



UOHSX005R94B

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R181/2013/VZ-7195/2014/310/PMo

Brno 4. dubna 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 18. 6. 2013, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 19. 6. 2013 zadavatelem –

- **Statutárním městem Olomouc**, IČ 002 99 308, se sídlem Horní Náměstí 583, 779 11 Olomouc,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 6. 2013, č. j. ÚOHS-S679/2012/VZ-10343/2013/531/AZa,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „**Štítného ulice – rekonstrukce komunikace II**“, v užším řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zahájeném odesláním oznámení o zakázce k uveřejnění do Informačního systému o veřejných zakázkách dne 21. 12. 2010, na kterou byla dne 4. 4. 2011 uzavřena smlouva o dílo se společnostmi MODOS, spol. s r.o., IČ 00576832, se sídlem Masarykova 885/34, Hodolany, 772 00 Olomouc, a STRABAG a.s., IČ 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha, které byly na základě smlouvy o sdružení ze dne 3. 1. 2011, za účelem podání společné nabídky, účastníky „Sdružení Štítného ulice“,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 6. 2013, č. j. ÚOHS-S679/2012/VZ-10343/2013/531/AZa,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Statutární město Olomouc, IČ 002 99 308, se sídlem Horní Náměstí 583, 779 11 Olomouc (dále jen „**zadavatel**“), zadal v užším řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, zahájeném odesláním oznámení o zakázce k uveřejnění do Informačního systému o veřejných zakázkách dne 21. 12. 2010, veřejnou zakázku s názvem „Štítného ulice – rekonstrukce komunikace II“ (dále jen „**veřejná zakázka**“). Formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněn dne 11. 4. 2011 pod evidenčním číslem veřejné zakázky 60054358.
2. Předmětem veřejné zakázky na stavební práce v předpokládané hodnotě 54 200 000 Kč bez DPH byla rekonstrukce komunikace ulice Štítného včetně chodníků, parkovacích zálivů, veřejného osvětlení a vegetačních úprav a vybudování nových tramvajových zastávek „vídeňského typu“ na ulici Wolkerova. Dále akce řešila rekonstrukci vodovodu a kanalizace včetně přípojek v celé ulici Štítného.
3. Zadavatel stanovil v kvalifikační dokumentaci v bodě 4.1.3. písm. b) požadavek na prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů předložením kopie účetní závěrky v plném nebo zjednodušeném rozsahu, včetně zprávy auditora, je-li zákonem uložena, sestavené k poslednímu dni předcházejícího účetního období, je-li právním řádem platným v zemi sídla nebo bydliště uchazeče stanovena. V účetní závěrce nesměl být vykázán záporný hospodářský výsledek a musely být splněny hodnoty ukazatelů vypočtených za poslední uzavřené účetní období: celková likvidita (oběžná aktiva - dlouhodobé pohledávky) / (krátkodobé závazky + běžné bankovní úvěry + krátkodobé finanční výpomoci) s limitem pro splnění kvalifikace minimálně 1,0, rentabilita vlastního kapitálu (hospodářský výsledek za

¹ Pozn.: pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

účetní období / vlastní jmění) x 100) s limitem pro splnění kvalifikace minimálně 10 %, celková zadluženost (cizí zdroje + časové rozlišení pasivní) / (celková pasiva) x 100) s limitem pro splnění kvalifikace maximálně 80 %. Ve výzvě k podání žádostí o účast v užším řízení (dále jen „výzva“) stanovil zadavatel objektivní kritéria výběru pro omezení počtu zájemců na osm: hodnota celkové zadluženosti, hodnota celkové likvidity a hodnota rentability vlastního kapitálu.

