



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. a Mgr. Petra Šebka v právní věci žalobce: **EUROVIA CS, a.s.**, se sídlem Praha 1, Národní 10, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, za účasti: **Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost**, se sídlem Praha 9, Sokolovská 217/42, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.5.2013, č.j. ÚOHS-R54/2013/VZ-8821/2013/310/PMo/IPs,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.5.2013, č.j. ÚOHS-R54/2013/VZ-8821/2013/310/PMo/IPs, se **zrušuje** a věc se **vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14.2.2013, č.j. ÚOHS-S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa se **zrušuje**.
- III. Žalovaný **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- IV. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 3 000 Kč do patnácti dnů od právní moci tohoto rozsudku.
- V. Osoba zúčastněná na řízení **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 ze dne 15.5.2013, č.j. ÚOHS-R54/2013/VZ-8821/2013/310/PMo/IPs, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14.2.2013, č.j. ÚOHS-S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa.

I. Podstata věci

Zadavatel (Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost) zadával nadlimitní veřejnou zakázku „RTT Poděbradská“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 6. 4. 2012 pod ev. č. 213366 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 18. 4. 2012 pod ev. č. 2012/S 75-124038.

Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel 7 nabídek. Z protokolu o posouzení kvalifikace dodavatelů ze dne 14. 6. 2012 vyplývá, že hodnotící komise doporučila vyloučit uchazeče HOCHTIEF CZ a.s., neboť tento uchazeč neprokázal splnění požadovaných kvalifikačních předpokladů. Z protokolu z 2. jednání hodnotící komise ze dne 14. 6. 2012 pak vyplývá, že hodnotící komise doporučila jako nejvhodnější vybrat nabídku žalobce. Rozhodnutím ze dne 20. 6. 2012 zadavatel rozhodl o vyloučení uchazeče HOCHTIEF CZ a.s. ze zadávacího řízení a rozhodnutím z téhož dne pak zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky; touto nabídkou byla nabídka žalobce. Vyloučený uchazeč HOCHTIEF CZ a.s. podal proti svému vyloučení námitky, kterým zadavatel vyhověl – zrušil rozhodnutí o vyloučení i rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Proti tomuto rozhodnutí zadavatele podal námitky žalobce, kterým zadavatel nevyhověl; zadavatel dospěl k závěru, že uchazeč HOCHTIEF CZ a.s. splnění kvalifikace prokázal. Žalobce podal následně návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k žalovanému.

Podle argumentace žalobce, jež byla obsažena v jeho návrhu, uchazeč HOCHTIEF CZ a.s. neprokázal splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle bodu 9.4 zadávací dokumentace, neboť splnění tohoto kvalifikačního předpokladu v plném rozsahu prokázal prostřednictvím subdodavatele SWIETELSKY, přičemž podíl subdodavatele na plnění veřejné zakázky je v nabídce uchazeče HOCHTIEF CZ a.s. uveden pouze ve výši 9 %.

Uvedený subdodavatel dále „za uchazeče HOCHTIEF CZ a.s.“ v plném rozsahu prokázal i splnění technických kvalifikačních předpokladů dle bodu 9.5.1 zadávací dokumentace, podle kterého měli uchazeči doložit seznam stavebních prací provedených za posledních pět let – nejméně dvě dokončené rekonstrukce nebo novostavby tramvajových tratí vč. kolejových konstrukcí s investičními náklady min. 120 mil. Kč a minimálně jednu dokončenou rekonstrukci nebo novostavbu tramvajové

trati s minimální délkou 1,5 km bezстыkové koleje na pražcích (tj. 750 m obousměrné TT nebo 1500 m jednosměrné TT). Ani tuto část kvalifikace nemohl uchazeč HOCHTIEF CZ a.s. v plném rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele, neboť podíl subdodavatele na plnění veřejné zakázky měl být podle nabídky uchazeče HOCHTIEF CZ a.s. pouze ve výši 9 %.

Subdodavatel SWIETELSKY rovněž „za uchazeče HOCHTIEF CZ a.s.“ prokazoval splnění technických kvalifikačních předpokladů podle bodu 9.5.2 zadávací dokumentace, tj. osvědčení o vzdělání a profesní kvalifikaci klíčového člena č. 4 – přípravaře stavby, a přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední tři roky. Zadávatel v zadávací dokumentaci stanovil, že průměrný počet vymezených osob musí ve všech sledovaných letech činit alespoň 100 osob a průměrný počet vymezených osob s postavením vedoucího zaměstnance musí ve všech sledovaných letech činit alespoň 15 osob. Závazek tohoto subdodavatele obsažený ve smlouvě o spolupráci na veřejné zakázce uzavřené mezi uchazečem HOCHTIEF CZ a.s. a uvedeným subdodavatelem byl podle žalobce z důvodu neurčitosti uzavřen neplatně – není konkrétním závazkem subdodavatele, k jehož plnění by se podpisem smlouvy zavázal.

Žalovaný však žalobcův návrh zamítl podle § 118 odst. 5 písm. a) ZVZ, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 ZVZ.

Proti tomuto závěru žalobce podává žalobu ke zdejšímu soudu.

II. Shrnutí žaloby

Žalobce argumentuje, že splnění kvalifikace nemohlo být uchazečem HOCHTIEF CZ a.s. prokazováno prostřednictvím jeho subdodavatele, neboť závazek ze subdodavatelské smlouvy je podán natolik neurčitě, že z něj nelze seznat, v jakém rozsahu (podílu) se má subdodavatel na realizaci veřejné zakázky podílet. Nebylo možno „skládat“ obraty uchazeče a jeho subdodavatele v rámci prokazování splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, nebylo možno v plném rozsahu „za uchazeče“ prokazovat ani zadavatelem požadovaná referenční plnění v minulosti, ani odbornost klíčových členů realizačního týmu ani osob podílejících se na realizaci veřejné zakázky. Žalovaný se podle žalobce s jeho argumentací vypořádal zčásti nepřezkoumatelně (nevypořádal ji zcela) a zčásti nezákonně. Závěry žalovaného nerespektují ani jeho předchozí rozhodovací praxi.

Žalobce se tedy ze shora shrnutých důvodů, v žalobě podrobně argumentovaných, domáhá zrušení napadeného i jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí a vrácení věci žalovaného k dalšímu řízení. Žalobce na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem.

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný považuje žalobu za nedůvodnou a setrvává na svých závěrech, které prezentoval v napadeném rozhodnutí, které shrnuje a na které zčásti odkazuje. Žalovaný navrhuje žalobu jako nedůvodnou zamítnout. I žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před zdejším soudem.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů – „s.ř.s.“) a včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (§ 65, § 68, § 70 s.ř.s.).

O žalobě soud rozhodoval bez jednání za splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s.ř.s., přitom dospěl k závěru, že žaloba je důvodná (§ 78 odst. 1 s.ř.s.).

Na postup zadavatele se aplikuje zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění do 31.3.2012, tj. před účinností zákona č. 55/2012 Sb. (dále jen „ZVZ“), neboť zadávací řízení bylo zahájeno odesláním oznámení k uveřejnění dne 27.3.2012 (§ 26 odst. 1 písm. a/ ZVZ).

Podle § 50 odst. 1 ZVZ kvalifikaci splní dodavatel, který prokáže splnění a) základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 ZVZ, b) profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 ZVZ, c) ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 ZVZ a d) technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 ZVZ.

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.

Uchazeč HOCHTIEF CZ a.s. prokazoval část své kvalifikace prostřednictvím svého subdodavatele (SWIETELSKY); konkrétně v rámci ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů zadavatelem požadovaný obrat na plněních (stavbách) obdobného charakteru (bod 9.4.3. zadávací dokumentace) a v rámci technických

kvalifikačních předpokladů zadavatelem požadovaná referenční plnění (stavby) obdobného charakteru v minulosti (bod 9.5.1. zadávací dokumentace), počty osob podílejících se v minulosti na plněních (stavbách) obdobného charakteru (bod 9.5.3. zadávací dokumentace) a odbornost klíčového člena realizačního týmu – klíčový člen č. 4 „přípravář stavby“ (bod 9.5.2. zadávací dokumentace).

Uchazeč HOCHTIEF CZ a.s. v seznamu subdodavatelů uvedl podíl subdodavatele SWIETELSKY na plnění veřejné zakázky ve výši 9 %. Pokud jde o tento údaj, jak byl uveden v seznamu subdodavatelů v rámci nabídky uchazeče HOCHTIEF CZ a.s., jeho uvedením nepochybně povinnost uchazeče podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ splněna být nemohla.

Pokud jde o samotnou smlouvu, jež byla uchazečem HOCHTIEF CZ a.s. předložena, pak z části 6. Protokolu o posouzení kvalifikace dodavatelů ze dne 8.6.2012 ve vztahu ke kvalifikaci prokazované tímto uchazečem plyne, že „...*Ze smluvního ujednání se subdodavatelem vyplývá, že subdodavatel bude poskytovat plnění v takovém rozsahu, v jakém prokazuje kvalifikaci...*“.

Ze Smlouvy o spolupráci na veřejné zakázce uzavřené dne 24.5.2012 mezi HOCHTIEF CZ a.s. jako dodavatelem a SWIETELSKY Baugesellschaft m.b.H. jako subdodavatelem plyne, že „...*Předmětem smlouvy je závazek smluvních stran podílet se společně na plnění veřejné zakázky „RTT Poděbradská“... (čl. 1 odst. 1 smlouvy). Smluvní strany mohou upravit bližší podmínky vztahující se ke způsobu plnění veřejné zakázky dodavatelem a subdodavatelem, jakož i další související podrobnosti. Tato smluvní ujednání nesmějí být v rozporu s touto smlouvou, zejména pokud jde o 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, alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace (čl. 1 odst. 2 smlouvy). Dodavatel se zavazuje při plnění veřejné zakázky spolupracovat se subdodavatelem. Spolupráce zejména umožní uplatnění odborné kvalifikace a zkušeností subdodavatele a jeho zaměstnanců při realizaci stavebních prací obdobného charakteru a umožní využití ekonomické výkonnosti subdodavatele. Spoluprací se subdodavatelem není dotčena odpovědnost dodavatele za bezvadné plnění celé veřejné zakázky vůči zadavateli (čl. 2 odst. 1 smlouvy). Subdodavatel se zavazuje dodavateli poskytnout plnění alespoň v rozsahu, v jakém prokázal splnění kvalifikace pro plnění veřejné zakázky. Subdodavatel se zejména zavazuje při plnění veřejné zakázky: - podílet se na ekonomickém řízení zakázky a garantovat ekonomickou výkonnost dodavatele, - podílet se na organizaci a řízení realizace veřejné zakázky, poskytnout odborné zázemí a odbornou zkušenost svoji i svých pracovníků, jakož i součinnosti při kontrole jakosti plnění veřejné zakázky, dále dát dodavateli k dispozici veškeré know-how potřebné k plnění veřejné zakázky a poskytnout mu veškeré zdroje a kapacity, jimiž by snad sám dodavatel nedisponoval; subdodavatel poskytne plnění tak, aby dodavatel mohl postupovat stejně, jako kdyby sám měl zkušenosti s realizací stavebních prací obdobného charakteru jako předmět veřejné zakázky, jejichž doložení je požadováno v zadávacích podmínkách veřejné*

zakázky (čl. 2 odst. 2 smlouvy). Plnění podle odstavce 2 se subdodavatel zavazuje poskytnout tak, aby dodavatel mohl plnit veřejnou zakázku stejně, jako kdyby sám byl plně kvalifikován ve smyslu požadavků zadavatele uvedených v zadávací dokumentaci veřejné zakázky. Subdodavatel poskytne veškeré činnosti uvedené v odstavci 2 v rozsahu potřebném ke splnění veřejné zakázky a v rozsahu odpovídajícím subdodavatelem prokázanému splnění kvalifikace, tj. čl. 9.4 prokázání ekonomické a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 zákona č. 137/2006 Sb. a čl. 9.5 prokázání technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 zákona č. 137/2006 Sb. (čl. 2 odst. 3 smlouvy)“.

Aby takto koncipovaná smlouva vyhověla požadavku podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ, musel by z ní vyplynout 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. Musel by z ní tedy vyplynout konkrétní závazek subdodavatele, jenž by spolehlivě dokládal reálnou míru participace subdodavatele na samotném plnění, jež je veřejnou zakázkou (tj. míru přímého podílu subdodavatele na realizaci plnění), nebo konkrétní závazek subdodavatele, jenž by spolehlivě dokládal reálné poskytnutí věcí či práv, s nimiž by byl dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a jeho natolik přesný popis, aby bylo možno posoudit skutečný podíl subdodavatele na veřejné zakázce realizované uchazečem. Nic z toho však podle zdejšího soudu z takto koncipované smlouvy nevyplývá.

Povinnost uchazeče zadavateli prokázat, že skutečně disponuje nezbytnými prostředky pro dovození reálné participace subdodavatele na plnění veřejné zakázky, hodlá-li svoji způsobilost realizovat veřejnou zakázku v rámci prokazování kvalifikace prokazovat subdodavatelsky, plyne ve vztahu k hospodářským a finančním předpokladům z čl. 47 odst. 2 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 (Úř. věst. L 134, 30.4.2004, s. 114), ve znění pozdějších změn (*...Hospodářský subjekt může, je-li to nezbytné a pro určitou 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...*), a ve vztahu k technické nebo odborné způsobilosti z čl. 48 odst. 3 téže směrnice (*...Hospodářský subjekt může, je-li to nezbytné a pro určitou 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 pro plnění zakázky, například tím, že předloží závazek poskytnout nezbytné prostředky hospodářskému subjektu...*). Tato ustanovení uvedené směrnice byla přitom promítnuta právě do požadavku na způsob prokazování kvalifikace, na níž se podílí subdodavatel, podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ ve vztahu k ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům (§ 55 ZVZ) i technickým kvalifikačním předpokladům (§ 56 ZVZ) a Nejvyšší správní soud kupř. v rozsudku ve

věci sp. zn. 7 Afs 44/2013 ze dne 7.11.2013 k takto promítnutým ustanovením ZVZ (tam ve vztahu k § 56 ZVZ) argumentuje právě jejich předobrazem v uvedené směrnici (tam ve vztahu k jejímu čl. 48).

Pro případ, že se uchazeč při prokazování kvalifikace rozhodne svoji způsobilost k realizaci veřejné zakázky prokazovat pomocí subdodavatele, dovozuje i (dnešní) Soudní dvůr povinnost takového uchazeče zadavateli prokázat, že prostředky subdodavatele, jimiž je kvalifikace prokazována, reálně disponuje (rozsudek ve věci C-389/92 ze dne 14.4.1994 a rozsudek ve věci C-176/98 ze dne 2.12.1999). Může jimi přitom disponovat tím, že jde o osobu, nad níž má kontrolu z důvodu jejich ekonomického spojení, nebo tím, že jde o osobu, s níž uzavřel subdodavatelský kontrakt týkající se konkrétní spolupráce na veřejné zakázce. V prvním z obou rozsudků vyložil (dnešní) Soudní dvůr povinnost zadavatele akceptovat pro prokázání kvalifikace prostředky, jež jsou k dispozici uchazeči, aniž by se jednalo o jeho vlastní prostředky, nýbrž o prostředky osob ekonomicky (koncernově) s ním spojených, v tom směru, že tam, kde je prokázáno, že určitá osoba (uchazeč) má skutečně k dispozici prostředky, které patří jeho ekonomické skupině a jsou nezbytné pro plnění veřejné zakázky, je třeba pro posouzení „vhodnosti“ uchazeče pro plnění veřejné zakázky – tedy pro prokázání kvalifikace – brát v úvahu i informace o členech této skupiny. Ve druhém z obou rozsudků pak (dnešní) Soudní dvůr dovodil, že směrnice musí být interpretována tak, že dovoluje uchazeči (tam coby poskytovateli služeb) prokázat, že splnil ekonomická, finanční a technická kritéria pro účast v zadávacím řízení (tedy kvalifikaci) odkazem na způsobilost jiných subjektů, bez ohledu na právní povahu spojení, které s nimi má, za předpokladu, že je schopen prokázat, že má skutečně k dispozici prostředky těchto subjektů nezbytné k provedení zakázky. To, o jaké prostředky se přitom jedná, je individuální; určující je povaha požadavku zadavatele na prokázání kvalifikace a povaha těchto prostředků.

Odkaz žalovaného na rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 5 Afs 78/2010 ze dne 30.9.2011 je odkazem přehnaně zjednodušujícím; odpovědnost uchazeče, stane-li se uchazečem vítězným, za celé plnění veřejné zakázky vůči zadavateli totiž ani žalobce ve správním řízení nezpochybňoval a ani samotné subdodavatelské plnění, ani podíl subdodavatele na prokazované kvalifikaci se této odpovědnosti nijak netýká. Nadto pokud byla z uvedeného rozsudku kasačního soudu citována pasáž, podle které podmínky prokazování kvalifikace subdodavatelsky nemají být vázány na míru, v níž se subdodavatel bude na realizaci veřejné zakázky podílet, popř. k dílčímu úkolu subdodavatele, pak jde o nepřipadné zobecnění závěrů, jež v uvedeném rozsudku byly za tamního specifického skutkového stavu vysloveny primárně k otázce oprávněnosti požadavku na předkládání smluv se subdodavateli (§ 44 odst. 6 ZVZ) pro případ, že kvalifikace je prokazována subdodavatelsky, a pro případ, že subdodavatelsky prokazována není, a jež se kromě míry, v níž se subdodavatel podílí na samotné realizaci veřejné zakázky, již nevyjadřovaly k participaci subdodavatele v podobě poskytnutí věcí či práv. Se žalovaným lze tedy souhlasit nejvýše v tom, že subdodavatel nemusí práce, ve vztahu k nimž kvalifikaci „prokazoval za dodavatele“, sám realizovat (bod 34. napadeného rozhodnutí), neboť

