



UOHSX005OL7N

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S772/2013/VZ-6408/2014/511/ABr
Rozhodnutí nabylo právní moci dne 11.4.2014

Brno 25. března 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 13.12.2013 na návrh ze dne 12.12.2013, jehož účastníky jsou

- zadavatel – obec Katov, IČO 00842672, Katov 29, 594 55 Dolní Loučky,
- navrhovatel – VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o., IČO 46976469, tř. Masarykova 1197, 698 01 Veselí nad Moravou,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Katov, Křížíkov - ČOV a stoková síť“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 12.11.2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 13.11.2013 pod ev. č. 344391,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o., IČO 46976469, tř. Masarykova 1197, 698 01 Veselí nad Moravou – ze dne 12.12.2013, směřující proti zadávacím podmínkám – proti omezení možnosti prokázat splnění části kvalifikace spočívající v doložení minimálně 1 referenční akce, kde dodavatel prováděl provozování ČOV a stokové sítě za poslední 3 roky, prostřednictvím subdodavatele v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Katov, Křížíkov - ČOV a stoková síť“, zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 12.11.2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 13.11.2013 pod ev. č. 344391, **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 citovaného zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – obec Katov, IČO 00842672, Katov 29, 594 55 Dolní Loučky (dále jen „zadavatel“) – odeslal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 12.11.2013 za účelem zadání veřejné zakázky „Katov, Křižíkov – ČOV a stoková síť“ oznámení o zakázce, které bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 13.11.2013 pod ev. č. 344391.
2. Předpokládaná hodnota předmětné veřejné zakázky byla zadavatelem stanovena ve výši 48 000 000 Kč bez DPH.
3. Zadavatel v oznámení o zakázce a následně v zadávací dokumentaci v čl. 11.8. mimo jiné uvedl, že technické kvalifikační předpoklady splní dodavatel, který doloží minimálně 1 referenční akci, kde prováděl provozování čističky odpadních vod (dále jen „ČOV“) a stokové sítě, a to v posledních 3 letech, přičemž uvedené skutečnosti uchazeč prokáže osvědčením objednatele o řádném plnění této zakázky a kopií povolení k provozování díla od příslušného krajského úřadu; daná referenční akce musí obsahovat provozování ČOV o kapacitě nejméně 250 EO a provozování stokové sítě a provozování musí být prokazatelně plněno nejméně po dobu 0,5 roku. Současně zadavatel v zadávací dokumentaci vyloučil možnost plnění zkušebního provozu ČOV subdodavatelem.
4. Podle návrhu smlouvy o dílo, která je součástí zadávací dokumentace, předmětem plnění veřejné zakázky je zhotovení stavby s názvem „Katov, Křižíkov – ČOV a stoková síť“ dle dokumentace pro zadání stavby zpracované společností PROVOD - inženýrská společnost, s.r.o., IČ 25023829, V Podhájí 226/28, 400 01 Ústí nad Labem, včetně oceněného soupisu prací (výkazu výměr), který je součástí této smlouvy o dílo (dále „projektová dokumentace“).
5. Proti výše uvedeným zadávacím podmínkám podala společnost VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o., IČO 46976469, tř. Masarykova 1197, 698 01 Veselí nad Moravou (dále jen „navrhovatel“ nebo „VHS“) dne 25.11.2013 námitky, ve kterých argumentuje, že požadavek na prokázání technického kvalifikačního předpokladu doložením minimálně 1 referenční akce, kde dodavatel prováděl provozování ČOV a stokové sítě, s vyloučením možnosti prokázat tento kvalifikační předpoklad pomocí subdodavatele je diskriminační. Tyto námitky byly zadavateli doručeny dne 25.11.2013.
6. Zadavatel námitkám VHS po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl, rozhodnutí zadavatele ze dne 3.12.2013 o námitkách obdržela společnost VHS dne 4.12.2013. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal přípisem ze dne 12.12.2013 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).
7. Úřad obdržel návrh dne 13.12.2013 a tímto dnem bylo podle zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel návrh dne 16.12.2013.

II. OBSAH NÁVRHU

8. Navrhovatel ve svém návrhu nesouhlasí s tím, že zadavatel v čl. 11.8. zadávací dokumentace mimo jiné požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů doložení minimálně 1 referenční akce, kde dodavatel prováděl provozování ČOV a stokové sítě za poslední 3 roky, a současně uvedl, že tato činnost nesmí být plněna subdodavatelem. Vyloučení možnosti prokázat tento kvalifikační předpoklad pomocí subdodavatele považuje navrhovatel za diskriminační.
9. Navrhovatel poukazuje na to, že zadavatel tak spojuje dvě, ze zákona vzájemně právně nesouvislé záležitosti, a to jednak prokazování kvalifikace, jednak požadavek na podmínky vlastní realizace zakázky s omezením subdodavatelů.
10. K právu prokázat splnění určité části kvalifikace subdodavatelem navrhovatel uvádí znění § 51 odst. 4 zákona, podle kterého, 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. Navrhovatel zastává názor, že takové právo uchazeče stanovené zákonem k prokázání kvalifikace nemůže zadavatel omezovat a odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu 5 Afs 78/2010 ze dne 30. 9 2011, ve kterém se uvádí: *„Podmínky prokazování části kvalifikace (a sice splnění technických kvalifikačních předpokladů) subdodavately, obsažené v ustanovení § 51 odst. 4 zákona, nejsou vázány na míru, v níž se subdodavatel bude podílet na realizaci veřejné zakázky, popř. na vztah požadované kvalifikace k případnému dílčímu subdodavatelskému úkolu na straně dodavatele. Skutečnost, zda se příslušný zadavatelův požadavek váže k podstatné části veřejné zakázky či nikoli, není podmínkou aplikovatelnosti ustanovení § 51 odst. 4 zákona a možnosti prokazovat část kvalifikace subdodavately. To je vázáno na objektivní neschopnost dodavatele prokázat splnění určité části kvalifikace. Oprávnění uchazeče prokázat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele není dále limitováno. Je na uchazeči, aby si rozdělení činností na straně dodavatele organizoval tak, aby mohl nést ve vztahu k zadavateli odpovědnost za řádnou a včasnou realizaci plnění, a je též na něm, aby si, byť i subdodavately, zajistil k řádnému a včasnému plnění ve prospěch zadavatele podmínky. Pak je též na něm, aby zajistil odpovídající rozdělení odpovědnosti na straně dodavatele. To vše však nic nemění na skutečnosti, že ve vztahu k zadavateli ponese za splnění veřejné zakázky odpovědnost nadále on sám, stane-li se vítězným uchazečem, a že tedy, vyjma kvalifikačních předpokladů podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. a) zákona je oprávněn zadavateli doložit splnění kvalifikačních předpokladů souhrnně za stranu dodavatelem.“*
11. Navrhovatel v předmětném návrhu současně specifikuje újmu způsobenou zadavatelem poukazem na to, že zadávací podmínky a zadavatelem požadovaný způsob prokázání kvalifikace v rozporu se zákonem mu znemožnily účast v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku a poškodily ho v možnosti zajištění pracovní náplně pro své zaměstnance a vytvoření přiměřeného zisku z její realizace v případě úspěšnosti v zadávacím řízení.
12. S odkazem na výše uvedené navrhovatel navrhuje, aby Úřad nařídil zadavateli předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu a uložil zadavateli zrušit zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

13. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 20.12.2013 uvedl, že je v současné době provozovatelem vodovodní sítě (vč. jímacích objektů, úpravny pitné vody a vodojemu) a stávající dešťové kanalizace v obci Katov. Na základě zkušeností získaných při realizaci vodovodní sítě a následném zkušebním provozu dospěl zadavatel, jakožto budoucí provozovatel ČOV a stokové sítě, vč. čerpacích stanic, k závěru, že v rámci zkušebního provozu ČOV musejí být odzkoušeny veškeré zatěžovací stavy ČOV a zhotovitel musí následně zadavateli předat podrobný technický manuál, jak se chovat v kritických situacích, které při provozování mohou nastat. Zadavatel na základě výše uvedených předpokladů rozhodl, že součástí zadávacího řízení bude i zajištění zkušebního provozu a jeho vyhodnocení. Aby zadavatel minimalizoval rizika spojená s nekompetentní realizací zkušebního provozu, rozhodl zadavatel (po předchozí konzultaci na Státním fondu životního prostředí a konzultaci s Advokátní kanceláří Mgr. Karel Hnilica), že jedním z kvalifikačních předpokladů bude i prokázání zkušeností s provozováním ČOV a stokových sítí. Přičemž vznikla obava, že by mohlo dojít k situaci, kdy by dodavatel stavby zajistil oprávněnou osobu prostřednictvím subdodávky, ale v reálném zkušebním provozu by služeb této osoby nevyužil a snažil by se na úkor kvality poskytovaných služeb zkušební provoz zajistit plně svými kapacitami. Z tohoto důvodu zadavatel rozhodl, že bude zakázáno prokázat splnění tohoto kvalifikačního předpokladu prostřednictvím subdodávky (uchazečům však vznikla možnost uzavřít smlouvu o sdružení).
14. Dále zadavatel uvádí, že akce je financována z Operačního programu životního prostředí a zadavatel (příjemce podpory) je povinen prostřednictvím realizátora zkušebního provozu vyhodnotit na základě zkušebního provozu splnění závazných ukazatelů odstraněného znečištění, které byly uvedeny v žádosti o poskytnutí podpory. Nebude-li na konci zkušebního provozu možné doložit, že je na nově vybudované ČOV odstraňováno znečištění uvedené v žádosti o podporu, pak hrozí zadavateli (příjemci podpory) výrazné krácení přislíbené podpory. Zadavatel je proto přesvědčen, že výše uvedené skutečnosti svědčí o velkém významu zkušebního provozu při realizaci této veřejné zakázky. K odůvodnění správnosti svého postupu při omezení možnosti prokázání části kvalifikace subdodavatelem odkazuje zadavatel na rozhodnutí Úřadu čj. ÚOHS-S631/2011/VZ-3443/2012/510/ASh ze dne 9.10.2012.
15. Na základě výše uvedeného zadavatel zastává názor, že při stanovení způsobu prokázání kvalifikačních předpokladů v návaznosti na dodavatelský systém postupoval v souladu se zákonem.

IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

16. Účastníky správního řízení jsou podle § 116 zákona
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
17. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem ze dne 18.12.2013 č. j. ÚOHS-S772/2013/VZ-24657/2013/511/ABr. Současně vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S772/2013/VZ-24666/2013/511/ABr ze dne 18.12.2013, v němž stanovil účastníkům řízení

mimo jiné lhůtu, v níž byli oprávněni navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko.

18. K výše uvedenému usnesení č. j. ÚOHS-S772/2013/VZ-24666/2013/511/ABr ze dne 18.12.2013 Úřad obdržel dne 23.12.2013 vyjádření zadavatele ze dne 20.12.2013. Dokumentaci o předmětné veřejné zakázce obdržel Úřad dne 27.12.2013.
19. K zajištění účelu správního řízení vydal dne 7.1.2014 Úřad rozhodnutí č.j. ÚOHS-S772/2013/VZ-347/2014/511/ABr o předběžném opatření, kterým zadavateli zakázal uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.
20. Na základě usnesení ÚOHS-S772/2013/VZ-24666/2013/511/ABr ze dne 18.12.2013 Úřad obdržel dne 8.1.2014, 20.1.2014 a 28.1.2014 oznámení o dalších provedených úkonech v předmětném zadávacím řízení.
21. Dále Úřad vydal dne 14.1.2014 usnesení č. j. ÚOHS-S772/2013/VZ-827/2014/511/ABr, v němž stanovil účastníkům řízení lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.
22. Na základě usnesení č. j. ÚOHS-S772/2013/VZ-827/2014/511/ABr ze dne 14.1.2014 Úřad neobdržel stanovisko žádného účastníka řízení.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

23. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména oznámení o zakázce, zadávací dokumentace, a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K možnosti prokázat technický kvalifikační předpoklad pomocí subdodavatele

Relevantní ustanovení zákona

24. Podle ustanovení § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu dle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
25. 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 věcně vymezená 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.
26. Podle ustanovení § 50 odst. 1 zákona kvalifikovaným pro plnění veřejné zakázky je dodavatel, který splní základní kvalifikační předpoklady podle § 53 zákona, splní profesní kvalifikační předpoklady podle § 54 zákona, předloží čestné prohlášení o své ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku a splní technické kvalifikační předpoklady podle § 56 zákona.
27. 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) a 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) a d) zákona. Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle ustanovení § 54 písm. a) zákona.

Právní závěry

28. K výše uvedeným ustanovením zákona Úřad 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 tomto 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.
29. S ohledem na výše uvedené nelze při výkladu a aplikaci ustanovení § 51 odst. 4 zákona odhlížet od ustanovení § 44 odst. 6 zákona. Jestliže si zadavatel ve smyslu ustanovení § 44 odst. 6 zákona vyhradí, že určitá věcně vymezená část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem, znamená to jinými slovy to, že tuto část plnění musí plnit uchazeč sám.
30. V dalších úvahách Úřad především vychází z účelu samotného institutu prokazování kvalifikace v zadávacím řízení, kterým je zajistit (pochopitelně objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem), aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu subjektů, jež poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Adekvátně nastavené kvalifikační předpoklady jsou tedy „sítím“, které má zamezit účasti subjektů neschopných danou veřejnou zakázku řádně splnit.
31. Smyslem prokazování technické části kvalifikace je zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni danou zakázku řádně plnit po stránce technické a materiální. Smyslem prokazování splnění technického kvalifikačního předpokladu spočívajícího v předložení seznamu realizovaných dodávek / služeb / stavebních prací pak je, aby uchazeč prokázal svoji zkušenost s plněním obdobného charakteru, jaký má plnění, které je předmětem zadávané veřejné zakázky.
32. Pokud tedy uchazeč prokazuje prostřednictvím subdodavatele právě tuto část kvalifikace, musí ze smlouvy předkládané podle § 51 odst. 4 zákona vyplývat, že subdodavatel zajišťuje právě tuto technickou schopnost zakázku řádně splnit.

33. Takovou schopnost ale subdodavatel nemůže zajišťovat ve vztahu k té části veřejné zakázky, kterou – na základě zadavatelem učiněné výhrady podle § 44 odst. 6 zákona – nemůže plnit.
34. Vztahuje-li se tedy určitý technický kvalifikační předpoklad ke konkrétní části veřejné zakázky, ve vztahu ke které si zadavatel v souladu s § 44 odst. 6 zákona vyhradil, že nemůže být plněna subdodavatelem, nelze tento kvalifikační předpoklad – právě s ohledem na shora zmíněnou zásadu vnitřní souladnosti a bezrozpornosti právního předpisu – prokázat prostřednictvím subdodavatele ve smyslu § 51 odst. 4 zákona. Opačný výklad by totiž vedl k absurdnímu závěru, že by uchazeč prokazoval svoji schopnost danou zakázku řádně plnit technickými a materiálními schopnostmi (ať již ve formě zkušeností nebo např. strojové vybavenosti) subdodavatele, který by se však nakonec na plnění dané části veřejné zakázky nemohl podílet.
35. Zadavatel v oznámení o zakázce a následně v zadávací dokumentaci v bodě 11.8. Kvalifikační předpoklady uvedl, že k prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona požaduje:

„a) Doložení seznamu min. 3 (tří) referenčních akcí realizovaných za posledních 5 let. Jako přílohu seznamu doloží dodavatel nejméně 3 osvědčení objednatelů o řádném plnění těchto zakázek. Každá referenční stavba musí obsahovat jak ČOV, tak i stokovou síť a stoková síť musí být na té stejné ČOV zaústěna. Referenční ČOV musí být buď novostavba, nebo intenzifikace staré ČOV. Jak u novostavby, tak u intenzifikace se musí jednat o mechanicko-biologickou ČOV. Přestavba staré ČOV na dešťové zdrže nebo obdobné objekty, kde neprobíhá mechanicko-biologické čištění, nebudou akceptovány jako reference. U stokových sítí se musí jednat buď o oddílné splaškové kanalizace, anebo o jednotné stokové sítě (splaškové i jednotné kanalizace mohou být buď tlakové, nebo gravitační), tj. kanalizační systémy vyžadující maximální vodotěsnost. Každá referenční stavba musí mít minimální cenu 24.000.000 Kč bez DPH a bez rozpočtové rezervy.

b) Doložení minimálně 1 (jedné) referenční akce, kde dodavatel prováděl provozování ČOV a stokové sítě a to za poslední 3 roky. Toto prokáže uchazeč osvědčením objednatele o řádném plnění této zakázky a kopií povolení k provozování díla od příslušného krajského úřadu. Referenční akce musí obsahovat provozování ČOV o kapacitě nejméně 250 EO a provozování stokové sítě. Provozování musí být prokazatelně plněno nejméně po dobu 0,5 roku. Tato činnost nesmí být plněna subdodavatelem.

Seznam významných stavebních prací dle výše uvedených dvou požadavků zadavatele uvedených v bodech a) a b) odpovídající svým charakterem předmětu této veřejné zakázky, popsané výše, musí být vyhotoven formou čestného prohlášení podepsaného osobou oprávněnou jednat jménem nebo za dodavatele. Viz. Příloha č.3 Zadávací dokumentace - Část 1 - vzor. V tomto seznamu dodavatel dále vyznačí, zda provedené stavební práce byly splněny společně s jiným dodavatelem (např. jako společná nabídka v rámci sdružení), a pokud ano, jaký byl podíl na celkovém plnění dodavatele předkládajícího svou nabídku do předmětné veřejné zakázky (vyčíslený v %).

36. Zadavatel v zadávací dokumentaci v bodě 12. vymezil požadavky na subdodavatelský systém takto:

„V souladu s ustanovením § 44 odst. 6 zákona zadavatel požaduje, aby uchazeč v nabídce specifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům, a aby současně uvedl identifikační údaje a kontaktní údaje každého subdodavatele. Uchazeč tuto podmínku zadavatele splní formou Prohlášení, viz bod A Příloha č. 4 Zadávací dokumentace Část 1 - vzor, v němž popíše subdodavatelský systém spolu s uvedením, jakou část veřejné zakázky budou konkrétní subdodavatelé realizovat (s uvedením druhu činností a procentuálního finančního podílu na předmětu veřejné zakázky).

Subdodavatel může na veřejné zakázce provádět pouze následující činnosti:

- Stavební práce spojené s opravami a bouráním komunikací*
- Speciální zakládání staveb (protlačovací práce, piloty, spouštěné studny, chemická stabilizace podloží apod.)*
- Statické zajištění objektů (nebo svahů) souvisejících s realizací stavby*
- Stavební práce na monolitických konstrukcích, resp. prefabrikovaných železobetonových konstrukcích (např. ČOV, nádrže, šachty a obdobné objekty)*
- Práce spojené s výstavbou veřejných částí přípojek*
- Kácení a mýcení zeleně*
- Zkoušky kvality, průzkumy, inženýrská činnost*
- Všechny činnosti spadající mezi vedlejší a ostatní náklady kromě zkušebního provozu ČOV*
- Dodávky a montáže provozních souborů*
- Elektromontáže*

Jiné části plnění předmětu veřejné zakázky, než je výše uvedeno, nesmí být dle § 44 odst. 6 zákona plněny subdodavatelsky.

Nedoložení subdodavatelů bude důvodem pro vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení.

Uchazeč dále doloží v nabídce závazné písemné Prohlášení každého subdodavatele o budoucí spolupráci, podepsané osobami oprávněnými jednat jménem či za subdodavatele. V požadovaném Prohlášení, zpracovaném samostatně podle jednotlivých subdodavatelů, se každý takový subdodavatel zaváže, že v případě zadání veřejné zakázky uchazeči bude akceptovat závazek podílet se na plnění této veřejné zakázky ve stanoveném rozsahu.

V případě, že uchazeč nemá v úmyslu zadat určitou část veřejné zakázky jiné osobě (subdodavateli) doloží ve své nabídce písemné Prohlášení, s uvedením této skutečnosti. Viz bod B Příloha č.4 Zadávací dokumentace Část 1-vzor.

Při prokazování splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele je uchazeč povinen dodržet ustanovení zákona, zejména § 51 zákona. Seznam subdodavatelů musí být nedílnou součástí nabídky uchazeče jako příloha návrhu smlouvy.

Změna subdodavatelů v průběhu plnění předmětu veřejné zakázky bude možná pouze po předchozím písemném souhlasu zadavatele.

Seznam subdodavatelů musí být nedílnou součástí nabídky uchazeče, jako příloha návrhu smlouvy o dílo“.

37. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel vymezil svoje požadavky na subdodavatelský systém jak pozitivně, kdy přímo uvedl, které vymezené části plnění mohou být prováděny

subdodavateli, tak i negativně, kdy výslovně uvedl, která vymezená část předmětu plnění nemůže být prováděna prostřednictvím subdodavatele.

38. Podle návrhu smlouvy o dílo, která je součástí zadávací dokumentace, zadavatel v čl. II. specifikoval předmět plnění takto:
39. *„Předmětem díla je zhotovení stavby s názvem „Katov, Křížínkov – ČOV a stoková síť“ dle dokumentace pro zadání stavby zpracované společností PROVOD - inženýrská společnost, s.r.o., V Podhájí 226/28, 400 01 Ústí nad Labem, IČ : 25023829, včetně oceněného soupisu prací (výkazu výměr), který je součástí této smlouvy o dílo (dále „projektová dokumentace“).*
40. Z výkazu výměr Úřad zjistil, že v části týkající se ČOV Katov je uvedena položka „26. Zkušební provoz, vedení a vyhodnocení zkušebního provozu včetně analytické kontroly splňující podmínky zákona č. 254/01 Sb. o vodách a nařízení vlády č. 61/03 Sb.“. Dále v části Vedlejší a ostatní náklady je uvedena položka „3.16. Náklady na zajištění provozu po dobu stavby, vč. zkušebního provozu (1 rok) či předběžného užívání stokové sítě a s tím související návrhy Provozních, Havarijních, Povodňových, Požárních a jiných řádů a předpisů a jejich odsouhlasení s pracovníky správních orgánů“.
41. Dále zadavatel v předmětném návrhu smlouvy v čl. III. Doba plnění stanovil následujícím způsobem termíny jednotlivých plnění:
- „Dílčí termíny plnění*
- | | |
|------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------|
| <i>Dokončení stavební části ČOV</i> | <i>nejpozději do 30.11.2014</i> |
| <i>Dokončení 50% délky kanalizace vč. 50% délky veřejných částí přípojek</i> | <i>nejpozději do 30.11.2014</i> |
| <i>Dokončení ČOV pro zkušební provoz</i> | <i>nejpozději do 31.1.2015</i> |
| <i>Ukončení zkušebního provozu ČOV</i> | <i>nejpozději do 31.7.2015“</i> |
42. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel věcně vymezil jednotlivé části plnění, mezi nimi i zkušební provoz, když z výkazu výměr vyplývá, že předmětem plnění je zkušební provoz a když v návrhu smlouvy stanovil i termín jeho trvání, když uvedl *„Dokončení ČOV pro zkušební provoz nejpozději do 31.1.2015, Ukončení zkušebního provozu ČOV nejpozději do 31.7.2015“*. V souladu s ustanovením § 44 odst. 6 zákona vyhradil, že tato věcně vymezená část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem, když uvedl *„Subdodavatel může na veřejné zakázce provádět pouze následující činnosti: Všechny činnosti spadající mezi vedlejší a ostatní náklady kromě zkušebního provozu ČOV.“*
43. To se odrazilo i v jeho požadavcích na kvalifikaci, kdy zadavatel v případě technického kvalifikačního požadavku *„doložení minimálně 1 (jedné) referenční akce, kde dodavatel prováděl provozování ČOV a stokové sítě a to za poslední 3 roky, výslovně uvedl, že „tato činnost nesmí být plněna subdodavatelem“*.
44. Podle názoru Úřadu požadavek zadavatele, který uchazečům o zakázku neumožnil prokázat chybějící kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele v té části předmětu plnění, u níž si vyhradil, že nesmí být plněna prostřednictvím subdodavatele, je stanoven v souladu se zákonem, konkrétně s ustanoveními § 56 odst. 4 zákona, resp. § 56 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s § 44 odst. 6 druhou větou zákona. Záleží pouze na zadavateli, ke které věcně vymezené části plnění (provozování ČOV při zkušebním provozu) si toto omezení vyhradí.

45. Úřad má jednoznačně za to, že technický kvalifikační předpoklad stanovený podle § 56 odst. 4, resp. § 56 odst. 2 písm. a) zákona spočívající v doložení minimálně 1 (jedné) referenční akce, kde dodavatel prováděl provozování ČOV a stokové sítě se vztahuje k části plnění předmětné veřejné zakázky představované zkušebním provozem ČOV, u které si zadavatel ve smyslu § 44 odst. 6 zákona vyhradil, že nemůže být plněna subdodavatelem.
46. V takovém případě se pak na tento kvalifikační předpoklad plně vztahují právní závěry uvedené shora pod body 28. až 34. odůvodnění tohoto rozhodnutí, tedy, zjednodušeně řečeno závěr, že takový kvalifikační předpoklad nemůže být prokázán prostřednictvím subdodavatele.
47. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že neshledal v postupu zadavatele, který vyloučil možnost plnit věcně vymezenou část veřejné zakázky subdodavatelem a tím i možnost v této části prokázat kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele, porušení zákona. Úřad má za to, že by bylo proti účelu zákona, pokud by dodavatel mohl prokazovat kvalifikaci subdodavatelem v té části, ve které by subdodavatel zakázku stejně plnit nemohl.
48. Z uvedeného důvodu proto Úřad návrh podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.
49. Pro úplnost Úřad uvádí, že navrhovatel k podpoře svého závěru o diskriminačním postupu zadavatele odkazoval na rozsudek Nejvyššího správního soudu 5 Afs 78/2010 ze dne 30.9.2011. Ten se však týkal nesprávnosti závěru Úřadu, že nedodržení ustanovení § 67 odst. 1 zákona stanovením jistoty ve výši nepatrně překračující 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky a nesprávné zařazení požadavků na kvalifikaci do jednotlivých zákonem stanovených částí, nemohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Z toho důvodu nemohl Úřad brát zřetel na tuto argumentaci, neboť se nejednalo o analogický případ, poněvadž v něm nebyla řešena vzájemnost vztahu ustanovení § 44 odst. 6 a § 51 odst. 4 zákona.
50. Naopak závěr Úřadu o postupu zadavatele v souladu se zákonem odpovídá jeho předešlému rozhodnutí čj. ÚOHS-S631/2011/VZ-3443/2012/510/ASh ze dne 9.10.2012, ve kterém se Úřad zabýval vztahem ustanovení § 44 odst. 6 zákona a § 51 odst. 4 zákona, tedy případem zcela obdobným.

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:

Obec Katov, Katov 29, 594 55 Dolní Loučky

VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o., tř. Masarykova 1197, 698 01 Veselí nad Moravou

Vypraveno dne:

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