



UOHSX001IHEI

Č. j. ÚOHS-S220/2009-16376/2009/530/RKř

V Brně dne 3. března 2010

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 10.8.2009 na návrh ze dne 10.8.2009, jehož účastníky jsou

- zadavatel - Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČ 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, zastoupená Radovanem Šteinerem, předsedou představenstva a Ing. Martinem Dvořákem, místopředsedou představenstva,
- navrhovatel – společnost MOTT MACDONALD Praha, spol. s r. o., IČ 48588733, se sídlem Národní č. p. 984/15, 110 00 Praha 1 za niž jedná Ing. Jiří Petrák, jednatel, ve správním řízení zastoupená Mgr. Tomášem Machurkem, advokátem, advokátní kancelář MT Legal, s. r. o., se sídlem Jakubská 1, Brno, adresa pro doručování Karolíny Světlé 25, 110 00 Praha,
- vybraný uchazeč – společnost METROPROJEKT Praha a. s., IČ 45271895, se sídlem I.P. Pavlova 2/1786, 120 00 Praha, za niž jedná Ing. Jiří Pokorný, předseda představenstva a Ing. David Krása, místopředseda představenstva, zastoupený na základě plné moci ze dne 17.8.2009 JUDr. Petrem Balcarem, advokátem, se sídlem Elišky Peškové 735/15, 150 00 Praha 5

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Zpracování projektové dokumentace pro územní a stavební řízení a výkon autorského dozoru na stavbu „výstavba trasy I.D metra v Praze“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 7.4.2009 pod ev. č. 60029941 ve znění oprav uveřejněných dne 20.4.2009 a 18.5.2009, a v Úředním věstníku EU uveřejněno dne 9.4.2009 pod zn. 2009/S 69-100410,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČ 00005886, nedodržel postup stanovený v ustanovení § 76 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 60 odst. 2 citovaného zákona a

§ 6 citovaného zákona tím, že vyloučil uchazeče MOTT MACDONALD Praha, spol. s r. o., IČ 45271895, z účasti v zadávacím řízení, aniž by v rozhodnutí o vyloučení ze dne 9.7.2009 uvedl,

- z jakých důvodů považuje zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče jako neopodstatněné
 - z jakých důvodů uvedený uchazeč nesplnil kvalifikaci,
 - z jakých důvodů uchazeč neprokázal splnění části kvalifikace subdodavatelem,
- příčemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Správní řízení ve věci návrhu navrhovatele MOTT MACDONALD Praha, spol. s r. o., IČ 48588733, proti vymezení podmínek zadání se podle § 114 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zastavuje, neboť nebyly podány oprávněnou osobou.

III.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ruší rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče MOTT MACDONALD Praha, spol. s r. o., IČ 48588733, a všechny následující úkony v zadávacím řízení.

IV.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost – 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 2200950001.

Odůvodnění

Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČ 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, zastoupená Radovanem Šteinerem, předsedou představenstva a Ing. Martinem Dvořákem, místopředsedou představenstva (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 7.4.2009 pod ev. č. 60029941 ve znění oprav uveřejněných dne 20.4.2009 a 18.5.2009, a v Úředním věstníku EU uveřejněno dne 9.4.2009 pod zn 2009/S 69-100410 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zpracování projektové dokumentace pro územní a stavební řízení a výkon autorského dozoru na stavbu „výstavba trasy I.D metra v Praze“ (dále jen „veřejná zakázka“).

Dopisem ze dne 10.6.2009 zadavatel požádal o vyjasnění kvalifikace a mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče společnost MOTT MACDONALD Praha, spol. s r. o., IČ 48588733, se sídlem Národní č. p. 984/15, 110 00 Praha 1 za niž jedná Ing. Jiří Petrák, jednatel, ve správním řízení zastoupená Mgr. Tomášem Machurkem, advokátem, advokátní kancelář MT Legal, s. r. o., se sídlem Jakubská 1, Brno, adresa pro doručování Karolíny Světlé 25, 110 00 Praha (dále jen „uchazeč“ nebo „navrhovatel“).

U vyjasnění kvalifikace zadavatel požadoval vysvětlit následující záležitosti.

Zaměstnanci

Zadavatel se chtěl ubezpečit, že všechny osoby, kterými uchazeč prokazoval některou část kvalifikace (mimo těch, kteří jsou deklarováni jako subdodavatelé) jsou skutečně jeho zaměstnanci. Pochybnost má u zaměstnanců, kteří jsou u uchazeče zaměstnáni méně než 12 měsíců před datem skončení lhůty pro podání nabídek. U těchto osob je nutno předložit doklady těchto osob ke zdravotnímu a sociálnímu pojištění potvrzené příslušnou institucí.

Pojištění

Pojištění odpovědnosti obsahuje výlukou na podzemní práce a budování tunelů. Zadavatel požaduje závazné potvrzení pojišťovny, že pojištění plně pokrývá pojistná rizika požadovaná zadavatelem. Zřejmě by bylo možné pojištění prokázat ze strany Mott MacDonald Limited, ale to by musel být certifikát předložen v originále nebo úředně ověřené kopii. Pojišťovna se musí jasně vyjádřit, že předmětné pojištění se vztahuje na pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobě výkonem autorizovaného inženýra nebo technika činného ve výstavbě.

Účetní závěrky

Účetní závěrky za Mott MacDonald Group Limited zadavatel požadoval převést na české účetní standardy, s tím, že tyto údaje musí být ověřeny auditorem.

Projektové práce

V soupisu staveb osvědčující obraty není zřejmé, zda se jednalo výhradně o projektové práce na stavbách metra nebo na stavbách kolejových staveb sloužících pro hromadnou přepravu cestujících, jejichž součástí byly tunelové stavby o minimální délce tunelu 300m. Zadavatel požaduje čestné prohlášení s popisem jednotlivých akcí a rozdělení mezi uchazeče a subdodavatele.

Významná služba

Zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, že za významnou službu považuje zpracování projektové dokumentace pro územní řízení, stavební řízení a nebo pro realizaci stavby novostavby uceleného úseku metra nebo novostavby kolejové stavby sloužící k hromadné přepravě cestujících, jejichž součástí jsou minimálně 2 stanice a tunelové objekty o min. délce tunelu 300m, a to s minimálními investičními náklady 3 mld. Kč pro každou stavbu. Zadavatel si není jistý, zda se v nabídce jedná o skutečné zpracování projektové dokumentace či jde o výkon projektového managementu. Dále zadavatel namítá, že úřední

překlady osvědčení jsou provedeny z pouhých prostých kopií osvědčení. Zadavatel požaduje doložit nová osvědčení objednatelů osvědčující tyto skutečnosti.

Znalost češtiny a autorizace inženýra na dopravní stavby

Zadavatel zpochybňuje u klíčového experta č. 1 znalost češtiny a není si jistý, zda jeho autorizace inženýra se vztahuje na dopravní stavby. Zadavatel požaduje zvukovou nahrávku osvědčující znalost češtiny tohoto experta. Dále požaduje potvrzení instituce, která vydala autorizaci inženýra, že se též vztahuje na dopravní stavby. Současně je nutné předložit úředně ověřenou kopii autorizace a nový úřední překlad. Dále uchazeč musí předložit totožné potvrzení od ČKAI.

Úřední ověření certifikátů

Zadavatel uvádí, že u certifikátů ISO 9000 a ISO 14001 byl proveden překlad jen z prosté kopie. Zadavatel požaduje předložit úředně ověřené certifikáty a nové úřední překlady.

Pokrytí inženýrské a projektové činnosti certifikátem ISO 9000

Zadavatel si není jistý zda zmíněný certifikát pokrývá inženýrské a projektové činnosti, a proto požaduje vysvětlení uchazečem a potvrzení certifikační instituce (zejména v rozsahu zpracování projektových dokumentací, které jsou předmětem této veřejné zakázky).

Mimořádně nízká nabídková cena

Co se týče mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel uvedl, že rozdíl mezi nabídkovou cenou uchazeče a předpokládanou cenou činí 20 %, přičemž existuje i výrazný rozdíl v nabídkové ceně oproti ostatním uchazečům.

Zadavatel má pochyby o ceně těchto položek:

- zajištění průzkumů, zaměření a dalších podkladů
- návrh trasy
- předání čistopisu DUR
- předání konceptu komplexního DSP objednateli k připomínkám.

Zadavatel požaduje odůvodnit mimořádně nízkou nabídkovou cenu v následujícím rozsahu:

1. Obecné odůvodnění výše nabídkové ceny ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, způsob a postup její kalkulace a popis základních skutečností rozhodných pro dosažení její výše
2. Základní kalkulační vzorec
3. Základní odůvodnění osobních nákladů
4. Detailní odůvodnění osobních nákladů na práce
5. Detailní odůvodnění režijních nákladů
6. Detailní odůvodnění odpisů použité techniky
7. Detailní odůvodnění výše ostatních nákladů
8. Odůvodnění nákladů na materiál

Zadavatel požadoval doručení požadovaných dokladů a informací zadavateli nejpozději do 5 pracovních dnů od data přijetí této žádosti.

Uchazeč odpověděl zadavateli dopisem ze dne 22.6.2009 v němž uvedl následující:

K vyjasnění kvalifikace:

Ad zaměstnanci

Uchazeč tvrdí, že ve své nabídce uvedl několik osob, které jsou jeho zaměstnanci po dobu kratší než 12-ti měsíců a jsou zaměstnanci ve smyslu zákoníku práce. Neexistuje žádné ustanovení zákona nebo směrnice, které by ukládalo uchazeči povinnost, aby prokazoval vůči zadavatelům pracovní právní vztahy k osobám, které uvádí do nabídek. Tato povinnost se vztahuje pouze k osobám subdodavatelů viz § 64 odst. 4 zákona. Požadavek na prokazování dokladů o registraci těchto osob ke zdravotnímu a sociálnímu pojištění by bylo porušením předpisů o ochraně osobních údajů a mohlo by dokonce naplnit skutkovou podstatu trestného činu neoprávněného nakládání s osobními údaji. Navíc zadavatel žádnou takovou podmínku v zadávací dokumentaci nestanovil a omezení tohoto důkazu jen k zaměstnancům s dobou pracovního poměru kratší než 12 měsíců je netransparentní. Již vlastnoruční podpis na přehledu oborné praxe jasně vyjadřuje vůli těchto osob pracovat na veřejné zakázce. Uchazeč uvádí, že doložil namítanou kvalifikaci v požadovaném rozsahu a tvrdí, že požadavky zadavatele v žádosti jsou v rozporu se zásadami transparentnosti a rovného zacházení, neboť nebyly stanoveny v zadávací dokumentaci.

Ad pojištění

Pojištění předložené uchazečem je dostatečné. Zadavatel požadoval pojištění odpovědnosti uchazeče za škody způsobené při výkonu podnikatelské činnosti. Zadavatel nestanovil, že rozsah pojištění má být kryt celý předmět veřejné zakázky nebo jak nově zadavatelem požadováno, že se má vztahovat k činnosti autorizovaného technika činného ve výstavbě. Toto jsou dodatečné podmínky, které nejsou obsaženy v zadávací dokumentaci. Uchazeč dále poukazuje na ustanovení čl. I odst. 3 předložené pojistné smlouvy, v níž je uvedeno, že činností nebo vztahem jsou činností nebo vztahy vyplývající z předmětu podnikání pojištěného uvedeného v příložené listině (např. živnostenský list, koncesní listina, výpis z obchodního rejstříku, apod). Dle uvedeného uchazeč soudí, že je danou pojistnou smlouvou pokryt plný rozsah pojištění uchazeče, k němuž měl uchazeč v době uzavření této pojistné smlouvy oprávnění k podnikání. K pravosti „Potvrzení o pojištění profesní odpovědnosti“ od subdodavatele uchazeč uvádí, že pravost potvrzení je v anglickém právu vázána na osobu sekretáře, což je v Anglii běžně uznávaný způsob prokázání shody originálu s kopií a vzhledem k zásadě vzájemného uznávání by tento doklad měl být považován za dostatečný. K této záležitosti se uchazeč vyjádřil v tom smyslu, že možnost požadovat ve všech ohledech originály či ověřené kopie od dodavatelů se týká pouze veřejných zadavatelů nikoliv tedy sektorových zadavatelů. Přístup zadavatele jako sektorového zadavatele je velmi formalistický a neproporcionální. Dále poukazuje na čl. 5.3. směrnice 2006/123/ES ze dne 12. prosince 2006, o službách na vnitřním trhu, v němž je uvedeno, že se nesmí vyžadovat, aby doklad z jiného členského státu byl předložen ve své originální podobě nebo v podobě ověřené kopie, kromě případů stanovených jinými nástroji Společenství nebo je-li takový požadavek opodstatněn naléhavým důvodem obecného zájmu nebo veřejného pořádku a

veřejné bezpečnosti. Navrhovatel se tedy domnívá, že předložil namítanou kvalifikaci v rozsahu, způsobem a v úrovni určené zadavatelem.

Ad účetní závěrky

Dle § 51 odst 7 zákona se kvalifikace prokazuje způsobem podle právního řádu platného v zemi jeho sídla, místa podnikání nebo bydliště, a to v rozsahu požadovaném tímto zákonem. Pokud se takový doklad nevydává, je povinen zahraniční dodavatel prokázat takové splnění části kvalifikace čestným prohlášením. Výše uvedené se nepochybně vztahuje i na subdodavatele za situace, prokazuje-li místo uchazeče kvalifikaci. Podle mezinárodních účetních standardů účtuje mnoho českých subjektů, a to na základě nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č 1606/2002 ze dne 19. 7 2002 o uplatňování mezinárodních účetních standardů. Tyto standardy jsou zavedeny přímo závazným předpisem, tedy formou nařízení.

Ad projektové práce

Uchazeč dokládá společné čestné prohlášení s mateřskou společností, i když se domnívá, že již dříve podané doklady jsou dostatečné.

Ad významná služba

Je zřejmé, že ve lhůtě pěti dnů nelze doložit žádná osvědčení objednatelů služeb v „českém členění“ na zpracování projektové dokumentace, územního řízení a stavebního řízení, a to zejména od zahraničních osob. Dle názoru uchazeče je tento požadavek v rozporu se zásadou proporcionality. Dále se uchazeč domnívá, že požadavek je nezákonný a diskriminační vzhledem k tomu, že dle § 56 odst. 2. písm. a) bodu 3 zákona je možné osvědčení nahradit i seznamem významných služeb s povinným čestným prohlášením dodavatele a dále s ohledem na to, že uchazeči nemohou žádat „každý týden či měsíc“ po svých klientech textaci osvědčení dle kterého daného zadávacího řízení, případně o slovní konverzi do pojmosloví jednotlivých národních stavebních předpisů. Dále poukazuje na ustanovení § 64 odst. 4 zákona týkající se sektorového zadavatele v němž je uvedeno, že pokud dodavatel není schopen prokázat splnění části kvalifikace, je dodavatel oprávněn tuto způsobilost prokázat i jinými rovnocennými doklady, pokud je sektorový zadavatel z objektivních důvodů neodmítne. Přesto v příloze uchazeč přikládá doplněný seznam významných zakázek s čestným prohlášením uchazeče i subdodavatele.

Ad znalost češtiny a autorizace inženýra na dopravní stavby

Zadavatel požaduje po uchazeči, aby dokládal znalost českého jazyka v písemném i mluveném projevu v rozsahu, který však nevymezil v zadávací dokumentaci. V daném případě nebyla určena minimální úroveň tohoto kritéria – např. úroveň znalostí podle Společného evropského referenčního rámce pro jazyky. V tomto smyslu byl požadavek zadavatele neurčitý, což však nelze přičíst k tíži uchazeče. Uchazeč dále upozorňuje, že anglické příjmení ještě není dokladem toho, že někdo nemá znalosti českého jazyka, tak jako české jméno není dokladem, že někdo nemá znalosti cizího jazyka. Požadavek na audio nahrávku Davida Powela v českém jazyce považuje uchazeč z uvedených důvodů za neoprávněný. K autorizaci inženýra se uchazeč vyjádřil v tom smyslu, že u Davida Powela bylo doloženo vzdělání od Institution of Mining Engineers, přičemž tato instituce je přímo

zmíněna ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 2005/36/ES ze dne 6. července 2005, o uznávání odborných kvalifikací. Uchazeč uvádí, že pan David Powel je vedoucím divize podzemních staveb s více než 35 lety praxe v oboru uplatňovaném v Americe, Evropě a Asii. Také se podílel na zakázkách v České republice např. projekt pro Ředitelství silnic a dálnic VMO Dobrovského. Je tedy nepochybné, že David Powel může vykonávat ve Spojeném království práce a poskytovat služby na dopravních stavbách charakteru podzemních staveb, což samotné vyplývá z jeho životopisu. Dále uchazeč opětovně poukazuje na ustanovení § 64 odst. 4 zákona, týkající se sektorového zadavatele, v němž je uvedeno, že pokud dodavatel není schopen prokázat splnění části kvalifikace, je dodavatel oprávněn tuto způsobilost prokázat i jinými rovnocennými doklady, pokud je sektorový zadavatel z objektivních důvodů neodmítne. K požadavku na doklad od ČKAIT uchazeč uvádí, že uvedený požadavek by pravděpodobně nešlo realizovat, neboť lhůty registrace usazeného či hostujícího „architekta“ jsou 60 dnů. Z uvedených důvodů považuje uchazeč požadavek zadavatele na doložení autorizace Davida Powela za neoprávněný a v rozporu se zákonem. Co se týče požadavku na úředně ověřený podklad, uchazeč uvádí, že doklady jsou opatřeny českou vidimační doložkou.

Ad certifikáty ISO

K uvedenému požadavku se uchazeč vyjádřil v tom smyslu, že zákon umožňuje požadovat doložení předmětných certifikátů pouze u uchazeče, nikoliv u subdodavatelů. Předmětné certifikáty se týkaly subdodavatele a byly předloženy navíc. Uchazeč proto považuje požadavek zadavatele za nezákonný a nepovažuje za nutné jeho splnění dokládat.

Ad pokrytí inženýrské a projektové činnosti certifikátem ISO 9000

Uchazeč uvádí, že předložil v nabídce certifikát ISO 9001 znějící na tuto činnost „Projektové práce, management projektů, supervize staveb, inženýrská, poradenská a konzultační činnost v oblasti stavebnictví a životního prostředí, včetně posuzování vlivů na životní prostředí, průzkumné a diagnostické práce, geologické práce“. Z textu citovaného certifikátu je patrné, že předmětem byly mimo jiné projektové práce a inženýrská činnost v oblasti stavebnictví. Uchazeč se domnívá, že není pochyb o souladu předmětného certifikátu s požadavkem zadavatele, přesto však připojuje potvrzení příslušné certifikační instituce. Co se týče subdodavatele, uchazeč znovu zdůrazňuje, že zákon umožňuje požadovat doložení předmětných certifikátů pouze u uchazeče, nikoliv u subdodavatelů. Přesto však v příloze přikládá potvrzení společnosti Lloyd's Register Quality Assurance Limited o skutečnosti, že certifikáty ISO subdodavatele pokrývají činnosti vyhrazené zadavatelem.

Ad mimořádně nízká nabídková cena

K odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeč sděluje, že cenová kalkulace vychází z dlouholeté zkušenosti uchazeče v rámci skupiny Mott Macdonald v oblasti projektantských a konzultačních služeb a výkonu autorského dozoru staveb metra po celém světě. Hlavním faktorem, který aktuálně snižuje cenovou nabídku uchazeče, je zapojení vlastního kvalifikovaného týmu českých profesionálů a současně využití britské mateřské základny uchazeče. Uchazeč proto neplatí subdodavatelům zbytečné provize.

Uchazeč předložil v příloze č. 6 zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, ve které uvedl jmenovitý počet klíčových pracovníků a dalšího významného personálu, včetně konceptu řízení a managementu zakázky.

V přehledu vybavení pracovníků uchazeč uvádí:

- přímé náklady pro zpracování DÚR, s rozčleněním (ubytování, doprava, zajištění průzkumů, zaměření a dalších podkladů, přímé náklady pro zpracování DÚR celkem)
- přímé náklady pro zpracování DSP s rozčleněním (ubytování, doprava, zajištění další fáze IG/HG průzkumu, přímé náklady, přímé náklady pro zpracování DSP celkem)
- přímé náklady pro výkon AD s rozčleněním (doprava na staveniště, pronájem pracovní buňky, náklady na výpočetní techniku, náklady na telekomunikace, ubytování, doprava, přímé náklady pro výkon AD celkem).

V rozkladu nákladů za jednotlivé pracovníky potom uchazeč uvádí

- hodinové sazby klíčových pracovníků a dalšího personálu podílejícího se na zpracování projektu DUR a DSP a výkonu AD
- průměrný počet hodin na měsíc a celková cena klíčových pracovníků a dalšího personálu pracujícího na projektu.

Uchazeč uvádí, že obecně lze konstatovat, že nabídková cena nižší o 20 procent než předpokládaná cena veřejné zakázky není neobvyklá či mimořádně nízká, což je patrné i z rozsudku Evropského soudního dvora C-86/99 Impresa Lombardini, kde se hovoří o prahové hodnotě 25 procent. Argumentem nemůže být ani odchylka od průměru ostatních nabídek, je nutno zvážit okolnosti vzájemného majetkového propojení dvou zbylých uchazečů, kde jejich jediným akcionářem je totožná právnická osoba.

Z dotazu zadavatele vyplývá, že hodnotící komise neodůvodnila jednotlivými nákladovými položkami, proč se jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu – činnost hodnotící komise musí být založena na objektivním posuzování faktů obsažených v rozkladu nabídkové ceny v nabídce. Hodnotící komise nepodalala relevantní vysvětlení svých pochyb ohledně závěru o mimořádně nízké nabídkové ceně a neoznačila objektivní a konkrétní důvody v jakých položkách vidí anomálie. Uchazeč tvrdí, že z přiloženého vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny vyplývá, že uchazeč bez jakéhokoliv vlivu na kvalitu veřejnou zakázku provede.

Rozhodnutím ze dne 9.7.2009 zadavatel uchazeče MOTT MACDONALD Praha, spol. s r .o., vyloučil z následujících důvodů:

Nesplnění povinnosti k vyjasnění kvalifikace

Uchazeč vyjasnění doručil včas, ale na většinu dotazů odmítl reagovat, a to buď s poukazem na údajnou neoprávněnost nebo příliš krátkou lhůtu pro zodpovězení. I přes prodloužení lhůty uchazeč doložil několik dílčích skutečností, ale ve většině případů zůstalo vyjasnění kvalifikace bez odezvy. Zadavatel vyloučil uchazeče z důvodu nesplnění povinnosti k vyjasnění kvalifikace.

Nesplnění povinnosti k odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny

Hodnotící komise požádala o vyjasnění nabídkové ceny. Uchazeč však i přes prodloužení lhůty k odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny odmítl reagovat na dotazy hodnotící komise a omezil se na nic neříkající a velmi obecné proklamace. Hodnotící komise tak nemohla kvalifikovaně rozhodnout, zda nabídková cena je mimořádně nízkou či nikoliv, a

proto zadavatel uchazeče vyloučil pro nesplnění povinnosti odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny.

Rozsah prokázání kvalifikace subdodavatelem

Ze subdodavatelské smlouvy předložené v nabídce uchazeče vyplývá, že podíl subdodavatele na veřejné zakázce je 10 procent. Samotný uchazeč neprokázal jakýkoliv obchodní ani specializovaný obrat a též žádnou významnou službu, a proto zadavatel nepovažuje 10 procentní podíl subdodavatele odpovídající rozsahu, ve kterém prokázal kvalifikaci ve smyslu § 51 odst. 4 zákona, a proto zadavatel uchazeče vyloučil (zadavatel tedy považuje skutečný podíl subdodavatele na veřejné zakázce větší než 10 % - pozn. Úřadu).

Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení podal navrhovatel dopisem ze dne 24.7.2009 námitky, kterým po přezkoumání jejich oprávněnosti zadavatel nevyhověl rozhodnutím ze dne 29.7.2009.

Zadavatel uvádí, že námitky podrobně přezkoumal. Dále uvádí, že uchazeč byl vyloučen z následujících důvodů:

- neposkytnutí součinnosti při vyjasnění kvalifikace
- neposkytnutí součinnosti při odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny
- neposkytnutí dostatečných věcí či práv subdodavatelem, který prokázal část kvalifikace namísto navrhovatele.

K důvodu vyloučení „neposkytnutí součinnosti při vyjasnění kvalifikace“ zadavatel uvádí, že důvodem vyloučení není vlastní neprokázání kvalifikace, kterému směřovalo vyjasnění, ale zejména neposkytnutí součinnosti k jejímu vyjasnění. Zadavatel ani hodnotící komise bez této součinnosti nebyli schopni splnění kvalifikace vůbec řádně posoudit. Tuto situaci přitom bezesporu zavinil výhradně sám navrhovatel.

K důvodu vyloučení „neposkytnutí součinnosti při odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny“ zadavatel uvádí, že důvodem vyloučení není skutečnost, že by nabídková cena uchazeče byla mimořádně nízká, ale výhradně nesplnění povinnosti při jejím odůvodnění. Zadavatel ani hodnotící komise s ohledem na absenci dodatečných informací od navrhovatele nemohli jakkoliv rozhodnout o tom, zda nabídková cena je mimořádně nízká či nikoliv.

K vyloučení z důvodu „neposkytnutí dostatečných věcí či práv subdodavatelem, který prokázal část kvalifikace“ zadavatel uvádí, že skutečně považuje podíl subdodavatele 10 procent na objemu zakázky za nepřiměřeně nízký. Stejně problematický je též zcela obecný a neurčitý závazek o údajné dispozici se zdroji subdodavatele.

K otázce hodnocení se zadavatel nevyjadřuje, neboť tato nebyla předmětem rozhodnutí o vyloučení a současně uchazeč neuvádí, kdy se o domnělém porušení zákona dozvěděl.

V případě, kdy uchazeč podá návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, bude požadovat, aby si Úřad vyžádal od uchazeče vyjasnění všech sporných otázek.

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

Úřad obdržel návrh dne 10.8.2009 a tímto dnem bylo podle zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu 7.8.2009.

V návrhu navrhovatel uvedl zejména následující skutečnosti

1. Povinnost k vyjasnění kvalifikace

Navrhovatel uvedl, že jej zadavatel vyloučil z důvodu „nesplnění povinnosti k vyjasnění kvalifikace“, přičemž neidentifikoval konkrétní kvalifikační předpoklad, pro nějž měl být vyloučen. Vyloučení z důvodu zmaření snahy zadavatele o vyjasnění kvalifikace nemá oporu v zákoně o veřejných zakázkách. Důvodem v daném směru může být pouze neprokázání splnění kvalifikace podle § 60 odst. 1 zákona. Zadavatel rezignoval na svoji povinnost posouzení kvalifikace a jako důvod vyloučení udává pasivitu navrhovatele.

2. Mimořádně nízká nabídková cena

Při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel neprovedl porovnání ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, a neuvedl konkrétní důvody pro vyloučení. Navrhovatel předložil detailní kalkulaci v odpovědi na žádost o vyjasnění kalkulace. V rozhodnutí o námitkách sám zadavatel připouští, že důvodem vyloučení je výhradně nesplnění povinnosti při odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, nikoliv mimořádně nízká nabídková cena. Navrhovatel se domnívá, že mimořádně nízkou nabídkovou cenu řádně odůvodnil.

3. Podíl subdodavatele

Navrhovatel napadá vyloučení z důvodu podílu subdodavatele na plnění veřejné zakázky. V nabídce uchazeče je čestné prohlášení, ve kterém se zavazuje prostřednictvím subdodavatele provést:

- přípravu technických specifikací pro přípravu varianty ražení tunelu pomocí TBM,
- peer review (kontrola všech částí dokumentace špičkovými odborníky s mnohaletou tunelářskou praxí).

Celkový rozsah plnění odpovídající dvěma výše uvedeným činnostem činí 10 procent předmětu veřejné zakázky.

Zákon umožňuje omezit rozsah činnosti subdodavatele na předmětu veřejné zakázky, nijak jej ale neomezuje v možnosti prokázat prostřednictvím subdodavatele část kvalifikace. Výklad zadavatele by znamenal, že vlastně žádnou část veřejné zakázky nesmí provádět navrhovatel, neboť neprokázal ani jednu z požadovaných referencí. Zadavatel oponuje také tím, že poměr činností mezi uchazečem a subdodavatelem je nepravděpodobný a neurčitý. K tomuto uchazeč uvádí, že zadavatel v zadávací dokumentaci omezil celkový podíl služeb, které dodavatel hodlá zadat subdodavatelům na 20 procent hodnoty nabídkové ceny. Tuto podmínku uchazeč splňuje i s rezervou, což zadavateli dokladoval čestným prohlášením i předloženou subdodavatelskou smlouvou. Z metodiky obsažené v nabídce je zcela zřejmé zejména nezávislý peer review (8 špičkových expertů subdodavatele) představuje přenos know-how ze společnosti Mott MacDonald Limited jakožto osoby 100 % ovládající uchazeče.

K podpoření svých závěrů uchazeč odkazuje na rozsudek Evropského soudního dvora C-389/92 *Ballast Nedam Groep NV v. Belgie*, ve kterém soud judikoval, že není třeba bezvýhradně trvat na tom, aby se údaje a doklady k prokázání způsobilosti dodavatele vztahovaly výlučně k určitému právnímu subjektu – v případě, kdy v důsledku holdingových vazeb dodavatel reálně disponuje zázemím, které mu umožňuje reálně splnit předmět veřejné zakázky, je namístě, aby tato skutečnost byla uznána jako dostatečný důkaz jeho způsobilosti.

4. Zadávací podmínky

Navrhovatel dále napadá požadavky kladené na klíčové členy týmu, a to konkrétně znalost češtiny v písemném i mluveném projevu, požadavek na dlouholetou praxi klíčových členů týmu, vázanost referencí klíčových členů týmu na referenční zakázky, které považuje za nepřiměřené.

Dále navrhovatel rozporuje ručitelské prohlášení subdodavatele stanovené v bodu 9.2.1 zadávacích podmínek, ve kterém je uvedeno, že v případě prokazování kvalifikačních předpokladů pomocí subdodavatele se musí subdodavatel zavázat vůči zadavateli k ručení za jakékoliv škody a pohledávky, které vzniknou zadavateli vůči uchazeči z důvodu nekvalitního, pozdního nebo jinak vadného plnění uchazeče.

5. Nabídky ostatních uchazečů

Navrhovatel napadá možnou dohodu ostatních uchazečů a vzájemné majetkové propojení dvou zbylých uchazečů, kde jejich jediným akcionářem je totožná právnická osoba. Domnívá se, že je takové propojení nepřípustné z hlediska rozsudku ESD C-538/07 *Asistur Srl v. Camera di Commercio*.

Dále uchazeč rozporuje termín, ve kterém zbývající uchazeči nabízejí realizovat veřejnou zakázku (navrhovatel nahlížel do Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek) a má pochybnost, zda tito uchazeči nedostali od zadavatele více informací, než bylo součástí zadávací dokumentace. Navrhovatel však toto tvrzení nečiní součástí svého návrhu.

Navrhovatel závěrem žádá o zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče, případně zrušení zadávacího řízení. Dále žádá o vydání předběžného opatření zakazující uzavření smlouvy.

Zadavatel se k návrhu vyjádřil dopisem ze dne 24.8.2009 v němž uvedl:

Ad povinnost k vyjasnění kvalifikace

Navrhovatel ani po obdržení výzvy neodstranil existující pochybnosti v jím předložených dokladech, což mělo za následek neprokázání kvalifikace. Dokumenty předložené uchazečem ani po doplnění neumožňují udělat závěr, že kvalifikace byla splněna. Opačný závěr by vedl k tomu, že zadavatel musí považovat kvalifikaci za splněnou, pokud uchazeč odmítne poskytnout potřebné vysvětlení či doplnění.

Ad zaměstnanci

V nabídce navrhovatele bylo splnění některých kvalifikačních předpokladů dokládáno prostřednictvím osob, u nichž je uváděn pracovní poměr u jiného zaměstnavatele, a proto je

otázkou nakolik lze reálně očekávat jejich zapojení do realizace zakázky, přičemž navrhuje, aby Úřad v tomto ohledu provedl důkaz.

Ad pojištění

Pojištění odpovědnosti navrhovatele obsahuje výluky na podzemní práce a budování tunelů. Ze samotné povahy kvalifikačního předpokladu vyplývá, že jeho smyslem je zajistit, aby byl uchazeč dostatečně pojištěn ve vztahu ke škodám, které mohou být způsobeny při realizaci veřejné zakázky.

Ohledně pojistné smlouvy předložené subdodavatelem uvádí, že nebyla předložena ve formě stanovené v zadávací dokumentaci. Dále uvádí, že předpokladem možnosti prokázání kvalifikačního předpokladu subdodavatelem je, že uchazeč bude mít od subdodavatele poskytnuto příslušné plnění určené k plnění veřejné zakázky, či poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel při plnění veřejné zakázky oprávněn disponovat.

Ad významná služba

Z předložených osvědčení objednatelů nebylo zřejmé, zda se jedná o projekční práce nebo o studie proveditelnosti. Navrhovatel požadavek na vyjasnění označil za diskriminační a ve stanovené lhůtě nesplnitelný. Navrhovatel argumentoval tím, že osvědčení objednatele je možno nahradit čestným prohlášením dodavatele. Zadavatel je však toho názoru, že předmětné služby byly poskytovány veřejným zadavatelům, což samo o sobě tuto možnost vylučuje.

Ad znalost češtiny

Zadavatel uvádí, že znalost češtiny je u hlavního inženýra projektu klíčová, a proto navrhuje Úřadu provést důkaz výsledkem pana Powela.

Ad pokrytí inženýrské a projektové činnosti certifikátem ISO 9000

Zadavatel uvádí, že zůstává nezodpovězena otázka, zda projekční práce jsou míněny ve smyslu zpracovávání projektových dokumentací nebo ve smyslu projektového managementu.

Ad podíl subdodavatele

Zadavatel akceptuje relevanci holdingových vazeb v souvislosti s prokazováním kvalifikace. Je zde však nutná reálná dostupnost zdrojů a zázemí daného subdodavatele odpovídající míře participace subdodavatele na plnění veřejné zakázky.

Ad mimořádně nízká nabídková cena

Zadavatel uvádí, že navrhovatel sice poskytl zadavateli za účelem vysvětlení poměrně rozsáhlý text, který však neobsahuje jakékoliv konkrétní kalkulační podklady.

Ad zadávací podmínky

Zadavatel odmítá argumenty o nepřiměřenosti kvalifikačních předpokladů. Připomíná, že tyto předpoklady nebyly napadnuty námitkami v zákonem stanovené lhůtě.

K údajné existenci protisoutěžních dohod zbylých dvou uchazečů zadavatel uvádí, že bez adekvátních důkazů nemůže činit žádné kroky v zadávacím řízení.

Zadavatel závěrem navrhuje, aby bylo správní řízení zastaveno a aby Úřad nepřistoupil k vydání předběžného opatření.

Podání doplnil zadavatel dopisem ze dne 11.9.2009, v němž nově uvedl následující. K argumentu navrhovatele, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení neuvedl důvody pro vyloučení, zadavatel uvádí, že byla ve skutečnosti dána řada důvodů

- uchazeč neprokázal kvalifikaci
- neuvedl skutečnosti zdůvodňující mimořádně nízkou nabídkou cenu
- dostatečně neprokázal možnost reálně disponovat se zdroji subdodavatele.

Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení odkázal na nejasnosti uvedené v žádosti o vysvětlení. Situaci, kdy zadavatel není schopen na základě předložené dokumentace posoudit, zda uchazeč kvalifikaci splňuje či nikoliv, je třeba vyhodnotit jako nesplnění kvalifikace.

V daném případě jde o to, zda doklady předložené zadavatelem splnění kvalifikace dokládají a tuto otázku musí posoudit Úřad. Na uvedené by se měl Úřad v rámci správního řízení zaměřit.

Ad zaměstnanci

V mezidobí zadavatel získal vyjádření od společnosti, v níž jsou zaměstnáni někteří členové klíčového týmu v hlavním zaměstnaneckém poměru. Tito členové klíčového týmu mají v pracovní smlouvě dohodu o možnosti vedlejšího pracovního poměru u jiných společnostech. Zadavatel odkazuje na rozklad nákladů na jednotlivé pracovníky poskytnutý uchazečem v rámci vyjasňování nabídky s tím, že z hlediska počtu hodin nemohou tito členové vykonávat vedlejší úvazek vedle svého hlavního pracovního poměru.

Ad pojištění

Předložená pojistná smlouva je sjednána v rámci doložky DODP1 – Pojištění obecné odpovědnosti za škodu – základní rozsah pojištění. Tato doložka potom odkazuje i na Zvláštní pojistné podmínky pro pojištění odpovědnosti za škodu P-600/05. V článku V odst. 3 písm. e) podmínkách P/600/05 je stanoveno, že pojistitel neposkytne plnění za škodu způsobenou vadou projektové činnosti ve výstavbě. Předložená pojistná smlouva tedy nekryje celý rozsah činností, který má navrhovatel ve svém předmětu podnikání.

Co se týká formy dokladů požadovaných sektorovým zadavatelem nelze v žádném případě dovozovat, že by sektorový zadavatel nemohl požadovat dokumenty v originále či ověřené kopii. Co se týká směrnice č. 2009/123/ES, kterou citoval uchazeč při vysvětlování kvalifikace, zadavatel uvádí, že tato směrnice dosud nebyla transponována do českého právního řádu.

Ad významná služba

Z potvrzení objednatelů Cross London Railway Link a Irish Rail vyplývá, že služby se týkaly poradenství souvisejícího s vypracováním studií proveditelnosti, které rozhodně nejsou ekvivalentem v zadávací dokumentaci uvedených stupňů projektové dokumentace.

Ad mimořádně nízká nabídková cena

Zadavatel dospěl k závěru, že se jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu na základě zkušeností z obdobných zakázek a porovnáním výše ceny zbylých nabídek. Nelze dopředu říci, že cena lišící se o 20 procent od předpokládané ceny není mimořádně nízká. Zadavatel také zpochybňuje vysvětlení uchazeče spočívající v přenosu know-how od subdodavatele, když uchazeč předpokládá pouze marginální podíl cizích expertů. Zpochybňovány jsou rovněž počty hodin uvedené u klíčových členů týmu, kteří jsou zaměstnáni v hlavním zaměstnaneckém poměru u jiných společností.

Ad podíl subdodavatele

Zadavatel je názoru, že ze subdodavatelské smlouvy musí vyplývat jasný a srozumitelný závazek subdodavatele podílet se na plnění veřejné zakázky, tj. vykonávat konkrétní činnosti v konkrétním rozsahu, popř. poskytovat konkretizovaná práva či věci.

Dále napadá údajný rozpor mezi prokázanou kvalifikací a subdodavatelskou smlouvou s tím, že popsany předmět činnosti subdodavatele (příprava varianty ražení tunelu pomocí TBM a peer review) neodpovídá prokázané kvalifikaci.

Ad zadávací podmínky

Navrhovatel (ani jiný uchazeč) nenapadl zadávací podmínky námitkami, a proto není oprávněn v tomto ohledu podat návrh na přezkum.

Požadavek na znalost českého jazyka je adekvátní, neboť je legitimní si zvolit jeden komunikační jazyk z hlediska vnější i vnitřní komunikace projektového týmu. Znalost češtiny je zejména důležitá při komunikaci se zadavatelem.

Co se týká požadavku na délku praxe u klíčových členů týmu, zadavatel uvádí, že se jedná o projektové práce, jejichž období realizace trvá kontinuálně deset i více let. Zkušenost s konkrétní zakázkou znamená odevzdání projektové dokumentace, autorský dozor během výstavby, proces předání stavby, kolaudace i zkušební provoz.

K vázanosti zkušeností klíčového člena týmu na referenční zakázky zadavatel uvádí, že byl připraven akceptovat zkušenost člena týmu s obdobnou zakázkou realizovanou pro jakéhokoliv jiného zadavatele (viz článek 5.5 zadávací dokumentace).

Co se týká požadavku na ručitelský závazek subdodavatele, zadavatel uvádí, že byla dána možnost, aby subdodavatel rozsah svého ručení omezil na rozsah kvalifikace, kterou prokázal.

Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel,

- navrhovatel,
- vybraný uchazeč – společnost METROPROJEKT Praha a. s., IČ 45271895, se sídlem I.P. Pavlova 2/1786, 120 00 Praha, za niž jedná Ing. Jiří Pokorný, předseda představenstva a Ing. David Krása, místopředseda představenstva, zastoupený na základě plné moci ze dne 17.8.2009 JUDr. Petrem Balcarem, advokátem, se sídlem Elišky Peškové 735/15, 150 00 Praha 5 (dále také „vybraný uchazeč“).

Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S220/2/09-10672/2009/530/RKř ze dne 31.8.2009.

Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S220/2/09-11002/2009/530/RKř ze dne 31.8.2009 účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které jsou podle § 36 odst. 1 správního řádu, oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 citovaného zákona v návaznosti na § 39 odst. 1 téhož zákona oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se podle § 36 odst. 3 správního řádu mohou vyjádřit k podkladu rozhodnutí.

Následně Úřad vydal předběžné opatření č. j. ÚOHS-S220/2/09-11050/2009/530/RKř ze dne 3.9.2009, kterým uložil zadavateli zákaz uzavření smlouvy.

K zahájení řízení se vyjádřil dopisem ze dne 14.9.2009 vybraný uchazeč METROPROJEKT Praha a. s., který se vyjádřil k reálnosti nabídnutých termínů jednotlivých stupňů projektové dokumentace a odkázal na již provedenou zakázku „Prodloužení trasy metra A ze stanice Dejvická“. K tvrzení navhovatele o koordinaci postupu s uchazečem SUDOP PRAHA a. s. (jehož nabídka se dle Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 8.7.2009 umístila na druhém místě) uvedl, že každá ze společností má svoji obchodní politiku a tyto společnosti nekoordinují zpracování nabídek v zadávacích řízeních.

Dále vyjádření doplnil METROPROJEKT Praha a. s. stanoviskem ze dne 29.10.2009 v němž uvedl následující.

Ad nesplnění povinnosti k vyjasnění kvalifikace

Nesplnění kvalifikace je třeba chápat jako nikoli pouze faktické nesplnění kvalifikace, ale jako neprokázání kvalifikace. Dodavatel tudíž fakticky kvalifikační požadavky splňovat může, ale pokud je předepsaným způsobem ve lhůtě stanovené k prokazování kvalifikace neprokáže, je třeba na něj pohlížet, jako by kvalifikaci nesplňoval.

Na druhé straně ale vybraný uchazeč uvádí, že z příslušných ustanovení zákona nelze dovodit, že relevantním důvodem pro vyloučení uchazeče může být nesplnění povinnosti k vyjasnění kvalifikace.

Ad mimořádně nízká nabídková cena

Je povinností zadavatele v případě vyloučení uchazeče uvést konkrétní důvody pro které cenu považuje za mimořádně nízkou, přičemž dle názoru vybraného uchazeče takové údaje z rozhodnutí o vyloučení nevyplývají. Vybraný uchazeč přitom uvádí, že není schopen posoudit, zda se skutečně jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu či nikoliv.

Ad podíl subdodavatele

Pouze v případě, že by si zadavatel vyhradil v zadávací dokumentaci, že zcela konkrétní část plnění předmětu veřejné zakázky nemůže být plněna prostřednictvím subdodavatele, bylo by možné vyloučit, aby v této části prokazoval kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele.

Pokud si však zadavatel vyhradil, že subdodavatel není oprávněn plnit předmět veřejné zakázky v rozsahu přesahujícím 20 procent hodnoty nabídkové ceny uchazeče, neznamená to, že by uchazeč nebyl oprávněn prokázat splnění některých kvalifikačních předpokladů v rozsahu přesahujícím výše uvedený procentní podíl.

Ad pojištění

Smlouva by ze své podstaty měla zahrnovat pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou podnikatelskou činností, která má být uskutečněna uchazečem. Pokud uchazečova smlouva obsahovala výlukou ve vztahu k činnosti, která má být plněna, pak uchazeč nesplnil předmětný kvalifikační požadavek.

Ad zaměstnanci

Navrhovatel prokazuje kvalifikaci prostřednictvím uchazečů, kteří jsou zaměstnání u jiného zaměstnavatele na plný pracovní úvazek. Vybraný uchazeč zpochybňuje, zda navrhovatel skutečně kvalifikační požadavek splňuje či nikoliv, neboť dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr mají časová omezení.

Ad významná služba

Pokud navrhovatel předložil osvědčení, ze kterých jak tvrdí zadavatel, nevyplývá, že by obsahovalo činnosti požadované zadavatelem, znamená to, že nesplnil kvalifikaci.

Závěrem vybraný uchazeč uvádí, že zadavatel měl navrhovatele vyloučit nikoliv z důvodu povinnosti k vyjasnění kvalifikace, ale pro nesplnění kvalifikace. Vyloučení uchazeče je minimálně oprávněné z důvodu pojistné smlouvy, u prokázání dalších kvalifikačních požadavků (významná služba, zaměstnanci), nelze v tuto chvíli činit jednoznačný závěr.

K zahájení řízení se ve lhůtě stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S220/2/09-11002/2009/530/RKř ze dne 31.8.2009 ani později žádný další z účastníků správního řízení dále nevyjádřil.

Dne 25.2.2010 Úřad obdržel doplnění návrhu, v němž navrhovatel uvádí, že se v rámci souvisejícího zadávacího řízení dozvěděl o existenci další dokumentace dle jeho názoru relevantní pro projekt stavby metra (dále jen „*disponibilní dokumentace*“). Autorem disponibilní dokumentace je v sedmi případech společnost Metroprojekt Praha a. s. a SUDOP Praha a. s., tedy společnosti, které rovněž v rámci veřejné zakázky podaly nabídky. Zadavatel uvedl, že důvodem proč disponibilní dokumentaci neučinil součástí zadávacích podmínek je skutečnost, že plnou odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek nese zadavatel a zařazení dokumentů, které jsou s ohledem na (majetkoprávní, urbanistický či technický) vývoj překonané, či dokonce v zájemném rozporu, by nutně vedlo k nejednoznačnosti zadávacích podmínek a bylo by porušením zákona. Navrhovatel však současně výslovně připouští, že disponibilní dokumentace nemohla být využita jako bezprostřední podklad pro

zpracování nabídek. Dále navrhovatel uvádí, že je zřejmé, že odpovědnost za vymezení zadávacích podmínek leží na zadavateli, přičemž v rámci stanovení požadavků na plnění veřejné zakázky nelze uvádět rozporuplné či neaktuální údaje, které by mohly být pro uchazeče matoucí. Dle názoru navrhovatele nic však nebránilo zadavateli poskytnout uchazečům disponibilní dokumentaci pro informaci s výhradou, že se nemusí jednat o aktuální údaje ani o přímý podklad pro zpracování nabídek. Dále se navrhovatel domnívá, že fakt, že předmětné materiály byly částečně překonané, nic nemění na tom, že se z hlediska předmětu plnění jednalo o relevantní dokumenty, jejich znalost mohla zvýhodnit některého z potencionálních uchazečů a které měly být zpřístupněny vedle samotné zadávací dokumentace. Navrhovatel se dále dovolává rozsudku ESD C-21/03 Fabricom SA, ve kterém je uvedeno, že zadavatel je povinen učinit vše pro to, aby ostatní uchazeči získali maximum informací oproti osobě, která se podílela na přípravě zadání veřejné zakázky. Navrhovatel je přesvědčen, že společnosti Metroprojekt Praha a. s. a SUDOP Praha, a.s měly z důvodu předchozí spolupráce na projektu výstavby metra informační výhodu. Navrhovatel závěrem žádá, aby Úřad zadávací řízení zrušil.

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

1. Povinnost k vyjasnění kvalifikace

Dle § 59 odst. 1 zákona veřejný zadavatel posoudí prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu s tímto zákonem Dle § 60 zákona dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58 zákona, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení. Veřejný zadavatel bezodkladně oznámí dodavateli své rozhodnutí o jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení s uvedením důvodu (ustanovení § 58 až 60 zákona platí pro sektorového zadavatele obdobně viz § 64 odst. 7 zákona).

V ust. § 6 zákon stanoví, že zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Uchazeč MOTT MACDONALD Praha, spol. s r. o. byl vyloučen rozhodnutím o vyloučení ze dne 9.7.2009 v němž zadavatel jako jeden z důvodů uvedl, že uchazeč nesplnil „povinnosti k vyjasnění kvalifikace“.

K uvedenému Úřad uvádí, že zadavatel nesplnění kvalifikace musí ve svém rozhodnutí řádně odůvodnit s uvedením konkrétních důvodů nesplnění kvalifikace. Zákon o veřejných zakázkách neobsahuje oprávnění zadavatele vyloučit uchazeče pro „nesplnění povinnosti k vyjasnění kvalifikace“. Zadavatel vylučuje uchazeče pro nesplnění kvalifikace, přičemž má důkazní břemeno nesplnění kvalifikace prokázat.

Pro doplnění Úřad uvádí, že hodnotící komise může v případě nejasností požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace, s výjimkou případů, kdy splnění příslušné části kvalifikace nebylo dodavatelem prokázáno vůbec. Dodavatel je povinen splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem.

Dle § 64 odst 2 zákona je prokázání splnění kvalifikace dodavatele předpokladem posouzení a hodnocení nabídky uchazeče. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel je povinen nejdříve posoudit kvalifikaci a v případě jejího nesplnění musí dodavatele vyloučit, a to s uvedením důvodu. Vzhledem k tomu, že zadavatel Dopravní podnik hl. m Prahy, a. s. neuvedl ve svém rozhodnutí konkrétní důvody nesplnění kvalifikace, porušil § 60 odst. 1 zákona. „Nevysvětlení“ kvalifikace nepředstavuje důvod k vyloučení. Zadavatel nese důkazní břemeno týkající se odůvodnění vyloučení. Uvedý princip znamená, že pokud zadavatel uchazeče vyloučí, musí vždy uvést konkrétní a řádné zdůvodnění svého postupu.

Zadavatel tedy nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona tím, že vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení, aniž by prokázal, že by jmenovaný uchazeč nesplnil kvalifikaci, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť vyloučením navrhovatele nemohla být jeho nabídka hodnocena.

2. Mimořádně nízká nabídková cena

Ustanovení § 77 odst. 1 zákona stanoví, že při posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek posoudí hodnotící komise též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné; zdůvodnění musí být uchazečem doručeno ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti uchazeči, pokud hodnotící komise nestanoví lhůtu delší.

Podle § 77 odst. 2 zákona hodnotící komise může vzít v úvahu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, jestliže je tato cena zdůvodněna objektivními příčinami, zejména

- a) ekonomickými aspekty konstrukční metody či technologie, výrobního procesu nebo poskytovaných služeb,
- b) objevností technického řešení nebo výjimečně příznivými podmínkami, které má uchazeč k dispozici pro provedení stavebních prací nebo poskytnutí dodávek či služeb,
- c) originalitou stavebních prací, dodávek nebo služeb,
- d) souladem s předpisy týkajícími se ochrany zaměstnanců a pracovních podmínek, které jsou účinné v místě provádění stavebních prací, poskytování služeb nebo dodávek, nebo
- e) potenciální možnosti uchazeče získat veřejnou podporu.

Dle § 77 odst. 4 zákona při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zohlední hodnotící komise písemné zdůvodnění uchazeče i jeho vysvětlení.

Dle § 77 odst. 6 zákona neodůvodnil-li uchazeč písemně mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve stanovené lhůtě, nedostavil-li se k podání vysvětlení nebo posoudila-li hodnotící komise jeho zdůvodnění jako neopodstatněné, musí být nabídka vyřazena.

Navrhovatel byl vyloučen rozhodnutím o vyloučení ze dne 9.7.2009 v němž zadavatel jako jeden z důvodů vyloučení uvedl, že na základě vysvětlení uchazeče hodnotící komise nemohla kvalifikovaně rozhodnout o tom, zda nabídková cena je mimořádně nízkou či nikoliv, a proto vyřadila nabídku uchazeče pro „nesplnění povinnosti k odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny“.

Z předložené dokumentace vyplývá, že uchazeč poskytl detailní dostatečné materiály týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny na základě nichž měl zadavatel posoudit, zda se jedná či nejedná o mimořádně nízkou nabídkou cenu.

Úřad na základě dosud uvedeného konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 76 odst. 6 zákona a § 6 citovaného zákona tím, že vyloučil uchazeče z účasti v zadávacím řízení, aniž by v rozhodnutí o vyloučení ze dne 9.7.2009 uvedl, z jakých důvodů považuje jeho odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny za neopodstatněné. Uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, protože nabídka navrhovatele nemohla být hodnocena, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

3. Subdodavatelská smlouva

Zadavatel v zadávací dokumentaci v bodě 9.2 omezil celkový podíl služeb, který uchazeč hodlá zadat subdodavatelům na 20 procent nabídkové ceny. Zadavatel v předmětném rozhodnutí o vyloučení uvedl, že lze stěží považovat 10% podíl subdodavatele za věci či práva odpovídající rozsahu, ve kterém subdodavatel prokazoval chybějící část kvalifikace (zadavatel rozporuje obrat a reference). Nabídka byla vyřazena i z tohoto důvodu.

Dle § 51 odst. 4 zákona pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.

Dle článku 54 odst. 5 směrnice 2004/17/ES zahrnují-li kritéria požadavky, které se vztahují k ekonomickým a finančním předpokladům hospodářského subjektu, tento subjekt může, je-li to nezbytné, a pro určitou zakázku, spoléhat na předpoklady jiných subjektů, bez ohledu na právní povahu vazby mezi ním a těmito subjekty. V takovém případě musí hospodářský subjekt zadavateli prokázat, že bude disponovat nezbytnými zdroji, například předložením závazku těchto subjektů.

Jak již bylo uvedeno, uchazeč musí při prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele v nabídce předložit dle § 51 odst. 4 zákona předmětnou smlouvu se subdodavatelem. Smyslem této úpravy je prokázat, že uchazeč bude mít k dispozici všechny zdroje, osoby, zkušenosti či finanční zázemí, které budou dostatečné k plnění dané veřejné zakázky, což by mělo vyplývat z této smlouvy. Při zvažování, zda určitý předpoklad lze prokázat prostřednictvím jiné osoby je přitom nutno zohlednit účel zjišťování kvalifikace a charakter daného předpokladu. V tomto ohledu je rozdíl mezi prokazováním kvalifikace u ekonomických a finančních předpokladů (doložení obratu) a prokazováním technických kvalifikačních předpokladů (seznam významných služeb). Účelem ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů (včetně doložení výše obratu) je prokázání určité ekonomické síly či stability subjektu. Naopak u seznamu významných služeb je prokazování kvalifikace navázáno na práce, které bude konkrétně provádět subdodavatel.

Doložení výše obratu

Zadavatel v oznámení o zakázce v bodě III.2.2) Ekonomická a finanční způsobilost mimo jiné požadoval výkaz celkového obratu uchazeče za poslední tři období. Obrat za sledovaná účetní období nesmí klesnout v žádném ze sledovaných účetních období pod limit 400 mil Kč a obrat za plnění dosažená s ohledem na předmět veřejné zakázky (rozumí se projektové práce na stavbách metra nebo na stavbách kolejových staveb sloužících pro hromadnou přepravu cestujících jejichž součástí byly tunelové stavby o minimální délce tunelu 300m) pod limit 100,0 mil Kč.

Uchazeč v nabídce prokázal celkový obrat prostřednictvím své mateřské společnosti MOTT MACDONALD LIMITED, a to následovně:

rok 2006	GBP 579 570 000,-	Kč 17 743 491 840,-	Kč
rok 2007	GBP 508 491 000,-	Kč 18 455 172 350,-	Kč
rok 2008	GBP 579 570 000,-	Kč 16 384 443 900,-	Kč

Uchazeč v nabídce prokázal obdobně i obrat s ohledem na předmět veřejné zakázky prostřednictvím své mateřské společnosti MOTT MACDONALD LIMITED, a to následovně:

rok 2006	GBP 9 192 206,-	Kč 376 365 682,5
rok 2007	GBP 14 846 272,-	Kč 538 830 596,-
rok 2008	GBP 19 689 724,-	Kč 541 689 724,8

Ve Smlouvě o budoucí spolupráci ze dne 18.5.2009 mezi navrhovatelem a MOTT MACDONALD LIMITED, která je součástí nabídky, je uvedeno, že

- subdodavatel ručí za jakékoliv škody a pohledávky, které vzniknou zadavateli vůči uchazeči z důvodu hospodářské nestability nebo platební neschopnosti uchazeče (dále nabídka obsahuje ručitelské prohlášení subdodavatele společnosti MOTT MACDONALD LIMITED ze dne 18.5.2009, ve kterém je uvedeno, že subdodavatel bere na sebe vůči zadavateli povinnost, že pohledávky uspokojí, jestliže je neuspokojí navrhovatel).

Z uvedené smlouvy o budoucí spolupráci a ručitelského prohlášení je zřejmé, že subdodavatel prokázal ekonomickou sílu a stabilitu, když např. celkový požadovaný obrat (400 mil Kč) v jednotlivých letech překračuje cca 40 krát. Navíc Úřad v tomto ohledu uvádí, že navrhovatel prokázal tuto kvalifikaci prostřednictvím své mateřské společnosti Mott Macdonald Limited, která jej ze 100 % ovládá. V této souvislosti je třeba uvést, že v rozsudku ESD C-389/92 Ballast Nedam Groep NV v. Belgie (pozn. tato problematika také řešena v rozsudcích C-5/97 Ballast Nedam Groep NV v. Belgie a C-176/98 Holst Italia SpA v. Commune Cagliari), ve kterém soud judikoval, že není třeba bezvýhradně trvat na tom, aby se údaje a doklady k prokázání způsobilosti dodavatele vztahovaly výlučně k určitému právnímu subjektu – v případě, kdy v důsledku holdingových vazeb dodavatel reálně disponuje zázemím, které mu umožňuje reálně splnit předmět veřejné zakázky, je namístě, aby tato skutečnost byla uznána jako dostatečný důkaz jeho způsobilosti. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že se subdodavatel zavázal k poskytnutí plnění a práv (ručení za jakékoliv škody a pohledávky, které vzniknou zadavateli vůči uchazeči z důvodu hospodářské nestability nebo platební neschopnosti uchazeče), a to v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.

Významné služby

Zadavatel definoval významné služby v kapitole 7.1.1 zadávací dokumentace následovně.

Za poskytnutí významné služby zadavatel považuje zpracování projektové dokumentace pro územní řízení, stavební řízení a nebo pro realizaci stavby novostavby uceleného úseku metra nebo novostavby kolejové stavby sloužící k hromadné přepravě cestujících, jejichž součástí jsou minimálně 2 stanice a tunelové objekty o min. délce tunelu 300m, a to s minimálními investičními náklady 3,00 mld. Kč pro každou stavbu.

V nabídce jsou potom uvedeny tyto významné služby pro:

- BAA (terminál Heathrow 5) - 4,3 mld. GBP
- Cross London Railway Link (Crossrail) - 15,9 mld. GBP
- London Overground (East London Line) - 1 mld. GBP
- Irish Rail (Dublin Interconnector) - 53,7 mld. Kč
- Ministerstvo dopravy Abu Dhabi (Abu Dhabi Surface Transport Master Plan) 15. mld Kč

Ve Smlouvě o budoucí spolupráci ze dne 18.5.2009 mezi navrhovatelem a MOTT MACDONALD LIMITED, která je součástí nabídky, je uvedeno, že subdodavatel se zavazuje poskytovat služby v rámci zpracování přípravy technických specifikací pro přípravu varianty ražení tunelu pomocí TBM a tzv. peer review (kontrola všech částí dokumentace odborníky s mnohaletou tunelářskou praxí). Subdodavatel se zavázal navrhovateli, že je oprávněn disponovat jeho zdroji v rámci plnění veřejné zakázky (ohledně ručení viz výše).

Z uvedené smlouvy o budoucí spolupráci je zřejmé, že se subdodavatel zavázal k poskytnutí plnění a práv, a to v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.

Úřad konstatuje, že zadavatel tedy nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona, tím, že vyloučil navrhovatele, aniž by prokázal, že by jmenovaný uchazeč nesplnil kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

4. Zadávací podmínky – legitimace k podání návrhu

Podle § 110 odst. 3 zákona musí stěžovatel námitky doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy. Do doby doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách nesmí zadavatel uzavřít smlouvu či zrušit zadávací řízení.

Z ustanovení § 110 odst. 4 zákona dále vyplývá, že námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení musí stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nevhodnější nabídky veřejné zakázky podle § 81 zákona nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení.

Námitky se podávají písemně. Podání řádných námitek je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci (viz § 110 odst. 5 zákona).

Podle § 114 odst. 3 zákona jestliže návrh nemá předepsané náležitosti podle § 114 odst. 2 zákona a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplní nebo nebyl doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtách podle § 113 odst. 2 nebo 3 zákona nebo nebyl podán oprávněnou osobou nebo není-li Úřad věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu, Úřad zahájené řízení zastaví; pokud má důvodné podezření, že došlo k porušení tohoto zákona, zahájí správní řízení z moci úřední.

Úřad po posouzení obsahu námitek a návrhu dospěl k závěru, že argumenty navrhovatele směřují proti stanovení podmínek zadávacího řízení, a nikoliv proti rozhodnutí o vyloučení (jednalo se o požadavky na klíčové členy týmu a ručitelské prohlášení subdodavatele).

Navrhovatel tedy v návrhu mimo jiné napadá zadávací podmínky, a proto se Úřad musí zabývat otázkou, zda uchazeč byl oprávněný k podání návrhu. Vyřešení této otázky je rozhodné proto, zda se bude Úřad následně zabývat částí návrhu týkající se zadávacích podmínek.

Je zřejmé, že obsah podmínek zadání navrhovatel musel znát, neboť podal svou nabídku. Pokud jde o vlastní počátek běhu 15ti denní lhůty, Úřad uvádí, že pro posouzení dodržení lhůty pro podání námitek není rozhodný termín, kdy uchazeč zadávací dokumentaci obdržel, ale kdy se s ní seznámil (resp. skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl). Pokud jde o stanovení podmínek předmětného zadávacího řízení, s touto dokumentací se musel navrhovatel seznámit nejpozději do termínu pro podání nabídek, který byl 27.4.2009. Námitky zadavatel obdržel až dne 19.5.2009, tedy více než patnáct dní ode dne podání nabídky.

Řádné podání námitek je podle § 110 odst. 5 zákona podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu. Zákon dále v § 114 odst. 3 stanoví, v jakých situacích Úřad na návrh zahájené správní řízení zastaví, jako důvod mimo jiné uvádí „...nebyl (návrh, pozn. Úřadu) podán oprávněnou osobou.“ V této souvislosti Úřad konstatuje, že nepodá-li stěžovatel řádné námitky, mající zákonné náležitosti, není osobou oprávněnou podat návrh, neboť § 110 odst. 5 zákona výslovně zužuje okruh dodavatelů oprávněných podat návrh pouze na ty, kteří nejprve podali řádné námitky. Účelem těchto zákonných ustanovení, které dřívější právní úprava zadávání veřejných zakázek neobsahovala, je zamezit situacím, kdy dodavatelé čekali s podáním námitek proti dřívějším úkonům zadavatele, např. zadávacím podmínkám, v závislosti na svém úspěchu nebo neúspěchu v zadávacím řízení, až na dobu po rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, čímž docházelo k neúměrným prodlevám v zadávacích řízeních.

K zadávacím podmínkám tedy Úřad uvádí, že navrhovatel měl v tomto ohledu povinnost podat námitky do 15 dnů od doby, kdy se dozvěděl o porušení zákona (viz §110 odst. 4 zákona), což však neučinil.

Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že návrh společnosti MOTT MACDONALD Praha, spol. s r. o. nebyl v části týkající se zadávacích podmínek podán k tomu oprávněnou osobou, a proto Úřad v této části rozhodl o zastavení řízení.

Nabídky ostatních uchazečů

Navrhovatel namítá možnou dohodu ostatních uchazečů a vzájemné majetkové propojení dvou zbylých uchazečů, kde jejich jediným akcionářem je totožná právnická osoba. Domnívá se, že je takové propojení nepřípustné z hlediska rozsudku ESD C-538/07 Asistur Srl v. Camera di Commercio. Dále uchazeč rozporuje termín, ve kterém zbývající uchazeči nabízejí realizovat veřejnou zakázku (navrhovatel nahlížel do Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek) a má pochybnost, zda tito uchazeči nedostali od zadavatele více informací, než byly součástí zadávací dokumentace. Navrhovatel však toto tvrzení nečiní součástí svého návrhu.

Úřad k majetkovému propojení uchazečů uvádí, že ve zmíněném rozsudku ESD C-538/07 Asistur je uvedeno, že pouhé konstatování ovládacího vztahu mezi dotčenými podniky z důvodu vlastnictví nebo počtu hlasovacích práv, které lze vykonat na řádných valných hromadách, nepostačuje k tomu, aby zadavatel mohl automaticky vyloučit tyto podniky ze zadávacího řízení, aniž by ověřil, zda měl takový vztah konkrétní dopad na jejich jednání v rámci tohoto řízení. Vzhledem k tomu, že navrhovatel k tomuto bodu návrhu nedodal konkrétní důkazy, Úřad se touto záležitostí dále nezabýval.

K doplnění návrhu, v němž navrhovatel mimo jiné uvádí, že společnosti Metroprojekt Praha a. s. a SUDOP Praha, a.s. se v minulosti podílely na přípravě podkladů týkajících se výstavby trasy I. D metra pro zadavatele, a tím mohly být oproti ostatním uchazečům zvýhodněny, Úřad uvádí, že podstata rozsudku ESD C-321/03 Fabricom SA je v tom, že osoby, jež vykonaly určité přípravné práce, nemohou být automaticky vyloučeny ze zadávacího řízení, aniž by takovým osobám bylo umožněno prokázat, že jimi nabyté zkušenosti nemohly narušit soutěž. Sám navrhovatel výslovně v doplnění návrhu ze dne 25.2.2010 připouští, že disponibilní dokumentace nemohla být využita jako bezprostřední podklad pro zpracování nabídek v šetřeném zadávacím řízení a v rámci stanovení požadavků na plnění veřejné zakázky nelze uvádět rozporuplné či neaktuální údaje, které by mohly být pro uchazeče matoucí. Z uvedeného důvodu Úřad konstatuje, že není prokázáno, že by nezpřístupněním disponibilní dokumentace navrhovateli byla narušena soutěž, a že by tato skutečnost konkrétním způsobem zvýhodnila některé uchazeče o veřejnou zakázku. Pokud jde o požadavek navrhovatele na zrušení zadávacího řízení, Úřad uvádí, že po přezkoumání případu bylo prokázáno pouze neoprávněné vyloučení navrhovatele a tento rozpor se zákonem je odstraněn zrušením rozhodnutí o vyloučení navrhovatele (k adekvátnosti nápravného opatření viz rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 188/2005).

Pojištění

Zadavatel v dopise ze dne 10.6.2009 požadoval po navrhovateli vyjasnění týkající se pojištění odpovědnosti navrhovatele. Dle názoru zadavatele pojištění obsahuje výlukou na podzemní práce a budování tunelů. Z uvedeného zadavatel usuzuje, že požadované pojištění nepokrývá celý předmět plnění veřejné zakázky - zpracování projektové dokumentace a výkon dozoru týkající se výstavby metra. Vzhledem k tomu, že nedoložení pojištění navrhovatele v požadovaném rozsahu nebylo v šetřeném případě důvodem k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, Úřad se uvedenou problematikou dále nezabýval (viz dále).

Požadavek na posouzení kvalifikace Úřadem

Zadavatel ve vyjádření ze dne 24.8.2009 uvedl, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže musí posoudit, zda doklady předložené navrhovatelem dokládají splnění kvalifikace.

Úřad uvádí, že dle § 112 odst. 1 zákona vykonává dohled nad dodržováním tohoto zákona, při kterém přezkoumává zákonnost úkonů zadavatele s cílem zajistit zachování zásad dle § 6 zákona. Z uvedeného vyplývá, že Úřad přezkoumává úkony učiněné zadavatelem v zadávacím řízení, tedy rozhoduje např. o tom, zda úkon zadavatele - vyloučení uchazeče bylo v souladu se zákonem či nikoliv. Zadavatel má tedy odpovědnost za dodržování zákona při zadávání veřejné zakázky (to, že zadavatel nemůže zmocnit jinou osobu k vyloučení dodavatele z účasti na zadávacím řízení je navíc výslovně uvedeno v § 151 odst. 2 zákona). Ad absurdum, pokud by Úřad rozhodoval o vyloučení uchazeče, pak by sám při případném správním řízení přezkoumával svoje vlastní úkony.

Závěr

Úřad 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. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel závažně pochybil při posuzování kvalifikace a zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny navrhovatele, Úřad musel zrušit úkon zadavatele spočívající ve vyloučení uchazeče MOTT MACDONALD Praha, spol. s r. o., a všech následujících úkonů zadavatele včetně výběru nejvhodnější nabídky a vrátil tak celé zadávací řízení do stavu posouzení nabídek. Porušení zákona mělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel nevyločil navrhovatele, jeho nabídka by byla hodnocena.

Nyní je tedy nutné znovu provést jednak samotné posouzení nabídek a také se vypořádat se zdůvodněním mimořádně nízké nabídkové ceny navrhovatele, a to za dodržení zásady transparentnosti, tzn. že pokud se hodnotící komise (zadavatel) rozhodne akceptovat odůvodnění objektivnosti mimořádně nízké nabídkové ceny uchazečem MOTT MACDONALD Praha, spol. s r. o. nebo toto odůvodnění odmítnout, pak musí uvést konkrétní důvody svého rozhodnutí. Tyto důvody musí být přezkoumatelné. Zejména ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek musí být uvedeny ty konkrétní položky z nabídky uchazeče, jejichž odůvodnění bylo posouzeno zadavatelem jako neobjektivní nebo objektivní spolu s doložením konkrétních argumentů.

Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 zákona 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 § 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 ve výroku III. Úřad zrušil rozhodnutí o vyloučení navrhovatele a všech následujících úkonů zadavatele v zadávacím řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. 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.

otisk úředního razítka

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9

Mgr. Tomáš Machurek, advokát, advokátní kancelář MT Legal, s. r. o., Karolíny Světlé 25
110 00 Praha

JUDr. Petr Balcar, advokát, Elišky Peškové 735/15, 150 00 Praha 5

Na vědomí:

MOTT MACDONALD Praha, spol. s r. o., Národní č. p. 984/15, 110 00 Praha 1

METROPROJEKT Praha a. s., I.P. Pavlova 2/1786, 120 00 Praha

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