Nabylo právní moci dne 19.12. 2009

R O Z H O D N U T Í

UOHSX001FQ48

Č. j. ÚOHS-S252/2009/VZ-13680/2009/520/ABr V Brně dne 2. prosince 2009

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 18.9.2009 na návrh ze dne 16.9.2009, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Povodí Ohře, státní podnik, IČ 70889988, Bezručova 4219, 430 03 Chomutov, za něhož jedná Ing. Jiří Nedoma, generální ředitel,
- navrhovatel – JHP spol. s r. o., IČ 45798290, Ústřední 60, 102 00 Praha, za niž jedná Ing. Jiří Dynka, jednatel,

vybraný uchazeč
- společnost YSSEN – spol. s r. o., IČ 44566565, Litvínov, areál s. p. DHL, 434 14 Litvínov, za niž jedná Ing. Vladimír Serdula, jednatel, a
- společnost Energie – stavební a báňská, a. s., IČ 45146802, Vašíčkova 3081, 272 04 Kladno, za niž jedná Ing. Zdeněk Osner, CSc., předseda představenstva,

které podaly společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 28.7.2009,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Jez Ohře Tuhnice, Ohře, ř. km 178,32 - rekonstrukce“ zadávané podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 17.7.2009 pod ev. č. 60033727,

rozhodl takto:

I.

Správní řízení se podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zastavuje.

II.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 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, zadavatel není povinen hradit náklady řízení.

Odůvodnění

Povodí Ohře, státní podnik, IČ 70889988, Bezručova 4219, 430 03 Chomutov, za něhož jedná Ing. Jiří Nedoma, generální ředitel (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 17.7.2009 pod evidenčním číslem 60033727 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Jez Ohře Tuhnice, Ohře, ř. km 178,32 - rekonstrukce“ (dále jen „veřejná zakázka“).

Zadavatel vymezil v oznámení zadávacího řízení a dále podrobně v zadávací dokumentaci bodě 6. požadavky na prokázání kvalifikace uchazeče v podbodu 6.2 tak, že požadoval, aby uchazeč prokázal profesní kvalifikační předpoklady podle § 54 písm. d), a to odbornou způsobilost – osvědčení o autorizaci podle zákona 360/1992 Sb. v oboru vodohospodářské stavby u osob odpovědných za vedení stavby ve stejnopisu nebo ověřené kopii + příloha (prohlášení, že autorizovaná osoba je zaměstnancem uchazeče nebo prohlášení autorizované osoby o budoucí spolupráci na zakázce v originále nebo v ověřené kopii).

Kritériem pro zadání veřejné zakázky byla nejnižší nabídková cena.

Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 5.8.2009 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel 14 nabídek.

Z protokolu č. 1 o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 24.8.2009 vyplývá, že 3 uchazeči, mezi nimi i navrhovatel JHP spol. s r. o., IČ 45798290, Ústřední 60, 102 00 Praha, za niž jedná Ing. Jiří Dynka, jednatel (dále jen „JHP“), nesplnili kvalifikační předpoklady stanovené zadavatelem. Dále hodnotící komise dospěla k závěru, že uchazeč NOWASTAV akciová společnost, IČ 00565679, Malešická 49, 130 00 Praha 3 (dále jen „NOWASTAV“), předložil nabídku s mimořádně nízkou cenou. Dopisem ze dne 24.8.2009 požádal zadavatel jmenovaného uchazeče o zdůvodnění jeho mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 77 zákona.

Dopisy ze dne 26.8.2009 oznámil zadavatel třem uchazečům, mezi nimi i navrhovateli JHP vyloučení ze zadávacího řízení z důvodů neprokázání splnění kvalifikačních předpokladů stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci. Důvodem vyloučení uchazeče JHP bylo, že v nabídce doložil prohlášení subdodavatele, že autorizovaná osoba je zaměstnancem subdodavatele, ačkoliv bylo požadováno prohlášení, že autorizovaná osoba je zaměstnancem uchazeče nebo prohlášení autorizované osoby o budoucí spolupráci na zakázce.

Podle protokolu č. 2 o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 28.8.2009 hodnotící komise posoudila zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny předložené uchazečem

NOWASTAV jako opodstatněné a následně podle zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 15.9.2009 vyhodnotila jako nejvhodnější nabídku uchazeče NOWASTAV.

Zadavatel se zčásti s posouzením a hodnocením nabídek provedeným hodnotící komisí neztotožnil. Dne 17.9.2009 rozhodl, že provede nové posouzení a hodnocení nabídek sám. Dopisem ze dne 21.9.2009 oznámil zadavatel uchazeči NOWASTAV vyloučení z důvodů mimořádně nízké ceny, přičemž podle zdůvodnění zadavatele uchazeč NOWASTAV podstatně změnil rozkladovou skladbu jednotlivých položek, a to jak věcnou, tak časovou. Zadavatel posoudil zdůvodnění mimořádně nízké ceny jako neopodstatněné. Uchazeč NOWASTAV námitku proti svému vyloučení ze zadávacího řízení nepodal.

Podle nové zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 18.9.2009 zadavatel vybral jako nejvhodnější nabídku uchazeče – účastníků sdružení, společnosti YSSEN – spol. s r. o., IČ 44566565, Litvínov, areál s. p. DHL, 434 14 Litvínov, za niž jedná Ing. Vladimír Serdula, jednatel (dále jen „YSSEN“), a společnosti Energie – stavební a báňská, a. s., IČ 45146802, Vašíčkova 3081, 272 04 Kladno, za niž jedná Ing. Zdeněk Osner, CSc., předseda představenstva (dále jen „Energie“), které podaly v předmětné veřejné zakázce společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 28.7.2009. Dopisy ze dne 21.9.2009 zadavatel oznámil ostatním uchazečům, kteří nebyli vyloučeni, výběr nejvhodnější nabídky uchazečů YSSEN a Energie.

Proti rozhodnutí zadavatele ze dne 26.8.2009 o vyloučení uchazeče JHP, které jmenovaný uchazeč obdržel dne 27.8.2009, podal uchazeč JHP dopisem ze dne 28.8.2009 námitky, které zadavatel obdržel dne 3.9.2009, a kterým po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl rozhodnutím ze dne 4.9.2009, které uchazeč JHP obdržel dne 8.9.2009. Vzhledem k tomu, že uchazeč JHP nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 16.9.2009 návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

Úřad obdržel návrh dne 18.9.2009 a tímto dnem bylo podle zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel návrh téhož dne.

V návrhu uchazeč JHP uvedl, že zadavatel odůvodnil vyloučení ze zadávacího řízení tím, že v nabídce bylo doloženo prohlášení subdodavatele, že autorizovaná osoba je zaměstnancem subdodavatele, ačkoliv bylo požadováno, že autorizovaná osoba je zaměstnancem uchazeče nebo prohlášení autorizované osoby o budoucí spolupráci na zakázce, což doloženo nebylo. Uchazeč zastává názor, že při prokázání kvalifikace prostřednictvím subdodavatele podle § 54 odst. 4 zákona, kdy předložil smlouvu o budoucí smlouvě na zemní práce, případně další plnění alespoň v rozsahu, v jakém budoucí zhotovitel (subdodavatel) prokazuje splnění kvalifikace budoucího objednatele (JHP) a prohlášení subdodavatele Dálniční stavby Praha, a. s., že autorizovaná osoba, jejíž osvědčení o autorizaci pro stavby vodního hospodářství doložil, je zaměstnancem subdodavatele, splnil kvalifikaci podle zadávací dokumentace. Uchazeč JHP proto navrhuje, aby Úřad rozhodnutí o jeho vyloučení ze zadávacího řízení zrušil a provedl nové posouzení a hodnocení nabídek.

