodnocení nabídek

7. Ačkoliv Úřad konstatoval, že nezákonnost postupu zadavatele byla dána již v zadávacích podmínkách, a tedy další úkony zadavatele již nemohou být v souladu se zákonem, vyjádřil se rovněž k námitce sdružení SSŽ ohledně postupu hodnotící komise, a to s ohledem na to, že zadavatel bude pravděpodobně zadávat předmětnou zakázku znovu. Podle § 8 odst. 4 vyhlášky č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“), považuje-li hodnotící komise hodnotu jiného dílčího kritéria, než je cena, za zjevně nepřiměřenou, přiřadí nabídce v rámci tohoto kritéria 0 bodů. Zadavatel u dvou uchazečů neshledal mimořádně nízké hodnoty při hodnocení nabídek podle kritéria č. 3 „výše smluvní pokuty za prodlení s dokončením Ucelených částí díla“, přestože tak u těchto dvou uchazečů učinil při hodnocení nabídek podle kritéria č. 4 „výše smluvní pokuty za prodlení s termínem dokončení díla“. K tomu Úřad uvádí, že posouzení přiměřenosti předmětných hodnot je v kompetenci hodnotící komise. Zadavatel je však povinen zachovávat zásadu stejného zacházení se všemi uchazeči a zájemci, zákazu diskriminace a transparentnosti a v této souvislosti Úřad uvádí, že odchylky hodnot smluvních pokut od nejbližší nabízené hodnoty byly u uchazečů v obou případech řádově kolem dvacetinásobku, a tedy extrémnost odchylky byla řádově stejná. Vysvětlení zadavatele, proč za této situace zadavatel přistupoval k těmto hodnotám různě, nemá Úřad za přesvědčivé a transparentně prokazující postup zadavatele v zadávacím řízení.

II. Námitky rozkladů

Rozklad sdružení IMOS

8. Proti rozhodnutí Úřadu podal dne 20.12.2006 rozklad uchazeč – sdružení IMOS. Nesouhlasí s názorem napadeného rozhodnutí, že stanovení základního kapitálu jako kvalifikačního kritéria je nezákonné a poukazuje na skutečnost, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 512 331 840 Kč, a tedy je zřejmé, že k jejímu splnění bude způsobilý dodavatel přiměřené velikosti, způsobilý převzít na sebe závazky minimálně ve výši předpokládané hodnoty zakázky. Toto si chtěl zadavatel zajistit požadavkem na minimální výši základního kapitálu ve spojení s minimální výší ročního obrátu. Sdružení IMOS vytýká Úřadu, že vypovídací schopnost základního kapitálu posuzoval odtrženě a nepřihlédl k tomu, že kombinací obou jmenovaných kritérií se zvyšuje vypovídací schopnost každého z nich, a to synergickým efektem, tedy více než dvojnásobně.
9. Základní kapitál je dle tvrzení sdružení IMOS považován odborníky za jeden z institutů ochrany věřitelů společnosti a princip garance je označován v právní teorii za

nejvýznamnější funkci základního kapitálu. Proto je stanovena jeho minimální výše, přesná pravidla pro změnu jeho výše a ochrana věřitelů při snížení jeho výše je zajištěna § 147 a § 215 obchodního zákoníku. Projevem garanční funkce základního kapitálu je dle sdružení IMOS nepochybně i povinnost zveřejnit jeho výši v obchodním rejstříku, a tedy základní kapitál je v podstatě jediným vždy veřejně dostupným ekonomickým údajem o společnosti. Vztah základního kapitálu k ekonomice společnosti posoudil Úřad značně zjednodušeně a zcela pominul skutečnost, že je významným zdrojem financování majetku a chodu společnosti. Tento způsob financování pak označuje sdružení IMOS z pohledu obchodních partnerů za méně rizikový než financování z externích zdrojů. I z hlediska uspokojení nároků věřitelů je hodnotnějším zdrojem vlastní kapitál, který dle tvrzení sdružení IMOS bývá z velké části tvořen právě základním kapitálem. Základní kapitál představuje zdroj, za jehož poskytnutí není nutno vlastníkově primárně platit odměnu a není nutné vkladateli vyplácet ani podíl na zisku, pokud společnost zisku nedosahuje. Čím větší je ve společnosti podíl vlastních zdrojů na celkovém kapitálu, tím je společnost finančně jistější a není ohrožena finanční nestabilitou spojenou se zadlužeností. Výše základního kapitálu je také vzhledem k striktní právní úpravě stěží manipulovatelná.

