



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci žalobce: **Statutární město Plzeň**, se sídlem Plzeň, náměstí Republiky 1/1, zastoupený Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem, Kruták & Partners, advokátní kancelář, s.r.o., se sídlem Praha 1, Politických vězňů 1272/21, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R374/2012/VZ-24778/2013/310/PMo ze dne 18.12.2013,

t a k t o :

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R374/2012/VZ-24778/2013/310/PMo ze dne 18.12.2013 **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

II. Žalovaný **je povinen** nahradit žalobci náklady řízení ve výši 13 200 Kč do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám Mgr. Tomáše Krutáka, advokáta, Kruták & Partners, advokátní kancelář, s.r.o., se sídlem Praha 1, Politických vězňů 1272/21,

III. Žalovaný **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce brojí žalobou proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R374/2012/VZ-24778/2013/310/PMo ze dne 18.12.2013, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno předchozí

prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S117/2012/VZ-22719/2012/521/SWa ze dne 30.11.2012.

I. Podstata věci

Žalovaný rozhodl, že žalobce coby zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), tím, že nedodržel postup podle § 51 odst. 4 a odst. 5 ZVZ v návaznosti na § 6 ZVZ, když v důsledku stanovení požadavku na předložení jedné účetní závěrky, z níž musí 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. Za to byla žalobci uložena podle § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ pokuta ve výši 500 000 Kč.

Tento závěr žalovaný vystavěl na argumentaci, podle níž žalobce v oznámení zadávacího řízení (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 pak žalobce tyto požadavky upřesnil tak, že pod bodem 6.2 „Účetní závěrka“ uvedl vzorec výpočtu indexu důvěryhodnosti a 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. „Zákaz diskriminace na základě právní formy“ se podle žalovaného uplatňuje nejen vůči sdružením dodavatelů podávajícím společnou nabídku (žádost o účast), nýbrž 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 – podmínkou je prokázání dispozice s předmětnými prostředky. Podle žalovaného § 51 odst. 4 ZVZ výslovně umožňuje dodavatelům (pokud nejsou schopni prokázat splnění určité části kvalifikace požadované zadavatelem dle § 50 odst. 1 písm. b/ až d/ ZVZ v plném rozsahu) prokazovat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele (s výjimkou základních kvalifikačních předpokladů a profesního kvalifikačního předpokladu dle § 54 písm. a/ ZVZ). ZVZ ve vztahu k těmto seskupením vyžaduje jako formu potvrzení prokázání dispozice s prostředky předložení smlouvy obsahující závazek subjektů (subdodavatele) poskytujících své kapacity, a to alespoň v rozsahu, v jakém prokazuje kvalifikaci za dodavatele podávajícího nabídku. V případě nabídky podané společně několika dodavateli jsou tito dle § 51 odst. 5 ZVZ oprávněni prokázat kvalifikaci všichni společně (opět s výjimkou základních kvalifikačních předpokladů a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a/ ZVZ). Pokud má být předmět veřejné zakázky plněn společně několika dodavateli, jsou veřejnému zadavateli povinni předložit současně s doklady prokazujícími splnění kvalifikačních předpokladů smlouvu, ve které je obsažen závazek, že všichni tito dodavatelé budou

vůči veřejnému zadavateli a třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou závazání společně a nerozdílně, a to po celou dobu plnění veřejné zakázky i po dobu trvání jiných závazků vyplývajících z veřejné zakázky. Obrat dosažený s ohledem na předmět veřejné zakázky není podle žalovaného poměrovým ukazatelem, nýbrž absolutní hodnotou – jedná se o samostatný ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad dle § 55 odst. 1 písm. c) ZVZ, odlišný od požadovaného kvalifikačního předpokladu „Účetní závěrka“. Žalobce podle žalovaného nejen neumožnil společné prokázání kvalifikačního předpokladu stanoveného dle § 55 odst. 2 ZVZ, nýbrž provázal jej navíc s požadavkem na prokázání specializovaného obratu dle § 55 odst. 1 písm. c) ZVZ. Žalobce 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. Jelikož ZVZ dodavatelům umožňuje prokazovat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu subdodavatelem a v případě společné nabídky podané několika dodavateli musí kvalifikaci prokázat všichni dodavatelé společně, žalovaný dospěl k závěru, že žalobce stanovil požadavek na prokázání požadovaných ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů pomocí jedné účetní závěrky v rozporu se ZVZ.

II. Shrnutí žaloby

Žalobce zpochybňuje jak závěr o tom, že se dopustil správního deliktu, tak postup žalovaného při ukládání pokuty a její výši.

Pokud jde o závěr o tom, že žalobce spáchal správní delikt porušením ZVZ, pak je-li žalobci vytýkáno, že požadoval předložení jedné účetní závěrky, ze které musí vyplývat jak hodnota indexu důvěryhodnosti, tak konkrétní hodnoty poměrových ukazatelů, jde podle žalobce o jediný smysluplný způsob, jak tímto „složeným“ kvalifikačním požadavkem omezit rizika budoucí finanční nestability. Po obsahové stránce přitom žalovaný takto nastavený kvalifikační požadavek nezpochybňuje.

Pokud jde o vztažení hodnoty indexu důvěryhodnosti i hodnoty poměrových ukazatelů k jedné účetní jednotce, pak žalobce po celou dobu správního řízení argumentoval vzájemnou neoddělitelností těchto požadavků; jeho argumentace byla vedena v tom směru, že smysl obou požadavků je dán jedině tehdy, je-li vztažen k jednomu subjektu, naopak izolovaným posuzováním splnění obou požadavků by podle žalobce nebyla plněna jejich funkce. Takto žalobce argumentuje i nyní v žalobě. K vypořádání této argumentace v napadeném rozhodnutí žalobce uvádí, že žalovaný se jí nezabýval, dokonce ji (v bodu 33. napadeného rozhodnutí) nepokládal ani za námítku proti závěrům prvostupňového rozhodnutí, formalisticky se k žalobcově argumentaci vyjadřuje v bodech 26., 27., 29. a 30. napadeného rozhodnutí, tam však za použití chybné aplikace § 51 odst. 4 a 5 ZVZ. Žalobce tedy namítá nedostatečné vypořádání jeho argumentace v rozhodnutí žalovaného a nezákonnost závěru o tom, že ZVZ porušil a že správní delikt spáchal.

Ve vztahu k uložené pokutě pak žalobce namítá, že veškerá argumentace žalovaného ohledně závažnosti a následků žalobcova jednání spočívá v obecném tvrzení, že byla porušena zásada zákazu diskriminace, čímž došlo k tomu, že mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky; tím žalovaný pouze zopakoval samotné znaky skutkové podstaty správního deliktu. Žalovaný tak opakovaně přičítal žalobci k tíži skutečnosti, které již byly určující pro naplnění znaků správního deliktu, nadto jsou nepřezkoumatelné jeho úvahy o ekonomické situaci žalobce a výše uložené pokuty neodpovídá ani dosud ukládaným pokutám v praxi žalovaného.

Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí zrušit. Na tomto svém procesním postoji setrval žalobce po celou dobu řízení před zdejší soudem.

III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

Žalovaný považuje žalobní argumentaci za nedůvodnou jak v části směřující proti závěrům ohledně spáchání správního deliktu, tak v části směřující proti uložené pokutě. V napadeném rozhodnutí se žalovaný se žalobcovými argumenty vypořádal, věcně pak žalovaný ve svém vyjádření k žalobě setrval na argumentech, na nichž založil napadené rozhodnutí.

Žalovaný navrhuje žalobu zamítnout. I žalovaný setrval na svém procesním postoji po celou dobu řízení před zdejší soudem.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Zdejší soud napadené rozhodnutí přezkoumával zásadně v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) a rozhodoval bez jednání za splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s.ř.s.

Žaloba je důvodná.

Podstata sporu mezi žalobcem a žalovaným spočívá v odlišném právním hodnocení požadavku žalobce na předložení účetní závěrky, z níž musí vyplývat hodnota indexu důvěryhodnosti (2,0) a zároveň musí být splněny zadavatelem stanovené minimální hodnoty poměrových ukazatelů. Žalobce tvrdí, že takto musely být jeho požadavky provázány z povahy věci (aby tyto požadavky na prokázání splnění kvalifikace dávaly smysl), žalovaný proti tomu argumentuje § 51 odst. 4 a 5 ZVZ a dovozuje, že žalobce tyto požadavky nemohl fakticky provázat tak, aby je mohl splnit pouze jeden subjekt na dodavatelské straně, a učinil-li tak, porušil ZVZ. Jde tedy ve své podstatě o spor o to, nakolik lze věcnou (obsahovou) povahou požadavků na prokázání splnění kvalifikace a jejich provázáním (kombinací) ve skutečnosti omezit

možnost skládání a sčítání kvalifikace tam, kde ZVZ umožňuje, aby se na prokázání splnění kvalifikace podílelo více subjektů na dodavatelské straně.

Žalobce své požadavky uplatnil coby součást požadavků na prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle ZVZ ve znění účinném do 31.3.2012 (před účinností zákona č. 55/2012 Sb.). Tento právní stav je pro posouzení věci určující (čl. II zákona č. 55/2012 Sb.).

Podle § 50 odst. 1 písm. c) ZVZ kvalifikaci splní dodavatel, který prokáže splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 ZVZ.

Podle § 55 odst. 1 ZVZ může veřejný zadavatel k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele požadovat předložení jednoho či více z těchto dokladů: a) pojistnou smlouvu, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě, b) poslední zpracovanou rozvahu podle zvláštních právních předpisů nebo určitou část takové rozvahy, nebo c) údaj o celkovém obratu dodavatele zjištěný podle zvláštních právních předpisů, popřípadě obrat dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky, a to nejvýše za poslední 3 účetní období; jestliže dodavatel vznikl později nebo prokazatelně zahájil činnost vztahující se k předmětu veřejné zakázky později, postačí, předloží-li údaje o svém obratu za všechna účetní období od svého vzniku nebo od zahájení příslušné činnosti. Podle § 55 odst. 2 ZVZ je veřejný zadavatel oprávněn požadovat vedle dokladů podle § 55 odst. 1 ZVZ rovněž jiné doklady prokazující splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele. Podle § 55 odst. 3 ZVZ je veřejný zadavatel ve vztahu k ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení a) stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů, b) uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a c) vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.

Podle § 51 odst. 4 ZVZ pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) ZVZ v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit a) doklady prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. j) ZVZ a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) ZVZ subdodavatelem a b) 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) až d) ZVZ. Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a) ZVZ.

Podle § 51 odst. 5 ZVZ má-li být předmět veřejné zakázky plněn několika dodavateli společně a za tímto účelem podávají či hodlají podat společnou nabídku, je každý z dodavatelů povinen prokázat splnění základních kvalifikačních předpokladů podle § 50 odst. 1 písm. a) ZVZ a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) ZVZ v plném rozsahu. Splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) ZVZ musí prokázat všichni dodavatelé společně. V případě prokazování splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele se § 51 odst. 4 ZVZ použije obdobně. Podle § 51 odst. 6 ZVZ v případě, že má být předmět veřejné zakázky plněn podle § 51 odst. 5 ZVZ společně několika dodavateli, jsou veřejnému zadavateli povinni předložit současně s doklady prokazujícími splnění kvalifikačních předpokladů smlouvu, ve které je obsažen závazek, že všichni tito dodavatelé budou vůči veřejnému zadavateli a třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou zavázáni společně a nerozdílně, a to po celou dobu plnění veřejné zakázky i po dobu trvání jiných závazků vyplývajících z veřejné zakázky.

Ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady tedy může splnit (a jejich splnění zadavateli prokázat) dodavatel podávající nabídku sám nebo společně se subdodavatelem (popř. více subdodavateli) anebo společně s jiným dodavatelem (popř. s více jinými dodavateli), podává-li společnou nabídku.

Z bodu III.2.2) oznámení zadávacího řízení (oznámení o zakázce) mimo jiné vyplývá, že požadavky na prokázání ekonomické a finanční způsobilosti dodavatelů budou podrobně vymezeny v kvalifikační dokumentaci, mimo jiné se požaduje účetní závěrka, v níž (platí současně) musí být splněna hodnota indexu důvěryhodnosti (2,0) a současně musí být splněny minimální hodnoty poměrových ukazatelů uvedené v kvalifikační dokumentaci.

Z bodu 6.2 kvalifikační dokumentace pak mimo jiné plyne, že uchazeč prokáže tento kvalifikační předpoklad předložením účetní závěrky v plném rozsahu, včetně zprávy auditora, je-li zákonem uložena, sestavenou k poslednímu dni předcházejícího účetního období, je-li právním řádem platným v zemi sídla nebo bydliště uchazeče stanovena, přitom ke splnění kvalifikace je požadováno, aby v předložené účetní závěrce (výslovně má platit současně) byla splněna uvedená hodnota indexu důvěryhodnosti (2,0) podle tam uvedené specifikace a současně byly splněny tam uvedené minimální hodnoty poměrových ukazatelů Běžná likvidita (index IN 01), Běžná likvidita (Oběžná aktiva / Krátkodobé závazky), Celková zadluženost (Celkové dluhy / Celková aktiva) x 100, Obrat ve stavební výrobě. Uchazeči jsou povinni index důvěryhodnosti a poměrové ukazatele sami vypočítat a tento výpočet musí být na důkaz správnosti potvrzen řádným auditorem.

Jestliže žalovaný z právě uvedeného učinil zjištění, že žalobce pro prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů požadoval předložení jedné účetní závěrky, z níž měla vyplývat hodnota indexu důvěryhodnosti 2,0 a současně měly být splněny minimální hodnoty poměrových ukazatelů, přitom přesně 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, pak jde o skutková zjištění správná, která ostatně ani žalobce nezpochybňuje. Se žalovaným lze nadto souhlasit i v tom, že požadavek na předložení účetní závěrky není požadavkem podle § 55 odst. 1 písm. b) ZVZ, nýbrž podle § 55 odst. 2 ZVZ, neboť rozvaha je pouze jedním z výkazů, ze kterých sestává účetní závěrka. Ani to žalobce nezpochybňuje a není to ostatně v nyní posuzované věci ani podstatné; i požadavek podle § 55 odst. 2 ZVZ je požadavkem v rámci prokazování splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, ohledně způsobu jejichž prokazování ve vztahu k § 55 odst. 1 ZVZ na straně jedné a k § 55 odst. 2 ZVZ na straně druhé nečiní ZVZ ani v § 51 odst. 4 ZVZ, ani v § 51 odst. 5 ZVZ rozdíly. Sporné je tedy výlučně právní hodnocení takto zjištěného skutkového stavu.

Jestliže žalovaný uvádí, že účelem a smyslem stanovení ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů je (resp. v době účinnosti § 55 ZVZ bylo) prokázání ekonomické způsobilosti dodavatele k realizaci veřejné zakázky a že splnění minimálních předpokladů ekonomické a finanční způsobilosti dodavatelů by mělo zajistit, aby se zadávacího řízení účastnili takoví dodavatelé, kteří disponují ekonomickou a finanční silou, která je dostatečná k tomu, aby byla veřejná zakázka řádně plněna, jde o východisko správné. Právní názor, na němž posléze žalovaný vystavěl svoji argumentaci o porušení ZVZ žalobcem, však toto východisko nerespektuje.

Stejně tak zdejší soud sdílí názor žalovaného na to, že tato kvalifikace (v rozsahu ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů) může být splněna (a její splnění prokázáno) jedním dodavatelem či více dodavateli při podávání společné nabídky nebo prostřednictvím subdodavatele (§ 51 odst. 4 a 5 ZVZ), tedy že každý hospodářský subjekt ucházející se o získání veřejné zakázky může, je-li to nezbytné pro určitou zakázku, využít schopnosti jiných subjektů, bez ohledu na právní povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty, a v tomto směru (ve vztahu k ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům formálně podle § 51 odst. 4 a 5 ZVZ bez výjimky) musí být takovému ekonomickému subjektu umožněno zadavateli prokázat, že bude disponovat nezbytnými prostředky buď výlučně svými (podává-li nabídku sám a nehodlá-li využít subdodavatelů) nebo společně s jinými subjekty (podává-li společnou nabídku nebo hodlá-li využít subdodavatelů). Formálně (a zásadně) tedy platí, že při prokazování splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů lze dodavatelem využít kvalifikace i jiných subjektů, pokud dodavatel prokáže, že bude moci s jejich prostředky reálně disponovat.

Některé kvalifikační předpoklady však svojí povahou vyvolávají nutnost splnit je (a jejich splnění prokázat) vždy jedním subjektem (dodavatelem). Ilustrovat to lze dobře kupř. na požadavku zadavatele na předložení pojistné smlouvy, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě (jde – resp. podle právního stavu na věc aplikovatelného šlo – o ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad podle § 55 odst. 1 písm. a) ZVZ); jestliže kupř.

zadavatel vyžaduje pojištění v pojistné částce 100 milionů Kč, kvality takového kvalifikačního předpokladu, jíž zadavatel zamýšlí dosáhnout, nemůže být bez dalšího dosaženo předložením dvou pojistných smluv (kupř. dodavatelem a jeho subdodavatelem), každé v pojistné částce 50 milionů Kč; pojistného krytí ve výši požadované zadavatelem, tj. 100 milionů Kč, by tím nemuselo být dosaženo.

Obdobně je to s jinými kvalifikačními předpoklady, a zvláště pak právě ekonomickými a finančními, jejichž povaha fakticky neumožňuje rozmělnění požadavku zadavatele mezi více subjektů na straně dodavatele, neboť jeho výsledné kvality z pohledu zadavatele by se takto nedosáhlo. Jsou-li požadavky na prokázání splnění kvalifikace stanovené zadavatelem přiměřené (v případě kvalifikace finanční a ekonomické v souladu s § 55 odst. 3 písm. c/ ZVZ), pak při úvahách ohledně možnosti skládání či sčítání kvalifikace prokazované více subjekty na straně dodavatele je třeba zkoumat, zda výsledná kvalifikace (takto složená či sečtená) v rámci konkrétního požadavku zadavatele může vykazovat stejnou kvalitu, jakou by vykazovala při jejím prokazování jedním subjektem (dodavatelem). Nebylo-li by tomu tak, potom by smysl prokazování kvalifikace byl popřen; kvalifikace by po jejím složení či sečtení byla totiž prokazována pouze formálně, v případě ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů by reálně nevyjadřovala ekonomickou a finanční sílu dodavatele, která je podle zadavatele dostatečná k tomu, aby byla veřejná zakázka řádně splněna.

S ohledem na právě uvedené, jestliže v nyní posuzované věci žalovaný žalobci nevytknul kumulaci požadavků na hodnotu indexu důvěryhodnosti a zároveň na minimální hodnoty poměrových ukazatelů, tedy tyto požadavky žalovaný nepokládal za rozporné především s § 55 odst. 3 písm. c) ZVZ, je tedy třeba zabývat se tím, 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 z povahy věci musí být tento požadavek splněn jedním subjektem (dodavatelem). Závěr musí být založen nikoli na formální aplikaci § 51 odst. 4 a 5 ZVZ, při níž by nikdy nemohl být ve vztahu k ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům ze strany zadavatele uplatněn požadavek, jenž je z povahy věci splnitelný vždy pouze jedním subjektem (dodavatelem), nýbrž na posouzení smysluplnosti (popř. dokonce jediné možnosti) provázání více dílčích požadavků z pohledu legitimacy cíle, jehož zadavatel hodlá kumulativním uplatněním jednotlivých dílčích požadavků dosáhnout. Výklad ZVZ nemůže směřovat k tomu, aby se z požadavků zadavatele na prokázání splnění kvalifikace stal nástroj „bezzubý“, jenž by smysl požadavků na prokázání splnění kvalifikace v zadávacích řízeních popíral.

Požadoval-li žalobce, aby dodavatelé prokazovali splnění vybraných ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů pomocí jedné účetní závěrky, přitom přiměřenost (a tím ani legitimita) žádného z těchto požadavků žalobce nebyla žalovaným zpochybněna, pak sám fakt akcentovaný žalovaným v bodu 33. prvostupňového rozhodnutí, že dodavatelé byli postaveni do situace, kdy neměli možnost prokázat společně (tu v rámci společné žádosti o účast) nebo společně se

subdodavatelem či subdodavatelí 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 obrát ve stavební výrobě, nemusí automaticky znamenat porušení ZVZ. Nemusí jím být ani znemožnění společného prokázání splnění kvalifikačního předpokladu stanoveného podle § 55 odst. 2 ZVZ, ani provázání s požadavkem na prokázání specializovaného obrátu podle § 55 odst. 1 písm. c) ZVZ. Za situace, kdy přiměřenost (a tím ani legitimita) žádného z těchto požadavků žalobce nebyla žalovaným věcně zpochybněna, jak shora uvedeno, je nutné zabývat se účelem takto provázaných požadavků.

Aby obstál závěr žalovaného, že žalobce omezil možnost dodavatelů prokázat uvedený (provázaný) požadavek společně se subdodavatelí nebo společně v rámci společné žádosti o účast, a aby bylo možno dovodit, že tento postup žalobce mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (obojí musí být splněno, aby mohl obstát závěr, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a/ ZVZ), muselo by se jednat o požadavek, který by společně více subjekty na dodavatelské straně byl vůbec splnitelný. Pak by musela být vyvrácena argumentace žalobce, že pouze takto provázaný požadavek má z pohledu vyjádření ekonomické a finanční síly dodavatele, která je dostatečná k tomu, aby byla veřejná zakázka řádně splněna, význam a smysl (nebylo-li by dovozeno, že tento požadavek je požadavkem nepřiměřeným).

Argumentoval-li žalobce ve správním řízení tak, že umožněním prokazování splnění požadavků na jednotlivé ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady podle bodu 6.2 kvalifikační dokumentace společně více subjekty na straně dodavatele, tedy jejich „izolovaným“ prokazováním, by tyto požadavky ztratily na významu, neboť smysl mají jen tehdy, jsou-li prokazovány jedním subjektem, žalovaný na to reagoval (v bodu 36. prvostupňového rozhodnutí) pouze argumentem, podle něhož umožňuje-li ZVZ společné prokazování kvalifikace v rámci společné nabídky (společné žádosti o účast) či pomocí subdodavatelů, pak v zadávacích podmínkách není možné spojovat jednotlivé kvalifikační předpoklady v jeden celek a požadovat, aby byly souhrnně prokázány jedním dodavatelem. Povahou požadavků žalobce se tedy žalovaný ve skutečnosti nezabýval. K obdobnému rozkladovému argumentu žalobce (tj. že kvalifikační předpoklad ve smyslu bodu 6.2 kvalifikační dokumentace je nedělitelný v tom ohledu, že dává smysl pouze za předpokladu, kdy je jako celek vztahován k jedinému subjektu), pak žalovaný v bodech 24. a 25. napadeného (druhostupňového) rozhodnutí pouze odcitoval z kvalifikační dokumentace a v navazujícím bodu 26. napadeného rozhodnutí znovu zopakoval, že § 51 odst. 4 a 5 ZVZ dodavatelům umožňuje prokazovat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele s tím, že v případě společné nabídky podané několika dodavateli musí kvalifikaci prokázat všichni dodavatelé společně a že tento fakt žalobce nemůže jakkoliv zpochybnit, přičemž jeho konstatování, že kvalifikační předpoklad dle bodu 6.2 kvalifikační dokumentace dává smysl pouze tehdy, pokud je (jako celek) vztahován k jedinému subjektu, v žádném případě neobstojí. I zde tedy argument žalobce byl žalovaným vypořádán toliko formálním odkazem na možnost

skládání a sčítání kvalifikace podle § 51 odst. 4 a 5 ZVZ a povahou žalobcových požadavků, resp. nutností je aplikovat pouze jako požadavky provázané, se věcně nezabýval. To pak žalovaný dále opakoval v různých formulačních obměnách v navazujících bodech napadeného rozhodnutí, i zde výlučně s formálními odkazy na ZVZ.

K rozkladovému argumentu žalobce, že smyslem takto složeného kvalifikačního předpokladu bylo omezení rizika budoucí finanční nestability vybraného uchazeče s tím, že žalobce trval na tom, aby příslušné parametry (tedy hodnota indexu důvěryhodnosti i hodnoty poměrových ukazatelů) byly vztaženy k jediné účetní jednotce, žalovaný (v bodu 29. napadeného rozhodnutí) poukázal na § 44 odst. 6 ZVZ, podle něhož si zadavatel v zadávací dokumentaci může vyhradit, aby určitá část plnění předmětu veřejné zakázky byla vždy plněna dodavatelem, který podal nabídku, resp. že určitá část nesmí být plněna subdodavatelem, zadavatel však nesmí zcela vyloučit možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele. Z argumentace žalobce ohledně důvodů takto nastaveného požadavku ani ze samotného bodu 6.2 kvalifikační dokumentace ovšem neplyne, že by žalobce zamýšlel (byť skrytě) omezit subdodavatelské plnění, pouze argumentoval tak, že rozmělnění těchto požadavků na více subjektů by popřelo jejich smysl. To, že dodavatelé byli kumulací požadavků podle bodu 6.2 kvalifikační dokumentace nuceni k tomu, aby je prokázal pouze jeden dodavatel, bez dalšího neznamena vyloučení částečného subdodavatelského plnění, a proto protiargumentace žalovaného v tomto směru není případná.

Stejně tak na klíčový žalobcův argument ohledně smyslu takto složeného kvalifikačního předpokladu v důsledku provázání požadavků nereagují úvahy žalovaného obsažené v bodech 30. až 32. napadeného rozhodnutí, podle nichž obrat (dosažený s ohledem na předmět veřejné zakázky) není poměrovým ukazatelem, nýbrž absolutní hodnotou, a tedy se jedná o samostatný ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad odlišný od kvalifikačního předpokladu „účetní závěrka“. Podstatou žalobcovy obrany proti podezření ze spáchání správního deliktu porušením ZVZ nebylo tvrzení, že by se jednalo o jeden požadavek (podřaditelný pod jedno ustanovení § 55 ZVZ), nýbrž že nejde ve vztahu k subjektům, jež jeho splnění mají prokazovat, svojí povahou o požadavek dělitelný. Závěr žalovaného, že za situace, kdy zákonodárce zařadil jednotlivé kvalifikační předpoklady pod různá ustanovení ZVZ, nelze v žádném případě přisvědčit argumentaci žalobce, podle které lze předmětný kvalifikační předpoklad označit za předpoklad souhrnný a nedělitelný, tedy rovněž argumentaci žalobce nevypovídá, opírá-li se pouze o nepřípustnost spojení jednotlivých kvalifikačních předpokladů v jeden celek a nepřípustnost zadavatelova požadavku, aby byly souhrnně prokázány pouze jedním dodavatelem (tedy jediným subjektem), s odkazem na § 51 odst. 4 a 5 ZVZ.

Argumentace žalobce, že ekonomickou kondici dodavatele nevylepší sdružení s dodavatelem či angažování subdodavatele vykazujícího nízkou zadluženost, ale vyvíjejícího pouze limitovanou činnost, k čemuž jeho požadavek ve skutečnosti směřoval, je základním věcným důvodem, o který žalobce provázání požadavků opíral

a kterým se proti prvostupňovému rozhodnutí bránil; byl to tedy rozkladový argument přímo mířící na závěr obsažený ve výroku prvostupňového rozhodnutí, který v bodu 33. napadeného rozhodnutí (stejně jako jinde v napadeném rozhodnutí) zůstal bez odezvy. Ze řádného vypořádání právě této argumentace by přitom závěr o míře nutné provázanosti a logice provázání žalobcových požadavků mohl dobře, přesvědčivě a srozumitelně vyplynout.

Lze tedy shrnout, že žalovaný vystavěl svoji argumentaci výlučně na zákonem předvídané možnosti společného prokazování kvalifikace v rámci ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, jež plyne z § 51 odst. 4 a 5 ZVZ, a na popření této možnosti postupem žalobce. Argumentace nezbytností provázání požadavků, jež z nich v tomto konkrétním případě činí jediné a nedělitelné kritérium, jak argumentoval žalobce, což mělo v posuzované věci podle žalobce vylučovat mechanickou aplikaci § 51 odst. 4 a 5 ZVZ, věcně vypořádána nebyla.

Na straně jedné ZVZ umožňuje skládání a sčítání kvalifikace, formálně ve vztahu k prokazování splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů bez výjimky (§ 51 odst. 4 a 5 ZVZ). Na straně druhé však v rámci požadavků zadavatele na prokázání kvalifikace (ekonomické a finanční) přicházejí v úvahu takové požadavky zadavatele, které, je-li jejich uplatnění v souladu s § 55 odst. 3 písm. c) ZVZ, jsou z povahy věci splnitelné vždy pouze jedním subjektem na dodavatelské straně (tak, jak to o nich v nyní posuzované věci tvrdí žalobce), což skutečně může mechanickou aplikaci § 51 odst. 4 a 5 ZVZ vylučovat. Je-li v nyní posuzované věci mezi žalobcem a žalovaným nesporné, že žalobce některé požadavky na prokázání kvalifikace v rámci ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů vzájemně provázal, pak v úvahu přichází dvojí hodnocení takového postupu: buď lze bez ohledu na charakter takových požadavků a bez ohledu na smysl institutu prokazování kvalifikace vycházet z formální aplikace § 51 odst. 4 a 5 ZVZ, tedy konkrétně dovozovat, že veškeré požadavky na prokázání kvalifikace (v rámci ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů) musí být vždy nastaveny tak, aby je bylo možno složit či sečíst (přispěním více subjektů na dodavatelské straně), což je hodnocení, jaké učinil žalovaný, anebo lze naopak s přihlédnutím k samotnému smyslu institutu prokazování splnění kvalifikace a k účelu, k němuž konkrétní požadavek zadavatele směřuje, zvolit výklad, který za rozmanitých skutkových okolností umožní rozumný a smysluplný výklad práva, v daném případě ZVZ, tedy dovozovat, že skládat a sčítat kvalifikaci má smyslu jen tam, kde je to dáno povahou konkrétního (jinak samozřejmě zákonem předvídaného) požadavku na kvalifikaci.

Přestože zdejší soud uznává, že všechna zadávací řízení vykazují znaky formalismu (byť s ohledem na zvolený druh zadávacího řízení v odlišné míře), což se nutně musí projevit i při aplikaci ZVZ, každý formalistický výklad musí mít své nepřekročitelné hranice, jež rozumný a smysluplný výklad práva ještě umožní. Předpisy upravující postupy zadavatelů v zadávacích řízeních je nutno vykládat takovým způsobem, aby jednotlivé instituty upravené ZVZ byly v praxi aplikovatelné v souladu s jejich smyslem. Jsou-li k dispozici dva možné výklady, je třeba volit takový, který se tomuto způsobu aplikace nejvíce přiblíží. Stojí-li tedy proti sobě shora

uvedené dvě možnosti hodnocení žalobcovu postupu, zdejší soud se kloní ke druhé z obou možností hodnocení, a to tím spíše za situace, kdy se výsledek hodnocení promítne v závěru o tom, zda se žalobce dopustil správního deliktu či nikoli.

Z právě uvedeného zdejší soud dovozuje, že žalovanému nelze dát zapravdu v tom, že by v případě požadavků na prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 ZVZ, které mohou být podle ZVZ prokazovány společně více subjekty na dodavatelské straně podle § 51 odst. 4 a 5 ZVZ, nemohly v úvahu přicházet takové požadavky či jejich kombinace, jež by svojí povahou byly nutně splnitelné jako celek pouze jedním subjektem (dodavatelem). Ve formalistickém výkladu § 51 odst. 4 a 5 ZVZ abstrahujícím od zkoumání věcné (obsahové) náplně žalobcových požadavků na prokázání splnění kvalifikace zdejší soud spatřuje nesprávnou aplikaci těchto ustanovení na zjištěný skutkový stav, což vede k nezákonnosti, jež se následně promítla ve faktickém nevypořádání žalobcových argumentů ve vztahu k nutnosti provázání požadavků na předložení účetní závěrky, z níž musí vyplývat hodnota indexu důvěryhodnosti a zároveň musí být splněny zadavatelem stanovené minimální hodnoty poměrových ukazatelů, což vede k dílčí nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí.

Zdejší soud tedy v nosné argumentaci souhlasí se žalobcem. Proto je žaloba důvodná a zdejší soud podle § 78 odst. 1 s.ř.s. napadené rozhodnutí zrušil a věc podle § 78 odst. 4 s.ř.s. vrátil žalovanému k dalšímu řízení. V něm se bude žalovaný s respektováním shora uvedeného právního názoru zdejšího soudu zabývat věcnou podstatou žalobcových argumentů k nutnému provázání požadavků na hodnotu indexu důvěryhodnosti a na hodnoty poměrových ukazatelů. Hodlá-li žalovaný v dalším řízení setrvat na svém závěru, že žalobce ZVZ porušil (a tím se dopustil správního deliktu), bude jej muset opřít o vyvrácení žalobcovy argumentace ohledně nutnosti provázání shora uvedených požadavků na prokázání splnění kvalifikace podle čl. 6.2 kvalifikační dokumentace. Případné zrušení prvostupňového rozhodnutí a vrácení věci do prvního stupně správního řízení závisí nyní na procesní úvaze předsedy žalovaného.

Za tohoto stavu je nadbytečné zabývat se žalobcovou argumentací ve vztahu k uložené pokutě.

V. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce byl ve věci úspěšný, proto mu náleží právo na náhradu nákladů řízení proti žalovanému, který toto právo proti žalobci nemá.

Podle obsahu spisu za důvodně vynaložené náklady žalobce zdejší soud pokládá náklady na zaplacený soudní poplatek (3 000 Kč) a na právní zastoupení – tři úkony právní služby podle § 11 odst. 1 písm. a) a d) vyhlášky Ministerstva spravedlnosti č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, společně se třemi režijními paušály podle § 13 odst. 3 téže vyhlášky (převzetí a příprava zastoupení, podání žaloby a podání repliky), tj. 3 x 3 100 Kč + 3 x 300 Kč, celkem ve výši 10 200 Kč. Celkově tedy žalobci proti

žalovanému byla přiznána náhrada ve výši 13 200 Kč. K jejímu zaplacení k rukám zástupce žalobce byla žalovanému stanovena přiměřená lhůta.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejblíže následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 2. září 2015

David Raus
předseda senátu