



UOHSX004PS0D

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R217/2012/VZ-2975/2012/310/MLr

Brno 15. února 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 9. 8. 2012 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 13. 8. 2012 zadavatelem –

- **městem Šternberk**, IČ 00299529, se sídlem Horní náměstí 16, 785 01 Šternberk, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne JUDr. Petrem Ritterem, advokátem, se sídlem Riegrova 12, 772 00 Olomouc,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S192/2012/VZ-6134/2012/520/DŘí ze dne 26. 7. 2012, ve věci správního deliktu zadavatele dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „**Revitalizace autobusových nádraží Šternberk**“, zadávané dle ustanovení § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v užším zadávacím řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 3. 2011 pod evidenčním číslem 6005745902001,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S192/2012/VZ-9134/2012/520/DŘÍ ze dne 26. 7. 2012

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jenž je dle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**¹“), příslušný k dohledu nad dodržováním citovaného zákona, obdržel dne 24. 11. 2011 podnět k prošetření postupu zadavatele – města Šternberk, IČ 00299529, se sídlem Horní náměstí 16, 785 01 Šternberk (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání veřejné zakázky na stavební práce „**Revitalizace autobusových nádraží Šternberk**“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané dle ustanovení § 28 zákona, v užším zadávacím řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 3. 2011 pod evidenčním číslem 6005745902001.
2. Na základě obdrženého podnětu Úřad zahájil z moci úřední správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S192/2012/VZ-6339/2012/520/DŘÍ ze dne 2. 4. 2012 bylo doručeno zadavateli dne 5. 4. 2012, a tedy téhož dne bylo zahájeno předmětné správní řízení ve smyslu ustanovení § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“). Usnesením č. j. ÚOHS-S192/2012/VZ-6680/2012/520/DŘÍ ze dne 2. 4. 2012 určil Úřad zadavateli lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které byl oprávněn vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.
3. Úřad ve správním řízení z článku 6.10. výzvy k podání žádostí o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace (dále jen „**výzva k podání žádostí**“) zjistil, že zadavatel požadoval k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, aby zájemci předložili prosté kopie zpracované rozvahy, výkaz zisku a ztráty podle zvláštních právních předpisů s ověřením příslušného finančního úřadu.
4. Z článku 6.10. výzvy k podání žádostí Úřad zjistil, že zadavatel ve vztahu k ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům vymezil jako minimální úroveň: celková likvidita 4,0; celková zadluženost nesmí přesáhnout 60% a Altmanovo score 5,0.
5. Úřad ve správním řízení zjistil, že zadavatel stanovil v článku 5. nedatované výzvy k podání žádostí, že vyzve k podání nabídky pět zájemců, kteří „*řádně prokáží a nejlépe splní následující kritéria pro omezení počtu zájemců: hodnota celkové likvidity, hodnota celkové zadluženosti a hodnota pro Altmanovo score*“.

¹ Pokud je v 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.

6. Úřad z žádosti zájemce společnosti STRABAG a.s., IČ 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha (dále jen „**vybraný uchazeč**“), zjistil, že vybraný uchazeč prokazoval ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady (celkovou likviditu, celkovou zadluženost a hodnotu pro Altmanovo score) prostřednictvím subdodavatele, a že součástí žádosti vybraného uchazeče o účast v užším řízení je smlouva o uzavření budoucí smlouvy, uzavřená dne 23. 3. 2011 (dále jen „**smlouva ze dne 23. 3. 2011**“) mezi vybraným uchazečem jako „budoucím objednatelem“ a STRABAG AG – organizační složka, IČ 65990960, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, jako „budoucím dodavatelem“. Z výpisu z obchodního rejstříku v části týkající se STRABAG AG – organizační složka vyplývá, že jmenovaná organizační složka je organizační složkou zahraniční právnické osoby STRABAG AG, se sídlem Ortenburgerstrasse 27, 9800 Spittal and der Drau, Rakouská republika.
7. Úřad ve správním řízení z článku II. odst. 1 smlouvy ze dne 23. 3. 2011 zjistil, že „*předmětem smlouvy je prokázání části kvalifikace veřejné zakázky: „Revitalizace autobusových nádraží Šternberk – II, evidenční číslo VZ 60057459“*. Z článku IV. odst. 1 smlouvy ze dne 23. 3. 2011 Úřad zjistil, že „*budoucí dodavatel souhlasí s tím, že budoucí objednatel v souladu s ustanovením 51 odst. 4 zákona v rámci podání nabídky prokáže část kvalifikace, a to podle ustanovení § 55 odst. 1 písm. b) zákona – poslední zpracovaná rozvaha podle zvláštních právních předpisů – splnění ukazatelů finanční a ekonomické analýzy*“.
8. Úřad z protokolu o prvním jednání hodnotící komise pro posouzení kvalifikace ze dne 30. 3. 2011 (dále jen „**protokol o jednání komise ze dne 30. 3. 2011**“) zjistil, že hodnotící komise posoudila kvalifikační předpoklady vybraného uchazeče tak, že prokázal splnění kvalifikace.
9. Z oznámení o zahájení zadávacího řízení pod evidenčním číslem 6005745902001 vyplývá, že zadavatel stanovil jako objektivní kritéria pro omezení počtu zájemců v užším řízení hodnotu celkové likvidity, hodnotu celkové zadluženosti a hodnotu pro Altmanovo score. Úřad z protokolu o jednání komise ze dne 30. 3. 2011 zjistil, že hodnotící komise provedla výběr zájemců podle výše uvedených objektivních kritérií, a dále, že vybrala pět zájemců, které posléze zadavatel vyzval k podání nabídek.
10. Úřad ve správním řízení zjistil, že jedním ze zájemců, které zadavatel vyzval k podání nabídek, byl vybraný uchazeč, a dále že zadavatel rozhodl o tom, že nabídka vybraného uchazeče je nejvhodnější. Ze smlouvy o dílo uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem v předmětném zadávacím řízení zjistil Úřad, že citovaná smlouva byla uzavřena dne 1. 6. 2011, a že cena zakázky činí 23 857 138, 28 Kč včetně DPH.

II. Napadené rozhodnutí

11. Úřad po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal ve správním řízení rozhodnutí č. j. ÚOHS-S192/2012/VZ-9134/2012/520/DŘI ze dne 26. 7. 2012 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že podle ustanovení § 60 odst. 1 zákona nevyloučil z účasti v zadávacím řízení uchazeče STRABAG, a.s., který neprokával splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle článku 6.10. výzvy k podání žádostí v požadovaném rozsahu, přičemž tento postup zadavatele

podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo.

12. Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí dle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 50 000 Kč.
13. Výrok I. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tím, že vybraný uchazeč neprokázal splnění ekonomických a finančních předpokladů stanovených v článku 6.10. výzvy k podání žádostí v požadovaném rozsahu, a proto zadavatel porušil ustanovení § 60 odst. 1 zákona, když vybraného uchazeče nevyločil z účasti v zadávacím řízení.
14. Úřad konkrétně usoudil, že vybraný uchazeč doložil ve své žádosti o účast doklady, které prokazují požadovanou kvalifikaci (*kopii zpracované rozvahy, výkaz zisku a ztráty podle zvláštních právních předpisů s ověřením místně příslušného finančního úřadu*), ale tyto doklady se vztahovaly k subdodavateli vybraného uchazeče.
15. Úřad v odůvodnění uvedl jako úvahu, kterou se řídil při výkladu ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona, že v případě prokazování ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele může závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem (uchazečem) spočívat v „*zajištění ekonomické stability*“ uchazeče.
16. Úřad dále v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl jako úvahu, kterou se řídil při výkladu ustanovení § 35 odst. 2 občanského zákoníku a ustanovení § 266 obchodního zákoníku, že tato ustanovení představují výkladová pravidla, která se aplikují jen v případě, kdy obsahová stránka právního úkonu není jednoznačně seznatelná.
17. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad posoudil práva a povinnosti ze smlouvy ze dne 23. 3. 2011 jako jednoznačná, určitá a srozumitelná, a proto nelze dle Úřadu aplikovat ustanovení občanského ani obchodního zákoníku o výkladu právních úkonů (*ustanovení § 35 odst. 2 občanského zákoníku a ustanovení § 266 obchodního zákoníku*).
18. Úřad posoudil zjištěný obsah smlouvy ze dne 23. 3. 2011 a dospěl k závěru, že z ní vůbec nevyplývá závazek subdodavatele poskytnout plnění určené k plnění veřejné zakázky vybraným uchazečem či závazek k poskytnutí věcí a práv, s nimiž bude vybraný uchazeč disponovat v rámci plnění veřejné zakázky. Úřad uzavřel, že na základě smlouvy ze dne 23. 3. 2011 vznikl pouze závazek subdodavateli prokázat ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady – poskytnout poslední zpracovanou rozvalu podle zvláštních právních předpisů a poskytnout ukazatele finanční a ekonomické analýzy.
19. Úřad aplikoval na takto posouzený stav věci ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona, a dospěl k závěru, že smlouva ze dne 23. 3. 2011 nesplňuje požadavek ve smyslu citovaného ustanovení zákona, protože neobsahuje závazek subdodavatele poskytnout plnění určené k plnění veřejné zakázky vybraným uchazečem či k poskytnutí věcí a práv, s nimiž bude vybraný uchazeč disponovat v rámci plnění veřejné zakázky.
20. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí usoudil, že je irelevantní okolnost, zda vybraný uchazeč předložil ve své žádosti o účast doklady prokazující splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, protože „*bez smluvně zajištěného závazku k využití*

těchto dokladů k realizaci plnění veřejné zakázky nelze tyto doklady považovat za doklady prokazující splnění požadované kvalifikace“.

21. Výrok II. napadeného rozhodnutí Úřad konkrétně odůvodnil tak, že zadavatel uzavřel v zadávacím řízení smlouvu s vybraným uchazečem, se kterým podle zákona smlouvu uzavřít nesměl. V předmětném zadávacím řízení nebyla dle odůvodnění napadeného rozhodnutí uzavřena smlouva s některým z uchazečů, kteří na rozdíl od vybraného uchazeče kvalifikační předpoklady zadavatele splňovali.
22. Úřad stanovil, že horní hranice výše pokuty ve smyslu ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona činí 1 192 856, 914 Kč (*5% ceny veřejné zakázky ve výši 23 857 138,28 Kč včetně DPH*).
23. Úřad posoudil, že skutek zadavatele spočívá spíše v nepochopení požadavku zákona na obsah „subdodavatelské smlouvy“, než v cíleném jednání směřující k porušení zákona. Doklady prokazující splnění kvalifikace byly v žádosti o účast v užším řízení vybraného uchazeče dle Úřadu skutečně obsaženy, a proto lze „*pochybení zadavatele vnímat spíše jako zprostředkované*“, neboť vyplynulo až z následného nesprávného výkladu obsahové stránky subdodavatelské smlouvy. Úřad neshledal v jednání zadavatele znaky účelovosti a snahy uzavřít smlouvu s určitým „*dopředu dohodnutým dodavatelem*“, a proto uložil pokutu ve výši 50 000 Kč, tedy ve spodní hranici zákonné sazby.

III. Námitky rozkladu

24. Podáním, datovaným dne 9. 8. 2012, a podaným držiteli poštovní licence téhož dne, doručeným Úřadu dne 13. 8. 2012, uplatnil zadavatel v zákonné lhůtě rozklad proti napadenému rozhodnutí. Zadavatel v rozkladu navrhl, aby předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**předseda Úřadu**“) napadené rozhodnutí zrušil. Zadavatel v podaném rozkladu Úřadu vytkl nesprávné posouzení věci a věcnou nesprávnost napadeného rozhodnutí spočívající v neúplném zjištění stavu věci.

Nesprávné posouzení Úřadem

25. Zadavatel v podaném rozkladu napadl nesprávné posouzení věci Úřadem. Dle zadavatele vybraný uchazeč sám o sobě prokázal splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů tím, že předložil v žádosti o účast v souladu s ustanovením § 55 odst. 1 zákona svou rozvahu a svůj výkaz zisku a ztráty z let 2007, 2008 a 2009.
26. Zadavatel v podaném rozkladu v této souvislosti uvedl, že údaje o celkové likviditě jsou obsaženy právě v této rozvaze zisku a ztráty (*oběžná aktiva řádek 31 rozvahy, dlouhodobé pohledávky řádek 39 rozvahy, krátkodobé závazky řádek 102 rozvahy, krátkodobé bankovní úvěry řádek 116 rozvahy a krátkodobé finanční výpomoci řádek 117 rozvahy*). Dle zadavatele z rozvahy zisku a ztráty vyplývají rovněž údaje o celkové zadluženosti (*cizí zdroje řádek 85 rozvahy, časové rozlišení pasivní řádek 118 rozvahy a celková pasiva řádek 67 rozvahy*), a údaje pro výpočet Altmanova score. Z uvedeného dle zadavatele vyplývá, že samotný vybraný uchazeč splnil v plném rozsahu ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady, přičemž hodnoty citovaných ekonomických ukazatelů lze vypočítat dle předem stanoveného vzorce.
27. Jestliže vybraný uchazeč předložil v žádosti o účast rozvahu zisku a ztráty organizační složky STRABAG AG – organizační složka, zahraniční právnické osoby STRABAG AG,

pak dle zadavatele tak učinil vybraný uchazeč nad rámec zákona, a tímto nedošlo k porušení zákona spočívající v neprokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů ve smyslu ustanovení § 55 zákona.

Neúplné zjištění skutkového stavu

28. Zadavatel vytkl Úřadu, že ve správním řízení nezjišťoval, a tedy ani nezjistil, zda kromě smlouvy ze dne 23. 3. 2011 existuje mezi oběma subjekty jiný smluvní vztah, ze kterého by vyplýval závazek subdodavatele poskytnout plnění určené k plnění veřejné zakázky vybraným uchazečem.

IV. Řízení o rozkladu

29. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu dne 1. 11. 2012 předal správní spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu.
30. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení s právními předpisy, správnost rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
31. Úřad tím, že ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když podle ustanovení § 60 odst. 1 zákona nevyloučil z účasti v zadávacím řízení vybraného uchazeče, který neprokázal splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů v požadovaném rozsahu podle bodu 6.10. výzvy k podání žádostí, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu, a tím, že ve výroku II. napadeného rozhodnutí zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného dle výroku I. napadeného rozhodnutí uložil dle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 50 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, na základě kterých jsem rozhodl potvrdit rozkladem napadené rozhodnutí a zadavatelem uplatněný rozklad zamítnout.

V. K námitkám rozkladu

Nesprávné posouzení Úřadem

32. Zadavatel v podaném rozkladu namítl, že vybraný uchazeč sám o sobě prokázal splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů tím, že předložil ve své žádosti o účast svoji poslední zpracovanou rozvahu v souladu se zákonem a s výzvou k podání žádostí, a zadavatel tedy neporušil zákon, když nevyloučil vybraného uchazeče pro nesplnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. K této námitce rozkladu uvádím, že je nedůvodná.
33. Úřad ve správním řízení správně zjistil (*článek 24 napadeného rozhodnutí*), že žádost o účast v užším řízení vybraného uchazeče obsahovala doklady, které měly prokázat splnění

ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů v zadavatelem požadované minimální úrovni těchto kvalifikačních předpokladů. Konkrétně se jednalo o rozvahu ze dne 12. 2. 2010 a výkaz zisku a ztráty ze dne 12. 2. 2010 organizační složky STRABAG AG – organizační složka, zahraniční právnické osoby STRABAG AG (dále jen též „**subdodavatel**“). Rovněž věcně správné je zjištění Úřadu o tom, že vybraný uchazeč nepředložil v žádosti o účast ve smyslu ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž by vyplýval 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.

