

ROZHODNUTÍ

Město Pelhřimov jako veřejný zadavatel ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, veřejné zakázky Dodávka zemního plynu pro Město Pelhřimov a jeho příspěvkové organizace pro období r. 2015 a 2016, tímto dne 15.08.2014 ve smyslu § 111 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách rozhodl, že

nevyhovuje námitkám

proti vyloučení uchazeče SYNERGY SOLUTION, s. r. o., se sídlem Kubelíkova 1224/42, 130 00 Praha, IČ: 286 22 740, ze zadávacího řízení Dodávka zemního plynu pro Město Pelhřimov a jeho příspěvkové organizace pro období r. 2015 a 2016, které uchazeč podal dne 08.08.2014.

Odůvodnění:

Město Pelhřimov jakožto centrální zadavatel veřejné zakázky na základě smlouvy ze dne 12.5.2014 zahájil dne 25.06.2014 zjednodušené podlimitní řízení tím, že ve smyslu § 38 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále také jen „ZVZ“) vyzval nejméně pět zájemců k podání nabídky na veřejnou zakázku *Dodávka zemního plynu pro Město Pelhřimov a jeho příspěvkové organizace pro období r. 2015 a 2016*.

Z hlediska kvalifikace uchazečů o veřejnou zakázku zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil požadavek na prokázání základních, profesních a technických kvalifikačních předpokladů. Pokud jde o technické kvalifikační předpoklady podle § 56 ZVZ, spočívaly v doložení minimálně tří významných dodávek zemního plynu v posledních třech letech s objemem každé dodávky v hodnotě nad 2.000 MWh za rok. Zadavatel současně ve smyslu § 44 odst. 6 ZVZ v zadávací dokumentaci stanovil, že samotná dodávka plynu v rámci veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem.

Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel mimo jiné nabídku obchodní společnosti SYNERGY SOLUTION, s. r. o., se sídlem Kubelíkova 1224/42, 130 00 Praha, IČ: 286 22 740 (dále také jen „uchazeč“ nebo „dodavatel“). Uchazeč předložil čestné prohlášení o splnění základních a profesních kvalifikačních předpokladů a čestné prohlášení o tom, že samotnou dodávku plynu nebude realizovat prostřednictvím subdodavatele. Vzhledem k tomu, že kvalifikaci požadovanou zadavatelem nebyl uchazeč schopen prokázat v plném rozsahu, předložil ohledně splnění technických kvalifikačních předpokladů zadavateli smlouvu o spolupráci ze dne 15.07.2014 s obchodní společností LAMA energy, a. s., se sídlem Gudrichova 763, 747 41 Hradec nad Moravicí, IČ: 282 62 026 (dále také jen „subdodavatel“), a současně čestné prohlášení subdodavatele, že splňuje základní, profesní a technické kvalifikační předpoklady stanovené zadavatelem. Smlouva mezi uchazečem a subdodavatelem byla uzavřena ve smyslu zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, a jejím předmětem byla spolupráce smluvních stran ve výše uvedené veřejné zakázce, z níž, podle ustanovení článku I. smlouvy, *vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění veřejné zakázky nebo 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*. Z obsahu vzájemných závazků smluvních stran v článku II. smlouvy potom vyplývá, že *smluvní strany jsou zavázány 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 u veřejné zakázky*. Další určení vzájemných práv a povinností smlouva neobsahovala. Zadavatel proto dne

28.07.2014 ve smyslu § 59 odst. 4 ZVZ uchazeče vyzval, aby předložil řádnou smlouvu, 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, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokazuje splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d), neboť smlouva neobsahovala žádný závazek subdodavatele ke dodání konkrétně určeného plnění, věcí nebo poskytnutí práv.

Uchazeč dne 29.07.2014 zadavateli sdělil, že předložená smlouva o spolupráci je řádnou smlouvou splňující zákonné požadavky ve smyslu § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ. Ohledně předložení platné smlouvy o zúčtování odchylek s OTE, a. s., uchazeč sdělil, že zúčtování odchylek *je součástí dodávky zemního plynu*.

Na základě výše uvedených okolností zadavatel při posouzení kvalifikace uchazeče dospěl k závěru, že uchazečem předložená smlouva, která má podle svého obsahu prokazovat splnění technických kvalifikačních předpokladů, neboť ty sám uchazeč formou čestného prohlášení nedoložil, není smlouvou splňující zákonné požadavky ve smyslu § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ. Na základě toho uchazeče ve smyslu § 60 odst. 1 ZVZ ze zadávacího řízení vyloučil.

Proti vyloučení podal uchazeč dne 08.08.2014 námitky ve smyslu § 110 odst. 4 ZVZ, neboť tím, že zadavatel „neuznal“ uchazečí smlouvu o spolupráci a vyloučil jej na základě takové skutečnosti ze zadávacího řízení, porušil ZVZ. Podle názoru uchazeče předložená smlouva splňuje minimální náležitosti podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ, neboť z ní jednoznačně a bez jakýchkoliv pochybností vyplývá závazek subdodavatele slovy zákona. Přitom je veřejná zakázka ve smlouvě zcela jasně identifikována, a proto nemohou vzniknout žádné pochybnosti o tom, k jakému plnění se subdodavatel zavázal. Zadavatel nesmí nad rámec zákona svévolně rozšiřovat požadavky na smlouvu podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ. Pokud jde o ustanovení článku II. smlouvy o vzájemných právech a povinnostech, jde o ustanovení nadbytečné vzhledem ke konkrétní věci, avšak o ustanovení, jehož uvedení ve smlouvě se zadavatele žádným způsobem nedotýká.

Právní argumentace, na jejímž základě zadavatel dospěl k závěru o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení, nadále trvá a zadavatel nemá důvodu se od této právní argumentace odchýlit, a to ani na základě argumentů předložených uchazečem v námitkách.

Podle názoru zadavatele musí smlouva ve smyslu § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ obecně obsahovat závazek subdodavatele k poskytnutí plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí či práv, a to nejméně v části, pro kterou subdodavatel prokazuje splnění kvalifikace namísto dodavatele. Subdodavatelem ve smyslu zákona tedy není jakýkoliv subjekt, ale pouze a jedině ten subjekt, který se smluvně zavázal realizovat či poskytnout věci či práva uchazeči za účelem plnění konkrétní veřejné zakázky. Subdodavatel však nemá vůči veřejnému zadavateli solidární odpovědnost, odpovědným subjektem vůči veřejnému zadavateli nadále zůstává pouze a jenom uchazeč. Závazek ve smlouvě mezi dodavatelem a subdodavatelem musí být, podle názoru zadavatele, jasně vymezen s ohledem na to, jaké kvalifikační předpoklady dodavatel prostřednictvím subdodavatele prokazuje. Smlouva musí současně splňovat veškeré náležitosti právního jednání podle občanského zákoníku. Za určitých okolností, zejména s přihlédnutím ke specifickému charakteru některých zadávacích řízení, lze připustit, že smlouva se subdodavatelem může být obecnější povahy, neboť v době prokazování kvalifikace nemusí mít dodavatel k dispozici zadávací dokumentaci a jeho povědomí o předmětu plnění veřejné zakázky může být spíše rámcové. V daném případě však dodavatel měl zadávací podmínky zadavatele k dispozici v plném rozsahu a předmět veřejné zakázky ve smlouvě se subdodavatelem také zřetelně identifikoval. Přesto, pokud je i podle jeho stanoviska ustanovení článku II. smlouvy irelevantní, použil namísto vymezení konkrétního plnění subdodavatele obecnou formulaci, že

předmětem smlouvy je spolupráce smluvních stran ve veřejné zakázce s názvem: „Dodávka zemního plynu pro Město Pelhřimov a jeho příspěvkové organizace pro období r. 2015 a 2016“ vypsanou veřejným zadavatelem: Město Pelhřimov, Masarykovo nám. 1, 393 01 Pelhřimov, IČ: 002 48 801, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění veřejné zakázky nebo 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. Tento závazek však není ani v předmětném článku, ani v ostatních částech smlouvy blíže konkretizován, přestože, podle názoru zadavatele, s ohledem na znalost předmětu zakázky uchazečem konkretizován být měl a mohl. Uchazeč totiž musí být schopen prokázat, že má skutečně k dispozici prostředky subjektů, prostřednictvím nichž prokazuje splnění kvalifikace, nezbytné k provedení zakázky. Smlouva, tak jak byla uchazečem i přes řádnou výzvu předložena, je však nedostatečná nejen z hlediska požadavků ZVZ na určení subdodavatelského plnění, ale vážně balancuje na hranici určitosti také z hlediska obecných předpisů občanského práva. Zatímco závěr o neplatnosti právního jednání z důvodu neurčitosti může vyslovit pouze soud v rámci občanského soudního řízení, posouzení splnění zákonných podmínek zákona o veřejných zakázkách uchazečem je právem a především povinností zadavatele. Zájem na tom, aby v rámci zadávání veřejných zakázek byly naplňovány zákonné podmínky pokud možno bezesbýtku, respektive aby nevznikaly důvodné pochybnosti o schopnosti dodavatelů řádně splnit předmět veřejné zakázky je, podle názoru zadavatele, akcentován tím spíše, když na straně zadavatele vystupuje subjekt hospodařící veřejným rozpočtem. Nelze přitom vycházet výhradně ze zásad stanovených ZVZ, ale jde-li o samosprávný územní celek, je nutné reflektovat také požadavky zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole, a především potom zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), obojí ve znění pozdějších předpisů. Oba zákony obsahují celou řadu ustanovení, která územním samosprávným celkům ukládají povinnost hospodařit s péčí řádného hospodáře. Mají-li se veřejné prostředky napříč množinou zahrnující mimo jiné i příspěvkové organizace a subjekty, v nichž má územní samosprávný celek svůj obchodní podíl, vydávat v řádově vysokých částkách za komoditu nezbytnou ke každodennímu chodu všech takových organizací, je oprávněná obezřetnost veřejného zadavatele zcela namístě. Z tohoto pohledu se zadavatel domnívá, že jeho požadavek, aby naplnění potřebné kvalifikace uchazeče probíhalo na bázi bezvadného a určitého právního jednání, není-li ji uchazeč schopen prokázat vlastními silami, je oprávněný. Pro dokreslení vážnosti celého smluvního závazku předloženého uchazečem zadavatel znovu poukazuje, že smlouva trpí i formálními nedostatky, kdy společnosti SYNERGY SOLUTION a LAMA energy jsou označovány jako „smluvní strana 1“ a „smluvní strana 2“, avšak závazek k poskytnutí plnění má vyplývat „subdodavatelí“.

Výše uvedené stanovisko zadavatel formuloval při znalosti rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále také jen „ÚOHS“), zejména rozhodnutí č. j. OHS-S625/2012/VZ-22353/2012/AZa ze dne 19.08.2013, ve kterém ÚOHS mimo jiné vyjádřil právní názor, že *subdodavatelská smlouva musí tedy alespoň obecně konkretizovat plnění, ke kterému se subdodavatel zavazuje v realizační fázi, případně věci či práva, se kterými bude moci dodavatel disponovat, v návaznosti na danou konkrétní část jím prokazované kvalifikace. Pokud tato smlouva neobsahuje, neodpovídá požadavkům zákona a neprokazuje dispozici se zdroji subdodavatele. Smyslem subdodavatelské smlouvy je, aby se zadavatel ujistil o tom, že subdodavatel, který umožnil dodavateli prokázat část chybějící kvalifikace, bude pro dodavatele plnit určitou konkretizovanou část veřejné zakázky, případně poskytne věci či práva, a tento jeho závazek odpovídá části kvalifikace prokázané subdodavatelem.*

Takový právní názor ÚOHS považuje zadavatel za zcela logický a správný a plně se s ním ztotožňuje. Výklad ZVZ má být vzhledem k jeho veřejnoprávní povaze spíše restriktivní, a proto pokud uchazeč zvolil pro prokázání technických kvalifikačních předpokladů způsob, kdy ve smlouvě podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ toliko opíše text právní normy, aniž by současně konkretizoval plnění, které

skutečně má být jejím předmětem, nelze takové prokazování kvalifikace považovat za souladné s výkladem ZVZ. Ten totiž kromě zásad rovného zacházení a nediskriminace v ustanovení § 6 ZVZ formuluje rovněž zásadu transparentnosti, která je jim postavena naroveň. Zadavatel má za to, že uchazeče žádným způsobem nediskriminoval, když mu poskytnul dodatečnou možnost splnění kvalifikace doložit, a přes tuto výzvu uchazeč jinou smlouvu odpovídající požadavkům zákona nepředložil. Je zřejmé, že taková výzva není samoúčelná a signalizovala, že zadavatel měl pochybnosti o splnění kvalifikačních předpokladů uchazečem, a proto jej k doložení řádné smlouvy vyzval. Na druhé straně zadavatel dostal i zásadu transparentnosti, když nepřipustil do další části zadávacího řízení uchazeče, o jehož kvalifikaci měl oprávněné pochybnosti, a to tím spíše když zadavatelem je subjekt hospodařící s veřejným rozpočtem zavázaný mimo jiné řadou zásad správného hospodaření podle příslušných zákonů.

Na základě výše uvedeného tak zadavateli nezbylo, než o námitkách uchazeče SYNERGY SOLUTION, s. r. o., rozhodnout tak, že jim nevyhovuje, neboť ani jeho právní argumentace nevede k tomu, aby zadavatel své původní, a podle svého názoru, zcela logické a oprávněné stanovisko ohledně nesplnění kvalifikace uchazečem a jeho vyloučení ze zadávacího řízení změnil.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí je možné podat ve lhůtě 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl, návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže se sídlem v Brně. Návrh musí být v uvedené lhůtě doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli.

V Pelhřimově dne 15.08.2014


Leopold Bambula,
starosta

