



ROZHODNUTÍ ZADAVATELE O NÁMITKÁCH

Zadavatel:	Vodovody a kanalizace Přerov a.s.
Se sídlem:	Šířava 482/21, Přerov I-Město, 750 02 Přerov
Země:	Česká republika
IČ:	47674521
DIČ:	CZ47674521
Předmět výběrového řízení:	„Výkon činností Technického dozoru investora v rámci realizace projektu „Dostavba kanalizace Hranice“

Společnost **Vodovody a kanalizace Přerov a.s.**, zastoupená MUDr. Michalem Chromcem, předsedou představenstva (dále jen „zadavatel“), vyhlásila dne 26. 9. 2016 podlimitní veřejnou zakázku na služby vedenou dle § 25, písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dále jen „zákon“ nebo „ZVZ“) v režimu zjednodušeného podlimitního řízení a zveřejněné dle § 38 zákona s názvem „**Výkon činností Technického dozoru investora v rámci realizace projektu „Dostavba kanalizace Hranice“**“, v rámci realizace projektu „**Zlepšení ekologického stavu řeky Bečvy v Hranicích**“, registrační číslo projektu **CZ.05.1.30/0.0/0.0/15_021/0001218**, který je financovaný z Operačního programu Životní prostředí.

Zadavatel obdržel dne 14. prosince 2016 námitky společnosti **FACTORY 2014 a.s.**, se sídlem Palackého 824/28, 784 01 Litovel, IČ: 03161846 (dále jen „stěžovatel“), proti rozhodnutí zadavatele ze dne 7. prosince 2016 (doručené stěžovateli dne 8. prosince 2016) o vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení dle § 110 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“).

Zadavatel tyto námitky stěžovatele přezkoumal v plném rozsahu a vydal rozhodnutí, kterým námitkám

v y h o v u j e

a ruší své rozhodnutí o vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení ze dne 7. prosince 2016.

Odůvodnění rozhodnutí

I.

1. Stěžovatel uvádí, že své vyloučení vnímá jako rozporné se ZVZ, resp. s § 6 ZVZ a to zejména s principy transparentnosti, hospodárnosti, zamezení diskriminace a rovného přístupu. Stěžovatel rekapituluje argumentaci zadavatele uvedenou v napadaném rozhodnutí o vyloučení takto:
2. *Dle čl. 3.5 smlouvy o uzavření budoucí smlouvy (SoBS) je dle zadavatele v rozporu s čl. 7 smlouvy o dodávce služeb, která má být uzavřena mezi vítězným uchazečem a dodavatelem a která stanoví „Zahájení služeb bude do 7 dnů ode dne uzavření Smlouvy anebo zasláním písemného pokynu Poskytovateli k zahájení služeb.“ Zadavatel v odůvodnění říká, že zadavatel si tedy vyhradil, aby byl uchazeč připraven zahájit plnění zakázky mj. ve lhůtě 7 dnů od uzavření smlouvy. Dle zadavatele může*



být stěžovatel v situaci, kdy nebude mít k dispozici příslušného subdodavatele, kterým prokazoval stěžovatel svou kvalifikaci.

3. *Stěžovatel dále cituje ust. čl. 3.5 SoBS: „Budoucí smlouva o dílo mezi oběma smluvními stranami bude uzavřena do 60-ti kalendářních dnů po termínu podpisu smlouvy na předmětnou akci mezi budoucím objednatelem a zadavatelem.“*
4. *Zadavatel ust. čl. 3.5 smlouvy o uzavření budoucí smlouvy se subdodavatelem vykládá tak, že subdodavatel je povinen předmětnou smlouvu uzavřít až za 60 dnů a tím se má dostat do rozporu s tím, že stěžovatel musí však plnit své povinnosti ze smlouvy se zadavatelem již za 7 dnů od podpisu smlouvy mezi vítězným uchazečem a zadavatelem. Takovýto výklad je však v přímém rozporu se zákonem.*
5. *Ust. § 1785 občanského zákoníku říká to, že smlouvou o budoucí smlouvě se zavazuje nejméně jedna strana smlouvy uzavřít po vyzvání v ujednané lhůtě, jinak do jednoho roku, budoucí smlouvu. V našem případě byla lhůta stanovena v délce 60 kalendářních dnů. Samotný komentář k ust. § 1786 (Beckovský komentář — Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část) na str. 285 k předmětné lhůtě říká, že se jedná o lhůtu, v níž musí oprávněná osoba, stěžovatel vyzvat zavázanou stranu (subdodavatele) k uzavření smlouvy. Lhůta pro výzvu k uzavření smlouvy je lhůtou prekluzivní (§ 1788 odst. 1 NOZ). Z toho vyplývá, že ve lhůtě 60 dnů musí stěžovatel vyzvat druhou stranu k podpisu budoucí smlouvy. Subdodavatel tuto smlouvu musí však uzavřít se stěžovatelem ve lhůtě bez zbytečného odkladu, tj. ihned po výzvě. Tato skutečnost vyplývá z ust. § 1786 NOZ. Není tedy pravdou tvrzení zadavatele, že stěžovatel není schopen dosáhnout, aby subdodavatel ještě plnil své povinnosti ve lhůtě 7 dnů od podpisu smlouvy mezi zadavatelem a stěžovatelem. V tomto směru by stěžovatel poukázal též na judikaturu Nejvyššího soudu ČR, a to konkrétně judikát sp.zn. 32 Cdo 2484/2012, kde Nejvyšší soud ČR mimo jiné říká, že lhůta „bez zbytečného odkladu“ je nutné považovat za velmi krátkou lhůtu, již je míněno bezodkladné, neprodlené, bezprostřední či okamžité jednání ze strany zavázané strany. V tomto směru je tedy důvod pro vyloučení zcela lichý a v rozporu se zákonem. Ve výsledku jde tedy o protiprávní postup zadavatele, který je v rozporu se zásadami, na nichž je postavené zadávací řízení dle zák. č. 137/2006 Sb.*
6. *Pokud jde o druhou a poslední důvod pro vyloučení vítězného uchazeče z účasti v zadávacím řízení, tak i v tomto směru důvod je naprosto lichý. Údajně čl. 3.1. SoBS je v rozporu s rozhodovací praxí ÚOHS a Nejvyššího správního soudu ČR, když zadavatel vytýká, že dohoda mezi uchazečem a jeho subdodavatelem dle SoBS neobsahuje v souladu s §51 ZVZ přené vymezení závazku 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. Zadavatel konkrétně považuje za rozporné s v předcházející větě uvedeným ustanovením ZVZ požadavky na znění subdodavatelské smlouvy v ujednání čl. 3.1 SoBS z toho důvodu, že rozdělení činností mezi uchazečem a jeho subdodavatelem odkládá až na uzavření finální smlouvy, včetně specifikace činností, které bude dělat subdodavatel pro uchazeče. Tímto zadavatel nemůže posoudit v jakém ohledu, v jakých částech plnění veřejné zakázky, jakým konkrétním způsobem a do jaké míry bude uchazeč reálně disponovat faktickou participací svého subdodavatele. K tomuto důvodu pro vyloučení uchazeče z účasti na zadávacím řízení stěžovatel uvádí následující: Ust. § 555 odst. 1*



NOZ říká, že každá smlouva se posuzuje podle svého obsahu. Vedle toho dle ustanovení § 574 NOZ platí, že na právní jednání je třeba spíše hledět jako na platné než jako na neplatné. Na tomto místě by v tomto směru stěžovatel rád poukázal na judikaturu Ústavního soudu ČR (sp.zn. II. ÚS 571/06, sp.zn. II. ÚS 3381/10), z níž jednoznačně vyplývá, že vždy všechny soudy a tedy i zadavatelé musí vždy posuzovat smlouvu jako celek, tj. všechny ustanovení a toto posuzovat i při zohlednění neurčitosti a nejasnosti, jak na ni poukazuje zadavatel ve svém odůvodnění.

7. Samotný čl. 3.1 SoBS říká pouze to, že se subdodavatel s uchazečem dohodne na předmětu plnění, tj. specifikaci závazku uchazeče, který je však v souladu s rozpočtem a rozsahem služeb dle přílohy č. 1 a přílohy č. 2, která byla připojena ke SoBS a která byla zadavateli zaslána dne 28.11.2016 na základě výzvy zadavatele. Zadavatel měl tedy praxi ÚOHS a judikaturu NSS posuzovat ve vztahu k přílohám č. 1 a č. 2 a nikoliv izolovaně bez příloh vzít text smlouvy a účelově říci, že uchazeč nespecifikoval rozdělení činností mezi uchazečem a subdodavatelem.
8. Oba důvody pro vyloučení uchazeče jsou v rozporu s legislativou a jsou diskriminační a v rozporu se zásadou rovnosti a odporují zásadě transparentnosti. S formulací textu SoBS se stěžovatel uchází opakovaně o veřejné zakázky obdobného charakteru a zadavatelé proti textu nic nenamítají, vědomi si toho, že text smlouvy neodporuje zákonu.
9. Stěžovatel má stále zájem na získání veřejné zakázky, má potřebné kladné reference a disponuje požadovanými kapacitami pro řádné plnění této zakázky, zároveň je ovšem také přesvědčen o tom, že postupem zadavatele dochází ke shora uvedenému porušování ZVZ a tento postup může zásadním způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Bude-li zadavatel v tomto řízení pokračovat, bude řízení vedeno netransparentním a diskriminujícím způsobem, přičemž stěžovateli hrozí újma v podobě popření jeho práva na zákonný postup v zadávacím řízení a práva na řádnou hospodářskou soutěž.
10. Stěžovatel se touto námitkou domáhá zrušení Oznámení rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení datovaného dne 7. 12. 2016.

II.

11. Námitky byly podány včas, tj. ve lhůtě pro podání námitek dle § 110 odst. 4 ZVZ.
12. Zadavatel akceptuje výklad stěžovatele, že je schopen zajistit plnění ze strany svých subdodavatelů ve lhůtě 7 dní od uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky.
13. Pokud jde o argumentaci stěžovatele ve vztahu ke specifikaci rozdělení činností mezi stěžovatelem a jeho subdodavatelem, jak je formulována v čl. 3.1 předložené subdodavatelské smlouvy (jež má charakter smlouvy o smlouvě budoucí), zadavatel odkazuje na argumentaci Nejvyššího správního soudu v rozsudku ze dne 27. 1. 2010, č. j. 2 Afs 64/2009 – 109, www.nssoud.cz, kde tento soud konstatoval: „Zatímco soukromý subjekt si může vybírat ty, s nimiž hodlá obchodovat, podle své libovůle, zadavatel veřejné zakázky je striktně vázán zákonem o veřejných zakázkách a zejména pasážemi o zadávacím řízení, neboť prostředky, které jsou v takovém případě



vynakládány, jsou prostředky veřejné. (...) zadávací řízení je vysoce formalizovaný proces, zatímco kontraktace soukromých subjektů navzájem je výrazně volnější.“ Stěžovatel je povinen jednoznačně specifikovat ustanovení subdodavatelské smlouvy tak, aby nebyla ve vzájemném rozporu. Argument spočívající v tom, že předložená subdodavatelská smlouva je stěžovatelem opakovaně používána neobstojí ve světle rozsudku Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) ze dne 15. května 2015 č.j.: 3 As 204/2014 – 46 (dále jen „rozsudek EUROVIA CS, a. s.“), kde byla NSS posouzena jako neplatná subdodavatelská smlouva, která byla rovněž dodavatelem opakovaně používána v rámci podávání nabídek v zákonném režimu ZVZ. Zadavatel se však ztotožňuje s argumentem stěžovatele, že aktuální právní úprava (dle § 574 NOZ platí, že na právní jednání je třeba spíše hledět jako na platné než jako na neplatné) modifikovala režim interpretace nejasných či neurčitých smluvních ustanovení. Tato zákonná úprava nebyla účinná v době vydání rozsudku EUROVIA CS, a.s., a proto zadavatel námitkám vyhověl, když na čl. 3.1 subdodavatelské smlouvy aplikoval princip dle § 574 NOZ.

III.

1. Z výše uvedených důvodů zadavatel námitce stěžovatele **vyhovuje**.

Poučení

Vzhledem k tomu, že zadavatel námitkám stěžovatele plně vyhověl, není stěžovatel oprávněn proti tomuto rozhodnutí zadavatele podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonu zadavatele Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

V Přerově dne 15.12.2016

Vodovody a kanalizace Přerov, a.s.
Šířava 482/21, Přerov I-Město
750 02 Přerov ①

MUDr. Michal Chromec,
předseda představenstva zadavatele