UOHSX002X3RJ

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R77/2010/VZ-12680/2010/310/JSl V Brně dne: 31. srpna 2010

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 7. 6. 2010 podaném navrhovatelem –

- společností **AWT Rekultivace, a.s.**, IČ 47676175, se sídlem Dělnická 41/884, 735 64 Havířov - Prostřední Suchá (do 30. 4. 2010 podnikající pod obchodní firmou OKD, Rekultivace, a.s.), za niž jednají Ing. Andrzej Santarius, předseda představenstva, a Ing. Bohumil Bonczek, člen představenstva, ve správním řízení zast. na základě pověření ze dne 1. 1. 2010 Ing. Andrzejem Santariem, předsedou představenstva,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S65/2010/VZ-4397/2010/540/VKu ze dne 26. 5. 2010, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **města Chropyně**, IČ 00287245, se sídlem nám. Svobody 29, 768 11 Chropyně, zast. Ing. Radovanem Macháčkem, starostou, učiněných při zadávání veřejné zakázky **„Chropyně, skládka Smeťák - rekultivace skládky**“ zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 27. 11. 2009 pod ev. č. 60038997, ve kterém je dalším účastníkem vybraný uchazeč –

- společnost **HOCHTIEF CZ a.s.**, IČ 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha, za niž jednají Ing. Tomáš Bílek, předseda představenstva, a Ing. František Kubát, člen představenstva

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) 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-S65/2010/VZ-4397/2010/540/VKu ze dne 26. 5. 2010

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel - město Chropyně, IČ 00287245, se sídlem nám. Svobody 29, 768 11 Chropyně, (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 27.11.2009 pod evidenčním číslem 60038997 oznámení o veřejné zakázce „Chropyně, skládka Smeťák - rekultivace skládky“ (dále jen „veřejná zakázka“). Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

2. Ve stanovené lhůtě obdržel zadavatel 9 nabídek, které vyhověly kontrole úplnosti dle ust. § 71 odst. 8 zákona. Podle protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 22. 12. 2009 hodnotící komise vyřadila nabídku jednoho z uchazečů pro nesplnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu. Hodnotící komise následně posoudila výši nabídkových cen a požádala uchazeče AWD Rekultivace, a.s., IČ 47676175, se sídlem Dělnická 41/884, 735 64 Havířov – Prostřední Suchá (dále jen „navrhovatel“), uchazeče Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha (dále jen „Skanska“), a uchazeče – společnosti Stavební společnost Jaroslav Oršuliak, a. s., IČ 25028316, se sídlem Okounov 65, 431 51 Klášterec nad Ohří a H - REKULTIVACE, a. s., IČ 25032739, se sídlem Karlovarská 5329, 430 01 Chomutov, které dne 10. 12. 2009 uzavřely smlouvu o sdružení za účelem společného podání nabídky na realizaci veřejné zakázky (dále jen „sdružení Oršuliak“) o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, a to dopisy ze dne 23. 12. 2009 v

části ocenění položek „SO02 - 18 Povrchové úpravy terénu“ a „SO02 - 99 Staveništní přesun hmot“, navrhovatele a sdružení Oršuliak požádala dále o zdůvodnění ocenění položky „SO02 - 1 Zemní práce“.

3. Podle protokolu o druhém jednání hodnotící komise a zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 1. 2010 ani jeden z oslovených uchazečů neposkytl dle názoru hodnotící komise opodstatněné zdůvodnění daných položek. Hodnotící komise proto nabídky všech tří uchazečů z účasti v zadávacím řízení vyřadila. Poté provedla hodnocení zbývajících nabídek dle kritérií stanovených v zadávací dokumentaci, dle kterého se první v pořadí umístila nabídka uchazeče HOCHTIEF CZ a.s., IČ 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha, (dále jen „vybraný uchazeč“). O vyloučení navrhovatele, uchazeče Skanska a sdružení Oršuliak zadavatel rozhodl v souladu se závěry hodnotící komise dne 10. 2. 2010. O výběru nejvhodnější nabídky na podkladě závěrů hodnotící komise zadavatel rozhodl dne 10. 2. 2010.

4. Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení podali navrhovatel a sdružení Oršuliak námitky, kterým zadavatel po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl. Navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, a proto podal u Úřadu dopisem ze dne 26. 2. 2010 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad obdržel návrh dne 1. 3. 2010 a tímto dnem bylo správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeno. V oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S65/2010/VZ-3361/2010/540/VKu ze dne 10. 3. 2010 Úřad označil za účastníky správního řízení zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče.

II. Napadené rozhodnutí

5. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a dne 26. 5. 2010 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S65/2010/VZ-4397/2010/540/VKu (dále jen "napadené rozhodnutí"), v jehož výroku I. rozhodl o zastavení správního řízení podle ust. § 118 zákona. Výrokem II. Úřad rozhodl, že zadavatel není povinen hradit náklady správního řízení.

6. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad po uvedení všech relevantních zákonných ustanovení k institutu mimořádně nízké nabídkové ceny konstatoval, že předmět veřejné zakázky byl zadavatelem podrobně vymezen v zadávací dokumentaci, a to zejména v části technické specifikace zakázky – projektové dokumentaci a výkazu výměr. V čl. 1 zadávací dokumentace pak zadavatel stanovil, že uchazeč zabezpečí stavební práce v celém rozsahu zadávací dokumentace. V rámci požadavků na způsob zpracování nabídkové ceny obsažených v čl. 3 zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že uchazeči předloží nabídkovou cenu zpracovanou v souladu se zadávací dokumentací, po položkách v souladu s výkazem výměr. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena ve výši 53 760 000 Kč bez DPH, přičemž nabídkové ceny uchazečů, u nichž nebyla konstatována mimořádně nízká nabídková cena, se pohybovaly v rozmezí 46 982 509 Kč bez DPH až 53 673 967 Kč bez DPH. Nabídková cena navrhovatele, který byl vyloučen z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny, byla ve výši 18 992 763 Kč bez DPH.

7. Navrhovatel ve svém zdůvodnění nabídkové ceny odkázal na dlouhodobé zkušenosti, materiální i personální zázemí a nové technologie a poznatky, přičemž dále sdělil, že neposkytuje informace týkající se kalkulace a rozborů svých nabídek. Odkázal na právě probíhající realizaci obdobných veřejných zakázek ve svém regionu, v nichž rovněž nabídl nižší ceny, než byly projektované.

8. U položky SO02 – 1 Zemní práce navrhovatel uvedl, že jeho ceny vycházejí z dlouholetých zkušeností a poznatků, jako velkoodběratel má pak možnost využít výrazně nižší ceny při nákupu materiálu. K bodu SO02 – 18 Povrchové úpravy terénu je u položek č. 8 až 12 cena za přepravu a manipulaci s materiálem nižší vlivem plánovaného použití vlastní mechanizace a vlastních dopravních prostředků a u položek č. 13 až 18 je cena garantována subdodavatelem, K bodu SO02 – 99 Staveništní přesun hmot pak podle navrhovatele při jím zamýšlené návaznosti prováděných prací nejsou nezbytné opakované přesuny veškerých materiálů uvedených ve výkazu výměr. Vzhledem k tomu, že výkaz výměr je závazný, je jednotková cena stanovena tak, aby pokryla náklady na práce při přesunech materiálu v místě stavby.

9. K tomu Úřad uvedl, že pojem mimořádně nízké nabídkové ceny není v zákoně jasně definován a jako neurčitý právní pojem vyžaduje další interpretaci. V šetřeném případě hodnotící komise navrhovateli konkrétně sdělila, u jakých položek požaduje zdůvodnění nabídkové ceny. Bylo tedy na něm, aby ve stanovené lhůtě předložil relevantní zdůvodnění vztahující se k těmto položkám. Důkazní břemeno nese v tomto případě navrhovatel, který musí hodnotící komisi přesvědčit o tom, že jeho nabídková cena je reálná a předmět veřejné zakázky je možné za tuto cenu realizovat v souladu s podmínkami zadání. Zákon v této souvislosti v ust. § 77 odst. 2 uvádí výčet možných objektivních příčin, které může hodnotící komise při odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vzít v úvahu, avšak vzhledem k tomu, že tento výčet je svou povahou demonstrativní, je možné uvést i další v zákoně neuvedené okolnosti, které ve vztahu ke konkrétnímu případu dokazují reálnost nabídkové ceny. Navrhovatel však ve svém zdůvodnění pouze obecně odkazuje na vlastní zázemí, nové poznatky a technologie a ceny garantované subdodavateli. Svá tvrzení však nedokládá žádnými důkazy, kterými by mohly v tomto případě být např. konkrétní kalkulace prováděných prací nebo nabídky subdodavatelů, naopak výslovně sděluje, že odmítá poskytnout informace týkající se kalkulací a rozborů nabídek.

