UOHSX003QYXQ

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R51/2011/VZ-13605/2011/310-EKu V Brně dne: 29.8.2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 1. 3. 2011 podaném zadavatelem –

- **Liberecký kraj**, IČ 70891508, U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec, za něhož jedná Mgr. Stanislav Eichler, hejtman,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 2. 2011, č.j. ÚOHS-S152/2010/VZ-989/2011/540/PVé, ve věci přezkoumání úkonů shora uvedeného zadavatele, při zadávání veřejné zakázky „**Výběr dodavatele stavby v rámci projektu zlepšení tepelně technických vlastností obvodových konstrukcí budov Střední školy hospodářské a lesnické, Frýdlant**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 30. 10. 2009 pod evidenčním číslem 60037966 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 10. 2009 pod evidenčním číslem 2009/S 211-303330,

jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč -

- **společnost BREX, spol. s r.o.,** IČ 40232549, se sídlem Hodkovická 135, 463 12 Liberec, za niž jedná Ing. Zdeněk Koch, jednatel,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 2. 2011, č.j. ÚOHS-S152/2010/VZ-989/2011/540/PVé,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O D Ů V O D N Ě N Í

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

1. Zadavatel – Liberecký kraj, IČ 70891508, U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec, za něhož jedná Mgr. Stanislav Eichler, hejtman (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému dne 30. 10. 2009 pod evidenčním číslem 60037966 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 10. 2009 pod evidenčním číslem 2009/S 211-303330, oznámení otevřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „Výběr dodavatele stavby v rámci projektu zlepšení tepelně technických vlastností obvodových konstrukcí budov Střední školy hospodářské a lesnické, Frýdlant“. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

2. Ke dni 17. 6. 2010 zahájil Úřad správní řízení z moci úřední, neboť z dokumentace týkající se předmětné veřejné zakázky nabyl pochybnost, zda úkony zadavatele při posouzení kvalifikace byly učiněny v souladu se zákonem. Za účastníky správního řízení označil zadavatele a vybraného uchazeče – společnost BREX, spol. s r.o., IČ 40232549, se sídlem Hodkovická 135, 463 12 Liberec, za niž jedná Ing. Zdeněk Koch, jednatel (dále též jen „vybraný uchazeč“). Žádná vyjádření k zahájenému správnímu řízení nebyla podána.

Napadené rozhodnutí

3. Dne 14. 2. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S152/2010/VZ-989/2011/540/PVé (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 6 v návaznosti na § 59 odst. 4 zákona tím, že umožnil předložení dodatečných podkladů pouze některým uchazečům, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako opatření k nápravě Úřad zrušil úkon

zadavatele – posouzení a hodnocení nabídek ze dne 4. 1. 2010 a všechny následující úkony zadavatele.

4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad poté, co odkázal na § 6, § 59 odst. 1 a 4 zákona ve spojení s § 158 zákona, konstatoval, že veřejný zadavatel může požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady, s výjimkou případů, kdy splnění příslušné části kvalifikace nebylo dodavatelem prokázáno vůbec. Dodavatel je povinen splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem. Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 4. 1. 2010 vyplývá, že zadavatel při posouzení nabídek vyřadil ze zadávacího řízení 7 nabídek, mezi nimi i nabídku společnosti MIRAS stavitelství a sanace, s. r. o., IČ 26385759, se sídlem V Úhlu 37/11, 321 00 Plzeň – Litice (dále jen „dodavatel MIRAS“) pro nesplnění kvalifikace dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona v požadovaném rozsahu. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že v rámci ověřování osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších stavebních prací zadavatelem jeden z objednatelů, jehož osvědčení doložil dodavatel MIRAS ve své nabídce, toto osvědčení (tj. plnění stavebních prací ve prospěch objednatele) nepotvrdil. V rozhodnutí o námitkách dodavatele MIRAS proti rozhodnutí o jeho vyloučení zadavatel uvedl, že dodavatel MIRAS k prokázání splnění kvalifikace předložil doklad neodpovídající skutečnosti. Rozhodnutí o vyloučení dodavatele MIRAS však předcházela výzva zadavatele k písemnému doplnění dokladů o prokázání splnění kvalifikace zaslaná společnostem Aulický invest, s.r.o. (doplnění čestného prohlášení ve vztahu ke spotřební dani a k předložení seznamu významných stavebních prací), společnosti OSF 2000, s.r.o. (doplnění seznamu významných stavebních prací) a společnostem INSTOP a INTERMA, a.s. (doplnění čestného prohlášení ve vztahu ke spotřební dani).

5. K výše uvedenému Úřad uvedl, že předmětné ustanovení § 59 odst. 4 zákona by mělo zajistit zadavateli možnost faktického prověření kvalifikačních dispozic uchazečů, a to zejména v situacích, kdy jimi předložené doklady nepodávají jednoznačnou informaci o splnění kvalifikačních předpokladů. Ve chvíli, kdy se zadavatel rozhodne v rámci posuzování splnění kvalifikace postupovat podle § 59 odst. 4 zákona s tím, že požádá některého z dodavatelů, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady, musí zachovat stejný princip tohoto dodatečného prokázání splnění kvalifikace u všech uchazečů o veřejnou zakázku. Vzhledem k tomu, že předmětné ustanovení dává zadavateli fakultativní možnost tohoto dožádání, je nezbytné, aby zadavatel při jeho využití dodržel principy vyplývající z § 6 zákona. Vzhledem k tomu, že součástí nabídky společnosti MIRAS byly neúplné doklady o předkládaných významných zakázkách, které však mohly být doplněny v případě žádosti zadavatele, porušil zadavatel zásadu rovného zacházení, když o předložení dalších dodatečných informací či dokladů prokazujících splnění kvalifikace uchazeče MIRAS nepožádal, přestože u dalších čtyř uchazečů takto postupoval. S ohledem na skutečnost, že základním hodnotícím kritériem je nabídková cena, a společnost MIRAS nabídla nejnižší nabídkovou cenu, mohlo mít její vyloučení bez řádného provedení posouzení kvalifikace vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

6. K uloženému nápravnému opatření Úřad s odkazem na § 118 zákona uvedl, že vzhledem k tomu, že zadavatel závažně pochybil tím, že posouzení kvalifikace nebylo provedeno v

souladu se zákonem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zrušil úkon posouzení a hodnocení nabídek ze dne 4. 1. 2010 a všechny následující úkony zadavatele ve výše uvedeném zadávacím řízení. Při dalším postupu je nutné, aby bylo zadavatelem provedeno nové posouzení kvalifikace s ohledem na výše uvedené závěry a při dodržení zásad vyplývajících z § 6 zákona.

II. Námitky rozkladu

7. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad rozklad zadavatele. Ten úvodem vyjadřuje svůj nesouhlas se závěrem, že při posouzení kvalifikace nepostupoval v souladu se zákonem. Jak zadavatel uvádí, kvalifikaci posuzoval u dvanácti uchazečů, přičemž u čtyř si dožádal podklady k prokázání kvalifikace (doplnění čestného prohlášení ve vztahu ke spotřební dani, seznamu významných stavebních prací). Tito čtyři uchazeči předložili potvrzení o bezdlužnosti vydané příslušným finančním úřadem nebo výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů, případně doložili potřebná osvědčení o provedení významných staveb. Je tedy zřejmé, že předložením výše uvedených dokladů pouze upřesnili a doplnili již doručené doklady z nabídky. Pokud však jde o vyloučeného dodavatele MIRAS, jedna ze tří jím předložených referenčních staveb nebyla potvrzena investorem, z čehož zadavatel dovodil, že dodavatel MIRAS předložil v nabídce nepravdivý údaj. S odkazem na § 17 písm. e) zákona dospívá zadavatel k přesvědčení, že vyzvat uchazeče, který předložil nepravdivý doklad, k doplnění či objasnění ve smyslu § 59 odst. 4 zákona, by bylo v rozporu se zásadami uvedenými v § 6 zákona. V souladu s ustanovením § 22 odst. 1 písm. d) zákona se nabídka dodavatele MIRAS jeví jako nabídka nepřijatelná. Tímto postupem by totiž takovému uchazeči byla poskytnuta výhoda účastnit se zadávacího řízení na základě nepravdivé skutečnosti. Z uvedeného důvodu zadavatel dodavatele MIRAS nejenže nevyzval k doplnění ve smyslu § 59 odst. 4 zákona a neakceptoval ani „doplnění“, které tento dodavatel učinil sám o své vůli opožděně a bez vyzvání. Zadavatel tak neměl jinou možnost, než dodavatele MIRAS vyloučit, neboť nesplnil kvalifikaci a podal nepřijatelnou nabídku. Opačný postup by zakládal správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Z výše uvedených důvodů je tak zadavatel přesvědčen, že žádné ustanovení zákona neporušil.

Závěr rozkladu

8. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

III. Řízení o rozkladu

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

10. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru:

11. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 14. 2. 2011, č.j. ÚOHS-S152/2010/VZ-989/2011/540/PVé, rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 6 v návaznosti na § 59 odst. 4 zákona tím, že umožnil předložení dodatečných podkladů pouze některým uchazečům, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, za což jako opatření k nápravě zrušil úkon zadavatele – posouzení a hodnocení nabídek ze dne 4. 1. 2010 a všechny následující úkony zadavatele a zadavateli stanovil povinnost uhradit náklady řízení, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

IV. K námitkám rozkladu

12. Jak vyplývá z podaného rozkladu, zadavatel má zato, že dodavatele MIRAS na rozdíl od dalších čtyř uchazečů nemohl vyzvat k objasnění nebo doplnění předložených informací či dokladů podle § 59 odst. 4 zákona (tj. vyzvat jej k objasnění či doplnění reference o řádném plnění stavebních prací pro jiný subjekt), neboť dle mínění zadavatele byl dodavatelem MIRAS předložen nepravdivý referenční doklad, a tento dodavatel nemohl v zadávacím řízení setrvat mj. proto, že jeho nabídka by jinak musela být posouzena jako nepřijatelná (a potažmo nezákonná) ve smyslu § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Nyní, v řízení o rozkladu, je třeba zodpovědět otázku, zda výše uvedený důvod opravňoval zadavatele k odlišnému postupu vůči dodavateli MIRAS. Rovněž je třeba odpovědět na otázku, zda na straně dodavatele MIRAS skutečně existovaly důvody k vyřazení jeho nabídky a následně k jeho vyloučení ze zadávacího řízení.

13. V nejobecnější rovině uvádím, že ustanovení § 59 odst. 4 zákona může zadavatel využít v případech, kdy je zřejmé, že dodavatel předložil informace či doklady prokazující splnění kvalifikace, avšak tyto informace či doklady nejsou jednoznačné, srozumitelné, či nejsou úplné, a to z hlediska jejich obsahu nebo i formy. Dodavatel potom může na základě žádosti zadavatele vysvětlit význam předložených dokladů nebo doložit další doklady, které objasní informace či doklady ke kvalifikaci již předložené. Pokud však dodavatel splnění příslušné části kvalifikace neprokázal vůbec, tzn. v jeho dokladech o kvalifikaci zcela chybí požadovaná informace či doklad, zadavatel není oprávněn doplnění kvalifikace požadovat (např. chybí zcela výpisy z evidence Rejstříku trestů či výpis z obchodního rejstříku, chybí požadovaná informace o výši obratu apod.). V těchto případech plně nastupuje aplikace § 60 zákona, kdy je zadavatel povinen dodavatele, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu, vyloučit z účasti v zadávacím řízení. Zadavatel je povinen i při posouzení kvalifikace dodržet základní zásady zadávacího řízení, z nichž v této souvislosti vystupuje do popředí především zásada rovného zacházení. V tomto smyslu nelze považovat za přípustný takový postup zadavatele, pokud ve vztahu k jednomu z dodavatelů ustanovení o možnosti doplnit kvalifikaci využije, a

ostatní dodavatele v obdobné situaci bez možnosti doplnění či vysvětlení dokladů o kvalifikaci bez dalšího vyloučí.

14. V přezkoumávaném případě dodavatel MIRAS sice doklad – referenci ve vztahu ke stavební akci „Obytný soubor Nad Královnou – Zahradní čtvrť“ předložil, avšak zadavatel měl za to, že se jednalo o referenci nepravdivou. Z tohoto důvodu na ni nahlížel jako na referenci chybějící a dospěl k závěru, že dodavatel MIRAS kvalifikaci neprokázal vůbec, a proto také přistoupil k jeho vyloučení. Jak vyplývá z předložených podkladů (smluv o dílo uzavřených mezi dodavatelem MIRAS a společností KONSTRUKTIVA KONSIT, a. s.), dodavatel MIRAS se v roce 2007 subdodavatelsky účastnil stavební akce „Obytný soubor Nad Královnou – Zahradní čtvrť“, jejímž objednatelem byla společnost Zahradní čtvrť, a. s. Tuto svou účast předložil dodavatel MIRAS v rámci předmětného zadávacího řízení jako doklad o referenční zakázce. V rámci ověření tohoto osvědčení byl však zadavatel ze strany objednatele – společnosti Zahradní čtvrť, a. s., informován, že dodavatel MIRAS pro něj v roce 2007 žádné stavební práce neprováděl. K tomu uvádím, že přestože lze obecně považovat ověření osvědčení o referencích u objednatele (v tomto případě u společnosti Zahradní čtvrť, a. s.) za racionální, mohou se vyskytnout situace, kdy dodatečné vyjádření objednatele nemusí odpovídat skutečnosti (např. z důvodu nedostatečných informací). Na základě chybného vyjádření objednatele pak může dojít k situaci, kdy zadavatel vyloučí uchazeče, který kvalifikační podmínky fakticky splňuje a současně referenci dokládá v předložené nabídce. I vzhledem k tomu, že dodavatel MIRAS kvalifikaci doplnil posléze sám a bez vyzvání, z čehož je zřejmá jeho snaha reference ke stavební akci „Obytný soubor Nad Královnou – Zahradní čtvrť“ doložit, byl postup zadavatele vadný, a to pro nedostatek podkladů. Na základě toho pak zadavatel dospěl k nesprávnému závěru, že nabídka obsahuje nepravdivou referenci a musí být vyřazena. Z tohoto důvodu také vůči dodavateli MIRAS nepostupoval podle § 59 odst. 4 zákona, přestože dalším 4 uchazečům doplnění a objasnění předložených dokladů umožnil.

15. Co se tedy týče namítané nepřijatelnosti nabídky, uvádím, že v dané situaci nemůže zadavatel svůj postoj obhajovat odkazem na § 22 odst. 1 písm. d) zákona, resp. na postup vyplývající z § 76 odst. 1 zákona, podle které zadavatel vyřadí nabídku, která je nepřijatelná (rozporná se zákonem). Zadavatel navíc nabídku dodavatele MIRAS nevyřadil s odkazem na § 76 odst. 1 zákona jako nepřijatelnou, ale s odkazem na § 56 odst. 3 zákona pro nesplnění kvalifikace, což dokládá rozhodnutí o vyloučení dodavatele MIRAS.

16. Na základě zjištěných skutečností tak dospívám ke shodnému názoru jako orgán dohledu v napadeném rozhodnutí, tj. k závěru, že se zadavatel tím, že neumožnil dodavateli MIRAS dodatečné předložení dokladů ve vztahu ke stavební akci „Obytný soubor Nad Královnou – Zahradní čtvrť“, dopustil nerovného zacházení, čímž porušil jednu ze zásad uvedenou v § 6 zákona. Vzhledem k tomu, že základním hodnotícím kritériem byla nabídková cena a že dodavatel MIRAS nabídl cenu nejnižší, mohl mít postup zadavatele podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Bylo proto plně na místě zrušit úkon posouzení a hodnocení nabídek ze dne 4. 1. 2010 a všechny další úkony, které na něj navazovaly.

17. Pro úplnost dodávám, že za zadavatele původně rozklad (ze dne 25. 2. 2011) podala společnost M-Compet, a. s., IČ 27627136, se sídlem Revoluční 1, 110 00 Praha 1, za niž jedná

Lucia Novanská. K podání rozkladu však výše uvedená společnost postrádala potřebné zmocnění. Z tohoto důvodu jsem se věcně zabýval až rozkladem ze dne 1. 3. 2011, který podal sám zadavatel.

V. Závěr

18. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

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

P O U Č E N Í

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:

Liberecký kraj, U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec, za něhož jedná Mgr. Stanislav Eichler, hejtman

BREX, spol. s r.o., se sídlem Hodkovická 135, 463 12 Liberec, za niž jedná Ing. Zdeněk Koch, jednatel

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce