



UOHSX008SHUD

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0098/2016/VZ-07270/2017/322/DJa

Brno 28. února 2017

V řízení o rozkladu ze dne 29. 3. 2016 doručeném téhož dne Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zadavatelem –

- **Statutární město Olomouc**, IČO 00299308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 00 Olomouc, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0931/2015/VZ-10199/2016/551/DBo ze dne 14. 3. 2016 vydanému 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 „**Dolní náměstí – rekonstrukce**“ v užším řízení, jehož formulář Oznámení o zakázce byl v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněn dne 13. 5. 2011 pod evidenčním číslem zakázky 60060052, a na kterou byla dne 8. 8. 2011 uzavřena smlouva o dílo s uchazečem „Sdružení Dolní náměstí“, za účasti STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5 (vedoucí účastník sdružení), a H O R S T A V Olomouc, spol. s r. o., IČO 45195706, se sídlem Tovární 41 A, 772 00 Olomouc (účastník sdružení), které na základě smlouvy o sdružení uzavřené dne 25. 5. 2011 podaly společnou nabídku,

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

I.

Výrok I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0931/2015/VZ-10199/2016/551/DBo ze dne 14. 3. 2016 podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

m ě n í m

tak, že tento nově zní:

Zadavatel – Statutární město Olomouc, IČO 002 99 308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 00 Olomouc – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Dolní náměstí - rekonstrukce“ v užším řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněn dne 13. 5. 2011 pod evidenčním číslem zakázky 60060052, nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 citovaného zákona v návaznosti na § 59 odst. 1 citovaného zákona v souvislosti s § 6 citovaného zákona, když nevyloučil zájemce „Sdružení Dolní náměstí“, za účasti STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5 (vedoucí účastník sdružení), a H O R S T A V Olomouc, spol. s r. o., IČO 451 95 706, se sídlem Tovární 41 A, 772 00 Olomouc (účastník sdružení), které na základě smlouvy o sdružení uzavřené dne 25. 5. 2011 podaly společnou nabídku, ze zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, přestože tento zájemce nesplnil ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad podle § 55 odst. 1 písm. b) citovaného zákona uvedený v bodu 4.1.3. písm. b) kvalifikační dokumentace předmětné veřejné zakázky, neboť smlouva uzavřená dne 23. 5. 2011 se subdodavatelem STRABAG AG – organizační složka a předložená zájemcem na straně 47 žádosti o účast v užším řízení k prokázání tohoto ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu, tj. splnění ukazatelů finanční a ekonomické analýzy – celková likvidita a celková zadluženost, nesplňovala náležitosti podle § 51 odst. 4 písm. b) citovaného zákona, jelikož subdodavatel STRABAG AG – organizační složka jako organizační složka zahraniční právnické osoby nemá právní subjektivitu, a nemůže se tudíž ve prospěch zájemce v rámci prokázání předmětného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu zavazovat k poskytnutí plnění podle § 51 odst. 4 písm. b) citovaného zákona, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 8. 8. 2011 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0931/2015/VZ-10199/2016/551/DBo ze dne 14. 3. 2016 podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 21. 1. 2014 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹) k dohledu nad dodržováním zákona podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Statutárního města Olomouc, IČO 00299308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 00 Olomouc (dále jen „**zadavatel**“) při zadávání veřejné zakázky s názvem „Dolní náměstí – rekonstrukce“ v užším řízení, jehož formulář Oznámení o zakázce byl v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněn dne 13. 5. 2011 pod evidenčním číslem zakázky 60060052 (dále jen „**veřejná zakázka**“), a na kterou byla dne 8. 8. 2011 uzavřena smlouva o dílo s uchazečem – „Sdružení Dolní náměstí“, za účasti vedoucího účastníka sdružení STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, a účastníka sdružení H O R S T A V Olomouc, spol. s r. o., IČO 45195706, se sídlem Tovární 41 A, 772 00 Olomouc, které na základě smlouvy o sdružení uzavřené dne 25. 5. 2011 podaly společnou nabídku (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal zadávací dokumentaci o veřejné zakázce. Po přezkoumání předložených podkladů získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel dodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona v návaznosti na § 59 odst. 1 zákona a § 6 zákona, když nevyločil vybraného uchazeče ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku, přestože nesplnil ekonomický a finanční předpoklad podle § 55 odst. 1 písm. b) zákona, neboť k prokázání tohoto ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu, tj. splnění ukazatelů finanční a ekonomické analýzy – celková likvidita a celková zadluženost, předložil v žádosti o účast v užším řízení neplatnou subdodavatelskou smlouvu, přičemž tento jeho postup podstatně ovlivnil výběr nejhodnější nabídky.
3. Dne 22. 12. 2015 byl zadavateli Úřadem doručen přípis č. j. ÚOHS-S0931/2015/VZ-45635/2015/551/DBo ze dne 21. 12. 2015, kterým zadavateli oznámil zahájení správního řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona při zadávání veřejné zakázky.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 14. 3. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0931/2015/VZ-10199/2016/551/DBo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
5. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona v návaznosti na § 59 odst. 1 zákona v souvislosti s § 6 zákona, když nevyločil vybraného uchazeče ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku, přestože nesplnil ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad podle § 55 odst. 1 písm. b) zákona uvedený v bodu 4.1.3. písm. b) kvalifikační dokumentace veřejné zakázky, neboť

¹Pokud 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 zákon.

smlouva uzavřená dne 23. 5. 2011 se subdodavatelem STRABAG AG – organizační složka, IČO 65990960, se sídlem na Bělidle 1698/21, 150 00 Praha 5 (dále jen „**subdodavatel**“) a předložená vybraným uchazečem na straně 47 žádosti o účast v užším řízení k prokázání tohoto ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu, tj. splnění ukazatelů finanční a ekonomické analýzy – celková likvidita a celková zadluženost (dále jen „**subdodavatelská smlouva**“), nespĺňovala náležitosti podle § 51 odst. 4 písm. b) zákona, jelikož subdodavatel jako organizační složka zahraniční právnické osoby nemá právní osobnost, a nemůže se tudíž ve prospěch zájemce v rámci prokázání předmětného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu zavazovat k poskytnutí plnění podle § 51 odst. 4 písm. b) zákona, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nevhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 8. 8. 2011 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.

6. Výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí zadavateli pokutu ve výši 300 000 Kč.

III. Rozklad zadavatele

7. Dne 14. 3. 2016 bylo zadavateli doručeno napadené rozhodnutí. Dne 29. 3. 2016 podal zadavatel proti napadenému rozhodnutí v zákonné lhůtě rozklad z téhož dne (dále jen „**rozklad**“).
8. Úvodem rozkladu zadavatel shrnul všechny skutkové okolnosti zjištěné v dosavadním správním řízení Úřadem. Zadavatel předně odkazuje na své vyjádření k oznámení o zahájení správního řízení ze dne 28. 1. 2016 (dále jen „**vyjádření zadavatele**“), neztotožňuje se závěry Úřadu a trvá na platnosti subdodavatelské smlouvy.
9. Rozkladem zadavatel namítá, že rozhodnutí je nepřezkoumatelné, a to z důvodu, že Úřad se nijak nevypořádal s argumentem zadavatele ohledně skutečnosti, že Úřad není oprávněn posuzovat platnost či neplatnost smluv. Dle mínění zadavatele Úřad v posuzovaném případě supluje roli civilních soudů, přičemž soud by se neplatností smlouvy zabýval za předpokladu, že by jeden z účastníků smlouvy podal žalobu na její neplatnost v občanském soudním řízení, což je dle zadavatele varianta nereálná. Je rovněž nepravděpodobné, že by třetí osoba, tedy Úřad, byla schopná prokázat naléhavý právní zájem tak, jak to v takovém případě vyžaduje § 80 písm. c) zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.
10. Zadavatel namítá, že prokázání splnění kvalifikačních kritérií – celkové likvidity a celkové zadluženosti se týkalo pouze subdodavatele, nikoliv vybraného uchazeče. Zadavatel považuje za nutné zopakovat, že samotné nedodržení postupu podle zákona nestačí ke spáchání příslušného správního deliktu, ale je nezbytné, aby nastal též zákonem předpokládaný následek spočívající v tom, že byl nebo mohl být ovlivněn výběr nevhodnější nabídky. Z toho důvodu má zadavatel za to, že Úřad v bodě 77. odůvodnění napadeného rozhodnutí zcela mylně vychází z premisy, že pokud by vybraný uchazeč v počáteční fázi užšího řízení předložil hodnoty ze své vlastní rozvahy, která byla také předložena a nikoliv z rozvahy subdodavatele, neumístili by se na 1. místě v pořadí, nýbrž na 7. místě, což by při omezení počtu na 6 zájemců znamenalo, že by vybraný uchazeč nebyl vyzván ani k podání nabídky. Uvedený argument Úřadu dle zadavatele neobstojí, neboť vybraný uchazeč právě z důvodu, že si byl vědom, že by předložením své rozvahy nespĺnil příslušná kvalifikační kritéria – celkovou

likviditu a celkovou zadluženost, uzavřel subdodavatelskou smlouvu a použil rozvahu subdodavatele.

11. Zadavatel dále uvádí, že nelze postupovat tak, jak postupoval Úřad, a přepočítat pořadí zájemců na základě dokumentů, které vůbec neměly sloužit k prokázání kvalifikace (rozvaha vybraného uchazeče) a které byly do nabídky vloženy nad rámec požadovaných dokumentů. Podle zadavatele je v praxi zcela běžné, že uchazeči a zájemci vkládají do svých nabídek dokumenty nadbytečně z obavy z vyloučení při případném nedoložení některých dokumentů. Navíc, k uvedenému argumentu, kterým Úřad podporuje svá tvrzení, nakolik byl ovlivněn výběr nejhodnější nabídky, by Úřad vůbec nedošel, kdyby tento nadbytečný dokument uchazeč do své nabídky nevložit. Dle zadavatele tak Úřad nemůže vycházet ve svých závěrech z dokumentů, které vůbec nebyly použity pro účely prokázání kvalifikace a podporovat tím své závěry.
12. Dále zadavatel považuje za nutné se vyjádřit k výši uložené pokuty, neboť kdyby Úřad trval na svých závěrech, chce zadavatel dosáhnout alespoň jejího snížení. Zadavatel dospěl k závěru, že je sankciován za domnělý delikt, který není podpořen silnou argumentací Úřadu a je mu za to uložena pokuta, která absolutně neodpovídá svou výší míře domnělého nezákonného jednání zadavatele.

Závěr rozkladu

13. Na základě výše uvedeného zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil, eventuálně aby byl změněn výrok II. napadeného rozhodnutí tak, že se zadavateli uloží pokuta nižší, nežli byla uložena v napadeném rozhodnutí.

IV. Řízení o rozkladu

14. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

15. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
16. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl výrokem I. tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona v návaznosti na § 59 odst. 1 zákona v souvislosti s § 6 zákona, když nevyločil vybraného uchazeče ze zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, přestože vybraný uchazeč nesplnil ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad podle § 55 odst. 1 písm. b) zákona uvedený v bodu 4.1.3. písm. b) kvalifikační dokumentace předmětné veřejné zakázky, neboť subdodavatelská smlouva uzavřená se subdodavatelem a předložená vybraným uchazečem na straně 47 žádosti

o účast v užším řízení k prokázání tohoto ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu, tj. splnění ukazatelů finanční a ekonomické analýzy – celková likvidita a celková zadluženost, nespĺňovala náležitosti podle § 51 odst. 4 písm. b) zákona, jelikož subdodavatel jako organizační složka zahraniční právnické osoby **nemá právní osobnost**, a nemůže se tudíž ve prospěch zájemce v rámci prokázání předmětného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu zavazovat k poskytnutí plnění podle § 51 odst. 4 písm. b) zákona, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 8. 8. 2011 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku, se dopustil terminologické nepřesnosti při formulaci výrokové části napadeného rozhodnutí a z tohoto důvodu jsem přistoupil ke změně výroku I.

17. Dále Úřad tím, že výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli pokutu za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí ve výši 300 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
18. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke změně výroku I. napadeného rozhodnutí a dále k potvrzení výroku II. napadeného rozhodnutí a proč jsem nepřistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K důvodům změny výroku I. napadeného rozhodnutí

19. Podle § 89 odst. 2 správního řádu odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží; tímto ustanovením není dotčeno právo na náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem.
20. Podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část změnit; změnu nelze provést, pokud by tím některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se; podle § 36 odst. 3 se postupuje, pouze pokud jde o podklady rozhodnutí nově pořízené odvolacím správním orgánem; je-li to zapotřebí k odstranění vad odůvodnění, změnit odvolací správní orgán rozhodnutí v části odůvodnění; odvolací správní orgán nemůže svým rozhodnutím změnit rozhodnutí orgánu územního samosprávného celku vydané v samostatné působnosti.
21. Výše uvedené ustanovení správního řádu umožňuje odvolacímu správnímu orgánu provést změnu rozhodnutí vydaného I. stupněm za situace, kdy dospěje k závěru, že je napadené rozhodnutí v rozporu s právními předpisy nebo je nesprávné, tedy pokud po přezkoumání napadeného rozhodnutí dospěje k odlišnému právnímu závěru s ohledem na skutková zjištění obsažená ve správním spisu či zjištěná v průběhu odvolacího řízení. Za těchto podmínek je oprávněn změnit napadené rozhodnutí tak, že celé výroky či jejich část nahradí vlastním rozhodnutím. Je však nutno poznamenat, že ke změně není odvolací správní orgán oprávněn přistoupit kdykoliv, neboť je v této možnosti omezen. Například tak nemůže dojít

ke změně napadeného rozhodnutí za situace, kdy by byla účastníku řízení odňata možnost odvolat se proti změněnému rozhodnutí. K této problematice se obdobně vyjadřuje i odborná literatura, např. publikace Jemelka, L., Pondělíčková, K., Bohadlo, D.: Správní řád. Komentář. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 503 a násl. k § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu: *"Odvolací orgán tak nahradí některé výroky či celou výrokovou část svým rozhodnutím, vycházejí z odlišného právního názoru na skutková zjištění obsažená v předloženém spisovém materiálu či doplněná odvolacím orgánem. Jak je již uvedeno výše, změna rozhodnutí by měla být odvolacím orgánem preferována před zrušením rozhodnutí a vrácením věci k novému projednání, pokud jsou k tomu splněny zákonné předpoklady. Pokud správní orgán změní jen část napadeného rozhodnutí, musí je ve zbytku potvrdit dle odstavce 5 věty druhé tohoto ustanovení a nemůže například konstatovat, že další části rozhodnutí ponechává beze změny. Omezující podmínkou, kdy změnu nelze provést, je situace, kdy by změnou rozhodnutí některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se. Toto omezení zabraňuje tzv. překvapivým rozhodnutím, kdy by například odvolací správní orgán rozšířil sankční řízení na další skutkové podstaty správních deliktů, neboť proti „přidaným“ skutkovým podstatám správních deliktů by již účastník neměl možnost podat odvolání, což je v rozporu se zásadou dvojinstančnosti správního řízení. Vyloučeno ovšem není například upřesnění napadeného výroku rozhodnutí, jehož obsah zůstává v kontextu jeho odůvodnění nezměněn (srov. např. NSS 8 As 6/2013)."*

22. Podle § 3028 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb. občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**NOZ**“) se tímto zákonem řídí práva a povinnosti vzniklé ode dne nabytí jeho účinnosti.
23. Podle § 3028 odst. 2 NOZ není-li dále stanoveno jinak, řídí se ustanoveními tohoto zákona i právní poměry týkající se práv osobních, rodinných a věcných; jejich vznik, jakož i práva a povinnosti z nich vzniklé přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se však posuzují podle dosavadních právních předpisů.
24. Výše uvedené ustanovení § 3028 odst. 2 NOZ je postaveno na principu tzv. nepravé retroaktivity. *„Tzv. nepravá retroaktivita je běžná a vzhledem k tomu, že při ní ve skutečnosti nejde o zpětné působení zákona, nepředstavuje ani narušení právní jistoty.“* (srov. Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654), 1. vydání, 2014, s. 2316 –2328).
25. Ústavní zákon č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „**Listina**“) zakazuje pravou retroaktivitu výslovně v čl. 40 odst. 6 pouze pro oblast trestního práva; judikatura tento zákaz vztahuje též na správní trestání (č. 1684/2008 Sb. NSS). Z toho však nelze dovozovat, že v ostatních částech právního řádu je pravá retroaktivita přijatelná. Vzhledem k tomu, že pravá retroaktivita představuje hrubé narušení právní jistoty, je takový závěr vyloučen. To vyslovil již federální Ústavní soud v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 78/92. Na jeho závěry posléze navázal český Ústavní soud, např. v nálezech sp. zn. Pl. ÚS 16/93 či sp. zn. IV. ÚS 215/94; v posledním z nich se praví: *„Ke znakům právního státu neoddělitelně patří princip právní jistoty a ochrany důvěry občanů v právo. Tento postup zahrnuje zákaz retroaktivity právních norem, resp. jejich retroaktivního výkladu. Jestliže tedy někdo jedná v důvěře v nějaký zákon, nemá být v této své důvěře zklamán.“* Za určitých mimořádně výjimečných okolností je však i pravá retroaktivita přípustná; viz např. níže citovaná právní věta nálezu sp. zn. Pl. ÚS 33/01.

26. Pro právní poměry týkající se práv osobních, rodinných a věcných zvolil NOZ metodu tzv. nepravé retroaktivity. Právní skutečnosti, s nimiž je spojen vznik těchto vztahů, jakož i další právní následky, pokud nastaly před 1. 1. 2014, se posoudí podle staré právní úpravy (nemá-li NOZ jiné zvláštní přechodné ustanovení). Právní skutečnosti, které nastaly počínaje 1. 1. 2014 a které působí změny, zánik či jiné právní následky v těchto vztazích, se posoudí od tohoto data podle NOZ.
27. Zadavatel zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění dne 10. 5. 2011, tedy ještě před účinností NOZ. Subdodavatelská smlouva byla mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem uzavřena podle § 289 a násl. zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, v rozhodném znění. Úřad proto nepostupoval správně, když ve výroku I. napadeného rozhodnutí použil právního pojmu „*právní osobnost*“ podle NOZ na místo právního pojmu „*právní subjektivita*“, jakožto terminologie platné v době uzavření subdodavatelské smlouvy. Naproti tomu v odůvodnění napadeného rozhodnutí (např. bod 68.) Úřad právní pojem „*právní subjektivita*“ již správně používá v souladu s tzv. nepravou retroaktivitou.
28. S ohledem na výše uvedené jsem dospěl k závěru, že Úřad nesprávně použil právní terminologii, když ve výroku I. napadeného rozhodnutí uvedl, že subdodavatel jakožto organizační složka zahraniční osoby nemá „*právní osobnost*“, když namísto toho měl uvést, že nemá „*právní subjektivitu*“.
29. Jelikož jsem dospěl k závěru, že byly splněny podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí v jeho výroku I. a pro změnu v odpovídající části odůvodnění napadeného rozhodnutí, je třeba současně vypořádat otázku, zda změnou napadeného rozhodnutí nemůže být zadavateli způsobena újma spočívající v tom, že by mu byla odňata možnost podat proti takové změně odvolání, případně zda se nejedná o tzv. překvapivé rozhodnutí.
30. K možné překvapivosti provedené změny nejprve v obecné rovině uvádím, že za překvapivé rozhodnutí může být považováno takové, které je pro účastníka řízení s ohledem na stav řízení a dokazování a s ohledem na uplatněné námitky překvapivé. K problematice překvapivosti vydaného správního rozhodnutí se vyslovil i Nejvyšší správní soud např. v rozsudku č. j. 8 Afs 59/2005-83 ze dne 20. 7. 2007, v němž uvedl, že: „*(...) překvapivost rozhodnutí pro jeho adresáta je přitom chápána jako projev nepředvídatelnosti rozhodování. Ústavní soud se otázkou předvídatelnosti rozhodování opakovaně zabýval v souvislosti s řízením soudním. Zde sluší zmínit např. náleze ze dne 24. 2. 2004, sp. zn. I. ÚS 654/03 (in Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu, svazek č. 32, náleze č. 27, strana 255). Ústavní soud zde označil za projev libovůle a porušení práva na spravedlivý proces situaci, kdy je rozhodnutí „pro účastníka řízení s ohledem na dosavadní stav řízení, stav dokazování, existující procesní situaci a především uplatněné právní námitky překvapivé“. Jakkoli Ústavní soud tyto závěry vyslovil v souvislosti s rozhodováním soudů, lze je, dle názoru Nejvyššího správního soudu, nepochybně vztáhnout i na řízení správní. Za explicitní vyjádření této kautely v jednoduchém právu lze považovat ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu z roku 2004 (zákon č. 500/2004 Sb., správní řád);(…)*“ Jak lze dále dovodit ze závěrů uvedeného rozsudku Nejvyššího správního soudu nelze za překvapivé rozhodnutí považovat takové, které nepředstavuje zásadní změnu v právním posouzení dané věci.

31. Mám za to, že změnu ve výroku I. napadeného rozhodnutí nelze označit za překvapivou, neboť touto změnou nedošlo k zásadní změně právní kvalifikace, když jednání zadavatele je i nadále posouzeno jakožto porušující § 60 odst. 1 zákona v návaznosti na § 59 odst. 1 zákona, a to z toho důvodu, že zadavatel nevyločil vybraného uchazeče ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku, přestože vybraný uchazeč nesplnil ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad podle § 55 odst. 1 písm. b) zákona uvedený v bodu 4.1.3. písm. b) kvalifikační dokumentace předmětné veřejné zakázky, neboť subdodavatelská smlouva uzavřená se subdodavatelem a předložená vybraným uchazečem na straně 47 žádosti o účast v užším řízení k prokázání tohoto ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu, tj. splnění ukazatelů finanční a ekonomické analýzy – celková likvidita a celková zadluženost, nesplňovala náležitosti podle § 51 odst. 4 písm. b) zákona, jelikož subdodavatel neměl právní subjektivitu, a nemohl se tudíž ve prospěch vybraného uchazeče v rámci prokázání předmětného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu zavazovat k poskytnutí plnění podle § 51 odst. 4 písm. b) zákona, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Z pohledu právní kvalifikace tak nedošlo ke změně, neboť jednání zadavatele je stejně jako ve výroku I. napadeného rozhodnutí kvalifikováno jakožto správní delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, současně nedošlo k rozšíření nebo změně skutku, v němž je správní delikt spatřován a nedošlo ani k rozšíření počtu správních deliktů, které by zadavateli byly kladeny za vinu. S ohledem na výše uvedené tak, mám za to, že nejsou dána omezení pro změnu napadeného rozhodnutí tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, a proto jsem ke změně napadeného rozhodnutí v uvedeném rozsahu přistoupil, neboť se jedná toliko o úpravu právní terminologie užití při formulaci výrokové části napadeného rozhodnutí.

K námitce ohledně posouzení platnosti subdodavatelské smlouvy Úřadem

32. K stěžejní námitce zadavatele, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné, a to z důvodu, že Úřad není oprávněn posuzovat platnost či neplatnost smluv uvádím následující.
33. Podle § 51 odst. 4 písm. b) zákona pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) zákona v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) zákona. Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a) zákona.
34. Z výše uvedeného ustanovení vyplývá, že při prokazování ekonomické kvalifikace subdodavatelem je nezbytné, aby dodavatel předložil platnou a určitou smlouvu, ze které bude vyplývat závazek subdodavatele, že dodavateli poskytne potřebné věci či práva (v posuzovaném případě finanční zdroje). U některých druhů zadávacích řízení nastává v souvislosti s požadavkem na předložení smlouvy uzavřené se subdodavatelem praktický problém. Například v užším řízení bude závazek obsažený ve smlouvě se subdodavatelem spíše obecnější povahy, neboť v době prokazování kvalifikace nebude mít dodavatel

k dispozici zadávací dokumentaci a jeho povědomí o předmětu plnění veřejné zakázky bude spíše rámcové. I tak je však dodavatel povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu se subdodavatelem, která bude splňovat veškeré náležitosti kladené na tento smluvní typ právními předpisy.

35. Odborná literatura k tomu uvádí: *„Při prokazování splnění části kvalifikace prostřednictvím subdodavatele nepostačuje předložení jednostranného závazku dodavatele či subdodavatele, ale musí jít o dvoustranný právní úkon mezi subdodavatelem a dodavatelem, tedy smlouvu. Lze konstatovat, že je zcela postačující, pokud tato smlouva bude mít odloženou účinnost ke dni výběru nabídky dodavatele jako nejvhodnější, resp. ke dni uzavření smlouvy mezi dodavatelem a veřejným zadavatelem na předmět plnění této veřejné zakázky a v odůvodněných situacích na okamžik, kdy subdodavatel začne dodavateli reálně poskytovat určitou část plnění nebo příslušné věci či práva. Rovněž není rozhodné, kterým právním řádem se smlouva mezi subdodavatelem a dodavatelem bude řídit. V nabídce dodavatele však musí být vždy předložena smlouva platná.“* (srov. PODEŠVA, Vilém, Miloš OLÍK, Martin JANOUŠEK, Jakub STRÁNSKÝ aj. Zákon o veřejných zakázkách: Komentář [Systém ASPI]. Wolters Kluwer).
36. V posuzovaném případě vybraný uchazeč k prokázání ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu předložil rozvalu vybraného uchazeče, rozvalu subdodavatele a také subdodavatelskou smlouvu uzavřenou mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem. Jelikož vybraný uchazeč k prokázání požadovaného kvalifikačního předpokladu stanoveného pro omezení počtu zájemců, jenž spočíval ve výpočtu ukazatelů ze dvou objektivních kritérií získaných z účetní závěrky, konkrétně hodnoty celkové likvidity a celkové zadluženosti, použil hodnoty z účetní závěrky svého subdodavatele, Úřad byl povinen posoudit, zda takovýto závazek existuje, resp. zda subdodavatel předložil platnou subdodavatelskou smlouvu.
37. K tomuto tvrzení odkazují na právní názor Nejvyššího správního soudu vyjádřený v rozsudku ze dne 16. 12. 2014, č. j. 2 As 120/2014 – 40, ohledně povinnosti Úřadu posuzovat obecné náležitosti smluv ve smyslu § 51 odst. 4 písm. b) zákona: *„Žalobní námítky stěžovatelky nesměřovaly proti samotné vhodnosti vybraného řešení (její nabídka byla ze soutěže vyloučena a k posuzování její vhodnosti nedošlo), ale proti procesu omezení počtu zájemců vyzvaných k podání nabídky, a tedy dodržení podmínek přístupu do soutěže (transparentního nastavení rámce soutěže). (...) Proces omezení počtu zájemců v užším řízení tedy podléhá objektivním zákonným pravidlům, nikoli volnému uvážení zadavatele (resp. „správnímu uvážení“ hodnotící komise, jak uvedl krajský soud) a žalovaný (tj. v nyní posuzované věci stěžovatel) (...) tak přezkoumává soulad tohoto procesu se všemi zákonnými požadavky, přičemž je třeba mít na zřeteli zejména zásady uvedené v § 6 zákona o veřejných zakázkách. Mezi tyto zákonné požadavky lze přirozeně zahrnout i to, zda dokumenty předložené jednotlivými zájemci splňují základní požadavky § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, a jedná se tak o platné a určité smlouvy způsobilé splnit objektivní kritérium pro omezení počtu zájemců.“*
38. Krajský soud v Brně tento právní názor Nejvyššího správního soudu interpretoval v rozsudku č. j. 31 Af 165/2012 – 68 ze dne 22. 4. 2015 takto: *„Kasační soud tedy postavil najisto, že orgány veřejné moci (žalovaný) mají pravomoc plně přezkoumat proces omezení počtu zájemců v užším řízení a musí se tedy vypořádávat se samotnou platností subdodavatelských smluv a s ní spojenou otázkou prokazování ekonomické kvalifikace subdodavatelem. Úkolem*

krajského soudu je pak v tomto navazujícím řízení posoudit, jestli žalovaný takto v průběhu správního řízení postupoval. Jak je patrné z předložené spisové dokumentace, tak žalovaný vůbec nezkoumal platnost samotných smluv a spokojil se toliko s citací ustanovení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Vzhledem k tomuto faktu a k výše citovanému závaznému právnímu názoru Nejvyššího správního soudu je třeba konstatovat, že již jen tím, že se žalovaný platností smluv, kterými uchazeč prokazoval splnění kvalifikačních kritérií, nikterak nezabýval, zatížil své rozhodnutí vadou, kterou nelze odstranit jinak, než novým posouzením v dané věci. Tato vada totiž jednoznačně mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí ve věci samé a jen a pouze žalovaný je schopen tento nedostatek v novém řízení napravit. V tomto řízení pak bude muset žalovaný tedy také vypořádat námitky žalobkyně uplatněné již v průběhu správního řízení, že podle jejího právního názoru (oba) subdodavatelé vybraných zájemců předložili smlouvy, které pro svoji neurčitost nejsou platnými smlouvami, respektive se v době podání žádosti o účast nejedná o smlouvy účinné.“ Uvedený rozsudek Krajského soudu v Brně byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 119/2015 – 25 ze dne 27. 8. 2015.