34. Smlouva ze dne 23. 3. 2011, kterou předložil ve své žádosti o účast vybraný uchazeč, dle správných zjištění Úřadu neobsahuje žádný závazek dle ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona, tj. 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. Uvedenou okolnost pak Úřad posoudil jako neprokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem v požadovaném rozsahu.
35. K samotné námitce zadavatele, že z rozvahy samotného vybraného uchazeče vyplývají veškeré údaje pro výpočet celkové likvidity, celkové zadluženosti a Altmanova score, a proto sám vybraný uchazeč splnil povinnost prokázat kvalifikační a ekonomické požadavky zadavatele, uvádím, že jsem z článku 8 odst. 2 písm. c) výzvy k podání žádostí zjistil, že zájemci byli povinni do své nabídky, resp. žádosti o účast, přiložit kopii pojistné smlouvy a „*formulář koeficientů finanční analýzy*“. Z listiny označené jako „*formulář pro prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů – výkaz koeficientů finančních analýzy*“ (dále jen „**formulář**“) jsem zjistil, že je dle zadavatele určena k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních kritérií v předmětném zadávacím řízení. Přestože ve formuláři ani ve výzvě k podání žádostí výslovně zadavatel neuvedl, že zájemci jsou povinni sami vypočítat hodnotu celkové likvidity, hodnotu celkové zadluženosti a hodnotu Altmanova score podle uvedených vzorců dle údajů obsažených v rozvaze a ve výkazu zisku a ztráty, jsem dospěl k závěru, že tak byli povinni učinit, a to z povahy samotného formuláře, který slouží k vyplnění (k uvedení) zadavatelem specifikovaných parametrů.
36. Dále jsem z žádosti o účast vybraného uchazeče zjistil, že její součástí kromě rozvahy a výkazu zisku a ztrát subdodavatele je skutečně také rozvaha vybraného uchazeče ze dne 9. 4. 2010, výkaz zisku a ztráty ze dne 9. 4. 2008, rozvaha vybraného uchazeče, výkaz zisku a ztráty vybraného uchazeče ze dne 10. 3. 2007, rozvaha vybraného uchazeče ze dne 10. 3. 2007. Z žádosti o účast vybraného uchazeče jsem rovněž zjistil, že její součástí je vyplněný „*formulář pro prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů – výkaz koeficientů finanční analýzy*“ ze dne 21. 3. 2011 (dále jen „**formulář ze dne 21. 3. 2011**“); v tomto formuláři byly na základě údajů rozvahy a výkazu zisku a ztráty podle zadavatelem stanoveného vzorce vypočítány a uvedeny hodnoty celkové likvidity, celkové zadluženosti a Altmanova skóre, avšak subdodavatelem a ve vztahu k němu.
37. Vzhledem k tomu, že vybraný uchazeč v žádosti předložil zadavatelem požadované doklady (*rozvahu subdodavatele, výkaz zisku a ztráty subdodavatele a formulář ze dne 21. 3. 2011*), projevil tak svoji vůli prokazovat splnění kvalifikace v části ekonomických a finančních

kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele. Úřad pak postupoval správně a v souladu s ustanovením § 3 správního řádu (*zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v ustanovení § 2 správního řádu*), když skutkově zjišťoval a právně hodnotil výlučně postup zadavatele při posuzování toho, zda vybraný uchazeč prokazoval ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady prostřednictvím subdodavatele v souladu se zákonem.

38. Nad rámec tohoto závěru Úřadu jsem dále posoudil smlouvu ze dne 23. 3. 2011 jako neplatnou, protože odporuje zákonu o veřejných zakázkách, resp. neobsahuje všechny náležitosti kladené ustanovením § 51 odst. 4 zákona na obsah smlouvy uzavřené se subdodavatelem. Smlouva ze dne 23. 3. 2011 je neplatná také proto, že subdodavatel jako organizační složka zahraniční právnické osoby nemá právní subjektivitu, a nemůže proto být smluvní stranou citované smlouvy. Vzhledem k tomu, že subdodavatel jako organizační složka zahraniční právnické osoby nemá právní subjektivitu, nelze její údaje použít ani k prokázání předmětných ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů.
39. Jestliže zadavatel v podaném rozkladu namítl, že vybraný uchazeč ve své žádosti zároveň přiložil v žádosti o účast své rozvahy a výkazy zisku a ztráty, mající také prokázat ekonomické a kvalifikační předpoklady dle článku 6.10. výzvy k podání žádostí, pak uvádím, že vybraný uchazeč byl by povinen za těchto okolností zároveň předložit vyplněný formulář s údaji vyplývající ze své rozvahy a ze svého výkazu zisku a ztrát dle článku 8 odst. 2 písm. c) výzvy k podání žádostí. Vzhledem k tomu, že žádost vybraného uchazeče neobsahuje žádný takový vyplněný formulář, neobsahovala všechny součásti požadované zadavatelem. Kdyby tedy byla tato námitka zadavatele na místě, žádost o účast vybraného uchazeče měla být hodnotící komisí v souladu s ustanovením § 71 odst. 10 zákona vyřazena již při kontrole úplnosti nabídky. Vzhledem k uvedenému je tedy irelevantní, zda samotné údaje rozvahy a výkazu zisku a ztráty vybraného uchazeče splňují či nesplňují minimální úroveň ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, když žádost neobsahuje vyplněný formulář s údaji vyplývající z rozvahy a z výkazu zisku a ztráty vybraného uchazeče. V tomto směru považuji námitku rozkladu za účelovou.
40. Úřad tedy posoudil věcně i právně správně postup zadavatele jako nezákonný, když zadavatel nevyloučil vybraného uchazeče dle ustanovení § 60 odst. 1 zákona pro nesplnění kvalifikace v požadovaném rozsahu, které v konkrétním případě spočívalo v neprokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle článku 6.10. výzvy k podání žádostí v požadovaném rozsahu tím, že vybraný uchazeč nepředložil smlouvu uzavřenou se subdodavatelem mající všechny náležitosti dle ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona.
41. Nad rámec této námitky rozkladu zadavatele uvádím, že úvaha Úřadu při výkladu ustanovení § 35 odst. 2 občanského zákona a ustanovení § 266 obchodního zákoníku o tom, že tato ustanovení se aplikují pouze v případě, jestliže obsahová stránka právního úkonu není jednoznačně seznatelná, bez výkladových rozporů, se odklání od výkladu citovaných ustanovení konstantní soudní judikaturou Nejvyššího soudu České republiky. Tato úvaha Úřadu však nemá vliv na zákonnost a správnost napadeného rozhodnutí, ani na správnost toho, jak se Úřad vypořádal v napadeném rozhodnutí s vyjádřením zadavatele, že za použití výkladových pravidel dle ustanovení § 35 odst. 2 občanského zákoníku nebo dle ustanovení

§ 266 obchodního zákoníku lze závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dovodit.

42. Ustanovení § 35 odst. 2 občanského zákoníku se aplikuje vždy při výkladu právního úkonu ve vztazích upravených občanským zákoníkem a ustanovení § 266 odst. 1 a odst. 2 obchodního zákoníku se aplikuje vždy při výkladu právních úkonů v obchodněprávních vztazích. Úřad i přes svůj nesprávný výklad ustanovení § 35 odst. 2 občanského zákoníku a ustanovení § 266 obchodního zákoníku dospěl na základě smlouvy ze dne 23. 3. 2011 uzavírané v režimu obchodního zákoníku ke správnému závěru, že ze smlouvy nelze žádným způsobem dovodit (ani za použití výkladových pravidel), že se subdodavatel zavázal k jakémukoliv podílu na plnění předmětu veřejné zakázky. Kodůvodnění napadeného rozhodnutí doplňují, že výkladem lze zjišťovat pouze obsah právního úkonu, a nelze jím projev vůle doplňovat, měnit či nahrazovat. Jestliže ve smlouvě ze dne 23. 3. 2012 není vyjádřen závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky vybraným uchazečem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, není Úřad oprávněn jakkoli dotvářet chybějící projev vůle smluvních stran či jej doplňovat.

Neúplné zjištění skutkového stavu

43. Zadavatel dále v rozkladu vytkl Úřadu, že ve správním řízení nezjišťoval, a tedy ani nezjistil, zda kromě smlouvy ze dne 23. 3. 2011 existuje mezi oběma subjekty jiný smluvní vztah, ze kterého by vyplýval právě závazek subdodavatele poskytnout plnění určené k plnění veřejné zakázky vybraným uchazečem.
44. K námitce zadavatele jsem z žádosti o účast vybraného uchazeče zjistil, že její součástí není žádná smlouva, ze které by vyplývala existence takového smluvního vztahu. Vzhledem k uvedenému považuji námitku zadavatele za nedůvodnou, a napadené rozhodnutí v této souvislosti za věcně správné. Úřad v tomto případě procesně nepochybil, jak vytkl v podaném rozkladu zadavatel, neboť zjistil věcně správně a v zákonném rozsahu stav věci. Úřad tedy správně zjišťoval obsah relevantních listin (úkonů) vybraného uchazeče v žádosti o účast z logiky věci výlučně z žádosti o účast vybraného uchazeče. Zjišťování existence jiných listin vybraného uchazeče, případně existence jiných smluvních vztahů vybraného uchazeče, které nejsou součástí žádosti vybraného uchazeče o účast, za účelem přezkumu, zda zadavatel posoudil žádost o účast vybraného uchazeče v souladu se zákonem, je irelevantní. Takové listiny netvoří v daném správním řízení relevantní skutkový stav.
45. K tomu obecně uvádím, že při přezkumu postupu zadavatele Úřad zjišťuje a věcně posuzuje obsah úkonů zadavatele a dodavatelů (uchazečů) k okamžiku, kdy tento postup zadavatele nebo úkon dodavatele (uchazeče) byl učiněn, tedy rozhodující je v tomto smyslu stav věci v době, kdy byl úkon učiněn. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad věcně správně zjišťoval obsah úkonů vybraného uchazeče k okamžiku, kdy tyto úkony byly provedeny. Zjišťování a posuzování jiných právních úkonů a jiných projevů vůle vybraného uchazeče nevyjádřených v žádosti o účast, je pro posouzení předmětného postupu zadavatele v působnosti Úřadu irelevantní.
46. Okolnost, že vybraný uchazeč mohl uzavřít se subdodavatelem smlouvu, ze které vyplývá pro subdodavatele závazek „*k poskytnutí plnění alespoň určité části zakázky*“, a která nebyla součástí žádosti o účast vybraného uchazeče, je při přezkoumání postupu zadavatele

spočívajícím v posouzení splnění kvalifikace vybraného uchazeče právně nevýznamná. Vzhledem k uvedenému považují námitku zadavatele za nedůvodnou, a napadené rozhodnutí za věcně správné, neboť Úřad zjistil stav věci právě v rozsahu dle ustanovení § 3 správního řádu (*zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v ustanovení § 2 správního řádu*).

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 vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné poklady, 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 uvedeno ve výroku.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. JUDr. Petr Ritter, advokát, Riegrova 12, 772 00 Olomouc,

Vypraveno dne

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