



UOHSX0042U20

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S631/2011/VZ-3443/2012/510/ASh

V Brně dne 9. října 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 28. 12. 2011 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Povodí Moravy, s.p., IČ 70890013, se sídlem Dřevařská 11, 601 75 Brno-město, zastoupený Ing. Radimem Světlíkem, generálním ředitelem, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 23. 1. 2012 zmocněncem Mgr. Ing. Hanou Továrkovou, advokátkou, Továrek, Horký a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČ 28319320, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 1844/28, 602 00 Brno,
- navrhovatel – eNovation s.r.o., IČ 27909751, se sídlem Štěpánská 621/34, 110 00 Praha 1, za niž jedná Ing. Jiří Pavlíček, jednatel,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele Povodí Moravy, s.p. při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „Poradenská a koordinační činnost pro dotační programy ze strukturálních, mezinárodních a národních fondů“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 2. 9. 2011 pod evidenčním číslem 6006464602001, následně opraveno dne 30. 9. 2011 pod evidenčním číslem 6006464602002 a dne 24. 10. 2011 pod evidenčním číslem 6006464602003, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 6. 9. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 170-280028, následně opraveno dne 4. 10. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 190-309212 a dne 26. 10. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 206-334917,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – eNovation s.r.o., IČ 27909751, se sídlem Štěpánská 621/34, 110 00 Praha 1 – ze dne 28. 12. 2011 se podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb.,

o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 citovaného zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh zadávacího řízení

1. Povodí Moravy, s.p., IČ 70890013, se sídlem Dřevařská 11, 601 75 Brno-město (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 2. 9. 2011 pod evidenčním číslem 6006464602001, následně opraveno dne 30. 9. 2011 pod evidenčním číslem 6006464602002 a dne 24. 10. 2011 pod evidenčním číslem 6006464602003, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 6. 9. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 170-280028, následně opraveno dne 4. 10. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 190-309212 a dne 26. 10. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 206-334917, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Poradenská a koordinační činnost pro dotační programy ze strukturálních, mezinárodních a národních fondů“.
2. Předmětem této veřejné zakázky jsou dle článku 2.1. zadávací dokumentace služby spočívající v zajištění pracovního týmu projektu, poradenství v přípravných, koordinačních, projektových a realizačních fázích projektů a pracovní koordinaci činností, které je zadavatel jako příjemce dotace v rámci podmínek jednotlivých programů povinen zajistit v rámci realizace projektu. Dle zadávací dokumentace vybraný uchazeč bude zadavateli poskytovat, jako příjemci dotace, poradenské, pracovní, koordinační a další služby, které jsou v článku 2.1. odst. a) až j) zadávací dokumentace popsány jako „*dotační příprava*“, „*tvorba projektových žádostí v rámci zadavatelem zvolených programů včetně součinnosti při zajištění příloh*“, „*zajištění pracovního týmu projektu v přípravné i realizační fázi projektu, a to až do ukončení realizace projektu*“, „*finanční řízení projektu*“, „*vypracování monitorovacích zpráv*“, „*vypracování změnových žádostí projektu*“, „*aktualizace a přepracování harmonogramů projektu po změnových žádostech*“, „*vypracování hodnotících zpráv o dodržování plánu publicity projektu*“, „*zajištění dalších služeb v realizační fázi projektu dle požadavků zadavatele po vzájemné dohodě*“ a „*komplexní zajištění administrace zadávacích řízení v rámci jednotlivých projektů dle zákona*“. Zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 55 000 000,- Kč bez DPH.
3. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání zakázky zadavatel v zadávací dokumentaci uvedl hospodářsky nejvýhodnější nabídku, přičemž jako dílčí hodnotící kritéria zvolil:
 - Celková nabídková cena bez DPH - váha 70 %
 - Způsob zajištění plnění předmětu veřejné zakázky - váha 30 %
4. Lhůtu pro podání nabídek zadavatel stanovil do 7. 12. 2011.
5. Dne 9. 12. 2011 byly zadavateli v zákonné lhůtě dle § 110 odst. 3 zákona doručeny námitky proti zadávacím podmínkám společnosti eNovation s.r.o., IČ 27909751, se sídlem Štěpánská 621/34, 110 00 Praha 1, za niž jedná Ing. Jiří Pavlíček, jednatel (dále jen „navrhovatel“),

ze dne 8. 12. 2011. Navrhovatel spatřuje porušení zákona v tom, že zadavatel v článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace vymezil rozsah požadovaných referencí způsobem zjevně nepřiměřeným ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti předmětné veřejné zakázky, dále navrhovatel spatřuje porušení zákona v tom, že zadavatel požaduje prokázat rozsah významných služeb poskytnutých v posledních třech letech, aniž by umožnil tyto požadované služby doložit prostřednictvím subdodavatele. Navrhovatel dále v námitkách uvádí, že v důsledku diskriminačních podmínek v zadávací dokumentaci je navrhovateli znemožněno či ztíženo ucházet se o předmětnou veřejnou zakázku.

6. Dne 19. 12. 2011 odeslal zadavatel v zákonné lhůtě dle § 111 odst. 1 zákona navrhovateli písemné rozhodnutí z téhož dne o námitkách navrhovatele. Uvedené rozhodnutí navrhovatel obdržel dne 22. 12. 2011. Zadavatel námitkám navrhovatele nevyhověl. Zadavatel v odůvodnění svého rozhodnutí uvádí, že jím vymezená minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů přinejmenším odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, a že tak zadavatel v plné míře dostal své zákonné povinnosti podle ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona.
7. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 28. 12. 2012 písemný návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgánu dohledu nad dodržováním zákona.

II. Obsah návrhu

8. Navrhovatel ve svém návrhu napadá obsah článku 1.3. Kvalifikační dokumentace, označený jako „prokázání kvalifikace – obecná pravidla prokazování kvalifikace“, obsah článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace a obsah článku 10.2.1. zadávací dokumentace, označený jako „dodavatelský systém (subdodavatelský systém)“. Navrhovatel má za to, že zadavatel vymezil kvalifikační předpoklady v rozporu se základními zásadami, na nichž spočívá zákon, a to vymezením minimální úrovně pro jejich splnění. Navrhovatel se domnívá, že rozsah požadovaných referencí je zjevně nepřiměřený ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti této veřejné zakázky. Navrhovatel dále uvádí, že „přesto, že např. rozdíly mezi otevřeným řízením podlimitním a nadlimitním jsou pouze v zákonných lhůtách a způsobu zveřejnění zadávacího řízení, při shodném postupu, požaduje zadavatel sedm služeb s použitím otevřeného řízení (tj. u podlimitních nebo nadlimitních veřejných zakázek)“.
9. Navrhovatel uvádí, že při určení zjevně nepřiměřeného rozsahu požadovaných služeb jako technického kvalifikačního předpokladu zadavatel aplikoval současně ustanovení § 44 odst. 6 zákona a vyhradil si, že uchazeči nemohou reference prokazovat prostřednictvím subdodavatele. Navrhovatel považuje uvedený postup zadavatele za diskriminační, odporující zásadám uvedených v ustanovení § 6 zákona, když požaduje takový rozsah referencí a zároveň vylučuje možnost jejich prokázání prostřednictvím subdodavatele.
10. Navrhovatel se v návrhu domáhá, aby Úřad zrušil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.

III. Vyjádření zadavatele k návrhu

11. Dne 17. 1. 2012 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele z téhož dne k návrhu navrhovatele. Zadavatel má za to, že postup zadavatele je v souladu se zákonem, a odkazuje na odůvodnění svého rozhodnutí o námitkách ze dne 19. 12. 2011. Navrhovatel k uvedenému vyjádření zadavatele své stanovisko nevyjádřil.

IV. Správní řízení

12. Úřad obdržel návrh dne 28. 12. 2011, a tímto dnem bylo dle ustanovení § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Dne 29. 12. 2011 byl stejnopis návrhu doručen také zadavateli. Návrh byl Úřadu i zadavateli doručen v zákonné lhůtě.
13. Účastníky řízení podle ustanovení § 116 zákona jsou:
- zadavatel,
 - navrhovatel.
14. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č.j. ÚOHS-S631/2011/VZ-441/2012/510/MLr ze dne 17. 1. 2012. K zajištění účelu správního řízení vydal Úřad usnesení č.j. ÚOHS-S631/2011/VZ-1029/2012/510/MLr ze dne 17. 1. 2012, v němž určil účastníkům lhůtu, v níž byli oprávněni navrhovat důkazy, činit jiné návrhy, vyjádřit v předmětném řízení svá stanoviska, a dále lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Úřad usnesením rovněž určil lhůtu zadavateli k poskytnutí vyjádření k obdrženému návrhu navrhovatele a k poskytnutí příslušné dokumentace veřejné zakázky, neboť požadované zadavatel nedoručil ve lhůtě stanovené zákonem. Zadavatel požadované vyjádření a dokumentaci o veřejné zakázce poskytl Úřadu přípisem ze dne 24. 1. 2012. Úřad citovaným usnesením určil zadavateli rovněž lhůtu k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu tohoto správního řízení.
15. Úřad za účelem zatímního upravení poměrů účastníků nařídil z moci úřední rozhodnutím č.j. ÚOHS-S631/2011/VZ-2117/2012/510/MLr ze dne 3. 2. 2012 podle ustanovení § 117 odst. 1 písm. a) zákona předběžné opatření. Úřad citovaným rozhodnutím o předběžném opatření nařídil zákaz uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení, neboť Úřad získal po předběžném posouzení předložené dokumentace o veřejné zakázce pochybnosti o souladu úkonů a postupů, učiněných zadavatelem v zadávacím řízení, se zákonem. Citované rozhodnutí bylo doručeno oběma účastníkům tohoto správního řízení. Dne 21. 2. 2012 uplatnil zadavatel proti uvedenému rozhodnutí rozklad. Dne 5. 3. 2012 Úřad obdržel od zadavatele doplnění důvodů rozkladu proti rozhodnutí o nařízení předběžného opatření.
16. Úřad usnesením č.j.: ÚOHS-S631/2011/VZ-4510/2012/510/MLr ze dne 13. 3. 2012 určil navrhovateli – eNovation s.r.o., IČ 27909751, se sídlem Štěpánská 621/34, 110 00 Praha 1 – lhůtu pěti dnů, aby se vyjádřil k podanému rozkladu navrhovatele. Navrhovatel se ve stanovené lhůtě k podanému rozkladu nevyjádřil.
17. Rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R36/2012/VZ-9669/2012/310/JSI ze dne 22. 6. 2012 bylo potvrzeno rozhodnutí ÚOHS-S631/2011/VZ-2117/2012/510/MLr ze dne 3. 2. 2012 o nařízení předběžného opatření a podaný rozklad ze dne 21. 2. 2012 byl zamítnut. Obě výše citovaná rozhodnutí nabyly právní moci dne 25. 6. 2012.

