



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců Mgr. Petra Pospíšila a JUDr. Kateřiny Mrázové, Ph.D., v právní věci žalobce: **město Františkovy Lázně**, se sídlem Františkovy Lázně, Nádražní 208/5, zastoupeného JUDr. Liborem Janků, advokátem se sídlem Cheb, Mánesova 13, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 5. 12. 2011, č.j. ÚOHS-R118/2011/VZ-18473/2011/310/JRa,

t a k t o :

- I. Žaloba **s e z a m í t á .**
- II. Žalobce **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **s e n e p ř i z n á v á** náhrada nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] V záhlaví označeným rozhodnutím předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „předseda Úřadu“) zamítl rozklad žalobce a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne

5. 5. 2011, č. j. ÚOHS-S139/2010/VZ-819/2011/530/Swa. Tímto rozhodnutím žalovaný uložil žalobci pokutu dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) ve výši 700 000 Kč, a to za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách při zadávání veřejné zakázky *Rekonstrukce základní školy včetně výstavby víceúčelové sportovní haly*. Žalobce porušil postup dle § 28 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, když nesprávně za zájemce nepovažoval společnosti Metrostav a. s. a SWIETELSKY stavební s. r. o., přestože předložily písemnou žádost o účast, a dále postup dle § 60 odst. 1 v návaznosti na § 59 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když z účasti v zadávacím řízení vyloučil zájemce Bilfinger Berger Baugesellschaft m. b. H. a BERGER BOHEMIA a. s., přestože splnili kvalifikaci v požadovaném rozsahu, současně tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel – žalobce – dne 23. 4. 2010 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem SYNER, s. r. o.

[2] Z obsahu správního spisu vyplynulo, že žalobce uveřejnil podle zákona o veřejných zakázkách v informačním systému o veřejných zakázkách dne 23. 12. 2009 pod ev. č. 60040388 ve znění oprav ze dne 15. 1. 2010 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 29. 12. 2009 pod ev. č. 2009/S 250-360130 oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky *Rekonstrukce základní školy včetně výstavby víceúčelové sportovní haly*. Ve věci výše uvedené veřejné zakázky obdržel žalovaný dne 1. 4. 2010 podnět, jehož obsahem byla žádost o přezkoumání postupu žalobce při posuzování kvalifikace v předmětném zadávacím řízení, a proto si od žalobce vyžádal vyjádření a dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky.

[3] Z předložené dokumentace žalovaný zjistil, že žalobce dopisem ze dne 5. 3. 2010 sdělil dodavatelům Metrostav a. s. a SWIETELSKY stavební s. r. o., že je nelze považovat za zájemce o účast v užším řízení, jelikož nepodali písemnou žádost o účast v užším řízení ve smyslu § 28 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách.

[4] Žalobce dále vyloučil zájemce Bilfinger Berger Baugesellschaft m. b. H. z účasti v zadávacím řízení pro neprokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Zájemce předložil výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů platný ke dni 20. 1. 2010, který žalobce nepovažoval za dostatečný k prokázání základních kvalifikačních předpokladů, neboť zájemce Bilfinger Berger Baugesellschaft m. b. H. nedoložil, že žádný z členů statutárního orgánu nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin spáchaný ve prospěch zločinného spolčení a trestný čin účasti na zločinném spolčení. Dle odůvodnění rozhodnutí žalobce o vyloučení zájemce z účasti v zadávacím řízení ze dne 5. 3. 2010 měl dodavatel prokázat splnění základních kvalifikačních předpokladů v souladu se zněním § 53 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách účinným v době zadání veřejné zakázky (tj. do 31. 12. 2009).

[5] Žalobce vyloučil též zájemce BERGER BOHEMIA a. s. z účasti v zadávacím řízení pro neprokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 zákona o veřejných zakázkách, neboť nepředložil oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícímu celému předmětu veřejné zakázky. Dle odůvodnění rozhodnutí žalobce o vyloučení z účasti v zadávacím řízení ze dne 5. 3. 2010 zájemce BERGER BOHEMIA a. s. nepředložil

oprávnění k podnikání (živnostenské listy) na provedení revizní zkoušky elektrických zařízení dle ČSN, a proto neprokázal splnění kvalifikace v celém rozsahu.

[6] Po přezkoumání předložené dokumentace získal žalovaný pochybnosti, zda žalobce posoudil žádosti o účast dodavatelů Metrostav a. s. a SWIETELSKY stavební s. r. o. a zda vyloučil zájemce Bilfinger Berger Baugesellschaft m. b. H. a BERGER BOHEMIA a. s. v souladu se zákonem, a proto z moci úřední zahájil správní řízení.

[7] V rozhodnutí ze dne 5. 5. 2011, č. j. ÚOHS-S139/2010/VZ-819/2011/530/Swa, žalovaný dospěl k následujícím závěrům:

[8] Žádost o účast je úkonem dodavatele, kterým dává zadavateli najevo, že má zájem účastnit se užšího řízení. Zákon přitom neupravuje obsahové náležitosti žádosti o účast. Z žádosti však musí být patrné vyjádření vůle ucházet se o konkrétní veřejnou zakázku zadávanou konkrétním zadavatelem. Proto je třeba vždy trvat na identifikaci veřejné zakázky a zadavatele. Pokud jde o formální stránku, zákon stanoví, že žádost o účast musí být učiněna písemně. Zákon však neobsahuje úpravu toho, jaké vlastnosti má písemnost vykazovat, uplatní se tak obecná občanskoprávní úprava. Podle § 40 odst. 3 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, aby byl písemný právní úkon platný, musí být podepsán jednající osobou.

[9] Dodavatelé Metrostav a. s. a SWIETELSKY stavební s. r. o. ve lhůtě pro podání žádostí o účast učinili podání, jež obsahovala označení zadavatele, identifikaci veřejné zakázky, doklady k prokázání kvalifikace ve veřejné zakázce, a byla podepsána osobami oprávněnými jednat za zájemce. Podání dodavatelů je nutné považovat za žádosti o účast v užším řízení, neboť je z nich patrný projev vůle účastnit se veřejné zakázky. Ani sám žalobce neměl pochybnosti o povaze podání učiněných zájemci, když obě podání uvedl v seznamu doručených obálek a u obou zájemců provedl posouzení kvalifikace, což vyplývá z protokolů a zprávy o posouzení kvalifikace ze dne 5. 2. 2010.

[10] Předloženým výpisem ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů zájemce Bilfinger Berger Baugesellschaft m. b. H. prokázal, že nebyl odsouzen pro trestný čin spáchaný ve prospěch zločinného spolčení a trestný čin účasti na zločinném spolčení. Na této skutečnosti nic nemění ani odlišné znění ustanovení § 53 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách v době zadávání veřejné zakázky a v době vyhotovení výpisu („trestný čin spáchaný ve prospěch organizované zločinecké skupiny, trestný čin účasti na organizované zločinecké skupině“), neboť se jedná pouze o odlišnou formulaci dotčeného ustanovení s totožným obsahem.

[11] Ze stanoviska Ministerstva průmyslu a obchodu ze dne 31. 3. 2009 vyplývá, že při provádění stavebních prací v rámci živnosti „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ mohou být prostřednictvím odborně způsobilých osob vykonávány i činnosti, které jsou jinak předmětem samostatných živností přímo souvisejících se zřizováním, změnami a údržbou staveb. Za předpokladu, že elektroinstalační práce, včetně vypracování revizní zprávy, přímo souvisejí s realizací určité stavby, lze tyto odborné činnosti vykonávat v rámci vázané živnosti „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“. Pro jejich výkon tak není třeba zvláštní živnostenské oprávnění.

[12] Ze zadávacích podmínek přitom vyplynulo, že v dané věci měly být revizní zkoušky elektrických zařízení vykonávány v rámci rekonstrukce základní školy a dostavby sportovní haly a zázemí. Přímou tedy souvisejí s realizací určité stavby. Zájemce BERGER BOHEMIA a. s. certifikátem vydaným v rámci systému certifikovaných dodavatelů prokázal, že disponuje živnostenským oprávněním, které pokrývá i provádění revizních zkoušek elektrických zařízení, když doložil živnostenské oprávnění pro živnost „*Provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování*“ (nyní „*Provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“). Žalobce proto nebyl oprávněn požadovat po zájemci samostatné živnostenské oprávnění na provádění revizních zkoušek elektrických zařízení, neboť zájemce BERGER BOHEMIA a. s. prokázal, že disponuje doklady o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky.

[13] Na základě výše uvedených závěrů žalovaný vyměřil žalobci pokutu, při jejímž vyměření přihlédl k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Žalovaný vzal v úvahu, že žalobce svým postupem při zadávání veřejné zakázky zamezil v účasti v zadávacím řízení čtyřem dodavatelům schopným předmět veřejné zakázky plnit, kteří mohli podat nabídky s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele, a výrazně tak narušil soutěžní prostředí.

[14] Při stanovení výše pokuty posoudil žalovaný jako přitěžující okolnost přístup žalobce, který nerespektoval usnesení žalovaného ze dne 28. 4. 2010 č. j. ÚOHS-S139/2010/VZ-6009/2010/530/SWa, jímž byla žalobci uložena povinnost podat informace o dalších úkonech, které žalobce provede v průběhu správního řízení v šetřeném zadávacím řízení, a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu. Žalobce uzavřel dne 9. 12. 2010 dodatek č. 1 ke smlouvě s vybraným uchazečem ze dne 23. 4. 2010 a tuto skutečnost žalovanému neoznámil.

[15] Při stanovení výše pokuty vzal žalovaný v úvahu i finanční možnosti žalobce a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž žalobce disponuje. Vzhledem k rozpočtu žalobce žalovaný dospěl k názoru, že uloženou pokutu nelze považovat za likvidační.

[16] Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže se v napadeném *rozhodnutí o rozkladu ze dne 5. 12. 2011, č. j. ÚOHS-R118/2011/VZ-18473/2011/310/Jra*, s většinou závěrů žalovaného ztotožnil. Vypustil přitěžující okolnost ohledně neinformování žalovaného o dalších úkonech v průběhu řízení, jelikož žalovaný nesprávně spojil přitěžující okolnost s jiným právním jednáním resp. nejednáním žalobce. Přitěžující okolnost se má týkat zjištěného správního deliktu, za který je účastník ve správním řízení trestán. Na druhou stranu zohlednil novou přitěžující okolnost spočívající v intenzitě společenské nebezpečnosti jednání žalobce ve vztahu k zájemcům o veřejnou zakázku (společnostem Metrostav a. s. a SWIETELSKY stavební s. r. o.). Po opětovném posouzení závažnosti správního deliktu předseda ponechal výši uložené pokuty stejnou.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

[17] Žalobou podanou v zákonem stanovené lhůtě se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu i rozhodnutí žalovaného. Námitky byly rozděleny do dvou dílčích oblastí – procesní pochybení (v rámci prvostupňového i rozkladového řízení) a nesprávně vyhodnocené jednání žalobce jako porušení zákona.

II. a) Procesní pochybení

[18] Žalobce spatřoval pochybení správních orgánů v porušení

- § 36 odst. 3 správního řádu tím, že žalovaný neumožnil žalobci před vydáním rozhodnutí ve věci se vyjádřit k podkladům rozhodnutí (stanoviskům ostatních uchazečů – STRABAG a. s., GEOSAN GROUP a. s., OHL ŽS, a. s., a Energie – stavební a báňská a. s.),
- § 90 odst. 1 písm. a), b) a c) a § 90 odst. 5 správního řádu tím, že i když předseda shledal rozhodnutí správního orgánu prvního stupně v rozporu s právními předpisy, rozhodnutí v plném rozsahu potvrdil a rozklad zamítl,
- § 90 odst. 3 správního řádu tím, že předseda změnil rozhodnutí v neprospěch žalobce (uvedl nové důvody pro obhájení výše uložené pokuty, proti kterým žalobce neměl možnost se odvolat),
- § 6, § 71 odst. 1 a 3 a § 90 odst. 6 správního řádu tím, že nerozhodly bez zbytečných průtahů (v prvním stupni řízení trvalo 390 dnů, rozkladové řízení trvalo 213 dnů),
- § 4 odst. 3 správního řádu tím, že žalovaný neuvědomil žalobce o tom, že vznesl dotazy na ostatní uchazeče,
- § 50 odst. 4 správního řádu tím, že žalovaný pečlivě nepřihlédl ke všemu, co vyšlo v řízení najevo, včetně toho, co uvedl žalobce (např. k tomu, že žalobce měl snahu řádně se vypořádat s obsahem živnosti dodavatele BERGER BOHEMIA a. s. a že aplikoval zásadu zákazu retroaktivity při posuzování kvalifikačních předpokladů dodavatele Bilfinger Berger Baugesellschaft m. b. H.),
- § 68 odst. 3 správního řádu tím, že se žalovaný nevypořádal se všemi návrhy, námitkami a vyjádřeními žalobce (zejména s námitkou, že účastníkem řízení je nesprávně též vybraný uchazeč, tedy společnost SYNER, s. r. o.). Na námitku reagoval až předseda v napadeném rozhodnutí, a to nesprávně. Dle § 116 zákona o veřejných zakázkách je účastníkem řízení též vybraný uchazeč nebo vybraný účastník soutěže o návrh, je-li předmětem řízení přezkoumání rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo rozhodnutí o výběru nejvhodnějšího návrhu. V dané věci však předmětem přezkumu rozhodnutí o výběru nebylo, a žalovaný tak porušil zákon o veřejných zakázkách, neboť společnost SYNER, s. r. o., stanovil účastníkem.

II. b) K vytýkaným porušením zákona ze strany žalobce

[19] Dle žalobce dále žalovaný postupoval v rozporu se svými kompetencemi, když oslovil uchazeče ohledně vzdání se práva na podání námitek (dle § 112 odst. 2 zákona o veřejných

zakázkách totiž žalovaný kontroluje postupy zadavatele, nikoli postupy uchazečů) a když při posuzování okolností souvisejících se zadáním veřejné zakázky zohlednil jiné právní předpisy než zákon o veřejných zakázkách (např. zákon č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání).

[20] Žalovaný chybně vyložil rozsah náplně živnosti „*Provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“. Tato živnost nemůže nahradit živnostenské listy a osvědčení potřebné pro provádění revizí elektrických zařízení. Provedení revize není svým obsahem ani stavební prací ani montáží. Ze stanoviska Ministerstva průmyslu a obchodu ze dne 31. 3. 2009 jednoznačně nevyplyvá, že bylo možné na základě předmětné živnosti provádět revize elektrických zařízení.

[21] Žádost o účast v užším řízení musí být určitá a srozumitelná, nepostačí pouze obecný zájem se o zakázku ucházet, např. předložením dokladů prokazujících kvalifikaci. S touto argumentací žalobce se žalovaný nevypořádal. Zákon o veřejných zakázkách v § 28 odst. 2 po dodavatelích jednoznačně požaduje podání písemné žádosti o účast a prokázání splnění kvalifikace ve stanovené lhůtě. Dodavatelem tedy musí být předložená písemná podepsaná žádost, jinak se nestává zájemcem. Nelze přistoupit na argumentaci předsedy, že postačuje pouhá obálka, úvodní list atd. Dodavatelé Metrostav a. s. ani SWIETELSKY stavební s. r. o. písemnou žádost o účast v užším řízení nepředložili.

[22] Zadavatel vždy dokončuje zadávací řízení podle právní úpravy platné ke dni zahájení zadávacího řízení. Proto žalobce postupoval v souladu se zásadou zákazu retroaktivity a posuzoval kvalifikaci všech dodavatelů podle znění zákona platného v den zahájení zadávacího řízení. Přestože žalobce postupoval podle zákona, byla mu ze strany žalovaného uložena sankce za vyloučení zájemce Bilfinger Berger Baugesellschaft m. b. H. Napadená rozhodnutí se v rozporu s § 68 odst. 3 správního řádu s retroaktivitou právního předpisu nevypořádávají.

[23] Žalobce svým jednáním nenaplnil podmínky pro udělení sankce. Dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, neovlivnil a ani nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Žalobce nabídky vyřazených dodavatelů neměl, tudíž nemohl jejich výběr, resp. hodnocení ovlivnit. Nelze přistoupit na argumentaci žalovaného, že kdyby žalobce dotčené dodavatele zařadil do užšího řízení, resp. by je nevyloučil, mohl jejich nabídky mít. Taková obecně pojatá argumentace nemá oporu v zákoně. Ostatně, i kdyby žalobce za zájemce považoval dodavatele Metrostav a. s. a SWIETELSKY stavební s. r. o., tyto by musel z další účasti vyloučit pro nesplnění kvalifikace v požadovaném rozsahu. Totéž platí i pro vyloučené zájemce Bilfinger Berger Baugesellschaft m. b. H. a BERGER BOHEMIA a. s.

[24] Závěrem žalobce poznamenal, že kdyby využil postupu dle § 54 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, zásadním způsobem by narušil zásadu rovného zacházení a podstatně by tak zasáhl do výběru nejvhodnější nabídky.

[25] Z výše uvedených důvodů žalobce navrhl, aby soud rozhodnutí předsedy Úřadu, stejně jako rozhodnutí žalovaného, zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě

[26] Ve vyjádření k žalobě žalovaný především odkázal na odůvodnění napadených rozhodnutí a setrval na své předchozí argumentaci. Měl za to, že ne každý dokument, který je součástí spisu, je podkladem pro rozhodnutí. To se týká i doplněných dokladů ohledně skutečnosti, zda se ostatní uchazeči vzdali práva na odvolání, neboť tyto neměly žádný vliv na průběh správního řízení. Tím, že žalobce o těchto dokladech nebyl uvědoměn, nemohla být zasažena jeho práva či zájmy.

[27] Předmět správního řízení se dotýkal i rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, a proto byl účastníkem řízení rovněž vybraný uchazeč. Žalobce nesprávným postupem znemožnil řádnou soutěž a jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Již tato skutečnost se pak dotýká práv a povinností vítězného uchazeče. Proto byla jeho účast ve správním řízení plně v souladu s § 116 zákona o veřejných zakázkách.

[28] Vyloučený dodavatel Bilfinger Berger Baugesellschaft m. b. H. prokázal splnění základních kvalifikačních předpokladů dle § 53 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách a profesních kvalifikačních předpokladů dle § 54 citovaného zákona. V dané věci se nejedná o pravou retroaktivitu. Terminologická změna jednoho pojmu nezakládá právní důsledky do minulosti. K tomu je třeba odkázat rovněž na § 125 a § 127 zákona o veřejných zakázkách.

[29] Ohledně námítky žalobce, že dodavatelé Metrostav a. s., SWIETELSKY stavební s. r. o. a BERGER BOHEMIA a. s. nemohli podat nabídky či podali nabídky v rozporu se zákonem, odkázal na bod 34 odůvodnění rozhodnutí. Konstatoval, že vzhledem k tomu, že se jedná o námítky a skutečnosti dříve neuplatněné, nelze k nim s odkazem na § 82 odst. 4 správního řádu přihlédnout. Poukazované nedostatky nabídek se měly objevit již ve sdělení žalobce, ve kterém informuje dodavatele, že jsou vyloučeni či odmítnuti ze zadávacího řízení.

[30] S ohledem na výše uvedené žalovaný navrhl, aby soud žalobu zamítl.

IV. Replika žalobce k vyjádření žalovaného

[31] V replice ze dne 15. 6. 2012 žalobce znovu zdůraznil, že jej žalovaný neseznámil se všemi podklady rozhodnutí a že pokud předseda Úřadu shledal, že rozhodnutí žalovaného je nesprávné, měl rozhodnutí zrušit dle § 90 odst. 1 správního řádu. Pro závěr, že žalobce porušil zákon o veřejných zakázkách, nemůže bez dalšího postačovat vyjádření Odboru živností Ministerstva průmyslu a obchodu ze dne 8. 4. 2009, v němž se uvádí: „[...] *za předpokladu, že Vámi dotazované elektroinstalační práce skutečně souvisejí s realizací určité stavby, **jsme toho názoru**, že tyto odborné činnosti, včetně vypracování revizní zprávy, lze vykonávat v rámci vázané živnosti provádění staveb, jejich změn a odstraňování.*“

V. Právní hodnocení soudu

[32] Zdejší soud přezkoumal v mezích žalobních bodů napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i předcházející rozhodnutí žalovaného včetně řízení předcházejících jejich vydání, a shledal, že **žaloba není důvodná**.

[33] K namítaným porušením procesních předpisů soud uvádí následující.

[34] Podle § 36 odst. 3 správního řádu musí být účastníkům před vydáním rozhodnutí ve věci dána možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. V dané věci se žalobce k podkladům rozhodnutí vyjádřil dne 18. 5. 2010 a následně dne 16. 3. 2011. Dne 21. 3. 2011 žalovaný vyzval uchazeče STRABAG a. s., GEOSAN GROUP a. s., OHL ŽS, a. s., a Energie – stavební a báňská a. s. k předložení originálu dokladů, které by prokázaly, že žalobci byly doručeny jejich vzdání se práva na podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. S odpověďmi těchto neúspěšných uchazečů již žalobce nebyl seznámen, a neměl tak možnost se k nim vyjádřit, přestože z nich žalovaný vycházel (viz body 34. až 41. odůvodnění rozhodnutí žalovaného). Procesní právo žalobce stanovené § 36 odst. 3 správního řádu tedy bylo porušeno, nicméně vzhledem k tomu, že odpovědi neúspěšných uchazečů nebyly pro danou věc žádným způsobem rozhodné a i bez nich by žalovaný dospěl ke stejnému závěru o spáchání správního deliktu žalobcem, nedosahovala tato vada takové intenzity, aby mohla mít vliv na zákonnost rozhodnutí. Na tomto místě je třeba konstatovat, že žalovaný neporušil svoje pravomoci tím, že neúspěšné uchazeče vyzval k předložení dokladů prokazujících doručení vzdání se práva na podání námitek. Žalovaný postupoval v souladu s § 50 správního řádu a snažil se opatřit si veškeré potřebné podklady a zjistit tak všechny rozhodné okolnosti.

