



UOHSX007LTJK

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R89/2015/VZ-34118/2015/323/KKř

Brno 19. října 2015

V řízení o rozkladu ze dne 18. 3. 2015, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném navrhovatelem –

- **KLEMENT a.s.**, IČO 25016695, se sídlem Hliňany 18, 400 02 Řehlovice, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 18. 8. 2014 MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S1139/2014/VZ-5798/2015/521/OPi ze dne 2. 3. 2015, kterým byl návrh navrhovatele ze dne 29. 12. 2014 ve věci veřejné zakázka „**Výměna vedení technické infrastruktury vvn 110 kV, V1141-42, Tuněchody – Hlinsko**“ zadávané zadavatelem –

- **ČEZ Distribuce, a.s.**, IČO 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 31. 8. 2015 zástupcem – Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Karoliny Světlé 301/8, 110 00 Praha – Staré Město,

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, podle § 118 odst. 5 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů zamítnut, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 téhož zákona,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S1139/2014/VZ-5798/2015/521/OPi ze dne 2. 3. 2015,

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Společnost ČEZ Distribuce, a.s., IČO 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín (dále jen „**zadavatel**“) zahájila zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „Výměna vedení technické infrastruktury vvn 110 kV, V1141-42, Tuněchody – Hlinsko“ zadávané v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno kuveřejnění 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 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Předmětem veřejné zakázky, jejíž předpokládanou hodnotu zadavatel stanovil v částce 181.000.000,- Kč bez DPH, byla „*celková výměna vedení technické infrastruktury vvn 110 kV - vedení V1141-42 a současně i objektu SO 02, tj. křižovatky s vedením V401*“. Součástí předmětu veřejné zakázky byla mimo jiné i výměna fázových vodičů, kombinovaného zemnicího lana, instalace nových izolátorových závěsů, stožárů, zemních základů apod., a to za účelem nahrazení dožitého a přenosově nevyhovujícího vedení novým vedením ve stávající trase, přičemž dílo mělo být provedeno dle projektové dokumentace a všech souvisejících norem.
2. Rozhodnutím ze dne 13. 11. 2014 rozhodl zadavatel podle § 60 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ a ustanovení 19.3 Kvalifikační dokumentace 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 Hlíňany 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. Na základě posouzení předložených relevantních dokladů zadavatel usoudil, že subdodavatel vyloučeného zájemce – společnost EZH,a.s., IČO 26901005, se sídlem Vídeňská 120, 619 00 Brno (dále jen „**subdodavatel**“), je nezpůsobilý k provádění

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona.

činností a elektromontážních prací souvisejících s předmětem veřejné zakázky ve vyšší napěťové hladině, než má subdodavatel povoleno, a tím i k využití svých zaměstnanců k plnění předmětu veřejné zakázky. Z tohoto důvodu nebyl, dle zadavatele, splněn požadavek na stanovený počet kvalifikovaných zaměstnanců dle profesních kvalifikačních předpokladů pro provedení předmětu veřejné zakázky zakotvených v ustanovení 13.2 Kvalifikační dokumentace.

3. Vzhledem k tomu, že zadavatel nevyhověl námitkám navrhovatele – společnosti KLEMENT a.s., IČO 25016695, se sídlem Hlíňany 18, 400 02 Řehlovice (dále jen „**navrhovatel**“) směřujícím proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení, podal navrhovatel k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) návrh na přezkoumání úkonů učiněných zadavatelem při zadávání veřejné zakázky. Správní řízení bylo zahájeno dne 29. 12. 2012, kdy byl návrh navrhovatele doručen Úřadu.

II. **Napadené rozhodnutí**

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad, jakožto orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, rozhodnutí č. j. ÚOHS-S1139/2014/VZ-5798/2015/521/OPI ze dne 2. 3. 2015 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým o návrhu navrhovatele ze dne 29. 12. 2014 rozhodl tak, že se návrh podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.
5. Úřad, opíraje své závěry o v napadeném rozhodnutí citovanou judikaturu, konstatoval, že se v rámci subdodavatelské smlouvy sice lze zavázat k poskytnutí odborně fundovaného personálu, avšak za podmínky, že takový závazek bude odrazem konkrétního požadavku zadavatele na kvalifikaci a bude dostatečně konkretizován, aby zadavatel mohl posoudit rozsah skutečné participace subdodavatele. V této souvislosti pak Úřad z článku I. Smlouvy o budoucí spolupráci uzavřené mezi navrhovatelem a subdodavatelem dne 18. 9. 2014 (dále jen „**subdodavatelská smlouva**“) dovodil, že se subdodavatel zavázal podílet se na plnění šetřené veřejné zakázky v rozsahu dle článku II. subdodavatelské smlouvy, přičemž dle článku II. dané smlouvy se smluvní strany zavázaly „*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 poskytne navrhovateli věci a práva dle § 54 zákona (doklady osvědčující odbornou způsobilost).
6. Ze znění posuzovaných ustanovení subdodavatelské smlouvy Úřad vyvodil, že z nich nevyplývá závazek subdodavatele poskytnout navrhovateli k realizaci předmětu veřejné zakázky způsobilé osoby, které disponují oprávněními požadovanými zadavatelem, ale naopak skutečnost, že se na plnění předmětu veřejné zakázky bude podílet subdodavatel, jakožto právnická osoba. Vzhledem ke smluvní participaci subdodavatele na plnění předmětu veřejné zakázky je nezbytné, aby předmětnými oprávněními disponoval právě subdodavatel, jinak nelze připustit, aby se tento podílel na jejím plnění, byť by někteří z jeho zaměstnanců nezbytná oprávnění měli. Z relevantních dokladů pak Úřad zjistil, že subdodavatel je držitelem „nedostatečného“ oprávnění, když disponuje toliko oprávněním k montáži, opravám, revizím a zkouškám vyhrazených elektrických zařízení do 38 kV.

