



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců JUDr. Jarmily Ďáskové a Mgr. Petra Sedláka, v právní věci žalobkyně **Skanska, a.s.**, se sídlem Líbalova 1/2348, Praha 4 - Chodov, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení **Povodí Moravy, s.p.**, IČ: 70890013, se sídlem Dřevařská 11, Brno, v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 10. 2012, č. j. ÚOHS-R211/2012/VZ-19483/2012/310/IPs,

t a k t o :

- I. Žaloba **se z a m í t á .**
- II. Žádný z účastníků **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

[1] Žalobkyně se žalobou doručenou zdejšímu soudu dne 17. 12. 2012 domáhala vydání rozsudku, kterým by bylo zrušeno rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské

soutěže ze dne 17. 10. 2012, č. j. ÚOHS-R211/2012/VZ-19483/2012/310/IPs, a věc byla vrácena žalovanému k dalšímu řízení.

[2] Dne 13. 3. 2013 Povodí Moravy, s.p., IČ: 70890013, se sídlem Dřevařská 11, Brno, (dále jen „zadavatel“) oznámilo, že v daném řízení hodlá uplatňovat práva osoby zúčastněné na řízení ve smyslu ustanovení § 34 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „soudní řád správní“).

[3] Z konkrétních okolností přezkoumávané věci je pro přehlednost vhodné chronologicky zdůraznit následující skutečnosti.

[4] Dne 24. 10. 2011 zadavatel uveřejnil v souladu s ustanovením § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění tehdy platném a účinném (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) v informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 60067024 oznámení užšího zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 28 zákona o veřejných zakázkách na veřejnou zakázku s názvem „VD – Karolinka – rekonstrukce hráze“ (dále jen „veřejná zakázka“). Zadavatel vyhlásil svůj záměr, že omezí počet zájemců na pět ze všech zájemců, kteří splní požadovanou kvalifikaci a kteří nejlépe splní kritéria pro omezení počtu zájemců. Těmi byly hodnota celkové likvidity, hodnota celkové zadluženosti a celkový počet referenčních staveb. Žalobkyně byla z účasti v zadávacím řízení vyloučena.

[5] Dne 15. 3. 2012 podala žalobkyně námitky proti vyloučení zájemce z účasti v zadávacím řízení. Mělo dojít k porušení ustanovení § 61 zákona o veřejných zakázkách, jelikož zadavatel při omezování počtu zájemců nehodnotil ekonomické ukazatele zájemce, ale pouze jeho budoucích subdodavatelů. Jeden subdodavatel byl navíc hodnocen u dvou zájemců. Těmto námitkám nebylo vyhověno rozhodnutím zadavatele ze dne 23. 3. 2012.

[6] Dne 6. 4. 2012 obdržel žalovaný návrh žalobkyně na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, ve kterém rozvedla své původní námitky a uvedla také, že obchodní korporace EUROVIA CS, a.s., OHL ŽS, a.s. a HOCHTIEF CZ, a.s., nepředložily platné smlouvy, z nichž by vyplýval závazek subdodavatele k poskytnutí určitého plnění, a to alespoň v tom rozsahu, aby tyto korporace měly zadluženost a likviditu ve výši, kterou prokázaly splnění kvalifikace. Došlo tak k porušení ustanovení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách ve spojení s ustanovením § 60.

[7] Dne 11. 4. 2012 oznámil žalovaný zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele a žalobkyni jako navrhovatelku.

[8] Dne 23. 7. 2012 vydal žalovaný rozhodnutí č. j. ÚOHS-S207/2012/VZ-13706/2012/540/ZČa, kterým podle ustanovení § 118 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách zamítl návrh žalobkyně, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle ustanovení § 118 odst. 1 nebo 2 zákona o veřejných zakázkách. Rozhodnutím ze dne 13. 8. 2012, č. j. ÚOHS-S207/2012/VZ-15140/2012/514/ZČa, změnil žalovaný výrok předchozího rozhodnutí, a to tak, že text „odst. 4“ nahradil textem „odst. 5“, neboť se jednalo o zjevnou nesprávnost.

[9] Dne 6. 9. 2012 obdržel žalovaný proti výše zmíněnému rozhodnutí rozklad žalobkyně. Žalovaný neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění tehdy platném a účinném (dále jen „správní řád“) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc předsedovi žalovaného.

[10] Dne 18. 10. 2012 nabylo právní moci rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 17. 10. 2012, č. j. ÚOHS-R211/2012/VZ-19483/2012/310/IPs, kterým byl podaný rozklad na základě ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) správního řádu zamítnut a rozhodnutí Úřadu na ochranu hospodářské soutěže ze dne 23. 7. 2012, č. j. ÚOHS-S207/2012/VZ-13706/2012/540/ZČa, potvrzeno.

[11] V podané žalobě žalobkyně uplatnila čtyři okruhy námitek.

[12] První okruh námitek se týkal prokazování ekonomické kvalifikace subdodavatelem. Jakkoli zákon o veřejných zakázkách umožňuje, aby dodavatel, který není schopen prokázat splnění kvalifikace požadované zadavatelem či zákonem, prokázal splnění kvalifikace prostřednictvím třetí osoby (subdodavatele), zároveň stanovuje podmínku, aby dodavatel doložil smlouvu uzavřenou se subdodavatelem pro prokázání splnění kvalifikace. Z této smlouvy musí vyplývat závazek subdodavatele k poskytnutí plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokazuje splnění kvalifikace místo dodavatele. Předložené smlouvy však daný požadavek nesplňují, neboť ani z jedné nevyplývá, že by se budoucí poskytovatel zavázal k jakémukoli konkrétnímu plnění, které by mohlo znamenat, že dodavatel získá ekonomickou stabilitu. Jestliže tedy žalovaný dospěl k závěru, že uvedené smlouvy splňují požadavek podle ustanovení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, jedná se o mylný právní závěr.

[13] Druhý okruh námitek se týkal platnosti subdodavatelské smlouvy. Aby bylo dodrženo ustanovení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, musí se dle žalobkyně jednat o platné smlouvy. Žalovaný tedy pochybil, když se platností těchto smluv vůbec nezabýval. Žalobkyně nesouhlasí s názorem žalovaného, že nemůže hodnotit myšlenkové pochody hodnotící komise, neboť v jiném řízení se obsahem a platností subdodavatelské smlouvy zabýval (srov. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, č. j. ÚOHS-S255/2012/VZ-16181/2012/560/MSc). V žalobě se pak žalobkyně vyjádřila postupně ke smlouvám korporací EUROVIA CS, a.s., OHL ŽS, a.s. a HOCHTIEF CZ, a.s.

[14] Třetí okruh námitek směřoval proti sčítání dílčích částí ekonomické kvalifikace. Jestliže zadavatel označil za způsobilého dodavatele, který dosahuje stanoveného obratu a zároveň poměrových ekonomických ukazatelů, odporuje smyslu ekonomických kvalifikačních předpokladů, aby jeden subjekt, který splňuje obrat, ale nesplňuje poměrové ukazatele, prokázal jiným subjektem, který naopak nesplňuje obrat.

[15] Poslední námitka se týkala omezování počtu zájemců na základě údajů subdodavatele. Smyslem omezování počtu zájemců je, aby v zadávacím řízení zůstali jen kvalifikovaní zájemci. Je proto zcela v rozporu se zákonem, aby u zájemců byly hodnoceny ekonomické ukazatele jejich subdodavatelů, když tito subdodavatelé nesplňují ostatní část kvalifikace, neboť vůbec neprovádí stavební činnost. Tento závěr platí o to víc v případě ekonomických kvalifikačních předpokladů (zadluženost a likvidita), neboť tato způsobilost je nesdělitelná a nepřenositelná na jiný subjekt.

[16] V závěru žalobkyně navrhl, aby soud žalobou napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

[17] K prvním dvěma námitkám žalovaný ve svém písemném vyjádření k žalobě ze dne 8. 2. 2013 uvedl, že podle jeho názoru subdodavatelské smlouvy splňují zákonem požadované náležitosti, neboť z nich je zřejmý závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného

k plnění veřejné zakázky. Žalovaný se v této věci neodchýlil od ustáleného výkladu ustanovení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Posuzovat platnost smluv přísluší předně hodnotící komisi. Žalovaný má za to, že komise postupovala správně. Nedospěl tedy k závěru, že by došlo k nějakému excesu.

[18] Ke třetí námitce žalovaný pouze dodal, že společné prokázání splnění kvalifikace je přípustné s přihlédnutím ke konkrétnímu charakteru ekonomického kritéria.

[19] K poslední námitce žalovaný uvedl, že volba kritérií je právem zadavatele. Ten si stanovil kritéria, která jsou pro něj relevantní, v souladu se zákonem. Nedošlo přitom k porušení principu rovnosti, nediskriminace a transparentnosti zadávacího řízení.

[20] Pro případ, že by soud přistoupil k extenzivnímu výkladu ustanovení § 71 odst. 1 soudního řádu správního, žalovaný uvedl, že se ke všem uplatněným námitkám přezkoumatelným způsobem vyjádřil ve svém rozhodnutí. Na závěr žalovaný navrhl, aby soud žalobu v plném rozsahu zamítl.

[21] Žaloba byla podána v zákonné dvouměsíční lhůtě podle ustanovení § 72 odst. 1 soudního řádu správního osobou k tomu oprávněnou podle ustanovení § 65 odst. 1 soudního řádu správního a jde o žalobu přípustnou ve smyslu ustanovení § 65, § 68 a § 70 soudního řádu správního.

[22] Soud přezkoumal napadené rozhodnutí, vázán rozsahem a důvody, které žalobkyně uplatnila v žalobě (ustanovení § 75 odst. 2 soudního řádu správního). Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 soudního řádu správního). Soud dospěl k závěru, že žaloba je důvodná a bez předchozího jednání v souladu s ustanovením § 51 odst. 1 soudního řádu správního zrušil žalobou napadené rozhodnutí pro nezákonnost podle ustanovení § 78 soudního řádu správního.

[23] Soud se nejprve zabýval poslední nejobecnější námitkou, která spočívala v tvrzení žalobkyně, že omezení počtu zájemců bylo v rozporu se smyslem a účelem zákona o veřejných zakázkách. Mělo tak dojít také k porušení ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách. Soud k tomuto názoru ovšem nedospěl.

[24] Podle ustanovení § 61 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách omezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií podle odstavce 2 nebo 4 uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.

[25] Zákonná úprava tedy počítá s tím, že v případě užšího řízení, jednacího řízení s uveřejněním a soutěžního dialogu se veřejný zadavatel s výzvou k podání nabídky, resp. s výzvou k účasti v soutěžním dialogu, v další fázi obrátí již pouze na omezený okruh dodavatelů, kteří o účast požádali a prokázali splnění kvalifikace. Nelze tedy v obecné rovině tvrdit, že samotné omezení počtu zájemců musí být proti smyslu a účelu zákona.

[26] Podle ustanovení § 61 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách objektivní kritéria pro výběr podle odstavce 1 musí (a) být stanovena s ohledem na povahu, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky, (b) být v souladu se zásadami uvedenými v § 6 a (c)

odpovídat některému nebo některým z ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky, jejichž prokázání veřejný zadavatel požadoval.

[27] Podle ustanovení § 61 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách výběr podle objektivních kritérií podle odstavce 2 provede veřejný zadavatel tak, že stanoví pořadí zájemců, kteří prokázali splnění kvalifikace, podle míry naplnění úrovně příslušného kritéria a následně vybere ty zájemce, kteří nejlépe splnili příslušné kritérium. Pokud zájemci prokázali splnění kvalifikace zcela shodně či pokud nelze stanovit objektivně pořadí kvalifikovaných zájemců podle tohoto odstavce, provede veřejný zadavatel náhodný výběr losem.

[28] Zadavatel se v dané věci rozhodl, že počet uchazečů zúží na pět s tím že stanovil ekonomická kritéria pro splnění kvalifikace, a to hodnotu celkové zadluženosti (s vahou 30 %), hodnotu celkové likvidity (s vahou 30 %) a celkový počet referenčních staveb obdobného charakteru jako předmět plnění veřejné zakázky (s vahou 40 %). Soud dospěl k závěru, že tato kritéria nelze považovat za diskriminační či jinak porušující základní zásady zadávání veřejných zakázek ve smyslu ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách. Ani sama žalobkyně neuvádí konkrétní skutečnosti, proč by tato kritéria měla být nesprávná.

[29] Kombinací zvolených kritérií zadavatel získal informace o zadluženosti a likviditě zájemce. Uvedené informace pro něj mají význam, neboť si musí být jist, zda bude zájemce schopen realizovat nákladnou veřejnou zakázku. Je lhostejné, zda likviditu a zadluženost prokáže sám, nebo k tomu využije subdodavatele, neboť zákon takový postup umožňoval. Nedošlo tak ani k porušení ustanovení § 61 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách.

[30] K dalším námitkám soud nejprve uvádí, že podle konstantní judikatury správních soudů nespadá do pravomoci orgánu dohledu přezkoumávat myšlenkové pochody jednotlivých hodnotitelů nabídek, ale pouze dodržení zákonného rámce postupu při zadávání veřejné zakázky (viz rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 17. 6. 1999, č. j. 2 A 1/99-32). Z obdobných závěrů vychází i rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2004, č. j. 2 A 9/2002-62, ve které se uvádí, že: „přezkumná činnost orgánu dohledu spočívá v kontrole, zda byly řádně dodrženy předepsané postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek. Žalobkyně však v podané žalobě zpochybňuje zákonnost vlastního posouzení nabídky, resp. nevhodnost nabídky vybraného uchazeče. Přitom právě zde je hranice, kterou žalovaný (tj. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže) nesmí překročit, neboť potom by se stal hodnotitelem jednotlivých nabídek. Jeho pravomoci sahají do úrovně těch činností zadavatele, které vytvářejí prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Nelze přezkoumávat úvahy členů hodnotící komise, neboť tím by se žalovaný ve svých důsledcích sám stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět zadaným kritériím a také v soutěži zvítězit. Orgán dohledu nemůže přebírat zodpovědnost za výběr nejvhodnější nabídky, neboť k tomu nemá ani odborné předpoklady, totéž nelze požadovat ani po soudu. Úkolem obou je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. V opačném případě by se totiž výběr nejvhodnější nabídky mohl stát záležitostí znaleckých posudků a pak by existence zákona postrádala smysl.“

[31] Rovněž tak Krajský soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 30. 6. 2005, č. j. 31 Ca 69/2004-62, konstatoval, že „Úřad pro ochranu hospodářské soutěže posuzuje postup

výběrové komise podle zákonnosti, ale neposuzuje již konkrétní parametry, na základě kterých výběrová komise dospěje k závěru, že ta či ona nabídka je nejvýhodnější“.

[32] Z judikatury správních soudů tedy vyplývá, že úkolem žalovaného je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. Jeho pravomoci končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Žalovaný však dbá na to, aby byla splněna jedna ze základních zásad zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti celého procesu zadávání veřejných zakázek (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 6. 2007, č. j. 5 Afs 6/2007-92).

[33] Hodnotící komise nemohla porušit zákon tím, že hodnotila ekonomické ukazatele nejen dodavatele, ale též subdodavatelů, a to s ohledem na ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách.

[34] Podle ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d).

[35] Hodnotící komise se zabývala otázkou, zda ze smluv (smlouvy o poskytnutí subdodávky ze dne 18. 11. 2011 zájemce EURONOVIA CS, a.s, smlouvy o uzavření smlouvy o smlouvě budoucí ze dne 18. 11. 2011 a 22. 11. 2011 zájemce OHL ŽS, a.s., a smlouvy o spolupráci na veřejné zakázce ze dne 21. 11. 2011 zájemce HOCHTIEF CZ, a.s.) vyplývá závazek, kterým byly prokazovány ekonomická kvalifikační kritéria, a zda tyto smlouvy byly platné.

[36] V řádném termínu bylo doručeno 11 žádostí uchazečů o účast v zadávacím řízení, z nichž splnění kvalifikace prokázalo 10 zájemců. Tito tak byli seřazeni podle objektivních kritérií (soud již výše uvedl, že kritéria nepovažuje za diskriminační) a bylo vybráno prvních pět zájemců. Žalovaný se dostatečně zabýval otázkou vztahu dodavatele a subdodavatele. Uvedl, že není rozhodné, jaký smluvní typ si dodavatel a subdodavatel zvolí (přípustná je smlouva o smlouvě budoucí). Zákon nestanoví žádné další požadavky na dané smlouvy. Úvahy hodnotící komise tedy nijak nevybočily z mezí jejího správního uvážení.

[37] Ani poslední námitce o sčítání dílčích předpokladů pro prokázání kvalifikace soud nevyhověl. Při sčítání a skládání kvalifikace je nutné brát v úvahu konkrétní charakter ekonomického předpokladu. Klíčový je fakt, zda kvalita splnění je při sčítání stejná jako při splnění kvalifikace jen jedním uchazečem. Jak likviditu, tak celkovou zadluženost lze prokazovat prostřednictvím subdodavatelů, a to i zvláště, neboť jde o rozličná kritéria, která lze pro ověření dostatečné ekonomické síly a stability oddělit. Postačí, když subdodavatel prokáže pouze zbylé kvalifikační kritérium, které zadavatel nesplňuje. „Poskládaná“ ekonomická kvalifikace je způsobilá dát představu o tom, zda zájemce bude schopen veřejnou zakázku plnit a dostát svým závazkům.

[38] S ohledem na vše shora uvedené dospěl soud k závěru, že rozhodnutí předsedy žalovaného bylo vydáno v souladu se zákonem a shora uvedené žalobní námitky uplatněné žalobcem nejsou důvodné. Soudu tedy nezbylo, než žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 soudního řádu správního zamítnout.

[39] Výrok o nákladech řízení má oporu v ustanovení § 60 odst. 1 soudního řádu správního, podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce v řízení úspěšný nebyl, proto mu právo na náhradu nákladů řízení nepřisluší. Žalovanému, který měl v řízení plný úspěch, však žádné náklady spojené s tímto řízením nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly, proto soud rozhodl, že žádný z účastníků právo na náhradu nákladů řízení nemá.

[40] Výrok o náhradě nákladů řízení osoby zúčastněné na řízení je odůvodněn ustanovením § 60 odst. 5 věty první soudního řádu správního, podle kterého osoba zúčastněná na řízení má právo na náhradu jen těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil. V daném řízení soud osobám zúčastněným na řízení žádné povinnosti neuložil, a proto ani nemají právo na náhradu nákladů řízení. Soud zároveň neshledal důvody zvláštního zřetele hodné pro přiznání práva na náhradu dalších nákladů řízení podle ustanovení § 60 odst. 5 in fine soudního řádu správního.

P o u ě n í : Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. 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 25. června 2014

JUDr. Jaroslava Skoumalová
předsedkyně senátu