



UOHSX006FVIY

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S694/2014/VZ-22447/2014/512/MHr

Brno 22. října 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 21. 8. 2014 na návrh ze dne 20. 8. 2014, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Dačice, IČO 00246476, se sídlem Krajířova 27, 380 01 Dačice – Dačice I,
- navrhovatel – SYNERGY SOLUTION s.r.o., IČO 28622740, se sídlem Kubelíkova 1224/42, 130 00 Praha – Žižkov,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Dodávka zemního plynu pro město Dačice, příspěvkové organizace města Dačice a organizace, které město Dačice ovládá“ zadávané formou zjednodušeného podlimitního řízení zahájeného odesláním výzvy k podání nabídek ze dne 20. 6. 2014 a uveřejněním na profilu zadavatele dne 24. 6. 2014,

rozhodl takto:

I.

Návrh navrhovatele – SYNERGY SOLUTION s.r.o., IČO 28622740, se sídlem Kubelíkova 1224/42, 130 00 Praha – Žižkov – **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 – město Dačice, IČO 00246476, se sídlem Krajířova 27, 380 01 Dačice – Dačice I (dále jen „zadavatel“) – zahájil zadávací řízení podlimitní veřejné zakázky „Dodávka zemního plynu pro město Dačice, příspěvkové organizace města Dačice a organizace, které město Dačice ovládá“ (dále jen „veřejná zakázka“) podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), formou zjednodušeného podlimitního řízení odesláním výzvy k podání nabídek ze dne 20. 6. 2014 a uveřejněním na profilu zadavatele dne 24. 6. 2014.
2. Zadavatel se nechal ve smyslu ustanovení § 151 zákona zastoupit při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením společností ENSYTRA s.r.o., IČO 28582136, se sídlem nám. Svobody 931/22, 789 85 Mohelnice.
3. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle čl. 1 výzvy k podání nabídek fyzická dodávka zemního plynu do odběrných míst zadavatele zákazníkovi s převzetím závazku odebrat zemní plyn z distribuční soustavy včetně přenesení odpovědnosti za odchylku na dodavatele podle zákona č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon) a ve smyslu vyhlášky Energetického regulačního úřadu č. 541/2005 Sb., o Pravidlech trhu s plynem a zásadách tvorby cen za činnost operátora trhu s plynem a provedení některých dalších ustanovení energetického zákona.
4. Zadavatel stanovil v čl. 7 výzvy k podání nabídek jako kritérium hodnocení nabídek nejnižší nabídkovou cenu tak, že nabídková cena bude obsahovat cenu komodity za jednotku v Kč/MWh včetně ceny služby za přepravu a strukturování. Hodnocení bude provedeno formou elektronické aukce v souladu s § 96 a 97 zákona.
5. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami vyplývá, že v zadavatelem stanovené lhůtě (do 21. 7. 2014) podalo nabídku celkem 7 uchazečů.
6. Zadavatel na základě výzvy k doplnění nabídky ze dne 23. 7. 2014 vyzval navrhovatele – SYNERGY SOLUTION s.r.o., IČO 28622740, se sídlem Kubelíkova 1224/42, 130 00 Praha – Žižkov (dále jen „navrhovatel“ nebo také „SYNERGY SOLUTION s.r.o.“) – mimo jiné k tomu, aby předložil řádnou smlouvu se subdodavatelem, „z níž bude vyplývat 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“.
7. Navrhovatel v reakci na obdrženou výzvu zadavatele k doplnění nabídky doručil zadavateli své vyjádření ze dne 29. 7. 2014, v němž uvedl, že „[ř]ádná smlouva se subdodavatelem Vám již byla poskytnuta při podání nabídky na veřejnou zakázku, viz Smlouva o spolupráci, 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.“

8. Zadavatel rozhodnutím ze dne 1. 8. 2014 vyloučil navrhovatele ve smyslu ustanovení § 60 odst. 1 zákona z další účasti v zadávacím řízení z důvodu neprokázání splnění kvalifikačních předpokladů stanovených zákonem.
9. Námitky navrhovatele ze dne 6. 8. 2014 směřované proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení byly zadavateli doručeny dne 8. 8. 2014.
10. Rozhodnutím ze dne 13. 8. 2014 zadavatel podaným námitkám nevyhověl; rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 14. 8. 2014.
11. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za dostatečné a nadále se domníval, že došlo k porušení zákona, podal dne 21. 8. 2014 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgánu dohledu nad dodržováním zákona.

Obsah návrhu

12. Navrhovatel ve svém návrhu ze dne 20. 8. 2014 namítá, stejně jako v podaných námitkách, že zadavatel neuznal předloženou smlouvu o spolupráci se subdodavatelem – LAMA energy a.s., IČO 28262026, se sídlem Gudrichova 763, 747 41 Hradec nad Moravicí (dále jen „subdodavatel“ nebo také „LAMA energy a.s.“) – při posuzování prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, ačkoliv tato smlouva podle názoru navrhovatele *„zcela splňuje minimální náležitosti stanovené § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ, neboť z ní jednoznačně a bez jakýchkoliv pochybností vyplývá závazek subdodavatele...“*
13. K uvedenému navrhovatel dodává, že ve smlouvě o spolupráci konkretizoval veřejnou zakázku, a proto nemohou vzniknout pochybnosti o tom, k jakému plnění se subdodavatel zavázal. Zadavatel tak nesmí nad rámec zákona svévolně rozšiřovat či zvyšovat požadavky na smlouvu podle § 51 odst. 4 písm. b) zákona.
14. Co se týká solidarity dodavatele a subdodavatele uvedené v čl. II smlouvy o spolupráci navrhovatel uvádí, že se jedná neškodné ujednání, které se nijak nedotýká zadavatele.
15. Dále také navrhovatel namítá ukázkový oxymorón (*„...subdodavatelská smlouva musí tedy alespoň obecně konkretizovat plnění...“*), který použil zadavatel v rozhodnutí ze dne 13. 8. 2014 o podaných námitkách navrhovatele, což vede podle navrhovatele k diskvalifikaci samotné argumentace a zároveň z ní ani nevyplývá, jak si onu „obecnou konkretizaci“ zadavatel představuje.
16. Navrhovatel proto dovozuje, že pokud smlouva vyhovuje zákonu, musí vyhovovat i zadavateli, a proto spatřuje v jednání zadavatele porušení § 6 zákona, konkrétně zásady zákazu diskriminace, neboť byl navrhovatel oproti jiným uchazečům zadavatelem vyloučen v důsledku subjektivního odmítnutí smlouvy se subdodavatelem.
17. Závěrem navrhovatel navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 1. 8. 2014 o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení.

Vyjádření zadavatele k návrhu

18. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 28. 8. 2014, které bylo Úřadu doručeno tentýž den, nejprve odkazuje na argumentaci uvedenou v rozhodnutí zadavatele ze dne 1. 8. 2014

o vyloučení navrhovatele z další účasti v řízení a rozhodnutí ze dne 13. 8. 2014 o námitkách navrhovatele a nad její rámec uvádí k jednotlivým námitkám následující.

19. Zásadní skutečností, která vedla zadavatele k vyloučení navrhovatele z další účasti v předmětném zadávacím řízení, bylo neprokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů požadovaných zadavatelem, když je samotný navrhovatel nebyl schopen prokázat a smlouva se subdodavatelem LAMA energy a.s., kterou navrhovatel zadavateli ve smyslu § 51 odst. 4 písm. b) zákona předložil, podle názoru zadavatele požadavky zákona nesplňovala.
20. Co se týká charakteru navrhovatelem předložené smlouvy o spolupráci ze dne 14. 7. 2014 trpí podle zadavatele tato smlouva jak formálními, tak zejména obsahovými nedostatky, když *„zhola opisovala text právní normy, konkrétně ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ, aniž současně specifikovala, jaké plnění, věci nebo práva subdodavatel navrhovateli za účelem prokázání kvalifikace poskytne, a to alespoň v obecné rovině.“*
21. Při bližším pohledu na text smlouvy je zřejmé, že článek I *„předvídá existenci závazku blíže nejmenovaného subdodavatele vůči blíže neurčenému dodavateli, přičemž ze smlouvy nejde seznat, kdo má být oním subdodavatelem a kdo dodavatelem...“* Také závazek některé „ze stran smlouvy poskytnout konkrétní plnění v rámci veřejné zakázky ve smlouvě zcela chybí, vyjma ujednání o splatnosti faktur a závazku solidární odpovědnosti obsaženého v článku II smlouvy“.
22. Uvedené zadavatel uzavírá konstatováním, že *„[p]okud se v rámci prokazování kvalifikace zadavatelé mají spokojit s dokumenty, které budou balancovat na hranici platnosti i z hlediska předpisů práva občanského, pak jakákoliv ustanovení zákona o potřebné kvalifikaci ztrácí smysl a je možno je bez dalšího zrušit.“*
23. K navrhovatelem namítanému užití „ukázkového oxymorónu“ zadavatel uvádí, že není výsledkem jeho tvůrčí činnosti, ale jedná se o převzatou citaci z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S625/2012/VZ-22353/2012/AZa ze dne 19. 8. 2013. Zadavatel dále dodává, že nespátřuje v užití formulace *„...alespoň obecně konkretizovat plnění...“* nic nelogického nebo vnitřně rozporného.
24. V rámci právní argumentace týkající se problematiky prokazování kvalifikace prostřednictvím tzv. referencí zadavatel odkazuje na stanovisko expertní skupiny Ministerstva pro místní rozvoj a doplňuje, že z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S164/2012/VZ-9012/2012/530/EDo ze dne 30. 7. 2012 vplynulo, že ani v případě, kdy smlouva navrhovatele se subdodavatelem bude formálně a obsahově v pořádku, neznamená to automaticky splnění technických kvalifikačních předpokladů navrhovatelem. *«[j]de totiž proti smyslu celého ustanovení o referencích, aby subjekt, který se na plnění veřejné zakázky vůbec nepodílí, poskytnul výhradně jen své reference a uchazeč o ně formálně „opřel“ své zkušenosti s obdobnými zakázkami, byť vlastně žádné vlastní nemá.»*
25. Závěrem zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl.

II. Průběh správního řízení

26. Úřad obdržel uvedený návrh dne 21. 8. 2014 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu dne 21. 8. 2014.
27. Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
28. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S694/2014/VZ-17745/2014/512/MHr ze dne 25. 8. 2014. K zajištění účelu správního řízení vydal Úřad dne 26. 9. 2014 usnesení č. j. ÚOHS-S694/2014/VZ-20060/2014/512/MHr, v němž určil účastníkům řízení lhůtu, v níž byli oprávněni navrhopvat důkazy, nebo činit jiné návrhy.
29. Usnesením č. j. ÚOHS-S694/2014/VZ-20929/2014/512/MHr ze dne 3. 10. 2014 určil Úřad účastníkům správního řízení lhůtu podle správního řádu, ve které měli možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.
30. Navrhovatel se ve stanovené lhůtě ani později nevyjádřil.

III. Závěry Úřadu

31. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona návrh navrhovatele ze dne 20. 8. 2014 zamítnout, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

32. Podle ustanovení § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
33. Jak uvádí ustanovení § 51 odst. 4 zákona, 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 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) a d).

34. Podle ustanovení § 56 odst. 1 písm. a) zákona může k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na dodávky veřejný zadavatel požadovat seznam významných dodávek realizovaných dodavatelem v posledních 3 letech a v případě oblasti obrany nebo bezpečnosti v posledních 5 letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění; přílohou tohoto seznamu musí být
1. osvědčení vydané či podepsané veřejným zadavatelem, pokud bylo zboží dodáno veřejnému zadavateli,
 2. osvědčení vydané jinou osobou, pokud bylo zboží dodáno jiné osobě než veřejnému zadavateli, nebo
 3. smlouva s jinou osobou a doklad o uskutečnění plnění dodavatele, není-li současně možné osvědčení podle bodu 2 od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně.
35. Veřejný zadavatel může podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Dodavatel je povinen splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem. Skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace mohou nastat v případě postupu podle tohoto odstavce po lhůtě podle § 52.
36. Podle ustanovení § 60 odst. 1 zákona dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

37. Zadavatel stanovil v čl. „2.4 Technické kvalifikační předpoklady“, že *„[s]plnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatel prokáže v souladu s § 56 odst. 1 písm. a) zákona tím, že ve své nabídce doloží seznam min. tří významných dodávek zemního plynu v posledních třech letech s objemem každé dodávky v hodnotě nad 3 000 MWh za rok. Přílohou tohoto seznamu musí být:*
- *osvědčení s uvedením objemu zakázky vydané či podepsané veřejným zadavatelem, pokud bylo zboží dodáno veřejnému zadavateli,*
 - *osvědčení vydané jinou osobou, pokud bylo zboží dodáno jiné osobě než veřejnému zadavateli, nebo*
 - *smlouva s jinou osobou a doklad o uskutečnění plnění dodavatele, není-li současně možné osvědčení podle bodu 2 od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně.“*
38. V části nazvané „Platební podmínky“ si zadavatel v článku 4.4 stanovil, že si *„vyhrazuje požadavek, že předmět plnění veřejné zakázky – dodávka zemního plynu – nesmí být plněna subdodavatelem. Tuto skutečnost dodavatel v nabídce doloží svým čestným prohlášením.“*
39. Navrhovatel ve své nabídce doložil smlouvu o spolupráci (subdodavatelská smlouva) uzavřenou dne 14. 7. 2014 se subdodavatelem. V čl. I. „Předmět smlouvy“ se uvádí, že *«[p]ředmětem smlouvy je spolupráce smluvních stran ve veřejné zakázce s názvem: „Dodávka zemního plynu pro [m]ěsto Dačice, příspěvkové organizace [m]ěsta Dačice a organizace, které [m]ěsto Dačice ovládá“ vypsanou veřejným zadavatelem: [m]ěsto Dačice,*

Krajířova 27/1, 380 13 Dačice, IČO 00246476, 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.»

40. Článkem II. smlouvy o spolupráci se zavazují smluvní strany „společně a nerozdílně, vůči zadavateli veřejné zakázky a třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou, a to po celou dobu plnění veřejné zakázky i po dobu trvání jiných závazků vyplývajících z veřejné zakázky.“
41. Součástí předložené nabídky navrhovatele bylo i čestné prohlášení navrhovatele ze dne 15. 7. 2014, že „předmět veřejné zakázky – dodávka zemního plynu nebude plněna subdodavatelem“ a prohlášení subdodavatele ze dne 8. 7. 2014, ve kterém LAMA energy a.s. uvádí, že „splňuje veškeré kvalifikační předpoklady požadované zadavatelem pro plnění této veřejné zakázky“, k čemuž jsou připojena osvědčení o dodávkách zemního plynu, kterými je prokazováno splnění technických kvalifikačních předpokladů.

Právní posouzení

42. Obecným smyslem prokazování kvalifikace v zadávacích řízeních dodavatel, popř. za splnění zákonných podmínek společně se subdodavatelem, je výběr takového dodavatele, který prokáže své zkušenosti s obdobným druhem plnění veřejné zakázky. Současně by mělo platit, že je dodavatel po technické a profesní stránce schopen zajistit kvalitní provedení předmětu zakázky a že se jedná o dodavatele, který je zkušený, stabilní a spolehlivý z hlediska plnění svých smluvních závazků. Dodavatel může část kvalifikace, kterou není schopen prokázat sám, prokázat prostřednictvím subdodavatele. V takovém případě musí být z jeho strany doložena smlouva, 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. Tuto podmínku dále zákonodárce doplnil požadavkem, aby výše uvedený závazek subdodavatele byl alespoň v takovém rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.
43. Z obsahu ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona vyplývá, že subdodavatelská smlouva (pakliže je subdodavatelem prokazována část kvalifikace) musí obsahovat jednoznačně, určitě a srozumitelně vyjádřený závazek subdodavatele ke stanovenému rozsahu plnění. Takto formulovaný text závazku je předpokladem pro to, aby mohl zadavatel (a poté rovněž i Úřad v případě vedeného správního řízení) přistoupit k posouzení vzájemného vztahu míry takového závazku s mírou prokázání splnění kvalifikace subdodavatelem, resp. přistoupit k samotnému posouzení naplnění podmínky uvedené v ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona.
44. Všeobecně lze tedy konstatovat, že bylo snahou zákonodárce, aby byl dodavatel vždy povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu se subdodavatelem, ze které je zřejmé k jakému konkrétnímu plnění a v jakém konkrétním rozsahu se subdodavatel zavazuje, a současně taková smlouva bude splňovat i veškeré náležitosti stanovené občanským zákoníkem.

45. Poté, co Úřad obecně takto vyložil podmínky, které zákon klade na subdodavatelskou smlouvu, pokud zadavatel prostřednictvím subdodavatele prokazuje část kvalifikace, přistoupil k přezkumu toho, zda smlouva předložená navrhovatelem v předmětném správním řízení dostala těmto zákonným požadavkům.
46. Předně Úřad v této souvislosti upozorňuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011 ze dne 28. 2. 2013 (dostupné online na www.nssoud.cz), ve kterém dospěl soud k názoru, že „není na žalovaném (Úřadu), aby hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem, nejedná-li se o zjevný exces vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky a nejde-li o pravidlo pro posuzování kvalifikace a samotného hodnocení nabídek, jež by muselo být předmětem posouzení z pohledu ZVZ“. V posuzovaném případě se jedná o situaci, na níž lze aplikovat výjimku stanovenou Krajským soudem v Brně, tj. jedná se o posouzení kvalifikace dodavatele podle zákona.
47. Vymezení rozsahu závazku subdodavatele provedl navrhovatel v subdodavatelské smlouvě souslovím „... a to alespoň v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) zákona“ (viz bod 39. odůvodnění tohoto rozhodnutí), tedy doslovným opisem příslušné pasáže zákona.
48. K tomuto způsobu vymezení závazku subdodavatele Úřad uvádí, že je neurčité, nesrozumitelné, nejednoznačné a z hlediska aplikace ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona naprosto neuchopitelné, neboť je to právě „rozsah prokázání splnění kvalifikace subdodavatelem“, s čímž má být „rozsah závazku subdodavatele“ porovnáván. Výše uvedenou formulací (opisem ustanovení zákona) tedy došlo k situaci, že zadavatel (a následně i Úřad v rámci svého přezkumu) nemá možnost posoudit, zda subdodavatel skutečně vykonává činnost v rámci veřejné zakázky alespoň v rozsahu, v jakém prokazuje kvalifikaci. Navrhovatel v subdodavatelské smlouvě zjednodušeně uvedl, že subdodavatel bude vykonávat práce v rozsahu, v jakém bude prokazovat kvalifikaci, a zároveň bude prokazovat kvalifikaci v rozsahu, v jakém bude vykonávat práce na veřejné zakázce, přičemž Úřad konstatuje, že takováto argumentace kruhem nepředstavuje jasný, určitý a srozumitelný závazek subdodavatele na výkon předmětných prací na veřejné zakázce. Předpoklad, že citovaným opisem formulace textu ustanovení zákona do textu smlouvy bude požadavek zákona na subdodavatelskou smlouvu naplněn, je dle názoru Úřadu mylný.
49. K samotnému obsahu smlouvy o spolupráci (subdodavatelské smlouvy) Úřad uvádí následující. V situaci, kdy je subdodavatelská smlouva pojmána obecněji, musí být vždy z takové smlouvy patrný závazek subdodavatele k poskytnutí plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí určitých věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokazuje splnění části kvalifikace místo dodavatele.
50. V šetřeném případě vyvstaly zadavateli pochybnosti o souladu navrhovatelem předložené smlouvy o spolupráci (subdodavatelské smlouvy) s ustanovením § 51 odst. 4 písm. b) zákona, a proto zadavatel v souladu s § 59 odst. 4 zákona vyzval navrhovatele dokumentem ze dne 23. 7. 2014 k doplnění nabídky (blíže bod 6. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Navrhovatel v odpovědi ze dne 29. 7. 2014 na doručenou výzvu uvádí, že řádnou smlouvu, z níž plyne závazek subdodavatele, již předložil ve své nabídce (blíže bod 7. odůvodnění tohoto

rozhodnutí). Poté zadavatel navrhovatele rozhodnutím ze dne 1. 8. 2014 vyloučil z další účasti v zadávacím řízení.

51. Jak bylo uvedeno výše (viz bod 48. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přestože dodavatel prokazuje splnění technického kvalifikačního předpokladu seznamem významných dodávek plynu subdodavatelem, je formulace závazku subdodavatele v čl. I. smlouvy o spolupráci ze dne 14. 7. 2014 (subdodavatelské smlouvy) neurčitá a nejednoznačná. Není dostatečně konkrétně specifikován závazek (předmět), kterého se právní jednání subdodavatele týká, takže jej nelze individualizovat. K uvedenému Úřad dodává, že předpokladem určitosti závazku subdodavatele k plnění veřejné zakázky dodavatelem je takové vymezení, podle kterého bude závazek jednoznačně rozpoznatelný a nezaměnitelný od jiných. V šetřeném případě však není možné ze subdodavatelské smlouvy dovodit konkrétní objem prací, ani jejich obsahovou náplň, které by mohl jak zadavatel, tak i Úřad, porovnat s rozsahem prokázání splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele. Tyto charakteristiky závazku subdodavatele není možné dovodit ani z ostatních článků smlouvy o spolupráci
52. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že smlouva o spolupráci ze dne 14. 7. 2014 (subdodavatelská smlouva) tak, jak ji předložil navrhovatel ve své nabídce, nesplňuje požadavky ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona, neboť z ní nevyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel disponovat v rámci plnění předmětu veřejné zakázky.
53. Uvedený závěr Úřadu tak plně koresponduje s obavou zadavatele, že by mohl být vybrán nezkušený, nestabilní či nespolehlivý dodavatel, který k prokázání splnění technické kvalifikace využil v plné míře subdodavatele, resp. jeho seznamu významných dodávek, přičemž si zadavatel v čl. 4.4. výzvy k podání nabídek stanovil, že předmět plnění veřejné zakázky (dodávky zemního plynu) nesmí být plněn prostřednictvím subdodavatele.
54. Argumentuje-li navrhovatel ve svém návrhu ze dne 20. 8. 2014 i skutečností, že zadavatel v rozhodnutí ze dne 13. 8. 2014 o námitkách navrhovatele použil „ukázkový oxymorón“, přičemž neuvádí, jak si „obecnou konkretizací“ plnění sám představuje, Úřad dodává, že ačkoliv se může jevit na první pohled, že jde o nešťastnou slovní formulaci zadavatele (resp. Úřadu samotného), je z ní v daném kontextu odvoditelný obsah samotného sdělení. Jedná se tak o prosté upřesnění činností, věcí či práv, které budou realizovány v rámci plnění předmětu veřejné zakázky subdodavatelem. S ohledem na uvedené považuje Úřad předmětnou argumentaci navrhovatele za irelevantní.
55. Obdobně Úřad pohlíží i na námitku uvedenou v bodu 13. odůvodnění tohoto rozhodnutí, neboť ve smlouvě o spolupráci (subdodavatelské smlouvě) nestačí pouze konkretizovat veřejnou zakázku jejím názvem, ale rozhodný je konkrétní závazek subdodavatele z ní plynoucí.
56. Pro úplnost Úřad dodává, že se konstatováním zadavatele, že ze smlouvy o spolupráci ze dne 14. 7. 2014 nelze dovodit, kdo vystupuje v pozici dodavatele a kdo v pozici subdodavatele (viz bod 21. bod odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad blíže nezabýval. Důvodem uvedeného je především nadbytečnost samotného posouzení, neboť nemá na výsledek předmětného šetření žádný vliv a postavení jednotlivých smluvních stran je odvoditelné z obsahu nabídky navrhovatele.

57. Na základě výše uvedeného tak Úřad neshledal v postupu zadavatele při vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení rozpor se zákonem.
58. Podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odstavce 1 nebo 2.
59. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že navrhovatel neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu, neboť z jím předložené smlouvy o spolupráci ze dne 14. 7. 2014 nevyplývá v souladu s ustanovením § 51 odst. 4 písm. b) zákona konkrétní závazek, kterým bude dodavatel oprávněn v rámci plnění předmětu veřejné zakázky disponovat. Úřad tedy neshledal v postupu zadavatele při vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení pochybení, a proto nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona.
60. Úřad na základě výše uvedených skutečností rozhodl tak, jak je uvedeno 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, 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. město Dačice, Krajčírova 27, 380 01 Dačice – Dačice I
2. SYNERGY SOLUTION s.r.o., Kubelíkova 1224/42, 130 00 Praha – Žižkov

Vypraveno dne

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