K návrhu JHP se vyjádřil zadavatel dopisem ze dne 23.9.2009, ve kterém uvádí, že v rámci podmínek zadání předmětné veřejné zakázky bylo v bodu 6. požadavků na prokázání kvalifikace uchazeče v podbodu 6.2 požadováno, aby uchazeč prokázal profesní kvalifikační předpoklady podle § 54 písm. d), tj. odbornou způsobilost - osvědčení o autorizaci podle zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání

autorizovaných inženýrů a techniků ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů, v oboru vodohospodářské stavby u osob odpovědných za vedení stavby ve stejnopisu nebo ověřené kopii + příloha (prohlášení, že autorizovaná osoba je zaměstnancem uchazeče nebo prohlášení autorizované osoby o budoucí spolupráci na zakázce v originále nebo v ověřené kopii. Splnění uvedené podmínky navrhovatel prokazoval smlouvou o budoucí smlouvě se subdodavatelem a prohlášením tohoto subdodavatele, že autorizovaná osoba je jeho zaměstnancem. Odkaz navrhovatele na ustanovení § 51 odst. 4 zákona vztahující se na oprávnění dodavatele prokázat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele se na daný případ nedá aplikovat, protože doložení odborné způsobilosti podle zákona o autorizaci je nutné prokázat osobním závazkem autorizované osoby. Zadavatel proto trvá na svém rozhodnutí o vyloučení uchazeče z další účasti na veřejné zakázce.

Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- navrhovatel – JHP,
- vybraný uchazeč YSSEN a Energie.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S252/2009/VZ-12986/2009/520/ABr ze dne 8.10.2009.

Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S252/2009/VZ-13101/2009/520/ABr ze dne 8.10.2009 stanovil uchazeči ISSEN a Energie podle § 39 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), v návaznosti na § 35 odst. 1 správního řádu lhůtu k provedení úkonu – určení společného zmocněnce pro účely usnadnění průběhu tohoto správního řízení. Tímtéž usnesením Úřad účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které jsou podle § 36 odst. 1 správního řádu, oprávněni navrhovat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 citovaného zákona v návaznosti na § 39 odst. 1 téhož zákona oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se podle § 36 odst. 3 správního řádu mohou vyjádřit k podkladu rozhodnutí.

K zahájení řízení se ve lhůtě stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S252/2009/VZ-13101/2009/520/ABr ze dne 8.10.2009 ani později žádný z účastníků správního řízení nevyjádřil. Účastníci sdružení společnosti YSSEN a Energie pouze dopisem ze dne 22.10.2009 určily společného zmocněnce pro účely usnadnění průběhu předmětného správního řízení, kterým je společnost YSSEN.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech souvislostech a po zhodnocení všech podkladů a vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zastavení řízení. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Zadavatel vymezil v oznámení zadávacího řízení a dále podrobně v zadávací dokumentaci v bodě 6. požadavky na prokázání kvalifikace uchazeče (viz výše strana 2 tohoto rozhodnutí).

Úřad z dokumentace o veřejné zakázce zjistil, že uchazeč JHP ve své nabídce předložil osvědčení o autorizaci pro stavby vodního hospodářství a krajinného inženýrství Ing. Jiřího Beneše, smlouvu o budoucí smlouvě se subdodavatelem Dálniční stavby Praha,

a. s. a prohlášení tohoto subdodavatele, že výše uvedená autorizovaná osoba je jeho zaměstnancem.

Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při zadávání veřejných zakázek dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Podle § 51 odst. 4 zákona pokud dodavatel není schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit 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. Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a) zákona.

Podle § 60 odst. 1 zákona dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.

Splnění profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 písm. d) zákona prokáže dodavatel, který předloží doklad osvědčující odbornou způsobilost dodavatele nebo osoby, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje, je-li pro plnění veřejné zakázky nezbytná podle zvláštních právních předpisů. Jedním z těchto zvláštních předpisů je i zákon č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů.

Tento zákon v ustanovení § 14 odst. 1 uvádí, že autorizované osoby vykonávají činnosti, pro které jim byla udělena autorizace, jako

a) svobodní architekti nebo svobodní inženýři vykonávající činnost podle tohoto zákona,
b) osoby vykonávající činnost podle živnostenského zákona,
c) zaměstnanci v pracovním poměru, služebním, členském nebo jiném obdobném poměru,
d) společníci veřejné obchodní společnosti.

Na základě výše uvedeného Úřad uvádí, že jestliže zákon č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků ve výstavbě, připouští, aby autorizované osoby vykonávali činnost podle tohoto zákona výše uvedenými čtyřmi způsoby, nelze připustit, aby zadavatel při posouzení kvalifikace uchazečů, kteří dokládají kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele, který má autorizovanou osobu v pracovním poměru, preferoval ty uchazeče, kteří jsou s autorizovanou osobou v jiném než zaměstnaneckém smluvním vztahu, např. svobodní inženýři, osoby vykonávající činnost podle živnostenského zákona, společníci veřejné obchodní společnosti a uchazeče z důvodu předložení osvědčení o autorizaci zaměstnance vyloučil.

Úřad tedy konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení podle § 60 odst. 1 zákona, když vyloučil z účasti v zadávacím řízení uchazeče JHP, který prokázal splnění kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. d) zákona, neboť ve své nabídce předložil osvědčení o autorizaci pro stavby vodního hospodářství a krajinného inženýrství

Ing. Jiřího Beneše – zaměstnance subdodavatele Dálniční stavby Praha, a. s. – a smlouvu o budoucí smlouvě se subdodavatelem a prohlášení tohoto subdodavatele, že výše uvedená autorizovaná osoba je jeho zaměstnancem.

Podle § 118 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad uloží nápravné opatření tím, že zruší zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, jinak řízení zastaví.

Úřad tedy zkoumal, zda porušení zákona, kterého se zadavatel dopustil, podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel zvolil pro výběr nejvhodnější nabídky základní hodnotící kritérium, a to nejnižší nabídkovou cenu. Z nové zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 18.9.2009 vyplývá, že nabídkové ceny uchazečů se pohybovaly v rozmezí od 17 028 796,- Kč do 21 281 348,- Kč bez DPH. Nabídková cena uchazeče JHP činila 20 853 076,- Kč bez DPH a v případě hodnocení této nabídky by se tato umístila podle výše nabídkové ceny až na osmém místě.

Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil až při posouzení kvalifikace uchazeče JHP, a že se jednalo o nabídku, která by se při hodnocení nabídek podle výše nabídkové ceny umístila na osmém místě, Úřad dospěl k závěru, že toto pochybení neovlivnilo výběr nejvhodnější nabídky.

Součástí rozhodnutí Úřadu podle § 119 zákona je též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí právní předpis. Podle § 1 vyhlášky 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen uhradit náklady řízení o přezkoumání úkonů zadavatele paušální částkou v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele. Protože Úřad správní řízení zastavil, nevznikla zadavateli ani povinnost hradit náklady řízení.

Úřad sice v šetřeném případě shledal v postupu zadavatele při vyloučení uchazeče JHP porušení zákona, avšak vzhledem k tomu, že tento postup neovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl o zastavení správního řízení, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

otisk
úředního razítka

Obdrží:
Povodí Ohře, státní podnik, IČ 70889988, Bezručova 4219, 430 03 Chomutov
JHP spol. s r. o., IČ 45798290, Ústřední 60, 102 00 Praha
YSSEN – spol. s r. o., IČ 44566565, Litvínov, areál s. p. DHL, 434 14 Litvínov

Na vědomí:
Energie – stavební a báňská, a. s., IČ 45146802, Vašíčkova 3081, 272 04 Kladno

Vypraveno dne: viz otisk úředního razítka na poštovní obálce, resp. 2.12.2009 v případě datové zprávy