10. Sdružení IMOS rovněž uvádí, že pro prokazování kvalifikace byla zvolena kombinace základního kapitálu a výše obratu. Základní kapitál dle něj představuje statické hledisko velikosti a stability uchazeče a obrat pak dynamické hledisko činnosti uchazeče. Pokud je zpochybňována vypovídací schopnost zadavatelem takto zvolených kritérií, pak je možné úspěšně zpochybnit i ostatní používaná kritéria, zjistitelná finanční analýzou z účetní závěrky, neboť vycházejí z účetních podkladů a ty ne vždy zcela odpovídají potřebám správného ekonomického hodnocení společnosti, neboť mohou být ovlivněny účetními postupy a metodami, které společnost používá.
11. Základní kapitál má tedy dle tvrzení sdružení IMOS nepochybně určitou garanční funkci a v kombinaci s výší obratu i vypovídací schopnost o ekonomické a finanční způsobilosti k plnění zakázky. Sdružení IMOS připouští, že míra této vypovídací schopnosti může být předmětem odborné diskuze, nikoliv však kritériem pro posuzování zákonnosti či nezákonnosti základního kapitálu jako kritéria zvoleného zadavatelem. V napadeném rozhodnutí se však otázka zákonnosti či nezákonnosti stala předmětem správního uvážení, což považuje sdružení IMOS za naprosto nepřijatelné. Úřad touto úvahou na sebe bere odpovědnost zadavatele za výběr nejvhodnějšího dodavatele v rozporu se svou pravomocí dle § 94 zákona. Vzhledem k tomu, že neexistuje kritérium, které by 100 % osvědčovalo ekonomickou a finanční způsobilost podnikatele, povede takový přístup k tomu, že neúspěšní uchazeči budou ex post namítat vypovídací schopnost stanovených kritérií a těžko nějaké zadávací řízení obstojí. Zákaz dle § 30 odst. 3 zákona je proto dle názoru sdružení IMOS nutno vykládat tak, že zadavatel nesmí vyžadovat informace, které zjevně s předmětem zakázky nesouvisí.
12. Sdružení IMOS rovněž zpochybňuje závěr napadeného rozhodnutí, že porušení § 30 odst. 3 zákona mohlo ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť nabídku mohli případně podat i jiní dodavatelé. V této souvislosti sdružení IMOS uvádí, že všichni ze 100 největších dodavatelů stavebních prací, kteří dosahují obratu v rozmezí od 350 mil. Kč do 29.5 mld. Kč, jsou akciovými společnostmi nebo společnostmi s ručením omezeným, které ze zákona vytváří základní kapitál. Dle názoru sdružení není pravděpodobné, že by při neexistenci kritéria základního kapitálu podal nabídku

dodavatel s obratem nad 1,2 mld. Kč, která základní kapitál nevytváří. Úřad tak učinil teoretický závěr, aniž by provedl dokazování nabídkami uchazečů.

13. Mezi námitkami proti procesní správnosti napadeného rozhodnutí sdružení IMOS uvádí, že se Úřad nevypořádal se změnou návrhu sdružení D.I.S., který svůj návrh upravil tak, že žádá, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru a uložil mu provést nové posouzení, a dále Úřad nevyřešil správně formální vadu návrhu sdružení SSŽ, když sdružení IMOS dovozuje, že rozhodnutím správní rady sdružení nemohlo být platně založeno zastoupení účastníků sdružení, neboť sdružení nemá první subjektivitu a tedy ji nemůže mít ani jeho správní rada. K zastoupení na základě plné moci je třeba dvoustranný právní úkon mezi zastoupeným a zástupcem.
14. K pochybnostem, které Úřad vyjádřil v napadeném rozhodnutí ohledně transparentnosti postupu hodnotící komise při hodnocení nabídek podle kritérií č. 3 a 4, sdružení IMOS uvádí, že hodnocení proběhlo zcela transparentně, kritéria byla číselně vyjádřitelná a zadavatel se nemůže dopustit porušení zákona tím, že nepovažuje hodnotu dílčího kritéria za zjevně nepřiměřenou. Rovněž srovnání hodnot jednotlivých dílčích kritérií je naprosto irelevantní, neboť význam jednotlivých zjišťovaných povinností pro zadavatele nemůže podléhat přezkumu ze strany Úřadu.

Petit rozkladu sdružení IMOS

15. Sdružení IMOS považuje napadené rozhodnutí za věcně nesprávné, Úřad k němu dospěl nepřípustnou aplikací diskreční pravomoci a správní řízení trpělo i dalšími procesními vadami. Proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

Rozklad zadavatele

16. Dne 21.12.2006 podal proti rozhodnutí Úřadu rozklad rovněž zadavatel. Namítá v něm, že se nejedná o běžnou zakázku, kdy cenu plnění hradí zadavatel z vlastních prostředků, ale z finančních prostředků Fondu soudržnosti a je tedy do jisté míry vázán podmínkami stanovenými před poskytnutím těchto finančních prostředků. V případě posunů v termínech dokončení díla či překročení stanovených lhůt by tak mohlo dojít ke snížení či odejmutí těchto prostředků. Specifickým charakterem zakázky je proto dle názoru zadavatele odůvodněno specifické stanovení kvalifikačních podmínek pro uchazeče, který mají realizovat takto dotovaný projekt v předpokládané hodnotě 500 000 000,- Kč. Mezi základní právní a účetní instituty spadají roční obrat, neztrátovost a základní kapitál, přičemž právě základní kapitál se zadavateli jeví jako nejstabilnější údaj naznačující ekonomickou sílu a stabilitu osoby uchazeče. Základní kapitál jednak primárně osvědčuje hodnotu majetku společnosti ke dni jejího vzniku, ale odvozuje se od něj i tvorba rezervního fondu na úhradu ztráty společnosti, možnost výplaty podílu na zisku a stejně tak možnost případné změny právní formy společnosti. Hodnota základního kapitálu je rovněž významná z hlediska finanční kontroly společnosti, pokud ztráta společnosti přesáhne polovinu základního kapitálu, kdy je potřeba svolat valnou hromadu za účelem přijetí rozhodnutí o zrušení společnosti. Dostatečně vysoká hodnota základního kapitálu se tak zadavateli jeví jako významná záruka toho, že nedojde k nucenému zrušení společnosti s jeho následnou likvidací, a proto nesouhlasí se závěrem napadeného rozhodnutí, že základní kapitál neplní žádné kontrolní či „garanční funkce“. Dle názoru zadavatele lze rovněž obecně předpokládat, že čím vyšší je hodnota vkladů jednotlivých společníků, tím vyšší je jejich zájem na úspěšném podnikání, a tedy

i aktivita směřující ke kontrole podnikatelské činnosti společnosti. Zadavatel rovněž vyslovuje názor, že Úřadu nepřísluší hodnotit a posuzovat charakter a význam jednotlivých institutů obchodního práva, když toto přísluší pouze soudům, a proto závěr napadeného rozhodnutí je chybný z podstaty samé.

17. Základní kapitál je rovněž jednou z účetních veličin, které se povinně uvádějí v účetní závěrce společnosti, a tvoří jednu ze složek vlastního kapitálu. Zatímco vlastní kapitál se může v čase značně měnit, hodnota základního kapitálu zůstává, a byť nemusí odpovídat výši čistého obchodního majetku společnosti, je po celou dobu existence společnosti významným údajem determinujícím hospodaření společnosti.
18. Zadavatel rovněž poukazuje na to, že požadoval po uchazečích též doložit určitý minimální obrat za předcházející tři účetní období a doložit neztrátovost. Kombinace všech těchto tří ukazatelů pak velmi významným způsobem zajišťuje naplnění požadavku zadavatele na ekonomickou stabilitu a vysokou prosperitu uchazečů. Vzhledem k výše uvedenému je tedy zadavatel přesvědčen, že hodnota základního kapitálu nepochybně bezprostředně souvisí s předmětem veřejné zakázky, a to zejména pokud jde o otázky spojené s jejím financováním.
19. Zadavatel ani neshledává jakýkoliv důvod k úvahám o eventuálním diskriminačním charakteru svého požadavku na doložení minimální výše základního kapitálu, neboť má za to, že je jeho nepochybným právem vybrat některý z ukazatelů, které jsou součástí účetní závěrky, tedy dokladu, který je zadavatel oprávněn požadovat podle § 32 odst. 1 písm. b) zákona. Požadavky zadavatele jsou dle jeho názoru zcela legitimní a současně je nelze považovat ani za diskriminační, když zadavatel uvádí, že byl připraven uznat i jiné doklady a přihlídnout i k jiným veličinám, pokud by takové veličiny měly podle odborného názoru hodnotící komise stejnou vypovídací hodnotu o ekonomické síle uchazeče, jako například osvědčení národního kvalifikačního a klasifikačního systému stavebních dodavatelů. Požadavek zadavatele nemohl působit diskriminačně i proto, že požadavky na určitý minimální obrat a neztrátovost jsou dle názoru zadavatele schopny splnit pouze společnosti, které vytvářejí povinně základní kapitál, tedy jde o akciové společnosti či společnosti s ručením omezeným.
20. Zadavatel se neztotožňuje ani s názorem napadeného rozhodnutí na netransparentní postup hodnotící komise a uvádí, že o případné diskriminaci by bylo možno hovořit pouze tehdy, pokud by přistupoval různým způsobem k nabídkám jednotlivých uchazečů, což se v šetřeném případě nestalo. Rovněž zdůvodnění postupu hodnotící komise považuje zadavatel za transparentní, neboť u kritéria č. 4 posoudila hodnotící komise hodnoty jako nepřiměřené s přihlídnutím k § 301 obchodního zákoníku, tj. s ohledem na přiměřenost smluvní pokuty ve vztahu k hodnotě a významu zajišťované povinnosti. S ohledem na způsob financování veřejné zakázky z fondů EU má zadavatel za to, že případné prodlení s dosahováním dílčích termínů pro realizaci projektu (tj. prodlení s dokončením tzv. „ucelených částí díla“) by se nepochybně projevilo i v nedodržení konečného termínu realizace projektu. Zadavatel má proto za účelné předcházet problémům s dodržáním termínu dokončení realizace projektu již v průběhu realizace jeho jednotlivých etap. Zadavatel v této souvislosti rovněž připomíná, že posouzení těchto skutečností nespadá pod přezkumnou pravomoc Úřadu, neboť se jedná o úvahy jednotlivých členů komise. Úřadu pouze přísluší zkoumat, zda bylo hodnocení nabídek dostatečně transparentní a nevzbuzuje pochybnosti o diskriminačním přístupu hodnotící komise.

Petit rozkladu zadavatele

21. Zadavatel je přesvědčen, že jím stanovené zadávací podmínky, jakož i postup v průběhu zadávacího řízení jsou v souladu se zákonem, a proto žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání a rozhodnutí.

III. Řízení o rozkladu

Vyjádření sdružení D.I.S. k rozkladu sdružení IMOS

22. Dne 9.1.2007 doručilo sdružení D.I.S. Úřadu své vyjádření k rozkladu sdružení IMOS. Uvádí v něm, že základní kapitál je součástí vlastního kapitálu společnosti vedle kapitálových fondů, fondů tvořených ze zisku či nerozdělených výsledků běžného období i let minulých. Zdůrazňuje, že i společnost s velmi nízkým základním kapitálem může disponovat značným vlastním či cizím obchodním majetkem, který může využít ke zhotovení díla, které je předmětem veřejné zakázky. Vypovídací schopnost výše základního kapitálu je v naznačených souvislostech značně diskutabilní, tím spíše, že ani vysoký základní kapitál není záruka, že společnost má tyto prostředky skutečně k dispozici. V této souvislosti odkazuje sdružení D.I.S. i na odbornou literaturu, podle které může být výše základního kapitálu důležitá pro případné obchodní partnery snad jen při jejím založení, a to z důvodu, že její společnost může používat k zajištění své činnosti. Skutečný vlastní majetek a čistý obchodní majetek společnosti tak může být řádově nižší než zapsaný základní kapitál, přičemž sdružení D.I.S. podtrhuje, že společnosti povinně vytvářející základní kapitál ručí ze své závazky do výše svého majetku, nikoliv do výše zapsaného základního kapitálu.
23. K tvrzení rozkladu, že základní kapitál je v podstatě jediným veřejně dostupným ekonomickým údajem o společnosti, sdružení D.I.S. podotýká, že tato skutečnost nemá žádnou relevanci, neboť zadavatel při zadání veřejné zakázky nevychází z veřejně dostupných údajů, ale z dokladů předkládaných uchazeči. Námitku rozkladu, že vlastní kapitál je z velké části tvořen právě základním kapitálem, označuje sdružení D.I.S. za hypotetický názor a uvádí, že poměr základního kapitálu a vlastního majetku se různí společnost od společnosti.
24. K námitce posouzení zákonnosti či nezákonnosti základního kapitálu Úřadem sdružení D.I.S. konstatuje, že je v pravomoci Úřadu posoudit, zda kritéria zvolená zadavatelem jsou v souladu se zákonem. Zadavatel zcela jistě nemůže zvolit takové kritérium, které není schopno finanční a ekonomickou způsobilost prokázat a vede pouze k diskriminaci a vyloučení některých uchazečů. Sdružení D.I.S. rovněž uvádí, že pravidlo rovnosti a nediskriminace v zadávacím řízení není postaveno na předpokladu, kdo se asi zúčastní zadávacího řízení, nýbrž je postaveno na zásadě, že podmínky zadávacího řízení musí být stanoveny objektivně, rovně a nediskriminačně bez ohledu na to, v jaké právní formě eventuelní účastník zadávacího řízení podniká.
25. Sdružení D.I.S. navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad zamítl.

Vyjádření sdružení SSŽ k oběma rozkladům

26. Dne 9.1.2007 Úřadu doručilo své vyjádření k oběma rozkladům rovněž sdružení SSŽ. Zadavatel i sdružení IMOS ve svých rozkladech podle něj záměrně zveličují význam garanční funkce základního kapitálu. V této souvislosti uvádí, že hodnota majetku společnosti se v životě kapitálové společnosti vyvíjí a základní kapitál není v žádném případě zárukou, že společnost má po celou dobu své existence majetek v jeho výši.
27. Sdružení SSŽ označuje za pozoruhodné, že zadavatel zdůrazňuje obavu z hrozící škody v případě neplnění smlouvy, ale přitom se spokojil s požadavkem bankovní záruky za provedení díla ve výši 20 mil. Kč, tj. méně než 4 %, když obvyklá výše požadované bankovní záruky se pohybuje okolo 10 % a v odůvodněných případech by jistě mohla být vyšší.
28. Úřad dle názoru sdružení SSŽ disponuje nejen právní erudicí v oblasti své pravomoci, ale ze své podstaty má rovněž odbornost potřebnou pro posuzování oprávněných požadavků na prokázání ekonomické a finanční způsobilosti. V této souvislosti stojí dle sdružení IMOS za pozornost seznam stovky předních stavebních firem, na který odkazuje ve svém rozkladu sdružení IMOS. Všech sto firem zde splňuje podmínku ročního obrátu 350 mil. Kč, z toho prvních 33 společností splňuje podmínku obrátu 1,2 mil. Kč za poslední rok, ale pokud jde o základní kapitál, jsou hodnoty zásadně rozdílné – zatímco v první desítce pouze dva subjekty nemají základní kapitál vyšší než 400 mil. Kč, v druhé desítce jsou již pouze dva subjekty, které tuto podmínku splňují. Z uvedeného je dle názoru sdružení SSŽ zřejmé, jak výrazně zadavatel stanovením požadavku vysokého základního kapitálu omezil okruh uchazečů. Sdružení SSŽ tedy nesouhlasí s tím, že by stanovení základního kapitálu jako kritéria ekonomické a kvalifikační způsobilosti bylo přiměřené zakázce. Skutečnost, že základní kapitál nemůže sloužit jako kvalifikační kritérium, je zcela zřejmá z toho, že neexistuje vodítko, podle kterého by bylo možno stanovit výši základního kapitálu odpovídající předmětné zakázce.
29. Sdružení SSŽ se dále vyjadřuje k postupu komise při hodnocení nabídek, přičemž odmítá jako absurdní tvrzení rozkladů, že hodnocení nemůže podléhat přezkumu Úřadem. Úřadu nepřísluší činit závěry o tom, která nabídka je výhodnější, musí však dohlížet na to, aby provedené hodnocení bylo transparentní a zaručovalo všem uchazečům rovné zacházení a rovné šance. Musí se proto zabývat i samotným postupem hodnocení z hlediska jeho objektivit, úplnosti a průhlednosti. Dle názoru sdružení SSŽ ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek chybí odůvodnění názoru komise na přiměřenost, resp. nepřiměřenost hodnot jednotlivých smluvních pokut. Pokud se takového objektivně přezkoumatelného hodnocení nedostává, trpí proces hodnocení nabídek závažnou vadou, kterou je Úřad oprávněn vytknout. Vyslovit závěry o nepřiměřenosti smluvních pokut je dle názoru sdružení SSŽ složitá otázka a v jednotlivých případech jsou výrazné rozdíly, což sdružení dokládá odkazem na několik judikátů Ústavního soudu i dalších soudů. Sdružení SSŽ shledává v postupu hodnotící komise prvky porušení zákazu diskriminace a současně zpochybňuje i význam závaznosti termínů dokončení některých milníků. V rozkladech se sice dle něj obecně poukazuje na údajné přísné podmínky financování projektu, ani zde však nejsou uvedeny konkrétní údaje dokládající toto paušální tvrzení. Přiměřenost smluvní pokuty té které zajišťované povinnosti, tj. dodržení toho kterého závazného milníku, je podle sdružení SSŽ nutno posuzovat objektivně, nikoliv jen na základě vah, která dílčím

kritériím přisoudil zadavatel na základě své subjektivní úvahy. Takové posouzení však hodnotící komise neprovedla a sdružení má s přihlédnutím ke všem výše uvedeným skutečnostem za to, že hodnocení nabídek komisí proběhlo v rozporu s právními předpisy.

30. K náležitostem svého návrhu sdružení SSŽ uvádí, že byl podán v souladu s dohodou všech stran, a tedy netrpí žádnou vadou.
31. Zadavatel tedy dle názoru sdružení porušil zákon stanovením základního kapitálu jako kvalifikačního kritéria a stanovením požadavku na jeho výši 400 mil. Kč. Hodnotící komise pak rovněž pochybila při hodnocení nabídek, když rozhodovala netransparentně, což mělo za následek diskriminaci některých uchazečů. Sdružení SSŽ navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

Vyjádření sdružení D.I.S. k rozkladu zadavatele

32. Dne 10.1.2007 doručilo sdružení D.I.S. Úřadu vyjádření k rozkladu zadavatele. Rozklad podle něj nepřináší z hlediska argumentace ničeho nového oproti tomu, co zadavatel doposud tvrdil, snad s výjimkou rezervního fondu. Zde se zadavatel dle názoru sdružení D.I.S. dopustil výkladové nepřesnosti, neboť rezervní fond je z hlediska rozvahy společnosti pasivem, jemuž v aktivech nemusí odpovídat žádná konkrétní majetková hodnota. Ustanovení o tom, že musí být tento fond vytvářen v penězích nebo jiných likvidních prostředcích, bylo zrušeno novelou obchodního zákoníku s účinností k 1.1.1993. Sdružení rovněž opakuje, že toto kvalifikační kritérium je objektivně diskriminační k těm eventuálním uchazečům, kteří základní kapitál nevytvářejí. Sdružení D.I.S. navrhuje, aby rozklad zadavatele byl zamítnut.

Doplnění vyjádření sdružení SSŽ

33. Dne 10.1.2007 předložilo sdružení SSŽ jako přílohu svého vyjádření k rozkladům vyjádření auditora Ing. Jiřího Doležela ze společnosti Alfa audit s. r.o., Brno, ze dne 5.1.2007 k pojmu „základní kapitál společnosti“, která rovněž dospívá k závěru, že základní kapitál neodrážení hospodaření společnosti a nemůže ani vyjadřovat finanční a ekonomickou způsobilost dodavatele k realizaci veřejné zakázky. Dovozuje tak mimo jiné z toho, že kapitálové společnosti nejsou povinny uhradit ztrátu vzniklou z jejich hospodaření, čímž může dojít k podstatnému snížení vlastního kapitálu a společnost tak nemusí mít skutečně k dispozici prostředky odpovídající hodnotě základního kapitálu. Základní kapitál je tedy pouze účetní hodnota vložených vkladů a neodráží následnou ekonomickou způsobilost společnosti.

Doplnění rozkladu sdružení IMOS

34. Sdružení IMOS doručilo dne 13.2.2007 Úřadu jako doplnění svého rozkladu stanovisko auditorské společnosti Deloitte Audit s. r. o., Praha 8, ze dne 7.2.2007. Uvádí se v něm mimo jiné, že základní kapitál společnosti představuje víceméně pevnou část vlastního kapitálu, která vzniká zejména založením společnosti. Jeho velikost by měla odpovídat trvalé potřebě vlastního kapitálu, která vyplývá zejména z potřeby stálého majetku a trvalé části oběžného majetku. Jeho stabilita je dána i tím, že k výplatě zisku nelze použít základního kapitálu, rezervního fondu ani ostatních kapitálových fondů ani prostředků, které společnost je povinna dle zákona, společenské smlouvy nebo stanov

použit pro doplnění těchto fondů. Základní kapitál (akciový kapitál) je rovněž nejbezpečnějším zdrojem financování, protože nevyžaduje splácení, nevyžaduje stálé úrokové platby a to bez ohledu na dosažený zisk. Autor stanoviska rovněž poukazuje na to, že je to jeden z mála údajů, které je možné považovat za plně spolehlivé, neboť je zapisován do obchodního rejstříku. Základní kapitál jako ukazatel ekonomické síly a stability je vhodný v např. v situacích, kdy se jedná o velkou zakázku dlouhodobého charakteru a schopnost splnit smluvní záruky se odvíjí právě od ekonomické síly subjektu, a proto ekonomicky-racionálně chovající se subjekt by měl posuzovat nejstabilnější ukazatele ekonomické síly jako je základní kapitál.

Stanovisko předsedy Úřadu

35. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou 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 a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
36. Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když svým rozhodnutím 6.12.2006 č. j. S300;S315/2006-21038/2006-RP konstatoval v postupu zadavatele nesplnění povinnosti dle ustanovení § 30 odst. 3 zákona tím, že zvolil jako kritérium finanční a ekonomické způsobilosti podle § 32 odst. 1 písm. b) zákona výši základního kapitálu minimálně 400 mil. Kč, a tedy neomezil rozsah požadovaných informací o kvalifikaci dodavatelů pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Úřad však pochybil, když uložil zadavateli nápravné opatření podle § 101 odst. 1 zákona, aniž by vyslovil, zda postup zadavatele podstatně ovlivnil či mohl ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

IV. K námitkám rozkladu

K důvodům pro zrušení napadeného rozhodnutí

37. Ustanovení § 101 odst. 1 zákona stanoví, že shledá-li orgán dohledu před uzavřením smlouvy (§ 66 zákona), že zadavatel úkonem učiněným při zadávání veřejné zakázky nesplnil povinnost nebo porušil zákaz stanovený tímto zákonem, uvede tuto skutečnost písemně v rozhodnutí. Současně zadavateli uloží opatření k nápravě, zejména zrušení rozhodnutí zadavatele o přidělení zakázky, jestliže takový úkon podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Úřad jakožto orgán dohledu podle § 94 zákona je tedy oprávněn uložit zadavateli opatření k nápravě pouze tehdy, pokud zjištěné porušení zákona na straně zadavatele podstatně ovlivnilo či mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.
38. Z uvedeného je zřejmé, že Úřad je povinen před uložením opatření k nápravě zkoumat, zda ke zjištěnému pochybení na straně zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem, tedy zda pochybení zadavatele ovlivnilo či mohlo ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Pokud pak dojde k závěru, že ano, je Úřad dále povinen zkoumat, zda toto „ovlivnění“ (či možné ovlivnění) dosáhlo takové intenzity, že je lze považovat za „podstatné“ ovlivnění (či možné podstatné ovlivnění). Teprve v takovém případě je Úřad oprávněn uložit zadavateli opatření k nápravě podle § 101 odst. 1 zákona. Výsledky správního uvážení v této otázce pak musí být podrobně uvedeny v rozhodnutí

Úřadu o uložení pokuty, včetně důvodů, které Úřad k jeho závěrům o podstatném ovlivnění vedly, jinak by se jednalo o důvod nepřezkoumatelnosti rozhodnutí Úřadu.

39. Obdobný závěr vyslovil i Krajský soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 7.2.2007, č. j. 62 Ca 21/2006-195, podle kterého „pro uložení pokuty podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona za správní delikt podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona musí být prokázáno, že k porušení zákona ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob je přitom naplněn tehdy, pokud v důsledku konkrétního porušení zákona ze strany zadavatele alespoň mohlo dojít k ovlivnění hodnocení nabídek. Závěr o uložení pokuty za správní delikt podle § 102 odst. 1 písm. a) i b) zákona musí být opřen o zjištění, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem (učinil to, co učinit neměl, nebo naopak neučinil to, co učinit měl, případně sice učinil to, co měl, avšak nesprávně či opožděně) a v důsledku toho konkrétní nabídka mohla být vyhodnocena jinak, než by byla vyhodnocena za situace, pokud by ke konstatovanému pochybení ze strany zadavatele nedošlo. ... V rozhodnutí však musí být vždy splnění této podmínky přesvědčivě odůvodněno.“
40. V šetřeném případě Úřad zjistil, že zadavatel v průběhu zadávacího řízení nesplnil povinnost stanovenou zákonem a toto nesplnění povinnosti podrobně specifikoval v prvním odstavci části I. výroku napadeného rozhodnutí. V druhém odstavci části I. výroku napadeného rozhodnutí pak Úřad uložil zadavateli opatření k nápravě – zrušit otevřené řízení na předmětnou veřejnou zakázku, aniž by však uvedl, zda pochybení zadavatele podstatně ovlivnilo či mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Výrok napadeného rozhodnutí je tak v tomto bodě nepřezkoumatelný.
41. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že zjištěné nesplnění zákonné povinnosti zadavatelem mohlo ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť nelze vyloučit, že by při nepoužití předmětného kritéria kvalifikace byla jako ekonomicky nejvýhodnější vybrána nabídka jiného uchazeče, popřípadě, že by nabídku podali i další dodavatelé, kteří by nabídli výhodnější podmínky. Úřad se však v odůvodnění svého rozhodnutí žádným způsobem nezabývá mírou tohoto ovlivnění (či možného ovlivnění), tedy zda dosáhlo takové intenzity, že lze hovořit o podstatném ovlivnění či o podstatném možném ovlivnění stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Ani odůvodnění napadeného rozhodnutí tedy není dostatečně určité, a tedy přezkoumatelné.
42. Vzhledem k tomu, že se jedná o klíčovou otázku případu, neboť pouze při prokázání, že pochybení zadavatele mělo nebo mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, lze uložit opatření nápravě, byl jsem nucen přistoupit ke zrušení napadeného rozhodnutí, neboť rozhodnutí je stíženo závažnou vadou mající vliv na jeho zákonnost a přezkoumatelnost.

K otázce základního kapitálu jako kritéria finanční a ekonomické způsobilosti

43. Jak je výše uvedeno, v rámci řízení o rozkladu jsem zjistil skutečnosti, které měly podstatný vliv na přezkoumatelnost a zákonnost napadeného rozhodnutí, kvůli kterým jsem byl nucen zrušit napadené rozhodnutí a vrátit věc orgánu prvního stupně k novému projednání. Vzhledem k tomu, že důvody zrušení napadeného rozhodnutí jsou rázu formálně procesního, není nutné se podrobně zabývat všemi námitkami podaných rozkladů, neboť tyto budou předmětem dalšího šetření v rámci nového projednání věci. Považuji však za účelné, v zájmu zajištění dalšího účelu správního řízení, stejně jako

- oprávněných zájmů účastníků správního řízení, vyslovit se k věcným závěrům napadeného rozhodnutí, konkrétně k otázce základního kapitálu společnosti jako kritéria finanční a ekonomické způsobilosti dodavatelů podle § 32 odst. 1 písm. b) zákona.
44. Po posouzení veškeré argumentace podaných rozkladů v této otázce a odůvodnění napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil s právním názorem napadeného rozhodnutí a konstatuji, že kritérium výše základního kapitálu nemá přímou souvislost s hospodářskou situací potenciálního dodavatele veřejné zakázky. Nelze jej tedy považovat za kritérium, které naplňuje dikci ustanovení § 30 odst. 3 zákona a přináší zadavateli pouze takové informace, které bezprostředně souvisí s předmětem veřejné zakázky. Stanovení výše základního kapitálu totiž významným způsobem souvisí s obchodně podnikatelským záměrem zakládajících společníků a strategií, kterou pro své podnikání zvolí. Nelze určit, jaká výše základního kapitálu pro konkrétní podnikatelský záměr je jednoznačně výhodnější, neboť mezi výší základního kapitálu a zdatností či velikostí společnosti neexistuje přímá úměra.
45. Sdružení IMOS ve svém rozkladu konstatuje, že vlastní kapitál společnosti bývá z velké části tvořen právě základním kapitálem a dále pak podrobně argumentuje, že větší podíl vlastních zdrojů na financování společnosti má pozitivní vliv na jistotu a finanční stabilitu společnosti.
46. Takové argumentaci lze přisvědčit v tom smyslu, že vlastní kapitál společnosti má jednoznačně přímý vliv na aktuální hospodářskou situaci společnosti, a to i co se týče jejího dlouhodobého financování. Pokud by zadavatel jako jedno z kritérií finanční a ekonomické způsobilosti stanovil vlastní kapitál společnosti, pak by se bezesporu jednalo o kritérium, jehož vztah k předmětu veřejné zakázky je zřejmý. Avšak tvrzení sdružení IMOS, že velkou část vlastního kapitálu tvoří základní kapitál, je pouze hypotetické a nemá žádnou oporu v právních předpisech. Minimální výši základního kapitálu upravují § 108 a § 162 obchodního zákoníku, aniž by však blíže vymezily jeho závazný poměr k vlastnímu kapitálu společnosti, který by opravňoval sdružení IMOS k výše uvedenému tvrzení. V této souvislosti je nutno připomenout, že základní kapitál je vedle např. rezervního fondu, kapitálových fondů a výsledků hospodaření za uplynulá období, pouze jednou z několika složek vlastního kapitálu společnosti, přičemž zákonem není stanoven ani poměr těchto jednotlivých složek vlastního kapitálu navzájem. Ztotožňovat pojmy základního a vlastního kapitálu společnosti tak, jak to činí sdružení IMOS ve svém rozkladu, je tedy v této souvislosti zavádějící a pro posouzení věci nerozhodné.
47. Stejný závěr pak lze vyslovit i ve vztahu k rozkladu proklamované garanční funkci základního kapitálu, neboť i v této souvislosti je nutno přihlídnout k tomu, že výše základního kapitálu funguje jako nezpochybnitelný údaj o momentálním kapitálovém zabezpečení společnosti pouze v okamžiku jejího založení. V dalších obdobích života společnosti k němu lze přihlížet pouze orientačně, přibližně. Hodí se rovněž poznamenat, že výše základního kapitálu nevypovídá o skladbě tohoto kapitálu a jeho kvalitě, tedy o tom, jakou mají jednotlivé vklady garanční sílu a důvěryhodnost.
48. K tvrzení rozkladů, že garanční funkce základního kapitálu spočívá i v tom, že se jedná o povinně zveřejňovaný údaj o společnosti, a tedy se vyznačuje nejvyšší mírou transparentnosti, pak pouze odkazuji na vše výše uvedené a na okraj uvádím, že zadavatel v rámci zadávacího řízení pracuje s informacemi, které mu uchazeči

poskytnou ve svých nabídkách. Zadavatel proto není odkázán na omezené informační možnosti údajů uveřejněných v obchodním rejstříku a může si vyžádat od dodavatelů takové informace, které nejlépe vyjadřují jejich finanční a ekonomickou způsobilost ve vztahu k předmětu konkrétní veřejné zakázky, jak to zadavateli ukládá ustanovení § 30 odst. 3 zákona. Skutečnost, že výše základního kapitálu je veřejně dostupná, tedy v této souvislosti nemá právní význam.

49. Konečně k tvrzení sdružení IMOS, že kritérium minimální výše základního kapitálu má vyšší vypovídací schopnost v kombinaci s minimální výší ročního obrátu společnosti, přičemž společný vypovídací efekt obou kritérií roste synergicky, tedy více než dvojnásobně, uvádím, že způsob, jakým zadavatel předmětná kritéria stanovil, vyloučil jakékoliv spolupůsobení vypovídací schopnosti těchto dvou veličin. Uchazeči o veřejnou zakázku byli povinni ke splnění kvalifikace prokázat minimální hodnoty obou veličin samostatně a nezávisle jednu na druhé. Při nesplnění kterékoliv z těchto dvou striktně stanovených hodnot by byli vyřazeni z dalšího posuzování a hodnocení nabídek. Zadavatel tedy nepřipustil, aby uchazeči prokazovali tyto veličiny v jejich vzájemném poměru, či jiné souvztažnosti, kde by se jejich hodnoty mohly kombinovat a jejich vypovídací schopnost o aktuální ekonomické situaci uchazeče by se zvýšila v tom smyslu, v jakém se snaží argumentovat sdružení IMOS.

V. Závěr

50. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že se Úřad dopustil pochybení, když nezdůvodnil uložení nápravného opatření, dospěl jsem k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí.
51. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Svazek obcí pro vodovody a kanalizace Šlapanicko, se sídlem Masarykovo náměstí 100/7, 664 51 Šlapanice, zast. Ing. Aloisem Brzobohatým
2. JUDr. Ivana Řehůrková, advokát se sídlem AK Bělohorská 59, 636 00 Brno
3. Stavby silnic a železnic, a. s., se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha 1, zast. Ing. Bořivojem Kačenou
4. Mgr. Antonín Zralý, advokát se sídlem AK Ponávka 2, 602 00 Brno
5. spis.

Na vědomí:

6. IMOS Brno a. s., se sídlem Olomoucká 174, 627 00 Brno
7. TCHAS, spol. s r. o., se sídlem Novoveská 1139/22, 709 06 Ostrava Mariánské Hory
8. IMOS group s. r. o., se sídlem Tečovice 353, 763 02 Zlín
9. OHL ŽS, a. s., se sídlem Burešova 938/17, 660 02 Brno
10. D.I.S., spol. s r.o., se sídlem Křižíkova 2960/72, 612 00 Brno
11. Alpine Mayreder stavební společnost s ručením omezeným – organizační složka, se sídlem Jiráskova 613/13, 757 01 Valašské Meziříčí

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce

- důkaz velikosti dodavatele
- X jeden z mnoha složek vlastního kapitálu
- garanční funkce
- X nemusí mít ten kapitál
- zveřejnění v or (garanční funkce, transparentnost, těžko manipulovatelný..)
- X zadavatel vychází ne z veřejných
- základní kapitál = většina vlastního = a to zdroje financování
- X hypotéza, sám Deloitte připouští
- významná záruka, že nedojde k nucenému zrušení (rezervní fond)
- vyšší vklad = vyšší zainteresovanost společníků
-