

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE
601 56 Brno, Joštova 8

ROZHODNUTÍ

Č.j.: S 564-R/05-422/140/ZH

V Praze dne 22.11.2005

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 6.10.2005 podle ustanovení § 96 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb. na návrh ze dne 6.10.2005 uchazeče Waagner-Biro Bavaria Systems GmbH, se sídlem Am Schönbühl 12, D-92729 Weiherhammer, Spolková republika Německo, právně zastoupený na základě plné moci ze dne 4.10.2005 advokátem Mgr. Danielem Zejdou, AK HAVEL & HOLÁSEK, v.s.o., se sídlem Týn 1049/3, 110 00 Praha 1, na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Národní divadlo, se sídlem Ostrovní 1, 112 30 Praha 1, zastoupené ředitelem Akad. arch. Danielem Dvořákem, učiněných při zadávání veřejné zakázky „Modernizace systému tahů na jevišti historické budovy ND“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 28.6.2005 pod ev. č. 50009980, rozhodl **takto**:

podle § 101 odst. 5 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb. a zákona č. 377/2005 Sb., se řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Národní divadlo, učiněných při zadávání veřejné zakázky „Modernizace systému tahů na jevišti historické budovy ND“ **zastavuje**, neboť orgán dohledu neshledal porušení cit. zákona.

Odůvodnění

Národní divadlo, se sídlem Ostrovní 1, 112 30 Praha 1, zastoupené ředitelem Akad. arch. Danielem Dvořákem (dále jen „zadavatel“), uveřejnil na centrální adrese dne 28.6.2006 oznámení o otevřeném zadávacím řízení pod evid. č. 50009980 podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb. a zákona č. 124/2005 Sb. (dále jen „zákon“) na nadlimitní veřejnou zakázku „Modernizace systému tahů na jevišti historické budovy ND“.

Zadavateli bylo podáno 5 nabídek. Zadavatelem jmenovaná hodnotící komise provedla otevírání obálek s nabídkami dne 19.8.2005. Protokol o otevírání obálek vypracovaný hodnotící komisí splňuje podmínky ustanovení § 60 zákona. V protokolu je dále uvedeno, že nabídky splnily požadavky podle ustanovení § 59 odst. 3 zákona. První jednání hodnotící komise konané dne 19.8.2005 mělo na programu organizační záležitosti ve smyslu ustanovení § 58 odst. 1 zákona. Ve fázi posuzování byly hodnotící komisí 4 nabídky vyřazeny ze zadávacího řízení z důvodu nesplnění zadávacích podmínek, konkrétně nedoložení dokladů (certifikátů) k prokázání technické způsobilosti uchazeče. Zadavatel navržené uchazeče ze zadávacího řízení vyloučil rozhodnutím ze dne 1.9.2005.

Jedním z vyloučených byl uchazeč Waagner-Biro Bavaria Systems GmbH, se sídlem Am Schönbühl 12, D-92729 Weiherhammer, Spolková republika Německo, právně zastoupený advokátem Mgr. Danielem Zejdou, AK HAVEL & HOLÁSEK, v.s.o., se sídlem Týn 1049/3, 110 00 Praha 1, na základě plné moci ze dne 4.10.2005 (dále jen „uchazeč“). Jako důvod vyloučení zadavatel uvedl nedoložení certifikátu vystaveného autorizovanou zkušebnou, potvrzující, že nabízený systém řízení splňuje požadavky na bezpečnost kategorie 4 dle EN 954–1 k prokázání technické způsobilosti, což bylo uvedeno jako podmínka v oznámení zadávacího řízení i v zadávací dokumentaci v bodu 9.4. písm. c). Dále zadavatel požadoval, aby uvedený doklad byl předložen v originále, stejnopise, nebo úředně ověřené fotokopii dokumentu.

Uchazeč podal námitku ze dne 12.9.2005 proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení ze zadávacího řízení. Zadavatel obdržel námitku ze dne 12.9.2005 týž den faxem, následně dne 16.9.2005 dodanou smluvním přepravcem. V námitce uchazeč uvedl, že součástí jeho nabídky je certifikát vystavený autorizovanou zkušebnou potvrzující, že nabízený systém řízení splňuje požadavky na bezpečnost SIL3 EN 61508 (VDE 0803), který zaručuje nejen splnění všech požadavků původní EN 954–1, ale požadavků ještě širších. Vzhledem k tomu, že se jedná o novější verzi evropské normy, a tedy o rozšíření působnosti starší EN 954–1 normou novou (EN 61508), má uchazeč za to, že podmínka prokázání technické způsobilosti je nejen splněna, nýbrž svými parametry překročena. Tímto argumentem žádal o revokaci rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z další účasti v otevřeném zadávacím řízení.

Zadavatel v písemném sdělení ze dne 21.9.2005 námitkách nevyhověl. V odůvodnění zadavatel uvedl, že stanovil v podmínkách zadání, jako nezbytný požadavek k prokázání kvalifikace i předložení zmiňovaného certifikátu nejen proto, že uvedená norma EN 954–1 Bezpečnost strojních zařízení – bezpečnost částí řídicích systémů (platná od února roku 1998), ve své části 1. Všeobecné zásady pro konstrukci, uvádí bezpečnostní požadavky a pokyny pro zásady konstrukce bezpečnostních částí řídicích systémů, ale zejména proto, že je to norma harmonizovaná s nařízením vlády č. 24/2003 Sb., kterým se stanoví technické požadavky na strojní zařízení. Dalším požadavkem k prokázání kvalifikace bylo předložení certifikátu, prokazujícího splnění požadavků bezpečnosti a integrity úrovně 3 dle EN 61508. Tato norma zahrnuje 7 částí a všechny tyto části byly vydány v září roku 2002. Ani jedna z těchto částí není harmonizována s jakýmkoliv nařízením vlády a zadavatel tuto podmínku specifikoval z důvodu jiných potřeb vztahujících se na systémy související s bezpečností (na hardware a software). Obě zmiňované normy byly tvořeny nezávisle na sobě, proto zadavatel požadoval předložení obou certifikátů současně a jejich nedoložení musel zadavatel považovat za nesplnění kvalifikace.

Dne 6.10.2005 byl na adresu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) doručen návrh uchazeče ze dne 6.10.2005, tímto dnem bylo zahájeno správní řízení v souladu s ustanovením § 96 zákona na přezkoumání úkonů zadavatele ve věci vyloučení z otevřeného zadávacího řízení. Uchazeč má zato, že zadavatel porušil zákon tím, že nesprávně posoudil doklad předložený navrhovatelem k prokázání technické způsobilosti a po formální stránce nevhodně stanovil kritéria k prokázání technické způsobilosti a v důsledku toho vyloučil navrhovatele z otevřeného řízení a přidělil veřejnou zakázku uchazeči, který podal nabídku s výrazně vyšší nabídkovou cenou. Uchazeč popsal rozpor v posouzení výše uvedených podkladů a dále uvedl, že předložil v nabídce certifikát vystavený autorizovanou zkušebnou TÜV Süddeutschland Bau und Betrieb GmbH spolu s úředně ověřeným překladem osvědčení vystavený příslušnými orgány pro kontrolu jakosti nebo uznávanými institucemi potvrzujícími shodu, která dosvědčí, že jsou dodržovány určité specifikace nebo normy

výrobků ve smyslu § 33 odst. 1 písm. b) bod 4. zákona, potvrzující, že uchazečem nabízený systém řízení splňuje požadavky bezpečnosti a integrity úrovně 3 dle EN 61508 a je přesvědčen, že kvalifikaci splnil tím, že doložil certifikát úrovně 3 dle normy EN 61508, který představuje novější verzi normy EN 954-1.

Přestože norma EN 61508 není z formálního hlediska nástupcem normy EN 954-1, jedná se o normu, která v oblasti dodávek systémů tahů na jevištích divadel vyjadřuje, na rozdíl od starší normy EN 954-1, aktuální stav vývoje techniky v oblasti zabezpečení takových systémů. Certifikace dodávek autorizovanými zkušebnami proto v zemích západní Evropy v posledních letech probíhá ve vztahu k normě EN 61508, přičemž norma 954-1 je vždy uváděna jako norma související, jejíž dodržení je zásadním předpokladem pro certifikaci systému na bázi EN 61508. Obě normy jsou v České republice použitelné. Jednou z odlišností normy EN 954-1 od normy EN 61508 je nicméně skutečnost, že norma EN 954-1 je harmonizována se směrnicí Evropského parlamentu a Rady 98/37/ES o sblížení právních předpisů členských států, vztahujících se ke strojním zařízením, resp. s nařízením vlády č. 24/2003 S., kterým se stanoví technické požadavky na strojní zařízení. Toto nařízení je právním předpisem implementujícím směrnicí do českého právního řádu.

Uchazeč je přesvědčen, že doložením certifikátu obsaženého v nabídce nejenže splnil, nýbrž převýšil požadavky na technickou způsobilost a kvalifikaci a z otevřeného řízení byl vyloučen protiprávně. Pokud by zadavatel trval z formálních důvodů na doložení dvou rozdílných certifikátů, měla by po formální stránce nevhodně stanovená podmínka k prokázání technické způsobilosti výrazně diskriminační důsledky pro některé uchazeče.

Nabídka uchazeče měla nejnižší nabídkovou cenu, přičemž výše nabídkové ceny byla jediným kritériem pro hodnocení nabídek. Vzhledem k vyloučení uchazeče však nebyla jeho nabídka hodnocena. Pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, byla by veřejná zakázka přidělena uchazeči. Nezákonné úkony zadavatele mají proto zásadní vliv na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek a v jejich důsledku uchazeči vzniká, resp. hrozí vznik škody ve formě ušlého zisku z nepřidělení veřejné zakázky a nákladů na účast v otevřeném řízení, jakož i nákladů vynaložených uchazečem v souvislosti s přezkoumáním úkonů zadavatele ze strany orgánu dohledu.

Z uvedených důvodů uchazeč navrhl, aby orgán dohledu vydal podle ustanovení § 100 zákona předběžné opatření, kterým by zakázal uzavřít smlouvu s uchazečem, jemuž byla veřejná zakázka přidělena, případně zakázal plnění z již uzavřené smlouvy a zajistil tak účel tohoto řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

Orgán dohledu obdržel dne 13.10.2005 od uchazeče doplňující následující doklady:

- originál stanoviska znalce TÜV Süddeutschland Bau und Betrieb GmbH ze dne 29.9.2005 s úředně ověřeným překladem do češtiny,
- kopie originálu záruční listiny s úředně ověřeným překladem do češtiny,
- kopie dokladu o opětovném složení uvolněné jistoty ve formě bankovní záruky.

Orgán dohledu vydal dne 17.10.2005 předběžné opatření podle ustanovení § 100 odst. 1 zákona, ve kterém zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení. Zadavatel i uchazeč obdrželi předběžné opatření dne 21.10.2005.

Dne 26.10.2005 orgán dohledu obdržel od zadavatele dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky a stanovisko k obsahu návrhu.

Zadavatel ve stanovisku ze dne 24.10.2005 uvedl, že vyžadoval předložení certifikátu, že dodávané zařízení splňuje požadavky na bezpečnost kategorie 4 dle EN 954-1 Bezpečnost strojních zařízení – bezpečnostní části řídicích systémů proto, že tato norma uvádí bezpečnostní požadavky a pokyny a navíc je harmonizována s nařízením vlády č. 24/2003 Sb., kterým se stanoví bezpečnostní požadavky na strojní zařízení. Uplatnění normy EN 954-1 je v současné době jedinou možností, jak splnit požadavky směrnice o Strojních zařízeních EU a stroj nebo jiné zařízení opatřit označením CE.

Předložení certifikátu, prokazujícího splnění požadavků bezpečnosti a integrity úrovně 3 dle EN 61508 specifikoval zadavatel jako druhou část technického kritéria, a to z důvodu splnění dalších nezbytných požadavků, vztahujících se na systém související s bezpečností – na hardware a software. Norma EN 61508 je pro tento případ doplněním k normě EN 954-1, popisuje požadavky na komplexní, programovatelnou elektroniku a sběrnice spojení pro systémy s funkcemi relevantními pro bezpečnost. Na rozdíl od normy EN 954-1 není tato norma harmonizována pod Směrnicí pro strojní zařízení a certifikát pro normu EN 61508, proto nemůže formálně potvrzovat splnění Směrnice o strojních zařízeních EU.

Pokud uchazeč tvrdí, že norma EN 61508 odráží aktuální stav vývoje techniky v oblasti zabezpečení tahových systémů a její dodržení zaručuje vyšší bezpečnost tahových systémů než dodržení normy EN 954-1 a že její doložení v dokumentaci k nabídce je plně dostačující, jedná se o jeho subjektivní názor, se kterým zadavatel pro výše uvedené skutečnosti nesouhlasí.

Výše uvedené skutečnosti potvrzuje i expertní stanovisko Českého normalizačního institutu, které si zadavatel pro potvrzení správnosti svého postupu vyžádal.

Zadavatel v rámci prokázání technické způsobilosti vyžadoval doložení obou certifikátů vztahujících se k normám EN 954-1 a EN 61508. Pokud je uchazeč v souladu s podmínkami zadání nedoložil, bylo jeho vyloučení ze zadávacího řízení v souladu se zákonem.

Uchazeč, v odst. III návrhu dále dovozuje, že jeho nabídka s nejnižší nabídkovou cenou by v případě, že by zadavatel postupoval v souladu se zákonem musela být hodnocena nejlépe a veřejná zakázka by musela být přidělena právě uchazeči.

Zadavatel považuje tuto argumentaci za naprosto účelovou a pro posouzení oprávněnosti vyloučení za nadbytečnou. Nabídka nemohla být posuzována a hodnocena z důvodu vyloučení uchazeče pro nesplnění zadávacích podmínek.

Vzhledem k výše uvedenému žádá zadavatel orgán dohledu, aby zamítl návrh uchazeče v celém rozsahu a potvrdil oprávněnost jeho vyloučení ze zadávacího řízení.

Účastníky správního řízení jsou podle § 58 zákona:

- a) Národní divadlo, se sídlem Ostrovní 1, 112 30 Praha 1, zastoupené ředitelem Akad. arch. Danielem Dvořákem,

- b) Waagner-Biro Bavaria Stage Systems GmbH, se sídlem An Schönbühl 12, D-92729 Weiherhammer, právně zastoupený advokátem Mgr. Ing. Danielem Zejdou, AK, HAVEL & HOLÁSEK v.o.s., se sídlem Týn 1049/3, 110 00 Praha 1.

Uchazeč dne 11.11.2005 nahlédl do spisu. V záznamu o nahlédnutí do spisu uvedl, že zašle orgánu dohledu své vyjádření ke stanovisku zadavatele ze dne 24.10.2005 k návrhu uchazeče a vyjádření Českého normalizačního institutu ze dne 19.9.2005 k dotazu zadavatele ohledně podmínek použití norem ČSN EN 954-1 a ČSN EN 61508. Ve vyjádření uchazeče ze dne 16.11.2005 tento opakovaně popisuje argumenty na podporu svého přesvědčení, že byl ze zadávacího řízení vyloučen protiprávně.

Orgán dohledu přezkoumal v souladu s ustanovením § 96 odst. 2 zákona rozhodnutí zadavatele o námitkách uchazeče ze dne 22.7.2005 ve zveřejněném otevřeném zadávacím řízení výše uvedené podlimitní veřejné zakázky. Ve správním řízení Úřad provedl, podle ustanovení § 32 odst. 1 a § 34 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, dokazování návrhem uchazeče, obsahem předané dokumentace o veřejné zakázce a obsahem stanoviska zadavatele k zahájenému správnímu řízení. Úřad konstatuje, že zadavatel rozhodnutím o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení ze dne 1.9.2005 neporušil zákon.

Zadavatel jednoznačně požadoval v zadávací dokumentaci, aby uchazeči ve smyslu § 33 odst. 1 písm. b) bod 4 zákona doložili certifikáty potvrzující, že nabízený systém řízení tahů splňuje

- požadavky bezpečnosti a integrity úrovně 3 dle EN 61508 a
- požadavky na bezpečnost kategorie 4 dle EN 954-1.

Uchazeč v nabídce certifikát potvrzující, že nabízený systém řízení tahů splňuje požadavky na bezpečnost kategorie 4 dle EN 954-1 nepředložil.

Je plně v kompetenci zadavatele, aby stanovil kritéria k prokázání kvalifikačních předpokladů. Zadavatel je při tom pouze vázán podmínkou podle § 30 odst. 3 zákona, že požadavky na splnění kvalifikace včetně dokladů požadovaných k jejich prokázání uvede zadavatel v oznámení zadávacího řízení a podle § 33 odst. 2 zákona, kdy je zadavatel povinen stanovit způsob prokázání technické způsobilosti, což zadavatel jasně stanovil.

To, že zadavatel požadoval předložení certifikátů obou norem nelze považovat za diskriminační, neboť jak bylo výše uvedeno je stanovení kvalifikačních kritérií v kompetenci zadavatele a nebylo prokázáno, že by certifikát prokazující splnění normy EN 61508 vylučoval možnost předložit současně i certifikát k EN 954-1.

Ze žádného dokladu obsaženého v nabídce uchazeče také nevyplývá, že norma EN 954-1 je související norma, jejíž dodržení je zásadním předpokladem pro certifikaci systému na bázi normy EN 61508. Jak vyplývá ze stanoviska Českého normalizačního institutu byly obě normy tvořeny nezávisle na sobě různými organizacemi – EN 954-1 Evropským výborem pro normalizaci (CEN) a EN 61508 1 až 7 Evropským výborem pro normalizaci v elektrotechnice (CENELEC), a tedy EN 954-1 není starší verzí EN 61508 1 až 7.

Zbylý uchazeč, jehož nabídka byla posuzována a hodnocena zadavatelem požadované certifikáty v nabídce doložil.

Pokud tedy zadavatel vyloučil uchazeče z důvodu nedoložení požadovaného certifikátu splnil povinnost podle ustanovení § 39 odst. 2 zákona, podle kterého uchazeči, kteří nesplní kvalifikaci, musí být z otevřeného řízení zadavatelem vyloučeni.

Orgán dohledu se hodnocením nabídek nezabýval, neboť je pouze na posouzení zadavatele, zda hodnocená nabídka má k předmětu plnění veřejné zakázky odpovídající nabídkovou cenu.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí je možno podat do 15 dnů od jeho doručení rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže - odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, Joštova 8, 601 56 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

Mgr. Jindřiška Koblihová
náměstek předsedy ÚOHS
pověřený řízením sekce veřejných zakázek

Rozhodnutí obdrží:

1. Národní divadlo, Ostrovní 1, 112 31 Praha 2
2. Advokátní kancelář, HAVEL & HOLÁSEK, Týn 1049/3, 110 00 Praha 1