7. S ohledem na uvedené učinil Úřad závěr, 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 k uzavření budoucí smlouvy o dílo na zajištění prací převážně souvisejících s vyhrazenými elektrickými zařízeními nad 1000 V, a to včetně provádění revizí těchto zařízení, přičemž pro činnosti v napěťové hladině 110 kV, které jsou předmětem veřejné zakázky, nemá subdodavatel potřebné oprávnění.
8. Úřad v napadeném rozhodnutí dále konstatoval, že navrhovatel neprokázal splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu, a proto byl zadavatel povinen navrhovatele v souladu s § 60 odst. 1 zákona vyloučit z účasti v zadávacím řízení. Pro úplnost Úřad uvedl, že jelikož byla skutečnost, že navrhovatel, resp. subdodavatel nedisponuje odpovídající kvalifikací, dostatečným důvodem k tomu, aby zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, nezkoumal další namítané důvody pro navrhovatelovo vyloučení.

III. Námitky rozkladu

9. Dne 18. 3. 2015 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 3. 3. 2015. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
10. Napadené rozhodnutí navrhovatel považuje za řádně neodůvodněné, nepřezkoumatelné a nezákonné, neboť je v rozporu s kogentní právní úpravou zákona, zejména pak § 51 odst. 4 zákona a dále je založeno na nesprávném skutkovém i právním posouzení věci. V rozkladu navrhovatel předně tvrdí, že se Úřad nevypořádal s většinou jím uváděných argumentů, když pouze konstatoval, že zadavateli nelze přičítat k tíži, že si ověřil, jakým oprávněním disponuje subdodavatel, a to aniž by možnost takového zkoumání jakkoliv odůvodnil ve vztahu ke kogentní zákonné úpravě obsažené v ustanovení § 51 odst. 4 zákona.
11. Navrhovatel je přesvědčen, že kvalifikační předpoklad dle bodu 13.2 Kvalifikační dokumentace, jenž částečně prokazoval prostřednictvím subdodavatele, splnil v souladu s § 51 odst. 4 zákona a požadavky zadavatele specifikovanými v kvalifikační dokumentaci veřejné zakázky. Při řádném splnění předmětných požadavků pak dle názoru navrhovatele není zadavatel oprávněn zkoumat další kvalifikaci jeho dodavatelů nad rámec původně vymezených podmínek, neboť za řádné plnění veřejné zakázky zadavateli odpovídá navrhovatel. Úřad pak měl v této souvislosti zkoumat, zda zadavatel svým postupem (když v průběhu zadávacího řízení a až po podání žádostí o účast vytvářel umělé a nedůvodné požadavky na subdodavatele navrhovatele, které nevyplývají ani ze zákona ani ze zadávacích podmínek) nejednal v rozporu s § 59 zákona a nechoval se vůči navrhovateli diskriminačně či nenarušil transparentnost zadávacího řízení.
12. Rozklad brojí rovněž proti závěru Úřadu, spočívajícím v konstatování, 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. K tomu navrhovatel uvádí, že oprávnění pro činnosti v napěťové hladině 110 kV bylo v rámci kvalifikace vymezené zadavatelem požadováno pouze ve vztahu k jednotlivým zaměstnancům, jenž se budou na plnění veřejné zakázky podílet, nikoliv ve vztahu k navrhovateli či jeho subdodavateli, jakožto právnické

osobě. Zadavatel tedy žádost o účast předloženou navrhovatelem posuzoval nad rámec kvalifikace stanovené v zadávacích podmínkách, neboť zadávací podmínky neobsahovaly jakoukoliv informaci o tom, že by oprávněním pro činnosti v napěťové hladině 110 kV musel navrhovatel či jeho subdodavatel disponovat již v termínu podání žádosti o účast. Nad rámec této argumentace navrhovatel v rozkladu dodává, že on sám je držitelem veškerých požadovaných oprávnění, které jsou pro plnění veřejné zakázky nezbytné.

13. Úřad dle tvrzení navrhovatele své závěry založil na nesprávném posouzení skutkového stavu, což navrhovatel odůvodňuje tím, že kvalifikace, která byla ve vztahu k veřejné zakázce prokazována prostřednictvím subdodavatele, se týkala pouze bodu 13.2 Kvalifikační dokumentace (tj. prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů pro provedení předmětu veřejné zakázky z hlediska kvalifikace zaměstnanců), nikoliv jakékoliv jiné kvalifikace požadované zadavatelem v kvalifikační dokumentaci či snad později zamýšlené. Ve vztahu k takto prokazované kvalifikaci byl pak koncipován subdodavatelský závazek, spočívající v příslibu smluvních stran uzavřít budoucí smlouvu o dílo na zajištění prací v souladu s poskytnutými věcmi a právy podle § 54 zákona, jejímž předmětem budou především práce související s vyhrazenými elektrickými zařízeními nad 1000 V včetně provádění revizí těchto zařízení. S poukazem na právě uvedené se navrhovatel domnívá, že ze subdodavatelské smlouvy jednoznačně a nesporně vyplývá rozsah participace subdodavatele na prokázání splnění konkrétně vymezené kvalifikace, tj. kvalifikace dle vyhlášky č. 50/1978 Sb.
14. Navrhovatel je přesvědčen, že subdodavatelská smlouva naplňuje všechny náležitosti, jež na tento smluvní typ klade rozhodovací praxe. Předmětný závazek je odrazem konkrétního požadavku zadavatele na kvalifikaci zaměstnanců dle bodu 13.2 Kvalifikační dokumentace a je dostatečně konkrétní, neboť z něj plyne míra participace subdodavatele na plnění veřejné zakázky v takových podrobnostech, jaké měl navrhovatel v daném okamžiku zadávacího řízení k dispozici.
15. Z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 57/2013-90 ze dne 6. 10. 2014, na nějž bylo v napadeném rozhodnutí odkázáno, dle zadavatele neplyne, že je zadavatel v případě posuzování kvalifikace subdodavatele oprávněn zkoumat další kvalifikaci subdodavatele nad rámec zadavatelových požadavků a § 51 odst. 4 zákona, neboť jmenované rozhodnutí se zabývá toliko otázkou dostatečně konkrétního vymezení závazku subdodavatele v subdodavatelské smlouvě. Z napadeného rozhodnutí navrhovatel dále dovozuje, že zadavatel může dodatečně zkoumat kvalifikaci subdodavatele ve vztahu k jakémukoliv kvalifikačnímu předpokladu vztahujícímu se k subdodavateli a k vymezenému předmětu plnění, a to i k takovému, který nebyl výslovně vymezen v zadávacích podmínkách veřejné zakázky. Takovýto závěr však dle navrhovatele odporuje základním zásadám právního státu, zejména zásadě právní jistoty a předvídatelnosti rozhodnutí. S ohledem na uvedené je navrhovatel přesvědčen, že zadavatel zkoumal a posuzoval další doklady týkající se kvalifikace subdodavatele v rozporu se zákonem.
16. Úřad dle domněnky navrhovatele vykládal část kvalifikace navrhovatele prokazovanou prostřednictvím subdodavatele v rozporu se skutečnostmi uvedenými v jeho žádosti a přiřkl jim jiný význam. Předložení oprávnění pro činnosti v napěťové hladině 110 kV zadavatel v rámci kvalifikačních požadavků vymezených v kvalifikační dokumentaci nevyžadoval, a proto navrhovatel nebyl povinen tuto skutečnost prostřednictvím své žádosti

o účast prokazovat, z čehož plyne, že nepředložení jmenovaného oprávnění nemohlo být důvodem pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení.

Závěr rozkladu

17. Pro nezákonnost a nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí navrhovatel závěrem rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a věc vrátil k novému projednání ve smyslu ustanovení § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“).

Vyjádření zadavatele

18. Zadavatel zaslal Úřadu vyjádření k rozkladu navrhovatele ze dne 25. 3. 2015, které Úřad obdržel dne 26. 3. 2015. Ve vyjádření k rozkladu zadavatel uvádí, že se plně ztotožňuje se závěry napadeného rozhodnutí, přesto opakovaně uvádí, že je jeho povinností v rámci posuzování kvality zájemce, posoudit i kvalitu jeho subdodavatele, pokud tento má plnit namísto zájemce. Podle názoru zadavatele nesplnil subdodavatel kvalifikační podmínky a je tedy nezpůsobilý k pracím na zhotovení díla, tj. k pracím na vyhrazených elektrických zařízeních a jejich revizím. Proto navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl.

Doplnění vyjádření zadavatele

19. Zadavatel doplnil své vyjádření k rozkladu navrhovatele podáním ze dne 9. 10. 2015, doručeným Úřadu dne 12. 10. 2015. V podání zadavatel předně uvádí, že v rozkladu absentují relevantní důvody dokládající navrhovatelova tvrzení, přičemž některá z nich jsou ryze účelová a zavádějící. S ohledem na skutečnosti prezentované v podání má zadavatel za to, že postup Úřadu při posouzení skutkového stavu věci byl proveden zcela správně a skutková zjištění, která byla popsána Úřadem v rámci napadeného rozhodnutí, plně reflektují stav věci, resp. průběh zadávacího řízení. Zadavatel dále uvedl, že navrhovatelem uvedené právní hodnocení provedeného posouzení kvalifikace zadavatelem, jakož i navrhovatelem tvrzená nesprávná interpretace § 51 odst. 4 zákona, postrádá jakýkoliv právní základ. Zadavatel se naopak domnívá, že byl povinen posoudit naplnění kvalifikačních požadavků ze strany subdodavatele, resp. byl povinen rozporovat naplnění kvalifikačních požadavků ze strany navrhovatele, potažmo jeho subdodavatele v případě, že nebyly naplněny požadavky § 61 odst. 4 zákona. Úřad podle názoru zadavatele postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, jelikož posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž rovněž odůvodnění napadeného rozhodnutí neobsahuje žádnou vadu, která by měla vliv na zákonnost a správnost výroků. Závěrem podání zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad jako nedůvodný zamítl.

IV. Řízení o rozkladu

20. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných

souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu navrhovatele a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

22. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, že návrh navrhovatele v souladu s § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
23. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

24. Navrhovatel v rozkladu uvádí, že je napadené rozhodnutí neodůvodněné, nepřezkoumatelné a nezákonné a to zejména v souvislosti s kogentním ustanovením § 51 odst. 4 zákona, jehož se dotýká podstatná část rozkladové argumentace. Proto považuji za vhodné se nejdříve v obecné rovině zmínit k možnosti užití subdodavatelství při prokazování určité části kvalifikace požadované zadavatelem ve smyslu posledně jmenovaného ustanovení.
25. Zákon v § 51 odst. 4 výslovně umožňuje prokázat chybějící část kvalifikace prostřednictvím subdodavatele s výjimkou základních kvalifikačních předpokladů dle § 53 zákona a výpisu z obchodního rejstříku či jiné obdobné evidence. Tato možnost je v souladu s evropskými zadávacími směrnici a vyplývá rovněž z judikatury Soudního dvora Evropské unie (dříve Evropského soudního dvora). Předmětné ustanovení dále stanoví podmínku předložit smlouvu, která bude obsahovat závazek v tom směru, že subdodavatel se zaváže poskytovat dodavateli předmětné plnění či mu poskytne určité věci nebo práva k plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém prokázal splnění kvalifikace. Co se týče podmínky závazku subdodavatele *„je primárně třeba, aby subdodavatelská smlouva vůbec obsahovala nějakou jasně vymezenou kvalifikační dovednost (schopnost, licenci, zkušenost) a reálný platný závazek k jejímu plnění“*, jak je konstatováno v rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 204/2015 ze dne 14. 5. 2015. Subdodavatelská smlouva musí vždy naplňovat alespoň obecné požadavky na platnost právních jednání a zároveň musí být dostatečně určitá a srozumitelná. Mimo těchto minimálních požadavků je třeba dále trvat i na tom, aby formulace subdodavatelské smlouvy byla natolik konkrétní, že z ní bude zcela a jednoznačně zřejmé, jaká část kvalifikace požadované zadavatelem bude za dodavatele prokazována prostřednictvím subdodavatele. Tento požadavek plyne ze skutečnosti, že subdodavatelská smlouva tvoří právní platformu pro doplnění kvalifikace dodavatele v chybějícím rozsahu subdodavatelem.
26. Posouzení, zda smlouva splňuje zákonem a rozhodovací praxí stanovené požadavky a zda z ní zřejmě vyplývá rozsah subdodavatelského závazku, je zcela v kompetenci hodnotící komise posuzující kvalifikaci, která musí přezkoumat obsah takové smlouvy a případně může požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. V případě, že dodavatel nesplní kvalifikaci, musí být zadavatelem v souladu s § 60 odst. 1 zákona vyloučen z účasti v zadávacím řízení. Zde je třeba uvést, že podle konstantní judikatury

správních soudů nespadá do pravomoci Úřadu, jakožto orgánu dohledu, přezkoumávat myšlenkové pochody jednotlivých členů hodnotící komise. Úřad se musí zabývat pouze otázkou, zda byl dodržen zákonný rámec postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky. Tento závěr vychází například z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 2 A 9/2002-62 ze dne 16. 3. 2004, kde bylo konstatováno, že „[p]řezkumná činnost orgánu dohledu spočívá v kontrole, zda byly dodrženy předepsané postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek. (...) Žalobkyně však v podané žalobě zpochybňuje zákonnost vlastního posouzení nabídky, resp. nevhodnost nabídky vítězného uchazeče. Přitom právě zde je hranice, kterou žalovaný nesmí překročit, neboť potom by se stal sám hodnotitelem jednotlivých nabídek. Jeho pravomoci sahají do úrovně těch zadavatelových činností, které vytvářejí prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Nelze přezkoumávat úvahy členů komise, neboť tím by se žalovaný ve svých důsledcích sám stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět zadaným kritériím a také v soutěži zvítězit. Orgán dohledu nemůže přebírat zodpovědnost za výběr nevhodnější nabídky, neboť k tomu nemá ani odborné předpoklady totéž nelze požadovat ani po soudu. Úkolem obou je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. V opačném případě by se totiž výběr nevhodnější nabídky mohl stát záležitostí znaleckých posudků a pak by existence zákona postrádala smysl.“

27. Úřad přezkoumal, zda komise pro hodnocení kvalifikace posoudila nabídky v souladu se zákonem a neshledal v jejím postupu pochybení. Hodnotit obsah smluv mezi dodavatelem a subdodavatelem jinak, než z pohledu splnění podmínek uvedených v zákoně, Úřadu nenáleží, přesto v daném případě bylo třeba vzít v úvahu i přesné znění subdodavateléské smlouvy, neboť právě ta měla zásadní vliv na rozhodnutí zadavatele o vyloučení zájemce z účasti v zadávacím řízení, jak bude rozvedeno dále.
28. Vedle povinnosti dodavatele předložit subdodavateléskou smlouvu, která bude zavazovat subdodavatele k provedení příslušné části veřejné zakázky, a to zejména v části, pro niž prokazoval splnění kvalifikace místo dodavatele, je nutnou podmínkou prokázání splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele skutečnost, že tato osoba požadovanými kvalifikačními předpoklady disponuje a že je zároveň ochotna a schopna tyto přesvědčivě doložit příslušnými doklady. Osvědčení o splnění kvalifikačních předpokladů svědčící subdodavateli musí být součástí dokumentů či dokladů o schopnosti prokázání splnění kvalifikace, jež předkládá dodavatel.
29. Po tomto obecném vymezení relevantních skutečností vázících se k posuzovanému případu mohou přistoupit k vypořádání jednotlivých rozkladových námitek. Předně navrhovatel prohlašuje, že splnil kvalifikační předpoklad dle bodu 13.2 Kvalifikační dokumentace, jenž částečně prokazoval prostřednictvím subdodavatele, v souladu s § 51 odst. 4 zákona. Předmětný kvalifikační předpoklad klade požadavky na odbornou způsobilost zaměstnanců zájemce. Z předložených osvědčení lze mít za to, že zaměstnanci subdodavatele disponují kvalifikací v požadovaném rozsahu, o čemž není sporu. Avšak jádro problému spočívá v „nedostatečném“ profesním oprávnění k realizaci veřejné zakázky na straně subdodavatele, jakožto právnické osoby. Přestože článek 13.2 Kvalifikační dokumentace cílí na způsobilost zaměstnanců, ze subdodavateléské smlouvy vyplývá, že na plnění předmětu veřejné zakázky se vedle zaměstnanců subdodavatele bude podílet rovněž subdodavatel

sám. Tento závěr zcela jednoznačně vyplývá z článku I. subdodavatelské smlouvy, v němž se subdodavatel zavazuje podílet na plnění veřejné zakázky v budoucnu zesmluvněném rozsahu zajišťovaných prací a současně k poskytnutí věcí a práv podle § 54 zákona (jimiž jsou doklady osvědčující odbornou způsobilost, tj. kvalifikaci dle vyhlášky č. 50/1978 Sb. nad 1000 V pro § 6 a pro § 9). S ohledem na takto jasně formulovaný závazek navrhovatele a subdodavatele je třeba tento závazek i vzhledem k zásadě, podle které je nutné vykládat ustanovení smlouvy podle společného úmyslu stran, vyložit tak, jak učinil Úřad v napadeném rozhodnutí, neboť mám za to, že navrhovatelem prosazovaným výkladem by došlo k podstatné a účelové změně zamýšleného příslibu spolupráce mezi smluvními stranami.

30. Je-li z textu subdodavatelské smlouvy patrné, že vedle kvalifikovaných osob se na plnění předmětu veřejné zakázky bude podílet i subdodavatel sám, a tento prostřednictvím navrhovatele nepředložil příslušná oprávnění pro práci v napěťové hladině 110 kV a jak sám zadavatel zjistil z veřejně dostupných zdrojů, subdodavatel těmito oprávněními ani nedisponuje, pak není možné zadavatelův postup označit za nelegitimní. Zadavatel totiž nijak nerozšířil seznam požadavků nad rámec kvalifikační dokumentace, jak se snaží navrhovatel vyložit, ale pouze ověřil, zda-li subdodavatel disponuje oprávněním, jenž je pro práci s elektrickým zařízením vyžadováno (a to nejen zadavatelem, ale i příslušnými právními předpisy). Takovéto ověření z iniciativy zadavatele není v rozporu se zákonem, byť by zajisté přicházel v úvahu postup podle § 59 odst. 4 zákona.
31. Zde je však třeba mít předně na paměti samotný účel stanovení technických kvalifikačních předpokladů, který dle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 60/2011-142 ze dne 6. 12. 2012 *„směřuje k zajištění faktické realizace veřejné zakázky toliko takovými dodavateli, kteří k tomu prokazatelně mají dostatečnou technickou způsobilost. Tím je minimalizováno zadavatelovo riziko, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná a efektivní realizace plnění, jež je veřejnou zakázkou. Zadavatelem uplatněné požadavky na splnění technických kvalifikačních požadavků tedy mají zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky účinně ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení po přidělení veřejné zakázky též plnit.“* Pokud ze subdodavatelské smlouvy vyplývá, že na realizaci veřejné zakázky se bude fakticky podílet subdodavatel, považuji postup zadavatele při ověřování si příslušného oprávnění subdodavatele za správný. Tím totiž zadavatel minimalizoval své riziko ve smyslu právě citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně, neboť by účel zadávacího řízení mohl být zmařen tím, že by veřejná zakázka byla fakticky realizována dodavatelem, zde tedy subdodavatelem, který nedisponuje příslušným oprávněním. Lze předpokládat, že právě z tohoto důvodu zadavatel v Kvalifikační dokumentaci provázal profesní kvalifikační předpoklady stanovené v ustanovení 13.1 a 13.2 tím, že stanovil, že zájemce musí současně prokázat, že splňuje profesní kvalifikační předpoklad z hlediska zaměstnanců.
32. Hodnotící komise ustavená za účelem hodnocení kvalifikace zájemců o realizaci předmětu veřejné zakázky posuzovala mimo jiné též navrhovatelovu žádost o účast v zadávacím řízení a v rámci ní pak rovněž subdodavatelskou smlouvu. Ustanovení subdodavatelské smlouvy hodnotící komise objektivně vyložila tak, jak je uvedeno v rozhodnutí zadavatele o vyloučení zájemce z účasti v zadávacím řízení. Zde je nutno dodat, že formulace a kvalita subdodavatelské smlouvy je věcí smluvních stran. Pokud tedy navrhovatel a subdodavatel

koncipovali svůj závazek gramaticky tak, jak stanovuje zejména článek I. a II. subdodavatelské smlouvy, pak lze očekávat, že bude chápán jako příslib subdodavatele podílet se na realizaci předmětu veřejné zakázky nejen personálně, ale i vlastní kapacitou. Je rovněž nepochybné, že za znění subdodavatelské smlouvy odpovídají toliko její smluvní strany, které si svůj závazek musí naformulovat takovým způsobem, aby bylo zřejmé, co je jeho obsahem. Pokud si smluvní strany z jakéhokoliv důvodu ujednaly, že se na plnění předmětu veřejné zakázky bude podílet i subdodavatel sám, není možné, aby dodatečně takový závazek měnily či interpretovaly ve prospěch nynější potřeby. Zadavatel (potažmo hodnotící komise) proto při posouzení kvalifikace postupoval zcela v souladu se zákonem, zejména § 59 a § 6 odst. 1 zákona. Na uvedeném závěru ničehož nemůže změnit ani tvrzení, že za řádné plnění předmětu veřejné zakázky zadavateli odpovídá navrhovatel, nikoliv subdodavatel.

33. V reakci na námitky navrhovatele směřující proti závěru Úřadu, spočívajícím v konstatování, 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, uvádím následující. Ze subdodavatelské smlouvy vyplývá závazek subdodavatele k participaci na plnění předmětu veřejné zakázky ve formě zhotovení díla „*a současně*“ k poskytnutí věcí a práv ve smyslu § 54 zákona, jak již bylo v podrobnostech rozvedeno výše. Pokud se tedy má subdodavatel (jakožto právnická osoba) dle vlastního smluvního závazku podílet pracemi na vyhrazených elektrických zařízeních, je nutné, aby sám za sebe také disponoval příslušným oprávněním k provádění činností na vyšších napěťových hladinách, které jsou předmětem plnění veřejné zakázky. Formulací subdodavatelské smlouvy se subdodavatel pasoval mimo jiné do role zhotovitele díla, coby osoby, která bude bezprostředně vykonávat činnosti na vyhrazených elektrických zařízeních, k nimž je však třeba vlastnit příslušné oprávnění pro práce v napěťové hladině 110 kV. Tento požadavek pak ostatně implicitně stanovuje kvalifikační dokumentace zpracovaná v souladu s příslušnými právními předpisy a zohledňující zvláštní charakter předmětu veřejné zakázky, jímž jsou práce na vyhrazených elektrických zařízeních v napěťové hladině 110 kV.
34. Zadavatel tedy neposuzoval žádost o účast předloženou navrhovatelem nad rámec kvalifikace stanovené v zadávacích podmínkách, neboť po osobách účastnících se takovýchto prací od počátku vyžadoval odpovídající oprávnění, kterým však subdodavatel nedisponuje. Tento nedostatek pak nezhojí ani tvrzená skutečnost, že veškerými požadovanými oprávněními (nezbytnými pro plnění veřejné zakázky) nakládá navrhovatel, jelikož i subdodavatel je osoba, která se bude dle předložené subdodavatelské smlouvy nějakou měrou podílet na plnění předmětu veřejné zakázky a jako taková musí vlastnit požadovaná oprávnění.
35. Nesprávnost posouzení skutkového stavu navrhovatel spatřuje v závěru Úřadu spočívajícím ve vztáhnutí subdodavatelského závazku na prokázání chybějící části kvalifikace i na prokazování kvalifikace nespádající pod vymezení bodu 13.2 Kvalifikační dokumentace. Ze subdodavatelské smlouvy však neplyne, že by byla uzavírána toliko na prokázání splnění části kvalifikace specifikované pod bodem 13.2 Kvalifikační dokumentace. Naopak závazek subdodavatele podílet se na plnění veřejné zakázky (v rozsahu napříště zesmluvněného zajištění prací v souladu s poskytnutými věcmi a právy) značí neurčitost zamýšleného podílu

subdodavatele na realizaci předmětu veřejné zakázky. Tato neurčitost je pak v příkrém rozporu s požadavky kladenými na subdodavatelské smlouvy, jenž naposledy vydefinoval již v napadeném rozhodnutí citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 57/2013-90 ze dne 6. 10. 2014 (potvrzený pak rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 204/2015 ze dne 14. 5. 2015).

36. Vycházím-li tedy z předpokladu, že *„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 (...)“* – viz rozhodnutí Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 57/2013-90 ze dne 6. 10. 2014, pak nesplnění této povinnosti navrhovatele nemůže jít k tíži zadavatele. Zadavateli pak ani nelze „vyčítat“, že vycházel z gramatického znění smlouvy, aniž by zjišťoval aktuální vůli subdodavatele participovat na plnění předmětu veřejné zakázky. Jak již bylo uvedeno výše, subdodavatelská smlouva odráží vůli smluvních stran, které za své závazky či jejich formulaci nesou plnou odpovědnost, stejně jako zodpovídají za důsledky, které jejich ujednání vyvolalo. Pokud tedy navrhovatel se subdodavatelem uzavřeli smlouvu, z níž neplyne míra přímého podílu subdodavatele na veřejné zakázce a na prokázání splnění části kvalifikace, nebo ji uzavřeli nad rámec zamýšlené participace, jsou to pouze oni, kdo nesou negativní důsledky takového počínání.
37. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem nemohu dát navrhovateli za pravdu v jeho tvrzení, že ze subdodavatelské smlouvy jednoznačně a nesporně vyplývá rozsah participace subdodavatele na prokázání splnění konkrétně vymezené kvalifikace, ani že subdodavatelská smlouva naplňuje všechny znaky výše citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně. Zároveň však musím dodat, že posouzení smluvních závazků v rámci hodnocení kvalifikace navrhovatele spadalo pouze do pravomoci zadavatele, resp. hodnotící komise. Úřadu náleží toliko posouzení, zda byl dodržen zákonný rámec postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky. Přitom Úřad, ani nyní já, neshledal v postupu zadavatele jakékoliv pochybení, které by se přičilo kogentním ustanovením zákona. Naopak mám za to, že po objektivním posouzení žádosti o účast, jejíž součástí byla i sporná subdodavatelská smlouva, zadavatel postupoval tak, jak mu ukládá § 60 odst. 1 zákona.
38. Přestože souhlasím s navrhovatelem, že u některých druhů zadávacích řízení, tj. mimo jiné u jednacích řízení s uveřejněním, nastává v souvislosti s požadavkem na předložení subdodavatelské smlouvy praktický problém, neboť v době prokazování kvalifikace nemá dodavatel k dispozici zadávací dokumentaci a jeho povědomí o předmětu plnění veřejné zakázky je omezeno rozsahem informací v kvalifikační dokumentaci, musím konstatovat, že i za těchto podmínek je nutné, aby dodavatel předložil veřejnému zadavateli smlouvu se subdodavatelem, která bude splňovat veškeré požadavky kladené na tento smluvní typ, ať už právními předpisy nebo ustálenou rozhodovací praxí.
39. Není mi známo, proč se navrhovatel domnívá, že Úřad z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 57/2013-90 ze dne 6. 10. 2014 učinil závěr, že je zadavatel v případě posuzování kvalifikace subdodavatele oprávněn zkoumat další kvalifikaci subdodavatele nad rámec zadavatelových požadavků a § 51 odst. 4 zákona, neboť takový úsudek ze jmenovaného rozsudku skutečně neplyne, což Úřad v napadeném rozhodnutí ani netvrdí. Úřad pouze v souladu se zákonem připustil, že pokud závazek vyplývající ze subdodavatelské smlouvy

přesahuje předložená oprávnění pro výkon předmětných činností (tj. tak, že skutečná participace subdodavatele není dostatečně doložena požadovanými oprávněními), pak je možné, aby zadavatel z veřejně dostupných zdrojů ověřil, zda-li subdodavatel disponuje příslušnými oprávnění v chybějícím rozsahu prokázání splnění kvalifikace. Pakliže ze subdodavatelské smlouvy vyplývá, že subdodavatel bude sám participovat na činnostech souvisejících s výměnou vedení technické infrastruktury vvn 110 kV i jinak, než jen poskytnutím kvalifikovaných osob, je nutné, aby sám disponoval i příslušnými oprávněními umožňujícími práce v určité napěťové hladině. Tento závěr však není výsledkem výkladu výše jmenovaného rozsudku, nýbrž jde o posouzení dané situace ve světle relevantních ustanovení zákona.

40. S předcházejícím bodem tohoto rozhodnutí úzce souvisí i námitka navrhovatele, že zadavatel v rámci kvalifikačních požadavků vymezených v kvalifikační dokumentaci nevyžadoval předložení oprávnění pro činnosti v napěťové hladině 110 kV, a proto navrhovatel nebyl povinen tuto skutečnost prostřednictvím své žádosti o účast prokazovat. K tomu uvádím, že zřejmým účelem stanovení profesních kvalifikačních předpokladů bylo, aby předmětným oprávněním (tj. oprávněním k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, přičemž předmětem veřejné zakázky byla celková výměna vedení technické infrastruktury velmi vysokého napětí 110 kV) disponovaly ty osoby, jež se budou fakticky podílet na předmětu veřejné zakázky. Z textu subdodavatelské smlouvy je pak zřejmé, že i subdodavatel bude na plnění veřejné zakázky přímo participovat, proto je nezbytné, aby i on takové oprávnění vlastnil.
41. Navrhovatel dle svých slov z napadeného rozhodnutí rovněž dovozuje, že zadavatel může dodatečně zkoumat kvalifikaci subdodavatele ve vztahu k jakémukoliv kvalifikačnímu předpokladu vztahujícímu se k subdodavateli a k vymezenému předmětu plnění, a to i k takovému, který nebyl výslovně vymezen v zadávacích podmínkách veřejné zakázky. Mám za to, že tento závěr z napadeného rozhodnutí nevyplývá. Odůvodnění napadeného rozhodnutí je zcela srozumitelné a jednoznačně z něj lze seznat, v jaké souvislosti zadavatel zkoumal subdodavatelovu kvalifikaci nad rámec předložených dokladů, nikoliv však nad rámec vymezených kvalifikačních předpokladů. Přitom rozdíl mezi zkoumáním kvalifikace v rozsahu přesahujícím kvalifikační předpoklady a opatřením si dokladů prokazujících splnění části kvalifikace v požadovaném rozsahu je markantní. Zatímco první postup by zcela jistě odporoval zásadám právního státu, jak tvrdí navrhovatel, druhý postup naopak odráží zadavatelovu vůli nepostupovat bez dalšího podle § 60 odst. 1 zákona a jako takový jej lze shledat zcela legitimním. Mohu tedy uzavřít, že zadavatel nezkoumal další doklady týkající se kvalifikace subdodavatele v rozporu se zákonem a nečinil tak ani na rámec kvalifikační dokumentace.
42. Poslední rozkladová námitka spočívá v tvrzení navrhovatele, že Úřad část kvalifikace navrhovatele prokazovanou prostřednictvím subdodavatele vykládal v rozporu se skutečnostmi uvedenými v jeho žádosti a přikládal jim jiný význam. K tomu uvádím, že Úřad nehodnotil kvalifikaci navrhovatele, neboť tyto úkony spadají pouze do pravomoci hodnotící komise, přičemž Úřad nemůže přezkoumávat myšlenkové pochody jednotlivých členů hodnotící komise. Úřad ve správním řízení správně a v souladu se zákonem posuzoval, zda byl dodržen zákonný rámec postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky. Ze shromážděných podkladů pak Úřad mohl učinit závěr, že zadavatel nejednal při

posuzování kvalifikace navrhovatele, potažmo jeho subdodavatele, v rozporu se zákonem, a to s ohledem na skutečnosti, jimž se podrobně věnuji výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí.

Závěr

43. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
44. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1, ve spojení s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, Jakubská 121/1, 602 00 Brno
2. Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., Karoliny Světlé 301/8, 110 00 Praha – Staré Město

Vypraveno dne:

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