18. Navrhovatel dopisem ze dne 19. 8. 2012 požádal o možnost nahlédnout dne 24. 8. 2012 do spisu vedeného úřadem pod sp. zn. S631/2011/VZ/MLr.
19. Dne 24. 8. 2012 navrhovatel nahlédl do správního spisu. Protokol o nahlížení je součástí správního spisu.

V. Relevantní ustanovení zákona

20. Podle ustanovení § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu dle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
21. Podle § 17 písm. f) zákona kvalifikační dokumentací je dokumentace obsahující podrobné požadavky zadavatele na prokázání splnění kvalifikace dodavatele.
22. Podle ustanovení § 44 odst. 6 zákona může zadavatel v zadávací dokumentaci požadovat, aby uchazeč ve své nabídce specifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům, a aby uvedl identifikační údaje každého subdodavatele. Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit požadavek, že určitá část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem; v takovém případě je zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení uvést, že má v úmyslu si tento požadavek vyhradit. Zadavatel však nesmí zcela vyloučit možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele.
23. Podle ustanovení § 50 odst. 1 zákona kvalifikaci splní dodavatel, který prokáže splnění základních kvalifikačních předpokladů podle ustanovení § 53 zákona, profesních kvalifikačních předpokladů podle ustanovení § 54 zákona, ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle ustanovení § 55 zákona a technických kvalifikačních předpokladů podle ustanovení § 56 zákona.
24. Podle ustanovení § 51 odst. 4 zákona v případě, že není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle ustanovení § 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 doklady prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 53 odst. 1 písm. j) zákona a profesního kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 54 písm. a) zákona subdodavatelem a 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 ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona. Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle ustanovení § 54 písm. a) zákona.
25. Podle ustanovení § 56 odst. 2 písm. a) může veřejný zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby požadovat seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí; přílohou tohoto seznamu musí být:
 1. osvědčení vydané či podepsané veřejným zadavatelem, pokud byly služby poskytovány veřejnému zadavateli, nebo

2. osvědčení vydané jinou osobou, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli, nebo
 3. čestné prohlášení dodavatele, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli a není-li současně možné osvědčení podle bodu 2 od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně.
26. Podle ustanovení § 56 odst. 7 zákona ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů, uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů, a vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

VI. Zjištění vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

27. V článku 10.2.1. zadávací dokumentace, označeném jako „dodavatelský systém (subdodavatelský systém)“, si zadavatel s odkazem na ustanovení § 44 odst. 6 zákona vyhradil, že služby spočívající v samotném dotačním poradenství, dotačním managementu a administraci a realizaci projektů, jež jsou součástí plnění předmětu veřejné zakázky, nelze plnit prostřednictvím subdodavatele; prostřednictvím subdodavatele lze plnit pouze ty části předmětu plnění veřejné zakázky, jež spočívají v poskytování právních služeb či v poskytování služeb expertů a konzultantů v oblasti vodního hospodářství.
28. Dle článku 1.3. písm. a) přílohy č. 5 zadávací dokumentace, označeného jako „kvalifikační dokumentace“ (dále jen „Kvalifikační dokumentace“), je uchazeč oprávněn prokázat splnění části kvalifikace prostřednictvím subdodavatelů v souladu s ustanovením § 51 odst. 4 zákona; není však přípustné prokázat splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatelů tam, kde si zadavatel s odkazem na ustanovení § 44 odst. 6 zákona vyhradil, že příslušná část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem.
29. V článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace zadavatel vymezil rozsah požadovaných informací a dokladů, a také minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu dle ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona.
30. Dle výše citovaného článku splňuje technický kvalifikační předpoklad uchazeč, který v seznamu významných služeb poskytovaných v posledních 3 letech prokáže:
- a. že úspěšně zrealizoval jednu zakázku, jejímž předmětem bylo poradenství při zpracování žádosti o dotaci z Fondu soudržnosti nebo ze strukturálních fondů Evropské unie, přičemž získaná dotace předmětných projektů byla v minimálním finančním rozsahu 150 mil. Kč bez DPH; za úspěšně realizovanou se považuje zakázka, v jejímž rámci bylo vydáno kladné rozhodnutí poskytovatele o přidělení dotace;
 - b. že úspěšně zrealizoval tři zakázky, jejichž předmětem bylo poradenství při zpracování žádosti o dotaci z Fondu soudržnosti nebo ze strukturálních fondů Evropské unie, přičemž získaná dotace předmětných projektů byla v minimálním finančním rozsahu 50 mil. Kč bez DPH; za úspěšně realizovanou se považuje zakázka, v jejímž rámci bylo vydáno kladné rozhodnutí poskytovatele o přidělení dotace,

- c. že úspěšně zrealizoval alespoň pět zakázek, jejichž předmětem bylo poskytování služeb se zaměřením na administraci a realizaci projektů v rámci Fondu soudržnosti nebo strukturálních fondů Evropské unie, týkajících se investičních projektů v minimálním finančním rozsahu získané dotace minimálně 30 mil. Kč bez DPH; za úspěšně realizovanou se považuje zakázka, v jejímž rámci byla předána závěrečná zpráva a schválena závěrečná žádost o platbu dotačních prostředků.

31. Dle článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace splňuje technický kvalifikační předpoklad uchazeč, který současně prokáže, že úspěšně zrealizoval 20 dalších služeb, jejichž předmětem bylo komplexní provedení administrací zadávacích řízení v následující kategorii a v následujícím počtu:

veřejná zakázka malého rozsahu	4
zjednodušené podlimitní řízení	4
„otevřené řízení podlimitní“	4
„otevřené řízení nadlimitní“	3
jednací řízení bez uveřejnění	3
„užší řízení podlimitní“	1
soutěž o návrh	1

VII. Závěry Úřadu

32. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření a stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

VIII. Odůvodnění závěrů Úřadů k problematice vyloučení možnosti plnit část veřejné zakázky subdodavatelem a k vyloučení možnosti prokázat kvalifikaci v této části prostřednictvím subdodavatele

33. Úřad se nejprve zabýval touto částí návrhu, ve které navrhovatel napadá postup zadavatele spočívající ve vyloučení možnosti prokázat technické kvalifikační předpoklady (reference) uvedené v článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace prostřednictvím subdodavatele, tj. tím, zda je omezení zadavatele na prokázání splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatelů tam, kde si zadavatel s odkazem na ustanovení § 44 odst. 6 zákona vyhradil, že příslušná část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem, v souladu se zákonem.
34. Úřad v souvislosti s posouzením otázky legitimacy vyloučení možnosti plnit veřejnou zakázkou subdodavatelem provedl jako důkazy tyto listiny: zadávací dokumentace včetně všech jejích

příloh; přípis zadavatele, označený jako „*Odpověď na žádost o dodatečné informace k veřejné zakázce – ev. č. OS VZ US: 60064646*“, č.j. 11/86 ze dne 20. 9. 2011; přípis zadavatele, označený jako „*Odpověď na žádost o dodatečné informace k veřejné zakázce – ev. č. OS VZ US: 60064646*“, č.j. 11/86 ze dne 14. 10. 2011; přípis zadavatele, označený jako „*Odpověď na žádost o dodatečné informace k veřejné zakázce – ev. č. OS VZ US: 60064646*“, č.j. 11/86 ze dne 1. 12. 2011; námitky navrhovatele proti zadávacím podmínkám ze dne 8. 12. 2011; doklad o doručení – dodejka podací číslo 884465246 ze dne 8. 12. 2011; doklad o doručení – dodejka podací číslo 884465232 ze dne 8. 12. 2011; rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 19. 12. 2011; přípis zadavatele, označený jako „*Vyrozumění o rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele proti zadávací dokumentaci*“, ze dne 19. 12. 2011; doklad o odeslání – poštovní podací arch ze dne 19. 12. 2011; doklad o doručení – dodejka ze dne 22. 12. 2011.

35. V článku 10.2.1. zadávací dokumentace, označeném jako „*dodavatelský systém (subdodatelský systém)*“, si zadavatel vyhradil, že nelze plnit prostřednictvím subdodavatele služby spočívající v samotném „*dotačním poradenství, dotačním managementu a administraci a realizaci projektů*“, jež jsou součástí plnění předmětu veřejné zakázky, a zároveň zadavatel v témže článku upravil, že prostřednictvím subdodavatele lze plnit pouze ty části předmětu plnění veřejné zakázky, jež spočívají v poskytování „*právních služeb či v poskytování služeb expertů a konzultantů v oblasti vodního hospodářství*“. Zadavatel dále požaduje, aby uchazeč v nabídce specifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům.
36. V zadávací dokumentaci v článku 2.1 „*Předmět veřejné zakázky*“ zadavatel stanovil, že vybraný dodavatel bude poskytovat poradenské, pracovní, koordinační a další služby v následujícím rozsahu: dotační příprava, tvorba projektových žádostí v rámci zadavatelem zvolených programů včetně součinnosti při zajištění příloh, zajištění pracovního týmu projektu v přípravné i realizační fázi projektu, finanční řízení projektu, vypracování monitorovacích zpráv, vypracování změnových žádostí projektu, aktualizace a přepracování harmonogramů projektu po změnových žádostech, vypracování hodnotících zpráv o dodržování plánu publicity projektu, zajištění dalších služeb v realizační fázi projektu dle požadavků zadavatele po vzájemné dohodě a komplexní zajištění administrace zadávacích řízení v rámci jednotlivých projektů.
37. V rámci posledně jmenované služby, tedy zajištění administrace zadávacích řízení v rámci jednotlivých projektů dle zákona o veřejných zakázkách, uvedl zadavatel výčet činností spojených se zadávacím řízením, v jejichž rámci zadavatel umožňuje plnit část předmětu veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele. Tím, že zadavatel umožnil poskytnout prostřednictvím subdodavatele právní služby, které jsou součástí předmětu plnění veřejné zakázky, nevyloučil zcela možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele, a postupoval tak v souladu s ustanovením § 44 odst. 6 zákona, když si v zadávací dokumentaci vyhradil, že nelze plnit prostřednictvím subdodavatele služby spočívající v „*samotném dotačním poradenství, dotačním managementu a administraci a realizaci projektů*“.
38. Podle navrhovatele porušil zadavatel zákaz diskriminace, když uchazečům o zakázku neumožnil prokázat chybějící kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele v té části předmětu plnění, u níž si zadavatel vyhradil, že nesmí být plněna prostřednictvím subdodavatele.

39. Úřad se zcela ztotožňuje s argumentací zadavatele v rozhodnutí o námitkách, kde uvádí, že jednou ze základních zásad tvorby právních předpisů a jejich aplikace je zásada předpokladu racionální tvorby zákonů (zásada racionálního zákonodárce). Z této zásady pak vychází zásada vnitřní souladnosti a bezrozpornosti právního předpisu. Obě tyto zásady patří podle ustálené judikatury Ústavního soudu mezi principy právního státu podle čl. 1 Ústavy. Z těchto zásad vyplývá, že právní předpis (v našem případě zákon o veřejných zakázkách), je a priori nutno interpretovat a aplikovat tak, aby jak mezi jeho jednotlivými ustanoveními, tak ve vztahu k jiným součástem právního řádu nedocházelo k vnitřním rozporům a nesouladům, popř. k situacím, kdy jedna právní norma ze své podstaty vylučuje druhou.
40. S ohledem na výše uvedené tak při aplikování ustanovení § 44 odst. 6 zákona a ustanovení § 51 odst. 4 zákona z logiky věci vyplývá, že uchazeč je oprávněn prokazovat chybějící kvalifikaci subdodavatelem jen v těch částech veřejné zakázky, které pak subdodavatel v souladu se zadávací dokumentací bude na základě smlouvy zavázán plnit.
41. Výklad, podle kterého by ustanovení § 51 odst. 4 zákona, tj. možnost dodavatele prokázat chybějící kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele, platil za všech okolností, tedy i v případě, že zadavatel si pro určitou část plnění v souladu s § 44 odst. 6 zákona vyhradil, že tato nemůže být plněna subdodavatelem, je vnitřně rozporný. Podle takové interpretace by bylo možné, aby uchazeči v rámci prokazování kvalifikace subdodavatelem podle § 51 odst. 4 písm. b) předkládali smlouvy se subdodavateli i na takové plnění, u kterého si zadavatel předem vyhradil, že nesmí být poskytováno prostřednictvím subdodavatele. Subdodavatelé by se tak zavazovali k právně nemožnému plnění. Takový požadavek nelze připustit, jelikož by byl ve zcela zřejmém rozporu s principy právního státu.
42. Požadavek zadavatele, který uchazečům o zakázku neumožnil prokázat chybějící kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele v té části předmětu plnění, u níž si zadavatel vyhradil, že nesmí být plněna prostřednictvím subdodavatele, je stanoven v souladu se zákonem, konkrétně s ustanoveními § 56 odst. 2 písm. a) ve spojení s § 44 odst. 6 druhou větou. Požaduje-li zadavatel, aby určitá část předmětu veřejné zakázky nebyla plněna subdodavatelem, a zákon takovou možnost výslovně připouští, je také legitimním¹ požadavek zadavatele, aby pro prokázání technické kvalifikace dodavatele dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona požadoval zadavatel uvést ty referenční služby dodavatele, u nichž bylo takovéto subdodavatelsky omezené plnění poskytováno dodavatelem. Jinými slovy pokud zákon dává možnost zadavateli vyhradit požadavek, že určitá část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem, neplnilo by prokázání kvalifikace referenčních služeb dodavatele poskytnutých prostřednictvím subdodavatelů, jednak účel, který zadavatel výhradou sledoval, a především smysl ustanovení § 44 odst. 6 zákona ve spojení s § 56 odst. 2 písm. a) zákona. Požadavek zadavatele na omezení možnosti participace subdodavatelů spočívající ve službách v souvislosti s dotačním poradenstvím, dotačním managementu a administrací a realizaci projektů je požadavkem pochopitelným, jelikož se zadavatel snaží vyhnout smluvnímu vztahu se „zprostředkovatelem“ a mít přímý smluvní vztah s konkrétním dodavatelem, který své zkušenosti prokáže na základě již poskytnutých projektů, s nimiž má osobní zkušenosti.

¹ za použití argumentace per analogiam resp. a maiori ad minus.

43. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že neshledal v postupu zadavatele, který vyloučil možnost plnit část veřejné zakázky subdodavatelem a současně vyloučil možnost v této části prokázat kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele, porušení zákona.

IX. Odůvodnění závěrů Úřadu k problematice vymezení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky

44. Úřad se dále zabýval tou částí návrhu, ve které navrhovatel napadá postup zadavatele, když podle jeho názoru v článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace vymezil rozsah požadovaných referencí zjevně nepřiměřeně ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti této veřejné zakázky.
45. Prostřednictvím prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů je v zadávacích řízeních prokazována dodavatelova kvalifikace. Má-li Úřad vyjít ze samotného účelu stanovení technických kvalifikačních předpokladů, pak ten směřuje k zajištění faktické realizace veřejné zakázky takovými dodavateli, kteří k tomu prokazatelně mají dostatečnou technickou způsobilost. Tím je minimalizováno riziko zadavatele, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná a efektivní realizace plnění veřejné zakázky. Zadavatelem uplatněné požadavky na splnění technických kvalifikačních požadavků tedy mají zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky účinně ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení po přidělení veřejné zakázky též plnit.
46. Úřad posuzoval, zda zadavatel postupoval v souladu s ustanovením § 56 odst. 7 písm. c) zákona, tedy zda ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům vymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
47. Úřad považuje za potřebné pro posouzení oprávněnosti stanovení tohoto kvalifikačního předpokladu vycházet z úvah, které jsou k otázce možné skryté diskriminace coby jednání zadavatele v rozporu s § 6 ZVZ podrobně zachyceny v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008. Význam zásady zákazu diskriminace je určován s ohledem na účel, který tato zásada v zákoně o veřejných zakázkách plní. Ustanovení § 6 zákona směřuje k cíli samotného zákona, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.
48. Pokud ve světle shora uvedeného Úřad uváží, že zadavatel požadoval, aby dodavatel v posledních 3 letech zrealizoval určitý počet zakázek na významné služby s konkrétním předmětem plnění a ve stanoveném finančním rozsahu, pak tím nepochybně omezil počet dodavatelů, kteří se mohou o veřejnou zakázku ucházet. Otázkou tedy je, zda toto omezení je s ohledem na charakter plnění, které zadavatel poptával, omezením přiměřeným.
49. Samotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takový

požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci.

50. Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy zjevná nepřiměřenost kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou frází, nýbrž je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální případ. Při aplikaci kritéria zjevné nepřiměřenosti je nutno poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky.
51. Zákon v § 56 odst. 2 písm. a) v souvislosti s prokazováním splnění technických kvalifikačních předpokladů zadavateli umožňuje požadovat doložení seznamu významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech. V šetřeném případě zadavatel tento požadavek k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů využil. Jak je ze zadávacích podmínek zřejmé, zadavatel ve smyslu § 56 odst. 7 písm. a) a b) zákona stanovil v této souvislosti rozsah požadovaných informací a dokladů i způsob prokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu. Zadavatel podle § 56 odst. 7 písm. c) zákona vymezil i minimální úroveň tohoto kvalifikačního předpokladu, a to tak, jak je uvedeno v příloze č. 5 (bod 5.1.1) zadávací dokumentace.
52. Úřad se konkrétně zabýval tím, zda hodnota získaných dotací (v rozsazích: „1 zakázka, jejímž předmětem bylo poradenství při zpracování žádosti o dotaci..., přičemž získaná dotace předmětných projektů byla v minimálním finančním rozsahu **150 mil. Kč bez DPH**“, „3 zakázky, jejímž předmětem bylo poradenství při zpracování žádosti o dotaci..., přičemž získaná dotace byla v minimálním finančním rozsahu **50 mil. Kč bez DPH**“ a „5 zakázek, jejímž předmětem bylo poskytování služeb se zaměřením na administraci a realizaci projektů...týkajících se investičních projektů v minimálním finančním rozsahu získané dotace **min. 30 mil. Kč bez DPH**“), stanovená v článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace, odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. V článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace zadavatel stanovil, že „zakázkou“ se rozumí „*služba poskytnutá jako jeden typ služby u jednoho projektu pro jednoho objednatele. Lze tedy prokázat více služeb u jednoho objednatele pro jeden projekt*“. Zadavatel v článku 2.1. zadávací dokumentace specifikoval, že v rámci plnění předmětné veřejné zakázky předpokládá realizaci čtyř projektů realizovaných s podporou z dotačních programů s předpokládanou výší dotace do 10 mil. Kč, dále zadavatel předpokládá realizaci šesti projektů s předpokládanou výší dotace 11 – 20 mil. Kč, pěti projektů s předpokládanou výší dotace 21 – 50 mil. Kč, pěti projektů s předpokládanou výší dotace 51 – 100 mil. Kč, dvou projektů s předpokládanou výší dotace 101 – 200 mil. Kč a tří projektů s předpokládanou výší dotace 201 – 500 mil. Kč. Úřad na základě výše uvedeného uzavřel, že zadavatel stanovil samotné výše získaných dotací uvedených technických kvalifikačních předpokladech v článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace (150 mil. Kč bez DPH, 50 mil. Kč bez DPH, 30 mil. Kč bez DPH) tak, aby odpovídaly druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

53. Dále se Úřad zabýval zbývajícími částmi článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace. Dle článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace splňuje technické kvalifikační předpoklady dodavatel, který prokáže v seznamu významných služeb poskytovaných v posledních třech letech, že úspěšně zrealizoval zakázky, jejichž předmětem bylo poradenství při zpracování žádosti o dotaci z Fondu soudržnosti nebo ze strukturálních fondů Evropské unie.
54. Úřad dospěl k závěru, že minimální úroveň v části – „úspěšně zrealizovali jednu zakázku, jejímž předmětem bylo poradenství při zpracování žádosti o dotaci z Fondu soudržnosti nebo ze strukturálních fondů Evropské unie“ – dotčeného technického kvalifikačního předpokladu odpovídá druhu předmětu veřejné zakázky. Jako předmět veřejné zakázky zadavatel v zadávací dokumentaci označuje služby spočívající mimo jiné v poradenství v přípravných, koordinačních, projektových a realizačních fázích projektů, které je zadavatel jako příjemce dotace povinen zajistit.
55. Vzhledem k výše uvedenému dospěl Úřad k závěru, že ustanovení zadávací dokumentace o tom, že technický kvalifikační předpoklad splňují uchazeči, resp. dodavatelé, kteří zrealizovali zakázku, jejímž předmětem bylo „poradenství při zpracování žádosti o dotaci z Fondu soudržnosti nebo ze strukturálních fondů Evropské unie“ bez dalšího odpovídá předmětu veřejné zakázky.
56. Úřad již posuzoval v článku 52 odůvodnění tohoto rozhodnutí právní relevanci hodnoty dotace ve smyslu ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona a uzavřel, že zadavatelem určená výše dotace jako technický kvalifikační předpoklad je v souladu s citovaným ustanovením zákona.
57. Dle ustanovení § 56 odst. 2 zákona může veřejný zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele požadovat seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních třech letech s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí. Zadavatel je oprávněn požadovat po dodavatelích, aby prokázali své technické schopnosti pro plnění veřejné zakázky. Zadavatel zvažuje, resp. by měl zvažovat, při formulaci zadávacích podmínek, které kvalifikační technické předpoklady, zejména pak vymezení jejich minimální úrovně, podají zadavateli jasnou informaci o dodavatelově schopnosti – předpokladech poskytnout odborné a bezvadné plnění.
58. Úřad se dále zabýval posouzením minimální úrovně předmětného technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace. Dle citovaného článku kvalifikační dokumentace dodavatel splňuje technický kvalifikační předpoklad, pokud v seznamu významných služeb poskytovaných v posledních třech letech prokáže, že úspěšně zrealizoval 20 dalších služeb, jejichž předmětem bylo komplexní provedení administrací zadávacích řízení v kategorii a v počtu: 4 veřejné zakázky malého rozsahu, 4 zjednodušená podlimitní řízení, 4 otevřená řízení podlimitní, 3 otevřená řízení nadlimitní, 3 jednací řízení bez uveřejnění, 1 užití řízení podlimitní, 1 soutěž o návrh. Dále je v Kvalifikační dokumentaci uvedeno, že zadavatel připouští prokázání tohoto kvalifikačního předpokladu „*kterýmkoliv typem zadávacího řízení (stavební práce, dodávky, služby)*“. Dle článku 2.1. zadávací dokumentace předpokládá zadavatel následující rozsah a strukturu administrovaných zadávacích řízení: 10 „*veřejných zakázek malého rozsahu*“, 8 zjednodušených podlimitních řízení, 7 otevřených řízení pro podlimitní veřejnou zakázku, 6 otevřených řízení pro nadlimitní veřejnou zakázku, 1 jednací řízení bez uveřejnění, 1 jednací řízení

s uveřejněním, 6 užších řízení podlimitních, 6 užších řízení nadlimitních, 1 soutěž o návrh a 1 soutěžní dialog. Úřad zjistil na základě uvedeného, že předmětem této veřejné zakázky je provedení celkem třinácti otevřených řízení (z toho 7 pro podlimitní veřejnou zakázku a 6 pro nadlimitní veřejnou zakázku). Vzhledem k uvedenému rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky Úřad dospěl k závěru, že minimální úroveň pro technický kvalifikační předpoklad v článku 5.1.1 Kvalifikační dokumentace (4 zadávací řízení pro veřejnou zakázku malého rozsahu, 4 zjednodušená podlimitní řízení, 7 otevřených řízení, 3 jednací řízení bez uveřejnění, 1 užší řízení podlimitní a 1 soutěž o návrh) stanovil zadavatel v souladu s ustanovením § 56 odst. 7 písm. c) zákona.

59. Úřad se dále při posouzení výše uvedené otázky zabýval argumentací navrhovatele: *„přestože např. rozdíl mezi otevřeným řízením pro podlimitní a nadlimitní veřejnou zakázku jsou pouze v zákonných lhůtách a způsobu uveřejnění zadávacího řízení, při shodném postupu zadavatel požaduje sedm služeb s použitím otevřeného řízení“* a dále argumentací navrhovatele, že soutěž o návrh se uplatňuje pouze výjimečně. Úřad dospěl k závěru, že předmět plnění veřejné zakázky dle článku II. odst. 3 Mandátní smlouvy tvoří celkem 13 otevřených řízení (7 pro podlimitní veřejnou zakázku a 6 pro nadlimitní veřejnou zakázku) a 1 soutěž o návrh, odpovídá vymezení minimální úrovně pro technický kvalifikační předpoklad v článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace (7 otevřených řízení – 4 pro podlimitní veřejnou zakázku a 3 pro nadlimitní veřejnou zakázku, 1 soutěž o návrh). Úřad nepovažoval argumentaci navrhovatele o výjimečnosti soutěže o návrh za právně relevantní pro posouzení toho, zda zadavatele vymezení minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu v souladu s ustanovením § 56 odst. 7 písm. c) zákona, když zadavatel označil za předmět plnění v zadávací dokumentaci provedení jedné soutěže o návrh.
60. Pro úplnost Úřad uvádí, že při posuzování kvalifikačních kritérií vzal v úvahu charakter předmětu zadávané zakázky, její předpokládanou hodnotu, jakož i způsob její realizace. V návaznosti na předmět plnění Úřad konstatuje, že povaha předmětu plnění požadovaného v rámci předmětných referencí odpovídá charakteru veřejné zakázky, neboť jde shodně o služby spočívající v poradenství v přípravných, koordinačních, projektových a realizačních fázích projektů. V tomto ohledu zadavatel tedy dodržel podmínku obdoby předmětu referenčních zakázek a vymezení jejich charakteru objektivním způsobem.
61. Požadavek na finanční objem referenčních zakázek Úřad přezkoumal s ohledem na předpokládané hodnoty projektů realizovaných s podporou z dotačních programů a dospěl k závěru, že i v tomto případě zadavatel stanovil svůj požadavek legitimním způsobem, jelikož žádná z požadovaných minimálních hodnot referenčních zakázek (150 mil. Kč bez DPH, 50 mil. Kč bez DPH, 30 mil. Kč bez DPH) nepřesáhla předpokládanou výši dotace u jednotlivých projektů a tudíž i tento požadavek odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
62. Ve vztahu k rozsahu požadovaných referenčních zakázek (9 zakázek zaměřených na administraci a realizaci projektů dotovaných ze strukturálních fondů EU a 20 zakázek spočívajících v administraci a realizaci zadávacích řízení), vzal Úřad v potaz především předpokládaný počet projektů (25 zakázek realizovaných s podporou z dotačních programů a 47 služeb spočívajících v administraci a realizaci zadávacích řízení). V návaznosti na uvedené proto Úřad dospěl k závěru, že i v tomto ohledu předmětný kvalifikační

požadavek odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky podle ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona.

63. S ohledem na uvedené závěry Úřad konstatuje, že postup zadavatele při stanovení technických kvalifikačních předpokladů byl v souladu se zákonem. Z uvedeného důvodu proto Úřad návrh podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní 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 7, 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.

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

otisk úředního razítka

Obdrží:

1. Mgr. Ing. Hana Továrková, advokátka, Továrek, Horký a partneři, advokátní kancelář, s.r.o.,
tř. Kpt. Jaroše 1844/28, 602 00 Brno,
2. eNovation s.r.o., Štěpánská 621/34, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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