UOHSX001AA45

Č. j. UOHS-S90/2009/VZ-7230/2009/540/JSl V Brně dne 19. června 2009

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném na návrh dne 3.4.2009, jehož účastníky jsou

- zadavatel - Svaz vodovodů a kanalizací Jihlavsko, IČ 48460915, se sídlem Žižkova 93, 586 01 Jihlava, za nějž jedná RSDr. Jiří Vlach, předseda představenstva,

navrhovatel – společnosti

- Chemkostav a.s., IČ 36191892, se sídlem Priemyselná 3931, 071 01 Michalovce, Slovenská republika, za niž jednají Ing. Tibor Mačuga, předseda představenstva, a Ing. Milan Dunaj, místopředseda představenstva,

- AGROSTAV, akciová společnost, IČ 46904662, se sídlem Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava, za niž jedná Václav Saenger, ředitel a prokurista,

- Stavební firma Škrabal spol. s r.o., IČ 13694201, se sídlem Vránova 143, 612 00 Brno, za niž jedná Ing. František Škrabal, jednatel,

- IPOS PS s.r.o., IČ 28317122, se sídlem Hruškové Dvory 6, 586 01 Jihlava, za niž jedná Jan Hrdlička, jednatel,

které dne 10.12.2008 uzavřely smlouvu o sdružení pod názvem „VHS Jihlavsko“ za účelem společného postupu v rámci veřejné zakázky„Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko“, a které jsou ve správním řízení zastoupeny na základě plné moci ze dne 7.5.2009 společností AGROSTAV, akciová společnost, IČ 46904662, se sídlem Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava, za niž jedná Václav Saenger, ředitel a prokurista,

vybraný uchazeč – společnosti

- SYNER VHS Vysočina, a.s., IČ 25183052, se sídlem Na Hranici 14, 586 01 Jihlava, za niž jednají František Štursa, místopředseda představenstva, a Ing. Josef Přibyl, člen představenstva,

- 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,

- Metrostav a.s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha, za niž jednají Ing. Jiří Bělohlav, místopředseda představenstva, a Ing. Zdeněk Šinovský, člen představenstva,

- EUROVIA CS, a.s., do 1.4.2009 podnikající pod obchodním názvem Stavby silnic a železnic, a. s., IČ 45274924, se sídlem Národní 10, 113 19 Praha, za niž jednají Ing. Martin Borovka, předseda představenstva, a Grégoire Pinasseau, člen představenstva,

které dne 13.1.2009 uzavřely smlouvu o sdružení za účelem společného postupu v rámci veřejné zakázky „Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko“, a které jsou ve správním řízení zastoupeny na základě plné moci ze dne 6.5.2009 společností SYNER VHS Vysočina, a.s., IČ 25183052, se sídlem Na Hranici 14, 586 01 Jihlava, za niž jednají František Štursa, místopředseda představenstva a Ing. Josef Přibyl, člen představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko“ zadávané v otevřeném nadlimitním řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod evidenčním číslem 60025377 dne 21.11.2008 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22.11.2008 pod evidenčním číslem 2008/S 228-303598,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Svaz vodovodů a kanalizací Jihlavsko, IČ 48460915, se sídlem Žižkova 93, 586 01 Jihlava – nedodržel postup stanovený v ustanovení § 76 odst. 6 v návaznosti na ust. § 76 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když na základě posouzení nabídek vyloučil ze zadávacího řízení společnosti Chemkostav a.s., IČ 36191892, se sídlem Priemyselná 3931, 071 01 Michalovce, Slovenská republika, AGROSTAV, akciová společnost, IČ 46904662, se sídlem Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava, Stavební firma Škrabal spol. s r.o., IČ 13694201, se sídlem Vránova 143, 612 00 Brno a IPOS PS s.r.o., IČ 28317122, se sídlem Hruškové Dvory 6, 586 01 Jihlava, přestože v nabídce předložily návrh smlouvy o dílo v souladu s ust. § 68 odst. 2 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 citovaného zákona o veřejných zakázkách **ruší** rozhodnutí zadavatele ze dne 24.2.2009 o vyloučení uchazečů Chemkostav a.s., IČ 36191892, se sídlem Priemyselná 3931, 071 01 Michalovce, Slovenská republika, AGROSTAV, akciová společnost, IČ 46904662, se sídlem

Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava, Stavební firma Škrabal spol. s r.o., IČ 13694201, se sídlem Vránova 143, 612 00 Brno a IPOS PS s.r.o., IČ 28317122, se sídlem Hruškové Dvory 6, 586 01 Jihlava, ze zadávacího řízení a všechny následující úkony zadavatele ve výše uvedeném zadávacím řízení.

II.

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 Svazu vodovodů a kanalizací Jihlavsko, IČ 48460915, se sídlem Žižkova 93, 586 01 Jihlava, **ukládá**:

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

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 0900950001.

Odůvodnění

Zadavatel – Svaz vodovodů a kanalizací Jihlavsko, IČ 48460915, se sídlem Žižkova 93, 586 01 Jihlava – uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 60025377 dne 21.11.2008 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22.11.2008 pod evidenčním číslem 2008/S 228-303598 oznámení otevřeného řízení o nadlimitní veřejné zakázce „Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko“.

Předmětem veřejné zakázky je rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko, včetně zpracování realizační projektové dokumentace a provozních řádů. Součástí je i geodetické zaměření dokončeného díla.

Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel celkem šest nabídek. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami vyplývá, že všechny nabídky vyhověly kontrole úplnosti a žádná nabídka nebyla vyřazena.

Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 20.1.2009 vyplývá, že uchazeči Chemkostav a.s., IČ 36191892, se sídlem Priemyselná 3931, 071 01 Michalovce, Slovenská republika, AGROSTAV, akciová společnost, IČ 46904662, se sídlem Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava, Stavební firma Škrabal spol. s r.o., IČ 13694201, se sídlem Vránova 143, 612 00 Brno a IPOS PS s.r.o., IČ 28317122, se sídlem Hruškové Dvory 6, 586 01 Jihlava, (dále jen „navrhovatel“), OHL ŽS, a.s. a Skanska CZ, a.s. byli zadavatelem vyzváni k objasnění předložených informací prokazujících splnění kvalifikace a o písemné vysvětlení nabídek. Navrhovatel byl vyzván k objasnění předložených informací týkajících se prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů předloženým potvrzením o zápisu do seznamu podnikatelů ve vztahu ke Slovenské republice v návaznosti na ust. § 53 odst. 1 písm. a) a písm. b) zákona, dále k objasnění prokázání kvalifikace subdodavatelem a k prokázání

technických kvalifikačních předpokladů podle ust. § 56 odst. 3 písm. c) zákona osvědčením o vzdělání a odborné kvalifikaci pro pozice hlavního stavbyvedoucího a jeho zástupce. K vysvětlení nabídky v části návrhu smlouvy o dílo byl navrhovatel vyzván následovně: „Nabídka je podána více dodavateli společně. Pro tento účel uzavřeli smlouvu o sdružení ze dne 10.12.2008, v níž se dohodli, že sdružení ponese název „VHS Jihlavsko“. Smlouvu o dílo (str. 37 nabídky) předkládá právě toto sdružení. Přitom sdružení nemá právní subjektivitu a nemůže činit právní úkony. Uzavření smlouvy tak, jak je nabídnuta v nabídce, by mohlo být důvodem pro její neplatnost a změna takové smlouvy je vyloučena v ust. § 82 odst. 2 zákona. Je třeba vyjasnit, jak uchazeč takovýto návrh smlouvy myslel.“