4. Z protokolu z prvního zasedání komise pro otevírání obálek a pro posouzení kvalifikace uchazečů a pro omezení počtu zájemců ze dne 14. 1. 2011 (dále jen „**protokol**“) vyplývá, že komise shledala pouze u jednoho zájemce neprokázání splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu, a to ve vztahu k ekonomickému a finančnímu kvalifikačnímu předpokladu dle § 55 odst. 1 písm. a) zákona. Komise provedla dne 19. 1. 2011 výběr zájemců pro účast v užším řízení dle objektivních kritérií. Po posouzení kvalifikace zájemců zadavatel vyzval dne 28. 1. 2013 zájemce, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídky. Dne 25. 2. 2011 provedla komise posouzení a hodnocení nabídek osmi uchazečů. Dne 9. 3. 2011 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky předložené „Sdružením Štítného ulice Olomouc“, se sídlem Masarykova 34, 772 00 Olomouc, jehož účastníky byli na základě smlouvy o sdružení uzavřené ze dne 3. 1. 2011 vedoucí účastník MODOS, spol. s r.o., IČ 005 76 832, se sídlem Masarykova 885/34, Hodolany, 772 00 Olomouc (dále jen „**MODOS**“), a ostatní účastník STRABAG a.s., IČ 608 38 744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5 (dále jen „**STRABAG**“) (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Dne 4. 4. 2011 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo (dále jen „**smlouva**“) v hodnotě 52 480 814 Kč včetně DPH.
5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) získal z předložených materiálů pochybnost o tom, zda zadavatel v daném případě postupoval v souladu se zákonem. Dne 6. 12. 2012, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo zahájeno předmětné správní řízení.

II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 6. června 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S679/2012/VZ-10343/2013/531/AZa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup dle § 60 odst. 1 zákona, neboť nevyločil z účasti v zadávacím řízení vybraného uchazeče pro nesplnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 odst. 2 zákona, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a dne 4. 4. 2011 uzavřel smlouvu. Ve výroku II. Úřad zadavateli uložil za spáchání tohoto deliktu dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 80 000 Kč.

Relevantní skutečnosti

7. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad v první řadě posuzoval, zda dodavatel jím předloženou smlouvou o subdodávce (dále jen „**subdodavatelská smlouva**“) prokázal splnění zadavatelem stanovených ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů ve smyslu ustanovení § 55 odst. 2 zákona, či nikoliv. V tomto kontextu Úřad poukázal na to, že Soudní dvůr Evropské unie (dále jen „**SD EU**“) v případech C-389/92 Ballast Nedam Groep NV proti Belgii a v případě C-176/98 Holst Italia SpA proti Comune Cagliari uvedl základní pravidlo, že v rámci prokazování kvalifikace subdodavatelem je třeba prokázat možnost

dodavatele disponovat se zdroji subdodavatele, což potvrzuje také čl. 47 odst. 3 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, které stanoví, že *„hospodářský subjekt může, je-li to nezbytné a pro určitou veřejnou zakázku, využít schopnosti jiných subjektů, bez ohledu na právní povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty. V tom případě musí veřejnému zadavateli prokázat, že bude disponovat nezbytnými prostředky, například tím, že předloží závazek těchto subjektů v tomto směru.“*

8. Následně Úřad poukázal mimo jiné na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S250/2007/VZ-20674/2007/510-če ze dne 20. 12. 2007, kde bylo konstatováno, že *„zákon umožňuje prokázat ekonomickou způsobilost i cestou podání společné nabídky, resp. využití kapacity třetích osob (subdodavatelů), pokud má dodavatel zdroje těchto třetích osob prokazatelně k dispozici, a tedy i ekonomicky slabší subjekty, mohou formou sdružení prostředků na takovouto zakázku „dosáhnout“.* Z příslušných ustanovení zákona dle Úřadu vyplývá, že prokazování kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatelů je obecně přípustné, za splnění podmínky předložení subdodavatelské smlouvy, ze které 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.
9. Úřad doplnil, že dodavatel v nabídce předložil subdodavatelskou smlouvu, čímž byla splněna příslušná podmínka, avšak v případě druhé podmínky, a to, že toto plnění bude provedeno či právo poskytnuto alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace ze subdodavatelské smlouvy, není zřejmé splnění této podmínky. Dodavatel uzavřel subdodavatelskou smlouvu dne 27. 12. 2010 s tím, že plnění bude poskytnuto v takovém rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace, a že subdodavatel poskytne podklady nutné ke splnění kvalifikačních předpokladů. Dle Úřadu bylo plnění, ke kterému se subdodavatel zavázal, realizováno ve vztahu k předmětu veřejné zakázky v rozsahu 0,40 % z celkové finanční hodnoty veřejné zakázky, přičemž ze smlouvy nevyplývá právo, se kterým mohl dodavatel disponovat. Ze závazku subdodavatele, který se podílel na realizaci veřejné zakázky ve výši 0,40 %, tak dle Úřadu nevyplývá, že by subdodavatel při požadovaných ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladech garantoval splnění veřejné zakázky. Současně ze subdodavatelské smlouvy nevyplývá, že by se subdodavatel nějakým způsobem zaručil za ekonomickou stabilitu dodavatele v případě, že by nebyl schopen plnit závazky vyplývající ze smlouvy.
10. K otázce uložení pokuty (80 000 Kč) Úřad poukázal na skutečnost, že cena veřejné zakázky činí částku 52 480 814 Kč včetně DPH s tím, že horní hranice možné pokuty činí částku ve výši 2 624 040 Kč. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl zejména k tomu, že nedodržení zákonných postupů mělo přímý vliv na zvýhodnění vybraného uchazeče, neboť zadavatel jako nejvhodnější vybral nabídku vybraného uchazeče, přičemž vybraný uchazeč neprokázal splnění stanovených ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Nedodržení zákonných postupů v souvislosti s posouzením kvalifikace tak dle Úřadu ovlivnilo výběr nejvhodnější nabídky, resp. transparentnost celého zadávacího řízení. Následkem jednání zadavatele byl stav, kdy smlouva nebyla uzavřena s některým z uchazečů, kteří kvalifikační

předpoklady zadavatele splnili – jednalo se tak o závažné porušení zákona mající podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Jako polehčující okolnost vzal Úřad v úvahu to, že zadavatel neměl úmysl zvýhodnit vybraného uchazeče tím, že ho nevyloučil ze zadávacího řízení pro neprokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů.

III. Námitky rozkladu

11. Dne 18. 6. 2013 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen dne 19. 6. 2013, tedy v zákonem stanovené lhůtě.
12. Zadavatel v první řadě uvádí, že vybraný uchazeč doložil subdodavatelskou smlouvu, dle které se subdodavatel zavázal plnit ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady ve prospěch budoucího objednatele v případě, že vybraný uchazeč veřejnou zakázku získá. Závazek je nezbytné posoudit ve vzájemném vztahu s obsahem oznámení o zakázce a s obsahem kvalifikační dokumentace, v nichž zadavatel definoval v souladu s § 55 odst. 1 a 2 zákona své požadavky na prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů.
13. Zadavatel dále uvádí, že Úřad by měl rozhodovat v souladu s předchozími rozhodnutími i při vědomí jedinečnosti každého případu, a tím přispívat k právní jistotě. V této souvislosti zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu pod č. j. S133/2/09-12235/2009/530/RPá ze dne 9. 10. 2009, v němž Úřad vyslovil závěr, že i když je předmět plnění v okamžiku uzavření smluv vymezen pouze rámcově a ze smlouvy vyplývá zřejmá vůle smluvních stran respektovat předmět plnění tak, jak bude definován v zadávacích podmínkách, pak takové vymezení předmětu závazku subdodavatele dle § 51 odst. 4 písm. b) zákona považuje Úřad za plně dostačující, poskytující zadavateli náležitý důkaz o tom, že zájemce (dodavatel) bude oprávněn disponovat plněním, věcmi nebo právy poskytnutými subdodavatelem.
14. Podle zadavatele z obsahu žádosti o účast vybraného uchazeče prokazatelně vyplývá, že splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 odst. 1 zákona prokázali společně a pouze splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladu dle § 55 odst. 2 zákona prokázali prostřednictvím subdodavatele. Na základě toho lze dovodit, že závazek subdodavatele definovaný v subdodavatelské smlouvě, a to: prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů v plném rozsahu ve prospěch budoucího objednatele, tak jak je stanoveno v zadávací dokumentaci, se vztahuje výhradně k prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 odst. 2 zákona, tedy k požadavku na ekonomickou stabilitu zájemce. Jestliže se subdodavatel zavázal k poskytnutí práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a poskytnuté/-á právo/-a se s ohledem na rozsah prokázaného splnění konkrétních ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů vztahuje výhradně k zajištění ekonomické stability dodavatele, má zadavatel za prokázané, že vybraný uchazeč splnil stanovený kvalifikační předpoklad v souladu se zákonem a požadavky zadavatele.
15. Nadto zadavatel zpochybňuje názor Úřadu obsažený v bodě 53. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož by měla subdodavatelská smlouva obsahovat např. konkrétní ručení, kterým by subdodavatel zajistil v případě potřeby ekonomickou stabilitu pro pokračování

