



UOHSX0039OYO

PŘESEDNA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R103,104/2010/VZ-17013/2010/310/JSI

V Brně dne: 29. listopadu 2010

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 3. 8. 2010 podaném navrhovatelem –

- společností **SaM silnice a mosty a. s.**, IČ 25018094, se sídlem Máchova 1129, 470 01 Česká Lípa, za níž jedná Ing. Dušan Drahoš, předseda představenstva, ve správním řízení zast. JUDr. Ivo Jelínkem, advokátem se sídlem Labská 137/17, 405 02 Děčín,
a o rozkladu ze dne 2. 8. 2010 podaném vybraným uchazečem –
- společností **SKANSKA a. s.**, IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha, za níž jednají Ing. Dan Ťok, předseda představenstva, a Ing. Patrik Choleva, místopředseda představenstva,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S78/2010/VZ-9423/2010/520/EMa ze dne 26. 7. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – obce **Sloup v Čechách**, IČ 00525677, Komenského 236, 471 52 Sloup v Čechách, zastoupeného Jaromírem Studničkou, starostou, učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Zhotovitel stavby v rámci projektu Komunitní centrum obce Sloup v Čechách**“, zadávané formou otevřeného řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 18.12.2009 pod ev. č. 60040076,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S78/2010/VZ-9423/2010/520/EMa ze dne 26. 7. 2010

potvrzují

a podané rozklady

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – obec Sloup v Čechách, IČ 00525677, se sídlem Komenského 236, 471 52 Sloup v Čechách (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon"), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 18. 12. 2009 pod evidenčním číslem 60040076 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zhotovitel stavby v rámci projektu Komunitní centrum obce Sloup v Čechách“ (dále jen „veřejná zakázka“). Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel celkem pět nabídky, všechny vyhověly kontrole úplnosti podle § 71 odst. 8 zákona. Z protokolu o 1. jednání hodnotící komise ze dne 11. 2. 2010 vyplývá, že hodnotící komise doporučila zadavateli vyloučit z další účasti v zadávacím řízení uchazeče SaM silnice a mosty a. s., IČ 25018094, se sídlem Máchova 1129, 470 01 Česká Lípa (dále jen „navrhovatel“), neboť tento neprokázal požadovanou kvalifikaci. Hodnotící komise zároveň požádala o písemné vysvětlení nabídky uchazeče SKANSKA a. s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha (dále jen "vybraný uchazeč") a uchazeče SYNER, s. r. o., IČ 48292516, Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec. Na základě obdržených vysvětlení hodnotící komise akceptovala písemné vysvětlení nabídek vybraného uchazeče i uchazeče SYNER. Dne 17. 3. 2010 hodnotící komise stanovila pořadí úspěšnosti nabídek tak, že jako nejvhodnější určila nabídku vybraného uchazeče, dne 18. 3. 2010 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky v souladu se závěry posouzení a hodnocení nabídek.
3. Dne 11. 2. 2010 rozhodl zadavatel o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení, neboť navrhovatel neprokázal zadavatelem požadovanou kvalifikaci. Proti tomuto rozhodnutí podal navrhovatel námítky, kterým zadavatel po jejich přezkoumání v části týkající se splnění technických kvalifikačních předpokladů (doložení certifikátu systému řízení

jakosti ISO 9000 a předložení dokladu o registraci v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí EMAS nebo platného certifikátu dle norem ISO 14000) nevyhověl.

4. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal u Úřadu dopisem ze dne 5. 3. 2010 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad návrh obdržel dne 10. 3. 2010 a k tomuto dni oznámil zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče. Po předběžném přezkoumání předložené zadávací dokumentace získal Úřad nad rámec podaného návrhu rovněž pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při posouzení nabídky vybraného uchazeče podle § 76 odst. 1 zákona, tj. o tom, zda nabídka uchazeče SKANSKA a. s., resp. předložený návrh smlouvy splňuje požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách. Tyto nové skutečnosti Úřad oznámil účastníkům řízení a stanovil jim dodatečnou lhůtu k podání vyjádření.

II. Napadené rozhodnutí

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 26. 7. 2010 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S78/2010/VZ-9423/2010/520/EMa (dále jen "napadené rozhodnutí"), kterým rozhodl, že zadavatel nedodržel postup podle § 76 odst. 1 a odst. 6 zákona tím, že nevyřadil nabídku vybraného uchazeče ačkoliv tato nabídka nesplňovala požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách a následně nevyločil vybraného uchazeče z další účasti v zadávacím řízení, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy (výrok I. napadeného rozhodnutí). Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele Úřad podle § 118 zákona zrušil posouzení a hodnocení nabídek ze dne 9. 3. 2010, rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 18. 3. 2010, a všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení (výrok II. napadeného rozhodnutí), a dále uložil zadavateli povinnost úhrady nákladů správního řízení ve výši 30 000 Kč (výrok III. napadeného rozhodnutí).
6. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad zhodnotil předloženou zadávací dokumentaci, vyjádření a stanoviska všech účastníků řízení a na základě posouzení všech okolností k problematice vyřazení nabídky navrhovatele uvedl, že v daném případě navrhovatel sice doložil ve své nabídce doklady, které prokazují požadovanou kvalifikaci, tj. jednotlivé certifikáty, avšak z certifikátů vystavených na subdodavatele – společnosti KOČÍ a. s., IČ 46683046, K Lipám 132, 397 01 Písek (dále jen "KOČÍ a. s.") a PEGISAN s. r. o., IČ 61171361, K merfánům 47, 318 00 Plzeň (dále jen "PEGISAN s. r. o."), resp. ze smluv, které byly s uvedenými společnostmi uzavřeny, nevyplývá 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, jak explicitně stanoví zákon v § 51 odst. 4. Smyslem prokazování kvalifikace dodavateli, popř. za splnění zákonných podmínek společně se subdodavateli, je podle Úřadu výběr takového dodavatele, který prokáže, že má zkušenosti s obdobným druhem plnění, že je po technické a profesní stránce schopen zajistit kvalitní provedení předmětu veřejné zakázky. Zadavatel pomocí kvalifikačních předpokladů

selektuje dodavatele s cílem vybrat nejvhodnějšího právě s ohledem na specifika daného předmětu plnění. V šetřeném případě ale Úřad konstatoval, že zadavatel neměl jistotu, že by se na plnění veřejné zakázky podíleli dodavatelé, resp. subdodavatelé, jejichž prostřednictvím prokazoval navrhovatel splnění technických kvalifikačních předpokladů. Ze smlouvy o uzavření budoucí smlouvy, kterou navrhovatel uzavřel se společností KOČÍ a. s. totiž vyplývá, že jmenovaná společnost poskytne navrhovateli "práva na užití dokladů pro splnění kvalifikačních předpokladů, zajištění kontroly jakosti prováděných stavebních prací osobou způsobilou", nikoliv závazek k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky. Uvedenou formulací nevzniká subdodavateli závazek podílet se, ani marginálně, na plnění předmětu veřejné zakázky. Zadavatel by akceptací nabídky navrhovatele, ve které je obsažena uvedená smlouva o uzavření budoucí smlouvy, porušil ustanovení § 51 odst. 4 zákona, jelikož by připustil, že by mohl být vybrán k realizaci veřejné zakázky takový subjekt, jenž ani ve spojení se subdodavatelem neprokázal požadovanou kvalifikaci. V daném případě je přitom irelevantní doložení samotných dokladů v nabídce, neboť bez smluvně zajištěného závazku k "využití" těchto dokladů k realizaci plnění veřejné zakázky nelze tyto doklady považovat za doklady prokazující splnění požadované kvalifikace. S ohledem na uvedené tedy Úřad v postupu zadavatele při vyloučení uchazeče SaM silnice a mosty a. s. neshledal porušení zákona.

7. V otázce posouzení nabídky vybraného uchazeče Úřad nejprve rekapituloval relevantní skutečnosti ze zadávací dokumentace a z nabídky vybraného uchazeče, kdy podle čl. 2.1 zadávací dokumentace, je předmětem veřejné zakázky rovněž "zajištění ostatních prací, činností a služeb se zhotovení staveb souvisejících. Jedná se o ...vybudování, provoz a likvidaci zařízení staveniště... vyřízení povolení k potřebnému záboru veřejného prostranství či komunikací vč. vyřízení zvláštního užívání... Cenu za ostatní práce, činnosti a služby se zhotovením stavby související uchazeči vyčíslí a rozepíše po jednotlivých položkách jako "Ostatní (vedlejší) náklady dodavatele" na samostatný list a jejich cenu zahrnou do celkové ceny zakázky". V čl. III. odst. 2 návrhu smlouvy vybraného uchazeče je však uvedeno, že "před předáním staveniště předá objednatel zhotoviteli doklady o provedených průzkumech, které se týkají předávaného staveniště, zejména geologickém průzkumu a stavebně technickém průzkumu, včetně průzkumu podzemních a nadzemních vedení. Dále předá zhotoviteli vytýčení stávajících inženýrských sítí na staveništi a na dalších plochách přímo dotčených prováděním díla a seznámí jej s podmínkami vlastníků nebo správců těchto sítí, pokud tyto podmínky neobsahuje projektová dokumentace. Zhotovitel se zavazuje takové podmínky při provádění díla dodržovat", dále je v čl. IV. odst. 2 téhož návrhu smlouvy uvedeno, že "Náklady na povolení k užívání veřejného prostranství nese v rozsahu nezbytném pro provedení díla objednatel, a to po dobu sjednanou pro provedení díla podle čl. II. této smlouvy. Jestliže však bude zhotovitel užívat takové plochy po delší dobu než dobu sjednanou pro provedení díla, je povinen hradit náklady na jejich užívání, včetně případných pokut uložených za jejich užívání po delší než povolenou dobu, pokud takové prodloužení způsobil zhotovitel porušením svých povinností". Konečně podle čl. IV. odst. 5 návrhu smlouvy "Objednatel poskytne zhotoviteli na staveništi potřebné provozní prostory a zařízení, včetně prostor pro šatnu a sociální zařízení. Rozsah a podmínky jejich užívání dohodnou určení zástupci smluvních stran a uvedou je v zápisu o předání staveniště, popřípadě obsah takové dohody zapíšou do stavebního deníku".

8. K rozporu nabídky vybraného uchazeče s podmínkami zadání Úřad uvedl, že zadavatel v zadávací dokumentaci požadoval, aby zhotovitel zajistil povolení k potřebnému záboru veřejného prostranství či komunikací či vyřízení zvláštního užívání, přičemž náklady na tyto zábory nese zhotovitel a zajistil na vlastní náklad kompletně zařízení staveniště. V návrhu smlouvy vybraného uchazeče však byly tyto podmínky negovány k čemuž se vybraný uchazeč vyjádřil v písemném vysvětlení nabídky tak, že odst. 2 a 5 čl. IV. jsou formulovány "mylným způsobem a v rámci návrhu smlouvy budou tyto ustanovení považovány za od počátku neplatné". Návrh smlouvy vybraného uchazeče tedy nesplnil po obsahové stránce požadavky uvedené zadavatelem v zadávacích podmínkách. Podle Úřadu se nelze bez výhrad ztotožnit s argumentací vybraného uchazeče v tom smyslu, že rozpornost výše uvedených ustanovení návrhu smlouvy je zhojena dalšími ustanoveními smlouvy, neboť při posouzení splnění požadavků zadavatele stanovených v zadávacích podmínkách nelze akceptovat argument o budoucí neplatnosti vnitřně rozporných klauzulí smlouvy, i když tato smlouva obsahuje obecná ustanovení týkající se neplatnosti nebo neúčinnosti smlouvy.
9. Zadavatel musí podle závěrů Úřadu posuzovat u nabídek uchazečů mimo formální náležitosti, především obsahové náležitosti nabídek, tedy skutečnosti, které dokládají splnění jeho požadavků. Není přípustné, aby zadavatel akceptoval takové vysvětlení nabídky, resp. obsahu návrhu smlouvy, které je založeno na připuštění rozpornosti ustanovení návrhu smlouvy s požadavky zadavatele a argumentací o neplatnosti rozporných ustanovení. Pokud by docházelo k akceptacím nabídek, resp. návrhů smluv, které neodpovídají požadavkům zadavatele, resp., jejichž ustanovení jsou rozporná, postrádalo by stanovování požadavků zadavatele smysl. Podle Úřadu rovněž není možné připustit argumentaci vybraného uchazeče, který splnění požadavků zadavatele dokládá mj. i obecným ustanovením § 537 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdější předpisů (dále jen "obchodní zákoník"), dle kterého je zhotovitel je povinen provést dílo na svůj náklad a na své nebezpečí, neboť ačkoliv je možné připustit, že závazkový vztah založený smlouvou o dílo se řídí obchodním zákoníkem a v obecném smyslu je výše uvedené ustanovení obchodního zákoníku platné, není možné připustit, aby splnění požadavků zadavatele bylo založeno na neplatnosti některých ustanovení obsažených v návrhu smlouvy a současně odkazu na obecné ustanovení obchodního zákoníku. Obecně k předmětné otázce Úřad dále uvedl, že by bylo nebezpečným precedentem shledávat nabídky dodavatelů, které jsou z hlediska obsahové stránky vnitřně rozporné, jako nabídky vypracované v souladu s požadavky zadavatele. Nabídku, která v sobě promítá obsahový požadavek zadavatele, ale současně v jiné své části tento požadavek nerespektuje, popř. mu zcela odporuje, nelze považovat za nabídku vypracovanou v souladu se zadávací dokumentací.
10. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatoval, že návrh smlouvy uvedený v nabídce vybraného uchazeče nesplnil požadavek zadavatele uvedený v čl. 2.1 zadávacích podmínek, podle kterého zhotovitel zajistí povolení k potřebnému záboru veřejného prostranství či komunikací či vyřízení zvláštního užívání, přičemž náklady na tyto zábory nese zhotovitel a zajistí na vlastní náklad kompletně zařízení staveniště. Tento požadavek byl podle zadávací dokumentace požadavkem absolutním a zadavatel měl tedy v souladu s ustanovením § 76 odst. 1 a 6 zákona povinnost, v případě, že návrh smlouvy nebude zadávacím podmínkám

odpovídat, vyřadit takovou nabídku a vyloučit uchazeče ze zadávacího řízení. Opačný postup pak podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by byl zadavatelem vybraný uchazeč vyloučen, byla by jako nejvhodnější vybrána nabídka jiného uchazeče.

11. Na základě konstatování závažného pochybení při rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze strany zadavatele pak Úřad v souladu s ust. § 118 zákona musel zrušit úkon zadavatele spočívající v posouzení a hodnocení nabídek ze dne 9. 3. 2010, i výběr nejvhodnější nabídky ze dne 18. 3. 2010 a vrátit tak celé zadávací řízení do stavu před posouzením a hodnocením nabídek.

III. Námitky rozkladu

12. Proti napadenému rozhodnutí byl Úřadu dne 4. 8. 2010 doručen rozklad navrhovatele a téhož dne i rozklad vybraného uchazeče.

Rozklad navrhovatele

13. Navrhovatel ve svém rozkladu uvádí, že podstatou sporu je podle něj otázka výkladu obsahu smluv o smlouvě budoucí, tedy smluv uzavřených mezi navrhovatelem a společností KOČÍ a. s., resp. společností PEGISAN s. r. o., jimiž mimo jiné prokazoval splnění zadavatelem stanovených technických kvalifikačních předpokladů. Z obou předložených smluv je dle navrhovatele patrné, že jak společnost KOČÍ a. s., tak i společnost PEGISAN s. r. o., vyjádřily vůli být subdodavatelem navrhovatele při plnění předmětné veřejné zakázky a zavázaly se uzavřít s ním smlouvu o dílo. Obě tyto společnosti také poskytly navrhovateli k dispozici příslušné doklady prokazující splnění kvalifikačních podmínek z jejich strany, které navrhovatel připojil ke své nabídce. Obě tyto smlouvy měly tedy být Úřadem podle navrhovatele vykládány zejména v kontextu okolností a účelu jejich uzavření.
14. Navrhovatel dále uvádí, že pokud ve svém návrhu předestřel konkrétní právní argumenty, vztahující se k výkladu obsahu právních úkonů předložených v rámci prokázání splnění kvalifikačních podmínek, Úřad se neměl omezovat na pouhé konstatování, že zadavatel neporušil zákon. Podle navrhovatele se Úřad s argumentací navrhovatele o tom, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, vypořádal toliko obecným konstatováním, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, aniž by se však vypořádal s konkrétními právními argumenty předestřenými navrhovatelem. Takový postup považuje navrhovatel za nesprávný, mj. proto, že je úvaha, která vedla Úřad k vydání napadeného rozhodnutí, v tomto ohledu nepřezkoumatelná.
15. Nad rámec výše uvedeného navrhovatel dodává, že současně se svým návrhem podal i návrh na vydání předběžného opatření. Úřad nerespektoval ve svém postupu zákonnou desetidenní lhůtu podle § 61 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), stanovenou pro rozhodnutí o návrhu účastníka na vydání předběžného opatření, když o tomto Úřad rozhodl až po 36 dnech, přičemž své rozhodnutí o zamítnutí návrhu na vydání předběžného opatření neopřel Úřad podle navrhovatele o žádné konkrétní skutkové a právní závěry, jak mu ukládá ust. § 68 odst. 3 správního řádu. Navrhovatel původně rozhodnutí o předběžném opatření napadl rozkladem,

nicméně v zájmu ekonomiky řízení svůj rozklad posléze vzal zpět, aby mohlo být co nejdříve rozhodnuto ve věci samé.

16. V ostatním navrhovatel ve svém rozkladu opakuje argumenty vyslovené již v návrhu na zahájení řízení, přičemž v závěru rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu změnil tímto rozkladem napadené rozhodnutí tak, že rozhodne o zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze dne 2. 3. 2010, kterým byl navrhovatel vyloučen z další účasti v zadávacím řízení, a zruší rovněž všechny následné úkony zadavatele v předmětném zadávacím řízení.

Rozklad vybraného uchazeče

17. Vybraný uchazeč ve svém rozkladu uvádí, že sporný článek III. odstavec 2 návrhu smlouvy má pouze poukázat na faktické předání a to jak dokladů o provedených průzkumech, které se týkají předávaného staveniště, zejména geologickém průzkumu a stavebně technickém průzkumu, včetně průzkumu podzemních a nadzemních vedení, tak i dokladů o vytýčení stávajících inženýrských sítí na staveništi a na dalších plochách přímo dotčených prováděním díla. Vybraný uchazeč formuloval tento článek tak, aby z něj bylo patrné, že uvedené podklady budou ve vlastnictví objednatel. Podle vybraného uchazeče se má za to, že veškeré výše uvedené dokumenty zajistí ve prospěch zadavatele, který mu je následně předá jen a pouze za účelem jejich použití pro řádné provedení stavby. Podstatná skutečnost spočívá v tom, že všechny v článku III odst. 2 popsané podklady zajistí na svůj náklad zhotovitel a to ve prospěch objednatel, který s nimi bude i do budoucna disponovat, jakožto vlastník realizovaného díla.
18. Vybraný uchazeč si je vědom skutečnosti, že v čl. IV. odst. 2 návrhu smlouvy chybně uvedl, že náklady na povolení k užívání veřejného prostranství nese v rozsahu nezbytném pro provedení díla objednatel. Správně zde mělo podle něj být uvedeno "zhotovitel", což odpovídá i vymezenému předmětu díla, k záměně smluvních stran však došlo při kompletaci tohoto smluvního dokumentu. Vybraný uchazeč na možné selhání lidského faktoru, ke kterému v běžném životě dochází, myslí ve svých smluvních návrzích, a to formou takzvané „salvatorní klauzule". Rovněž návrh smlouvy o dílo vybraného uchazeče obsahuje uvedenou formuli, a to v textaci článku XVI. odstavec 2.
19. K poukazu Úřadu, obsaženém v bodě 70 odůvodnění napadeného rozhodnutí, směřujícímu proti rozporu v čl. IV. odst. 5 návrhu smlouvy vybraného uchazeče, kde je uvedeno, že "Objednatel poskytne zhotoviteli na staveništi potřebné provozní prostory a zařízení, včetně prostor pro šatnu a sociální zařízení. Rozsah a podmínky jejich užívání dohodnou určení zástupci smluvních stran a uvedou je v zápisu o předání staveniště, popřípadě obsah takové dohody zapíší do stavebního deníku", vybraný uchazeč uvádí, že při tvorbě návrhu smlouvy vycházel ze skutečnosti, že bude realizovat stavbu na pozemcích zadavatele a v této souvislosti tímto ustanovením chtěl zabezpečit přesné stanovení limitů užívání těchto prostor. Nicméně veškeré náklady s tímto spojené jsou opět vymezeny ve výkazu výměr a s ohledem na předmět díla je nese zhotovitel. Vybraný uchazeč si je však vědom faktu, že tato formulace může vést k vícevýznamovému výkladu o právech a povinnostech smluvních stran, pro případ možných rozporů je ale podle něj nutné poukázat na ustanovení § 537 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (dále jen "obchodní zákoník"), kde je uvedeno, že

zhotovitel je povinen provést dílo na svůj náklad a na své nebezpečí. Z tohoto lze podle něj přímo dovodit, že pro případ rozporu některých částí článku III., IV. s textací článku I. návrhu smlouvy, pro nějž lze vyslovit neplatnost těchto odporujících si částí, nastupuje povinnost vybraného uchazeče realizovat dílo v celém rozsahu vymezeném projektovou dokumentací na svůj náklad a nebezpečí.

20. Vybraný uchazeč se ztotožňuje s argumentací Úřadu ohledně nutnosti důsledné kontroly jak obsahových, tak formálních náležitostí nabídek, je však přesvědčen, že v tomto případě nedochází k rozporům, které by měly mít za následek vyloučení jeho nabídky. Tím, že vybraný uchazeč zamění v jednom článku návrhu smlouvy označení smluvních stran, nemůže být naplněna Úřadem předkládaná výtka rozpornosti, a to zejména z toho důvodu, že vybraný uchazeč jasně a srozumitelně svoji chybu objasnil bez jakýchkoliv úprav, doplnění, popřípadě změn své nabídky. V tomto případě se tedy nejedná o akceptaci nabídky, resp. návrhu smlouvy, který by neodpovídal požadavkům zadavatele. Pokud pak Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí hovoří o vnitřní rozpornosti nabídky dodavatele z hlediska obsahové stránky a tuto vnitřní rozpornost shledává v nabídce vybraného uchazeče (v návrhu smlouvy), pak je toto hodnocení podle vybraného uchazeče chybné. Zabýval-li by se Úřad celým návrhem smlouvy, nemohl by hovořit jen o „pouhé“ vnitřní rozpornosti, ale rozpornosti, která přímo v tom samém návrhu smlouvy nalézá řešení.
21. Vybraný uchazeč v rozkladu v dalším pouze opakuje svoji argumentaci uplatněnou již ve vyjádření v rámci správního řízení v prvním stupni a závěrem rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu změnil napadené rozhodnutí tak, že se návrh na přezkoumání úkonů zadavatele zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

IV. Řízení o rozkladech

22. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S78/2010/VZ-11668/2010/520/Ema ze dne 9. 8. 2010 a ÚOHS-S78/2010/VZ-11673/2010/520/Ema z téhož dne účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podaným rozkladům. Ve stanovené lhůtě ani po jejím uplynutí se však k podaným rozkladům žádný z účastníků řízení nevyjádřil.
23. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
24. Po projednání rozkladů a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladech a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
25. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S78/2010/VZ-9423/2010/520/EMa ze dne 26. 7. 2010 rozhodl o zrušení posouzení a hodnocení nabídek ze dne 9. 3. 2010 a dále o zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 18. 3. 2010 a všech následných úkonech zadavatele učiněných v zadávacím řízení, neboť zadavatel nedodržel postup podle § 76 odst. 1 a odst. 6 zákona tím, že nevyřadil nabídku vybraného uchazeče

ačkoliv tato nabídka nesplňovala požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách a následně nevyločil vybraného uchazeče z další účasti v zadávacím řízení, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž výrok o nákladech řízení je zákonný a správný. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladů

26. Předně uvádím, že jsem se v plném rozsahu ztotožnil i s odůvodněním napadeného rozhodnutí, které považuji za dostatečné, srozumitelné a přezkoumatelné. Přestože rozklady podané oběma účastníky správního řízení neobsahují žádné nové skutečnosti, ke kterým by bylo možné v řízení o rozkladu přihlížet, však považuji za vhodné uvést následující skutečnosti.
27. Stran vyřazení nabídky navrhovatele a jeho tvrzení, že se Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí omezil pouze na konstatování, že zadavatel neporušil zákon, a že je úvaha, která vedla Úřad k vydání napadeného rozhodnutí, v tomto ohledu nepřezkoumatelná, uvádím, že se s tímto tvrzením navrhovatele nemohu ztotožnit. Úřad totiž posoudil všechny okolnosti s ohledem na zákonem stanovená pravidla zadávacího řízení dostatečně a s náležitou pozorností ke všem konkrétním podmínkám zkoumané veřejné zakázky, když nejprve shrnul požadavky zadavatele na prokázání kvalifikace uvedené v zadávací dokumentaci a uvedl relevantní ustanovení zákona (čl. 50. – 55. napadeného rozhodnutí), a dále popsal obsah nabídky navrhovatele, resp. předmět sporných smluv a doložené doklady, a to přesnou citací sporných pasáží jak nabídky navrhovatele v části smlouvy o uzavření budoucí smlouvy ze dne 4. 1. 2010 se společností KOČÍ a. s., tak v části smlouvy o uzavření budoucí smlouvy se společností PEGISAN s. r. o., včetně přesného vymezení předmětu plnění těchto smluv a jeho posouzení ve vztahu k podmínkám zadání stanoveným zadavatelem v zadávací dokumentaci.
28. K námitce navrhovatele týkající se výkladu uzavřených smluv o budoucích smlouvách, který by měl být podáván s ohledem na kontext okolností a účel jejich uzavření, dodávám, že celý proces zadávání veřejných zakázek podle zákona je svázán přísným formalismem (a to i ve vztahu k namítané obecné právní úpravě závazkových vztahů obsažených v obchodním zákoníku) právě proto, aby zadavatel s ohledem na specifika konkrétního předmětu plnění vybral nejvhodnějšího dodavatele, který má s obdobným druhem plnění zkušenosti, přičemž jistota závazku budoucího dodavatele je stvrzena i velmi přísnými podmínkami jakýchkoliv změn návrhu smlouvy, který je v nabídce obsažen. Jestliže Úřad zjistil, že navrhovateli na základě smlouvy o uzavření budoucí smlouvy se společností KOČÍ a. s. vznikla pouze "práva na užití dokladů pro splnění kvalifikačních předpokladů, zajištění kontroly jakosti prováděných stavebních prací osobou způsobilou", nikoliv však závazek k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky, mám za správný i názor Úřadu o tom, že takto formulovanou smluvní podmínkou nevzniká subdodavateli závazek podílet se – byť okrajově – na plnění předmětu veřejné zakázky a zadavatel skutečně nemá o co opřít svoji jistotu, že by se na plnění veřejné zakázky podíleli subdodavatelé, jejichž prostřednictvím je splnění technických kvalifikačních předpokladů prokazováno.

29. Stejný závěr je pak podle mého názoru analogicky možné učinit i ohledně uzavření budoucí smlouvy se společností PEGISAN s. r. o., ze které rovněž nevyplývá závazek této společnosti podílet se na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky jako celku, přičemž zde – jak Úřad správně konstatoval – navíc absentuje i doložení zadavatelem požadovaných opatření, která subdodavatel používá v oblasti ochrany životního prostředí. Pokud by tedy zadavatel nabídku navrhovatele akceptoval tak, jak byla předložena, zcela jistě by se dopustil porušení ust. § 51 odst. 4 zákona, neboť by mohl být k realizaci veřejné zakázky vybrán dodavatel, který ani ve spojení se subdodavatelem neprokázal požadovanou kvalifikaci, resp. tato kvalifikace prostřednictvím subdodavatele nebyla dostatečně smluvně zajištěna.
30. K namítanému restriktivnímu pohledu zadavatele na posuzování splnění předmětných technických kvalifikačních předpokladů uvádím, že i tento argument navrhovatele je dostatečně vypořádán v napadeném rozhodnutí, neboť jakýmkoliv jiným přístupem by se zadavatel dopustil porušení zákona, jak je již uvedeno výše. Pokud totiž existuje závazek subdodavatele k plnění části předmětu veřejné zakázky (smlouva se společností PEGISAN s. r. o.), případně tento závazek subdodavatelem smlouvou není založen vůbec, (smlouva se společností KOČÍ a. s.), prokázání kvalifikačních předpokladů nelze přesouvat na subdodavatele ve zbývající části, resp. celku realizace předmětu plnění veřejné zakázky.
31. K námitkám navrhovatele, které se týkají rozhodnutí o předběžném opatření, lhůt k jeho vydání a dostatečnosti jeho odůvodnění v obecné rovině uvádím, že smyslem předběžného opatření, jímž je zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, je zabránění vzniku složitých obchodně-právních vztahů, které jsou v rozporu s obecně závazným právním předpisem, v tomto případě se zákonem. K tomu dále uvádím, že na straně Úřadu přitom postačuje pouhá obava, že by smlouva na plnění šetřené veřejné zakázky mohla být uzavřena dříve, než bude případ řádně prošetřen, případně než bude zjednána náprava, a že by pokračováním v postupu zadání veřejné zakázky mohlo dojít k bezprostřednímu ohrožení zájmů uchazečů. Před vydáním rozhodnutí ve věci samé tak je orgánu dohledu vymezen prostor pro volbu konkrétních procesních prostředků, které mu zákon umožňuje a které se mu jeví jako nejúčelnější. Jak ale vyplývá z citované právní úpravy, s podaným návrhem na vydání předběžného opatření není bezprostředně spojena povinnost Úřadu toto předběžné opatření vydat. Jinak řečeno, na vydání předběžného opatření není právní nárok, neboť úvaha o tom, zda k vydání předběžného opatření přistoupit či nikoli, spadá do mezí tzv. diskreční pravomoci orgánu dohledu (tj. správního uvážení). Pro úplnost konstatuji, že do výše zmíněné diskreční pravomoci Úřadu patří i úvaha, zda po zamítnutí návrhu na vydání předběžného opatření toto předběžné opatření nevydat *ex officio*, pokud by později vyšly najevo skutečnosti, které takový postup odůvodňují. Na rozdíl od rozhodnutí ve věci samé, se však Úřad v rozhodnutí, jímž je nařízeno předběžné opatření, zabývá pouze otázkou, zda vznik složitých a těžko napravitelných právních vztahů hrozí. Taktéž, oproti konečnému rozhodnutí, nemusí rozhodnutí předběžné povahy (jež podléhá kontrole ve správním soudnictví až společně s meritorním rozhodnutím) obsahovat podrobné a naprosto vyčerpávající odůvodnění.

32. Co se pak týče výsledku samotného správního řízení, vydání napadeného rozhodnutí jen podtrhuje správnost a oprávněnost závěrů, ke kterým Úřad dospěl v rámci rozhodnutí o předběžném opatření, neboť ani v rámci podkladů a stanovisek účastníků, které byly shromážděny a posouzeny v rámci správního řízení o rozkladu, nebyla konstatována opodstatněnost návrhu navrhovatele, ani jeho požadavku na zatímní úpravu poměrů účastníků vydáním předběžného opatření. K námitkám směřujícím proti nedodržení desetidenní lhůty pro rozhodnutí o návrhu na vydání předběžného opatření pak uvádím, že vzhledem k absentující sankci za její překročení se jedná pouze o lhůtu pořádkovou (pro úplnost dodávám, že použití institutu opatření proti nečinnosti podle § 80 správního řádu je omezeno na nečinnost správního orgánu při rozhodování ve věci samé). Kromě toho nedodržení této lhůty nemělo s ohledem na všechny okolnosti případu žádný faktický vliv na průběh správního či zadávacího řízení.
33. K okolnostem posouzení nabídky vybraného uchazeče uvádím, že argumentace uvedená Úřadem v odůvodnění napadeného rozhodnutí vychází z konstantní rozhodovací praxe Úřadu, přičemž opakovaně zdůrazňuji, že především skutečnosti, které dokládají splnění požadavků zadavatele stanovené v zadávací dokumentaci, tedy formální a obsahové náležitosti nabídek, musí zadavatel posuzovat s náležitou pečlivostí, neboť právě ony jsou základem (nejen právní) jistoty zadavatele, že bude předmět plnění veřejné zakázky realizován s náležitou odbornou péčí a ve stanovených termínech. Proto nelze připustit, aby zadavatel akceptoval takovou nabídku (či její vysvětlení), která jednak připouští rozpory ustanovení návrhu smlouvy s požadavky zadavatele a dále otevírá prostor pro argumentaci o neplatnosti těchto rozporných ustanovení.
34. V návaznosti na to je též nepřijatelné, odkazovat na obecná ustanovení obchodního zákoníku, neboť, jak již je uvedeno shora, co se týče závazkových vztahů, je zákon o veřejných zakázkách vůči obchodnímu zákoníku zákonem zvláštním, který podává vlastní úpravu zejména podmínek změny smlouvy ve fázi mezi podáním nabídky a jejím uzavřením a v souladu s účelem celého zadávacího procesu není možné připustit, aby splnění požadavků zadavatele bylo založeno na neplatnosti některých ustanovení obsažených v návrhu smlouvy a současně odkazu na obecné ustanovení obchodního zákoníku, jak správně uvádí Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Jak i sám vybraný uchazeč v podaném rozkladu připouští, jeho nabídka není v části smlouvy o dílo bezvadná. Jakýkoliv nedostatek podobného charakteru však nelze hojit vybraným uchazečem předkládanou interpretací souvisejících obchodněprávních norem, která v tomto vztahu není na místě ani v rámci správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Obecný závěr stran faktu, že nabídka, která v sobě promítá na jednom místě obsahový požadavek zadavatele, ale současně v jiné své části tento požadavek odmítá, popř. mu zcela odporuje, není vypracována v souladu se zadávací dokumentací, tak považuji za obecně platný a zcela souladný s dosavadním výkladem podávaným Úřadem v rámci jeho rozhodovací praxe.
35. Akceptací kteréhokoli z argumentů vybraného uchazeče by byl popřen smysl zadávacího řízení a stejnou měrou by došlo k narušení právní jistoty zadavatelů, která je – stejně tak jako základní zásady podle ust. § 6 zákona – na rigidnosti podmínek stanovených zákonem pro zadávání veřejných zakázek založena. Jelikož ani rozklad vybraného uchazeče neobsahuje

oproti argumentaci v předchozím řízení žádné nové skutečnosti, odkazují v ostatním na odůvodnění napadeného rozhodnutí, s nímž jsem se v plném rozsahu ztotožnil.

VI. Závěr

36. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladech.
37. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Ivo Jelínek, advokát, Labská 137/17, 405 02 Děčín
2. obec Sloup v Čechách, Komenského 236, 471 52 Sloup v Čechách
3. SKANSKA a. s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy