



UOHSX008X0T0

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R374/2012/VZ-13576/2017/323/PMo

Brno 28. dubna 2017

V řízení o rozkladu ze dne 17. 12. 2012 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Statutárním městem Plzeň**, IČO 00075370, se sídlem náměstí Republiky 1/1, 306 32 Plzeň, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 14. 12. 2012 Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem, ev. č. ČAK: 10739, AK Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., IČO 29415349, se sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 11. 2012, č. j. ÚOHS-S117/2012/VZ-22719/2012/521/SWa, o přezkoumání úkonů zadavatele ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Stadion Štruncovy sady - tribuny + atletika, Rekonstrukce stadionu ve Štruncových sadech**“, v užším řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 25. 1. 2011 pod evidenčním číslem 60055505 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 1. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 19- 030192,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S117/2012/VZ-22719/2012/521/SWa ze dne 30. 11. 2012

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Statutární město Plzeň, IČO 00075370, se sídlem náměstí Republiky 1/1, 306 32 Plzeň (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, v informačním systému o veřejných zakázkách dne 25. 1. 2011 pod evidenčním číslem 60055505 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 1. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 19-030192 oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Stadion Štruncovy sady - tribuny + atletika, Rekonstrukce stadionu ve Štruncových sadech“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem sedm žádostí o účast v užším řízení s tím, že po posouzení splnění kvalifikačních předpokladů rozhodl dne 25. 2. 2011 o vyloučení zájemce o účast v užším řízení – společnosti IMOS holding, a.s., IČO 25866681, se sídlem Olomoucká 174, 627 00 Brno, společnosti IMOS Brno, a.s., IČO 25322257, se sídlem Olomoucká 704/174, 627 00 Brno, které podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 17. 2. 2011 společnou žádost o účast (dále jen „**navrhovatel**“) z účasti v zadávacím řízení, neboť neprokázal splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení ze ZŘ**“) podal navrhovatel námitky, kterým zadavatel nevyhověl, a jelikož navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 24. 3. 2011 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**návrh**“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“).
3. Úřad obdržel návrh dne 25. 3. 2011 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. ÚOHS-S114/2011/VZ. Usnesením č. j. ÚOHS-S114/2011/VZ-11213/2011/530/SWa ze dne 16. 9. 2011 Úřad správní řízení vedené pod sp. zn. S114/2011/VZ zastavil, neboť navrhovatel vzal svůj návrh zpět. Dne

¹ 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.

29. 3. 2011 obdržel Úřad podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání dané veřejné zakázky (evidovaný pod sp. zn. ÚOHS-P275/2011/VZ). Na základě tohoto podnětu a v rámci správního řízení sp.zn. ÚOHS-S114/2011/VZ zahájeného na návrh Úřad přezkoumal dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětným zadávacím řízením, a protože po jejím posouzení získal pochybnosti o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem.
4. Dne 5. 5. 2011 zadavatel rozhodl, že nejvhodnější nabídku předložil uchazeč – společnosti Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, 180 00 Praha 8, společnosti H.A.N.S. stavby, a.s., IČO 27124355, se sídlem Holušická 2253, 148 00 Praha, společnosti STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, které podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 18. 2. 2011 společnou žádost o účast a společnou nabídku (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Dne 6. 5. 2011 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na realizaci veřejné zakázky (dále jen „**smlouva**“).
 5. Zahájení správního řízení oznámil Úřad dopisem č. j. ÚOHS-S117/2012/VZ-3684/2012/550/SWa ze dne 19. 6. 2012. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S117/2012/VZ-3685/2012/550/SWa ze dne 19. 6. 2012 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č.j. ÚOHS-S117/2012/VZ-22719/2012/521/SWa ze dne 30. 11. 2012 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup dle § 51 odst. 4 a odst. 5 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když v důsledku stanovení požadavku na předložení jedné účetní závěrky, z níž musí současně vyplývat hodnota indexu důvěryhodnosti (2,0) a zároveň musí být splněny zadavatelem stanovené minimální hodnoty poměrových ukazatelů, omezil možnost dodavatelů prokázat uvedený požadavek zadavatele společně se subdodavatelem nebo společně v rámci společné žádosti o účast, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 6. 5. 2011 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Ve výroku II. Úřad uložil zadavateli za spáchání tohoto správního deliktu podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 500 000 Kč.
7. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že požadavek na předložení účetní závěrky není požadavkem dle § 55 odst. 1 písm. b) zákona, dle něhož může zadavatel požadovat poslední zpracovanou rozvahu nebo určitou část rozvahy, neboť rozvaha je pouze jedním z výkazů, ze kterých sestává účetní závěrka. V případě účetní závěrky se jedná o kvalifikační předpoklad dle § 55 odst. 2 zákona, podle kterého je veřejný zadavatel oprávněn požadovat vedle dokladů podle § 55 odst. 1 zákona rovněž jiné doklady prokazující splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele.
8. Dle Úřadu zadavatel v oznámení o zakázce požadoval předložení jedné účetní závěrky, z níž měla vyplývat hodnota indexu důvěryhodnosti 2,0 a současně měly být splněny minimální hodnoty poměrových ukazatelů uvedené v kvalifikační dokumentaci. V kvalifikační

dokumentaci zadavatel tyto požadavky upřesnil tak, že pod bodem 6.2 „Účetní závěrka“ uvedl vzorec výpočtu indexu důvěryhodnosti a dále tabulku s poměrovými ukazateli, způsobem jejich výpočtu a požadovanými hodnotami, kam vedle ukazatelů běžné likvidity a celkové zadluženosti zařadil i položku „Obrat ve stavební výrobě“ a jeho požadovanou hodnotu 600 mil. Kč. Úřad následně dovodil závěr, že „zákaz diskriminace na základě právní formy“ se uplatňuje nejen vůči sdružením dodavatelů podávajícím společnou nabídku (žádost o účast), ale vůči všem formám spolupráce dodavatelů, tedy rovněž v případech subdodavatelského modelu, kdy dodavatel využívá subdodavatelů k prokázání určitých částí kvalifikace namísto vytvoření sdružení za účelem podání společné nabídky (žádosti o účast) – podmínkou je prokázání dispozice s předmětnými prostředky.

9. Úřad dále v odůvodnění napadeného rozhodnutí poukázal na to, že česká právní úprava (resp. § 51 odst. 4 zákona) výslovně umožňuje dodavatelům (pokud nejsou schopni prokázat splnění určité části kvalifikace požadované zadavatelem dle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona v plném rozsahu), prokazovat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele (s výjimkou základních kvalifikačních předpokladů a profesního kvalifikačního předpokladu dle § 54 písm. a) zákona). Zákon ve vztahu k těmto seskupením vyžaduje jako formu potvrzení prokázání dispozice s prostředky, aby byla předložena smlouva obsahující závazek subjektů (subdodavatele) poskytujících své kapacity, a to alespoň v rozsahu, v jakém prokazuje kvalifikaci za dodavatele podávajícího nabídku (žádost). V případě nabídky podané společně několika dodavateli jsou tito dle § 51 odst. 5 zákona oprávněni prokázat kvalifikaci všichni společně (opět s výjimkou základních kvalifikačních předpokladů a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona). Úřad dále uvedl, že obrat dosažený s ohledem na předmět veřejné zakázky není poměrovým ukazatelem, nýbrž absolutní hodnotou – jedná se o samostatný ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad dle § 55 odst. 1 písm. c) zákona, odlišný od požadovaného kvalifikačního předpokladu „Účetní závěrka“. Zadavatel nejenže neumožnil společné prokázání kvalifikačního předpokladu stanoveného dle § 55 odst. 2 zákona, ale provázal ho navíc s požadavkem na prokázání specializovaného obratu dle § 55 odst. 1 písm. c) zákona. Zadavatel přitom požadavek na prokázání obratu ve stavební výrobě zařadil jako samostatný kvalifikační předpoklad pod bod 6.3 kvalifikační dokumentace „Výkaz celkového obratu uchazeče“, kde k prokázání údajů o celkovém obratu dodavatele požadoval předložení čestného prohlášení a ve vztahu k obratu v oblasti pozemního stavitelství rovněž doložení seznamu stavebních akcí, které jsou v příslušném obratu zahrnuty. Úřad uzavřel, že zadavatel stanovil požadavek na prokázání požadovaných ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů pomocí jedné účetní závěrky v rozporu se zákonem (a se zásadou zákazu diskriminace).
10. K otázce uložení pokuty Úřad poukázal na to, že cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 308 397 295 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 15 419 865 Kč. Při posouzení závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu, že zadavatel svým postupem porušil jednu ze základních zásad zadávacího řízení, zásadu zákazu diskriminace.

III. Námitky rozkladu

11. Dne 17. 12. 2012 obdržel Úřad rozklad zadavatele proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 3. 12. 2012. Rozklad tedy byl podán v zákonné lhůtě.
12. Zadavatel uplatnil v rozkladu námitky proti posouzení jím požadovaného způsobu prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Úřad podle zadavatele své závěry nedostatečně odůvodnil, zejména se nevypořádal s argumentací zadavatele, což činí napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným.
13. Zadavatel zpochybnil argumentaci Úřadu obsaženou v bodě 36. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že Úřad nereaguje na podstatu jeho tvrzení (tedy, že se jedná nikoliv o jednotlivé kvalifikační předpoklady, nýbrž o předpoklad složený, komplexní a nedělitelný, u kterého by izolované posuzování dílčích parametrů vedlo k popření smyslu institutu kvalifikace). Úřad zde podle zadavatele pouze opakuje, že zákon umožňuje tzv. skládání kvalifikace, což zadavatel nerozporuje. Nejedná se však o skládání jednotlivých kvalifikačních předpokladů, nýbrž o jediný předpoklad, který nelze štěpit bez popření jeho smyslu. V tomto kontextu zadavatel poukazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 1/2010-50. Podle něho musí být z odůvodnění rozhodnutí správního orgánu seznatelné, proč správní orgán považuje námitky účastníka za liché, mylné nebo vyvrácené. Dále zadavatel odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 7. 2008, č. j. 3 As 51/2007-84, dle něhož platí, že *„nevypořádá-li se správní orgán v rozhodnutí o opravném prostředku se všemi námitkami, které v něm byly uplatněny, způsobuje to nepřezkoumatelnost rozhodnutí zpravidla spočívající v nedostatku jeho důvodů“*.
14. Podle zadavatele Úřad pochybil i při stanovení sankce za domnělý správní delikt s tím, že výši jím uložené sankce nedostatečně odůvodnil. Určení konkrétní výše pokuty za spáchání správního deliktu je věcí správního uvážení Úřadu. Správní uvážení se však podle zadavatele musí pohybovat v zákonem stanovených mezích a musí být přezkoumatelné. Podle zadavatele představuje vymezení rozpětí sankční sazby (limity vyplývající z § 120 odst. 2 zákona) pouze základní mantinely, ve kterých se může Úřad při vyměřování pokuty pohybovat. Stanovení konkrétní výše pokuty je třeba provést dle dalších zákonných hledisek obsažených v § 121 odst. 2 zákona, tedy dle závažnosti správního deliktu, přičemž správní orgán se musí vypořádat se všemi uvedenými hledisky. Způsob, jakým Úřad odůvodnil uložení sankce, podle zadavatele neodpovídá zákonným pravidlům a odporuje základním zásadám správního trestání. Zadavatel uvedl, že při hodnocení závažnosti správního deliktu Úřad v bodu 45. odůvodnění napadeného rozhodnutí k jeho tíži přičítal výhradně okolnosti, které tvoří součást samotné skutkové podstaty správního deliktu.

Závěr rozkladu

15. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Původní rozhodnutí o rozkladu a soudní přezkum

16. Předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R374/2012/VZ-24778/2013/310/PMo ze dne 18. 12. 2013 (dále jen **„původní rozhodnutí o rozkladu“**) napadené rozhodnutí Úřadu

potvrdil a podaný rozklad zamítl. Proti původnímu rozhodnutí o rozkladu podal zadavatel žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“), jenž původní rozhodnutí o rozkladu rozsudkem č. j. 62 Af 16/2014-47 ze dne 2. 9. 2015 zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení (dále jen „**rozsudek KS**“).

17. Krajský soud shledal žalobu důvodnou, a to z důvodu nepřezkoumatelnosti původního rozhodnutí o rozkladu. Krajský soud se neztotožnil se závěrem Úřadu, že by v případě požadavků na prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 zákona, které mohou být prokazovány společně více subjekty na dodavatelské straně podle § 51 odst. 4 a odst. 5 zákona, nemohly přicházet v úvahu takové požadavky či jejich kombinace, jež by svojí povahou byly nutně splnitelné jako celek pouze jedním subjektem (dodavatelem). Podle krajského soudu jde o formalistický výklad zákona abstrahující od zkoumání věcné náplně zadavatelových požadavků na prokázání splnění kvalifikace. Dále dle krajského soudu Úřad nesprávně aplikoval tato ustanovení zákona na zjištěný skutkový stav, což vedlo k nezákonnosti, jež se promítla ve faktickém nevypořádání argumentů zadavatele ve vztahu k nutnosti provázání požadavků na předložení účetní závěrky. Z té musí podle krajského soudu vyplývat hodnota indexu důvěryhodnosti a zároveň musí být splněny zadavatelem stanovené minimální hodnoty poměrových ukazatelů, což vedlo k dílčí nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí.
18. Proti rozsudku krajského soudu, kterým bylo zrušeno původní rozhodnutí o rozkladu, a věc byla vrácena Úřadu k dalšímu řízení, podal Úřad kasační stížnost. NSS rozsudkem č. j. 1 As 218/2015-49 ze dne 31. 8. 2016 kasační stížnost Úřadu jako nedůvodnou zamítl (dále jen „**rozsudek NSS**“).

IV. Pokračování v řízení o rozkladu

19. Po vrácení správního spisu NSS Úřadu pokračuje předseda Úřadu v řízení o rozkladu proti napadenému rozhodnutí. Předseda Úřadu je v dalším řízení zavázán právním názorem vysloveným v rozsudku krajského soudu a zároveň právním názorem vysloveným v rozsudku NSS.

Stanovisko předsedy Úřadu

20. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a vázán právním názorem, uvedeným v rozsudku KS, potvrzeného rozsudkem NSS, jsem dospěl k následujícímu závěru.
21. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výrocích I. a II., nerozhodl správně a v souladu se zákonem.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu

22. Ve vztahu k posouzení rozkladu je předseda Úřadu a následně i Úřad sám, vázán právním názorem krajského soudu, uvedeným v rozsudku KS, jakož i názorem NSS vysloveným v rozsudku NSS.

23. V šetřeném případě je stěžejní zejména to, že Úřad v napadeném rozhodnutí nerespektoval východisko spočívající v tom, že některé kvalifikační předpoklady svou povahou vyvolávají nutnost splnit je (a jejich splnění prokázat) vždy jedním dodavatelem. Obdobně je to právě s ekonomickými a finančními kvalifikačními předpoklady, jejichž povaha fakticky neumožňuje rozmělnění požadavku zadavatele mezi více subjektů na straně dodavatele, neboť z pohledu zadavatele by se takto nedosáhlo jeho výsledné kvality. Za situace, kdy jsou požadavky na prokázání splnění kvalifikace stanovené zadavatelem přiměřené – v případě finanční a ekonomické kvalifikace v souladu s § 55 odst. 3 písm. c) zákona – je při úvahách ohledně možnosti skládání či sčítání kvalifikace prokazované více subjekty na straně dodavatele nezbytné zkoumat, zda výsledná (takto složená či sečtená) kvalifikace v rámci konkrétního požadavku zadavatele může vykazovat stejnou kvalitu, jakou by vykazovala při jejím prokazování jedním subjektem – jinak by byl popřen smysl prokazování kvalifikace. Ta by po jejím složení či sečtení byla totiž prokazována pouze formálně, v případě ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů by nevyjadřovala ekonomickou a finanční sílu dodavatele, která je podle zadavatele dostatečná k tomu, aby byla veřejná zakázka řádně splněna.
24. Se zřetelem na to, že Úřad zadavateli v napadeném rozhodnutí nevytkl předmětnou kumulaci požadavků na hodnotu indexu důvěryhodnosti a zároveň na minimální hodnoty poměrových ukazatelů, tedy Úřad tyto požadavky nepokládal za rozporné s § 55 odst. 3 písm. c) zákona, je nezbytné posoudit, zda kvalita těchto požadavků z pohledu zadavatele umožňuje jejich splnění společně více subjekty na straně dodavatelské (více dodavateli podávajícími společnou nabídku nebo společně dodavatelem a jeho subdodavatelem) anebo zda musí být tento požadavek splněn jedním subjektem. Příslušný závěr musí být založen právě na posouzení smysluplnosti (popř. dokonce jediné možnosti) provázání více dílčích požadavků z pohledu legitimacy cíle, jehož zadavatel hodlá kumulativním uplatněním jednotlivých dílčích požadavků dosáhnout – za nedostačující je tedy třeba označit pouhou formální aplikaci ustanovení § 51 odst. 4 a odst. 5 zákona, při které by zadavatelem nemohl být ve vztahu k ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům uplatněn požadavek, jenž je z povahy věci splnitelný vždy pouze jedním subjektem. Za situace, kdy zadavatel požadoval, aby dodavatelé prokazovali splnění vybraných ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů jednou účetní závěrkou, pak automaticky nemusí vést k porušení zákona skutečnost, že dodavatelé neměli možnost prokázat společně (v rámci společné žádosti o účast) nebo společně se subdodavatelem splnění požadovaných ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, resp. byli nuceni k tomu, aby jeden z nich prokázal všechny předmětné ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady, tedy index důvěryhodnosti IN01, běžnou likviditu, celkovou zadluženost a obrat ve stavební výrobě. Porušením zákona samo o sobě nemusí být ani znemožnění společného prokázání splnění kvalifikačního předpokladu ve smyslu § 55 odst. 2 zákona, ani provázání s požadavkem na prokázání specializovaného obratu podle § 55 odst. 1 písm. c) zákona. Je proto nezbytné zabývat se účelem takto provázaných požadavků, a to právě s ohledem na to, že přiměřenost (ani legitimita) žádného z těchto požadavků stanovených zadavatelem nebyla Úřadem v napadeném rozhodnutí věcně zpochybněna.
25. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí učinil dílčí závěr, že zadavatel omezil možnost dodavatelů prokázat předmětný provázaný požadavek společně se subdodavatelem nebo

společně v rámci společné žádosti o účast. Aby tento závěr mohl obstát, a aby bylo možné dovodit, že tento jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, muselo by se jednat o požadavek, který by byl splnitelný společně více subjekty na dodavatelské straně – v tom případě by však musel věrohodně vyvrátit zadavatelovu argumentaci spočívající v konstatování, že pouze takto provázaný požadavek má z pohledu ekonomické a finanční síly dodavatele význam a smysl (pokud by se zároveň jednalo o požadavek přiměřený). V tomto kontextu zdůrazňuji, že Úřad se v napadeném rozhodnutí prakticky nezabýval skutečnou povahou předmětných požadavků zadavatele. Zadavatel totiž v průběhu správního řízení zdůrazňoval, že umožněním prokazování splnění požadavků na jednotlivé ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady dle bodu 6.2 kvalifikační dokumentace společně více subjekty na straně dodavatele by tyto požadavky ztratily na významu, neboť smysl mají jen tehdy, jsou-li prokazovány jedním subjektem. Úřad na tuto argumentaci zadavatele reagoval v bodě 36. odůvodnění napadeného rozhodnutí pouze konstatováním, že pokud zákon umožňuje společné prokazování kvalifikace v rámci společné nabídky či pomocí subdodavatelů, není v zadávacích podmínkách možné spojovat jednotlivé kvalifikační předpoklady v jeden celek a požadovat, aby byly souhrnně prokázány jedním dodavatelem. Je tedy nezbytné se věcně zabývat nutností předmětné zadavatelovy požadavky aplikovat pouze jako požadavky provázané. Podstatou argumentace zadavatele totiž bylo tvrzení, že se nejedná ve vztahu k subjektům, jež mají prokazovat splnění jeho požadavku, svou povahou o požadavek dělitelný.

26. Úřad vystavěl svou argumentaci obsaženou v odůvodnění napadeného rozhodnutí výlučně na zákonem předvídané možnosti společného prokazování kvalifikace v rámci ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, což vyplývá z ustanovení § 51 odst. 4 a odst. 5 zákona, a na popření této možnosti postupem zadavatele. Úřad tak věcně nevypořádal argumentaci zadavatele spočívající v konstatování, že je nezbytné provázání požadavků, jež z nich v daném případě činí jediné a nedělitelné kritérium, což mělo dle zadavatele vylučovat mechanickou aplikaci ustanovení § 51 odst. 4 a 5 zákona. Zákon sice na jedné straně umožňuje skládání a sčítání kvalifikace – ve vztahu k prokazování splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů bez výjimky. Na druhé straně však v rámci požadavků na prokázání kvalifikace (ekonomické a finanční) přicházejí v úvahu požadavky zadavatele, které jsou splnitelné vždy pouze jedním subjektem na straně dodavatele, pokud jsou uplatněny v souladu s § 55 odst. 3 písm. c) zákona, což může mechanickou aplikaci § 51 odst. 4 a odst. 5 zákona vyloučit. Předpisy upravující postupy zadavatelů v zadávacích řízeních je nutno vykládat tak, aby jednotlivé instituty upravené zákonem byly v praxi aplikovatelné v souladu s jejich smyslem. Je třeba zvolit takovou interpretaci, která se tomuto způsobu aplikace nejvíce přiblíží. Se zřetelem na výše uvedené je zřejmé, že v případě požadavků na prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů ve smyslu § 55 zákona, které mohou být dle zákona prokazovány společně více subjekty na dodavatelské straně podle § 51 odst. 4 a odst. 5 zákona, mohly přicházet v úvahu požadavky či jejich kombinace, jež by svojí povahou byly splnitelné jako celek pouze jedním subjektem. V daném případě tedy nebyl namísto přílišně formalistický výklad ustanovení § 51 odst. 4 a odst. 5 zákona, který abstrahoval od zkoumání obsahové náplně požadavků zadavatele na prokázání splnění kvalifikace, jak to učinil Úřad v napadeném rozhodnutí. Předmětná ustanovení zákona Úřad nesprávně aplikoval na zjištěný skutkový stav, což způsobilo nezákonnost napadeného rozhodnutí.

Jinými slovy, Úřad v napadeném rozhodnutí nezpochybnil zadavatelův požadavek obsažený v zadávací dokumentaci, aby dodavatelé prokazovali splnění konkrétních ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Vysvětlení Úřadu, že splnění právě těchto předpokladů lze spolehlivě prokázat i více subjekty a tedy nikoli jedinou účetní závěrkou, je tak třeba s ohledem na výše uvedené označit za nedostatečné. Za situace, kdy Úřad věcně nezpochybnil přiměřenost žádného z věcných požadavků na kvalifikaci uchazečů, bylo namístě zabývat se účelem provázanosti požadavků a nikoli učinit závěr, že se zadavatel dopustil daného správního deliktu pouze na základě formální aplikace § 51 odst. 4 a odst. 5 zákona umožňující prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, aniž by vysvětlil, jak by bylo možné doložit požadavky v konkrétní věci více subjekty.

27. Po zrušení napadeného rozhodnutí bude tedy Úřad ve správním řízení pokračovat a v tomto řízení vydá nové rozhodnutí ve věci samé, ve kterém bude respektovat závazný právní názor krajského soudu, NSS i závěry učiněné v tomto rozhodnutí. Úřad nechť se v souladu s výše uvedenými závěry soudů v novém správním řízení zabývá věcnou (obsahovou) podstatou zadavatelových argumentů týkajících se nutného provázání požadavků na hodnotu indexu důvěryhodnosti a na hodnoty poměrových ukazatelů, a pokud to bude třeba pro zjištění právního stavu, o kterém nejsou důvodné pochybnosti, ať v tomto ohledu doplní dokazování. Pokud Úřad v dalším řízení setrvá na svém závěru, že zadavatel porušil předmětná ustanovení zákona, v důsledku čehož by konstatoval spáchání správního deliktu zadavatelem, bude nezbytné, aby tento závěr opřel o vyvrácení argumentace zadavatele poukazující na „*[n]utnost provázání požadavků na předložení účetní závěrky, z níž musí vyplývat hodnota indexu důvěryhodnosti a zároveň musí být splněny zadavatelem stanovené minimální hodnoty poměrových ukazatelů*“. Je tedy žádoucí, aby ze skutkových zjištění a úvah Úřadu učiněných v novém rozhodnutí vyplynul jednoznačný a srozumitelný závěr týkající se míry nutné provázanosti a logiky provázání předmětných požadavků zadavatele, a dále aby se Úřad zabýval otázkou, zda kvalita těchto požadavků v konkrétní věci z pohledu zadavatele umožňuje jejich splnění společně více subjekty, viz bod 24. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Následně Úřad v novém prvostupňovém rozhodnutí posoudí, zda právní úprava podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, který nabyl účinnosti dne 1. 10. 2016, je či není pro zadavatele právní úpravou příznivější, než byla právní úprava účinná v době spáchání případně konstatovaného správního deliktu, tedy podle zákona, a zda by tak případně byla aplikovatelná výjimka ze zákazu retroaktivity, či nikoli.

Závěr

28. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí Úřadu, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno. Při novém projednání věci je Úřad v souladu s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vázán právním názorem odvolacího správního orgánu a právním názorem uvedeným v rozsudku KS a rovněž v rozsudku NSS.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Mgr. Tomáš Kruták, advokát, Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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