plnění předmětu veřejné zakázky. Pokud by došlo v průběhu realizace plnění k problémům, které by měly příčinu v ekonomické nestabilitě zhotovitele díla, lze takový stav řešit opatřeními realizovanými mezi dodavatelem a subdodavatelem, jehož prostřednictvím zájemce prokázal v době podání žádosti o účast v užším řízení konkrétní část kvalifikace. V době prokazování splnění kvalifikace nelze předvídat všechny příčiny vzniku ekonomické nestability dodavatele. Názor Úřadu, že subdodavatelská smlouva má vždy obsahovat určité konkrétní řešení, by tak mohl vést k tomu, že se subdodavatel z takto sjednaného závazku vyváže s poukazem na to, že daný závazek se nevztahuje na konkrétní příčinu nestability, což by mohlo zmařit splnění předmětu veřejné zakázky.

Závěr rozkladu

16. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

17. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí postupem dle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

18. 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 napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
19. Úřad tím, že ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S679/2012/VZ-10343/2013/531/AZa ze dne 6. 6. 2013 konstatoval, že se zadavatel dopustil deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup dle § 60 odst. 1 zákona, neboť nevyločil z účasti v zadávacím řízení vybraného uchazeče pro nesplnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 odst. 2 zákona, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a dne 4. 4. 2011 uzavřel smlouvu, a dále tím, že ve výroku II. zadavateli uložil za spáchání tohoto deliktu dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 80 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

K námitkám rozkladu

20. Pokud se jedná o námitku zadavatele, v rámci které konstatuje, že závazek subdodavatele definovaný v subdodavatelské smlouvě se vztahuje výhradně k prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 odst. 2 zákona, tedy k požadavku na ekonomickou stabilitu zájemce, je třeba uvést následující. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí posuzoval především otázku prokazování ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle ustanovení § 55 odst. 2 zákona prostřednictvím subdodavatele dle § 51 odst. 4 zákona, a to zejména s ohledem na obsah subdodavatelské smlouvy. Jak jsem zjistil ze spisové dokumentace, vybraný uchazeč v nabídce předložil

subdodavatelskou smlouvu, jejímž předmětem bylo provedení postřihu živičných krytů v plném rozsahu požadovaných prací a prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů v plném rozsahu ve prospěch budoucího objednatele, tak jak je stanoveno zadávací dokumentací k plnění veřejné zakázky. Jak jsem dále zjistil ve spisové dokumentaci, plnění, ke kterému se subdodavatel zavázal (tedy provedení postřihu živičných krytů), představovalo 0,40 % z celkové finanční hodnoty veřejné zakázky. Zadavatel je povinen zkoumat obsah smlouvy dodavatele se subdodavatelem z hlediska obsahu závazku k plnění a poskytnutí věcí a práv v rozsahu, v jakém subdodavatel prokazuje splnění kvalifikace. Tento závěr vyplývá i z rozsudku SD EU C-389/92, dle něhož dodavatel, prokazující kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele, musí prokázat, že skutečně může disponovat s prostředky subdodavatele, kterými v určitém rozsahu prokazuje kvalifikaci. Z toho tedy lze dovodit, že znění subdodavatelské smlouvy či jiné smlouvy, kterým dodavatel prokazuje kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele, je z hlediska obsahu rozhodující, neboť ze smluvních ujednání musí vyplývat možnost dodavatele skutečně prostředky subdodavatele použít. Úřad tak v napadeném rozhodnutí dospěl ke správnému závěru, že pro posouzení splnění kvalifikačních předpokladů je rozhodující obsah subdodavatelské smlouvy. Se zřetelem na tuto skutečnost je proto třeba označit tvrzení zadavatele, dle něhož je třeba posuzovat obsah závazku subdodavatele ve vztahu k obsahu samotného oznámení o zakázce či ve vztahu k obsahu kvalifikační dokumentace, za irelevantní.

21. V obecné rovině je vhodné doplnit, že ustanovení § 51 odst. 4 zákona činí rozdíl od případu společné nabídky dle § 51 odst. 5 a 6 zákona, neboť nestanoví jako podmínku předložení smlouvy o prokázání společného a nerozdílného závazku vůči zadavateli. Z toho vyplývá, že postavení zadavatele vůči dodavateli, prokazujícímu kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele, je méně výhodné, neboť zadavatel se může plnění domáhat jen ve vztahu k dodavateli, a nikoliv ve vztahu k dalšímu subjektu, k subdodavateli. Jelikož zadavatel při prokazování kvalifikace subdodavatelem nemá možnost vymáhat plnění od nikoho dalšího než od dodavatele, o to větší význam má zkoumání obsahu subdodavatelské smlouvy zadavatelem, zejm. zda z předložené smlouvy závazek subdodavatele k poskytnutí plnění dodavateli přímo vyplývá, a zda dodavatel má skutečnou možnost disponovat s prostředky subdodavatele, ať se jedná o kapacity, finanční prostředky, věci, práva a podobně. S ohledem na výše uvedené se tedy nejedná o možnost dispozice, která by byla závislá na vůli třetího subjektu. Tento závazek subdodavatele ve vztahu k dodavateli totiž musí být zakotven v konkrétní smlouvě. Z toho vyplývá, že zadavatel je povinen zkoumat obsah subdodavatelské smlouvy mezi dodavatelem a subdodavatelem, prostřednictvím které dodavatel prokazuje kvalifikaci. V žádném případě tak zadavatel nemůže rezignovat na posuzování, resp. prokazování, zda dodavatel má tyto prostředky subdodavatele skutečně k dispozici, a zda závazky k jejich plnění může vymáhat, např. soudní cestou. V případě, že dodavatel prokazuje prostřednictvím subdodavatele ekonomické a finanční předpoklady, musí se prokázání této části kvalifikace promítnout v subdodavatelské smlouvě, a to ve formě určitého závazku k plnění za dodavatele. Nejde tedy pouze o formální naplnění zadavatelova požadavku na prokázání určité finanční stability dodavatele. Je třeba, aby ze subdodavatelské smlouvy bylo zřetelné, že se finanční stabilita subdodavatele v důsledku konkrétního závazku projeví v subdodavatelské smlouvě tak, že zadavatel bude mít jistotu, že dodavatel splňuje jeho požadavky na kvalifikaci rovněž fakticky, nikoliv pouze formálně.