namísto toho může poskytnout uchazeči věci či práva, jak § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ také umožňuje. Ve zbytku však zdejší soud názor žalovaného na věc nesdílí.

Je tedy na uchazeči, aby zvolil způsob, jakým splnění kvalifikace prokáže. K tomu může zčásti využít i kvalifikace svědčící jinému subjektu, avšak hodlá-li jej využít jako subdodavatele (a splnění „své“ kvalifikace prokazovat jejím splněním „u svého subdodavatele“), je na něm, aby reálnou míru participace subdodavatele na veřejné zakázce s ohledem na charakter konkrétního kvalifikačního předpokladu, jehož splnění má být takto prokazováno a jenž vyjadřuje skutečnou odbornost, zkušenost, zdroje, osoby či jiné zázemí, jež bude uchazeči k plnění veřejné zakázky k dispozici, zadavateli prokázal. Neplyne-li reálná dispozice s prostředky, které pro prokázání kvalifikace má uchazeč k dispozici, již z toho, že osoba, o jejíž prostředky se jedná, je pod kontrolou uchazeče (v takovém případě by prokázání kontroly nutně muselo být postaveno naroveň smlouvě podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ), je třeba reálnou dispozici s takovými prostředky prokázat smlouvou (jak ukládá § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ). Splnění kvalifikace coby obecnou způsobilost předmět veřejné zakázky podle požadavků zadavatele splnit si tedy z pohledu uchazeče nestačí toliko formálně smluvně „koupit“ (neboť takto formálně „koupená“ kvalifikace uchazečovu způsobilost předmět veřejné zakázky splnit fakticky nemůže prokazovat), nýbrž je zapotřebí spolehlivě doložit, v jakých ohledech, v jakých částech plnění veřejné zakázky, jakým konkrétním způsobem a do jaké konkrétní míry bude uchazeč reálně disponovat faktickou participací svého subdodavatele, jež pak bude souviset s jeho odbornými (technickými) nebo ekonomickými schopnostmi v rámci plnění veřejné zakázky, a v čem bude taková participace spočívat, popř. v jakých ohledech, ve vztahu k jakým částem veřejné zakázky, jakým konkrétním způsobem a do jaké konkrétní míry bude uchazeč reálně disponovat věcmi či právy subdodavatele, a o jaké věci či o jaká práva půjde. Jen tak může mít zadavatel najisto postaveno, že jeho požadavky, které se promítly do zadávacích podmínek, ať už jde o požadavky odborného charakteru či charakteru ekonomického, uchazeč ve skutečnosti splňuje a je tak dle představ zadavatele také skutečně způsobilý předmět veřejné zakázky splnit.

Požadavku podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ tedy vyhoví takový závazek subdodavatele, podle něhož bude subdodavatel část veřejné zakázky sám ve skutečnosti plnit. Stejně tak mu snad může vyhovět závazek subdodavatele spočívající v „ekonomickém řízení zakázky“ (pokud si pod takové označení uchazeč se subdodavatelem podřadí něco, co se v plnění veřejné zakázky reálně projeví, v posuzované věci ovšem ani při nejvyšší pečlivosti při čtení subdodavatelské smlouvy není zdejšímu soudu patrné, co má být oním „ekonomickým řízením zakázky“ či „garancí ekonomické výkonnosti dodavatele“). I poskytnutí odborně fundovaného personálního substrátu subdodavatelem uchazeči může požadavku podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ vyhovovat. To vše (a jistě i řada dalších příkladů) ale vždy pouze za předpokladu, že takový závazek bude smysluplným odrazem konkrétního požadavku zadavatele na kvalifikaci, jehož splnění má být takto s využitím subdodavatele prokazováno, a že bude dostatečně konkretizován, aby zadavatel na jeho základě mohl

posoudit rozsah skutečné participace subdodavatele na veřejné zakázce (ať už v jakékoli smysluplné formě).

Jestliže tedy v posuzované věci byla předložena smlouva mezi uchazečem HOCHTIEF CZ a.s., z níž nic konkrétního ve shora vyloženém smyslu neplyne, pak uchazeč HOCHTIEF CZ a.s. nesplnil povinnost podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ. Takto předložená smlouva může dokládat nejvýše formální „koupení“ kvalifikace, nikoli skutečnou míru participace nejméně v rozsahu, v jakém subdodavatel „za uchazeče HOCHTIEF CZ a.s.“ prokázal splnění kvalifikace, jak § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ požaduje. Z předložené smlouvy totiž neplyne nic, z čeho by měl zadavatel nabýt rozumného přesvědčení, že uchazeč v reálné kooperaci se svým subdodavatelem má konkrétní odborné a ekonomické zkušenosti s obdobným plněním, jak tyto zkušenosti zadavatel požadoval v bodech 9.4.3. a 9.5.1. zadávací dokumentace, resp. že v reálné kooperaci se svým subdodavatelem bude disponovat odbornými personálními kapacitami, jak je zadavatel požadoval v bodech 9.5.2. a 9.5.3. zadávací dokumentace.

Už z tohoto důvodu nemůže obstát závěr obsažený v napadeném (a stejně tak v jemu předcházejícím prvostupňovém) rozhodnutí, podle kterého uchazeč HOCHTIEF CZ a.s. prokázal splnění kvalifikačních předpokladů v souladu se zákonem a v souladu s podmínkami stanovenými zadavatelem. Veškeré úvahy žalovaného fakticky v tom směru, že ze smlouvy předložené podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ nemusí vyplývat nic konkrétního, jsou založeny na nesprávné interpretaci tohoto ustanovení; jestliže z tohoto ustanovení plyne, že dispozici s plněním, popř. s věcmi či právy, jichž je ke splnění kvalifikace třeba, musí uchazeč prokázat nejméně v rozsahu, v jakém jimi má být kvalifikace prokázána, pak především musí být takto prokazován obsah i rozsah (aby bylo možno posoudit, zda jde o rozsah nejméně takový, v jakém má být kvalifikace určitého obsahu prokazována). Obecnými formulacemi, z nichž nemůže být postaveno najisto, jaké konkrétní plnění nebo jaké věci či práva mají být poskytovány, nemůže být prokázán žádný jejich konkrétní obsah ani rozsah, a tedy takové obecné formulace nevyhovují požadavku podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ.

Ze shora uvedeného, aniž by bylo třeba se zabývat dalšími dílčími argumenty žalobce a dílčími důvody, o které žalovaný svůj závěr opíral, dospívá zdejší soud k závěru, že se žalovaný při svém rozhodování dopustil nezákonnosti založené nesprávným výkladem § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ a jeho navazující z tohoto důvodu nutně nesprávnou aplikací na zjištěný skutkový stav. Tato nezákonnost zatížila jak rozhodnutí napadené, tak rozhodnutí jemu předcházející.

Ze shora uvedených důvodů tedy zdejší soud napadené rozhodnutí pro nezákonnost podle § 78 odst. 1 s.ř.s. zrušil, podle § 78 odst. 3 s.ř.s. zrušil i toutéž nezákonností zasažené jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí a podle § 78 odst. 4 s.ř.s. věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

V. Náklady řízení

O nákladech řízení účastníků soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce byl ve věci procesně úspěšným, proto mu náleží náhrada nákladů řízení proti žalovanému. Žalobci vznikly podle obsahu soudního spisu náklady za zaplacený soudní poplatek ve výši 3 000 Kč, a tedy žalovaného, který na náhradu nákladů řízení coby jeho neúspěšný účastník právo nemá, zdejší soud zavázal k jejich náhradě ve prospěch žalobce a stanovil mu k tomu přiměřenou lhůtu.

Osoba zúčastněná na řízení nemá na náhradu žádných nákladů řízení právo, neboť jí soud neuložil žádnou povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady vznikly, přitom k náhradě jiných nákladů nebyl shledán žádný důvod (§ 60 odst. 5 s.ř.s.).

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). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší 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 6. října 2014

David Raus
předseda senátu