



UOHSX004R7OE

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S594/2012/VZ-4020/2013/523/Krk

Brno 5. března 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 24 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 17. 10. 2012 na návrh z téhož dne ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v koncesním řízení „Výběr provozovatele vodohospodářského majetku města Jihlavy“, jehož oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 2. 4. 2012 pod ev. č. 212147 a jehož účastníky jsou

- Zadavatel – Jihlavské vodovody a kanalizace a.s., IČO 292 48 281, se sídlem Masarykovo náměstí 97/1, 586 01 Jihlava, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 11. 1. 2013 JUDr. Radkem Ondrušem, advokátem, advokátní kancelář Ondruš & Ondruš a partneři, se sídlem Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno, který zmocnil k zastupování v plném rozsahu Mgr. Miroslava Šianského, advokátního koncipienta, na základě substitučního zmocnění ze dne 22. 1. 2013,
- Navrhovatel – Vysočina voda s.r.o., IČO 288 48 608, se sídlem Žižkova 832, 580 01 Havlíčkův Brod,

ve věci koncesního řízení „Výběr provozovatele vodohospodářského majetku města Jihlavy“, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 2. 4. 2012 pod ev. č. 212147,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Jihlavské vodovody a kanalizace a.s., IČO 292 48 281, se sídlem Masarykovo náměstí 97/1, 586 01 Jihlava – nedodržel postup stanovený v § 7 odst. 3 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů,

ve spojení s § 60 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když vyloučil navrhovatele – Vysočina voda s.r.o., IČO 288 48 608, se sídlem Žižkova 832, 580 01 Havlíčkův Brod – pro nesplnění kvalifikace, ačkoli ten kvalifikaci v požadovaném rozsahu splňoval, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 25 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, **ruší všechny úkony zadavatele** – Jihlavské vodovody a kanalizace a.s., IČO 292 48 281, se sídlem Masarykovo náměstí 97/1, 586 01 Jihlava – **související s posouzením prokázání splnění kvalifikace navrhovatele** – Vysočina voda s.r.o., IČO 288 48 608, se sídlem Žižkova 832, 580 01 Havlíčkův Brod, **rozhodnutí zadavatele ze dne 21. 9. 2012 o vyloučení navrhovatele** – Vysočina voda s.r.o., IČO 288 48 608, se sídlem Žižkova 832, 580 01 Havlíčkův Brod – z účasti v koncesním řízení a všechny **následné úkony zadavatele** – Jihlavské vodovody a kanalizace a.s., IČO 292 48 281, se sídlem Masarykovo náměstí 97/1, 586 01 Jihlava – učiněné v koncesním řízení.

III.

Podle § 26 odst. 2 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů a podle § 26 odst. 4 citovaného zákona ve spojení s § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli - Jihlavské vodovody a kanalizace a.s., IČ 292 48 281, se sídlem Masarykovo náměstí 97/1, 586 01 Jihlava, **ukládá:**

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. PRŮBĚH KONCESNÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel - Jihlavské vodovody a kanalizace a.s., IČO 292 48 281, se sídlem Masarykovo náměstí 97/1, 586 01 Jihlava, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 11. 1. 2013 JUDr. Radkem Ondrušem, advokátem, advokátní kancelář Ondruš & Ondruš a partneři, se sídlem Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno, který zmocnil k zastupování v plném rozsahu Mgr. Miroslava Šianského, advokátního koncipienta, na základě substitučního zmocnění ze dne 22. 1. 2013 (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 2. 4. 2012 pod ev. č. 2012147 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 5. 2012 pod ev. č. 2012/S 93-154258 oznámení koncesního řízení „Výběr provozovatele vodohospodářského majetku města Jihlava (dále jen „koncesní řízení“).
2. Předmětem koncesního řízení je dle dokumentace ke koncesnímu řízení výběr provozovatele vodohospodářského majetku, se kterým bude uzavřena smlouva ve smyslu § 8 odst. 2 zákona č. 274/2001 Sb., o vodovodech a kanalizaci pro veřejnou potřebu, v platném znění (dále jen „zákon o VaK“). Provozovatel zajistí poskytování vodohospodářských služeb ve smyslu § 2 odst. 3 zákona VaK. Předmětem koncesního řízení je tedy zajištění provozu

vodohospodářského majetku a vlastního poskytování vodohospodářských služeb, tj. zajištění provozuschopnosti pronajaté infrastruktury, rozvodu pitné vody ve spotřebišti a její dodávky konečným odběratelům, odvádění odpadních vod od odběratelů a její čištění, a to v obou případech v celodenním nepřetržitém provozu, a poskytování souvisejících služeb.

3. Žádost o účast podalo celkem šest zájemců. Společnost Vysočina voda s.r.o., Žižkova 832, 581 51 Havlíčkův Brod, IČO 288 48 608 (dále jen „navrhovatel“) podala žádost o účast dne 19. 7. 2012.
4. V protokolu o otevírání obálek s žádostmi o účast ze dne 19. 7. 2012 zadavatel uvedl, že navrhovatel splnil požadavky na zpracování žádosti v českém jazyce, podpis žádosti a úplnosti žádosti podle § 71 odst. 8 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“).
5. Dne 1. 8. 2012 proběhlo jednání komise, která konstatovala, že kvalifikační předpoklady byly, až na jedinou výjimku, splněny u všech přihlášených uchazečů. V případě navrhovatele bylo konstatováno, že je třeba „objasnění určitých skutečností“. Protokol o jednání komise dále uvádí: „Zájemce č. 6 formálně prokázal požadovanou kvalifikaci (základní; profesní; ekonomické a finanční; technické kvalifikační předpoklady), ale to platí pouze za předpokladu, že nastavení subdodavatelských vztahů mezi dodavatelem a jeho subdodavatelem bude vyjasněno či doplněno za strany tohoto zájemce postupem dle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách“.
6. Zadavatel uvádí, že v žádosti o účast navrhovatele, shledal následující nedostatky spočívající v subdodavatelském zajištění koncesní smlouvy:

„1. Pokud dodavatel prokazuje prostřednictvím subdodavatele určité kvalifikační předpoklady, měla by smlouva obsahovat závazek, na základě něhož bude zadavateli prokázáno, že v případě ekonomických problémů na straně dodavatele, se zadavatel bude moci spolehnout na kapacitu subdodavatele.

Dodavatel prokazuje splnění ekonomického/finančního požadavku zadavatele na výši obrátu prostřednictvím subdodavatele, aniž by smlouva obsahovala závazek, že v případě finanční nestability dodavatele je zadavatel oprávněn požadovat splnění finančního závazku po subdodavatelem. Odpovědnost subdodavatele lze nastavit např. tak, že subdodavatel bude v postavení ručitele za případné závazky dodavatele vzniklé vůči zadavateli.

2. Dále je problematický čl. V odst. 2 smlouvy, který uvádí, že smlouvu je možné kdykoliv jednostranně vypovědět. Smluvní strany by se přitom měly smlouvou zavázat, že po celou dobu plnění koncesní smlouvy, budou plnit předmět koncesní smlouvy. Není možné, aby dodavatel během plnění koncesní smlouvy zadavateli oznámil, že z důvodu výpovědi subdodavatele není schopen zajistit plnění předmětu koncesní smlouvy. Dle § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, platí, že subdodavatel je povinen se ve smlouvě zavázat, že poskytne dodavateli plnění určené k plnění veřejné zakázky. Pokud by subdodavatel smlouvu vypověděl, nesplnil by tak svou povinnost poskytnout plnění, ke kterému se zavázal po celou dobu plnění koncesní smlouvy.“

7. Navrhovatel odeslal dne 16. 8. 2012 zadavateli přípis, který obsahoval vysvětlení a dodatek č. 1 ke smlouvě o subdodavatelském zajištění, který byl uzavřen téhož dne. Na základě

uvedeného přípisu komise na svém jednání ze dne 23. 8. 2012 konstatovala, že navrhovatel kvalifikaci prokázal.

8. V návaznosti na závěry uvedené v protokolu o jednání komise ze dne 23. 8. 2012 podal uchazeč, společnost ČEVAK a.s., se sídlem Severní 8/2264, České Budějovice 370 10, IČO 60849657 (dále jen „ČEVAK a.s.“) dne 13. 9. 2012 námitky proti úkonu zadavatele a uchazeč, společnost VODÁRENSKÁ AKCIOVÁ SPOLEČNOST, a. s., se sídlem Soběšická 820/156, Brno 638 01, IČO 49455842 (dále jen „VODÁRENSKÁ AKCIOVÁ SPOLEČNOST, a.s.“) dne 13. 9. 2012, námitky proti protokolu o posouzení kvalifikace. Obě společnosti se svými námitkami domáhaly vyloučení navrhovatele z koncesního řízení.
9. Zadavatel rozhodl o námitkách společnosti ČEVAK a.s. dne 21. 9. 2012 a o námitkách společnosti VODÁRENSKÁ AKCIOVÁ SPOLEČNOST, a. s. dne 23. 9. 2012, tak, že navrhovatele vyloučil z koncesního řízení. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení uvádí následující důvody k vyloučení navrhovatele:
 - a. Smlouva mezi subdodavatelem a koncesionářem měla obsahovat, avšak neobsahovala závazek, že v případě ekonomické či finanční nestability dodavatele je možné spoléhat na kapacity subdodavatele. Jako příklad zadavatel uvedl předložení dohody o ručení mezi subdodavatelem a uchazečem.
 - b. Smlouvu mezi subdodavatelem a koncesionářem bylo možné podle čl. V odst. 1 této smlouvy kdykoliv jednostranně vypovědět.
 - c. Závazek subdodavatelů poskytnout svá plnění je ve smlouvě mezi subdodavatelem a koncesionářem stanoven ke dni, ke kterému je zájemce povinen prokázat splnění kvalifikačních předpokladů, ačkoliv zadavatel vyžaduje, aby subdodavatelé plnili své závazky po celou dobu trvání koncese, tedy až do 31. 12. 2022.
 - d. Čl. III. odst. 1 Smlouvy mezi subdodavatelem a koncesionářem sice stanoví, že subdodavatelé dočasně přidělí koncesionáři potřebné zaměstnance, ale tato smlouva neobsahuje souhlas dotčených zaměstnanců dle § 43a zákona č. 262/2006 Sb., zákoníku práce, ve znění pozdějších předpisů.
 - e. Dodatek č. 1 ke smlouvě mezi subdodavatelem a koncesionářem, který měl napravit nedostatky smlouvy, byl uzavřen dne 16. 8. 2012, tj. 28 dní po skončení lhůty k prokázání kvalifikace.
10. Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele, které navrhovatel obdržel dne 25. 9. 2012, podal navrhovatel dne 1. 10. 2012 námitky.
11. Rozhodnutím ze dne 10. 10. 2012, které navrhovatel obdržel dne 12. 10. 2012, zadavatel námitkám navrhovatele nevyhověl.
12. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval vyřízení námitek učiněné v souladu se zákonem, podal Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh ze dne 17. 10. 2012 na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“). Úřadu byl návrh doručen téhož dne.

II. OBSAH NÁVRHU

13. Navrhovatel zpochybňuje tvrzení zadavatele, že se mu nepodařilo prokázat splnění požadované kvalifikace. Navrhovatel uvádí, že kvalifikační předpoklady byly v koncesním řízení prokázány prostřednictvím výlučného vlastníka navrhovatele, tj. společnosti Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod, a.s., a že mezi těmito společnostmi existuje podnikatelské seskupení podle § 66a zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.
14. Navrhovatel dále uvádí, že vzhledem k tomu, že navrhovatel byl založen společností Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod, a.s., se sídlem Čechova 1151, 293 22 Mladá Boleslav (dále jen „Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod“) za účelem provozování vodovodů a kanalizací a vzhledem k výše uvedeným skutečnostem navrhovatel dovozuje, že k prokázání splnění kvalifikačních předpokladů nebylo třeba předkládat žádnou subdodavatelskou smlouvu, protože prokázání kvalifikace navrhovatelem vyplývá už z toho, že byla prokázána kvalifikace jeho mateřské společnosti a z právních vztahů, které mezi těmito subjekty existují. Skutečnost, zda byla subdodavatelská smlouva předložená navrhovatelem zadavateli dostatečná, nebo ne, je tedy podle navrhovatele irelevantní.
15. Navrhovatel si je vědom skutečnosti, že § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách stanoví povinnost, při prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, předložit subdodavatelskou smlouvu, nicméně poukazuje na čl. 47 odst. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004, který podle navrhovatele stanoví, že hospodářský subjekt může, je-li to nezbytné a pro určitou zakázku, využít schopnosti jiných subjektů, bez ohledu na právní povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty.
16. Navrhovatel dále uvádí, že uvedené stanovisko lze doložit rozhodnutím Evropského soudního dvora C-389/92 Ballast Nedam Groep NOV proti Belgii, rozhodnutím C-5/97 Ballas Nedam Groep NV proti Belgii a zejména rozhodnutím C-176/98 Holst Italia SpA proti Comune Cagliari. Podobně se podle navrhovatele vyjadřuje Úřad v rozhodnutí sp. zn. VZ/S587/04, když uvádí, že kvalifikaci je možné prokazovat i subjekty v rámci koncernu a pokud mají subjekty koncerny 100 % majetkovou účast a jednotné řízení, tak mají faktickou možnost disponovat know-how, technickým, personálním, jakož i hospodářským a finančním vybavením všech členů koncernu a zejména mateřské společnosti.
17. Navrhovatel dále odmítá stanovisko zadavatele, že subdodavatelská smlouva musí obsahovat závazek, že v případě ekonomické či finanční nestability koncesionáře je možné spoléhat na kapacity dodavatele. Navrhovatel k tomu uvádí, že takováto povinnost nevyplývá ani ze zákona o veřejných zakázkách či z koncesního zákona ani z kvalifikační dokumentace ke koncesnímu řízení.
18. Navrhovatel nesouhlasí ani s dalším důvodem zadavatele pro rozhodnutí o vyloučení z koncesního řízení, který spočívá v možnosti vypovědět subdodavatelskou smlouvu. Navrhovatel uvádí, že dotčená subdodavatelská smlouva má soukromoprávní povahu a lze ji tedy kdykoliv snadno ukončit, ať už výpovědí nebo jiným způsobem. Pokud by tedy možnost ukončení subdodavatelské smlouvy bylo kritériem pro prokazování kvalifikace, tak by byla zcela vyloučena možnost prokázat kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele, což je v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách a zákonem o koncesních smlouvách. V tomto stanovisku se navrhovatel opírá o rozhodnutí ÚOHS č. j. S133/2/09-12235/2009/530/RPá.

19. Navrhovatel uvádí, že nejednoznačnost závazku subdodavatelů v subdodavatelské smlouvě je způsobena nedostatkem informací, které zadavatel poskytl uchazečům. V další argumentaci navrhovatel odkazuje na rozhodnutí ÚOHS č. j. S133/2/09-12235/2009/530RPá, které uvádí, že postačuje, když ze subdodavatelské smlouvy vyplývá vůle smluvních stran respektovat v budoucnu předmět plnění, tak jak je vymezený v zadávacích podmínkách. Navrhovatel uvádí, že takováto vůle je v dotčené subdodavatelské smlouvě jednoznačně vyjádřena.
20. Z výše uvedeného podle navrhovatele vyplývá, že interpretace subdodavatelské smlouvy zadavatelem není správná, když tvrdí, že subdodavatelé mají podle této smlouvy plnit pouze k datu, kdy má být splněna kvalifikace. Podle navrhovatele je zřejmé, že subdodavatelé mají plnit po celou dobu trvání koncesní smlouvy.
21. Krom toho navrhovatel uvádí, že dle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách je možné předložit další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Navrhovatel z této skutečnosti dovozuje, že zadavatel neměl právo vyloučit navrhovatele poté, co akceptoval dodatečné prokázání kvalifikace. Nad to však navrhovatel opakuje, že dodatečné prokázání kvalifikace nebylo potřebné.
22. Navrhovatel odmítá výtku zadavatele, že subdodavatelská smlouva neobsahuje souhlasy zaměstnanců, s přidělením k výkonu práce k navrhovateli. Povinnost dodat smlouvu se zaměstnanci nebyla vyžadována a to ani dodatečně. Kromě toho, subdodavatelská smlouva obsahuje ustanovení o tom, že se subdodavatelé s dotčenými zaměstnanci na přidělení dohodli.
23. Navrhovatel v závěru uvádí, že zadavatel se rozhodnutím o vyloučení navrhovatele dopustil porušení právních předpisů, čímž mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Tímto způsobem měla vzniknout újma na právech navrhovatele, protože mu byla upřena možnost uzavřít v budoucnu koncesní smlouvu na provozování vodohospodářské infrastruktury a možnost na dosažení hospodářského zisku z této činnosti.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

24. Úřad obdržel návrh dne 17. 10. 2012 a tímto dnem bylo podle § 24a koncesního zákona, zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Dne 19. 10. 2012 obdržel návrh zadavatel.
25. Účastníky řízení podle § 24d koncesního zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.

IV. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE

26. Zadavatel se vyjádřil k návrhu na zahájení správního řízení dne 29. 10. 2012. Zadavatel ve svém vyjádření odkazuje na argumenty, kterými odůvodnil rozhodnutí o námitkách proti vyloučení navrhovatele ze dne 10. 10. 2012. Nad to dodává, že navrhovateli se nepodařilo objasnit předmětnou subdodavatelskou smlouvu podle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, neboť dodatek subdodavatelské smlouvy byl uzavřen až po uplynutí lhůty pro podání žádosti o účast.

V. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

27. Úřad zaslal účastníkům oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S594/2012/VZ-20642/2012/523/JVe ze dne 14. 11. 2012 a usnesení č. j. ÚOHS-S594/2012/VZ-20647/2012/523/JVe ze dne 14. 11. 2012, nímž určil podle § 39 odst. 1 zák. č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) lhůty, ve kterých mohou účastníci podle § 36 odst. 1 správního řádu navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 správního řádu vyjádřit svá stanoviska, a ve kterých se mohou účastníci řízení podle § 36 odst. 3 správního řádu vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
28. V uvedeném usnesení bylo zadavateli dále uloženo, aby se vyjádřil k tomu, jaká je předpokládaná hodnota předmětu koncesní smlouvy podle § 4 koncesního zákona. K této věci se zadavatel vyjádřil přípisem ze dne 19. 11. 2012, ve kterém uvádí, že předpokládaná hodnota předmětu koncesní smlouvy je, ve smyslu § 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon, dána součtem předpokládaného příjmu koncesionáře a předpokládaných nákladů zadavatele.
29. Úřad vydal usnesení č. j. ÚOHS-S594/2012/VZ-23307/2012/523/JVe ze dne 13. 12. 2012, kterým byl navrhovatel vyzván, aby Úřadu sdělil, jaká je předpokládaná hodnota výdajů vynaložených na realizaci předmětu koncesní smlouvy, po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy, koncesionářem.
30. Zadavatel se v této věci vyjádřil přípisem ze dne 18. 12. 2012, ve kterém Úřadu sdělil, že předpokládaná hodnota výdajů vynaložených na realizaci předmětu koncesní smlouvy, po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy, koncesionářem, činí 1 415 357 117,15 Kč.
31. Na základě tohoto přípisu zadavatele určil Úřad kauci ve výši 2 000 000,- Kč podle § 24c odst. 1 koncesního zákona ve spojení s § 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon a vyzval navrhovatele usnesením č. j. ÚOHS-S594/2012/VZ-1701/2013/523/Krk ze dne 28. 1. 2012 ke složení doplatku na kauci ve výši 1 900 000,- Kč.
32. Přípisem ze dne 31. 1. 2013 požádal navrhovatel o prodloužení lhůty ke složení doplatku kauce stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S594/2012/VZ-1701/2013/523/Krk ze dne 28. 1. 2012 do dne 8. 2. 2013.
33. Usnesením č. j. ÚOHS-S594/2012/VZ-2041/2013/523/Krk ze dne 1. 2. 2013 prodloužil Úřad navrhovateli lhůtu ke složení doplatku kauce do dne 8. 2. 2013.
34. Dne 7. 2. 2013 obdržel Úřad od navrhovatele přípis, jehož obsahem je doklad o podání příkazu k úhradě bance navrhovatele a zároveň doklad o odepsání částky, rovnající se částce doplatku kauce, z účtu navrhovatele.
35. Dne 8. 2. 2013 doručil navrhovatel Úřadu přípis, jehož obsahem je kopie výpisu z účtu navrhovatele o provedené transakci – složení doplatku kauce na účet Úřadu.

VI. VYJÁDŘENÍ NAVHROVATELE

36. Dne 26. 11. 2012 obdržel Úřad od navrhovatele doplnění podkladů pro rozhodnutí, ve kterém sděluje níže uvedené argumenty na podporu svého návrhu ze dne 17. 10. 2012.

37. Ve věci neexistence závazku subdodavatele poskytnout plnění namísto navrhovatele v případě jeho ekonomických problémů, navrhovatel uvádí, že takováto povinnost mu nebyla stanovena v koncesní dokumentaci ani v zákoně o veřejných zakázkách.
38. Navrhovatel dále uvádí, že krátce po zahájení koncesního řízení nabytí účinnosti zákon č. 55/2012 Sb., který novelizoval zákon o veřejných zakázkách a „zrušil možnost zadavatele požadovat prokázání ekonomických a finančních předpokladů a nahradil tuto část kvalifikace požadavkem na předložení čestného prohlášení o ekonomické a finanční způsobilosti dodavatele splnit veřejnou zakázku.“
39. Navrhovatel uznává, že zákon č. 55/2012 Sb. se nevztahuje na koncesní řízení, které bylo zahájeno před datem jeho účinnosti, avšak uvádí, že zákonodárce dal touto novelizací najevo, že požadavek na prokazování ekonomické a finanční kvalifikace není rozhodující.
40. Ve věci přidělení zaměstnanců k výkonu práce k navrhovateli, navrhovatel uvádí, že jde o požadavek nad rámec zákona o veřejných zakázkách i nad rámec koncesní dokumentaci. Navrhovatel dále uvádí, že se jedná o soukromoprávní vztah, za jehož splnění odpovídá navrhovateli subdodavatel.
41. Navrhovatel odmítá zadavatelovu interpretaci čl. II Subdodavatelské smlouvy. Navrhovatel uvádí, že dané ustanovení je třeba „interpretovat s ohledem na celé znění subdodavatelské smlouvy a úmysl smluvních stran, kterým je poskytnutí všech věcí a práv potřebných ke splnění koncesní smlouvy, jak vyplývá z čl. VI Subdodavatelské smlouvy. (...) Článek V. subdodavatelské smlouvy výslovně uvádí, že smlouva se uzavírá na dobu neurčitou a nabyvá účinnosti okamžikem uzavření koncesní smlouvy.“
42. Navrhovatel tedy uvádí, že „ustanovení čl. II Subdodavatelské smlouvy je proto nutné vykládat tak, že povinnost subdodavatele poskytnout tyto věci a práva bude splněna nejpozději k datu, ke kterému je koncesionář povinen prokázat splnění kvalifikace, přičemž tyto věci a práva budou Zadavateli poskytovány po celou dobu trvání subdodavatelské smlouvy.“
43. Navrhovatel uvádí, že subdodavatelská smlouva je dvoustranný právní úkon se soukromoprávním charakterem. V takovém případě není možné zcela vyloučit možnost vypovědět subdodavatelskou smlouvu.
44. Subdodavatelská smlouva, podle navrhovatele, obsahuje devítiměsíční výpovědní lhůtu, což je více, než běžná výpovědní lhůta podle § 582 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů.
45. Nad to navrhovatel uvádí, že „odpovědnost za plnění veřejní zakázky, resp. koncesní smlouvy vůči zadavateli nese pouze uchazeč a nikoliv subdodavatel. Je pouze na dodavateli, jakým způsobem svůj vztah se subdodavatelem upraví a zajistí.“

VII. ZÁVĚR ÚŘADU

46. Úřad přezkoumal na základě § 24 a následujících ustanovení koncesního zákona případ ve všech vzájemných souvislostech. Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 7 odst. 3 koncesního zákona ve spojení s § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když vyloučil navrhovatele pro nesplnění kvalifikace, ačkoli ten kvalifikaci v požadovaném rozsahu splňoval, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr

nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K problematice vyloučení navrhovatele z koncesního řízení

47. Čl. 6.9 koncesní dokumentace, který definuje prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, uvádí, že pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona o veřejných zakázkách v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele za podmínek uvedených v § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Dodavatel je v takovém případě povinen předložit doklady prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. j) zákona o veřejných zakázkách a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona o veřejných zakázkách subdodavatelem a dále smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění předmětu koncesní smlouvy dodavatelem či poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění předmětu koncesní smlouvy, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

48. Profesní kvalifikační předpoklady dle § 54 zákona o veřejných zakázkách byly v koncesní dokumentaci definovány následovně:

„8.1. Prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů

Zadavatel požaduje splnění profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 zákona o VZ, tzn., že požadavky splňuje dodavatel, který předloží:

8.1.1. výpis z obchodního rejstříku, pokud je v něm zapsán, či výpis z jiné obdobné evidence, pokud je v ní zapsán;

8.1.2. doklad o oprávnění k podnikání, tedy příslušné živnostenské oprávnění či licence (dodavatel musí být oprávněn provozovat živnost volnou oboru činnosti „provozování vodovodů a kanalizací a úprava a rozvod vody“ podle zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, ve znění pozdějších předpisů) nebo ekvivalentní oprávnění.

8.1.3. doklad osvědčující odbornou způsobilost dodavatele nebo osoby, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje, tedy doklad podle § 12 odst. 2 písm. d) vyhlášky č. 428/2001 Sb., kterou se provádí zákon o VaK.“

49. Ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady dle § 55 zákona o veřejných zakázkách byly v koncesní dokumentaci definovány následovně:

„9.1. Prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů

Zadavatel požaduje v souladu s podmínkami definovanými v oznámení o zahájení koncesního řízení rovněž prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 zákona o VZ, a to předložením těchto dokladů:

9.1.1. údajem o obratu dodavatele zjištěném podle zákona č. 563/1991 Sb. o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů, dosaženém dodavatelem s ohledem na předmět koncesního řízení, a to za poslední tři uzavřená účetní období; jestliže dodavatel prokazatelně zahájil

činnost vztahující se k předmětu koncesního řízení později, postačí, předloží-li údaje o svém obratu za všechna účetní období od zahájení příslušné činnosti;

9.1.1.1. Limit pro splnění tohoto kvalifikačního předpokladu je stanoven na 150 milionů Kč pro dosažený obrat z provozování vodovodů nebo kanalizací pro veřejnou potřebu za poslední tři uzavřené účetní období.;

9.1.2. Pojistnou smlouvou dodavatel doloží, že je pojištěn proti odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobě;

9.1.2.1. Dodavatel splňuje tento ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad, pokud má pojištění: odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobě ve výši minimálně 50 milionů Kč za jednotlivou pojistnou událost.“

50. Z žádosti o účast navrhovatele v koncesním řízení je zřejmé, že tato obsahuje doklady a dokumenty Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod a.s., potřebné k prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů dle § 54 písm. a) a písm. b) zákona o veřejných zakázkách, ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 odst. 1 písm. a) až c) zákona o veřejných zakázkách a technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 písm. b) zákona o veřejných zakázkách (definovaných v dokumentaci ke koncesnímu řízení pod body 7.1.1 až 7.1.13, dále 8.1.1 až 8.1.2 a 9.1.1 až 9.1.2.1 a 9.2 a pod body 10.1 a následujícími). Žádost o účast navrhovatele v koncesním řízení dále obsahovala doklady a dokumenty společnosti Vodovody a kanalizace Mladá Boleslav, a.s., potřebné k prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů dle § 54 písm. a) a písm. b) zákona o veřejných zakázkách, ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 odst. 1 písm. a) a c) zákona o veřejných zakázkách a zakázkách a technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 písm. b) zákona o veřejných zakázkách. Žádost o účast navrhovatele v koncesním řízení obsahovala též čestné prohlášení dle § 53 odst. 1 písm. j) zákona o veřejných zakázkách společnosti společnost WSG Wasser Service GmbH.
51. K prokázání splnění kvalifikace dle § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách předložil navrhovatel v nabídce smlouvu o subdodavatelském zajištění ze dne 18. 7. 2012 (dále jen „subdodavatelská smlouva“). Uvedená subdodavatelská smlouva vymezuje na jedné straně subdodavatele, kterými jsou:
- a) společnost Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod, a.s., IČ 48173002, se sídlem Žižkova 832, 580 01 Havlíčkův Brod,
 - b) společnost Vodovody a kanalizace Mladá Boleslav, a.s., IČ 46356983, se sídlem Čechova 1151, 293 22 Mladá Boleslav, a
 - c) společnost WSG Wasser Service GmbH, ID No. FN 216645, se sídlem Bayerhammerstrasse 16, 5020 Salzburg (dále jen „WSG Wasser Service GmbH“),
- a na druhé straně navrhovatele, jakožto koncesionáře.
52. Článek č. I subdodavatelské smlouvy, označený jako Preambule, v bodě č. 1 uvádí následující: „Vysočina voda s.r.o. (dále jen koncesionář) je obchodní společnost s předmětem podnikání:
- provádění staveb, jejich změn a odstraňování
 - výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona

- podnikání v oblasti nakládání s nebezpečnými odpady
 - projektová činnost ve výstavbě
 - a byla založena za účelem provozování vodovodů a kanalizací. Jejím jediným vlastníkem je k datu podpisu této smlouvy firma Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod, a.s.“
53. Článek č. II subdodavatelské smlouvy, označený jako Účel smlouvy, v bodě č. 1 uvádí následující: „Koncesionář je nově založenou společností, jejíž schopnost prokázat potřebnou kvalifikaci ve výše uvedeném koncesním řízení vyplývá ze skutečnosti, že je vlastněna společností, která sama požadovanou kvalifikaci splňuje. Jedná se o způsob prokazování kvalifikace předvídaný směrnicí EU o zadávání veřejných zakázek, potvrzený judikaturou ESD a který byl v minulosti akceptován Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže. Protože ale zákon o veřejných zakázkách tento způsob prokazování kvalifikace výslovně neuvádí, využívají strany této smlouvy zákonné i zadavatelem stanovené možnosti prokázat chybějící část kvalifikace prostřednictvím subdodavatele. Za tímto účelem uzavírají smluvní strany tuto smlouvu.“
54. V bodě č. 3 článku č. II subdodavatelské smlouvy se uvádí následující: „Protože subdodavatelé sami nebudou oprávněni plnit klíčové části koncesní smlouvy, postupují v souladu s ustanovením § 51 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., zákona o veřejných zakázkách, koncesionáři práva potřebná k plnění koncesní smlouvy. Jedná se zejména o práva vyplývající z pracovního poměru ke svým zaměstnancům, kteří jsou zárukou schopnosti splnit předmět koncesní smlouvy, protože tito zaměstnanci mají zkušenosti s provozováním vodohospodářské infrastruktury v parametrech uvedených v kvalifikační dokumentaci koncesního řízení.“
55. V bodě č. 5 článku č. II subdodavatelské smlouvy se uvádí následující: „Každý ze subdodavatelů poskytne svoje know-how a podporu koncesionáři nezávisle a je zodpovědný za svoji specifickou část služeb.“
56. Článek č. III subdodavatelské smlouvy, označený jako Přidělení zaměstnanců, v bodě č. 1 uvádí následující: „Subdodavatelé se dohodli se svými zaměstnanci uvedenými v příloze této smlouvy na jejich dočasném přidělení ke koncesionáři, jakožto zaměstnavateli, za dále stanovených podmínek, a to v souladu s ustanovením § 43a zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce. Koncesionář se zavazuje, že bude respektovat veškerá práva nabytá vyslanými pracovníky na základě jejich pracovní smlouvy s příslušným subdodavatelem, a dále místní právo, na jehož základě byly tyto pracovní smlouvy uzavřeny.“
57. Článek č. V subdodavatelské smlouvy, označený jako Trvání smlouvy, v bodě č. 1 uvádí následující: „Tato smlouva se uzavírá na dobu neurčitou.“
58. V bodě č. 2 článku V subdodavatelské smlouvy se uvádí následující: „Tuto dohodu lze kdykoliv jednostranně vypovědět. Výpovědní lhůta trvá 9 měsíců a začíná běžet prvního dne měsíce následujícím po měsíci, ve kterém byla výpověď doručena druhé smluvní straně. Tuto smlouvu však nelze vypovědět před uzavřením příslušené koncesní smlouvy.“
59. Článek č. VI subdodavatelské smlouvy, označený jako Rozšíření předmětu subdodavatelské smlouvy, v bodě č. 1 uvádí následující: „Zadavatel v koncesním řízení neposkytl koncesionáři kompletní koncesní dokumentaci. To má za následek skutečnost, že koncesionář v okamžiku

prokazování kvalifikace není objektivně určit, jaké další prostředky bude případně potřebovat ke splnění předmětu koncesní smlouvy. Z tohoto důvodu koncesní strany prohlašují, že jsou připraveny tuto smlouvu vhodným způsobem doplnit ihned poté, co jim bude zbylá část kvalifikační dokumentace zpřístupněna. Subdodavatelé se zavazují koncesionáři poskytnout všechna práva a věci potřebné ke splnění koncesní smlouvy.“

60. Dle § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit:

a) doklady prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. j) a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) subdodavatelem a

b) smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d).

Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a).

61. Dle § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.

62. K rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení týkající se náležitostí subdodavatelských smluv předkládaných zájemci o veřejnou zakázku, Úřad uvádí, že na základě rozhodovací praxe Soudního dvora Evropské unie (např. rozsudek ESD ze dne 23. ledna 2003 Makedoniko Metro a Michaniki AE proti Ellinko Dimosio, C-57/01) se uplatňuje zákaz diskriminace na základě právní formy, který se uplatňuje nejen vůči sdružením dodavatelů podávajícím společnou nabídku (žádost o účast), ale vůči všem formám spolupráce dodavatelů, tj. rovněž v případech subdodavatelského modelu, kdy dodavatel využívá subdodavatelů k prokázání určitých částí kvalifikace namísto vytvoření sdružení za účelem podání společné nabídky (žádosti o účast). Úřad tedy v šetřené věci uvádí, že není rozhodné, jaký smluvní typ si dodavatel a subdodavatel zvolí a nelze ani vyloučit uzavírání smluv o smlouvě budoucí.

63. Úřad dále uvádí, že česká právní úprava (zákon o veřejných zakázkách) ve vztahu dodavatele a subdodavatele vyžaduje jako formu potvrzení prokázání dispozice s potřebnými prostředky, aby byla předložena smlouva obsahující závazek subjektů (subdodavatelů) poskytujících své kapacity, a to alespoň v rozsahu, v jakém prokazují kvalifikaci za dodavatele podávajícího nabídku (žádost o účast). Zákon ovšem již dále neklade konkrétní požadavky na výše uvedenou smlouvu.

64. K obsahu předložených smluv lze uvést, že vzhledem k tomu, že podrobný obsah koncesní dokumentace s konkrétním vymezením předmětu plnění je zpřístupněn až v druhé fázi řízení zájemcům, kteří jsou vyzváni k podání nabídky, nelze vyloučit, že smlouvy uzavírané se

subdodavatelé budou z hlediska vymezení předmětu i cenových ujednání principiálně pouze obecně definované. Přesto je nevyhnutelné, aby zájemci, prokazují-li část kvalifikace pomocí subdodavatelů, předložili smlouvy se subdodavatelé týkající se plnění, věci nebo práv, které budou tito poskytovat pro plnění zakázky.

65. Vzhledem k výše uvedenému Úřad v šetřené věci konstatuje, že předložená subdodavatelé smlouva splňuje zákonem požadovanou náležitost, tzn. je z ní zřejmý požadovaný závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky (koncese) dodavatelem či k poskytnutí věci 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). Výše uvedený požadavek vyplývající z ust. § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách je naplněn v článku č. VI subdodavatelé smlouvy, která mimo jiné uvádí: „Subdodavatelé se zavazují koncesionáři poskytnout všechna práva a věci potřebné ke splnění koncesní smlouvy.“, a dále z bodu č. 5 článku č. II subdodavatelé smlouvy, kde se uvádí: „Každý ze subdodavatelé poskytne svoje know-how a podporu koncesionáři nezávisle a je zodpovědný za svoji specifickou část služeb.“, a také z bodě č. 3 článku č. II subdodavatelé smlouvy, který mimo jiné uvádí: „Protože subdodavatelé sami nebudou oprávněni plnit klíčové části koncesní smlouvy, postupují v souladu s ustanovením § 51 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., zákona o veřejných zakázkách, koncesionáři práva potřebná k plnění koncesní smlouvy. Jedná se zejména o práva vyplývající z pracovního poměru ke svým zaměstnancům, kteří jsou zárukou schopnosti splnit předmět koncesní smlouvy, protože tito zaměstnanci mají zkušenosti s provozováním vodohospodářské infrastruktury v parametrech uvedených v kvalifikační dokumentaci koncesního řízení.“
66. Přestože jsou závazky subdodavatelé stanoveny jen rámcově, v daném případě, s ohledem na povahu koncesního řízení (v první fázi prokazují zájemci kvalifikaci a až ve druhé fázi obdrží koncesní dokumentaci, na základě které podají své nabídky) nelze po zájemci požadovat detailní stanovení závazků subdodavatelé, neboť zájemci není v dané době znám konkrétní popis předmětu koncesní smlouvy. Ten zájemce zjistí až v okamžiku, kdy od zadavatele obdrží dokumentaci ke koncesnímu řízení.
67. Úřad odkazuje ke svému rozhodnutí č. j. S133/2/09-12235/2009/530/RPá ze dne 9. 10. 2009. Z uvedeného rozhodnutí je na místě citovat: „Ačkoliv je předmět plnění stranami v okamžiku uzavření smluv o smlouvách vymezen pouze rámcově, přičemž z výše uvedených důvodů tomu ani nemohlo být jinak, je zřejmá vůle respektovat v budoucnu předmět plnění tak, jak bude definován v zadávacích podmínkách, ve smlouvě na plnění veřejné zakázky uzavřené se zadavatelem a nabídkou navrhovatele.“
68. Z výše uvedených důvodů má Úřad za to, že při interpretaci subdodavatelé smlouvy v této fázi koncesního řízení, je třeba vycházet z toho, že se jedná o rámcovou smlouvu, kterou je třeba vnímat komplexně z hlediska všech jejích ustanovení. K tomu Úřad opět cituje své rozhodnutí č. j. S133/2/09-12235/2009/530/RPá ze dne 9. 10. 2009, které uvádí: „Úřad se v tomto ztotožnil i s tvrzením navrhovatele, že soud by v případě sporu mohl určit obsah smlouvy a musel přihlídnout k ustanovení smluv týkajících se předmětu, tj. ke všem souvisejícím okolnostem, včetně jednání o uzavření smlouvy, praxe, kterou si strany zavedly.“

69. K výše uvedenému Úřad poukazuje na článek č. V odst. 1 subdodavatelské smlouvy, ve které se uvádí, že smlouva se uzavírá na dobu neurčitou. Dále pak Úřad poukazuje na článek č. VI odst. 1 subdodavatelské smlouvy, ve které se uvádí, že vzhledem k tomu, že koncesionář (navrhovatel) nemá přístup ke kompletní dokumentaci ke koncesnímu řízení, není tudíž schopen objektivně určit, jaké další prostředky bude potřebovat ke splnění předmětu koncesní smlouvy. Z tohoto důvodu se smluvní strany zavazují subdodavatelskou smlouvu vhodným způsobem doplnit poté, co bude zbylá část kvalifikační dokumentace zpřístupněna, a dále také na článek č. VI subdodavatelské smlouvy, který mimo jiné uvádí, že subdodavatelé se zavazují koncesionáři poskytnout všechna práva a věci potřebné ke splnění koncesní smlouvy.
70. Dále Úřad uvádí, že z výše uvedeného je také zřejmé, že ze znění ust. § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách nevyplývá požadavek na stanovení smluvního ujednání mezi subdodavatelem a koncesionářem o možnosti spolehnout se na kapacity subdodavatele v případě ekonomické či finanční nestability koncesionáře. Současně ani dokumentace ke koncesnímu řízení neobsahuje uvedený požadavek, který je nad rámec požadavků vyplývajících z ust. § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Jedná se o jeden ze způsobů stanovení závazku subdodavatele, ale nelze jej chápat jako způsob jediný možný. To z ust. § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách nevyplývá.
71. Vzhledem k tomu, že znění zákona o veřejných zakázkách ani dokumentace ke koncesnímu řízení neobsahuje požadavek na smluvní ujednání o možnosti spolehnout se na kapacity subdodavatele v případě ekonomické či finanční nestability koncesionáře, nemůže tento požadavek zadavatel v rámci koncesního řízení po uchazečích vyžadovat či na základě doložení či nedoložení tohoto požadavku činit následné kroky.
72. K možnosti jednostranně vypovědět subdodavatelskou smlouvu, uvádí Úřad následující. Úřad má za to, že možnost výpovědi subdodavatelské smlouvy je jako důvod zadavatele pro vyloučení navrhovatele zcela irelevantní. Ustanovení o možnosti vypovědět subdodavatelskou smlouvu nemá žádný dopad na posouzení kvalifikace podle § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Požadavek na „nevypověditelnost smlouvy“ nevyplývá z koncesního zákona ani ze zákona o veřejných zakázkách. Navíc, jak uvádí navrhovatel, subdodavatelská smlouva má z povahy věci soukromoprávní charakter a nelze tedy předpokládat, že by bylo možné zcela vyloučit možnost jejího ukončení, ať už by to bylo dohodou dodavatele se subdodavatelem, nebo jednostranným právním úkonem na základě zákonných či smluvních výpovědních důvodů.
73. Obecně lze konstatovat, že nemůže být předem jisté, že nenastane zmíněná událost, tj. vypovězení subdodavatelské smlouvy. Nicméně tato okolnost však neznamená z hlediska prokázání kvalifikace nesplnění povinnosti předložit smlouvu dle § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, neboť v takovém případě nastane navrhovateli zákonná povinnost dle § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Dle § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách dojde-li do doby rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky k jakékoliv změně v kvalifikaci dodavatele, která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace podle § 60, je dodavatel povinen nejpozději do 7 dnů tuto skutečnost veřejnému zadavateli písemně oznámit a současně předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu.

74. K problematice vypověditelnosti smluv lze obecně uvést, že výpověď sjednané smlouvy zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník (dále jen „občanský zákoník“), je pouze jednou z mnoha možností zániku závazku. Lze konstatovat, že každá smlouva může být „ukončena“, resp. závazky ze smlouvy mohou zaniknout dohodou dle § 570 a následujících občanského zákoníku. Dle § 574 odst. 1 občanského zákoníku věřitel se může s dlužníkem dohodnout, že se vzdává svého práva nebo že dluh promíjí; tato dohoda musí být uzavřena písemně. Pokud by tedy subdodavatelská smlouva v šetřeném koncesním řízení neobsahovala ustanovení o možnosti vypovědět subdodavatelskou smlouvu, nelze s určitostí říci, že by předmětná subdodavatelská smlouva nemohla být kdykoli ukončena písemnou dohodou zúčastněných stran dle § 574 odst. 1 občanského zákoníku.
75. Zadavatelé obecně s ohledem na zákonnou možnost zániku závazku dohodou smluvních stran (příčemž zadavatel smluvní stranou subdodavatelské smlouvy není) nemůže mít nikdy na jisto postaveno, že závazek subdodavatele bude existovat po celou dobu plnění předmětu veřejné zakázky. Nicméně, jak je již uvedeno výše, tato skutečnost není z hlediska obsahu subdodavatelské smlouvy rozhodující pro posouzení prokázání splnění kvalifikace.
76. Závěrem Úřad konstatuje, že čl. V odst. 2 subdodavatelské smlouvy, upravující trvání smlouvy, mimo jiné uvádí, že „Tuto smlouvu však nelze vypovědět před uzavřením příslušné koncesní smlouvy.“ Z uvedeného je tedy zřejmé, že v šetřeném koncesním řízení možnost vypovědět subdodavatelskou smlouvu nemůže mít vliv na schopnost navrhovatele prokázat kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele, neboť subdodavatelská smlouva nemůže být vypovězena před samotným výběrem koncesionáře, tedy do okamžiku rozhodného pro posouzení kvalifikace koncesionáře (viz § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách).
77. K problematice vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení z důvodu, že závazek subdodavatelů poskytnout svá plnění je ve smlouvě mezi subdodavatelem a koncesionářem stanoven pouze ke dni, ke kterému je zájemce povinen prokázat splnění kvalifikačních předpokladů, uvádí Úřad následující skutečnosti. Subdodavatelé se zavázali, jak je uvedeno výše, k poskytnutí: know-how, všech práv a věcí potřebných ke splnění koncesní smlouvy a práv vyplývajících z pracovního poměru ke svým zaměstnancům, kteří jsou zárukou schopnosti splnit předmět koncesní smlouvy. Tyto povinnosti poté podle ust. čl. II odst. 4 subdodavatelské smlouvy musí splnit ke dni, ke kterému je zájemce povinen prokázat splnění kvalifikace. Z ust. čl. VI subdodavatelské smlouvy nevyplývá, že by subdodavatelé byli povinni plnit své závazky pouze ke dni prokázání kvalifikace. Subdodavatelé se jednoznačně zavázali k poskytnutí věcí a práv k tomuto datu s tím, že tyto věci a práva budou použita k plnění předmětu koncesní smlouvy. V posuzovaném případě bylo na místě interpretovat subdodavatelskou smlouvu v celém jejím kontextu a s ohledem na její rámcovou povahu, tedy v tomto případě tak, že úmyslem subdodavatele je poskytovat plnění po celou dobu platnosti koncesní smlouvy.
78. Vzhledem k uvedenému Úřad konstatuje, že subdodavatelská smlouva předložená navrhovatelem v žádosti o účast v koncesním řízení splňovala náležitosti subdodavatelské smlouvy definované v ust. § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Úřad dále konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když vyloučil navrhovatele pro nesplnění kvalifikace, ačkoliv navrhovatel kvalifikaci v požadovaném rozsahu splňoval.

79. Výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel nevyločil navrhovatele z účasti v koncesním řízení, byl by vyzván k podání nabídky, přičemž jeho nabídka by mohla být vyhodnocena jako nejvhodnější. Dosud přitom nedošlo k uzavření smlouvy. Úřad uvádí, že dle § 25 odst. 1 koncesního zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený tímto zákonem, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření koncesní smlouvy, Úřad uloží nápravné opatření tím, že zruší koncesní řízení nebo jednotlivý úkon zadavatele. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil při vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení z důvodu nesplnění kvalifikace, zrušil Úřad všechny úkony zadavatele související s posouzením prokázání splnění kvalifikace navrhovatelem, rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení a všechny následné kroky zadavatele, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Zadavatel tedy opětovně posoudí prokázání splnění kvalifikace navrhovatelem.
80. S ohledem na závěr, že subdodavatelská smlouva, předložená navrhovatelem v žádosti o účast v koncesním řízení, splňuje náležitosti dle § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, je bezpředmětné zabývat se dodatkem č. 1 k subdodavatelské smlouvě, který navrhovatel předložil na základě žádosti zadavatele o vysvětlení žádosti o účast v koncesním řízení.

K dalším skutečnostem uvedeným v návrhu

81. I přes výše uvedený závěr má Úřad za nutné vyjádřit se i k dalším skutečnostem uvedených v návrhu.
82. Navrhovatel ve svém návrhu poukazuje na to, že v podstatě neměl povinnost prokazovat splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatelské smlouvy, protože prokazoval splnění kvalifikace prostřednictvím mateřské společnosti Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod, a.s. Navrhovatel odkazuje na rozhodnutí Evropského soudního dvora C-176/98 Holst Italia SpA proti Comune di Cagliari ze dne 2. 12. 1999 a dále na rozhodnutí Úřadu č. j. S587-R/2004 ze dne 14. 12. 2004. Z těchto rozhodnutí dle navrhovatele vyplývá, že kvalifikaci je možné prokazovat v rámci koncernu, tedy i prostřednictvím mateřské společnosti.
83. Součástí žádosti o účast navrhovatele v koncesním řízení, kterou navrhovatel podal dne 19. 7. 2012, jsou čestná prohlášení a další dokumenty společnosti Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod a.s., potřebné k prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů dle § 53 zákona o veřejných zakázkách, profesních kvalifikačních předpokladů dle § 54 zákona o veřejných zakázkách a ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 zákona o veřejných zakázkách a technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 zákona o veřejných zakázkách (definovaných v dokumentaci ke koncesnímu řízení pod body 7.1.1 až 7.1.13, dále 8.1.1 až 8.1.2 a 9.1.1 až 9.1.2.1 a 9.2 a pod body 10.1 a následujícími).
84. Úřad uvádí, že otázku prokazování kvalifikace v daném případě je nutné vyložit ve světle evropského práva, resp. judikatury Soudního dvora EU. Zejména je nutné přihlídnout k rozsudku C-389/92 ze dne 14. 8. 1994, Ballast Nedam Groep NV v. Belgie, v němž soud při posuzování podmínek pro zápis do oficiálního seznamu podniků způsobilých ucházet se o zakázky dospěl k závěru, že využití referencí v rámci koncernu přípustné je, a to za předpokladu, je-li dostatečně prokázáno, že osoba dovolávající se těchto referencí má zdroje těchto dalších společností k dispozici. V cit. rozsudku je mimo jiné uvedeno: "Soudní dvůr konstatuje, že směrnice 71/304/EHS a 71/305/EHS mají být interpretovány v tom

smyslu, že úřad kompetentní pro rozhodování o žádostech pro registraci podané dominantní právní osobou skupiny má povinnost, tam kde je prokázáno, že tato osoba má k dispozici prostředky, jež patří skupině a které jsou nezbytné pro zhotovení zakázky, brát v úvahu informace o těchto společnostech pro hodnocení vhodnosti právní osoby, což je v souladu s kritérii obsaženými v člancích 23 až 28 směrnice 71/305/EHS.". Tato problematika byla dále rozvedena v rozsudcích C-5/97 Ballast Nedam Groep NV v. Belgie a C-176/98 Holst Italia SpA v. Comune Cagliari

85. Z výše uvedeného rozsudku Soudního dvora EU (dále jen „ESD“) je zřejmé, že uchazeč, případně subdodavatel (v případě, kdy uchazeč prokazuje chybějící část kvalifikace subdodavatelsky), je při prokazování kvalifikace oprávněn využít předpokladů společností, které s ním tvoří stejný koncern, pokud prokáže, že při plnění zakázky bude disponovat zdroji ostatních členů koncernu, a to v rozsahu nezbytném pro zhotovení zakázky. Není tedy nutné předkládat společnou nabídku či využít ostatních členů koncernu jako subdodavatelů podle § 51 odst. 4 zákona. Tento požadavek na prokázání oprávnění disponovat s prostředky společností koncernu poskytuje zadavateli jistotu, že další subjekty podílející se na realizaci zakázky, jejichž reference uchazeč (subdodavatel) využil, se skutečně budou podílet na realizaci veřejné zakázky.
86. Z výše uvedeného jednoznačně vyplývá, že prokazovat chybějící část kvalifikace subdodavatelsky může subjekt koncernu, který disponuje zdroji ostatních členů. Z logiky věci je takovýmto subjektem mateřská společnost, která disponuje zdroji svých dceřiných společností. Jinými slovy, evropská judikatura připouští situaci, kdy mateřská společnost prokazuje chybějící část kvalifikace prostřednictvím dceřiné společnosti. Uvedenou problematiku řešil Úřad již ve svém dřívějším rozhodnutí pod spis. zn. S587/04, ve kterém výše uvedenou situaci akceptoval.
87. V šetřeném případě je však uchazečem v koncesním řízení dceřiná společnost (navrhovatel), která prokazuje splnění kvalifikačních předpokladů prostřednictvím mateřské společnosti (Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod). Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod jsou dle výpisu z obchodního rejstříku 100 % vlastníkem navrhovatele, tudíž může disponovat zdroji, know-how atd., které navrhovatel vlastní.
88. Dle § 66a odst. 2 obchodního zákoníku, ovládající osobou je osoba, která fakticky nebo právně vykonává přímo nebo nepřímo rozhodující vliv na řízení nebo provozování podniku jiné osoby (dále jen "ovládaná osoba"). Je-li ovládající osobou společnost, jde o společnost mateřskou a společnost jí ovládaná je společností dceřinou. Nepřímým vlivem se rozumí vliv vykonávaný prostřednictvím jiné osoby či jiných osob.
89. Jestliže tedy dle rozhodnutí ESD a rozhodovací praxe Úřadu je možné prokázat část kvalifikace prostřednictvím dceřiné společnosti, je nutné položit si otázku, zda je možné prokazovat kvalifikaci i opačně, tedy dceřiná společnost prostřednictvím mateřské společnosti. K tomuto Úřad uvádí, že na situaci, kdy dceřiná společnost prokazuje část kvalifikace prostřednictvím mateřské společnosti, nelze uvedené rozhodnutí ESD aplikovat. Nemožnost prokazovat část kvalifikace prostřednictvím mateřské společnosti souvisí nepřímo s ust. § 66a odst. 2 obchodního zákoníku, kde je mateřská společnost definována jako „ta, která ovládá dceřinou společnost“. Z uvedených evropských judikátů vyplývá, „že využití referencí v rámci koncernu přípustné je, a to za předpokladu, je-li dostatečně

prokázáno, že osoba dovolávající se těchto referencí má zdroje těchto dalších společností k dispozici“.

90. Vzhledem k výše uvedenému lze konstatovat, že u mateřské společnosti, která vlastní v dceřiné společnosti 100 % vlastnický podíl ji nejen přímo ovládá, ale zároveň je v tomto případě dostatečně prokázán přístup ke zdrojům dceřiné společnosti. V opačném případě uvedené není možné, neboť dceřiná společnost je plně ovládána mateřskou společností. Potřebný volný přístup ke zdrojům mateřské společnosti tak dceřiná společnost nemá, případně jej získá až na základě smluvního závazku mateřské společnosti potřebné zdroje dceřiné společnosti poskytnout.
91. Navrhovatel ve svém vyjádření sice uvádí, že „je obchodní společností s ručením omezeným, z čehož vyplývá, že existuje smlouva nebo listina upravující vztahy mezi navrhovatelem a mateřskou společností. Ze samotného aktu pak dle názoru navrhovatele vyplývá, že mateřská společnost poskytla navrhovateli prostředky pro realizaci jeho činnosti.“ K tomuto Úřad konstatuje, že ani z obchodního zákoníku nevyplývá automatická povinnost mateřské společnosti poskytnout své zdroje k realizaci činnosti dceřiné společnosti. Tento závazek mateřské společnosti je založen na dobrovolném smluvním ujednání mezi mateřskou a dceřinou společností. Navrhovatel však v nabídce žádný takový smluvní závazek mateřské společnosti (Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod, a.s.), že jako dceřiná společnost může volně disponovat jejími zdroji, neposkytl.
92. S ohledem na výše uvedené tedy nelze přisvědčit tvrzení navrhovatele, že by kvalifikační předpoklady prokázal i bez existence subdodavatelské smlouvy.

VIII. Náklady řízení

93. Podle § 26 koncesního zákona ve spojení s § 119 zákona o veřejných zakázkách je součástí rozhodnutí Úřadu také rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30.000,- Kč.
94. Ustanovení § 26 odst. 4 zákona o koncesním řízení stanoví, že pro náklady řízení platí dále ustanovení zákona o veřejných zakázkách.
95. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím byly zrušeny jednotlivé úkony zadavatele, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2012000594.

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, tř. 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.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. JUDr. Radek Ondruš, advokát, advokátní kancelář Ondruš & Ondruš a partneři, Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno
2. Vysočina voda s.r.o., Žižkova 832, 580 01 Havlíčkův Brod

Vypraveno dne

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