39. *K výše uvedenému doplňuji rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 204/2014 – 46 ze dne 14. 5. 2015, ve kterém Nejvyšší správní soud konstatoval, ‘že pokud má ze subdodavatelské smlouvy vyplývat „závazek subdodavatele“, je primárně třeba, aby smlouva vůbec obsahovala jasně vymezenou kvalifikační dovednost (schopnost, licenci, zkušenost) a reálný platný závazek k jejímu plnění. Subdodavatelská smlouva proto vždy musí splňovat minimálně obecné požadavky na platnost právních jednání a musí být dostatečně určitá a srozumitelná. Stěžovatel tak při zkoumání splnění povinnosti dodavatele předložit smlouvu v souladu § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách musí v první řadě učinit závěr, zda se vůbec jedná o „smlouvu“ (tj. právní institut soukromého práva); teprve poté se může věnovat hodnocení, zda z ní vyplývá dostatečně konkrétní závazek (...). Stěžovatel přitom standardně postupuje podle § 113 a násl. zákona o veřejných zakázkách a je tak právně irelevantní, z jakého konkrétního důvodu (tj. zda se tak stalo z důvodu, že dodavatel předložil smlouvu s nedostatečně konkretizovaným závazkem nebo že předložil dokument, který se za smlouvu ve smyslu soukromého práva vůbec považovat nedá) případně shledá porušení povinnosti stanovené v § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách. Stěžovatel tedy svým postupem nijak nenahrazuje činnost obecných soudů a autoritativně nevyslovuje, zda je subdodavatelská smlouva platná (účinná). Pokud stěžovatel namítal, že mu ze zákona o veřejných zakázkách neplyne oprávnění posuzovat náležitosti smluv podle občanského zákoníku, pak je takové oprávnění dáno již tím, že zákonodárce v § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách užil termín „smlouva“.’*
40. *S ohledem na výše uvedené závěry soudních rozhodnutí, které jsou plně aplikovatelné na posuzovaný případ, konstatuji, že kdyby se Úřad nevypořádal se samotnou platností subdodavatelské smlouvy a s ní spojenou otázkou prokazování ekonomické kvalifikace subdodavatelem, zatížil by napadené rozhodnutí nepřezkoumatelností. Úřad v posuzovaném případě tak postupoval správně a v souladu se zákonem, když se posouzením náležitostí subdodavatelské smlouvy zabýval. Nelze tak souhlasit ani s námitkou zadavatele, že Úřad v posuzovaném případě supluje roli civilních soudů, neboť Úřad autoritativně nevyslovil, zda je subdodavatelská smlouva platná (účinná).*

41. V šetřeném případě se přitom o subdodavatelskou smlouvu vůbec nejednalo, neboť ve smyslu soukromého práva vybraným uchazečem předložený dokument nelze považovat za „smlouvu“ a to z následujících důvodů.
42. Organizační složka zahraniční právnické osoby, není sama o sobě právním subjektem, nemá právní subjektivitu. K otázce právní subjektivity organizační složky se vyjadřoval Nejvyšší soud několikrát, např. v rozhodnutí sp. zn. 21 Cdo 1027/2010 ze dne 7. 4. 2011, ve kterém uvedl, že *„vzhledem k nutnosti jejího zápisu do obchodního rejstříku má organizační složka zahraniční osoby obdobné postavení jako odštěpný závod (srov. § 7 odst. 2 obch. zák.). Z toho vyplývá nejen to, že při provozování této organizační složky se užívá obchodní firmy podnikatele (zahraniční osoby) s dodatkem, že jde o organizační složku (srov. § 7 odst. 1 obch. zák.), a že vedoucí organizační složky zahraniční osoby, který je zapsán do obchodního rejstříku, je zmocněn činit za podnikatele (zahraniční osobu) veškeré právní úkony týkající se této organizační složky (srov. § 13 odst. 3 obch. zák.), ale i to, že zápisem organizační složky zahraniční osoby nevzniká (stejně tak jako v případě odštěpného závodu) právnická osoba; zahraniční osobě tímto zápisem vzniká pouze právo podnikat na území České republiky. Skutečnost, že organizační složka zahraniční (fyzické nebo právnické) osoby umístěná na území České republiky je zapsána do obchodního rejstříku proto neznamena, že tato organizační složka je nositelem právní subjektivity a způsobilým účastníkem řízení. Stejně tak nelze právní subjektivitu organizační složky zahraniční osoby v pracovněprávních vztazích dovozovat z toto - jak se mylně domnívá dovolatel - že prostřednictvím své organizační složky umístěné na území České republiky s ním zahraniční právnická osoba (jako zaměstnavatel) uzavřela pracovní smlouvu. Ve všech záležitostech (včetně pracovněprávních) týkajících se této organizační složky je totiž vždy nositelem práv a povinností zahraniční osoba, jíž je organizační složka součástí. Právní subjektivitu a tedy i způsobilost být účastníkem řízení (§ 19 o.s.ř.) má proto ve všech případech (včetně pracovněprávních) pouze zahraniční (fyzická nebo právnická) osoba a nikoli její organizační složka (srov. usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 29.7.2003 sp. zn. 31 Odo 945/2002 a ze dne 25.1.2001 sp. zn. 30 Cdo 1634/2000 a usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 11.7.1996 sp. zn. 10 Cmo 755/1995).“*
43. Vzhledem k uvedenému mám za to, že Úřad správně v bodě 68. a 70. odůvodnění napadeného rozhodnutí rozvedl závěry o tom, že organizační složka podniku zahraniční osoby neměla právní subjektivitu, a tedy neměla ani způsobilost k právním úkonům. Do závazkových, pracovněprávních či jiných právních vztahů vstupuje nikoliv organizační složka, ale zahraniční fyzická nebo právnická osoba. Jelikož v posuzovaném případě vstoupil subdodavatel – organizační složka do právních vztahů svým jménem a subdodavatelská smlouva byla podepsaná vedoucím organizační složky, tato smlouva nespĺňuje minimálně obecné požadavky na platnost právních jednání ve smyslu soukromého práva, jelikož subjekt, který nemá právní subjektivitu, nemůže být stranou smlouvy jakožto dvoustranného právního úkonu. Úřad proto správně posoudil, že se v tomto případě vůbec nejednalo o „smlouvu“.
44. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí rovněž správně uvedl, že vedoucí organizační složky může za zahraniční společnost jednat pouze v záležitostech týkajících se organizační složky, v tom případě ale smluvní stranou i nadále zůstává zahraniční společnost. V případě subdodavatelské smlouvy však nevyplývá, že by došlo k vadě v označení smluvní strany (která by nezpůsobovala neplatnost samotné smlouvy), a že by úmyslem vybraného

uchazeče bylo uzavření subdodavatelské smlouvy se zahraniční společností. Naopak ze smlouvy samé, z jednání stran smlouvy, jakož i z dalších dokladů doložených vybraným uchazečem v žádosti o účast (doložení rozvahy subdodavatele – organizační složky a nikoliv doložení rozvahy zahraniční osoby) vyplývá, že účelem bylo učinit subjektem právního vztahu subdodavatele jakožto organizační složku zahraniční osoby, nikoli zahraniční osobu samu.

45. S ohledem na výše uvedené jsem dospěl k závěru, že Úřad rozhodl správně a v souladu s právními předpisy když konstatoval, že smlouva doložená vybraným uchazečem v žádosti o účast není subdodavatelskou smlouvou, kterou by bylo možné řádně prokázat kvalifikaci v zadávacím řízení veřejné zakázky.

K ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky

46. K námitce zadavatele ohledně nenaplnění všech znaků správního deliktu, když postupem zadavatele nebyl a nemohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, uvádím následující.
47. Úřad se v bodu 77. odůvodnění napadeného rozhodnutí vypořádal s naplněním znaku správního deliktu, když uvedl, jakým způsobem bylo jednání zadavatele způsobilé podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl ke správnému závěru, že pokud by vybraný uchazeč předložil hodnoty celkové zadluženosti a hodnoty celkové likvidity, jež měly sloužit jako podklad pro hodnocení vedoucí k omezení počtu zájemců v užším řízení, ze své vlastní rozvahy a nikoli rozvahy subdodavatele – organizační složky, nebyl by ani vyzván k podání nabídky. Nemohl by se pak zúčastnit další fáze zadávacího řízení a nemohl by se stát vybraným uchazečem.
48. Zadavatel k tomu dále namítá, že Úřad není oprávněn přepočítávat pořadí zájemců na základě dokladů, které neměly sloužit k prokázání kvalifikace (rozvaha vybraného uchazeče) a které byly vybraným uchazečem doloženy nad rámec zadavatelem požadovaných dokladů. Zadavatel doplňuje, že si vybraný uchazeč byl vědom, že by předložením své rozvahy nesplnil zadavatelem stanovené kvalifikační požadavky a z toho důvodu předložil rozvahu subdodavatele – organizační složky.
49. K tomu uvádím, že právě naopak je Úřad povinen posuzovat postup zadavatele z hlediska vlivu na výběr nejvhodnější nabídky. Pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, nepřihlédl by v rámci posuzování kvalifikace k dokladům doloženým v žádosti o účast vybraného uchazeče na základě neplatné smlouvy uzavřené se subdodavatelem – organizační složkou a jedině k čemu by mohl v rámci takového posouzení přihlédnout, by byla rozvaha samotného vybraného uchazeče. V takovém případě by se však vybraný uchazeč neumístil na 1. místě v pořadí, ale až na 7. místě, což by při omezení počtu na 6 zájemců znamenalo, že by vybraný uchazeč nebyl ani vyzván k podání nabídky. Úřad tak tedy postupoval správně, když „přepočítal“ pořadí zájemců na základě dokumentů, ke kterým byl zadavatel oprávněn při posouzení prokázání splnění požadované kvalifikace přihlédnout. Je totiž povinností Úřadu zabývat se otázkou vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, tj. i otázkou vlivu na pořadí nabídek, jež zadavatel v rámci zadávacího řízení obdržel.
50. Dospěl jsem tak k závěru, že Úřad rozhodl správně, že zadavatel svým postupem podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a byla tak naplněna rovněž i materiální stránka spáchaného správního deliktu.

K výroku II. napadeného rozhodnutí

51. Jelikož zadavatel rozkladem napadá rozhodnutí i co do výroku týkající se uložení pokuty, přezkoumal jsem také zákonnost a správnost výroku II. napadeného rozhodnutí, jímž Úřad zadavateli uložil podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 300 000 Kč.
52. Po přezkoumání správnosti napadeného rozhodnutí ve výroku II. jsem dospěl k závěru, že Úřad v napadeném rozhodnutí zcela srozumitelně a správně uvedl, z čeho při stanovení výše pokuty vycházel, přičemž nepřekročil meze správního uvážení, které mu náleží. S ohledem na výši uložené pokuty poukazují zejména na skutečnost, že Úřad mohl za spáchaný správní delikt zadavateli uložit pokutu až do výše 5 % z ceny veřejné zakázky, tj. do výše 115 768 240,83 Kč, když v daném případě uložil pokutu ve výši 300 000 Kč. Mám tedy za to, že Úřad s ohledem na ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s ust. § 121 odst. 2 zákona stanovil výši pokuty zcela v souladu se zákonem.
53. Sankci za spáchání správního deliktu lze chápat jako právní následek porušení zákona, který pro pachatele znamená určitou majetkovou újmu. Účelem jejího ukládání je působit na pachatele správního deliktu takovým způsobem, aby se již v budoucnosti nedopouštěl protiprávního jednání. Sankce má tak působit výchovně a preventivně, má však i represivní charakter, neboť do určité míry napravuje následek porušení právní povinnosti. Domnívám se, že výše uložené pokuty splňuje obě tyto funkce. Zároveň mám za to, že represivní funkce, tedy postih za porušení zákonem stanovené povinnosti byla uplatněna přiměřeně, když při maximální možné pokutě 115 768 240, 83 Kč byla tato uložena při spodní hranici možné výše, a to ve výši 300 000 Kč. Mám tedy za to, že Úřad s ohledem na ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s ust. § 121 odst. 2 zákona stanovil výši pokuty zcela v souladu se zákonem. Za takového stavu jsem neshledal odůvodnění výše uložené pokuty nepřezkoumatelným. K tomuto odkazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 14/2013 ze dne 23. 10. 2014, kde *„Soud zde považuje za nutné zdůraznit též funkci postihu; konkrétní forma postihu (pokuta) a jeho výše musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí žalobci, zároveň musí být postih dostatečně znatelný v žalobcově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro žalobce likvidačním. V opačném případě by totiž postih delikventa smysl postrádal.“*
54. Dále v souvislosti s určením výměry pokuty poukazují na nález Ústavního soudu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002. Podle výkladu uvedeného nálezu je při ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku podnikatele, v důsledku kterého by byla zničena majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Ústavní soud se v nálezu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002 zabýval ukládáním pokut právníckým a fyzickým osobám podnikajícím. Úřad přesto postupoval správně, když při stanovení výše pokuty zohlednil v bodě 92. odůvodnění napadeného rozhodnutí ekonomickou situaci zadavatele, pokud uvedl, že plánované příjmy pro rok 2016 dosahovaly výše 1 982 345 000 Kč. Proto ani ve vztahu k tomuto hospodářskému výsledku zadavatele není možné mít za to, že pokuta ve výši 300 000 Kč by vůbec mohla mít likvidační charakter a jeví se jako přiměřená.
55. Úřad přihlédl ke všemu, k čemu ve smyslu § 121 odst. 2 zákona přihlédnout měl, když posoudil jak závažnost a následky správního deliktu, způsob jeho spáchání, tak i okolnosti,

za nichž byl správní delikt spáchán, přičemž své úvahy srozumitelně odůvodnil. Současně se Úřad přezkoumatelným způsobem vypořádal i s tím, že uložená pokuta odpovídá ekonomické situaci zadavatele. Mám tak za to, že Úřad stanovil výši pokuty v souladu se zákonem a své rozhodnutí přezkoumatelným způsobem odůvodnil.

56. K námitce zadavatele, že otázka platnosti či neplatnosti subdodavatelské smlouvy je vysoce odborná a neexistuje na ni jednoduchá a rychlá odpověď, a že výše uložené pokuty tak neodpovídá míře závažného jednání zadavatele, uvádím, že odpovědnost za správní delikty je založena na objektivním principu, což znamená, že osoba, která svým jednáním naplnila znaky správního deliktu, odpovídá za škodlivý následek bez ohledu na zavinění. Zavinění coby vnitřní, psychologický vztah pachatele k jeho jednání a ke spáchanému následku je pro vznik tohoto druhu odpovědnosti irelevantní okolností. Za správní delikty se ukládá pokuta bez ohledu na formu zavinění. Skutečnost, že k porušení zákona došlo z důvodu „*vysoké odbornosti otázky platnosti či neplatnosti smluv*“, tak nemůže mít vliv na existenci odpovědnosti zadavatele za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona.
57. Rovněž tak ani skutečnost, že vybraný uchazeč předmět veřejné zakázky již zrealizoval a reálná zkušenost tedy potvrdila, že vybraný uchazeč byl natolik ekonomicky a finančně stabilní, že byl schopen předmět zakázky zrealizovat, nemůže být důvodem pro snížení uložené pokuty. Tato okolnost totiž nic nemění na tom, že zadavatel porušil postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a na veřejnou zakázku uzavřel smlouvu. Svým jednáním tak naplnil veškeré znaky spáchání správního deliktu, za který se uloží pokuta podle § 120 odst. 2 zákona.
58. V daném případě jsem z hlediska námitek obsažených v rozkladu přezkoumal věcnou správnost napadeného rozhodnutí ve výroku I. napadeného rozhodnutí ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu, když s ohledem na výše uvedené uvádím, že mimo část, u níž jsem dospěl k závěru, že jsou naplněny podmínky pro změnu výroku a odůvodnění napadeného rozhodnutí v dílčí právní otázce týkající se použité právní terminologie, jsem ve zbývajících částech napadeného rozhodnutí shledal věcně správným.
59. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem kromě věcné správnosti výroků napadeného rozhodnutí přezkoumal i jeho zákonnost a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu v řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, když napadené rozhodnutí jsem mimo část, u níž jsem dospěl k závěru, že jsou naplněny podmínky pro změnu výroku, shledal rovněž zákonným. Současně Úřad všechny podklady pro vydání napadeného rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byla naplněna skutková podstata uvedeného správního deliktu, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.
60. Závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí považuji za správné, dostatečně odůvodněné, vnitřně logicky uspořádané, vycházející z řádně zjištěného skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a rovněž vycházející ze smyslu a účelu zákona. Nebyl tak dán ani důvod pro snížení výše uložené pokuty.

Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy

61. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“).
62. Podle čl. 40 odst. 6 Listiny se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.
63. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že *„[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...). Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...). Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“*. K totožnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.
64. Podle § 83 odst. 1 ZZVZ může dodavatel prokázat určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti s výjimkou kritéria podle § 77 odst. 1 ZZVZ požadované zadavatelem prostřednictvím jiných osob. Dodavatel je v takovém případě povinen zadavateli předložit a) doklady prokazující splnění profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1 ZZVZ jinou osobou, b) doklady prokazující splnění chybějící části kvalifikace prostřednictvím jiné osoby, c) doklady o splnění základní způsobilosti podle § 74 jinou osobou a d) písemný závazek jiné osoby k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele.
65. Podle § 83 odst. 2 ZZVZ se má za to, že požadavek podle § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ je splněn, pokud obsahem písemného závazku jiné osoby je společná a nerozdílná odpovědnost této osoby za plnění veřejné zakázky společně s dodavatelem. Prokazuje-li však dodavatel prostřednictvím jiné osoby kvalifikaci a předkládá doklady podle § 79 odst. 2 písm. a), b) nebo d) vztahující se k takové osobě, musí dokument podle odstavce 1 písm. d) obsahovat závazek, že jiná osoba bude vykonávat stavební práce či služby, ke kterým se prokazované kritérium kvalifikace vztahuje.
66. Z uvedeného vyplývá, že rovněž dle pozdější právní úpravy je vybraný uchazeč, pokud hodlá určitou část ekonomické kvalifikace prokázat prostřednictvím jiné osoby, povinen zadavateli

předložit písemný závazek jiné osoby k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele. Takový písemný závazek však může být učiněn pouze osobou, která má právní subjektivitu a způsobilost k právním úkonům, tj. způsobilost k učinění takového písemného závazku.

67. Podle § 48 odst. 8 ZZVZ pak zadavatel vyloučí vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení, pokud zjistí, že jsou naplněny důvody vyloučení podle odstavce 2 nebo může prokázat naplnění důvodů podle odstavce 5 písm. a) až c).
68. Podle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nespĺňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil.
69. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikt dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kdy by zadavatel porušil § 48 odst. 8 ZZVZ ve spojení s § 83 odst. 1 ZZVZ.
70. Co se výroku II. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví výši pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ ve stejné výši jako § 120 odst. 2 zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.
71. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikt posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona. Šetřený správní delikt zadavatele naplňuje stejné znaky skutkové podstaty, přičemž i výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle ZZVZ, tak i podle zákona.

VI. Závěr

72. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro změnu napadeného rozhodnutí ve výroku I., rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
73. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu výroku II. napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu a rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Statutární město Olomouc, Horní náměstí 583, 779 00 Olomouc

Vypraveno dne:

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