22. Jak bylo uvedeno v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa ze dne 14. 2. 2013, potvrzené druhostupňovým rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-R54/2013/VZ-8821/2013/310/PMo/IPs ze dne 15. 5. 2013, „pokud by mělo být ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) interpretováno tak, že míra prokazování kvalifikace musí identicky odpovídat skutečnému podílu na realizaci veřejné zakázky, tak k tomu Úřad uvádí, že takový závěr by vedl k absolutní nejistotě zadavatelů posuzujících prokázání splnění kvalifikace subdodavatelem, neboť by neposkytoval odpověď, v jaké míře by měl subdodavatel plnit předmět veřejné zakázky, když prokazuje splnění všech technických kvalifikačních předpokladů. Ad absurdum by se totiž mohlo dospět k závěru, že prokazuje-li subdodavatel všechny technické kvalifikační předpoklady, měl by rovněž plnit celý předmět veřejné zakázky a účel prokazování kvalifikace subdodavately by tak byl zmařen. Ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona totiž nedává jasný návod, v jakém poměru by měly být subdodavatelem prokazovány kvalifikační předpoklady a podíl na plnění veřejné zakázky, proto je nutné k interpretaci zmíněného ustanovení přistupovat s ohledem na smysl a účel prokazování konkrétního kvalifikačního předpokladu. V případě ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů se subdodavatel nemusí podílet na plnění veřejné zakázky ani z marginální části, neboť se zavazuje garantovat ekonomickou stabilitu dodavatele a účel prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů je tak splněn – zadavatel má zaručeno, že v případě, že se dodavatel dostane do situace, že nebude schopen dostát svým závazkům, subdodavatel ho ekonomicky zajistí.“ S ohledem na výše uvedené tedy subdodavatel při prokazování ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nemá povinnost podílet se na plnění veřejné zakázky ani z marginální části, pokud se však zaváže garantovat ekonomickou stabilitu dodavatele jiným způsobem a bude tak naplněn účel prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů.
23. Jak (správně) uvedl prvostupňový orgán, v daném případě nebyl v subdodavatelské smlouvě žádným způsobem upraven závazek subdodavatele, resp. právo dodavatele, z něhož by vyplývalo, že v případě ekonomické nebo finanční nestability dodavatele ho zajistí sám subdodavatel. Podstata tohoto závazku tkví v tom, že subdodavatel splňuje požadovaný kvalifikační předpoklad stanovený zadavatelem s tím, že jej ve vztahu k zadavateli prokáže příslušnými doklady. Je zřejmé, že prostředky, kterými mohou smluvní strany v subdodavatelské smlouvě zajistit plnění vyplývající ze smlouvy, se mohou lišit podle specifických okolností daného případu. V tom kterém jednotlivém případě se může jednat o záruku ve formě bankovního ručení za úvěr dodavatele, či poskytnutí odborných pracovníků v oblasti ekonomie atd. Na základě této skutečnosti je zřejmé, že prvostupňový orgán postupoval správně a v souladu se zákonem, když se v odůvodnění napadeného rozhodnutí zabýval též otázkou podílu subdodavatele na plnění veřejné zakázky. Dodavatel tedy k prokázání ekonomických kvalifikačních předpokladů může využít subdodavatele, ale ze subdodavatelské smlouvy musí být zřejmé, jakým způsobem bude plnění tohoto kvalifikačního předpokladu zajištěno, přičemž volba prostředků takového zajištění je na dodavateli. Zadavatel tak pouze posoudí, zda jsou zvolené prostředky adekvátní.
24. Jak bylo výše uvedeno, ze subdodavatelské smlouvy nevyplývá žádný závazek, ze kterého by bylo zřejmé, že by se subdodavatel „zaručil“ za ekonomickou stabilitu dodavatele, s tím, že plnění, ke kterému by se subdodavatel zavázal, by bylo realizováno v rozsahu 0,40 %

