



UOHSX00839L7

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0931/2015/VZ-10199/2016/551/DBo

Brno: 14. března 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném dne 22. 12. 2015 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Statutární město Olomouc, IČO 002 99 308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 00 Olomouc,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „**Dolní náměstí - rekonstrukce**“ v užším řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněn dne 13. 5. 2011 pod evidenčním číslem zakázky 60060052, a na kterou byla dne 8. 8. 2011 uzavřena smlouva o dílo s uchazečem „Sdružení Dolní náměstí“, za účasti STRABAG a.s., IČO 608 38 744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5 (vedoucí účastník sdružení), a H O R S T A V Olomouc, spol. s r. o., IČO 451 95 706, se sídlem Tovární 41 A, 772 00 Olomouc (účastník sdružení), které na základě smlouvy o sdružení uzavřené dne 25. 5. 2011 podaly společnou nabídku,

**rozhodl takto:**

### I.

Zadavatel – Statutární město Olomouc, IČO 002 99 308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 00 Olomouc – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Dolní náměstí - rekonstrukce“ v užším řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněn dne 13. 5. 2011 pod evidenčním číslem zakázky

60060052, nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 citovaného zákona v návaznosti na § 59 odst. 1 citovaného zákona v souvislosti s § 6 citovaného zákona, když nevyločil zájemce „Sdružení Dolní náměstí“, za účasti STRABAG a.s., IČO 608 38 744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5 (vedoucí účastník sdružení), a H O R S T A V Olomouc, spol. s r. o., IČO 451 95 706, se sídlem Tovární 41 A, 772 00 Olomouc (účastník sdružení), které na základě smlouvy o sdružení uzavřené dne 25. 5. 2011 podaly společnou nabídku, ze zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, přestože tento zájemce nesplnil ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad podle § 55 odst. 1 písm. b) citovaného zákona uvedený v bodu 4.1.3. písm. b) kvalifikační dokumentace předmětné veřejné zakázky, neboť smlouva uzavřená dne 23. 5. 2011 se subdodavatelem STRABAG AG – organizační složka a předložená zájemcem na straně 47 žádosti o účast v užším řízení k prokázání tohoto ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu, tj. splnění ukazatelů finanční a ekonomické analýzy – celková likvidita a celková zadluženost, nesplňovala náležitosti podle § 51 odst. 4 písm. b) citovaného zákona, jelikož subdodavatel STRABAG AG – organizační složka jako organizační složka zahraniční právnické osoby nemá právní osobnost, a nemůže se tudíž ve prospěch zájemce v rámci prokázání předmětného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu zavazovat k poskytnutí plnění podle § 51 odst. 4 písm. b) citovaného zákona, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 8. 8. 2011 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.

## II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se zadavateli – Statutární město Olomouc, IČO 002 99 308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 00 Olomouc – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ukládá

**pokuta ve výši 300.000 Kč (tři sta tisíc korun českých).**

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „**zákon**“), příslušný k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh a k projednání správních deliktů podle tohoto zákona, včetně ukládání sankce za jejich spáchání, obdržel dne 21. 1. 2014 podnět týkající se postupu zadavatele – Statutární město Olomouc, IČO 002 99 308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 00 Olomouc (dále jen „**zadavatel**“) – při zadávání veřejné zakázky „Dolní náměstí - rekonstrukce“ v užším řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněn dne 13. 5. 2011 pod evidenčním číslem zakázky 60060052 (dále též „**veřejná zakázka**“).
2. V podnětu bylo namítáno možné porušení zákona tím, že zadavatel nevyločil zájemce „Sdružení Dolní náměstí“ z účasti v zadávacím řízení, když nepředložil smlouvu se subdodavatelem v souladu s § 51 odst. 4 písm. b) zákona.
3. Na základě skutečností uvedených v podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele dokumentaci o předmětné veřejné zakázce a vyjádření zadavatele k obsahu podnětu, přičemž z obdržené dokumentace zjistil následující skutečnosti.

4. Organizační činnosti administrativní povahy byly zajišťovány v zastoupení zadavatele dle ustanovení § 151 zákona jinou osobou, společností APC Consulting s.r.o., IČO 268 72 056, se sídlem Příční 861/4, 750 02 Přerov.
5. Zadavatel zvolil pro zadání předmětné podlimitní veřejné zakázky na stavební práce podle § 12 odst. 2 zákona ve spojení s § 9 zákona užíší řízení podle § 21 odst. 1 písm. b) zákona ve spojení s § 28 zákona.
6. Zadavatel zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění dne 10. 5. 2011, přičemž z bodu IV.1.2) formuláře „Oznámení o zakázce“ vyplývá, že zadavatel omezil počet zájemců, kteří budou vyzváni v užším řízení k podání nabídek, na maximální počet 6 zájemců. Lhůta pro podání žádosti o účast byla dle bodu IV.3.4) „Oznámení o zakázce“ stanovena do 30. 5. 2011 do 11,00 hod.
7. Předmětem veřejné zakázky bylo zhotovení stavby „Dolní náměstí - rekonstrukce“, přičemž podrobný popis předmětu plnění byl blíže specifikován v bodu 2 zadávací dokumentace „Předmět plnění veřejné zakázky“. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla v bodu II.2.1) „Oznámení o zakázce“ stanovena ve výši 105.000.000 Kč bez DPH.
8. Zadavatel v bodu II. „Omezení počtu zájemců“ v dokumentu s názvem „Důvodová zpráva“, jež byl součástí Výpisu z 13. schůze Rady města Olomouc, konané dne 19. 4. 2011, uvedl: *„Zadavatel má zájem na uzavření smlouvy s dodavatelem, který svými ekonomickými předpoklady dává záruku řádného dokončení díla. Zadavatel omezuje počet zájemců v užším řízení na 6 zájemců. K podání nabídky bude vyzváno 6 dodavatelů, kteří prokáží splnění požadované kvalifikace a kteří splní nejlépe kritéria pro omezení počtu zájemců.“*
9. Zadavatel pro omezení počtu zájemců stanovil následující 2 objektivní kritéria výběru, přičemž hodnoty těchto ekonomických výstupů musely vycházet z účetních standardů na základě zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví.

Číslo	Objektivní kritéria	Váha kritéria
1.	Hodnota celkové zadluženosti	70 %
2.	Hodnota celkové likvidity	30 %

10. Ke způsobu omezení počtu zájemců zadavatel dále uvedl, že objektivní kritérium, u něž je nejvýhodnější minimální hodnota, se hodnotí tak, že nejnižší hodnotě je přiřazeno 100 bodů, přičemž ostatní hodnocené žádosti získají bodovou hodnotu, která vznikne násobkem 100 a poměru hodnoty nejvýhodnější hodnoty k hodnotě hodnocené žádosti. Objektivní kritérium, u něž je nejvýhodnější maximální hodnota, se hodnotí tak, že nejvyšší hodnotě je přiřazeno 100 bodů, přičemž ostatní hodnocené nabídky získají bodovou hodnotu, která vznikne násobkem 100 a poměru hodnoty hodnocené žádosti k hodnotě nejvýhodnější žádosti. Počty získaných bodů se následně přepočítají dle váhy jednotlivých kritérií a celkové pořadí je dáno absolutní hodnotou bodové hodnoty žádosti tak, že za nejvýhodnější bude považována žádost, která získá nejvyšší celkový počet redukovanych bodů.
11. Z bodu VII. „Jednání komisí“ v dokumentu s názvem „Důvodová zpráva“, jež byl součástí Zprávy pro schůzi Rady města Olomouce, konané dne 28. 6. 2011, vyplývá, že dne 30. 5. 2011

proběhlo otevírání obálek se žádostmi o účast v předmětném zadávacím řízení. Komise pro otevírání obálek provedla i posouzení kvalifikace zájemců podle § 59 zákona a výběr zájemců dle kritéria pro omezení počtu zájemců podle § 61 odst. 3 zákona.

12. Žádost o účast podalo celkem 8 zájemců, z nichž 2 byli vyloučeni. Vyloučenými zájemci byla společnost VHS plus, spol. s r.o., IČO 469 92 138, se sídlem Dobšická 17, 670 21 Znojmo, a to z důvodu neprokázání splnění profesních a technických kvalifikačních předpokladů, a společnost Metrostav a.s., IČO 000 14 915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, jež se podle míry naplnění úrovně stanovených kritérií, která měla omezit počet zájemců na 6, umístila v pořadí zájemců na 7. místě.
13. Komise pro otevírání obálek a posouzení kvalifikace sestavila pořadí kvalifikovaných zájemců o účast v užším řízení podle zvolených objektivních kritérií, přičemž nejlepšího bodového ohodnocení dosáhl zájemce „Sdružení Dolní náměstí“.
14. Ve lhůtě pro podání nabídek, která byla dle bodu 5 zadávací dokumentace stanovena do 23. 6. 2011 do 10,00 hod., bylo podáno celkem 6 nabídek, z nichž jako nevhodnější byla vyhodnocena nabídka uchazeče „Sdružení Dolní náměstí“, za účasti vedoucího účastníka sdružení STRABAG a.s., IČO 608 38 744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, a účastníka sdružení H O R S T A V Olomouc, spol. s r. o., IČO 451 95 706, se sídlem Tovární 41 A, 772 00 Olomouc (dále též „**vybraný uchazeč**“), se kterým zadavatel uzavřel dne 8. 8. 2011 smlouvu o dílo s cenou ve výši 96.473.534,03 Kč bez DPH (115.768.240,83 Kč s DPH).
15. Vybraný uchazeč k prokázání požadovaného kvalifikačního předpokladu stanoveného pro omezení počtu zájemců, jenž spočíval ve výpočtu ukazatelů ze dvou objektivních kritérií získaných z účetní závěrky, konkrétně hodnoty celkové likvidity a celkové zadluženosti, použil hodnoty z účetní závěrky svého subdodavatele – STRABAG AG – organizační složka, IČO 659 90 960, se sídlem Na Bělidle 1698/21, 150 00 Praha 5 (dále jen „**STRABAG AG – organizační složka**“).
16. Vybraný uchazeč ve svém souboru dokumentů „Žádost o účast v užším řízení“ k prokázání výše uvedeného kvalifikačního předpokladu předložil svoji rozvahu, rozvahu subdodavatele STRABAG AG – organizační složka a také „Smlouvu o uzavření budoucí smlouvy“ mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem STRABAG AG – organizační složka.
17. Po přezkoumání příslušné dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel dodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona v návaznosti na § 59 odst. 1 zákona v souvislosti s § 6 zákona, když nevyločil vybraného uchazeče ze zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, přestože tento zájemce nesplnil ekonomický a finanční předpoklad podle § 55 odst. 1 písm. b) zákona, neboť k prokázání tohoto ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu, tj. splnění ukazatelů finanční a ekonomické analýzy – celková likvidita a celková zadluženost, předložil v žádosti o účast v užším řízení neplatnou subdodavatelskou smlouvu, přičemž tento jeho postup podstatně ovlivnil výběr nevhodnější nabídky. Z tohoto důvodu Úřad zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S0931/2015/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v předmětné veřejné zakázce.

## **I. Řízení před správním orgánem**

18. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu oznámil Úřad zadavateli dopisem ze dne 21. 12. 2015, č. j. ÚOHS-S0931/2015/VZ-45635/2015/551/DBo, ve kterém Úřad seznámil zadavatele se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí. Současně Úřad usnesením z téhož dne, č. j. ÚOHS-S0931/2015/VZ-45648/2015/551/DBo, stanovil účastníkovi řízení lhůtu, v níž mohl navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
19. Správní řízení bylo zahájeno podle § 113 zákona dne 22. 12. 2015, tj. dnem, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli.
20. Dne 7. 1. 2016 obdržel Úřad žádost zadavatele o prodloužení lhůty pro zaslání vyjádření ze dne 6. 1. 2016, jemuž Úřad ještě téhož dne vyhověl dopisem č. j. ÚOHS-S0931/2015/VZ-00731/2016/551/DBo a lhůtu prodloužil do 1. 2. 2016.
21. Ke zjištěním Úřadu uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení zaslal zadavatel vyjádření ze dne 28. 1. 2016, které bylo doručeno Úřadu téhož dne prostřednictvím datové schránky.

## **II. Vyjádření zadavatele ze dne 28. 1. 2016**

22. Zadavatel v úvodu svého vyjádření zopakoval skutečnosti uvedené v oznámení o zahájení správního řízení, na které navázal svým stanoviskem, v němž uvádí, že společnost STRABAG AG jako zahraniční osoba podnikala a stále podniká na území ČR prostřednictvím své organizační složky STRABAG AG – organizační složka, jež vzhledem k nutnosti zápisu do obchodního rejstříku má obdobné postavení jako odštěpný závod. Z toho dle zadavatele vyplývá nejen to, že při provozování organizační složky se užívá obchodní jméno firmy podnikatele (zahraniční osoby) s dodatkem, že jde o organizační složku, a že vedoucí organizační složky, který je zapsán do obchodního rejstříku, je zmocněn činit za podnikatele veškeré právní úkony týkající se této organizační složky, ale i to, že tímto zápisem nevzniká (stejně jako v případě odštěpného závodu) právnícká osoba, ale vzniká pouze právo podnikat na území České republiky.
23. Zákonné zmocnění se dle zadavatele vztahuje pouze na vedoucího takové organizační složky podniku, která je zapsána v obchodním rejstříku, a za podmínky, že je tento vedoucí rovněž zapsán do obchodního rejstříku. Vedoucí takové organizační složky jedná jménem podnikatele, přičemž rozsah jeho jednatelského oprávnění je vymezen obchodním zákoníkem tak, že je oprávněn činit veškeré právní úkony týkající se organizační složky, již je vedoucím. Všechny tyto znaky STRABAG AG – organizační složka splňuje.
24. Samotná organizační složka nemá sice právní subjektivitu, způsobilost k právním úkonům, být účastníkem řízení či procesní způsobilost, na druhé straně má však právní subjektivitu ve věcech týkající se organizační složky, zastupuje mateřskou společnost při jednání s úřady a soudy, smí jednat s obchodními partnery jménem zahraniční společnosti a může podepisovat smlouvy týkající se přímo organizační složky. Vedoucí organizační složky realizuje za zahraniční společnost veškeré právní úkony, které se organizační složky týkají. Na rozdíl od klasické společnosti však vedoucí organizační složky nejedná za organizační složku, protože tato nemá právní subjektivitu. Za zahraniční společnost tak může jednat pouze v záležitostech týkajících se organizační složky, avšak současně je nezbytné si uvědomit, že smluvní stranou zůstává i nadále zahraniční společnost.

25. Ve věcech, jež se netýkají výhradně příslušné organizační složky, v tomto případě STRABAG AG – organizační složka, nýbrž také anebo výlučně společnosti STRABAG AG jako celku, nebo nějaké jiné části této společnosti, není vedoucí příslušné organizační složky oprávněn jednat bez dalšího.
26. V daném případě STRABAG AG – organizační složka nemá samostatnou právní subjektivitu, tzn. nemá způsobilost mít práva a povinnosti. Nositelem práv a povinností i v záležitostech, které se týkají STRABAG AG – organizační složka, je subjekt, o jehož organizační složku se jedná, tedy v tomto případě zahraniční právnická osoba STRABAG AG. Vzhledem k tomu, že STRABAG AG – organizační složka nemá právní subjektivitu, a tudíž nebyla oprávněna sama o sobě uzavřít smlouvu o uzavření budoucí smlouvy, by konstatování o neplatnosti této smlouvy dávalo dle zadavatele z ryze právně formalistického hlediska smysl.
27. Na vzniklou záležitost se dle zadavatele nicméně nedá pohlížet bez přihlídnutí k dalším souvisejícím okolnostem, přičemž v této spojitosti odkazuje na Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR č. j. 32 Odo 119/2003 ze dne 20. 5. 2003, které stanovuje povinnost posuzovat právní úkon podle jeho obsahu a vůle účastníků, kterou sledovali při uzavření smlouvy, a nikoliv se pouze formálně zaměřit na označení účastníka ve smlouvě.
28. Zadavatel dále uvádí rozsáhlou citaci z výše uvedeného rozhodnutí, přičemž v ní zvýraznil následující části: *„Nejvyšší soud však již dříve judikoval, že nesprávnost nebo neúplnost v označení osoby, která činila právní úkon, nezpůsobuje sama o sobě jeho neplatnost, jestliže z celého obsahu projevu vůle jeho výkladem, popřípadě objasněním skutkových okolností, za nichž byl právní úkon činěn, lze zjistit, kdo je jeho účastníkem... Závěr o nezpůsobilosti určitého subjektu k právním úkonům, a tím i o jeho absolutní nezpůsobilosti právně relevantním způsobem vystupovat v právních vztazích, lze učinit až poté, kdy tento nedostatek nelze odstranit ani jeho výkladem.“*
29. Zadavatel v rámci svého vyjádření odkázal též na Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 10. 4. 1997, sp. zn. 2 Cdon 386/96, v němž je uvedeno: *„Vada v označení osoby, která je účastníkem smlouvy, nezpůsobuje sama o sobě neplatnost této smlouvy, pokud lze z celého obsahu právního úkonu jeho výkladem, popřípadě objasněním skutkových okolností, za nichž byl právní úkon učiněn, zjistit, kdo byl účastníkem smlouvy.“*
30. Dle názoru zadavatele dokonce i samotný Úřad ve své rozhodovací praxi jednal s organizačními složkami jako s účastníky řízení a takto je i označoval, což znamená, že *de facto* jim přiznával právní subjektivitu. Jako příklad zadavatel uvádí rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/MNe ze dne 12. 8. 2011 a č. j. ÚOHS-S399/2011/VZ-16212/2012/530/JWe ze dne 29. 8. 2012.
31. Zadavatel má tak za to, že s ohledem na objasnění okolností, za nichž byla smlouva o uzavření budoucí smlouvy uzavřena, jejího obsahu a souladu zápisu STRABAG AG – organizační složky do obchodního rejstříku se zákonnými požadavky, je nepochybné, že pouhé nevhodné označení smluvní strany STRABAG AG – organizační složka nemůže mít za následek neplatnost uzavření této smlouvy.
32. Zároveň zadavatel uvedl, že samotný Úřad nemá pravomoc určovat, zda je smlouva platná či nikoliv, neboť toto je oprávněn vyslovit výhradně soud, a to za předpokladu, že by jeden z účastníků smlouvy podal žalobu na její neplatnost v občanském soudním řízení.

33. Pro úplnost zadavatel dodává, že smlouva na plnění veřejné zakázky by se stala neplatnou z důvodu nedodržení postupu podle zákona pouze v případě, kdy Úřad uloží zákaz jejího plnění podle § 118 odst. 2 zákona.
34. V daném případě se prokázání splnění příslušných kvalifikačních kritérií týkalo pouze STRABAG AG – organizační složka (jak vyplývá z její předložené rozvahy), a nikoliv společnosti STRABAG AG, a proto z věcného pohledu zadavatel nepochybil, když akceptoval smlouvu o uzavření budoucí smlouvy v podobě předložené v nabídce.
35. Zadavatel tak při označení smluvních stran dané smlouvy o uzavření budoucí smlouvy vycházel z toho, že se jedná o označení obvyklé, užívané v daném odvětví a že tímto postupem podstatně neovlivnil ani nemohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. V této souvislosti odkázal na Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 2. 6. 2014, č. j. 30 Af 55/2012, z něhož vyplývá, že samotné nedodržení postupu dle zákona nestačí ke spáchání příslušného správního deliktu, ale je nezbytné, aby nastal též zákonem předpokládaný následek spočívající v tom, že byl nebo mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, a to podstatným způsobem. Nejde tedy o jakékoliv ovlivnění, nýbrž o ovlivnění podstatné.
36. Závěrem zadavatel navrhuje zastavení řízení dle § 117a písm. f) zákona.

### **III. Závěry správního orgánu**

37. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání výše specifikované veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, za což mu byla uložena sankce uvedená ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

#### **K výroku I. tohoto rozhodnutí**

38. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
39. Podle § 28 odst. 1 zákona v oznámení užšího řízení oznamuje zadavatel 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.
40. Podle § 28 odst. 2 zákona podávají zájemci 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. Pokud zadavatel v oznámení užšího řízení omezil počet zájemců pro účast v užším řízení, vyzve k podání nabídky pouze zájemce vybrané v souladu s § 61 zákona, jde-li o veřejného zadavatele, nebo v souladu s § 66 zákona, jde-li o sektorového zadavatele. Zadavatel může stanovit i maximální počet zájemců, jež vyzve k podání nabídky.
41. Podle § 50 odst. 1 zákona kvalifikaci splní dodavatel, který prokáže splnění
- a) základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 zákona,
  - b) profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 zákona,
  - c) ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 zákona a

d) technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 zákona.

42. Podle § 51 odst. 4 písm. b) zákona, pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona 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) zákona.
43. Podle § 55 odst. 1 písm. b) zákona může veřejný zadavatel k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele požadovat poslední zpracovanou rozvahu podle zvláštních právních předpisů nebo určitou část takové rozvahy.
44. Podle § 55 odst. 3 písm. c) zákona je veřejný zadavatel ve vztahu k ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.
45. Podle § 59 odst. 1 zákona veřejný zadavatel posoudí prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu s tímto zákonem.
46. Podle § 60 odst. 1 zákona dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58 zákona, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.
47. Podle § 61 odst. 1 zákona, 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 § 61 odst. 2 nebo § 61 odst. 4 zákona uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.
48. Podle § 61 odst. 3 zákona výběr podle objektivních kritérií podle odstavce § 61 odst. 2 zákona 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.
49. Podle § 61 odst. 7 zákona veřejný zadavatel bezodkladně po provedení výběru podle § 61 odstavců 3 až 6 zákona vyloučí z účasti v zadávacím řízení všechny zájemce, kteří nebyli vybráni. Vyloučení zájemce včetně důvodů veřejný zadavatel zájemci bezodkladně písemně oznámí.
50. Podle § 5 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, v rozhodném znění (dále jen „**obchodní zákoník**“), se podnikem pro účely tohoto zákona rozumí soubor hmotných, jakož i osobních a nehmotných složek podnikání. K podniku náleží věci, práva a jiné majetkové hodnoty, které patří podnikateli a slouží k provozování podniku nebo vzhledem k své povaze mají tomuto účelu sloužit.



51. Podle § 5 odst. 2 obchodního zákoníku je podnik věc hromadná. Na jeho právní poměry se použijí ustanovení o věcech v právním smyslu. Tím není dotčena působnost zvláštních právních předpisů vztahujících se k nemovitým věcem, předmětům průmyslového a jiného duševního vlastnictví, motorovým vozidlům apod., pokud jsou součástí podniku.
52. Podle § 7 odst. 1 obchodního zákoníku je odštěpný závod organizační složka podniku, která je jako odštěpný závod zapsána v obchodním rejstříku. Při provozování odštěpného závodu se užívá obchodní firmy (§ 8 obchodního zákoníku) podnikatele s dodatkem, že jde o odštěpný závod.
53. Podle § 7 odst. 2 obchodního zákoníku obdobné postavení jako odštěpný závod má i jiná organizační složka podniku, jestliže zákon stanoví, že se zapisuje do obchodního rejstříku.
54. Podle § 13 odst. 3 obchodního zákoníku vedoucí organizační složky podniku (§ 7 odst. 1 a 2 obchodního zákoníku), který je zapsán do obchodního rejstříku, je zmocněn za podnikatele činit veškeré právní úkony týkající se této složky.
55. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že zadavatel je dle § 51 odst. 1 zákona povinen požadovat prokázání splnění kvalifikace dodavatele, jejíž rozsah je specifikován v § 50 odst. 1 zákona. Zadavatel však musí vždy požadovat takové kvalifikační předpoklady, které mají vazbu na předmět a rozsah zadávané veřejné zakázky a přitom stanovit takové požadavky, aby neznemožnil potenciálním dodavatelům se daného zadávacího řízení zúčastnit.
56. Úřad dále uvádí, že ve vztahu k ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům musí zadavatel uvést způsob prokázání splnění těchto předpokladů. Tímto požadavkem se rozumí identifikace příslušných dokumentů, které musí dodavatel zadavateli předložit k řádnému prokázání splnění příslušné kvalifikace. Dále je potřeba, aby zadavatel vymezil minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, tzn. je povinen stanovit určitý limit, jehož naplnění dodavatelem znamená pro zadavatele záruku stabilního partnera pro plnění předmětu veřejné zakázky.
57. Smyslem ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů je tedy především prověření ekonomické a finanční stability dodavatele a prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů dává zadavateli do značné míry jistotu, že vybraný dodavatel je ekonomicky a finančně způsobilý pro plnění předmětu veřejné zakázky. Jejich účelem je tedy eliminovat z konečného výběru ty dodavatele, jejichž ekonomická a finanční situace není ve stavu zaručujícím stabilního partnera.
58. Pokud více dodavatelů podává společnou nabídku, postačí, je-li splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů prokázáno pouze jedním ze zúčastněných dodavatelů. Rovněž je dodavatel oprávněn k prokázání jejich splnění využít třetích osob, tedy subdodavatelů. Podmínkou úspěšného prokázání splnění těchto předpokladů prostřednictvím subdodavatele je pak předložení platné subdodavatelské smlouvy, z níž bude vyplývat závazek subdodavatele k poskytnutí plnění, jehož se prokázání příslušných kvalifikačních předpokladů týká.
59. Užší řízení je druh zadávacího řízení, které se dělí na více částí. V rámci počáteční fáze se zadavatel neadresně obrací na dodavatele s oznámením, že hodlá tímto způsobem zadat veřejnou zakázku, a dodavatelé, kteří mají zájem o účast v tomto zadávacím řízení, mohou podat žádost o účast a prokázat splnění kvalifikace požadované zadavatelem. V následující fázi

zadavatel vyzývá příslušný počet dodavatelů k podání nabídky, přičemž se již obrací pouze na omezený okruh dodavatelů, kteří požádali o účast a prokázali splnění kvalifikace. V užším řízení je zadavatel oprávněn, nikoliv však povinen, omezit počet zájemců o účast stanovením maximálního počtu zájemců. Pokud tuto možnost zadavatel využije, stává se omezení počtu zájemců pomyslnou hranicí mezi výše uvedenými fázemi tohoto zadávacího řízení. Zadavatel je však povinen vyzvat k podání nabídky vždy nejméně 3 zájemce.

60. V předmětné veřejné zakázce zadavatel omezil počet na 6 zájemců. Pro omezení počtu zájemců stanovil 2 kritéria výběru, přičemž hodnoty těchto kritérií, konkrétně hodnoty celkové zadluženosti a hodnoty celkové likvidity, musely vycházet z účetních standardů na základě zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, v rozhodném znění (dále jen „ZU“).
61. Vybraný uchazeč k prokázání požadovaného kvalifikačního předpokladu předložil rozvahu společnosti STRABAG a.s., IČO 608 38 744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, jenž byl vedoucím účastníkem sdružení (vybraný uchazeč), rozvahu subdodavatele STRABAG AG – organizační složka a také „Smlouvu o uzavření budoucí smlouvy“ (dále též „Smlouva“) mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem STRABAG AG – organizační složka.
62. V bodu II. Smlouvy „Předmět smlouvy“ se uvádí: „V případě ekonomické nestability budoucího objednatele, se budoucí dodavatel zavazuje uhradit za budoucího objednatele všechny závazky související s uvedenou zakázkou.“
63. V bodu IV. Smlouvy „Ostatní ujednání“ je uvedeno: „Budoucí dodavatel souhlasí s tím, že budoucí objednatel v souladu s § 51 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., v platném znění, v rámci podání nabídky prokáže část kvalifikace, a to dle § 55 odst. 1 písm. b) zákona – poslední zpracovaná rozvaha podle zvláštních právních předpisů – splnění ukazatelů finanční a ekonomické analýzy – celková likvidita a celková zadluženost.“
64. Smlouva je podepsána oběma smluvními stranami, přičemž za STRABAG AG – organizační složka je podepsán vedoucí organizační složky.
65. Z „Formuláře pro prokázání splnění ekonomických a finančních předpokladů“ a „Tabulky kritérií“ předložených v nabídce vybraného uchazeče vyplývá, že údaje poskytnuté vybraným uchazečem, jež měly sloužit jako podklad pro hodnocení vedoucí k omezení počtu zájemců v užším řízení, tedy hodnoty celkové zadluženosti a hodnoty celkové likvidity, jsou převzaty z rozvahy subdodavatele STRABAG AG – organizační složka.
66. Vzhledem k předloženým hodnotám, vycházejícím z rozvahy subdodavatele STRABAG AG – organizační složka, se vybraný uchazeč umístil na 1. místě v pořadí kvalifikovaných zájemců o účast v užším řízení, a byl tak vyzván k podání nabídky v předmětném zadávacím řízení. Výsledky hodnocení byly zaznamenány v tabulce níže, jež byla uvedena v bodu VII. „Jednání komisí“ ve Zprávě pro schůzi Rady města Olomouce, konané dne 28. 6. 2011.

Zájemce	Kritéria pro omezení počtu zájemců		Celkem/ pořadí
	Hodnota celkové zadluženosti (maximálně 80%)	Hodnota celkové likvidity (minimálně 1) Váha 30%	

	Váha 70%				
Sdružení Dolní náměstí	2,54	70,00	39,39	30,00	100,00/1.
Dálniční stavby Praha, a.s.	15,54	11,44	9,52	7,25	18,69/3.
Sdružení „Olomouc, Dolní náměstí – rekonstrukce“	13,48	13,19	6,58	5,01	18,20/4.
EUROVIA CS, a.s.	11,45	15,53	8,30	6,32	21,85/2.
Metrostav a.s.	20,00	8,89	4,23	3,22	12,11/7.
OHL ŽS, a.s.	14,06	12,65	7,15	5,45	18,10/5.- 6.
Pražské silniční a vodohospodářské stavby, a.s.	14,06	12,65	7,15	5,45	18,10/5.- 6.

67. Jak již bylo uvedeno výše (bod 58 odůvodnění tohoto rozhodnutí), může dodavatel splnění ekonomických a finančních předpokladů prokázat pomocí subdodavatele, avšak za podmínky předložení platné subdodavatelské smlouvy.
68. Úřad k dané věci uvádí, že organizační složka podniku byla upravena v § 7 a § 13 odst. 3 obchodního zákoníku. Tato ustanovení je nutné též aplikovat na posuzovanou věc, a to s ohledem na to, kdy byl předmětný úkon učiněn. Při zkoumání právní povahy organizační složky podniku zahraniční osoby je třeba vyjít ze skutečnosti, že jde o organizační složku nikoliv přímo zahraniční osoby, nýbrž jejího podniku, je tedy částí hromadné věci. Podnik nemá právní subjektivitu a důsledkem této skutečnosti je pak to, že jí nedisponuje ani jeho organizační složka. Z uvedeného lze dovodit, že organizační složka podniku zahraniční právnické osoby není právním subjektem, a nemá tudíž způsobilost mít práva a povinnosti. K otázce právní subjektivity organizační složky se již několikrát vyjadřoval i Nejvyšší soud ČR, např. v usnesení ze dne 20. 4. 2011, sp. zn. 32 Cdo 895/2001, ve kterém uvádí: „Podle ustáleného výkladu podávaného soudní praxí platí, že skutečnost, že organizační složka zahraniční právnické osoby umístěná na území České republiky je zapsána do obchodního rejstříku, neznámá, že tato organizační složka je nositelem právní subjektivity a způsobilým účastníkem řízení.“
69. Neměla-li organizační složka podniku zahraniční právnické osoby právní subjektivitu, neměla ani způsobilost k právním úkonům. Nemohla tak ani vstupovat do právních vztahů jako smluvní strana. Týká-li se proto smlouva organizační složky podniku zahraniční právnické osoby, uzavírá ji přímo podnikatel, jehož je podnik, resp. jeho organizační složka, majetkem. Řečeno jinými

slovy, do závazkových vztahů a jiných právních vztahů vstupuje nikoliv organizační složka, ale zahraniční osoba. Při provozování organizační složky podniku zahraniční osoby se užívá obchodního jména (nyní obchodní firmy) zahraniční osoby s dodatkem, že jde o organizační složku podniku.

70. Podle § 13 odst. 3 obchodního zákoníku je vedoucí organizační složky podniku, který je zapsán do obchodního rejstříku, zmocněn za podnikatele činit veškeré právní úkony týkající se této složky. Zákon tedy stanoví, že vedoucí je zmocněn činit právní úkony za podnikatele, nikoliv za organizační složku. Organizační složka není sama o sobě právním subjektem, nemá právní subjektivitu, je pouze tzv. „prodlouženou rukou“ zahraniční entity v České republice.
71. Co se týká účetnictví, tak je organizační složka zahraniční právnické osoby považována za účetní jednotku, a to v souladu s § 1 odst. 2 písm. b) ZU. Organizační složky zahraničního podnikatele, pokud u nás podnikají, resp. provozují jinou činnost podle zvláštních předpisů, musí vést účetnictví dle českých předpisů, protože jsou ZU považovány za (českou) účetní jednotku. Obchodní zákoník stanoví, že zahraniční osoba má právo podnikat na území našeho státu, má-li u nás umístěnu organizační složku. Ta pak musí být zapsána do obchodního rejstříku, a tím se stává účetní jednotkou. Zahraniční právnická osoba a její účetnictví je věcí předpisů státu, kde působí, ale pro naše účetnictví známe pouze její organizační složku. Jestliže jde o organizační složku zahraničního vlastníka, tak musí být vedeno účetnictví dle ZU a tudíž i sestavována účetní závěrka. Přitom organizační složka jako nesamostatný útvar nemá základní kapitál. Současně má organizační složka postavení daňového subjektu, tj. poplatníka daně z pohledu daně z příjmů právnických osob. Prakticky to znamená, že organizační složka podává daňové přiznání a plní daňovou povinnost na území ČR a současně jsou její výsledky součástí celkového základu daně zahraniční osoby, která organizační složku zřídila.
72. Pokud Úřad provede rekapitulaci uvedených skutečností, lze z nich dovodit následující závěry:
- Organizační složka je odvozena od podniku, tj. souboru majetku.
  - Organizační složka vzniká vyčleněním části majetku, tj. podniku.
  - Organizační složka je oprávněna spravovat tento majetek, ten však stále náleží do souboru majetku podniku, resp. podnikatele, tzn. organizační složka sama o sobě žádný majetek nevlastní.
  - Organizační složka je sice oprávněna spravovat jí svěřený majetek a dle svěřených oprávnění s ním nakládat, není nicméně oprávněna vstupovat do právních vztahů svým vlastním jménem.
73. V předmětné veřejné zakázce vstoupila organizační složka do právních vztahů svým vlastním jménem a subdodavatelská smlouva byla podepsána vedoucím organizační složky. Zároveň s touto subdodavatelskou smlouvou byla k prokázání ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu, tj. splnění ukazatelů finanční a ekonomické analýzy – celková likvidita a celková zadluženost, předložena rozvaha subdodavatele STRABAG AG – organizační složka. Z uvedeného vyplývá, že účetní dokumenty požadované zadavatelem se vztahovaly pouze k organizační složce a nikoliv k „oficiálnímu“ subdodavateli, tj. zahraniční společnosti. Z této smlouvy tak nemohl plynout závazek subdodavatele – organizační složky k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem ve smyslu § 51 odst. 4 písm. b) zákona.

74. Úřad shrnuje, že ačkoliv vedoucí organizační složky může uzavírat smlouvu se třetími osobami, je tímto jednáním vázán samotný podnikatel, neboť vedoucí organizační složky jedná jako zástupce podnikatele, nikoliv jménem a na účet organizační složky. Vybraný uchazeč tedy prokazoval požadované kvalifikační předpoklady prostřednictvím subdodavatele STRABAG AG – organizační složka, přitom ji prokázal prostřednictvím nezpůsobilého subjektu.
75. Výše uvedené skutečnosti se v podstatě shodují i s vyjádřením zadavatele, ve kterém konstatuje, že vedoucí organizační složky může za zahraniční společnost jednat pouze v záležitostech týkajících se organizační složky, avšak současně je nezbytné si uvědomit, že smluvní stranou zůstává i nadále zahraniční společnost (viz bod 24 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
76. Vyjádření zadavatele a argumenty v něm uvedené směřují k obhajobě označení smluvní strany předložené Smlouvy, jíž byla STRABAG AG – organizační složka a nikoliv společnost STRABAG AG jako zahraniční osoba, přičemž odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 10. 4. 1997, sp. zn. 2 Cdon 386/96, v němž je uvedeno: „*Vada v označení osoby, která je účastníkem smlouvy, nezpůsobuje sama o sobě neplatnost této smlouvy, pokud lze z celého obsahu právního úkonu jeho výkladem, popřípadě objasněním skutkových okolností, za nichž byl právní úkon učiněn, zjistit, kdo byl účastníkem smlouvy.*“ Úřad se shoduje s konstatováním zadavatele, že pouhé nevhodné označení smluvní strany STRABAG AG – organizační složka by nemělo mít za následek neplatnost uzavření této Smlouvy. Úřad však dodává, že v daném případě je z úkonu – smlouvy a daného jednání zřejmé, že nejde jen o prostou vadu v označení osoby, ale že uvedené jednání organizační složky svědčí právě o tom, že účelem bylo, aby do právních vztahů, plynoucích z tohoto závazkového vztahu, vstoupila právě tato organizační složka. Plyne to ostatně i z toho, že podkladem byla i rozvaha STRABAG AG – organizační složka a nikoliv rozvaha společnosti STRABAG AG jakožto zahraniční osoby. Lze tedy dovodit závěr, že STRABAG AG – organizační složka v předmětné Smlouvě nesprávně vstoupila do právních vztahů uchazeče. Předmětná Smlouva tak není subdodavatelskou smlouvou, kterou by bylo možné řádně prokázat kvalifikaci. Jinými slovy, vybraný uchazeč nepředložil řádnou subdodavatelskou smlouvu, která je podmínkou splnění ekonomických a finančních předpokladů prokazovaných pomocí subdodavatele.
77. K argumentu zadavatele, že samotné nedodržení postupu dle zákona nestačí ke spáchání správního deliktu, ale je nezbytné, aby nastal též zákonem předpokládaný následek spočívající v tom, že byl nebo mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, a to podstatným způsobem, Úřad uvádí, že zákon označuje za správní delikt nejen jednání, které prokazatelně ovlivnilo zadávací řízení, ale i takové jednání, které pouze mělo potenciál takového ovlivnění, aniž nutně k tomuto ovlivnění prokazatelně došlo. V daném případě však k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky došlo, navíc podstatným způsobem, neboť pokud by vybraný uchazeč v počáteční fázi užšího řízení předložil hodnoty, jež měly sloužit jako podklad pro hodnocení vedoucí k omezení počtu zájemců v užším řízení, tedy hodnoty celkové zadluženosti a hodnoty celkové likvidity, ze své vlastní rozvahy, která byla taktéž předložena (viz bod 61 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a nikoliv z rozvahy STRABAG AG – organizační složka, neumístil by se na 1. místě v pořadí, nýbrž na 7. místě, což by při omezení počtu na 6 zájemců znamenalo, že by vybraný uchazeč nebyl vyzván k podání nabídky, nemohl by se tak zúčastnit další fáze předmětného zadávacího řízení a následně se tak stát vybraným uchazečem.

78. Úřad k výše uvedenému závěru přikládá hodnoty vyplývající z předložené rozvahy vybraného uchazeče. Hodnota celkové zadluženosti činila 64,8 a hodnota celkové likvidity činila 1,83. Při použití postupu a výpočtů dle požadavků zadavatele by výsledná hodnota činila ve srovnání s výsledky ostatních zájemců nejnižší počet redukováných bodů, a tudíž by se vybraný uchazeč umístil na 7. místě v pořadí všech hodnocených zájemců – viz tabulka s přehledem výpočtů níže.

Zájemce	Kritéria pro omezení počtu zájemců				Celkem/ pořadí
	Hodnota celkové zadluženosti (maximálně 80%) Váha 70%		Hodnota celkové likvidity (minimálně 1) Váha 30%		
Sdružení Dolní náměstí	64,80	12,37	1,83	5,77	18,14/7.
Dálniční stavby Praha, a.s.	15,54	51,58	9,52	30	81,58/2.
Sdružení „Olomouc, Dolní náměstí – rekonstrukce“	13,48	59,46	6,58	20,74	80,2/3.
EUROVIA CS, a.s.	11,45	70	8,30	26,16	96,16/1.
Metrostav a.s.	20,00	40,08	4,23	13,33	53,41/6.
OHL ŽS, a.s.	14,06	57	7,15	22,53	79,53/4.- 5.
Pražské silniční a vodohospodářské stavby, a.s.	14,06	57	7,15	22,53	79,53/4.- 5.

79. K argumentu zadavatele, ve kterém uvádí, že i samotný Úřad ve své rozhodovací praxi jednal s organizačními složkami jako s účastníky řízení a takto je i označoval, což znamená, že *de facto* jim přiznával právní subjektivitu, Úřad uvádí, že samotné chybné označení účastníka řízení neznámá, že se řízení týkalo pouze samotné organizační složky a nikoliv zahraniční právnické osoby jako celku.

80. Na základě výše uvedeného dospěl Úřad k závěru, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona v návaznosti na § 59 odst. 1 zákona v souvislosti s § 6 zákona, když nevyloučil vybraného uchazeče ze zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku,

přestože tento uchazeč nesplnil ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad podle § 55 odst. 1 písm. b) zákona, neboť smlouva uzavřená se subdodavatelem STRABAG AG – organizační složka nesplňovala náležitosti podle § 51 odst. 4 písm. b) zákona, jelikož subdodavatel STRABAG AG – organizační složka jako organizační složka zahraniční právnické osoby nemá právní osobnost, a nemůže se tudíž ve prospěch zájemce v rámci prokázání předmětného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu zavazovat k poskytnutí plnění podle § 51 odst. 4 písm. b) zákona. Tento postup zadavatele přitom podstatně ovlivnil výsledek předmětného zadávacího řízení, neboť pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a vyloučil by vybraného uchazeče ze zadávacího řízení již v jeho prvotní fázi, nemohla by jeho nabídka být v konečném důsledku vybrána jako nabídka nejvhodnější (neboť by nebyla bývala ani podána), k čemuž ve skutečnosti došlo. Jelikož zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

### **K výroku II. tohoto rozhodnutí – uložení sankce**

81. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
82. Jelikož zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Dolní náměstí - rekonstrukce“ nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona v návaznosti na § 59 odst. 1 zákona v souvislosti s § 6 zákona, když nevyločil vybraného uchazeče ze zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, přestože tento uchazeč nesplnil ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad podle § 55 odst. 1 písm. b) zákona uvedený v kvalifikační dokumentaci předmětné veřejné zakázky, neboť k prokázání tohoto ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu, tj. splnění ukazatelů finanční a ekonomické analýzy – celková likvidita a celková zadluženost, předložil v žádosti o účast v užším řízení smlouvu uzavřenou dne 23. 5. 2011 se subdodavatelem STRABAG AG – organizační složka, přičemž tato smlouva nesplňovala náležitosti podle § 51 odst. 4 písm. b) zákona, jelikož subdodavatel STRABAG AG – organizační složka jako organizační složka zahraniční právnické osoby nemá právní osobnost, a nemůže se tudíž ve prospěch zájemce v rámci prokázání předmětného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu zavazovat k poskytnutí plnění podle § 51 odst. 4 písm. b) citovaného zákona, přičemž tento jeho postup měl podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky a již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, naplnil zadavatel výše uvedeným jednáním skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
83. Podle § 121 odst. 3 ve znění zákona č. 40/2015 Sb., který je nutno na posuzovaný případ aplikovat, neboť je pro pachatele správního deliktu příznivější, odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
84. V návaznosti na poslední citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněná podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 21. 1. 2014, přičemž správní řízení bylo zahájeno 22. 12. 2015, nedošlo tedy k zániku lhůty vymezené zákonem pro zahájení správního řízení. Vzhledem ke skutečnosti, že dne 8. 8. 2011 byla zadavatelem uzavřena smlouva o dílo, lhůta pro zahájení správního řízení tak byla rovněž zachována. Z uvedeného

vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikty podle zákona nezanikla.

85. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10.000.000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
86. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 115.768.240,83 Kč s DPH (96.473.534,03 Kč bez DPH). Horní hranice možné pokuty (5 % ceny veřejné zakázky) tedy po zaokrouhlení činí 5.788.412 Kč.
87. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, přičemž zákon demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Při zvažování závažnosti správního deliktu pak Úřad zohlednil následující skutečnosti.
88. S ohledem na způsob spáchání správního deliktu vzal Úřad v úvahu skutečnost, že zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem na předmětnou veřejnou zakázku, přičemž nedodržel postup stanovený zákonem, a to již v samotném počátku zadávacího řízení, neboť nevyločil vybraného uchazeče ze zadávacího řízení pro neprokázání splnění ekonomických a finančních předpokladů, přestože vybraný uchazeč předložil v žádosti o účast v užším řízení neplatnou smlouvu ve smyslu § 51 odst. 4 písm. b) zákona, a zadavatel tohoto uchazeče vyzval k podání nabídky. V daném případě zadavatel nesprávně posoudil předloženou subdodavatelskou smlouvu, která však byla uzavřena s nezpůsobilým subjektem (organizační složkou) a k prokázání požadovaných kvalifikačních předpokladů byly předloženy hodnoty z rozvahy tohoto subjektu, který z pohledu zákona nemůže být oficiálním subdodavatelem v rámci procesu zadávání veřejné zakázky.
89. Co se týče následků spáchání správního deliktu, vzal Úřad v úvahu celkový kontext šetřeného případu. Zadavatel tím, že nesprávně posoudil veškeré dokumenty předložené vybraným uchazečem v jeho žádosti o účast v užším řízení, umožnil vybranému uchazeči podat nabídku, která se současně stala i nabídkou vítěznou. Svým jednáním v rozporu se zákonem tak dal zadavatel vzniknout situaci, kdy byla veřejná zakázka, resp. plnění, které bylo jejím předmětem, přiděleno nezpůsobilému subjektu, který neprokázal zadavatelem požadovanou kvalifikaci a měl být z účasti v zadávacím řízení vyloučen. Současně tím, že nevyločil vybraného uchazeče již v počáteční fázi daného zadávacího řízení, zamezil zadavatel účasti jiného zájemce, a vytvořil tak neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Ve vztahu k závažnosti spáchaného správního deliktu nelze než konstatovat, že se v daném případě jedná o závažný delikt, neboť postupem zadavatele došlo k výraznému oslabení základního účelu procesu zadávání veřejných zakázek, kterým je zajištění spravedlivé soutěže v souladu se základními principy vyplývajícími z § 6 zákona.
90. Pokud se zadavatel rozhodl omezit počet zájemců pro účast v zadávacím řízení stanovením 2 objektivních kritérií výběru, přičemž hodnoty těchto kritérií, konkrétně hodnoty celkové zadluženosti a hodnoty celkové likvidity, musely vycházet z účetních standardů, pravděpodobně mýnil eliminovat takové zájemce, kteří by nebyli způsobilí k plnění veřejné zakázky a nebyli by zárukou ekonomické a finanční stability, jejíž ohrožení by mohlo mít dopad



na realizaci předmětu veřejné zakázky. Toto ostatně zadavatel deklaroval v dokumentu s názvem „Důvodová zpráva“, jenž byl součástí Výpisu z 13. schůze Rady města Olomouc, konané dne 19. 4. 2011, ve kterém uvedl: „Zadavatel má zájem na uzavření smlouvy s dodavatelem, který svými ekonomickými předpoklady dává záruku řádného dokončení díla.“ (Viz bod 8 odůvodnění tohoto rozhodnutí.) Zadavatel měl tedy posuzovat předložené doklady o to pečlivěji, zejména při existenci předložené rozvahy samotného vybraného uchazeče, neboť hodnoty v ní uvedené byly diametrálně rozdílné od hodnot z rozvahy jeho subdodavatele. Tento fakt posoudil Úřad jako přitěžující okolnost, neboť zadavatel nepostupoval s řádnou péčí, když přijal a posoudil předloženou subdodavatelskou smlouvu a předložené hodnoty z rozvahy subdodavatele jako dostatečné, přičemž předmětná Smlouva nebyla uzavřena způsobilým subjektem a předložené hodnoty nikterak nevyhovovaly o ekonomické a finanční stabilitě vybraného uchazeče.

91. Úřad při stanovení výše pokuty v souvislosti se závěry uvedenými v rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 123/2013 ze dne 9. 4. 2015 zohlednil rovněž i skutečnost, že od spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí uplynuly více než 4 roky, neboť jak Krajský soud v cit. rozsudku dovodil, *„je-li základním požadavkem na zákonnost uložené pokuty její proporcionalita, pak hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním, je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty, k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má zamezit, aby výše pokuty, jinak řádně stanovena podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. V rámci správního trestání je totiž třeba dostatečně silně vnímat, že časový horizont toho, kdy se účastníkovi řízení (delikventovi) dostává konečného rozhodnutí ve věci, je neoddělitelnou součástí měřítek celkové spravedlnosti řízení, a že čím je tento časový horizont delší, tím více se rozostřují kontury spravedlnosti jak v očích účastníka řízení, tak i v obecném vnímání veřejnosti a veřejného mínění, což celkově oslabuje důvěryhodnost státní moci. Je nepochybné, že s prodlužujícím se okamžikem potrestání se relativizuje základní vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí a že doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci má i bezprostřední vliv na účel trestu, jehož má být uložením konkrétní sankce dosaženo“.*
92. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako „nespravedlivá“. Nepřípustné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Na základě plánovaných příjmů pro rok 2016 umístěných na internetových stránkách zadavatele – <http://rozpocet.olomouc.eu/#!SouhrnPage/idPlanVerze=21&obdobi=PLAN> – ve výši 1.982.345.000 Kč Úřad konstatuje, že jím stanovenou pokutu nelze považovat za likvidační.
93. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Je tedy třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma,

neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů proto Úřad uložil pokutu v dolní polovině možné sazby ve výši 300.000 Kč (tři sta tisíc korun českých), přičemž ji posoudil vzhledem k souvislostem případu jako dostačující a možnostem zadavatele přiměřenou.

94. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
95. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

### **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.  
místopředseda

### **Obdrží**

Statutární město Olomouc, Horní náměstí 583, 779 00 Olomouc

### **Vypraveno dne**

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