[35] K námitkám týkajícím se § 90 odst. 1 písm. a), b) a c) a § 90 odst. 5 správního řádu je nejprve třeba upozornit, že řízení o rozkladu se řídí především § 152 správního řádu, a pouze nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu i ustanovení o odvolání. V dané věci rozhodl předseda Úřadu podle § 152 odst. 5 písm. b) správního řádu tak, že rozklad zamítl. Ve svém rozhodnutí se řádně zabýval rozkladem žalobce a vyjádřil se ke všem námitkám. Na základě některých z nich pak přistoupil i k úpravě a precizaci odůvodnění rozhodnutí žalovaného, byť na celkový výsledek řízení to z hlediska cíle sledovaného žalobcem nemělo vliv. V této souvislosti soud neshledal, že by došlo k porušení zásady dvojinstančnosti řízení. Tato zásada totiž znamená, že řízení probíhá ve dvou stupních, tedy že řízení a rozhodnutí správního orgánu prvního stupně podléhá kontrole odvolacího orgánu (v tomto případě vedoucího ústředního správního úřadu), nikoliv, že každý závěr musí být vždy vysloven jednou instancí a vždy prověřen a akceptován instancí vyšší. Dvojinstančnost zajišťuje nejen dvojí posouzení věci, ale je také cestou k nápravě a odstranění vad, které se vyskytly v řízení před prvním stupněm. Řízení před správním orgánem druhého stupně je pak jen řízením odstraňujícím vady, jichž se správní orgán prvního stupně dopustil. Tak tomu bylo i v daném případě. Předseda úřadu vycházel ze skutkového stavu tak, jak byl zjištěn žalovaným, a pouze k námitkám upravil jeho právní hodnocení. Žalobce nebyl nijak zkrácen na svých právech.

[36] Dle ustálené judikatury správní řízení tvoří v zásadě jeden celek (od zahájení řízení až do právní moci konečného rozhodnutí) a není vyloučeno, aby správní orgán druhého stupně napravil vady řízení před správním orgánem prvního stupně, resp. vady jeho rozhodnutí (včetně doplnění a zpřesnění odůvodnění). Došlo-li k takovéto změně za naprosto stejného důkazního a právního stavu věci, což je i souzený případ (ve kterém se navíc s touto změnou předseda Úřadu argumentačně řádně vypořádal v odůvodnění rozhodnutí), k porušení zásady dvojinstančnosti správního řízení dojít nemohlo. Podle krajského soudu by žalobcem v žalobě zastávaný výklad vedl k tomu, že orgán druhého stupně by nemohl napravit žádnou vadu prvoinstančního rozhodnutí a vždy by musel jeho vadné rozhodnutí zrušit a věc mu vrátit k dalšímu řízení. Takový postup by však byl jednoznačně v rozporu se zásadou ekonomie

řízení, neboť by vedl pouze k prodloužení řízení (blíže viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 2. 2010, č. j. 4 Ads 123/2009-99, ve věci „*Kaufland Česká republika v. o. s.*“; rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná na www.nssoud.cz).

[37] Co se týče tvrzení o nedodržení § 90 odst. 3 správního řádu, lze s ohledem na výše uvedené konstatovat, že předseda Úřadu neporušil právní předpisy, pokud z odůvodnění rozhodnutí žalovaného vypustil přitěžující okolnost ohledně neinformování žalovaného o dalších úkonech v průběhu řízení a naopak nově zohlednil přitěžující okolnost spočívající v intenzitě společenské nebezpečnosti jednání žalobce ve vztahu zájemcům o veřejnou zakázku (společnostem Metrostav a. s. a SWIETELSKY stavební s. r. o.). Přistoupil tak pouze k nápravě a odstranění vad a precizoval odůvodnění rozhodnutí žalovaného. Z odůvodnění rozhodnutí žalovaného byla vypuštěna jedna pro žalobce přitěžující okolnost a jedna přitěžující okolnost byla doplněna, současně byla výše uložené pokuty ponechána stejná. Nelze proto mluvit o tom, že by rozhodnutí bylo změněno v neprospěch žalobce.

[38] K námitkám týkajícím se § 6, § 71 odst. 1 a 3 a § 90 odst. 6 správního řádu, nutno uvést, že na řízení před žalovaným se aplikují lhůty podle § 71 správního řádu. Žalovaný ani předseda Úřadu v těchto lhůtách nerozhodli. Jedná se však toliko o lhůty pořádkové. Nedodržení těchto lhůt samo o sobě nezpůsobuje nezákonnost takto opožděně vydaných rozhodnutí a nemůže být důvodem pro jejich zrušení soudem. Jestliže měl žalobce za to, že v souvislosti s uvedenými průtahy dochází k porušení jeho práv, mohl použít jiných prostředků své ochrany (srov. § 79 a násl. s. ř. s.).

[39] Ohledně námitky porušení § 4 odst. 3 správního řádu soud konstatoval již výše, že žalobce měl být s odpověďmi neúspěšných uchazečů o vzdání se práva seznámen před vydáním rozhodnutí a měla mu být dána možnost se k nim vyjádřit. Pro hájení práv žalobce nicméně nebylo nezbytné, aby byl s dostatečným předstihem uvědomen o žádosti žalovaného o informace od uchazečů. Bylo by v rozporu se zásadou procesní ekonomie, kdyby správní orgán musel s předstihem informovat dotčenou osobu o všech úkonech, které vykonává v rámci své vyšetřovací činnosti. Uvědomění žalobce o dotazu na uchazeče nemohlo na dané věci, příp. na odpovědích uchazečů, nic změnit, a nebylo tedy potřebné k hájení práv žalobce.

[40] Pokud jde o obecně uplatněné žalobní body, soud je neshledal důvodnými. Žalovaný v řízení v souladu s § 50 odst. 4 správního řádu přihlédl ke všemu, co vyšlo najevo, včetně toho, co uvedl žalobce. Poměrně obsírně se věnoval vyloučení dodavatele BERGER BOHEMIA a. s. pro nesplnění profesních kvalifikačních předpokladů (body 72. až 87. odůvodnění) i dodavatele Bilfinger Berger Baugesellschaft m. b. H. pro nesplnění základních kvalifikačních předpokladů (body 42. až 56. odůvodnění). Porušení § 50 odst. 4 správního řádu tedy soud neshledal.

[41] K namítanému porušení § 68 odst. 3 správního řádu pak nutno konstatovat, že z odůvodnění rozhodnutí správního orgánu musí být seznatelné, proč správní orgán považuje námitky účastníka za liché, mylné nebo vyvrácené, které skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí, proč považuje skutečnosti předestírané účastníkem za nerozhodné, nesprávné nebo jinými řádně provedenými důkazy vyvrácené, podle které právní normy rozhodl, jakými úvahami se řídil při hodnocení důkazů a jaké úvahy jej vedly k uložení sankce v konkrétní výši. V dané věci se dne 16. 3. 2011 žalobce vyjádřil k podkladům rozhodnutí a namítl, že

vybraný uchazeč – SYNER, s. r. o., není účastníkem řízení, jelikož se předmět řízení netýkal výběru nejvhodnější nabídky. Žalovaný se touto námitkou nezabýval, pouze konstatoval, že vybraný uchazeč účastníkem řízení je (viz záhlaví a bod 7. odůvodnění rozhodnutí). Přestože se žalovaný s námitkou žalobce přezkoumatelně nevypořádal, tato vada neměla vliv na zákonnost rozhodnutí. Jednalo se toliko o úpravu procesního postupu, a nikoliv o věc samu. Z odůvodnění rozhodnutí žalovaného bylo patrné, jak dospěl k meritornímu rozhodnutí. Tedy jaké skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí, podle které právní normy rozhodl, jakými úvahami se řídil při hodnocení důkazů a jaké úvahy jej vedly k uložení sankce v konkrétní výši. Nedostatek odůvodnění rozhodnutí žalovaného navíc doplnil v souladu se zásadou dvojinstančnosti předseda Úřadu (bod 44. odůvodnění).

[42] Námitka účastenství vybraného uchazeče tedy byla po doplnění odůvodnění ze strany předsedy Úřadu vypořádána, nicméně dle zdejšího soudu nesprávně. Dle § 116 zákona o veřejných zakázkách je účastníkem řízení zadavatel a v řízení zahájeném na návrh též navrhovatel; je-li předmětem řízení přezkoumání rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo rozhodnutí o výběru nejvhodnějšího návrhu, je účastníkem řízení též vybraný uchazeč nebo vybraný účastník soutěže o návrh.

[43] V dané věci byly ve správním řízení přezkoumávány některé úkony zadavatele uskutečněné v průběhu zadávacího řízení. Jednalo se o úkony ještě z doby před podáváním nabídek. Posuzovány byly podmínky, za nichž žalobce posuzoval žádosti o účast v užším řízení a jak splnili jednotliví dodavatelé kvalifikační předpoklady. V průběhu správního řízení tedy nebylo přezkoumáváno rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Z uvedeného plyne, že ve správním řízení bylo rozhodováno o právech a povinnostech zadavatele, resp. o tom, zda jednotlivými úkony porušil zákon o veřejných zakázkách či nikoli, a zda se souvislosti s jeho porušením dopustil správního deliktu či nikoli. Je třeba konstatovat, že nic z výše uvedeného se přímo nedotýká práv a povinností vybraného uchazeče. Z výše uvedeného vyplývá, že vybraný uchazeč SYNER, s. r. o., neměl být účastníkem správního řízení o správním deliktu zadavatele (žalobce), a žalovaný tedy pochybil, když jej za účastníka považoval. Vybranému uchazeči žalovaný přiznal více práv, než mu v souladu se zákonem o veřejných zakázkách náleželo, což však nemělo žádný vliv na výrok napadeného rozhodnutí a zejména se to nijak nedotklo právní sféry žalobce. Vadný procesní postup neměl vliv na zákonnost rozhodnutí o věci samé.

[44] Zdejší soud tudíž dospěl k závěru, že žádné z výše uvedených porušení ustanovení o řízení před správním orgánem nebylo tak podstatné, aby mohlo mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé, a procesní námitky žalobce tedy neshledal důvodnými.

[45] Nelze se ztotožnit ani s námitkou, že žalovaný překročil své kompetence tím, že při posuzování okolností souvisejících s vyhodnocením kvalifikačních předpokladů zohlednil i jiný zákon než zákon o veřejných zakázkách, konkrétně zákon o živnostenském podnikání. Žalovaný jako správní orgán postupuje v souladu se zákony a uplatňuje svou pravomoc v rozsahu, v jakém mu byla svěřena. Dle § 112 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách žalovaný vykonává dohled nad dodržováním tohoto zákona. Dle § 122 odst. 2 písm. b) zákona o veřejných zakázkách rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu s tímto zákonem. Dle § 59 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách veřejný zadavatel posoudí prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků

stanovených v souladu s tímto zákonem. Posouzení všech základních, profesních, ekonomických, finančních a technických kvalifikačních předpokladů je úzce spjato s řadou souvisejících speciálních zákonů, při jejichž výkladu může dojít k nejasnostem. Zákon o veřejných zakázkách není samostatný ostrov, ze kterého by žalovaný při přezkumu veřejných zakázek nebyl oprávněn vykročit, naopak je tento zákon propojen s mnoha dalšími právními předpisy. Bylo tedy jediné logické a v souladu s principy správního řádu, když žalovaný při posouzení splnění profesních kvalifikačních předpokladů zohlednil i zákon o živnostenském podnikání.

[46] Dále žalobce namítal, že zákon o veřejných zakázkách při posuzování splnění podmínek u jednotlivých dodavatelů neporušil, a tudíž nespáchal předmětný správní delikt.

[47] Dodavatele Metrostav a. s. a SWIETELSKY stavební s. r. o. žalobce nepovažoval za zájemce, jelikož podle něj nepodali žádost o účast v užším řízení v souladu s § 28 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách.

[48] Dle ustanovení § 28 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách zadavatel v oznámení užšího řízení oznamuje neomezenému počtu dodavatelů svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení; oznámení užšího řízení je výzvou k podání žádostí o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace. Dle odstavce druhého zájemci podávají písemnou žádost o účast a prokazují splnění kvalifikace ve stanovené lhůtě. Po posouzení kvalifikace zájemců zadavatel vyzve zájemce, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídky. Podle § 149 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách může žádost o účast v užším řízení dodavatel učinit též telefonicky; v takovém případě je dodavatel povinen potvrdit žádost o účast písemnou formou, přičemž písemnou formu žádosti o účast musí odeslat zadavateli nejpozději v den uplynutí lhůty pro podání žádostí o účast.

[49] Pojmům užitým v zákoně o veřejných zakázkách je zpravidla třeba přisuzovat jejich obecně přijímaný význam, nejsou-li ze seznatelných důvodů použity ve specifickém významovém smyslu. Zákon o veřejných zakázkách náležitosti žádosti o účast v užším řízení, kromě její písemnosti, neupravuje, a proto bylo v daném případě možno vycházet z ustanovení o právních úkonech obsažených v občanském zákoníku, ve znění účinném pro projednávanou věc. Podle § 35 odst. 1 občanského zákoníku může být projev vůle učiněn jednáním nebo opomenutím; může se stát výslovně nebo jiným způsobem nevzbuzujícím pochybnosti o tom, co chtěl účastník projevit. Podle § 35 odst. 2 občanského zákoníku je třeba právní úkony vyjádřené slovy vykládat nejenom podle jejich jazykového vyjádření, ale zejména též podle vůle toho, kdo právní úkon učinil, není-li tato vůle v rozporu s jazykovým projevem. Podle § 37 odst. 1 občanského zákoníku musí být právní úkon učiněn mj. určitě a srozumitelně. Podle § 40 odst. 3 občanského zákoníku je písemný právní úkon platný, je-li podepsán jednající osobou. Základním prvkem žádosti o účast v užším řízení tak bude vyjádření vůle dodavatele ucházet se o konkrétní veřejnou zakázku zadávanou konkrétním zadavatelem.

[50] V dané věci dodavatel Metrostav a. s. ve lhůtě stanovené žalobcem pro podání žádostí o účast předložil úvodní list a doklady k prokázání splnění kvalifikace v předmětném zadávacím řízení. V úvodním listu mj. uvedl: „*Vážení obchodní partneři, na základě Vámi vyhlášené veřejné soutěže na dodavatele stavby si Vám dovoluujeme předat doklady*

k prokázání splnění kvalifikace společnosti Metrostav a. s., na realizaci stavby „Rekonstrukce základní školy včetně výstavby víceúčelové sportovní haly“. Nabídka je vypracována podle Vámi poskytnutého zadání a obsahuje tyto části: Úvodní list, Doklady k prokázání splnění kvalifikace. Jsme připraveni doplnit údaje o další podrobné informace k jmenované nabídce na kontaktní adrese uchazeče [...] Věříme, že přiložená nabídka spolu s garancí kapacitních možností Metrostav a. s. se mohou stát základem naší spolupráce.“ Společnost Metrostav a. s. tak v úvodním listu označila zadavatele, specifikovala veřejnou zakázku a uvedla, že zadavateli předává doklady k prokázání splnění kvalifikace v uvedeném zadávacím řízení. Úvodní list podání byl podepsán osobami oprávněnými za společnost Metrostav a. s. jednat.

[51] Dodavatel SWIETELSKY stavební s. r. o. ve lhůtě stanovené žalobcem pro podání žádosti o účast předložil doklady k prokázání kvalifikace v obálce označené *Kvalifikační dokumentace – VZ „Rekonstrukce základní školy včetně výstavby víceúčelové sportovní haly“ – NEOTVÍRAT* s adresou zadavatele. Složka s doklady k prokázání splnění kvalifikace byla označena *Kvalifikační dokumentace, Veřejná zakázka: „Rekonstrukce základní školy včetně výstavby víceúčelové sportovní haly“*. Titulní list byl nadepsán: *Základní údaje o uchazeči, Veřejná zakázka: „Rekonstrukce základní školy včetně výstavby víceúčelové sportovní haly“*, a dále obsahoval údaje o společnosti SWIETELSKY stavební s. r. o., podepsán byl osobami oprávněnými za společnost jednat.

[52] Zdejší soud se při posouzení listin předložených dodavateli Metrostav a. s. a SWIETELSKY stavební s. r. o. ztotožnil s názorem žalovaného, resp. předsedy Úřadu. Oba dodavatelé ve lhůtě předložili doklady prokazující splnění kvalifikace, ze kterých bylo ve spojení s průvodními listinami zřejmé, že mají zájem se zúčastnit předmětného zadávacího užšího řízení. Tedy že mají zájem v této fázi o účast v užším řízení. Oba dodavatelé v úvodních listech jednoznačně specifikovali zadavatele i veřejnou zakázku a listiny byly podepsány oprávněnými osobami. V obou případech se dodavatelé označují jako *uchazeči*. Dodavatel Metrostav a. s. sice v úvodním listu několikrát zopakoval slovo „nabídka“, nicméně z obsahu předložených písemností nelze mít za to, že by tím myslel nabídku ve smyslu § 68 a násl. zákona o veřejných zakázkách. Rovněž z podání dodavatele SWIETELSKY stavební s. r. o. nebylo pochyb, že má zájem o účast v užším řízení.

[53] V této situaci se nabízelo využití ustanovení § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, které je sice dispozitivní, nicméně jej lze veřejným zadavatelům doporučit, zejména s ohledem na skutečnost, že v mnoha případech se jedná pouze o formální pochybení dodavatelů, kteří jinak požadovanou kvalifikaci splňují, a zadavatel by se tak připravil o možnost získat jinak ekonomicky výhodnou nabídku. Je třeba připomenout, že cílem zákona o veřejných zakázkách je zejména zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Proto nelze přijmout formální výklad zákona, který by bezúčelně zužoval okruh možných uchazečů. Ustanovení § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách předpokládá, že zadavatel bude doplňující údaje požadovat právě po dodavateli, který předložil určitým způsobem nejasné podklady. Nelze tedy samotné využití tohoto zákonného ustanovení považovat za porušení zásady rovného zacházení ve smyslu § 6 zákona o veřejných zakázkách. Žalovaný se charakterem úkonu obou dodavatelů dostatečně zabýval (viz body 60. až 71. odůvodnění rozhodnutí) a předseda Úřadu jeho úvahy doplnil (body 31. a 32. odůvodnění rozhodnutí).

[54] Zájemce Bilfinger Berger Baugesellschaft m. b. H. byl z účasti v zadávacím řízení vyloučen, protože dle žalobce nesplnil základní kvalifikační předpoklady, konkrétně vymezené v § 53 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

[55] Dle tohoto ustanovení ve znění účinném ke dni zahájení předmětného zadávacího řízení (23. 12. 2009) základní kvalifikační předpoklady splňoval dodavatel, který nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin spáchaný ve prospěch zločinného spolčení, trestný čin účasti na zločinném spolčení, legalizace výnosů z trestné činnosti, podílnictví, přijímání úplatku, podplácení, nepřímého úplatkářství, podvodu, úvěrového podvodu, včetně případů, kdy jde o přípravu nebo pokus nebo účastenství na takovém trestném činu, nebo došlo k zahrazení odsouzení za spáchání takového trestného činu; jde-li o právnickou osobu, musí tento předpoklad splňovat statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu, a je-li statutárním orgánem dodavatele či členem statutárního orgánu dodavatele právnická osoba, musí tento předpoklad splňovat statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu této právnické osoby; podává-li nabídku či žádost o účast zahraniční právnická osoba prostřednictvím své organizační složky, musí předpoklad podle tohoto písmene splňovat vedle uvedených osob rovněž vedoucí této organizační složky; tento základní kvalifikační předpoklad musí dodavatel splňovat jak ve vztahu k území České republiky, tak k zemi svého sídla, místa podnikání či bydliště.

[56] Dne 1. 1. 2010 nabyl účinnosti zákon č. 41/2009 Sb., o změně některých zákonů v souvislosti s přijetím trestního zákoníku, který v čl. XXIX nahradil slova „zločinného spolčení“ slovy „organizované zločinecké skupiny“ a slova „zločinném spolčení“ nahradil slovy „organizované zločinecké skupině“.

[57] Podle § 127 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách nahrazuje výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů předložený ve lhůtě pro prokázání splnění kvalifikace prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 odst. 1 citovaného zákona.

[58] Dle § 52 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách je v užším řízení dodavatel povinen prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání žádosti o účast. Tu zadavatel v daném případě stanovil v bodu IV.3.4. oznámení o zakázce do dne 4. 2. 2010.

[59] Dle § 59 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách veřejný zadavatel posoudí prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu s tímto zákonem.

[60] V dané věci předložil zájemce Bilfinger Berger Baugesellschaft m. b. H. zadavateli ve lhůtě pro prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů vyhotovený dne 20. 1. 2010. V druhé části výpisu označené *Základní kvalifikační předpoklady, jejichž splnění dodavatel prokázal*, bylo uvedeno, že dodavatel prokázal, že nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin spáchaný ve prospěch organizované zločinecké skupiny, trestný čin účasti na organizované zločinecké skupině, legalizace výnosů z trestné činnosti atd.

[61] Dne 5. 2. 2010 proběhlo jednání komise pro posouzení kvalifikace. Zadavatel měl v souladu s § 59 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách posuzovat splnění kvalifikace jednotlivých zájemců dle požadavků stanovených v tomto zákoně. Dle § 53 odst. 1 písm. a)

zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném ke dni posuzování splnění kvalifikace základní kvalifikační předpoklady splňoval dodavatel, který nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin spáchaný ve prospěch organizované zločinecké skupiny, trestný čin účasti na organizované zločinecké skupině, legalizace výnosů z trestné činnosti atd. Zájemce Bilfinger Berger Baugesellschaft m. b. H. tedy ke dni posuzování splnění kvalifikace splňoval základní kvalifikační předpoklady. Zákon č. 41/2009 Sb. neobsahoval žádné přechodné ustanovení, které by určovalo, že se zadávací řízení zahájená přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončovala podle dosavadních právních předpisů. Provozovatel seznamu kvalifikovaných dodavatelů vydává výpis ze seznamu dle účinného znění zákona o veřejných zakázkách. Tedy do dne 31. 12. 2009 ve znění „zločinného spolčení“ a ode dne 1. 1. 2010 ve znění „organizované zločinecké skupiny“. Změna předmětného ustanovení byla pouhou terminologickou změnou, základní skutková podstata trestného činu zůstala beze změny. Osoby, které byly v seznamu kvalifikovaných dodavatelů zapsány před nabytím účinnosti zákona č. 41/2009 Sb., a tudíž splňovaly základní kvalifikační předpoklady dle § 53 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, splňují základní kvalifikační předpoklady dle § 53 odst. 1 písm. a) i po nabytí účinnosti tohoto zákona.

[62] Žalovaný i předseda Úřadu se námitkou ohledně rozhodného znění zákona podrobně zabývali (především body 52. až 56. odůvodnění rozhodnutí žalovaného a body 24. až 28. odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu), navíc předseda Úřadu se výslovně vypořádal s námitkou žalobce, která se týkala zásady zákazu retroaktivity (viz bod 24. odůvodnění).

[63] Přestože žalovaný i předseda Úřadu odůvodnili chybný postup zadavatele částečně jinak než zdejší soud, nemění to nic na závěru, že zájemce Bilfinger Berger Baugesellschaft m. b. H. prokázal splnění základních kvalifikačních předpokladů, a že jej tedy žalobce neoprávněně vyloučil z účasti v zadávacím řízení.

[64] Zájemce BERGER BOHEMIA a. s. žalobce vyloučil z účasti v zadávacím řízení pro neprokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 zákona o veřejných zakázkách, neboť nepředložil oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícímu celému předmětu veřejné zakázky. Konkrétně dle žalobce nepředložil oprávnění k podnikání (živnostenské listy) na provedení revizní zkoušky elektrických zařízení dle ČSN. Žalobce tedy zájemce vyloučil pro nesplnění profesních kvalifikačních předpokladů dle § 54 písm. b) zákona o veřejných zakázkách.

[65] Zadavatel v bodu II.1.5) oznámení o zakázce uvedl, že předmětem veřejné zakázky je „rekonstrukce základní školy, dostavba sportovní haly a zázemí, revizní zkoušky elektrických zařízení dle ČSN, geodetické zaměření stavby (výkon zeměměřičských činností) pro potřeby zápisu do katastru nemovitostí, výkon činnosti koordinátora BOZP (bezpečnosti a ochrany zdraví při práci) na stavbě a vypracování plánu BOZP, zhotovení dokumentace skutečného provedení stavby“.

[66] Splnění profesních kvalifikačních předpokladů bylo v bodě III.2.1) oznámení o zakázce podmíněno následujícími doklady: a) výpis z obchodního rejstříku, pokud je v něm zapsán, či výpis z jiné obdobné evidence, pokud je v ní zapsán, b) doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídající předmětu veřejné zakázky (na předmět, který opravňuje dodavatele předmět veřejné zakázky realizovat v plném rozsahu), c) doklad

osvědčující odbornou způsobilosti dodavatele nebo osoby, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje, a to 1. pro stavbu - autorizovaný inženýr, autorizovaný technik, autorizovaný stavitel v oboru pozemní stavby, 2. pro zeměměřičství – oprávnění podle § 14 zákona č. 200/1994 Sb. ve znění pozdějších předpisů, podrobněji viz kvalifikační dokumentace. V rámci kvalifikační dokumentace byly v části sedmé profesní kvalifikační předpoklady vymezeny obdobně jako v oznámení o zakázce.

[67] Podle § 134 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách předloží-li dodavatel veřejnému zadavateli certifikát vydaný v rámci systému certifikovaných dodavatelů, který obsahuje náležitosti stanovené v § 139 citovaného zákona, ve lhůtě pro prokázání splnění kvalifikace a údaje v certifikátu jsou platné nejméně k poslednímu dni lhůty pro prokázání splnění kvalifikace, nahrazuje tento certifikát v rozsahu v něm uvedených údajů prokázání splnění kvalifikace dodavatelem.

[68] V dané věci k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů předložil zájemce BERGER BOHEMIA a. s. certifikát vydaný v rámci systému certifikovaných dodavatelů, kterým v rámci prokázání oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky mj. doložil, že disponuje živnostenským listem ze dne 25. 3. 1997, ev. č. 340500-23338, pro „*provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování*“ (nyní „*Provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“).

[69] Spornou otázkou bylo, zda zájemce prokázal živnostenským listem pro „*provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování*“, že je oprávněn k podnikání v rozsahu odpovídajícímu celému předmětu veřejné zakázky – konkrétně k provedení revizní zkoušky elektrických zařízení dle ČSN.

[70] Příloha 2. nařízení vlády č. 278/2008 Sb., o obsahových náplních jednotlivých živností, ve znění účinném pro projednávanou věc, vymezuje obsahové náplně vázaných živností. Obsahová náplň živnosti „*Provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“ je definována jako „*provádění stavebních a montážních prací při novostavbách, změnách dokončených staveb (nástavby, přístavby, stavební úpravy), údržbě staveb a jejich odstraňování podle stavebního zákona. Při provádění uvedených stavebních prací mohou být vykonány i činnosti související s realizací staveb, které jsou předmětem živností řemeslných nebo vázaných, případně živnosti volné*“.

[71] Soud má za to, že je třeba důsledně odlišovat (ne)splnění profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 písm. b) a podle § 54 písm. d) zákona o veřejných zakázkách. Držitel živnosti „*Provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“ je dle nařízení vlády č. 278/2008 Sb. oprávněn při provádění stavebních prací vykonávat i činnosti související s realizací staveb, které jsou předmětem živností řemeslných nebo vázaných, případně živnosti volné. Revizní zkoušky elektrických zařízení vymezené v předmětu veřejné zakázky bez pochyby souvisely s realizací rekonstrukce základní školy a dostavby sportovní haly. V rámci dotčené živnosti mohou být vykonávány i činnosti, které nejsou stavebními ani montážními pracemi, ale musí být vykonávány při nich a musí souviset s realizací stavby. Proto zájemci k prokázání oprávnění k podnikání v souladu s § 54 písm. b) zákona o veřejných zakázkách postačoval živnostenský list pro „*provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování*“.

[72] Tento závěr potvrzuje i stanovisko, ze kterého při výkladu obsahu předmětné živnosti vycházel žalovaný i předseda Úřadu. Žalovaný se dopisem ze dne 16. 3. 2009 dotázal Ministerstva průmyslu a obchodu, Sekce podnikání, Odboru živností, zda živnostenské oprávnění na „provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování“ pokrývá i provedení revizních zpráv vnitřních elektroinstalací, nebo zda musí být pro tuto činnost samostatné oprávnění na provádění revizí. Dne 8. 4. 2009 žalovaný obdržel odpověď ze dne 31. 3. 2009 v následujícím znění. „K Vašemu dotazu ze dne 16. 3. 2009, č. j. ÚOHS-D112/2009/VZ- 3270/2009/530/SWa, týkajícímu se rozsahu živnostenského oprávnění vázané živnosti *„Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“* Vám sdělujeme následující stanovisko. Podle nařízení vlády č. 278/2008 Sb., o obsahových náplních jednotlivých živností, spadá do obsahové náplně vázané živnosti *„Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“* provádění stavebních a montážních prací při novostavbách, změnách dokončených staveb (nástavby, přístavby, stavební úpravy), údržbě staveb a jejich odstraňování podle stavebního zákona. Při provádění uvedených stavebních prací mohou být vykonávány i činnosti související s realizací staveb, které jsou předmětem živností řemeslných nebo vázaných, případně živnosti volné. V rámci uvedené *„multiprofesní“* živnosti mohou být prováděny veškeré stavební a montážní práce při novostavbách, rekonstrukcích, modernizacích, změnách, opravách, údržbě a odstraňování staveb. Jedná se tedy o ucelenou dodávku stavby *„na klíč“* podle projektové dokumentace a provedení takových prací, které vedou k užívání dokončené stavby, nebo její části, případně se může jednat o změnu stavby, její údržbu nebo odstraňování prováděnou v režimu zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon). Při provádění uvedených prací v rámci vázané živnosti *„Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“* mohou být vykonávány samostatně, avšak prostřednictvím odborně způsobilých osob, i takové činnosti, které jsou jinak předmětem samostatných živností řemeslných, případně živnosti volné, přímo souvisejících se zřizováním, změnami a údržbou staveb, např. zhotovení a montáž stavebních zámečnických výrobků, stavebních truhlářských výrobků, montáž a opravy vyhrazených plynových zařízení, elektrických zařízení včetně elektroinstalace, zdvihacích zařízení, vyhrazených tlakových zařízení, zemní práce a terénní úpravy, výkopové práce a podobně. Za předpokladu, že Vámi dotazované elektroinstalační práce skutečně souvisejí s realizací určité stavby, jsme toho názoru, že tyto odborné činnosti, včetně vypracování revizní zprávy, lze vykonávat v rámci vázané živnosti *„Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“*. Závěrem upozorňujeme na skutečnost, že zákon č. 174/1968 Sb., o státním odborném dozoru nad bezpečností práce, stanoví, že elektrická zařízení spadají do vyhrazených technických zařízení, což jsou zařízení se zvýšenou mírou ohrožení zdraví a bezpečnosti osob a majetku, která podléhají dozoru podle uvedeného zákona. Podle § 6c tohoto zákona mohou podnikatelé (právnícké i fyzické osoby) provádět revize a zkoušky vyhrazených technických zařízení jen pokud jsou odborně způsobilí a jsou držiteli oprávnění podle § 6a odst. 1 písm. c), přičemž jsou rovněž povinni zajistit, aby ve stanovených případech zkoušky a revize vyhrazených technických zařízení vykonávaly jen fyzické osoby, které jsou nejen odborně způsobilé, ale ve stanovených případech jsou též držiteli platného osvědčení vydaného některou z organizací státního odborného dozoru, např. *Institutem technické inspekce Praha*.“

[73] Toto stanovisko tak potvrzuje, že v rámci vázané živnosti *„Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“* mohou být při provádění stavebních a montážních prací vykonávány samostatně i takové činnosti, které jsou jinak předmětem samostatných živností, avšak

prostřednictvím odborně způsobilých osob. Osvědčení odborné způsobilosti však již nespadá pod podmínky vymezené § 54 písm. b), ale pod § 54 písm. d) zákona o veřejných zakázkách. Lze uzavřít, že zájemce BERGER BOHEMIA a. s. předložil doklad o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky. Zda předložil doklad osvědčující odbornou způsobilost dodavatele nebo osoby, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje, je již otázka jiná, s tímto řízením ovšem nesouvisející. Žalobce zájemce vyloučil pro nesplnění kvalifikace dle § 54 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, což žalovaný správně vyhodnotil jako chybný postup, a za to byl (mj.) žalobce sankcionován.

[74] Jak bylo tedy uvedeno výše, žalobce neoprávněně nepovažoval dodavatele Metrostav a. s. a SWIETELSKY stavební s. r. o. za zájemce a neoprávněně vyloučil ze zadávacího řízení zájemce Bilfinger Berger Baugesellschaft m. b. H. a BERGER BOHEMIA a. s. Nedodržel tedy postup pro zadání veřejné zakázky stanovený zákonem o veřejných zakázkách. Tímto jednáním mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jelikož zúžil okruh možných zájemců o čtyři dodavatele, kteří mohli zakázku zrealizovat za nejvýhodnějších podmínek. Ke kvalifikovanému porušení zákona ze strany zadavatele alespoň potenciálně vedoucímu k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky může dojít jak ve fázi před podáním nabídek (například při samotném oznámení zadávacího řízení nebo při posouzení kvalifikace), tak po podání nabídek (například tím, že zadavatel nesprávně vyloučí uchazeče nebo podanou nabídku opomene vyhodnotit). I postup před podáním nabídek může mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, a proto nelze žalobci přisvědčit, že jeho jednání nenaplnilo skutkovou podstatu správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jelikož nabídky nezohledněných, resp. vyloučených dodavatelů vůbec neměl k dispozici.

[75] V dané věci jsou rozhodující úkony žalobce, kterými oznámil dodavatelům vyhodnocení jejich dokumentace. Tyto úkony žalovaný přezkoumával a za tato jednání žalobce sankcionoval. Soud postup žalovaného přezkoumal a shledal, že postupoval v souladu s právními předpisy. Tvrzení žalobce, že i kdyby dotčené dodavatele nevyřadil, stejně by je vyloučil pro nesplnění jiných kvalifikačních předpokladů, je čistě hypotetické a netýká se tohoto řízení. Správní orgán, ani zdejší soud, v dané věci nepřezkoumával veškerou kvalifikační dokumentaci všech dodavatelů, ale jen tu část ve vztahu k vytýkaným úkonům žalobce jako zadavatele.

VI. Závěr a náklady řízení

[76] Krajský soud v Brně tedy shledal námitky žalobce nedůvodnými. Jelikož v řízení nevyšly najevo ani žádné vady, k nimž musí soud přihlížet z úřední povinnosti, zamítl žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s. ř. s.

[77] O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s. ř. s., 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 ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.

P o u ě n í : Proti tomuto rozsudku 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 31. března 2014

JUDr. Zuzana Bystřická, v. r.
předsedkyně senátu