z celkové finanční hodnoty veřejné zakázky. Na základě výše uvedeného proto nemůže obstát konstatování zadavatele, dle něhož dodavatel prokázal ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad ve smyslu ustanovení § 55 odst. 2 zákona prostřednictvím subdodavatele. Subdodavatelská smlouva neobsahovala závazek k plnění či k poskytnutí práva, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Zadavatel je povinen ze zadávacího řízení vyloučit dodavatele, který neprokázal splnění kvalifikace v souladu se zákonem, přičemž zadavateli není dána možnost úvahy, zda dodavatele vyloučit, či nikoliv. Zadavatel však v daném případě z účasti v zadávacím řízení nevyloučil dodavatele, který neprokázal splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů stanovených zadavatelem ve smyslu § 55 odst. 2 zákona, přičemž nedodržení zákonného postupu ze strany zadavatele ovlivnilo transparentnost tohoto zadávacího řízení. Úřad se zřetelem na tyto skutečnosti postupoval zcela správně a v souladu se zákonem, když v napadeném rozhodnutí konstatoval, že zadavatel měl vybraného uchazeče v souladu s ustanovením § 60 odst. 1 zákona vyloučit ze zadávacího řízení. Ani uvedené tvrzení, obsažené v rozkladu zadavatele, že vybraný uchazeč splnil stanovený kvalifikační předpoklad v souladu se zákonem a požadavky zadavatele, proto nemůže v žádném případě obstát.

25. Pokud se jedná o konstatování zadavatele, dle něhož by měl Úřad rozhodovat v souladu s předchozími rozhodnutími i při vědomí jedinečnosti každého případu, a tím přispívat k dostatečné právní jistotě všech účastníků řízení, je třeba uvést následující. Byť má Úřad na zřeteli nutnost konzistence své rozhodovací praxe, tak jednotlivé závěry uvedené v konkrétním rozhodnutí není možné aplikovat bez dalšího na všechny zdánlivě obdobné případy. Úřad vždy posuzuje každou skutečnost samostatně a s plným zohledněním širšího kontextu případu. Rozhodovací praxe Úřadu proto probíhá vždy případ od případu, neboť jen tímto postupem se Úřad vyvaruje nebezpečí její simplifikace a přílišné schematičnosti. Argumentaci zadavatele, v rámci které poukazuje na správné řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S133/2/2009/VZ, je tedy třeba označit za irelevantní v kontextu okolností daného případu.
26. Ve vztahu ke konstatování zadavatele, v rámci něhož zpochybňuje závěry Úřadu obsažené v bodě 53. odůvodnění napadeného rozhodnutí, je třeba uvést následující. V tomto bodě odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že v případě závazku mezi dodavatelem a subdodavatelem může být sjednán závazek formou smlouvy o ručení mezi subdodavatelem a dodavatelem, v níž by subdodavatel figuroval jako ručitel za případné závazky vedoucího účastníka vzniklé vůči zadavateli v souvislosti s plněním veřejné zakázky, či jiným závazkem subdodavatele s cílem zajistit pokračování plnění a úspěšné realizování předmětu veřejné zakázky. V tomto případě se jedná o pouhý příklad možného zajišťovacího závazku. V žádném případě se tedy nejedná o jedinou možnou povahu závazku subdodavatele vyplývající ze subdodavatelské smlouvy. Nadto je zřejmé, že v předmětném bodě odůvodnění napadeného rozhodnutí nebyla posuzována problematika konkrétnosti či obecnosti takového závazku. Neobstojí tedy předmětné konstatování zadavatele, dle něhož nelze v době prokazování splnění kvalifikace předvídat všechny příčiny vzniku ekonomické nestability dodavatele, a dle něhož by názor Úřadu, že subdodavatelská smlouva má vždy obsahovat určité konkrétní řešení, mohl vést k tomu, že se subdodavatel ze sjednaného závazku vyváže s poukazem na to, že se závazek nevztahuje na konkrétní příčinu nestability.

Tuto argumentaci obsaženou v rozkladu zadavatele je se zřetelem na výše uvedené nutné označit za zcela bezpředmětnou.

V. Závěr

27. 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 jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
28. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Statutární město Olomouc, Horní Náměstí 583, 779 11 Olomouc

Vypraveno dne:

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