10. U položky SO02 – 99 Staveništní přesun hmot navrhovatel uvádí, že cena 72 052,41 Kč, tj. 3,30 Kč/t bez DPH byla kalkulována s tím, že navrhovatel neplánuje provádět opakované přesuny veškerých materiálů uvedených ve výkazu výměr, které nejsou dle jeho názoru při plnění veřejné zakázky nezbytné. Z této skutečnosti však podle Úřadu vyplývá, že navrhovatel neocenil zadavatelem požadovaný přesun 21 834,06 t hmot, ale pouze přesun menšího blíže neurčeného množství materiálu, o němž je přesvědčen, že bude reálně přesunován. Proto Úřad konstatoval, že nabídka navrhovatele mohla být v šetřeném případě vyřazena a navrhovatel následně vyloučen i z důvodu nesplnění podmínek zadání, neboť jestliže navrhovatel ve své nabídce neuvedl cenu za přesun celého požadovaného objemu materiálu, nesplnil tím zadávací podmínky a předložil nabídku, která není porovnatelná

s ostatními nabídkami, v nichž uchazeči ocenili celé množství dle stanoveného výkazu výměr. Přestože se navrhovatel domnívá, že ve skutečnosti bude nutné přesunout pouze část materiálu, měl ocenit v souladu s požadavky zadavatele celé množství. K ostatním obdobným zakázkám realizovaným navrhovatelem Úřad pro úplnost uvedl, že se jedná o stavební práce, které se dle sdělení navrhovatele teprve realizují a není tak v jejich případě možné jednoznačně vyloučit navýšení nabídkové ceny v průběhu plnění, tento argument tedy není relevantní.

11. Úřad proto konstatoval, že navrhovatel nepředložil relevantní zdůvodnění výše nabídkové ceny, které by prokázalo, že je schopen veřejnou zakázku za nabídkovou cenu řádně a včas realizovat. Na základě obecných prohlášení navrhovatele nemohla hodnotící komise objektivně získat jistotu, že jeho nabídková cena je reálná a požadované plnění je za tuto cenu v praxi proveditelné. Navrhovatel dle Úřadu neprokázal, že je schopen požadované plnění za mimořádně nízkou nabídkovou cenu poskytnout, naopak z jeho zdůvodnění vyplývá, že v rozporu s podmínkami zadání neocenil veškeré požadované plnění a jeho nabídka tedy musela být ze zadávacího řízení vyřazena. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavřel, že v postupu hodnotící komise a zadavatele neshledal porušení ust. § 77 odst. 1 a 6 zákona.

12. V části návrhu týkající se namítané nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ze dne 10. 2. 2010 Úřad uvedl, že tyto skutečnosti dále nepřezkoumával, neboť dospěl k závěru, že vyloučení navrhovatele bylo učiněno v souladu se zákonem a případný nezákonný postup zadavatele spočívající v nedostatečném odůvodnění rozhodnutí by tedy žádným způsobem neovlivnil a ani nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky

III. Námitky rozkladu

13. V podaném rozkladu navrhovatel namítá, že se Úřad dostatečně nezabýval obsahem jeho zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, a to konkrétně argumentem, že nabídková cena je reálná a nikoliv nepřiměřeně nízká, neboť za srovnatelnou cenu realizuje v jiných lokalitách srovnatelné zakázky. Konstatování Úřadu, že u dosud neukončených realizací veřejných zakázek není vyloučeno navýšení konečné ceny, považuje navrhovatel za ničím nepodložené.

14. Navrhovatel dále namítá vadu napadeného rozhodnutí, když správní řízení bylo zastaveno podle ust. § 118 zákona, ačkoliv dané ustanovení se týká nápravných opatření a neplatnosti smluv. Zastavení řízení je možné pouze podle ust. § 117a zákona, které by však na šetřený případ nemohlo být aplikováno. S ohledem na výše uvedené navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

15. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S65/2010/VZ-9433/2010/540/VKu ze dne 28. 6. 2010 ostatním účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu, ve stanovené lhůtě ani po jejím uplynutí však žádné vyjádření neobdržel.

16. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "správní řád") a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

17. 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 s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

18. Úřad svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S65/2010/VZ-4397/2010/540/VKu ze dne 26. 5. 2010 rozhodl podle ust. § 118 zákona o zastavení správního řízení správně a v souladu se zákonem. Stejně tak je správné rozhodnutí Úřadu o tom, že zadavatel není povinen hradit náklady řízení. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

19. Předně uvádím, že jsem se v plné míře ztotožnil i s odůvodněním napadeného rozhodnutí, neboť ani podaný rozklad neobsahuje žádné nové skutečnosti nad vznesené námitky a stanoviska vyjádřená již v rámci prvostupňového správního řízení. Nad rámec jeho odůvodnění však považuji za vhodné uvést následující.

20. Zásadní otázkou pro ověření správnosti napadeného rozhodnutí je posouzení institutu mimořádně nízké nabídkové ceny ve vztahu k nabídce předložené navrhovatelem na realizaci šetřené veřejné zakázky. K tomu uvádím, že jak na posouzení věci zadavatelem, tak i na závěru učiněném Úřadem v napadeném rozhodnutí nespatřuji žádnou nesprávnost, která by mohla mít za následek konstatování neoprávněného vyřazení nabídky a vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Jestliže zadavatel správně konstatoval podezření z mimořádně nízké nabídkové ceny u nabídky navrhovatele – o čemž svědčí mj. i porovnání s ostatními nabídnutými cenami – byl také oprávněn vyzvat navrhovatele zákonem stanoveným procesním postupem k jejímu vysvětlení, což učinil včetně přesné specifikace konkrétních položek rozpočtu, u kterých mu podezření týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny vzniklo. Zadavatel tedy v první fázi jednal naprosto podle dikce předepsané ust. § 77 odst. 1 zákona. Souhlasně s Úřadem potom uvádím, že bylo zcela v dispozici navrhovatele, aby vysvětlil svoji nabídkovou cenu a její součásti v takových detailech, aby zadavatele přesvědčil o její opodstatněnosti a reálnosti. Pokud však navrhovatel s poukazem na ochranu svého obchodního tajemství (konkrétně *know-how*) zadavateli odepřel bližší zdůvodnění obsahující kalkulaci požadovaných částí nabídkové ceny, přičemž současně

připustil, že u položky "SO02 – 99 Staveništní přesun hmot" neocenil celé zadavatelem požadované množství, byl postup zadavatele spočívající v aplikaci ust. § 77 odst. 6 zákona, tedy posouzení zdůvodnění předloženého navrhovatelem jako neopodstatněného, rovněž zcela v souladu se zákonem.

21. Na tomto místě taktéž považuji za vhodné akcentovat závěr Úřadu vyslovený v napadeném rozhodnutí, podle nějž by jinak bylo možné vyřadit nabídku navrhovatele a následně jej vyloučit ze zadávacího řízení i pro obecné nesplnění zadávacích podmínek podle ust. § 76 odst. 1 věty druhé, neboť jím předložená nabídka nebyla v části přesunu staveništních hmot oceněna v celém rozsahu požadovaném zadavatelem v zadávací dokumentaci. Nesplnění zadávacích podmínek v tomto případě tkví v podání nabídky neporovnatelné s ostatními nabídkami, jelikož neobsahovala všechny zadavatelem stanovené položky. Neuspěje zde ani opakovaná rozkladová námitka navrhovatele odkazující na obdobnou praxi v případě jiných, jím realizovaných – avšak dosud neukončených – zakázek, neboť u těchto skutečně není známa konečná cena za realizaci včetně případných víceprací a dalších dodatečných nákladů, tudíž ani před Úřadem, ani v řízení o rozkladu nemohly obstát jako relevantní podklad pro rozhodnutí. Rozhořčení navrhovatele nad – podle něj – dehonestujícím charakterem některých závěrů Úřadu potom není ve správním řízení na místě a v rámci objektivity a nestrannosti správního orgánu proto nemůže tvrzená dobrá pověst navrhovatele nalézt odraz ani v jeho rozhodovací činnosti.

22. K námitce navrhovatele ohledně nesprávného procesního postupu Úřadu při zastavení správního řízení podle ust. § 118 zákona uvádím, že šetřené zadávací řízení bylo zahájeno uveřejněním oznámení o zahájení zadávacího řízení v informačním systému o veřejných zakázkách dne 27. 11. 2009. Správní řízení bylo zahájeno dne 1. 3. 2010 na návrh ze dne 26. 2. 2010. S ohledem na znění přechodných ustanovení obsažených v § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle nichž se řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, která byla zahájena po nabytí účinnosti tohoto zákona a která navazují na zadávání veřejných zakázek zahájených přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí podle dosavadních právních předpisů, konstatuji, že v daném případě postupoval Úřad správně podle zákona ve znění účinném do 31. 12. 2009, tedy ve znění před novelou č. 417/2009 Sb. Konstatuji proto, že z uvedeného důvodu bylo správní řízení oprávněně zastaveno podle ust. § 118 zákona.

23. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

24. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:
1. město Chropyně, nám. Svobody 29, 768 11 Chropyně
2. AWT Rekultivace, a.s., Dělnická 41/884, 735 64 Havířov – Prostřední Suchá
3. HOCHTIEF CZ a.s., Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy