



UOHSX004C8IG

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S185/2012/VZ-11529/2012/550/MLa

V Brně dne: 3. září 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 28. 3. 2012, na návrh ze dne 27. 3. 2012, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Český úřad zeměměřičský a katastrální, IČ 00025712, se sídlem Pod sídlištěm 9/1800, 182 11 Praha 8, jehož jménem jedná Ing. Karel Večeře, předseda,
- navrhovatel – dynn a.s., IČ 264 57 733, se sídlem Španělská 770/2, 120 00 Praha 2, za niž jedná Jiří Pantoflíček, předseda představenstva, ve správním řízení na základě plné moci ze dne 27. 3. 2012 zastoupen Mgr. Michalem Trkalem, advokátem se sídlem Matoušova 515/12, 150 00 Praha 5,

ve věci veřejné zakázky „Výběr implementátora Dokument Management Systém ČÚZK“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 14. 10. 2011 pod ev. č. 6006642302001 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18. 10. 2011 pod ev. č. 2011/S 200-325798, **rozhodl takto:**

### I.

Zadavatel – Česká republika – Český úřad zeměměřičský a katastrální, IČ 00025712, se sídlem Pod sídlištěm 9/1800, 182 11 Praha 8 – nedodržel při zadávání veřejné zakázky „Výběr implementátora Dokument Management Systém ČÚZK“ postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že uchazeče – dynn a.s., IČ 264 57 733, se sídlem Španělská 770/2, 120 00 Praha 2 – z důvodu nesplnění kvalifikace vyloučil z účasti v zadávacím řízení, ačkoliv jmenovaný uchazeč kvalifikaci v požadovaném rozsahu splnil, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

### II.

Jako opatření k nápravě postupu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ruší úkon zadavatele ze dne 22. 2. 2012 spočívající ve vyloučení uchazeče – dynn a.s., IČ 264 57 733, se sídlem Španělská 770/2, 120 00 Praha 2 – z účasti v předmětném zadávacím řízení a všechny následující úkony zadavatele učiněné v uvedeném zadávacím řízení.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Česká republika – Český úřad zeměměřičský a katastrální, IČ 00025712, se sídlem Pod sídlištěm 9/1800, 182 11 Praha 8 – ukládá uhradit:

**náklady řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých).**

Náklady řízení jsou splatné ve lhůtě dvou měsíců ode dne právní moci rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika – Český úřad zeměměřičský a katastrální, IČ 00025712, se sídlem Pod sídlištěm 9/1800, 182 11 Praha 8, jehož jménem jedná Ing. Karel Večeře, předseda (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 10. 2011 pod ev. č. 6006642302001, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18. 10. 2011 pod ev. č. 2011/S 200-325798, oznámení o zahájení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Výběr implementátora Dokument Management Systém ČÚZK“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 6. 12. 2011 vyplývá, že ve lhůtě pro podání žádostí o účast obdržel zadavatel celkem 7 nabídek, přičemž komise pro otevírání obálek žádnou z nich nevyřadila.
3. Z protokolu o druhém jednání hodnotící komise ze dne 14. 12. 2011 vyplývá, že při posuzování kvalifikace uchazeče – dynn a.s., IČ 264 57 733, se sídlem Španělská 770/2, 120 00 Praha 2, za niž jedná Jiří Pantoflíček, předseda představenstva, ve správním řízení na základě plné moci ze dne 27. 3. 2012 zastoupen Mgr. Michalem Trkalem, advokátem se sídlem Matoušova 515/12, 150 00 Praha 5 (dále jen „navrhovatel“), byly zjištěny nesrovnalosti v seznamu významných dodávek poskytnutých v posledních 3 letech. Proto zadavatel navrhovatele dopisem ze dne 20. 12. 2011 podle § 59 odst. 4 zákona vyzval, aby ve lhůtě 15ti pracovních dnů ode dne doručení výzvy objasnil informace a doklady předložené za účelem prokázání splnění kvalifikace.
4. Z protokolu o devátém jednání hodnotící komise ze dne 7. 2. 2012 vyplývá, že hodnotící komise po seznámení s objasněním navrhovatele dospěla k závěru, že navrhovatel neprokázal splnění technických kvalifikačních předpokladů a zadavatel jej proto rozhodnutím

ze dne 22. 2. 2012, které navrhovatel obdržel dne 23. 2. 2012, vyloučil z účasti v zadávacím řízení. Navrhovatel proti rozhodnutí o vyloučení doručil zadavateli dne 8. 3. 2012 námitky, kterým zadavatel rozhodnutím ze dne 19. 3. 2012 nevyhověl.

5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o nevyhovění námitkám, které mu bylo doručeno dne 20. 3. 2012, za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 28. 3. 2012 písemný návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Zadavatel obdržel návrh na zahájení řízení téhož dne.

## II. OBSAH NÁVRHU

6. Navrhovatel v návrhu nesouhlasí se závěrem zadavatele, že neprokázal technické kvalifikační předpoklady. Navrhovatel má za to, že prostřednictvím subdodavatele společnosti Oracle Czech s.r.o., IČ 61498483, se sídlem V Parku 2308/8, 148 00 Praha 4 (dále jen „subdodavatel“) prokázal zadavatelem požadované reference v plném rozsahu. Na tomto závěru nemůže nic změnit fakt, že jednotlivé projekty uvedené v seznamu referencí realizovaly subjekty od subdodavatele odlišné, neboť společnosti Oracle Corporation UK Ltd., Oracle Nederland B.V. pojí se subdodavatelem koncernové vazby a navrhovatel nadto zadavateli předložil prohlášení těchto společností, podepsaná rovněž subdodavatelem, ze kterých vyplývá oprávnění subdodavatele využít prostředků těchto společností nutných pro realizaci veřejné zakázky.
7. Navrhovatel se neztotožňuje s názorem zadavatele, že by nevyhověl požadavkům § 51 odst. 4 písm. b) zákona a nepředložil smlouvu subdodavatele s výše uvedenými společnostmi, z níž by vyplýval jejich závazek k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky. Podle navrhovatele je termín „smlouva“ použitý v § 51 odst. 4 písm. b) zákona, nutné v daném případě vykládat jako společně projevovaný konsensus, z něhož vyplývá, že subdodavatel bude mít k dispozici prostředky dalších subjektů nutné pro plnění veřejné zakázky. Jakýkoliv jiný výklad navrhovatel pokládá za nepřijatelný formalismus, který vede ke zúžení okruhu uchazečů schopných veřejnou zakázku plnit. Zákon tedy žádné konkrétní požadavky na obsah smlouvy, na délku jejího trvání a podmínky ukončení, ani na zajištění závazku, neklade. Navrhovatel dále poukazuje, že je přípustné, aby byl takový závazek obsažen ve smlouvě o smlouvě budoucí, smlouvě s odloženou účinností, či ve smlouvě rámcové. Není tedy rozhodující označení předkládané listiny, důležité je, aby bylo patrné, že uchazeč bude při realizaci veřejné zakázky oprávněn využít prostředky subdodavatele, jehož prostřednictvím prokazuje kvalifikaci. Navrhovatel je tedy přesvědčen, že předložením „prohlášení“, z nichž je zřejmý závazek společností Oracle Corporation UK Ltd., Oracle Nederland B.V. poskytnout subdodavateli prostředky nutné pro plnění veřejné zakázky, doložil zadavateli smlouvu ve smyslu § 51 odst. 4 písm. b) zákona.
8. Kromě výše uvedeného se navrhovatel dovolává rovněž specifického postavení subdodavatele a společností Oracle Corporation UK Ltd., Oracle Nederland B.V., které jsou součástí holdingu zastřešeného společností Oracle Corporation. Společnosti působící v holdingu mohou podle navrhovatele vzájemně využívat své prostředky při realizaci konkrétních zakázek. Jejich specifické postavení jim podle navrhovatele umožňuje vzájemně využívat své prostředky při realizaci konkrétních zakázek, což zohlednila evropská rozhodovací praxe, kde došlo k posunu v možnostech prokazování kvalifikace

prostřednictvím třetích subjektů. Tuto skutečnost navrhovatel ilustruje na rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie, dříve Evropského soudního dvora (dále jen „Soudní dvůr EU“) C-389/92 *Ballast Nedam Groep NV v. Belgie*. Z tohoto pohledu je holdingové vazby nutné považovat za doklad existujícího právního vztahu mezi subjekty v holdingu, tedy minimálně rovnocenné existenci smlouvy. V této souvislosti navrhovatel dále poukazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S130/2009/VZ-11951/2009/530/RPá a na další rozsudky Soudního dvora EU C-176/98 C-5/97, které rozvedly závěry učiněné soudem ve výše uvedeném rozsudku C-389/92. S odkazem na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S133/2009/VZ-12235/2009/530/RPá navrhovatel konstatuje, že zákon na smlouvu podle § 51 odst. 4 zákona neklade žádné zvláštní požadavky a není tak rozhodné, který smluvní typ si strany zvolí a nelze vyloučit ani uzavírání smluv o smlouvě budoucí.

9. Navrhovatel navrhl, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení ze dne 22. 2. 2012 a všechny navazující úkony zadavatele a navrhl rovněž vydání předběžného opatření, kterým by Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

### III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

10. Zadavatel se k návrhu vyjádřil datovou zprávou ze dne 4. 4. 2012, doručenou do datové schránky Úřadu téhož dne. Zadavatel odkazuje na odůvodnění rozhodnutí o námitkách. Je přesvědčen, že zásadní otázkou je, zda navrhovatel v rámci prokazování kvalifikace skutečně doložil existenci závazku k poskytnutí plnění za účelem realizace veřejné zakázky, či k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel (prostřednictvím subdodavatele) oprávněn disponovat, a to alespoň v rozsahu, v jakém „další subdodavatelé“ (společnosti Oracle Corporation UK Ltd., Oracle Nederland B.V.) prokazovali splnění kvalifikace a dále, zda tak učinil ve lhůtě pro podání nabídek, jak vyžaduje § 52 odst. 1 zákona.
11. Zadavatel uvádí, že z nabídky navrhovatele vyplynulo, že splnění technických kvalifikačních předpokladů je částečně prokazováno prostřednictvím subdodavatele, aniž by zde byli uvedeni další subdodavatelé (společnosti Oracle Corporation UK Ltd., Oracle Nederland B.V.). Zadavatel se domnívá, že z čestného prohlášení subdodavatele o splnění referenčních služeb obsaženého v nabídce navrhovatele nebylo možno zjistit, že referenční zakázky neplnil přímo subdodavatel. Podle zadavatele byla na různých místech v nabídce navíc používána matoucí zkratka „Oracle“, aniž by bylo zřejmé, který subjekt ze skupiny Oracle je jí právě míněn a nebylo tedy možné seznat, komu patří reference, kterými je prokazována kvalifikace. Zadavatel až z reakce navrhovatele na jeho výzvu k objasnění informací prokazujících splnění kvalifikace zjistil, že referenční zakázky nebyly plněny subdodavatelem, ale dalšími společnostmi z holdingu Oracle. Rovněž v rámci objasnění navrhovatel předložil doklady k prokázání kvalifikačních předpokladů podle § 51 odst. 4 písm. a) zákona těchto „dalších subdodavatelů“.
12. Navíc je zřejmé, že k podpisu prohlášení společností Oracle Corporation UK Ltd., Oracle Nederland B.V. a subdodavatele o tom, že tyto společnosti subdodavatelem, za účelem realizace veřejné zakázky, poskytnou prostředky a součinnost, došlo dne 6. 1. 2012, tedy více než měsíc po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Z dikce zákona je podle zadavatele zřejmé, že pokud uchazeč k výzvě zadavatele doplní dodatečné informace, či podklady prokazující splnění kvalifikace, musí se jednat o doklady prokazující vztahy existující k okamžiku podání nabídky. Zadavatel tedy konstatuje, že i v případě, kdyby přistoupil na argumentaci

navrhovatele a prohlášení společností Oracle Corporation UK Ltd., Oracle Nederland B.V. a subdodavatele akceptoval a přijal jako smlouvy ve smyslu § 51 odst. 4 písm. b) zákona, pak by, vzhledem k datu jejich uzavření, k jejich existenci stejně nemohl přihlížet.

13. Zadavatel nadto konstatuje, že dokumenty předložené navrhovatelem mu nedávají jistotu, že dané zahraniční společnosti budou skutečně participovat na plnění veřejné zakázky. Prohlášení „dalších subdodavatelů“, že subdodavateli poskytnou know-how, personální a technické prostředky a součinnost nutnou pro realizaci veřejné zakázky jsou podle zadavatele navíc relativizována konstatováním, že *„přesný způsob využití těchto prostředků bude řešen na základě vnitřních korporátních předpisů a procesů řešících sdílení lidských zdrojů při realizaci projektů platících pro holding Oracle“*. Z uvedených prohlášení navíc nevyplývá konkrétní závazek společností Oracle Corporation UK Ltd. a Oracle Nederland B.V. k poskytnutí plnění, či k poskytnutí věcí, či práv, s nimiž bude přímo navrhovatel, nebo subdodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, ve kterém jejich reference navrhovatel použil k prokázání kvalifikace, jak explicitně požaduje § 51 odst. 4 zákona.
14. Zadavatel dále nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že z předložených osvědčení vyplývá, že na plnění referenčních zakázek v zahraničí se přímo podílela i tuzemská společnost Oracle Czech s.r.o. *„a tato osvědčení jsou tak ve vztahu k této společnosti osvědčeními vydanými objednatel“*. Navrhovatel sice uvedl, že se na těchto zakázkách realizovaných „dalšími subdodavateli“ podíleli rovněž pracovníci subdodavatele, nebylo však jasně určeno, kterou část zakázek plnil subdodavatel svými pracovníky a kterou pak „další subdodavatelé“. V této souvislosti zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S181/2010/VZ-17712/2010/520/JHl ze dne 7. 2. 2011, které judikovalo, že pokud uchazeč hodlá využít referenčních zakázek, které realizoval ve sdružení, je nutné, aby prokázal, že část, kterou v rámci sdružení realizoval, je jasně vymežitelnou a oddělitelnou, aby zadavatel skutečně mohl posoudit, zda uchazeč kvalifikační předpoklad splnil.
15. Zadavatel nemůže přijmout ani tvrzení navrhovatele, že tyto zahraniční zakázky realizované subjekty holdingu Oracle prokazují praxi holdingu Oracle, kdy se na konkrétní zakázce podílí osoby v rámci korporátní struktury Oracle, bez ohledu na příslušnost ke konkrétní „národní společnosti“ Oracle. Podle zadavatele je k takové korporátní praxi v rámci prokazování kvalifikace možné přihlížet pouze pokud je zcela transparentní a pokud je z ní zřejmé, kdo jakou část referenčních zakázek plnil. Zadavatel nesouhlasí s navrhovatelem, že měl při posouzení kvalifikace vzít v potaz specifické vztahy společností tvořících holding Oracle, který těmto společnostem umožňuje využívat prostředky k plnění zakázek ve vzájemném souladu. Zadavatel tyto závěry opírá o rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S130/2009/VZ-11951/2009/530/RPá, potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R158/2009/VZ-10447/2010/310/ASc, kde Úřad konstatoval, že i za situace, kdy uchazeč hodlá využít referenčních zakázek společnosti, která je z 50 % v jeho vlastnictví, je nutné, aby bylo vyhověno dikci § 51 odst. 4 zákona a uchazeč měl s touto společností uzavřenou odpovídající smlouvu. Zadavatel rovněž odmítá argumentaci navrhovatele opírající se o rozsudek Soudního dvora EU C-389/92, neboť v daném případě mateřská společnost prokazovala kvalifikaci prostřednictvím společností dceřiných a jednalo se tak o odlišný řetězec právních vztahů, než v případě posuzovaném. Navíc je možnost prokázání kvalifikace prostřednictvím dceřiných společností podmíněna skutečností, že mateřská společnost prokáže oprávněnost

disponovat s jejich prostředky, což navrhovatel podle zadavatele neprokázal. Zadavatel proto navrhuje, aby Úřad návrh na zahájení řízení zamítl.

#### **IV. ŘÍZENÍ PŘED ÚŘADEM**

16. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem ze dne 6. 4. 2012 č. j. ÚOHS-S185/2012/VZ-6693/2012/550/MLa. K zajištění účelu správního řízení vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S185/2012/VZ-6698/2012/550/MLa z téhož dne, v němž účastníkům stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a ve které byli oprávněni vyjádřit svá stanoviska v řízení a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.
17. Účastníky tohoto správního řízení jsou podle § 116 zákona:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.
18. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S185/2012/VZ-7568/2012/550/MLa ze dne 19. 4. 2012 vydal na návrh navrhovatele předběžné opatření, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

#### **V. ZÁVĚRY ÚŘADU**

19. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. zákona postup zadavatele a po zhodnocení předložených podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastních zjištění konstatuje, že zadavatel v zadávacím řízení nedodržel postup stanovený zákonem, když navrhovatele vyloučil z účasti v zadávacím řízení. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### **Rozhodná ustanovení zákona**

20. Podle § 51 odst. 1 zákona je veřejný zadavatel povinen požadovat prokázání splnění kvalifikace dodavatele, nestanoví-li zákon jinak.
21. Podle § 51 odst. 4 zákona platí, že není-li dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit
  - a) doklady prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. j) zákona a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona subdodavatelem a
  - b) smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona.

22. Ustanovení § 52 odst. 1 zákona stanoví, že v otevřeném řízení a ve zjednodušeném podlimitním řízení je dodavatel povinen prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání nabídek. V případě otevřeného řízení se zavedením dynamického nákupního systému je dodavatel povinen prokázat splnění kvalifikace nejpozději s podáním předběžné nabídky. Současně § 52 ve svém odst. 5 stanoví, že ustanovením jeho odstavců 1 až 3 nejsou dotčeny § 57 odst. 1 a § 59 odst. 4 zákona.
23. Podle § 59 odst. 4 může veřejný zadavatel po dodavateli požadovat, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Dodavatel je povinen splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem.

### **Zjištěné skutkové okolnosti**

24. Zadavatel v čl. 9.7 zadávací dokumentace za účelem prokázání technických kvalifikačních předpokladů požadoval předložení seznamu významných ukončených nebo dosud probíhajících služeb (pozn. vzhledem k tomu, že se jedná o veřejnou zakázku na dodávky, zaměnil zde zadavatel služby za dodávky, Úřad bude v této souvislosti dále hovořit o dodávkách) realizovaných na území EU v posledních 3 letech, z něhož musí vyplývat:
- dodavatel v daném období realizoval 5 referenčních dodávek v oblasti ICT (referenční dodávkou v oblasti ICT se rozumí kompletní dodávka IS pro správu dokumentů nebo takového informačního systému, ve kterém byla implementována správa dokumentů formou integrované aplikace, modulu, apod.),
  - součet hodnot 3 z 5 referenčních dodávek musí být ve výši minimálně 150 000 000 Kč bez DPH, přičemž hodnota každé z nich musí být alespoň ve výši 30 000 000 Kč,
  - plnění nejméně 3 z 5 referenčních dodávek se muselo týkat IS, jejichž součástí byla implementace správy písemných i grafických dokumentů,
  - referenční dodávky musí obsahovat následující plnění:
    - detailní analýza potřeb a požadavků zadavatele na IS v předimplementační fázi,
    - procesní analýza životního cyklu dokumentů v prostředí zadavatele,
    - návrh architektury IS,
    - dodávka HW a SW pro potřeby IS,
    - komplexní dodávka a implementace rozsáhlého IS (minimálně 1 000 uživatelů) a služeb ICT s tím souvisejících.
25. Navrhovatel za účelem prokázání výše uvedeného technického kvalifikačního předpokladu v nabídce dokládá celkem 7 referenčních zakázek, přičemž 2 z nich byly realizovány přímo navrhovatelem a 5 z těchto referencí prokazuje prostřednictvím subdodavatele – Oracle Czech s.r.o., IČ 614 98 483, se sídlem V Parku 2308/8, 148 00 Praha 4. V seznamu referenčních zakázek, který je součástí nabídky navrhovatele je jako zhotovitel u referenčních zakázek subdodavatele uvedeno pouze „Oracle“ bez bližšího určení. Nabídka dále obsahuje čestné prohlášení subdodavatele o tom, že těchto 5 zakázek realizovala „společnost Oracle“. Subdodavatel uvádí, že důvodem prokazování některých referencí

formou čestného prohlášení je složitý a časově náročný administrativní proces na straně zahraničních zákazníků. Čestné prohlášení je dále doplněné o referenční listy zakázek, které realizovala „společnost Oracle“ (v případě cizojazyčných referenčních listů jsou doplněny jejich překlady). Až z referenčních listů přitom vyplývá, že z těchto 5 zakázek byla pouze 1 provedena přímo samotným subdodavatelem (jedná se o zakázku realizovanou pro společnost HEWLETT-PACKARD s.r.o. a referenční list byl vystaven přímo touto společností). Zbývající 4 referenční listy nejsou podepsány příjemcem dodávek, ale zástupcem společnosti, která dané dodávky poskytla a s výjimkou referenčního listu osvědčujícího realizaci zakázky ve prospěch společnosti Rabobank vystaveného společností Oracle Nederland B.V., není z jejich znění patrné, které subjekty dané zakázky (3 zakázky pro KPN, Vodafone Limited, Balfour Beatty) skutečně provedly.

26. Zadavatel v žádosti o objasnění informací prokazujících splnění kvalifikace, uvedl, že z předložených listin mu není zřejmé, která „organizační složka společnosti Oracle“ realizovala zakázky uvedené v referenčních listech a požádal navrhovatele, aby objasnil míru zapojení subdodavatele na plnění těchto zakázek, případně doložil další referenční projekty, které realizoval navrhovatel, nebo některý ze subdodavatelů uvedených v nabídce. Navrhovatel ve svém objasnění informací prokazujících splnění kvalifikace uvedl, že jednotlivé referenční projekty uvedené v nabídce byly realizovány společností Oracle, resp. jednotlivými právními subjekty holdingu Oracle působícími v jednotlivých zemích. V rámci daných projektů se na jejich realizaci podíleli i pracovníci subdodavatele (zejména v presales fázi a následně ve fázi analýzy a designu, architektury řešení, přičemž jejich zapojení proběhlo na základě vnitřních korporátních předpisů a procesů řešících sdílení lidských zdrojů). Navrhovatel zadavateli dále sdělil, že společnosti Oracle Nederland B.V. a Oracle Corporation UK Ltd. nejsou vedeny v rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek, což doložil jejich čestnými prohlášeními. K objasnění informací navrhovatel dále přiložil vyjádření subdodavatele ze dne 5. 1. 2012, o tom, že jednotlivé referenční projekty uvedené v nabídce byly realizovány společností Oracle, resp. jednotlivými právními subjekty Oracle v rámci holdingu Oracle, působícími v dané zemi (v tomto případě Oracle Nederland B.V. a Oracle Corporation UK Ltd.) a v rámci daných projektů se na jejich realizaci podíleli i pracovníci subdodavatele (zejména v presales fázi a následně ve fázi analýzy a designu, architektury řešení, přičemž jejich zapojení proběhlo na základě vnitřních korporátních předpisů a procesů řešících sdílení lidských zdrojů). Dále doložil dvě prohlášení společností Oracle Nederland B.V. a Oracle Corporation UK Ltd. spolupodepsaná subdodavatelem, ze kterých plyne, že tyto společnosti jsou vlastníky doložených referencí (Oracle Nederland B.V. realizovala zakázku pro Rabobank a KPN a Oracle Corporation UK Ltd. veřejné zakázky pro Vodafone, Balfour Beatty (viz bod 17 odůvodnění)) a subdodavateli poskytnou, či zpřístupní know-how, personální a technické prostředky a součinnost nutnou pro realizaci zakázky, především pak dohled či řízení realizace projektu a lidské zdroje, které se podílely na výše uvedených referencích v rozsahu adekvátním pro realizaci veřejné zakázky a subdodavatel je oprávněn a schopen výše uvedené prostředky při realizaci subdodávky využít, přičemž přesný způsob využití těchto prostředků bude řešen na základě vnitřních korporátních předpisů platících pro holding Oracle. Dále bylo objasnění informací doplněno o výpisy z národních obdob obchodních rejstříků obou společností Oracle Nederland B.V. a Oracle Corporation UK Ltd.



27. Zadavatel navrhovatele z účasti v zadávacím řízení vyloučil pro neprokázání technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 1 zákona, když konstatoval, že navrhovatel předložil pouze 3 z pěti požadovaných významných dodávek. Zadavatel tak neuznal 4 z 5 referenčních zakázek, které navrhovatel dokládal prostřednictvím subdodavatele. Zadavatel konstatoval, že tyto zakázky plnil subjekt od subdodavatele odlišný, přičemž navrhovatel nepředložil smlouvu podle § 51 odst. 4 písm. b) zákona, uzavřenou mezi subdodavatelem a majiteli referencí, ze kterých by plynul závazek těchto třetích společností k poskytnutí plnění k realizaci veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém tyto společnosti prokazují splnění kvalifikace.
28. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nebyl schopen prokázat technické kvalifikační předpoklady v plném rozsahu, rozhodl se je v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Aby dostál požadavkům § 51 odst. 4 zákona, navrhovatel v nabídce předložil smlouvu o spolupráci se subdodavatelem uzavřenou dne 30. 11. 2011, ve které se smluvní strany zavázaly, v případě, že nabídka navrhovatele bude vybrána jako nejvhodnější, uzavřít smlouvu o dílo, na základě které subdodavatel navrhovateli poskytne plnění vymezené v příloze č. 1 této smlouvy. Nabídka dále obsahuje čestné prohlášení subdodavatele, že není veden v rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek a výpis subdodavatele ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů.

#### **Závěry Úřadu**

29. Navrhovatel podle § 51 odst. 4 zákona prokazoval chybějící část kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, když za účelem prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů v nabídce uvedl pět subdodavatelových referenčních zakázek. Subdodavatel sám však realizoval pouze jednu z nich a zbývající čtyři byly provedeny společnostmi Oracle Nederlands B.V. a Oracle Corporation UK, přičemž subdodavatel se na jejich plnění podílel. V daném případě je tedy nutné posoudit otázku, zda byl subdodavatel při prokazování chybějící části kvalifikace navrhovatele oprávněn využít rovněž referenčních zakázek realizovaných společnostmi Oracle Nederlands B.V. a Oracle Corporation UK (zda byl oprávněn vystupovat jako jejich „nositel“).
30. Ze zjištění učiněných ve správním řízení vyplývá, že subdodavatel a společnosti Oracle Nederlands B.V. a Oracle Corporation UK jsou subjekty spadající do koncernu zastřešeného společností Oracle Corporation, California, 500 Oracle Parkway, Redwood Shores, CA 94065, U.S.A., přičemž společnost Oracle Nederlands B.V. byla v obchodním rejstříku do dne 27. 6. 2012 zapsána jako jediný společník subdodavatele (téhož dne byla jako jediný společník subdodavatele zapsána společnost ORACLE EMEA HOLDINGS, Dublin - East Point Business Park, Fairview, Irsko).
31. Úřad uvádí, že otázku prokazování kvalifikace v daném případě je nutné vyložit ve světle evropského práva, resp. judikatury Soudního dvora EU. Zejména je nutné přihlídnout k rozsudku C-389/92 ze dne 14. 8. 1994, Ballast Nedam Groep NV v. Belgie, v němž soud při posuzování podmínek pro zápis do oficiálního seznamu podniků způsobilých ucházet se o zakázky dospěl k závěru, že využití referencí v rámci koncernu přípustné je, a to za předpokladu, je-li dostatečně prokázáno, že osoba dovolávající se těchto referencí má zdroje těchto dalších společností k dispozici. V cit. rozsudku je mimo jiné uvedeno: "*Soudní dvůr konstatuje, že směrnice 71/304/EHS a 71/305/EHS mají být interpretovány v tom smyslu, že*

*úřad kompetentní pro rozhodování o žádostech pro registraci podané dominantní právní osobou skupiny má povinnost, tam kde je prokázáno, že tato osoba má k dispozici prostředky, jež patří skupině a které jsou nezbytné pro zhotovení zakázky, brát v úvahu informace o těchto společnostech pro hodnocení vhodnosti právní osoby, což je v souladu s kritérii obsaženými v člancích 23 až 28 směrnice 71/305/EHS."* Tato problematika byla dále rozvedena v rozsudcích C-5/97 Ballast Nedam Groep NV v. Belgie a C-176/98 Holst Italia SpA v. Comune Cagliari.

32. Z výše uvedeného rozsudku Soudního dvora EU je zřejmé, že uchazeč, případně subdodavatel (v případě, kdy uchazeč prokazuje chybějící část kvalifikace subdodavately), je při prokazování kvalifikace oprávněn využít i referenčních zakázek společností, které s ním tvoří stejný koncern, pokud prokáže, že při plnění zakázky bude disponovat zdroji ostatních členů koncernu, a to v rozsahu nezbytném pro zhotovení zakázky. Není tedy nutné předkládat společnou nabídku či využít ostatních členů koncernu jako subdodavatelů podle § 51 odst. 4 zákona. Tento požadavek na prokázání oprávnění disponovat s prostředky společností koncernu poskytuje zadavateli jistotu, že další subjekty podílející se na realizaci zakázky, jejichž reference uchazeč (subdodavatel) využil, se skutečně budou podílet na realizaci veřejné zakázky.
33. S ohledem na koncernové vazby subdodavatele a společností Oracle Nederlands B.V. a Oracle Corporation UK je při prokazování kvalifikace v daném případě nutné zohlednit výše uvedené závěry evropské judikatury a posoudit, zda bylo zadavateli oprávnění subdodavatele disponovat s prostředky dalších koncernových společností skutečně prokázáno. Je tedy nutné posoudit, zda dvě samostatná „prohlášení“ učiněná dne 6. 1. 2012 subdodavatelem a společnostmi Oracle Nederlands B.V. a Oracle Corporation UK (k obsahu těchto prohlášení viz bod 18 odůvodnění) ve spojení s dalšími skutkovými okolnostmi případu, poskytují zadavateli jistotu účasti těchto dalších společností a jejich prostředků na plnění veřejné zakázky.
34. Z obsahu výše uvedených dokumentů je zřejmé, že ačkoliv jsou tyto listiny nazvány „prohlášení“, obsahují vždy závazek jedné strany poskytnout plnění a oprávnění druhé strany toto plnění přijmout a mají tak smluvní povahu s vymezenými smluvními stranami a určeným předmětem plnění. Při posuzování, zda subdodavatel prokázal oprávnění disponovat prostředky dalších členů koncernu, je nutné zohlednit rovněž vzájemné koncernové vazby. Z objasnění informací prokazujících splnění kvalifikaci navrhovatele ze dne 10. 1. 2012, vyjádření subdodavatele ze dne 5. 1. 2012 ve spojení s jednotlivými referenčními listy zahraničních zakázek je navíc zřejmá skutečnost, že subjekty koncernu Oracle jednotlivé zakázky realizují v těsné vzájemné součinnosti.
35. Z předložených dokumentů je patrná vůle obou smluvních stran spolupracovat při realizaci veřejné zakázky a poskytnout si za tímto účelem součinnost. Uvedená prohlášení ve spojení s prohlášením subdodavatele ze dne 2. 3. 2012 a s přihlédnutím ke koncernovým vazbám uvedených společností, které se odráží ve vzájemné spolupráci při realizaci konkrétních zakázek, vyplývá, že subdodavatel prokázal, že je oprávněn disponovat prostředky skupiny nezbytnými pro dokončení veřejné zakázky.
36. Úřad se neztotožňuje s názorem zadavatele, že by formulace „*přesný způsob využití uvedených prostředků bude řešen na základě vnitřních korporátních předpisů a procesů*“

*platících pro holding Oracle“* obsažená ve společných prohlášeních subdodavatele a dalších členů koncernu, jakkoli „relativizovala“ daný závazek poskytnout prostředky k realizaci zakázky. V dané fázi zadávacího řízení není nezbytné, aby smlouva obsahovala veškerá detailní smluvní ujednání; obecně jsou v situacích, kdy dodavatel prokazuje chybějící část kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, přijímány např. smlouvy o smlouvě budoucí neobsahující veškerá smluvní ujednání budoucí realizační smlouvy. Sám subdodavatel ve svém prohlášení ze dne 2. 3. 2012 dává jasně najevo, že detailní smlouvy na realizaci veřejné zakázky s dalšími členy koncernu uzavře až v případě získání veřejné zakázky.

37. Rovněž nelze přisvědčit argumentaci zadavatele, že předložené dokumenty nesplňují požadavky kladené na smlouvu v § 51 odst. 4 zákona, když společná prohlášení nestanoví, jakou část referencí každý ze zúčastněných subjektů plnil, ani kterou část zakázky, odpovídající rozsahu, v jakém byla kvalifikace prostřednictvím jednotlivých subjektů prokazována, budou tyto subjekty plnit. Jak již Úřad uvedl výše, chybějící část kvalifikace navrhovatel v daném případě prokazuje pouze prostřednictvím subdodavatele, který však vystupuje jako „nositel“ referenčních zakázek společností koncernu. Jestliže tedy subdodavatel smlouvou prokazuje oprávnění disponovat prostředky těchto osob, nemusí taková smlouva splňovat požadavky kladené § 51 odst. 4 zákona na smlouvy se subdodavatelem, jehož prostřednictvím zadavatel prokazuje chybějící část kvalifikace.
38. Na těchto závěrech nemůže nic změnit skutečnost, že doklady, předložené navrhovatelem v reakci na objasnění informací, kterými subdodavatel osvědčil oprávnění disponovat prostředky zahraničních společností, byly předložené a datované až po lhůtě pro podání nabídek. Vzhledem k tomu, že § 52 odst. 1 zákona vylučuje v případě postupu zadavatele podle § 59 odst. 4 zákona užití § 52 odst. 1 zákona, stanoví povinnost prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání nabídek, je uchazeč, kterého zadavatel podle § 59 odst. 4 zákona vyzve, aby objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace, oprávněn prokázat splnění kvalifikace v přiměřené lhůtě stanovené zadavatelem. Jelikož zákon v tomto případě uchazeči umožňuje splnění kvalifikace prokazovat i po uplynutí lhůty pro podání nabídek, není vyloučeno, aby tak učinil předložením dokladů vyhotovených po jejím uplynutí, za předpokladu, že k tomu dojde v přiměřené lhůtě stanovené zadavatelem.
39. Na daný případ rovněž nelze vztáhnout závěry učiněné v rozhodnutí Úřadu č. j. S130/2009/VZ-11951/2009/530/RPá. V daném případě Úřad posuzoval situaci, kdy se navrhovatel dovolával uznání reference jiné společnosti, která byla z 50 % v jeho vlastnictví. Úřad konstatoval, že danou referenci nelze navrhovateli přiznat, neboť nepředložil smlouvu s danou společností, která by odpovídala požadavkům § 51 odst. 4 zákona. V uvedeném případě tedy nešlo o společnosti, které jsou součástí holdingu, a navrhovatel navíc nepředložil jakýkoli doklad o oprávnění disponovat prostředky dané společnosti.
40. Zadavatel dále argumentuje tím, že na daný případ nelze aplikovat rozhodnutí ESD C-389/92, neboť v tomto judikátu byla posuzována situace, kdy holdingová společnost prokazovala kvalifikaci prostřednictvím společností dceřiných a šlo tedy o odlišný řetězec právních vztahů než v případě posuzovaném. K tomu Úřad uvádí, že Soudní dvůr EU ve svém dalším rozsudku C-176/98 judikoval, že závěry učiněné v rozsudku C-389/92 jsou analogicky aplikovatelné bez ohledu na právní vztahy členů dané skupiny, za předpokladu, že je prokázáno oprávnění disponovat s prostředky ostatních členů skupiny. Není tedy významné, zda se referencí

dalších členů holdingu dovolává holdingová společnost (mateřská společnost), či jedna z dceřiných společností.

41. Z pohledu závěrů Úřadu učiněných v tomto rozhodnutí není rovněž relevantní argumentace zadavatele odkazující na rozhodnutí Úřadu č. j. S181/2010/VZ-17712/2010/520/JHL. Závěry daného rozhodnutí nejsou na posuzovaný případ aplikovatelné, neboť zadavatel se jím snažil vyvrátit tvrzení navrhovatele o tom, že v důsledku přímé účasti subdodavatele na zakázkách realizovaných dalšími členy holdingu, lze tyto zakázky považovat za částečně provedené přímo subdodavatelem. Úřad však jasně konstatoval, že zásadní je v daném případě zjištění, že subdodavatel mohl využít referencí ostatních společností koncernu a nikoli otázka, jestli byl subdodavatel oprávněn dané reference použít z důvodu jejich přímé realizace.
42. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 zákona tím, že navrhovatele z důvodu nesplnění kvalifikace vyloučil z účasti v zadávacím řízení, ačkoliv navrhovatel kvalifikaci v požadovaném rozsahu splnil, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (nelze totiž vyloučit skutečnost, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohlo být výsledné pořadí nabídek jiné), a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **Uložení nápravného opatření**

43. Podle § 118 odst. 1 zákona Úřad uloží nápravné opatření tím, že zruší zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, jinak řízení zastaví.
44. Úřad v průběhu správního řízení zjistil, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 zákona tím, že navrhovatele z důvodu nesplnění kvalifikace vyloučil, ačkoliv navrhovatel kvalifikaci v požadovaném rozsahu splnil, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
45. Jelikož zadavatel pochybil při vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, není v daném případě možno nápravy dosáhnout jinak než zrušením úkonu zadavatele spočívajícím ve vyloučení navrhovatele z účasti v předmětném zadávacím řízení a všech dalších úkonů učiněných zadavatelem v zadávacím řízení. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

#### **Náklady řízení**

46. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000 Kč.
47. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím byl zrušen jednotlivý úkon zadavatele, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2012000185.

## 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:**

Česká republika – Český úřad zeměměřičský a katastrální, Pod sídlištěm 9/1800, 182 11 Praha 8  
Mgr. Michal Trkal, advokát, Matoušova 515/12, 150 00 Praha 5

**Vypraveno dne:**

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