Dne 30.1.2009 podal navrhovatel zadavateli objasnění kvalifikace a vysvětlení nabídky, ve kterém mj. poukazuje na skutečnost, že na základě smlouvy o sdružení je k zastupování sdružení navenek i k uzavření smlouvy o dílo pověřen vedoucí účastník sdružení – společnost Chemkostav, a.s. Podle navrhovatele jsou jak v záhlaví tak v závěru smlouvy u podpisu zhotovitele správně uvedeny všechny identifikační údaje společnosti Chemkostav, a.s., včetně jmen a podpisů statutárních orgánů s dovětkem, že jde o vedoucího účastníka sdružení VHS Jihlavsko. Navrhovatel tedy dovozuje, že jím předložený návrh smlouvy není v rozporu se zákonem, neboť dle jeho názoru lze návrh smlouvy formálně upravit i po výběru nejvhodnější nabídky před ukončením zadávacího řízení v souladu s ust. § 32 zákona v návaznosti na ust. § 82 odst. 2 zákona.

Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 2.2.2009 vyplývá, že komise projednala vysvětlení navrhovatele a usnesla se, že není dostatečně odborně způsobilá k vyslovení závěru, týkajícího se právního posouzení navrhovatelem předloženého návrhu smlouvy. Hodnotící komise získala pochybnosti stran platnosti takto uzavřené smlouvy, a rozhodla se proto vyžádat právní posudek ohledně právních vad předloženého návrhu. O vypracování posudku byli zadavatelem požádáni Doc. JUDr. Karel Marek CSc. z Právnické fakulty Masarykovy Univerzity a AK Mokrý, Pokorný & Partners, s.r.o.

Z právního stanoviska Doc. JUDr. Karla Marka, CSc. vyplývá, že podle smlouvy o sdružení VHS Jihlavsko nemá toto sdružení právní subjektivitu a uzavřením smlouvy o sdružení nevzniká nový subjekt. Podle autora stanoviska mohou být subjektem právních vztahů vznikajících v souvislosti s činností sdružení pouze všichni jeho účastníci, přičemž tito mohou jednat buď samostatně, nebo prostřednictvím zástupců. V případě uzavření smlouvy o dílo by však měli všichni účastníci smlouvy o sdružení uvedeni jako jedna smluvní strana (tzv. vedle sebe) s tím, že pakliže si účastníci smlouvy o sdružení zvolili společného zástupce, bude tento podepsán u všech ostatních účastníků v zastoupení. S ohledem na uvedené se podle Doc. JUDr. Karla Marka, CSc. v projednávaném případě nejedná o platný návrh smlouvy o dílo.

Druhé stanovisko AK Mokrý, Pokorný & Partners, s.r.o., k dotazu zadavatele uvádí, že sdružení nemůže mít právní subjektivitu a uzavřením smlouvy o sdružení nevzniká nový subjekt. Ve vztahu ke třetím osobám mohou účastníci sdružení vystupovat buď pouze všichni, nebo zvolit ve smlouvě způsob jednání za všechny prostřednictvím jediného zmocněného účastníka. Ve stanovisku je dále uvedeno, že podle obchodního práva je zakotvena solidární odpovědnost podnikatelů zúčastněných ve sdružení a podniká-li více osob pod společným jménem bez založení právnické osoby, jsou tyto osoby povinny splnit závazky vzniklé při tomto podnikání společně a nerozdílně. Jestliže však při jednání sdružení v návrhu smlouvy nejsou uvedeni všichni účastnici sdružení, nelze tuto vadu dle AK Mokrý, Pokorný & Partners, s.r.o. zhojit a proto nedoporučuje zadavateli uzavřít smlouvu o dílo v předloženém

znění. Závěrem však zpracovatel podotýká, že i soudobá odborná literatura a komentáře poukazují na spornost důsledku nesprávného označení smluvních stran, kdy uspokojivé a jednoznačné vysvětlení nenabídlo ani rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR, sp. zn 29 Odo 83/2001.

Navrhovatel dne 19.2.2009 předložil zadavateli tři vlastní právní posudky vypracované Advokátní společností Pánek, Beránek, Melichar, v.o.s., KŠD Šťovíček, advokátní kancelář, v.o.s., a Doc. JUDr. Gabrielou Dobrovičovou, CSc. z právnické fakulty Univerzity P. J. Šafárika v Košicích.

Dle posudku Advokátní společnosti Pánek, Beránek, Melichar, v.o.s. není označení kontrahenta VHS Jihlavsko platnosti návrhu smlouvy o dílo na závadu, neboť jde o pouhou formální vadu, kterou lze zhojit postupem podle ust. 82. odst. 2 zákona. Úprava formální náležitosti záhlaví smlouvy není podle zpracovatele změnou podstatné náležitosti smlouvy a projev vůle v návrhu smlouvy o dílo zůstává beze změny, když nadále přísluší účastníku zadávacího řízení. Advokátní společnosti Pánek, Beránek, Melichar, v.o.s. v závěru odkazuje na ust. 37 § 7 občanského zákoníku, podle nějž právní úkon není neplatným pro chyby v psaní a počtech.

Podle stanoviska KŠD Šťovíček, advokátní kanceláře, v.o.s. je označení sdružení „VHS Jihlavsko“ pouhým označením (zkratkou) představující všechny čtyři účastníky sdružení v souladu s obsahem smlouvy sdružení mezi nimi uzavřené. Jestliže pak je smlouva o sdružení od počátku nedílnou součástí společné nabídky, musí být zadavateli zřejmé, že označení „VHS Jihlavsko“ v marginální rubrice návrhu smlouvy o dílo je pouhým odkazem na všechny čtyři účastníky sdružení. S ohledem na tuto skutečnost nemůže být učiněn závěr, že by návrh smlouvy předkládalo či podepisovalo sdružení „VHS Jihlavsko“. Jednání zadavatele a jím podávaný výklad jsou podle zpracovatele účelové, přepjatě formalistické a v rozporu s ust. § 35 odst. 2 občanského zákoníku a § 266 obchodního zákoníku. Závěrem KŠD Šťovíček, advokátní kancelář, v.o.s. podotýká, že formální pochybení účastníka lze napravit postupem podle ust. § 82 odst. 2 zákona, což podle něj vyplývá i z dostupné odborné literatury.

Doc. JUDr. Gabriela Dobrovičová, CSc. z právnické fakulty Univerzity P. J. Šafárika v Košicích ve svém stanovisku uvádí, že sporný návrh smlouvy o dílo je bezesporu platným právním úkonem, neboť oprávnění tuto smlouvu uzavřít je ve smlouvě o sdružení přiznáno vedoucímu účastníkovi smlouvy o sdružení společnosti Chemkostav, a.s., přičemž i použití dodatku „VHS Jihlavsko je zcela v souladu s ustanovením o jednání jménem sdružení ve smlouvě o sdružení. Z návrhu smlouvy o dílo dle Doc. Dobrovičové vyplývá jednoznačný projev vůle směřující ke vzniku práv a povinností vyplývajících z této smlouvy všem účastníkům sdružení.

Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20.2.2009 vyplývá, že na základě negativních stanovisek zpracovatelů zadavatelem vyžádaných posudků rozhodla hodnotící komise vyřadit nabídku navrhovatele z dalšího posuzování pro nesplnění zadávacích podmínek z důvodu rozporu s obecnými právními předpisy. Ze zprávy dále vyplývá, že jako nejvhodnější byla hodnotící komisí vybrána nabídka dodavatelů SYNER VHS Vysočina, a.s., IČ 25183052, se sídlem Na Hranici 14, 586 01 Jihlava, HOCHTIEF CZ a.s., IČ 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha, Metrostav a.s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha a EUROVIA CS, a.s., do 1.4.2009 podnikající pod obchodním názvem

Stavby silnic a železnic, a. s., IČ 45274924, se sídlem Národní 10, 113 19 Praha (dále jen jako „vybraný uchazeč“).

Dne 24.2.2009 rozhodl zadavatel o vyloučení nabídky navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a o výběru nejvhodnější nabídky. Následně zaslal zadavatel všem uchazečům oznámení o výběru nejvhodnější nabídky a navrhovateli oznámení rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení, které mu bylo doručeno dne 4.3.2009.

Proti rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení podal navrhovatel námitky ze dne 13.3.2009, které zadavatel obdržel 16.3.2009, ve kterých napadá závěr učiněný zadavatelem o platnosti návrhu smlouvy o dílo s tím, že výklad použitý zadavatelem pro odůvodnění napadeného rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení je přepjatě formalistický a v rozporu s platnou právní úpravou. Pochybení uznává navrhovatel v tom, že v návrhu smlouvy o dílo došlo k chybě v psaní, když přídavek „sdružení VHS Jihlavsko“ byl vypsán před firmu Chemkostav, a.s., jako vedoucího účastníka sdružení, a ne za tuto firmu, tento nedostatek lze však podle názoru navrhovatele zhojit užitím postupu dle ust. § 82 odst. 2 zákona. Podle názoru navrhovatele jím učiněný právní úkon v návrhu smlouvy o dílo obstojí i podle občanskoprávních i obchodněprávních ustanovení o právních úkonech, přičemž odkazuje na ust. § 35 odst. 2 a § 37 odst. 3 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisu (dále jen „obč. zák.“), a § 266 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisu (dále jen „obch. zák.“). Správnost svého úsudku opírá i o pravomocné rozhodnutí Úřadu č.j. S255/2008/VZ-25637/2008/530/Ra ze dne 17.12.2008 a o rozsudek Nejvyššího soudu ČR č.j. 29 Odo 83/2001, R 6/2004. Jako újmu pak navrhovatel specifikuje nemožnost účastnit se zadávacího řízení a případně realizovat předmětnou zakázku.

Zadavatel přezkoumal podané námitky a dne 23.3.2009 rozhodl, že jim nevyhovuje, neboť protichůdnost právních stanovisek, která se v předchozím řízení vyskytla, značně snižuje jeho právní jistotou stran platnosti smlouvy o dílo, a proto musel návrh smlouvy předložený navrhovatelem posoudit jako neplatný. Úprava smlouvy před jejím konečným podpisem požadovaná navrhovatelem by podle zadavatele představovala změnu identifikace zhotovitele, a tudíž i podstatnou změnu smlouvy, která by byla v rozporu zadavatele s ust. § 82 odst. 2 zákona. Oznámení o nevyhovění námitkám bylo navrhovateli doručeno dne 25.3.2009.

Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen Úřad“) dne 3.4.2009 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

V podaném návrhu navrhovatel namítá nesprávné posouzení platnosti návrhu smlouvy zadavatelem. Navrhovatel nepopírá, že právní subjektivita není českým právem sdružení přiznána, je však přesvědčen, že právní úkon návrhu smlouvy není činěn sdružením, nýbrž jedním z jeho účastníků, a jeho platnost je tedy zachována. Navrhovatel argumentuje tím, že označení sdružení „VHS Jihlavsko“ je v podstatě zkratkou pro všechny čtyři účastníky sdružení tak, jak je uvedeno ve smlouvě o sdružení. Samotná smlouva o sdružení je pak dle názoru navrhovatele od počátku zadávacího řízení nedílnou součástí společné nabídky účastníků a zadavateli musí nutně být zřejmé, že smlouvu o dílo nepodepisuje sdružení, nýbrž čtyři dodavatelé, kteří za tímto účelem zmocnili jednoho z nich. Podle názoru navrhovatele jde v případě umístění označení sdružení „VHS Jihlavsko“ před označení vedoucího účastníka Chemkostav, a.s., a nikoliv za něj pouhým formálním nedostatkem, který nemůže

mít za následek neplatnost návrhu smlouvy o dílo, který je součástí nabídky. Svoji argumentaci dále opírá o ustanovení o výkladu projevu vůle jak v občanském tak i v obchodním právu, přičemž za použití ust. § 266 a násl. obchodního zákoníku a ust. § 35 odst. 2 občanského zákoníku by musel dle jeho názoru zadavatel dospět ke stejnému závěru a uznat jeho platnost. Jednání zadavatele považuje navrhovatel za účelové, přehnaně formalistické a v rozporu s ust. § 37 odst. 3 občanského zákoníku, podle nějž není právní úkon neplatný pro chyby v psaní a počtech, je-li jeho význam nepochybný. Navrhovatel se rovněž odvolává na skutečnost, že z předchozího jednání mezi ním a zadavatelem je zadavateli známo, že sdružení VHS Jihlavsko je tvořeno čtyřmi samostatnými subjekty, neboť všem čtyřem dodavatelům byla v zadávacím řízení zadavatelem samostatně doručována korespondence.

Dále navrhovatel poukazuje na skutečnost, že zadavatel má podle ust. § 82 odst. 2 zákona povinnost uzavřít smlouvu v souladu s návrhem obsaženým v nabídce, podle něj však v žádném případě není stanovena povinnost zadavatele uzavřít smlouvu v identickém znění. Navrhovatel je také přesvědčen, že zákaz změny smlouvy se týká pouze její věcné stránky, nikoliv však stránky formální. Podle něj pak návrh smlouvy byl podepsán statutárním orgánem subjektu, který je vybaven právní způsobilostí a který nadto disponuje smluvním oprávněním zavazovat ostatní členy sdružení a pochybení při označení smluvního subjektu v záhlaví smlouvy má pouze marginální charakter. Navrhovatel uzavírá, že s ohledem na jím poskytovaný právní názor zadavateli nic nebrání v tom, aby s ním uzavřel navrhovanou smlouvu o dílo.

Na základě skutečností uvedených v návrhu se navrhovatel domáhá, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení ze dne 24.2.2009 a rozhodnutí zadavatele o odmítnutí námitek ze dne 23.3.2009.

Návrh byl Úřadu doručen dne 3.4.2009 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení evidované pod sp. zn. S90/2009.

Účastníky správního řízení podle ust. § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- navrhovatel,
- vybraný uchazeč.

O zahájení správního řízení informoval Úřad účastníky řízení oznámením č. j. ÚOHS-S90/2009/VZ-4807/2009/540/JSl ze dne 23.4.2009. Usnesením č. j. ÚOHS-S90/2009/VZ-4808/2009/540/JSl z téhož dne stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy nebo činit jiné návrhy, lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí, a účastníkům řízení Chemkostav a.s., AGROSTAV, akciová společnost, Stavební firma Škrabal spol. s r.o. a IPOS PS s.r.o. na straně jedné a SYNER VHS Vysočina, a.s., HOCHTIEF CZ a.s., Metrostav a.s. a EUROVIA CS, a.s., na straně druhé uložil lhůtu k určení společného zmocněnce pro účely usnadnění průběhu tohoto správního řízení.

Dne 11.5.2009 obdržel Úřad podání účastníků Chemkostav a.s., AGROSTAV, akciová společnost, Stavební firma Škrabal spol. s r.o. a IPOS PS s.r.o., ve kterém tito jako společného zmocněnce navrhovatele pro účely správního řízení označili účastníka

AGROSTAV, akciová společnost, IČ 46904662, se sídlem Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava. Téhož dne obdržel Úřad podání účastníků SYNER VHS Vysočina, a.s., HOCHTIEF CZ a.s., Metrostav a.s. a EUROVIA CS, a.s., ve kterém tito jako společného zmocněnce vybraného uchazeče pro účely správního řízení označili účastníka SYNER VHS Vysočina, a.s., IČ 25183052, se sídlem Na Hranici 14, 586 01 Jihlava.

Jelikož Úřad obdržel vyjádření vybraného uchazeče po lhůtě stanovené naposled citovaným usnesením, prodloužil účastníkům řízení lhůty k vyjádření usnesením č. j. ÚOHS-S90/2009/VZ-7182/2009/540/JSl ze dne 8.6.2009 a dopisem č.j. ÚOHS-S90/2009/VZ-7160/2009/540/JSl z téhož dne seznámil účastníky řízení se všemi podklady k rozhodnutí.

Dne 11.5.2009 obdržel Úřad podání, ve kterém navrhovatel doplňuje svůj návrh ve věci. Z nových skutečností navrhovatel především poukazuje na jiné zadávací řízení provedené zadavatelem „Jihlava WWTP and sewer system upgrading“, ve kterém zadavatel uzavřel smlouvu o dílo se sdružením dodavatelů „Sdružení společností Jihlava – ČOV“. Navrhovatel předložil fotokopii titulní strany smlouvy o dílo, kde je dodavatel v záhlaví označený pouze názvem sdružení. Jako další důkaz navrhovatel předložil kopii dopisu zadavatele jihlavskému občanovi, ve kterém zadavatel konstatuje, že při zpětných hloubkových kontrolách ze strany NKÚ, MMR, SFŽP a MF nedošlo ke zpochybnění platnosti smlouvy o dílo uzavřené se sdružením. S odkazem na stejné normy upravující právní úkony jak v občanském tak v obchodním právu při realizaci uváděné veřejné zakázky navrhovatel konstatuje, že zadavatel volí vůči různým uchazečům odlišné postupy. Jelikož v odkazované veřejné zakázce i v zakázce, jež je předmětem tohoto řízení, se jako jeden z vybraných uchazečů vyskytuje společnost Metrostav, a.s., dovozuje navrhovatel, že jednání zadavatele je účelové a k vyřazení navrhovatele došlo pouze proto, aby mohla být zakázka zadána společnosti Metrostav, a.s. Další argument, který navrhovatel uvádí, je formální pochybení zadavatele, když tento uvedl oznámení o vyloučení že je v zadávacím řízení zastoupen společností RTS, a.s., Lazaretní 13, 615 00 Brno, listina je však podepsána přímo statutárním zástupcem zadavatele. Z toho navrhovatel usuzuje, že ve světle vlastního formalistického výkladu zadavatele by i toto oznámení mělo být považováno za neplatné. Jednání zadavatele je podle názoru navrhovatele v celkovém rozporu se smyslem zákona o veřejných zakázkách – získání ekonomicky nejvýhodnější nabídky.

Stanovisko zadavatele

Dne 9.4.2009 a 15.5.2009 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, ve kterých zadavatel vyjadřuje své stanovisko k návrhu. Zadavatel uvádí, že v předmětném zadávacím řízení dospěl při posouzení nabídky navrhovatele k názoru, že navrhovatel nesplnil zadávací podmínky, když jím podaná společná nabídka neobsahuje platný návrh smlouvy o dílo. Podle názoru zadavatele je předmětný návrh smlouvy o dílo předložený sdružením, a jelikož sdružení nemá právní subjektivitu a nemůže činit právní úkony, mohlo by být uzavření takové smlouvy ze strany zadavatele důvodem pro její neplatnost. Tento svůj závěr opírá o odborná právní stanoviska vypracovaná Doc. JUDr. Karlem Markem, CSc. a AK Mokrý, Pokorný & Partners, s.r.o., která si vyžádala v rámci své činnosti hodnotící komise. I přes odlišná oponentní stanoviska předložená navrhovatelem zadavatel podotýká, že hodnotící komise se většinou hlasů přiklonila k názoru, že návrh smlouvy předložený navrhovatelem není platný, a dne 27.2.2009 oznámila navrhovateli rozhodnutí o jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení. Proti tomuto rozhodnutí podal navrhovatel námitky, kterým však zadavatel nevyhověl, neboť se podržel svého již dříve vysloveného závěru. Zadavatel uzavírá, že jeho postup při posouzení a hodnocení nabídek byl podle něj v souladu se zákonem, neboť jeho hlavní snahou

je vždy postupovat podle platné legislativy a v žádném případě nemá zájem na upřednostňování kteréhokoli uchazeče. Zadavatel proto navrhuje, aby Úřad návrh zamítl jako nedůvodný.

Stanovisko vybraného uchazeče

Úřad dále obdržel vyjádření vybraného uchazeče a to ve dnech 11.5.2009, 13.5.2009 a 22.5.2009. Ve svém vyjádření se vybraný uchazeč ztotožňuje s postupem zadavatele, neboť se rovněž domnívá, že návrh smlouvy předložený navrhovatelem je neplatný. Podle vybraného uchazeče je přesná identifikace smluvních stran podstatnou (nikoli marginální či formální) náležitostí smlouvy, přičemž vady v identifikaci stran podle něj bezesporu vyvolávají pochybnosti ohledně platnosti smlouvy a existenci smluvního vztahu jako takového. Jestliže je pak právní úkon učiněn entitou bez právní subjektivity, jak tomu podle názoru vybraného uchazeče je v případě návrhu smlouvy o dílo předloženého navrhovatelem, je nutné takový projev vůle považovat za neplatný. Podle vybraného uchazeče nelze pochybení navrhovatele při přípravě nabídky ani jeho důsledky přenášet na zadavatele.

Vybraný uchazeč v dalším odkazuje na platné znění zákona o veřejných zakázkách, který podle jeho názoru zakotvuje autonomní režim pro uzavírání smluv na realizaci veřejných zakázek, který se odlišuje od běžné občanskoprávní a obchodněprávní kontraktace, jež je založena na možnosti volního jednání o smlouvě. Vybraný uchazeč má zato, že zákon principiálně stanovuje povinnost zadavatele uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem v souladu s návrhem obsaženým v nabídce a připuštěny jsou pouze formální úpravy textu. Takovými úpravami však v žádném případě nemohou být změny v identitě zhotovitele, neboť by takový postup byl v rozporu s ust. § 82 odst. 2 zákona. Správnou identifikaci smluvních stran a nadanost právní subjektivitou považuje vybraný uchazeč za nezbytný předpoklad platnosti právního úkonu. Dle názoru vybraného uchazeče tak zadavatel napadeným rozhodnutím splnil povinnost stanovenou zákonem, když jakýkoliv jiný postup by zakládal jeho porušení.

Vybraný uchazeč také poukazuje na další, podstatné vady nabídky navrhovatele, které by podle něj měly vést k jeho vyloučení. Mezi takové nedostatky řadí prokázání kvalifikace pomocí subdodavatele, když smlouva navrhovatele se subdodavatelem nebyla podepsána k tomu oprávněným vedoucím účastníkem sdružení, nedoložení požadované bankovní záruky za jakost a prokázání technické kvalifikace dostatečným rozsahem významných stavebních prací a požadavků na odbornou kvalifikaci geodeta. Následkem těchto skutečností má být dle vybraného uchazeče nesplnění kvalifikace navrhovatelem.

Nesplnění kvalifikace navrhovatelem pak vybraný uchazeč rozvádí v samostatném podání ze dne 22.5.2009, kde podrobně rozebírá jednotlivé referenční zakázky uvedené navrhovatelem v jeho nabídce. U všech těchto referenčních zakázek navrhovatele konstatuje vybraný uchazeč nesoulad s požadavky zadavatele, který podle něj vede k nesplnění kvalifikačních předpokladů a je důvodem k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení (podrobněji viz dále). Stejným způsobem pak vybraný uchazeč hodnotí i splnění požadavků zadavatele navrhovatelem stran kvalifikace hlavního stavbyvedoucího, jeho zástupce a odpovědného geodeta, kdy podle názoru vybraného uchazeče jejich odborná kvalifikace neodpovídá požadavkům zadavatele vymezeným v zadávací dokumentaci ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.

Stanoviska k podkladům rozhodnutí

Dne 14.5.2009 a 10.6.2009 Úřad obdržel vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí. Navrhovatel zde zpochybňuje argumentaci vybraného uchazeče, předloženou dne 11.5.2009. Podle názoru navrhovatele byly všechny podmínky zadávací dokumentace i kvalifikační předpoklady splněny nejpozději při podání vyjasnění nabídky a neexistuje tedy důvod, proč by měl být navrhovatel z další účasti v zadávacím řízení vyloučen. K námitce vybraného uchazeče stran splnění kvalifikačních předpokladů pak navrhovatel dovozuje, že s ohledem na fakta uvedená vybraným uchazečem měl tento zjevně možnost prostudovat jeho nabídku, ačkoli mu to platná právní úprava neumožňuje, čímž se navrhovatel cítí být v rámci zadávacího řízení diskriminován. V ostatním navrhovatel setrvává na svých dřívějších stanoviscích obsažených v návrhu a výše citovaných podáních.

Dne 10.6.2009 Úřad obdržel vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí, kde se zadavatel vyjadřuje k posouzení splnění podmínek kvalifikace navrhovatelem a v této souvislosti namítaným rozporům uváděným vybraným uchazečem. K tomu zadavatel uvádí, že při posuzování kvalifikace vycházel výhradně z údajů uvedených v nabídkách uchazečů s tím, že jejich pravdivost u žádného z uchazečů nezkoumal, neboť vycházel z předpokladu, že povinností uchazečů je v nabídce uvádět vždy pravdivé údaje. Z tohoto důvodu posoudil zadavatel kvalifikace navrhovatele jako prokázanou. Tento postup zadavatel odůvodňuje tvrzením, že zákon nestanovuje povinnost zadavatele přezkoumat pravdivost údajů o kvalifikaci.

K návrhu smlouvy o dílo

Podle ust. § 68 odst. 2 zákona musí být v nabídce uvedeny identifikační údaje uchazeče, nabídka dále obsahuje návrh smlouvy podepsaný osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče a prohlášení podepsané osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče, z něhož vyplývá, že je uchazeč vázán celým obsahem nabídky po celou dobu běhu zadávací lhůty. Součástí nabídky jsou rovněž další dokumenty požadované tímto zákonem či zadavatelem. V otevřeném řízení a ve zjednodušeném podlimitním řízení jsou součástí nabídky rovněž doklady a informace prokazující splnění kvalifikace, nestanoví-li zadavatel jinak.

