



UOHSX006S99S

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S1139/2014/VZ-5798/2015/521/OPi

Brno 2. března 2015

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 29. 12. 2014 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – ČEZ Distribuce, a. s., IČO 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín IV-Podmokly,
- navrhovatel – KLEMENT a.s., IČO 25016695, se sídlem Hliňany 18, 400 02 Řehlovice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 1. 12. 2014 MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno,

ve věci veřejné zakázky „Výměna vedení technické infrastruktury vvn 110 kV, V1141-42, Tuněchody – Hlinsko“ zadávané v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 8. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 8. 2014 pod ev. č. zakázky 494948 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 21. 8. 2014 pod ev. č. 2014/S 159-286617,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – KLEMENT a.s., IČO 25016695, se sídlem Hliňany 18, 400 02 Řehlovice – ze dne 29. 12. 2014 **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. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Odesláním oznámení o zahájení jednacího řízení s uveřejněním k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek zadavatel – ČEZ Distribuce, a. s., IČO 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín IV-Podmokly (dále jen „zadavatel“) – podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájil dne 18. 8. 2014 zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Výměna vedení technické infrastruktury vvn 110 kV, V1141-42, Tuněchody – Hlinsko“. Oznámení o zakázce bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 19. 8. 2014 pod ev. č. zakázky 494948 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 21. 8. 2014 pod ev. č. 2014/S 159-286617 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle oznámení o zakázce „*celková výměna vedení technické infrastruktury vvn 110 kV - vedení V1141-42 a současně i objektu SO 02, tj. křižovatky s vedením V401. Součástí výměny vedení technické infrastruktury bude mimo jiné výměna fázových vodičů, kombinovaného zemního lana, instalace nových izolátorových závěsů, stožárů, zemních základů atd. Účelem stavby je nahrazení dožitého a přenosově nevyhovujícího vedení novým vedením ve stávající trase. Dílo bude provedeno dle projektové dokumentace a všech souvisejících norem.*“ Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla zadavatelem stanovena na 181 000 000,- Kč bez DPH.
3. Rozhodnutím ze dne 13. 11. 2014 rozhodl zadavatel o vyloučení zájemce – „Společnost OVIT – KLEMENT, V1141-42 Tuněchody – Hlinsko“, ve které se na základě Smlouvy o společnosti ze dne 2. 9. 2014 sdružily společnosti KLEMENT a.s., IČO 25016695, se sídlem Hliňany 18, 400 02 Řehlovice, a MVM OVIT Országos Villamostávvezeték Zártkörűen Működő Részvénytársaság ZRt., IČO Cg. 01-10-041829, se sídlem 1158 Budapest, Körvasútsor 105-106, Maďarsko – z účasti v zadávacím řízení, přičemž své rozhodnutí odůvodnil následovně:
 - „1) Zájemce ve své žádosti o účast ze dne 17. 9. 2014 předložil kopii Certifikátu č. EMS-728/2011 vydaného pro KLEMENT a.s., Řehlovice, Hliňany 18, okres Ústí nad Labem, PSČ 403 13, IČ: 25016695, s platností do 27. 9. 2014. Vzhledem k tomu, že Zájemce nedoložil do současné doby potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu do lhůt dle ustanovení 9.7 Kvalifikační dokumentace a současně i § 58, odst. 1 ZVZ[,] musí být Zájemce, který nesplnil tuto povinnost stanovenou v ustanovení 9.7 Kvalifikační dokumentace a § 58, odst. 1 ZVZ, Zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení (viz ustanovení 19.3 Kvalifikační dokumentace a § 60, odst. 1 ZVZ).
 - 2) Zájemce ve své žádosti o účast ze dne 17. 9. 2014 předložil kopii Certifikátu č. BP-386/2011 vydaného pro KLEMENT a.s., Řehlovice, Hliňany 18, okres Ústí nad Labem, PSČ 403 13, IČ: 25016695, s platností do 27. 9. 2014. Vzhledem k tomu, že Zájemce nedoložil do současné doby potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu do lhůt dle ustanovení 9.7 Kvalifikační dokumentace a současně i § 58, odst. 1 ZVZ[,] musí být Zájemce, který nesplnil tuto povinnost stanovenou v ustanovení 9.7 Kvalifikační dokumentace a § 58, odst. 1 ZVZ, Zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení (viz ustanovení 19.3 Kvalifikační dokumentace a § 60, odst. 1 ZVZ).
 - 3) V Žádosti o účast byla přiložena Smlouva o budoucí spolupráci mezi smluvními stranami tj. jako Uchazečem společností KLEMENT a.s., se sídlem Hliňany 18, 400 02 Řehlovice,

IČ: 25016695, DIČ: CZ20516695 (budoucím objednatelem) a Subdodavatelem společností EZH, a.s., se sídlem Brno, Vídeňská 120, PSČ 619 00, IČ: 26901005, DIČ: CZ26901005 (budoucím zhotovitelem) ze dne 18. 9. 2014 ke splnění určité části kvalifikace požadované Zadavatelem prostřednictvím Subdodavatele. Budoucí zhotovitel (Subdodavatel) se touto smlouvou zavazuje podílet se na plnění veřejné zakázky zajištěním prací v souladu s poskytnutými věcmi a právy, jejímž předmětem budou především práce související s vyhrazenými elektrickými zařízeními nad 1000 V, včetně provádění revizí těchto zařízení. Dle ustanovení 13.1, písm. (a) Kvalifikační dokumentace byl předložen Výpis z obchodního rejstříku obchodní firmy s předmětem podnikání na montáž, opravy, revize a zkoušky vyhrazených elektrických zařízení. Vzhledem ke skutečnosti, že uvedená společnost EZH, a.s. má Oprávnění ev. č. 11032/7/05/EZ-M, O, R, Z-E1/B vydané ve smyslu § 6a) odst. 1 písm. c) zákona č. 174/1968 Sb., o státním odborném dozoru nad bezpečností práce, v platném znění na základě verifikace odborné způsobilosti dne 26. května 2005 k montáži, opravám, revizím, zkouškám vyhrazených elektrických zařízení v rozsahu montáž el. zařízení do 38 kV v objektech třídy A, B opravy el. zařízení do 38 kV v objektech třídy A, B atd., není tedy Subdodavatel jako budoucí zhotovitel pro budoucího objednatele způsobilý k provádění činností na vyšších napěťových hladinách, které jsou předmětem plnění této veřejné zakázky tj. min. 110 kV.

Vzhledem k této nezpůsobilosti Subdodavatele (budoucího zhotovitele) k provádění činností a elektromontážních prací souvisejících s předmětem veřejné zakázky ve vyšší napěťové hladině, než má Subdodavatel povoleno, a tím vlastní nemožnosti využití svých zaměstnanců Subdodavatele k plnění Předmětu veřejné zakázky, není tak splněn požadovaný počet kvalifikace zaměstnanců pro splnění profesních kvalifikačních předpokladů pro provedení Předmětu veřejné zakázky dle ustanovení 13.2 Kvalifikační dokumentace, a tudíž musí být Zájemce dle příslušného ustanovení 19.3 Kvalifikační dokumentace a § 60, odst. 1 ZVZ, Zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.“

4. Rozhodnutí zadavatele ze dne 13. 11. 2014 obdržel navrhovatel – KLEMENT a.s., IČO 25016695, se sídlem Hlíňany 18, 400 02 Řehlovice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 1. 12. 2014 MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno (dále jen „navrhovatel“) – dne 21. 11. 2014. Proti uvedenému rozhodnutí zadavatele podal navrhovatel dne 8. 12. 2014 námitky, které zadavatel obdržel téhož dne. Zadavatel podaným námitkám nevyhověl rozhodnutím ze dne 18. 12. 2014, které navrhovatel obdržel dne 22. 12. 2014.
5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, doručil Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dne 29. 12. 2014 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU

6. Porušení zákona zadavatelem spatřuje navrhovatel v posouzení jeho kvalifikace, konkrétně ve vztahu k prokazování části kvalifikace subdodavatelem. Navrhovatel uvádí, že prokazoval kvalifikační požadavek zadavatele stanovený v bodu 13.2 kvalifikační dokumentace prostřednictvím společnosti EZH, a.s., IČO 26901005, se sídlem Vídeňská 120, 619 00 Brno (dále jen „subdodavatel“), přičemž subdodavatel se dle navrhovatele zavázal poskytnout

navrhovateli „způsobilé osoby, jež se budou na plnění veřejné zakázky podílet, a to v rozsahu své odbornosti dle předložených dokladů o splnění kvalifikace a pod odborným vedením navrhovatele, který disponuje veškerými relevantními oprávněními, jež jsou pro plnění veřejné zakázky nezbytné.“ V této souvislosti odkazuje navrhovatel na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S252/2009/VZ-13680/2009/520/ABr ze dne 2. 12. 2009, z něhož cituje: „Úřad tedy konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení podle § 60 odst. 1 zákona, když vyloučil z účasti v zadávacím řízení uchazeče JHP, který prokázal splnění kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. d) zákona, neboť ve své nabídce předložil osvědčení o autorizaci pro stavby vodního hospodářství a krajinného inženýrství Ing. Jiřího Beneše – zaměstnance subdodavatele Dálniční stavby Praha, a.s. – a smlouvu o budoucí smlouvě se subdodavatelem a prohlášení tohoto subdodavatele, že výše uvedená autorizovaná osoba je jeho zaměstnancem.“

7. Navrhovatel dále uvádí, že „[s]kutečnost, zda subdodavatel disponuje či nedisponuje oprávněním pro činnost na vyšších napěťových hladinách (jak zadavatel při prověřování subdodavatele nad rámec pro veřejnou zakázku podstatných informací uvedených v žádosti zjišťoval), není ve vztahu k posouzení kvalifikace dle bodu 13.2 kvalifikační dokumentace jakkoliv relevantní, neboť navrhovatel takovým oprávněním disponuje a předmět veřejné zakázky bude vykonáván pod jeho vedením prostřednictvím zaměstnanců, jež mu budou subdodavatelem poskytnuti, přičemž tito zaměstnanci plně disponují odborností, která pro ně byla kvalifikační dokumentací požadována, což také zadavatel nikterak nerozporuje. Navrhovatel tak neprokazoval prostřednictvím subdodavatele živnostenské či jiné oprávnění pro plnění předmětu veřejné zakázky a tato skutečnost také nemůže vyplývat z jeho žádosti, neboť veškerá požadovaná oprávnění byla předložena přímo navrhovatelem.“
8. Navrhovatel nesouhlasí s názorem zadavatele, že specifikace závazku uvedená v subdodavatelské smlouvě vedla k prokazování kvalifikace navrhovatele prostřednictvím subdodavatele nejen ve vztahu k získání osob, ale také k prokazování odborné způsobilosti navrhovatele ve vztahu k provádění činností ve vyšších napěťových hladinách. Navrhovatel je názoru, že závazek uvedený v subdodavatelské smlouvě je formulován v souladu se zákonem a rozhodovací praxí Úřadu (navrhovatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-R221/2012/VZ-4592/2013/310/BVÍ ze dne 14. 3. 2013).
9. Navrhovatel se rovněž ohrazuje proti tvrzení zadavatele uvedenému v rozhodnutí o námitkách, dle kterého má zadavatel pochybnost, zda zaměstnanci subdodavatele „mají nebo mohou mít dostatečné a přímé zkušenosti a reference ze staveb obdobného rozsahu a charakteru, které Zadavatel ve výběrovém řízení požaduje.“ Navrhovatel k tomu uvádí, že „předložil všechny doklady požadované zadavatelem ve vztahu k realizačnímu týmu dle ustanovení bodu 12 kvalifikační dokumentace a úvahy zadavatele nad rámec těchto požadavků jsou zcela irelevantní a zadavatel se tak účelově a zcela v rozporu se ZVZ snaží odůvodnit svá pochybení při posuzování kvalifikace navrhovatele.“
10. V této souvislosti navrhovatel upozorňuje, že obdobně prokazoval kvalifikaci také v jiných veřejných zakázkách realizovaných zadavatelem, přičemž kvalifikace prokazovaná subdodavatelem byla dle navrhovatele vždy vyhodnocena jako souladná se zákonem a požadavky zadavatele (např. „TR Kolín Západ – obnova transformovny 110/22 kV“, „TR Liberec Pavlovice – změna a rozšíření TR 1“, „Plzeň, Škoda ELÚ III – rekonstrukce TR 110/22 kV“, „Třebovice – výstavba nové TR 110/22 kV“).

11. Navrhovatel dále nesouhlasí s tvrzením zadavatele, dle kterého by „*v případě, kdyby Zadavatel (budoucí objednatel) takové dodavatele, kteří by měli z pohledu plnění předmětu díla nedostatečnou certifikaci a odbornost, připustil k provádění předmětu díla, vystavil by sebe i budoucího zhotovitele postihům ze strany kontrolních orgánů, a to nejméně dle zákona č. 251/2005 Sb., o inspekci práce*“. Dle navrhovatele jsou tyto závěry zadavatele liché, neboť zadavatel zaměňuje jednotlivá oprávnění navrhovatele a subdodavatele, přičemž k tomu navrhovatel doplňuje, že disponuje ve vztahu k předmětu veřejné zakázky všemi potřebnými doklady a certifikáty prokazující jeho odbornost a je to navrhovatel, kdo odpovídá za řádnou a zákonnou realizaci předmětu veřejné zakázky, nikoliv subdodavatel, který mu poskytl pracovníky, jež svojí odborností splnili požadavky zadavatele na realizační tým.
12. Porušení zákona zadavatelem dále spatřuje navrhovatel v posouzení nesplnění jeho povinnosti dle bodu 9.7 kvalifikační dokumentace ve vztahu k § 58 odst. 1 zákona. Navrhovatel uvádí, že byl povinen prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání žádostí o účast, tedy do 22. 9. 2014, přičemž svoji žádost o účast podal dne 17. 9. 2014. Dle požadavku zadavatele předložil navrhovatel v rámci své žádosti o účast kopii Certifikátu č. EMS-728/2011 s platností do 27. 9. 2014 a kopii Certifikátu č. BP-386/2011 s platností do 27. 9. 2014.
13. K tomu navrhovatel dále uvádí, že „*[d]ůvodem vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení dle rozhodnutí o vyloučení byla skutečnost, že navrhovatel pozbyl kvalifikaci požadovanou zadavatelem, o této skutečnosti zadavatele neinformoval a následně nepředložil doklady prokazující opětovné nabytí kvalifikace*.“ Navrhovatel je názoru, že danou kvalifikaci nikdy nepozbyl, jelikož disponuje „novými“ certifikáty (Certifikát č. EMS-1000/2014 ze dne 23. 9. 2014 a Certifikát č. BOZP-589/2014 ze dne 23. 9. 2014), které doručil zadavateli v rámci námitek a které jsou veřejně přístupné na webových stránkách navrhovatele. Taktéž uvádí, že předložil ve lhůtě pro podání žádosti o účast veškeré dokumenty prokazující jeho kvalifikaci a současně v zadávací lhůtě (respektive v době do vydání rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky) kvalifikaci splňovat nepřestal, tedy nebyl vázán jakoukoliv notifikační povinností či závazkem předkládat dokumenty nad rámec jeho žádosti. V této souvislosti navrhovatel rovněž odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S420/2012/VZ-21090/2012/521/HKu ze dne 6. 11. 2012.
14. Navrhovatel je taktéž názoru, že zadavatel porušil právo navrhovatele na získání výpisu či opisu protokolu o posouzení kvalifikace dle § 59 odst. 8 zákona ve smyslu § 6 zákona. Navrhovatel požádal zadavatele o nahlédnutí do protokolu o posouzení kvalifikace a pořízení si jeho opisu, zadavatel této žádosti vyhověl a dne 27. 11. 2014 umožnil navrhovateli nahlédnout do daného protokolu a pořídit si fotokopii prostřednictvím mobilního telefonu (dle vyjádření navrhovatele však až „po zdlouhavé diskuzi“ se zástupci zadavatele). Posléze navrhovatel zjistil, že kvalita snímků není dostatečná a požádal zadavatele o zaslání elektronického opisu, přičemž tato žádost byla dle navrhovatele zamítnuta a zadavatel trval na tom, aby se navrhovatel dostavil na určené místo a zde pouze fyzicky nahlédl do daného protokolu. Takový postup shledává navrhovatel v rozporu s principem proporcionality, transparentnosti a zákazu diskriminace.
15. Navrhovatel se v návrhu domáhá, aby Úřad rozhodl, že „*zadavatel nedodržel postup stanovený pro zadávání veřejné zakázky a vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení*“.

v rozporu se ZVZ, a uložil opatření k nápravě tím, že zruší rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a nařídí nové posouzení kvalifikace zájemců“.

16. V návrhu navrhovatel rovněž navrhuje vydání předběžného opatření dle § 117 odst. 1 písm. a) a b) zákona.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

17. Podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, bylo správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeno dnem 29. 12. 2014, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele.

18. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- navrhovatel.

19. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S1139/2014/VZ-143/2015/521/OPi ze dne 5. 1. 2015. Dne 8. 1. 2015 obdržel Úřad v souladu s § 114 odst. 8 zákona do datové schránky vyjádření zadavatele z téhož dne k návrhu navrhovatele spolu s relevantní částí dokumentace o veřejné zakázce a dne 9. 1. 2015 obdržel Úřad dokumentaci o předmětné veřejné zakázce v listinné podobě.

Vyjádření zadavatele k návrhu

20. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 8. 1. 2015 k návrhu navrhovatele uvádí, že z oznámení o zakázce a podrobněji z bodu 13.2 kvalifikační dokumentace vyplývá, že zájemce je povinen prokázat splnění profesních kvalifikačních předpokladů pro provedení předmětu veřejné zakázky z hlediska kvalifikace zaměstnanců, přičemž předmětem veřejné zakázky je realizace celkové výměny vedení technické infrastruktury vvn 110 kV ve stávající trase a současně i objektu v místě křížení s jiným vedením napěťové hladiny 400 kV.

21. Zadavatel uvádí, že v rámci posuzování splnění kvalifikace posoudil, zda navrhovatel splnil požadavky zákona kladené na prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, tedy zejména zda:

a) „Zájemce (subdodavatel) prokázal, že splňuje profesní kvalifikační předpoklady pro provedení Předmětu veřejné zakázky z hlediska kvalifikace zaměstnanců dle vyhl. č. 50/78 Sb. nad 1000 V, pro § 6 vyhl. nejméně pro 20 zaměstnanců a pro § 9 nejméně 2 zaměstnanci, a to kopiemi dokladů o splnění kvalifikace pro jednotlivé zaměstnance, a současně

b) ze smlouvy uzavřené mezi dodavatelem a subdodavatelem vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí práv (ve vztahu k zaměstnancům subdodavatele společnosti EZH), s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle ustanovení 13.2 Kvalifikační dokumentace.“

22. Ze Smlouvy o budoucí spolupráci uzavřené mezi navrhovatelem a subdodavatelem dle zadavatele plyne, že smluvní strany se zavazují uzavřít budoucí smlouvu o dílo, jejímž předmětem má být „zajištění prací v souladu s poskytnutými věcmi a právy dle bodu I. této smlouvy“, a to především „práce související s vyhrazenými elektrickými zařízeními nad

1000 V včetně provádění revizí těchto zařízení“. Dle zadavatele je tak zřejmé, že subdodavatel se bude podílet na plnění veřejné zakázky ve formě zhotovení díla, tj. prací na vyhrazených elektrických zařízeních nad 1000 V a revizí těchto zařízení, nikoliv ve formě poskytnutí způsobilých osob, jak uvádí navrhovatel.

23. Zadavatel k tomu dále doplňuje, že subdodavatel není způsobilý k provádění činností na vyšších napěťových hladinách, které jsou předmětem šetřené veřejné zakázky, tj. 110 kV, neboť disponuje Oprávněním ev. č. 11032/7/05/EZ-M, O, R, Z-E1/B vydaném ve smyslu § 6a odst. 1 písm. c) zákona č. 174/1968 Sb., o státním odborném dozoru nad bezpečností práce, ve znění pozdějších předpisů, na základě verifikace odborné způsobilosti dne 26. května 2005 k montáži, opravám, revizím, zkouškám vyhrazených elektrických zařízení v rozsahu montáž el. zařízení do 38 kV v objektech třídy A, B, opravy el. zařízení do 38 kV v objektech třídy A, B atd. S uvedeným dle zadavatele rovněž souvisí nemožnost využití zaměstnanců subdodavatele k plnění předmětu veřejné zakázky např. i z hlediska přímé odpovědnosti vyplývající z pracovně právních vztahů zaměstnanců vůči svému zaměstnavateli včetně případné odpovědnosti, přijímání pokynů apod.
24. Zadavatel tedy shrnuje, že *„s ohledem na to, že v subdodavatelské smlouvě se jednoznačně právě subdodavatel jakožto právnická osoba, která bude zodpovědná za provádění činností a nikoliv samostatně její zaměstnanci (např. samostatnou smlouvou o provedení subdodávky s každým individuálně), vymezuje k provedení těchto činností a zároveň k přímé záruce za provedení všech svěřených a příslušných odborných elektromontážních prací na předmětu díla, není možné takového subdodavatele akceptovat.“*
25. Ve vztahu k náležitostem subdodavatelské smlouvy zadavatel odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 57/2013.
26. Zadavatel dále doplňuje, že v případě, kdy by *„takové dodavatele, kteří by měli z pohledu plnění předmětu díla nedostatečnou certifikaci a odbornost, připustil k provádění předmětu díla, vystavil by sebe i budoucího zhotovitele postihům ze strany kontrolních orgánů, a to nejméně dle zákona č. 251/2005 Sb., o inspekci práce.“*
27. K pozbytí kvalifikace navrhovatele vyplývající z jím předložených kopií certifikátů (Certifikát č. EMS-728/2011 s platností do 27. 9. 2014 a Certifikát č. BP-386/2011 s platností do 27. 9. 2014) zadavatel uvádí, že navrhovatel do 13. 11. 2014 (rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení) nedoložil potřebné dokumenty, a to dle lhůt bodu 9.7 kvalifikační dokumentace a současně dle § 58 odst. 1 zákona.
28. K tomu zadavatel dodává, že splnění povinnosti dle § 58 zákona je plně odpovědností dodavatele a nikoliv zadavatele, jelikož *„[t]ato povinnost se vztahuje právě na situace, kdy je třeba doložit pro splnění kvalifikačních předpokladů dokumenty nové, které nahrazují dokumenty původně předložené.“* V této souvislosti odkazuje zadavatel na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S230/2010/KO-183/2011/510/HOd ze dne 3. 2. 2011 a dále uvádí, že zadavatel *„nemá žádnou povinnost jakkoliv vyzývat nebo urgovat k doplnění neplatných dokumentů požadovaných ke splnění kvalifikace, příp. z vlastní iniciativy dále prošetřovat skutečnosti (...), které měl jednoznačně Zájemce (navrhovatel) předložit (tj. zjišťovat, zda v důsledku určitých změn dodavatelé splňují kvalifikaci).“* Výše uvedený postup shledává zadavatel v souladu s § 58 odst. 1 zákona a rozhodovací praxí Úřadu (např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009, 182/2010/KO-1514/2010/510/HOd ze dne 8. 12. 2010).

29. K porušení práva navrhovatele na získání výpisu či opisu protokolu o posouzení kvalifikace zadavatel uvádí, že *„umožnil všem dodavatelům, jejichž kvalifikace byla posuzována, nahlédnout do protokolu o posouzení kvalifikace a umožnit pořídít si z něj výpis nebo jeho opis, a to v souladu s § 59 odst. 8 ZVZ.“* K otázce zaslání protokolu o posouzení kvalifikace prostřednictvím elektronické pochyty či datové schránky zadavatel uvádí, že *„žádná taková praxe není u Zadavatele zavedena. Uvedená povinnost současně Zadavateli neplyne ani z žádných právních předpisů, byť se navrhovatel vhodnost (či dokonce povinnost) takového postupu ve svém návrhu snaží naznačit.“*
30. Zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele dle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl.
31. Zadavatel rovněž ve svém vyjádření uvádí, že návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření dle § 117 odst. 1 písm. a) a b) zákona nesplňuje náležitosti dle zákona.

Další průběh správního řízení

32. Úřad účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S1139/2014/VZ-865/2015/521/OPI ze dne 12. 1. 2015 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko. Uvedeným usnesením dále Úřad stanovil zadavateli lhůtu k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení a zaslání příslušné dokumentace pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
33. Dne 15. 1. 2015 nahlédl navrhovatel (Mgr. Hana Borošová na základě plné moci ze dne 14. 1. 2015) do spisu předmětného správního řízení. Protokol o nahlížení je součástí správního spisu.
34. Dne 20. 1. 2015 doručil navrhovatel Úřadu vyjádření z téhož dne.

Vyjádření navrhovatele ze dne 20. 1. 2015

35. Navrhovatel ve svém vyjádření uvádí, že předložil všechny zákonem požadované doklady nezbytné pro prokázání kvalifikace prostřednictvím subdodavatele a *„[j]akékoliv úvahy či tvrzení zadavatele týkající se skutečností nad rámec těchto dokladů a z nich vyplývajících informací jsou zcela irelevantní k institutu kvalifikačního subdodavatelství či k samotnému plnění veřejné zakázky a dle přesvědčení navrhovatele byly zadavatelem účelově vyhledávané a v rozporu se ZVZ v rámci zadávacího řízení aplikované, ve snaze zamezit navrhovateli v další účasti v zadávacím řízení.“*
36. Navrhovatel je názoru, že k rozhodnutí zadavatele vyloučit navrhovatele z účasti v zadávacím řízení *„nevedl jakýkoliv nedostatek v předložených dokladech dle ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ či v dokumentech prokazujících naplnění kvalifikačního požadavku dle ustanovení 13.2 kvalifikační dokumentace, ale skutečnost, že subdodavatel nedisponuje oprávněním vztahujícím se k předmětu veřejné zakázky, kterým disponuje navrhovatel a jež bylo v jeho žádosti o účast předloženo. Důvodem vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení tak byla skutečnost vzhledem ke všem okolnostem zadávacího řízení zcela nepodstatná, kterou nebyl zadavatel oprávněn zkoumat a následně také přičítat k tíži navrhovatele.“*
37. Současně navrhovatel uvádí, že *„[s]kutečnost, že navrhovatel uzavřel smlouvu se subdodavatelem na plnění, jež bude poskytováno jeho zaměstnanci disponujícími příslušnými oprávněními požadovanými zadavatelem, a nikoliv s takovými zaměstnanci přímo, nemůže*

mít na prokazování kvalifikace navrhovatele prostřednictvím subdodavatele žádný vliv. Splnil-li navrhovatel všechny podmínky stanovené pro institut subdodavatelství ZVZ a dodavatelem v kvalifikační dokumentaci, není zadavatel oprávněn zkoumat v rámci posuzování kvalifikace jeho žádost o účast nad rámec těchto podmínek a stanovovat si nové požadavky. Navrhovatel nese odpovědnost za svůj subdodavatelský řetězec a řádné plnění veřejné zakázky a není tak možné, aby zadavatel zkoumal jiné ‚kvality‘ subdodavatele nad rámec informací vyžadovaných zákonem a kvalifikační dokumentací.¹“, a rovněž je přesvědčen, že „Smlouva o budoucí spolupráci ze dne 18. 9. 2014 obsahuje zcela jednoznačný a s ustanovením § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ souladný subdodavatelský závazek, ze kterého plyne skutečnost, že příslušná část plnění veřejné zakázky bude realizována osobami, prostřednictvím kterých je prokazována odborná profesní kvalifikace.“

38. Navrhovatel opětovně konstatuje, že ve lhůtě pro podání žádosti o účast řádně prokázal splnění kvalifikace a v průběhu zadávacího řízení kvalifikaci nepřestal splňovat. K rozhodnutí Úřadu uvedeným ve vyjádření zadavatele uvádí, že tyto se „vztahují k ustanovení zákona před novelizací učiněnou zákonem č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, přičemž dle dikce ZVZ účinné do 31. 3. 2012 byl zadavatel povinen hlásit jakoukoliv změnu kvalifikace. Tato povinnost zadavatele je již překonaná a současná právní úprava se zabývá pouze pozbytím kvalifikace.“
39. Navrhovatel rovněž nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že návrh na vydání předběžného opatření dle § 117 odst. 1 písm. a) a b) zákona nespĺňuje náležitosti dle zákona, jelikož návrh navrhovatele byl podán jako jednotný a ucelený seps všech relevantních skutečností, jenž byl tvořen jak návrhem na zahájení správního řízení ve smyslu § 114 odst. 1 zákona, tak návrhem na vydání předběžného opatření dle § 117 odst. 1 písm. a) a b) zákona, přičemž dle názoru navrhovatele se náležitosti obou výše uvedených návrhů dle zákona fakticky překrývají.

Další průběh správního řízení

40. Usnesením č. j. ÚOHS-S1139/2014/VZ-2441/2015/521/OPi ze dne 26. 1. 2015 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
41. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S1139/2014/VZ-2656/2015/521/OPi ze dne 27. 1. 2015 Úřad rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele na vydání předběžného opatření dle § 117 odst. 1 písm. a) zákona spočívajícího v uložení zákazu zadavateli uzavřít smlouvu v zadávacím řízení i podle § 117 odst. 1 písm. b) zákona spočívajícího v pozastavení zadávacího řízení. Proti předmětnému rozhodnutí o zamítnutí návrhů navrhovatele na vydání předběžného opatření obdržel Úřad dne 10. 2. 2015 rozklad navrhovatele vedený pod sp. zn. R58/2015/VZ.
42. Dne 29. 1. 2015 nahlédl navrhovatel (Klára Vítková na základě plné moci ze dne 27. 1. 2015) do spisu předmětného správního řízení. Protokol o nahlížení je součástí správního spisu.
43. Dne 2. 2. 2015 doručil navrhovatel Úřadu vyjádření z téhož dne.

¹ V této souvislosti odkazuje navrhovatel na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 77/2010 ze dne 19. 11. 2011.

Vyjádření navrhovatele ze dne 2. 2. 2015

44. Navrhovatel je názoru, že v návrhu a ve stanovisku ze dne 20. 1. 2015 jednoznačně popsal nejzávažnější pochybení zadavatele, která zásadním způsobem ovlivnila transparentnost a přezkoumatelnost zadávacího řízení, narušila principy proporcionality a efektivního, účelného a hospodárného vynakládání finančních prostředků a zasáhla do práv navrhovatele.
45. Navrhovatel má za to, že zadavatel především při posouzení kvalifikace navrhovatele a jeho následném vyloučení ze zadávacího řízení porušil nejen jednotlivá ustanovení zákona, ale ohrozil smysl a účel zadávání veřejných zakázek.
46. S ohledem na uvedené trvá navrhovatel na podaném návrhu.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

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

K otázce postavení zadavatele

48. S ohledem na povahu zadavatele (akciová společnost) se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda zadavatel naplňuje definici zadavatele podle zákona, přičemž k zodpovězení této otázky je nutno vycházet z § 2 odst. 6 zákona.
49. Podle § 2 odst. 6 zákona je sektorovým zadavatelem osoba vykonávající některou z relevantních činností podle § 4 zákona, pokud
 - a) tuto relevantní činnost vykonává na základě zvláštního či výhradního práva, nebo
 - b) nad touto osobou může veřejný zadavatel přímo či nepřímo uplatňovat dominantní vliv; dominantní vliv veřejný zadavatel uplatňuje v případě, že
 1. disponuje většinou hlasovacích práv sám či na základě dohody s jinou osobou, nebo
 2. jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
50. K učinění závěru, zda je zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky v postavení sektorového zadavatele a zda je současně povinen postupovat při jejím zadávání dle zákona, je rovněž nutno najisto postavit, zda zadavatel vykonává některou z tzv. relevantních činností, které jsou taxativně vymezeny v § 4 zákona.
51. Podle § 4 odst. 1 písm. c) zákona se relevantní činností v odvětví elektroenergetiky pro účely tohoto zákona rozumí
 1. výroba elektřiny za účelem poskytování služby veřejnosti, nebo
 2. poskytování nebo provozování přenosové či distribuční soustavy určené k poskytování služby veřejnosti.

52. Podle výpisu z obchodního rejstříku² jsou předmětem podnikání zadavatele následující činnosti:
- distribuce elektřiny,
 - podnikání v oblasti nakládání s nebezpečnými odpady,
 - poskytování služeb v oblasti bezpečnosti a ochrany zdraví při práci,
 - technicko-organizační činnost v oblasti požární ochrany,
 - výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona,
 - montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení,
 - výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení,
 - projektová činnost ve výstavbě.
53. Z § 3 odst. 3 zákona č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „energetický zákon“), vyplývá, že podnikat v energetických odvětvích na území České republiky mohou za podmínek stanovených tímto zákonem fyzické či právnické osoby pouze na základě licence udělené Energetickým regulačním úřadem (dále jen „ERÚ“), přičemž dle § 4 odst. 1 písm. e) energetického zákona se licence na distribuci elektřiny uděluje nejvýše na 25 let.
54. Z webových stránek ERÚ³ vyplývá, že zadavateli byla udělena licence č. 121015583 v oblasti distribuce elektřiny, a to od 1. 10. 2010. Současně z webových stránek zadavatele⁴ vyplývá, že zadavatel je provozovatelem distribuční soustavy na území krajů Plzeňského, Karlovarského, Ústeckého, Středočeského, Libereckého, Královéhradeckého, Pardubického, Olomouckého, Moravskoslezského a částečně v kraji Zlínském a Vysočina, přičemž jeho hlavním cílem je distribuce elektrické energie fyzickým a právnickým osobám.
55. S ohledem na výše uvedené je tak zřejmé, že zadavatel vykonává relevantní činnost dle § 4 odst. 1 písm. c) bod 2. zákona, jelikož je držitelem licence v oblasti distribuce elektřiny udělené ERÚ; vykonává relevantní činnost spočívající v distribuci elektřiny na základě zvláštního nebo výhradního práva a naplňuje tak definici sektorového zadavatele ve smyslu § 2 odst. 6 písm. a) zákona.
56. Vzhledem k tomu, že zadavatel má postavení sektorového zadavatele a rovněž vzhledem k předmětu plnění šetřené veřejné zakázky (viz bod 2. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a její předpokládané hodnotě, která činí 181 000 000,- Kč bez DPH, byl zadavatel dle § 19 odst. 1 zákona povinen postupovat při zadávání šetřené veřejné zakázky dle zákona a Úřad je příslušný k přezkoumání jeho postupu v rámci dané veřejné zakázky.

² Dostupné na <https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik-firma.vysledky?subjektId=628908&typ=PLATNY>

³ Dostupné na <http://www.eru.cz/cs/vyhledavac-licenci>

⁴ Dostupné na <http://www.cezdistribuce.cz/cs/informace-o-spolecnosti/zakladni-informace.html>

Relevantní ustanovení zákona

57. Podle § 51 odst. 4 zákona pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 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

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

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

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

K postupu zadavatele

59. *Zadavatel v čl. 9.2 kvalifikační dokumentace stanovil, že „[p]okud není Zájemce schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované Zadavatelem podle ustanovení 9.1 výše v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím Subdodavatele s výjimkou prokázání splnění kvalifikačních požadavků podle ustanovení 10.1 níže, části 12.1 (montáž příhradových stožárů, izolátorových závěsů, vodičů a KZL) níže a 13.1 písm. (a) níže, které je vždy povinen prokázat Zájemce. Zájemce je v takovém případě povinen Zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se Subdodavatelem, z níž vyplývá závazek Subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění Veřejné zakázky Zájemcem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude Zájemce oprávněn disponovat v rámci plnění Veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém Subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Pokud Zájemce prokazuje splnění určité části kvalifikace požadované Zadavatelem prostřednictvím Subdodavatele, je tento Subdodavatel povinen prokázat také splnění kvalifikačních předpokladů uvedených v ustanovení 10.1 písm. (c) níže a 13.1 písm. (a) níže.“*

60. V čl. 13.1 kvalifikační dokumentace zadavatel uvedl, že „[z]ájemce musí prokázat, že splňuje profesní kvalifikační předpoklady pro provedení Předmětu veřejné zakázky:

způsob prokázání:

- a) *výpis z obchodního rejstříku ne starší 90 dnů, pokud je v něm zapsán, či výpis z jiné obdobné evidence, pokud je v ní zapsán, a*

b) *doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu Veřejné zakázky, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci, nebo výpis z živnostenského rejstříku.*"

61. V čl. 13.2 kvalifikační dokumentace zadavatel dále uvedl, že „[z]ájemce musí současně prokázat, že splňuje profesní kvalifikační předpoklady pro provedení Předmětu veřejné zakázky z hlediska kvalifikace zaměstnanců:

- kvalifikaci dle vyhl. č. 50/78 Sb. nad 1000 V,
 - pro § 6 nejméně 20 zaměstnanců
 - pro § 7 nejméně 5 zaměstnanců
 - pro § 8 nejméně 4 zaměstnanci
 - pro § 9 nejméně 2 zaměstnanci

způsob prokázání:

Zájemce vyplní tabulku „Seznam zaměstnanců a jejich kvalifikace“ uvedenou v příloze této Kvalifikační dokumentace. Zájemce doloží kopie dokladů o splnění kvalifikace pro jednotlivé zaměstnance.“

62. Z žádosti navrhovatele o účast v zadávacím řízení mj. vyplývá, že splnění části kvalifikace prokazuje prostřednictvím subdodavatele – EZH, a.s., IČO 26901005, se sídlem Vídeňská 120, 619 00 Brno (dále jen „subdodavatel“). Součástí žádosti navrhovatele o účast v zadávacím řízení je „Smlouva o budoucí spolupráci“ ze dne 18. 9. 2014 uzavřená mezi navrhovatelem a výše uvedeným subdodavatelem (dále jen „subdodavatelská smlouva“).

63. V čl. I. subdodavatelské smlouvy je uvedeno:

„Budoucí zhotovitel⁵ se zavazuje podílet na plnění veřejné zakázky „Výměna vedení technické infrastruktury vvn 110 kV, V1141-42, Tuněchody – Hlinsko“ zadané v jednacím řízení s uveřejněním dle zák. č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění, pod ev. č. VZ 494948 (dále jen Zakázka) pro budoucího objednatele⁶, a to v rozsahu dle čl. II této smlouvy, a současně poskytuje touto smlouvou v souladu s § 51 odst. 4 písm. b) zák. č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění, věci a práva dle § 54 Profesní kvalifikační předpoklady tohoto zákona – doklad osvědčující odbornou způsobilost:

- kvalifikaci dle vyhl. č. 50/78 Sb. nad 1000 V pro § 6
- kvalifikaci dle vyhl. č. 50/78 Sb. nad 1000 V pro § 9.“

64. V čl. II subdodavatelské smlouvy je uvedeno:

„Smluvní strany se zavazují uzavřít budoucí smlouvu o dílo na zajištění prací v souladu s poskytnutými věcmi a právy dle bodu I. této smlouvy, jejímž předmětem budou především práce související s vyhrazenými elektrickými zařízeními nad 1000 V včetně provádění revizí těchto zařízení. Obě strany se zavazují uzavřít tuto smlouvu do 5 dnů od uzavření smlouvy o dílo na realizaci Zakázky mezi zadavatelem a uchazečem.“

⁵ tedy subdodavatel – pozn. Úřadu

⁶ tedy navrhovatele – pozn. Úřadu

65. V čl. III subdodavatelské smlouvy je uvedeno:

„Budoucí smlouva o dílo uzavřená mezi smluvními stranami bude v odpovídající míře reflektovat závazky budoucího objednatele vyplývající ze zadávací dokumentace příslušného zadávacího řízení na zadání Zakázky.“

66. Součástí žádosti navrhovatele o účast v zadávacím řízení je dále tabulka „Seznam zaměstnanců a jejich kvalifikace“, v níž je uvedeno následující:

kvalifikace dle vyhl. č. 50/78 Sb. nad 1000 V	Počet zaměstnanců
pro § 6 (nejméně 20 zaměstnanců)	20
pro § 7 (nejméně 5 zaměstnanců)	6
pro § 8 (nejméně 4 zaměstnanci)	4
pro § 9 (nejméně 2 zaměstnanci)	2

67. Z výše uvedeného počtu zaměstnanců pro jednotlivé ustanovení vyhlášky č. 50/1978 Sb., o odborné způsobilosti v elektrotechnice, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška č. 50/1978 Sb.“), předložil subdodavatel prostřednictvím žádosti navrhovatele o účast v zadávacím řízení 18x „Osvědčení o zkoušce podle vyhl. č. 50/1978 Sb.“ pro § 6 vyhlášky č. 50/1978 Sb. a 1x „Osvědčení ev. č. 9443/5/13/R-EZ-E1B“ pro § 9 vyhlášky č. 50/1978 Sb.
68. Zadavatel rozhodnutím ze dne 13. 11. 2014 vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení mj. z následujícího důvodu:

„V Žádosti o účast byla přiložena Smlouva o budoucí spolupráci mezi smluvními stranami tj. jako Uchazečem společností KLEMENT a.s., se sídlem Hlíňany 18, 400 02 Řehlovice, IČ: 25016695, DIČ: CZ20516695 (budoucím objednatelem) a Subdodavatelem společností EZH, a.s., se sídlem Brno, Vídeňská 120, PSČ 619 00, IČ: 26901005, DIČ: CZ26901005 (budoucím zhotovitelem) ze dne 18. 9. 2014 ke splnění určité části kvalifikace požadované Zadavatelem prostřednictvím Subdodavatele. Budoucí zhotovitel (Subdodavatel) se touto smlouvou zavazuje podílet se na plnění veřejné zakázky zajištěním prací v souladu s poskytnutými věcmi a právy, jejímž předmětem budou především práce související s vyhrazenými elektrickými zařízeními nad 1000 V, včetně provádění revizí těchto zařízení. Dle ustanovení 13.1, písm. (a) Kvalifikační dokumentace byl předložen Výpis z obchodního rejstříku obchodní firmy s předmětem podnikání na montáž, opravy, revize a zkoušky vyhrazených elektrických zařízení. Vzhledem ke skutečnosti, že uvedená společnost EZH, a.s. má Oprávnění ev. č. 11032/7/05/EZ-M, O, R, Z-E1/B vydané ve smyslu § 6a) odst. 1 písm. c) zákona č. 174/1968 Sb., o státním odborném dozoru nad bezpečností práce, v platném znění na základě verifikace odborné způsobilosti dne 26. května 2005 k montáži, opravám, revizím, zkouškám vyhrazených elektrických zařízení v rozsahu montáž el. zařízení do 38 kV v objektech třídy A, B opravy el. zařízení do 38 kV v objektech třídy A, B atd., není tedy Subdodavatel jako budoucí zhotovitel pro budoucího objednatele způsobilý k provádění činností na vyšších napěťových hladinách, které jsou předmětem plnění této veřejné zakázky tj. min. 110 kV.

Vzhledem k této nezpůsobilosti Subdodavatele (budoucího zhotovitele) k provádění činností a elektromontážních prací souvisejících s předmětem veřejné zakázky ve vyšší napěťové hladině, než má Subdodavatel povoleno, a tím vlastní nemožnosti využití svých zaměstnanců Subdodavatele k plnění Předmětu veřejné zakázky, není tak splněn požadovaný počet

kvalifikace zaměstnanců pro splnění profesních kvalifikačních předpokladů pro provedení Předmětu veřejné zakázky dle ustanovení 13.2 Kvalifikační dokumentace, a tudíž musí být Zájemce dle příslušného ustanovení 19.3 Kvalifikační dokumentace a § 60, odst. 1 ZVZ, Zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.“

69. S ohledem na důvody, které vedly zadavatele k rozhodnutí vyloučit navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, považuje Úřad za nezbytné se nejdříve vyjádřit k náležitostem tzv. subdodavatelské smlouvy. V této souvislosti Úřad odkazuje např. na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 57/2013-90 ze dne 6. 10. 2014, v němž daný soud judikoval, že aby subdodavatelská smlouva vyhověla požadavku dle § 51 odst. 4 písm. b) zákona, „*musel by z ní vyplynout 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. Musel by z ní tedy vyplynout konkrétní závazek subdodavatele, jenž by spolehlivě dokládal reálnou míru participace subdodavatele na samotném plnění, jež je veřejnou zakázkou (tj. míru přímého podílu subdodavatele na realizaci plnění), nebo konkrétní závazek subdodavatele, jenž by spolehlivě dokládal reálné poskytnutí věcí či práv, s nimiž by byl dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a jeho natolik přesný popis, aby bylo možno posoudit skutečný podíl subdodavatele na veřejné zakázce realizované uchazečem.“*
70. V témže rozsudku pak daný soud dále uvedl: „*Je tedy na uchazeči, aby zvolil způsob, jakým splnění kvalifikace prokáže. K tomu může zčásti využít i kvalifikace svědčící jinému subjektu, avšak hodlá-li jej využít jako subdodavatele (a splnění ‚své‘ kvalifikace prokazovat jejím splněním ‚u svého subdodavatele‘), je na něm, aby reálnou míru participace subdodavatele na veřejné zakázce s ohledem na charakter konkrétního kvalifikačního předpokladu, jehož splnění má být takto prokazováno a jenž vyjadřuje skutečnou odbornost, zkušenost, zdroje, osoby či jiné zázemí, jež bude uchazeči k plnění veřejné zakázky k dispozici, zadavateli prokázal. (...) Splnění kvalifikace coby obecnou způsobilost předmět veřejné zakázky podle požadavků zadavatele splnit si tedy z pohledu uchazeče nestačí toliko formálně smluvně ‚koupit‘ (neboť takto formálně ‚koupená‘ kvalifikace uchazečovu způsobilost předmět veřejné zakázky splnit fakticky nemůže prokazovat), nýbrž je zapotřebí spolehlivě doložit, v jakých ohledech, v jakých částech plnění veřejné zakázky, jakým konkrétním způsobem a do jaké konkrétní míry bude uchazeč reálně disponovat faktickou participací svého subdodavatele, jež pak bude souviset s jeho odbornými (technickými) nebo ekonomickými schopnostmi v rámci plnění veřejné zakázky, a v čem bude taková participace spočívat, popř. v jakých ohledech, ve vztahu k jakým částem veřejné zakázky, jakým konkrétním způsobem a do jaké konkrétní míry bude uchazeč reálně disponovat věcmi či právy subdodavatele, a o jaké věci či o jaká práva půjde. Jen tak může mít zadavatel najisto postaveno, že jeho požadavky, které se promítly do zadávacích podmínek, ať už jde o požadavky odborného charakteru či charakteru ekonomického, uchazeč ve skutečnosti splňuje a je tak dle představ zadavatele také skutečně způsobilý předmět veřejné zakázky splnit. Požadavku podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ tedy vyhoví takový závazek subdodavatele, podle něhož bude subdodavatel část veřejné zakázky sám ve skutečnosti plnit. (...) I poskytnutí odborně fundovaného personálního substrátu subdodavatelem uchazeči může požadavku podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ vyhovovat. To vše (a jistě i řada dalších příkladů) ale vždy pouze za předpokladu, že takový závazek bude smysluplným odrazem konkrétního požadavku zadavatele na kvalifikaci, jehož*

splnění má být takto s využitím subdodavatele prokazováno, a že bude dostatečně konkretizován, aby zadavatel na jeho základě mohl posoudit rozsah skutečné participace subdodavatele na veřejné zakázce (ať už v jakékoli smysluplné formě).“

71. Jestliže navrhovatel v šetřeném případě tvrdí, že se subdodavatel subdodavatelskou smlouvu zavázal navrhovateli poskytnout „pouze“ způsobilé osoby, které disponují daným oprávněním, pak se Úřad s tímto názorem neztotožňuje. S ohledem na výše citovaný rozsudek je zřejmé, že v rámci tzv. subdodavatelské smlouvy se lze zavázat k poskytnutí fundovaného personálu, avšak za předpokladu, že takový závazek bude odrazem konkrétního požadavku zadavatele na kvalifikaci a bude dostatečně konkretizován, aby zadavatel mohl posoudit rozsah skutečné participace subdodavatele.
72. Úřad uvádí, že z čl. I subdodavatelské smlouvy vyplývá, že se subdodavatel zavazuje podílet na plnění šetřené veřejné zakázky v rozsahu dle čl. II subdodavatelské smlouvy, přičemž dle čl. II dané smlouvy se smluvní strany *zavazují uzavřít budoucí smlouvu o dílo na zajištění prací v souladu s poskytnutými věcmi a právy dle bodu I. této smlouvy, jejímž předmětem budou především práce související s vyhrazenými elektrickými zařízeními nad 1000 V včetně provádění revizí těchto zařízení.* Současně pak subdodavatel poskytuje navrhovateli věci a práva dle § 54 zákona – doklad osvědčující odbornou způsobilost dle § 6 a § 9 vyhlášky č. 50/1978 Sb.
73. Přestože Úřad není primárně příslušný provádět výklad zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), považuje v souvislosti s výše uvedeným za nezbytné zmínit některá jeho ustanovení.
74. Smlouva o dílo je dle § 2586 odst. 1 občanského zákoníku definována tak, že se zhotovitel zavazuje provést na svůj náklad a nebezpečí pro objednatele dílo a objednatel se zavazuje dílo převzít a zaplatit cenu, přičemž dílem se dle § 2587 občanského zákoníku rozumí zhotovení určité věci, nespadá-li pod kupní smlouvu, a dále údržba, oprava nebo úprava věci, nebo činnost s jiným výsledkem. Dílem se rozumí vždy zhotovení, údržba, oprava nebo úprava stavby nebo její části.
75. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že subdodavatel, jakožto právnická osoba, se bude v šetřeném případě přímo podílet na plnění předmětu veřejné zakázky. Daná smlouva není koncipována tak, že by subdodavatel poskytoval navrhovateli způsobilé osoby, které disponují oprávněními požadovanými zadavatelem a pouze tyto osoby se budou podílet na plnění veřejné zakázky. Takový závazek ze subdodavatelské smlouvy jistě nevyplyvá. Subdodavatel se zavázal mj. uzavřít s navrhovatelem smlouvu o dílo, kterým je dle platného právního řádu nutno rozumět – v kontextu daného zadávacího řízení – zhotovení, údržbu, opravu nebo úpravu stavby nebo její části, nikoliv poskytnutí personálu, resp. způsobilých osob.
76. Pokud tedy ze smlouvy vyplývá závazek subdodavatele, jakožto právnické osoby, podílet se na předmětu plnění veřejné zakázky zhotovením, údržbou, opravou nebo úpravou stavby nebo její části, pak musí přímo subdodavatel, jakožto právnická osoba, disponovat oprávněními nezbytnými k takovému plnění, jinak nebude možné, aby se na plnění předmětu veřejné zakázky podílel (byť by někteří z jeho zaměstnanců nezbytná oprávnění měli). Ačkoliv tedy navrhovatel tvrdí, že mu subdodavatel v rámci plnění předmětu veřejné zakázky pouze poskytne svoje kvalifikované zaměstnance a v tomto rozsahu rovněž

prokazuje prostřednictvím subdodavatele kvalifikaci, ze subdodavatelské smlouvy vyplývá závazek jiný (viz výše).

77. S ohledem na znění subdodavatelské smlouvy nelze zadavateli přičítat k tíži, že si ověřil, jakým oprávněním (ve vztahu k předmětu šetřené veřejné zakázky) disponuje subdodavatel jakožto právnická osoba. Pakliže z dané smlouvy nevyplývá, že subdodavatel poskytne navrhovateli způsobilé osoby, ale vyplývá z ní naopak skutečnost, že se na plnění předmětu veřejné zakázky bude podílet subdodavatel, jakožto právnická osoba, shledává Úřad postup zadavatele v daném případě zcela legitimním.
78. Z webových stránek subdodavatele⁷ lze seznat, že subdodavatel je držitelem „Oprávnění ev. č. 11032/7/05/EZ-M, O, R, Z-E1/B“ ze dne 17. 5. 2005, přičemž dané oprávnění bylo vydáno „*ve smyslu § 6a) odst. 1 písm. c) zákona č. 174/1968 Sb., o státním odborném dozoru nad bezpečností práce, v platném znění na základě verifikace odborné způsobilosti dne 26. května 2005 k montáži, opravám, revizím, zkouškám vyhrazených elektrických zařízení v rozsahu:*
- *montáž el. zařízení do 38 kV v objektech třídy A, B*
 - *oprava el. zařízení do 38 kV v objektech třídy A, B*
 - *montáž a oprava hromosvodů v objektech třídy A, B*
 - *revize el. zařízení bez omezení napětí včetně hromosvodů v objektech třídy A, B*
 - *zkoušky el. zařízení.“*
79. Vzhledem k předmětu veřejné zakázky vymezenému (i když pouze rámcově) v oznámení o zakázce, jímž je celková výměna vedení technické infrastruktury velmi vysokého napětí 110 kV (viz bod 2. odůvodnění tohoto rozhodnutí), je zřejmé, že subdodavatel nedisponuje oprávněním opravňujícím ho k participaci na plnění předmětu veřejné zakázky, jelikož výše uvedené oprávnění subdodavatele opravňuje „pouze“ k montáži, opravám, revizím a zkouškám vyhrazených elektrických zařízení do 38 kV.
80. S ohledem na výše uvedené je tedy zřejmé, že navrhovatel, resp. subdodavatel, nedisponuje kvalifikací v takovém rozsahu, v jakém byla uzavřena subdodavatelská smlouva, neboť z dané smlouvy vyplývá, že se přímo subdodavatel (nikoliv někteří z jeho zaměstnanců) zavázal navrhovateli k uzavření budoucí smlouvy o dílo na zajištění prací, jejímž předmětem budou především práce související s vyhrazenými elektrickými zařízeními nad 1000 V včetně provádění revizí těchto zařízení, přičemž pro činnosti v napěťové hladině 110 kV, které jsou předmětem veřejné zakázky, nemá subdodavatel potřebné oprávnění.
81. Jelikož navrhovatel neprokázal splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu, byl zadavatel v souladu s § 60 odst. 1 zákona povinen navrhovatele vyloučit z účasti v zadávacím řízení, což učinil.
82. K odkazu navrhovatele na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S252/2009/VZ-13680/2009/520/ABr ze dne 2. 12. 2009 Úřad uvádí s ohledem na již výše citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 57/2013-90 ze dne 6. 10. 2014, že v případě prokazování splnění části kvalifikace prostřednictvím subdodavatele nepostačuje „pouhé“ předložení dokladů dle

⁷ Dostupné na http://www.ezh-as.cz/ke_stazeni.aspx

§ 51 odst. 4 písm. a) zákona a tzv. subdodavatelské smlouvy dle § 51 odst. 4 písm. b) zákona. Subdodavatelská smlouva musí, jak judikoval Krajský soud v Brně ve výše uvedeném rozsudku, obsahovat, resp. musí z ní vyplývat, „konkrétní závazek subdodavatele, jenž by spolehlivě dokládal reálnou míru participace subdodavatele na samotném plnění, jež je veřejnou zakázkou (tj. míru přímého podílu subdodavatele na realizaci plnění), nebo konkrétní závazek subdodavatele, jenž by spolehlivě dokládal reálné poskytnutí věcí či práv, s nimiž by byl dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a jeho natolik přesný popis, aby bylo možno posoudit skutečný podíl subdodavatele na veřejné zakázce realizované uchazečem.“

83. Pro úplnost Úřad k odkazu navrhovatele na jiné veřejné zakázky (viz bod 10. odůvodnění tohoto rozhodnutí) uvádí, že v rámci správního řízení byl přezkoumáván postup zadavatele při zadávání této konkrétní veřejné zakázky. K tomuto je nutné v obecné rovině dodat, že každá zakázka má své vlastní specifické okolnosti, které je vždy nutné zohledňovat. Postup zadavatele při zadávání jiných veřejných zakázek je tak vzhledem k řečenému irrelevantním.
84. Na závěr Úřad uvádí, že skutečnost, že navrhovatel, resp. subdodavatel, nedisponuje kvalifikací v takovém rozsahu, v jakém byla uzavřena subdodavatelská smlouva, neboť nemá oprávnění pro činnosti v napěťové hladině 110 kV, které jsou předmětem šetřené veřejné zakázky, byla dostatečným důvodem k tomu, aby zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. Zkoumání dalších důvodů vyloučení navrhovatele za situace, že alespoň jediný důvod je oprávněný, je nadbytečné (viz např. rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 2/99 ze dne 24. 6. 1999).
85. S ohledem na všechny uvedené skutečnosti Úřad návrh navrhovatele ze dne 29. 12. 2014 podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona tak, 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 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. ČEZ Distribuce, a. s., Teplická 874/8, 405 02 Děčín IV-Podmokly
2. MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, Jakubská 121/1, 602 00 Brno

Vypraveno dne

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