Podle ust. § 76 odst. 1 zákona posoudí hodnotící komise nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny.

Podle ust. § 76 odst. 2 zákona může hodnotící komise v případě nejasností požádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky. V žádosti hodnotící komise uvede, v čem spatřuje nejasnosti nabídky, které má uchazeč vysvětlit. Hodnotící komise nabídku vyřadí, pokud uchazeč nedoručí vysvětlení ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti o vysvětlení nabídky, nestanoví-li hodnotící komise lhůtu delší.

Podle ust. § 76 odst. 6 zákona vyloučí veřejný zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena. Vyloučení uchazeče včetně důvodů mu veřejný zadavatel bezodkladně písemně oznámí.

Podle ust. § 829 obč. zák. se několik osob může sdružit, aby se společně přičinily o dosažení sjednaného účelu. Sdružení nemají způsobilost k právům a povinnostem.

Podle ust. § 835 odst. 2 obč. zák. jsou ze závazků vůči třetím osobám účastníci sdružení zavázáni společně a nerozdílně.

Podle ust. § 836 odst. 1 obč. zák. rozhodují účastníci o obstarávání společných věcí jednomyslně, není-li ve smlouvě stanoveno jinak

Podle ust. § 10 odst. 2 obch. zák. platí, že podniká-li více osob pod společným jménem bez založení právnické osoby, jsou tyto osoby povinny splnit závazky vzniklé při tomto podnikání společně a nerozdílně.

V šetřeném případě posuzovala zadavatelem jmenovaná hodnotící komise nabídku navrhovatele. Při svém druhém jednání dne 20.1.2009 komise dopěla k závěru, že platnost navrhovatelem předloženého návrhu smlouvy o dílo je sporná, neboť tento návrh není podepsán oprávněnými subjekty – účastníky sdružení VHS Jihlavsko – nýbrž pouze vedoucím účastníkem sdružení společností Chemkostav, a.s., s dovětkem „sdružení VHS Jihlavsko“. Podle názoru hodnotící komise není sdružení subjektem způsobilým k právním úkonům, vyžádala si proto dopisem ze dne 20.1.2009 písemné vysvětlení nabídky navrhovatelem, k čemuž stanovila lhůtu 5 pracovních dní. Navrhovatel podal dne 29.1.2009 vysvětlení nabídky, ve kterém obhajuje platnost návrhu smlouvy o dílo s tím, že je podepsána vedoucím členem sdružení VHS Jihlavsko, který je na základě smlouvy o sdružení ze dne 10.12.2008 pověřen k uzavření smlouvy o dílo a k zastupování sdružení vůči třetím osobám. Na svém třetím jednání dne 2.2.2009 posoudila hodnotící komise vyjasnění navrhovatele a dospěla k závěru, že není dostatečně odborně způsobilá k vyslovení závěru týkajícího se právního posouzení platnosti sporného návrhu smlouvy o dílo. Z tohoto důvodu rozhodla vyžádat si odborná právní stanoviska k předmětnému návrhu smlouvy. V odborných právních stanoviscích vypracovaných na žádost hodnotící komise Doc. JUDr. Karlem Markem CSc. ze dne 9.2.2009 a AK Mokrý, Pokorný & Partners, s.r.o., ze dne 18.2.2009 byla vyslovena neplatnost návrhu smlouvy o dílo.

Navrhovatel v této souvislosti předložil dne 19.2.2009 hodnotící komisi tři vlastní odborná právní stanoviska Advokátní společnosti Pánek, Beránek, Melichar, v.o.s., ze dne 6.2.2009, KŠD Šťovíček, advokátní kancelář, v.o.s., ze dne 11.2.2009 a Doc. JUDr. Gabriely Dobrovičové, CSc. ze dne 13.2.2009. V těchto stanoviscích se jejich zpracovatelé vyslovují ve prospěch navrhovatele s tím, že návrh smlouvy sice není zpracován po formální stránce bezvadně, jde však o odstranitelnou vadu, která bez dalšího nečiní předložený návrh smlouvy neplatným.

Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20.2.2009 vyplývá, že hodnotící komise konstatovala rozpor mezi výše citovanými stanovisky a z důvodu nesplnění zadávacích podmínek nabídku navrhovatele z dalšího posuzování vyřadila. V dalším hodnocení nabídek komise doporučila zadavateli jako nejvýhodnější nabídku vybraného uchazeče.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech. Po zhodnocení všech podkladů, zejména zadávací dokumentace, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění Úřad konstatuje, že zadavatel při

posouzení nabídky navrhovatele nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Smlouva o sdružení ze dne 10.12.2008 uzavřená mezi společnostmi Chemkostav a.s., IČ 36191892, se sídlem Priemyselná 3931, 071 01 Michalovce, Slovenská republika, AGROSTAV, akciová společnost, IČ 46904662, se sídlem Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava, Stavební firma Škrabal spol. s r.o., IČ 13694201, se sídlem Vránova 143, 612 00 Brno a IPOS PS s.r.o., IČ 28317122, se sídlem Hruškové Dvory 6, 586 01 Jihlava, obsahuje v článku I. označeném jako „Účel a předmět smlouvy“ mj. následující ustanovení.

Podle odst. 1 spojují účastníci sdružení části svých kapacit tak, aby vytvořili dostatečný základ pro úspěšný společný postup v rámci veřejné zakázky na stavební práce a služby při realizaci akce „Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko“ a rovněž odpovídající základ pro úspěšné zvládnutí dané akce po realizační stránce. Podle odst. 2 se účastníci dohodli na označení názvu sdružení „VHS Jihlavsko“. V případě, že bude vedoucí účastník sdružení jednat v zájmu sdružení nebo jeho jménem, uvede při svém názvu firmy i dodatek „VHS Jihlavsko“. Podle odst. 3 je vedoucí účastník sdružení oprávněn přijímat závazky, pokyny a platby za všechny účastníky sdružení. V odst. 4 je jako vedoucí účastník zastupující sdružení navenek určena společnost Chemkostav, a.s., která je na základě plné moci obsažené v příloze smlouvy o sdružení oprávněna postupovat v rámci předmětné veřejné zakázky. Podle odst. 7 účastníci uzavřeli smlouvu za účelem získání a následné realizace předmětné veřejné zakázky. Podle odst. 8 je sdružení uzavřeno na dobu neurčitou a to na dobu dosažení účelu sdružení, tedy do vypořádání všech práv a závazků plynoucích z realizace předmětné zakázky. Podle odst. 9 sdružení zaniká v případě, že se nepodaří předmětnou zakázku získat, nebo pokud bude zakázka zadavatelem zrušena.

V článku 2 smlouvy o sdružení je dále uvedeno: Podle odst. 1 je vedoucí účastník sdružení pověřen činit veškeré právní úkony týkající se sdružení a vyplývající z jemu udělené plné moci, která je nedílnou součástí smlouvy. Podle odst. 4 je vedoucí účastník sdružení pověřen k veškerým jednáním o uzavření smlouvy o dílo.

Na základě plné moci, která tvoří přílohu č. 1 výše označené smlouvy o sdružení je vedoucí účastník sdružení – společnost Chemkostav, a.s. – mj. oprávněn k podpisu a podání společné nabídky na zhotovení předmětné zakázky, k jednání se zadavatelem ve všech věcech týkajících se společné nabídky, k zavazování a přejímání instrukcí, závazků a pokynů pro a za kteréhokoli účastníka sdružení a k uzavření smlouvy o realizaci veřejné zakázky mezi zadavatelem a účastníky sdružení.

K otázce posouzení platnosti právního úkonu učiněného navrhovatelem v návrhu smlouvy o dílo k předmětné veřejné zakázce Úřad konstatuje, že v případě pochybností o výkladu zákonných ustanovení týkajících se projednávaného případu je třeba jej posoudit z komplexního hlediska s přihlédnutím k relevantním ustanovením občanského a obchodního zákoníku a rovněž ve světle publikovaných rozhodnutí, která se dotýkají určité dílčí otázky právní normy. Úřad se v tomto směru ztotožňuje s názorem navrhovatele a jím v podaných námitkách odkazovaným rozhodnutím Nejvyššího soudu ČR.

Podle výroku rozsudku Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 83/2001 ze dne 20.5.2003 mohou účastníci sdružení ve smyslu ust. § 829 a násl. obč.zák. činit právní úkony (např. uzavřít smlouvu o dílo) pod společným jménem sdružení. Podle citovaného rozsudku

Úřad analogicky dovozuje, že jestliže účastníci sdružení ve smlouvě o sdružení určili, že je bude při uzavírání smlouvy o dílo zastupovat vedoucí účastník Chemkostav, a.s, za současného použití dovětku "VHS Jihlavsko", pak právní úkon učiněný na základě takto smluvně přiznaného oprávnění je platný.

Z citovaného rozsudku vyplývá, že ačkoliv sdružení podle § 829 a násl. obč. zák. nemá právní subjektivitu, český právní řád připouští, aby více osob (zde členové sdružení Chemkostav a.s., AGROSTAV, akciová společnost, Stavební firma Škrabal spol. s r.o. a IPOS PS s.r.o.) podnikalo pod společným jménem (zde pod jménem „VHS Jihlavsko") bez založení právnické osoby, kterou sdružení není, a takto učiněným úkonům přiznává právní závaznost (tzn. že tímto způsobem vzniklé závazky z podnikání jsou účastníci sdružení povinni splnit společně a nerozdílně). V návaznosti na výše citované články smlouvy o sdružení pak lze uzavřít, že námitka neplatnosti smlouvy o dílo pro vady v označení zhotovitele nemůže obstát. Jestliže totiž společnost Chemkostav, a.s., činila právní úkon – předkládala návrh smlouvy o dílo – pod společným jménem „VHS Jihlavsko", které s ostatními účastníky zvolili pro své sdružení, pak jednala způsobem zákonem dovoleným (podle ust. § 10 odst. 2 obch. zák.) a navíc ve shodě s oprávněním založeným v článku I. a II. smlouvy o sdružení.

Obdobně dovozuje Nejvyšší soud ČR i v rozsudku sp. zn. 29 Odo 76/2001 ze dne 24.4.2004, kdy připouští, že jestliže si účastníci sdružení uzavřeného ve smyslu ustanovení § 829 a násl. obč. zák. sjednali způsob jednání a podepisování tak, že podpis jednoho z účastníků zavazuje i ostatní účastníky společně a nerozdílně, pak při uzavírání smlouvy jedná samostatně jednající účastník sdružení nejen za sebe, ale i za ostatní účastníky sdružení, je-li uzavíraná smlouva nepochybně součástí podnikatelských aktivit všech účastníků předmětného sdružení.

V projednávaném případě si pak účastníci smlouvy o sdružení v čl. I. odst. 5 této smlouvy sjednali, že podpis vedoucího účastníka sdružení zavazuje i ostatní účastníky sdružení společně a nerozdílně. Z výše citovaných článků smlouvy o sdružení pak vyplývá, že je zřejmou vůlí všech jejích účastníků, aby za ně jednal a smlouvu o dílo podepsal vedoucí účastník sdružení – Chemkostav, a.s. Při podpisu návrhu smlouvy o dílo vedoucím účastníkem sdružení za současného použití dovětku „VHS Jihlavsko" byl tedy tento právní úkon učiněn společně a nerozdílně všemi účastníky sdružení, neboť byl bezesporu součástí jejich společných podnikatelských aktivit, jak vyplývá z čl. I. odst. 1 smlouvy o sdružení. Ze skutečnosti, že vedoucí účastník sdružení na základě udělené plné moci podepsal prostřednictvím svého statutárního orgánu návrh smlouvy o dílo jako zástupce sdružení „VHS Jihlavsko" (tedy zástupce všech jeho účastníků), vyplývá jednoznačný projev vůle ostatních, ve smlouvě o dílo neuvedených účastníků sdružení k uzavření této smlouvy. Takový projev vůle je plně způsobilý vyvolat zamýšlené právní následky uzavření smlouvy, závazky ve smlouvě uvedené vzniknou a tato smlouva tedy nemůže být neplatná.

K argumentům zadavatele stran podstatných změn smlouvy pak Úřad podotýká, že jestliže by vada označení zhotovitele v návrhu smlouvy o dílo spočívala pouze ve skutečnosti, že v návrhu smlouvy o dílo je dovětek „sdružení VHS Jihlavsko" vypsán textově před firmu Chemkostav, a.s., jako vedoucího účastníka sdružení, a ne za tuto firmu, úprava tohoto nedostatku postupem podle ust. § 82 odst. 2 zákona nepředstavuje změnu identifikace zhotovitele, neboť pouhé přesunutí textu nic nemění na faktu, že jako smluvní strana je ve smlouvě o dílo shodně s jejím návrhem uvedeno sdružení „VHS Jihlavsko", jehož účastníky jsou čtyři strany uvedené ve smlouvě o sdružení a jsou zastoupeny jednou z nich – společností

Chemkostav, a.s., která je smluvně zmocněna všechny účastníky zavazovat rukou společnou a nerozdílnou. Taková úprava tedy podle Úřadu nepředstavuje podstatnou změnu smlouvy, která by zakládala rozpor jednání zadavatele s ust. § 82 odst. 2 zákona.

V souvislosti s předmětným zadávacím řízením Úřad konstatuje, že je třeba vyzdvihnout snahu zadavatele o dodržení základních zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, zejména při posouzení nabídek, kdy zadavatel neváhal několikrát odložit hodnocení nabídek a opakovat jednání hodnotící komise proto, aby si vyžádal odborná právní stanoviska k nabídce navrhovatele a nabyl tak právní jistoty ohledně svých rozhodnutí. I v ostatních požadavcích na zadavatele kladených postupoval podle zákona, s ohledem na výše uvedené odůvodnění se však Úřad v projednávané věci přiklonil k opačnému stanovisku.

Vzhledem ke všem výše uvedeným skutečnostem Úřad uzavírá, že rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení nebylo v souladu s ust. § 76 odst. 6 v návaznosti na ust. § 76 odst. 1 zákona, neboť navrhovatel ve své nabídce zákonným požadavkům vyhověl a jeho nabídka tedy neměla být vyřazena.

Ke splnění kvalifikačních předpokladů navrhovatelem

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

Podle vyjádření vybraného uchazeče ve správním řízení ze dne 22.5.2009 navrhovatel nesplnil požadavky zadavatele na prokázání technických kvalifikačních předpokladů týkajících se seznamu významných stavebních prací provedených navrhovatelem. Tento fakt je dle vybraného uchazeče důvodem k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Tímto způsobem pak vybraný uchazeč hodnotí rovněž splnění požadavků zadavatele navrhovatelem stran kvalifikace hlavního stavbyvedoucího, jeho zástupce a odpovědného geodeta, kdy podle názoru vybraného uchazeče jejich odborná kvalifikace neodpovídá požadavkům zadavatele vymezeným v zadávací dokumentaci ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.

Podle článku 3.4.3 zadávací dokumentace vymezil zadavatel minimální úroveň kvalifikačního předpokladu seznamu stavebních prací provedených dodavatelem následovně:

- minimálně jednu vodohospodářskou stavbu na výstavbu nebo rekonstrukci liniových staveb (vodovody, kanalizace) v hodnotě minimálně 150 mil. Kč
- a další dvě vodohospodářské stavby v hodnotě min, 80 mil. Kč, přičemž předmětem plnění jedné z nich byla rekonstrukce nebo výstavba kanalizačních sítí.

V části příloha č. 4 formulář 2.4 nabídky navrhovatele tento předkládá seznam čtyř významných stavebních realizací:

- Prešov – pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysa – 217 mil. Kč
- Petrovce – rekonštrukcia vodohospodářského uzla VD Zemplínska Šírava – 120 mil. Kč
- Tunel Branisko – Odkanalizovanie tunela – 176 mil Kč
- Liniové objekty Oddelenia hraničnej policie policejného zboru – 97 mil. Kč

Podle protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 20.1.2009 byl navrhovatel postupem podle ust. § 59 odst. 4 zadavatelem vyzván k objasnění informací týkajících se splnění kvalifikace v části základních a technických kvalifikačních předpokladů a v části

nejasné smlouvy se subdodavatelem (viz výše). Dne 30.1.2009 doručil navrhovatel zadavateli vyjasnění své nabídky ve všech požadovaných bodech.

Podle protokolu o třetím jednání hodnotící komise ze dne 2.2.2009 považuje hodnotící komise objasnění podané navrhovatelem ve všech bodech s výjimkou platnosti předloženého návrhu smlouvy o dílo za dostatečné a kvalifikaci a všechny zadávací podmínky s výjimkou platnosti předloženého návrhu smlouvy o dílo za splněné.

Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20.2.2009 vyplývá, že objasnění kvalifikace považuje hodnotící komise za dostatečné a nabídku navrhovatele vyřazuje pouze pro nesplnění zadávacích podmínek z důvodu předložení neplatného návrhu smlouvy o dílo.

Úřad přezkoumal obsah nabídky navrhovatele a konstatuje, že v případě uváděných referenčních staveb se vždy jedná o liniové vodohospodářské stavby, kdy finanční limity uváděné navrhovatelem vždy odpovídají požadavkům zadavatele stanoveným v zadávací dokumentaci, přičemž navrhovatel uvádí namísto tří požadovaných referenčních staveb o jednu navíc. Tento závěr koresponduje i s posouzením kvalifikace učiněným zadavatelem a splnění kvalifikace tak dle názoru Úřadu lze mít za prokázané. Jelikož se navíc tímto rozhodnutím vrací zadávací řízení do fáze před posouzením a hodnocením nabídek jednotlivých uchazečů, je zcela v kompetenci zadavatele provést nové posouzení podmínek kvalifikace, případně vyžádat si doplnění informací objasňujících jejich splnění a sankcionovat jejich případné nesplnění vyloučením kteréhokoli uchazeče ze zadávacího řízení.

Uložení nápravného opatření

Dle ust. § 118 zákona uloží Úřad 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 podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, jinak řízení zastaví.

Úřad v průběhu správního řízení zjistil, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 76 odst. 6 v návaznosti na ust. § 76 odst. 1 zákona tím, že ze zadávacího řízení vyloučil navrhovatele, pro nesplnění zadávacích podmínek, přestože navrhovatelem předložený návrh smlouvy o dílo je platný.

Jelikož následkem vyloučení navrhovatele nebyla dále posuzována a hodnocena jeho nabídka, shora uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Úřad dále uvádí, že při rozhodování podle § 118 zákona je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. zásady transparentnosti, zásady rovného zacházení a nediskriminace. Vzhledem k tomu, že zadavatel závažně pochybil při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení pro nesplnění zadávacích podmínek, musel Úřad zrušit úkony zadavatele spočívající ve vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a všechny následující úkony učiněné zadavatelem. Úřad tak vrátil celé zadávací řízení do stavu před posouzením splnění zadávacích podmínek jednotlivými uchazeči. Je tedy třeba opět posoudit splnění zadávacích podmínek jednotlivými uchazeči, přičemž je nutné vzít na vědomí stanovisko Úřadu vyjádřené v tomto rozhodnutí.

S ohledem na výše uvedené skutečnosti rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

Náklady řízení

Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 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 ust. § 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.

Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím došlo ke zrušení jednotlivých úkonů zadavatele, které mohly mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto 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. Pavel Herman
ředitel sekce veřejných zakázek

Obdrží:

1) Svaz vodovodů a kanalizací Jihlavsko, Žižkova 93, 586 01 Jihlava

2) AGROSTAV, akciová společnost, Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava

3) SYNER VHS Vysočina, a.s., Na Hranici 14, 586 01 Jihlava

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce