



UOHSX0039A80

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R121/2010/VZ-16590/2010/310/Eku

V Brně dne: 12. listopadu 2010

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 20. 8. 2010 podaném navrhovatelem – společnostmi

- **SYNER VHS Vysočina, a. s.**, IČ 25183052, se sídlem Na Hranici 14, 586 01 Jihlava, za niž jedná Ing. David Štursa, místopředseda představenstva, a Ing. Miroslav Lehký, člen představenstva,
- **HOCHTIEF CZ a. s.**, IČ 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha, za niž jedná Ing. Tomáš Bílek, předseda představenstva, a Ing. František Kubát, člen představenstva,
- **Metrostav a. s.**, IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha, za niž jedná Ing. Jiří Bělohlav, místopředseda představenstva, a Ing. Zdeněk Šinovský, člen představenstva,
- **EUROVIA CS, a. s.**, IČ 45274924, se sídlem Národní 10, 113 19 Praha, za niž jedná Ing. Martin Borovka, předseda představenstva, a Grégoire Pinesseau, místopředseda představenstva,

které dne 13. 1. 2009 uzavřely smlouvu o sdružení "Sdružení firem Jihlavsko" za účelem společného postupu v rámci veřejné zakázky „Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko“, a které jsou ve správním řízení zastoupeny na základě plné moci ze dne 30. 6. 2010 JUDr. Vladimírem Zmeškalem, advokátem se sídlem AK Pejchal, Nespala a spol., Riegrova 336/5, 250 01 Brandýs nad Labem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S181/2010/VZ-9576/2010/520/JHI ze dne 5. 8. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **Svazu vodovodů a kanalizací Jihlavsko**, IČ 48460915, se sídlem Žižkova 93, 586 01 Jihlava, za nějž jedná RSDr. Jiří Vlach, předseda představenstva, učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko**“,

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 21. 11. 2008 pod ev. č. 60025377 a dne 22. 11. 2008 v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2008/S 228-303598, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč – společnosti

- **Chemkostav a. s.**, IČ 36191892, se sídlem Priemyselná 3931, 071 01 Michalovce, Slovenská republika, za niž jedná Ing. Tibor Mačuga, předseda představenstva, a Ing. Milan Dunaj, místopředseda představenstva,
- **AGROSTAV, akciová společnost**, IČ 46904662, se sídlem Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava, za niž jedná Václav Saenger, ředitel a prokurista,
- **Stavební firma Škrabal spol. s r. o.**, IČ 13694201, se sídlem Vránova 143, 612 00 Brno, za niž jedná Ing. František Škrabal, jednatel, a
- **IPOS PS s. r. o.**, IČ 28317122, se sídlem Hruškové Dvory 6, 586 01 Jihlava, za niž jedná Jan Hrdlička, jednatel,

kteřé dne 10. 12. 2008 uzavřely smlouvu o sdružení pod názvem „VHS Jihlavsko“ za účelem společného postupu v rámci veřejné zakázky „Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko“, a které jsou ve správním řízení zastoupeny na základě plné moci ze dne 7. 5. 2009 společností AGROSTAV, akciová společnost, IČ 46904662, se sídlem Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava, za niž jedná Václav Saenger, ředitel a prokurista,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) 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-S181/2010/VZ-9576/2010/520/JHI ze dne 5. 8. 2010

r u š í m

a věc

v r a c í m

k novému projednání Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Svaz vodovodů a kanalizací Jihlavsko, IČ 48460915, se sídlem Žižkova 93, 586 01 Jihlava (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 pod evidenčním číslem 60025377 dne 21. 11. 2008 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 11. 2008 pod evidenčním číslem 2008/S 228-303598 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky "Rekonstrukce stávajících a výstavby nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko" (dále jen "veřejná zakázka"). Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Zadavatel dne 23. 2. 2010 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče – společností Chemkostav a. s., IČ 36191892, se sídlem K. Kuzmányho 22, 071 01 Michalovce, Slovenská republika, AGROSTAV, akciová společnost, IČ 46904662, se sídlem Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava, Stavební firma Škrabal spol. s r. o., IČ 13694201, se sídlem Vránova 143, 612 00 Brno a IPOS PS s. r. o., IČ 28317122, se sídlem Hruškové Dvory 6, 586 01 Jihlava, které dne 10. 12. 2008 uzavřely smlouvu o sdružení pod názvem "VHS Jihlavsko" za účelem společného postupu v rámci veřejné zakázky (dále jen „vybraný uchazeč“). Výběr nejvhodnější nabídky oznámil zadavatel uchazečům dopisem ze dne 29. 4. 2010.
3. Další uchazeč – společnosti SYNER VHS Vysočina, a. s., IČ 25183052, se sídlem Na Hranici 14, 586 01 Jihlava, HOCHTIEF CZ a. s., IČ 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha, Metrostav a. s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha, a EUROVIA CS, a. s., IČ 45274924, se sídlem Národní 10, 113 19 Praha, které dne 13. 1. 2009 uzavřely smlouvu o sdružení s názvem "Sdružení firem Jihlavsko" za účelem společného postupu v rámci veřejné zakázky (dále jen "navrhovatel"), s rozhodnutím zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky nesouhlasil z důvodu tvrzeného nesplnění technických kvalifikačních předpokladů ze strany vybraného uchazeče a nesprávného hodnocení smluvních pokut uvedených v jeho nabídce, podal proto proti němu námítky, kterým zadavatel rozhodnutím ze dne 21. 5. 2010 nevyhověl. Jelikož navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námítkách za učiněné v souladu se zákonem, podal u Úřadu návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v předmětné veřejné zakázce. Úřad návrh obdržel dne 2. 6. 2010 a k tomuto dni oznámil zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče.

II. Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 5. 8. 2010 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S181/2009/VZ-9576/2009/520/JHL (dále jen "napadené rozhodnutí"), kterým rozhodl o zastavení správního řízení podle § 118 zákona, neboť v postupu zadavatele neshledal porušení zákona (výrok I. napadeného rozhodnutí). Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel není povinen hradit náklady správního řízení.

5. V úvodu odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad rekapituloval průběh zadávacího řízení a stran problematiky stanovení výše smluvní pokuty uvedl následující. Zadavatel v zadávacích podmínkách, svazku 2, část 2, stanovil minimální výši smluvní pokuty za prodlení se splněním lhůty pro dokončení díla, jako minimální byla stanovena smluvní pokuta ve výši 0,1 % z celkové smluvní ceny díla za každý den a případ prodlení, dále stanovil minimální výši smluvní pokuty za prodlení se splněním lhůty stanovené v harmonogramu pro jednotlivé ucelené části díla, a to ve výši 0,02 % z příslušné ceny ucelené části díla za každý den a případ prodlení.
6. Navrhovatel se v návrhu ohrazuje proti způsobu hodnocení nabídky vybraného uchazeče, neboť se domnívá, že výše smluvních pokut nabídnutých vybraným uchazečem jsou zjevně nepřiměřené, když v prvním případě nabídl pokutu ve výši 10 000 000 Kč za každý den a případ prodlení, a v druhém případě ve výši 1 000 000 Kč za každý den a případ prodlení. Dle názoru navrhovatele měl zadavatel nabídce vybraného uchazeče v této části přiřadit 0 bodů. Podobný postup byl zadavatelem zmíněn v prvním Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 27. 2. 2009, kde bylo uvedeno, že "Hodnotící komise posoudila navržené pokuty z hlediska přiměřenosti k rozsahu a charakteru předmětu veřejné zakázky a žádnou z nabízených hodnot neoznačila jako nepřiměřenou. Žádná z nabízených hodnot nepřesahuje hodnotu 1 % z nabídkové ceny bez DPH, což je obecně a obvykle definovaná hranice nepřiměřenosti smluvní pokuty spojené s dokončením díla." Navrhovatel dále ve svých námitkách, na které odkazuje i v návrhu na zahájení řízení, zmínil několik rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR, kde tento konstatoval, že smluvní pokuta do výše jednoho procenta z dlužné částky denně není nepřiměřená. Podle navrhovatele tedy postup zadavatele, který akceptoval zjevně nepřiměřenou cenu smluvních pokut vybraného uchazeče, nepřipustným způsobem ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a byla porušena zásada diskriminace.
7. K požadavkům zadavatele na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle čl. 3.4 zadávací dokumentace uvedl Úřad následující:
- Dle čl. 3.4.1 "Rozsah požadovaných informací a dokladů dle § 56 odst. 7 písm. a) zákona:

Zadavatel předloží seznam stavebních prací provedených dodavatelem v letech 2003 až 2007 (příčemž zadavatel připouští i reference dokončené v průběhu roku 2008); přílohou tohoto seznamu musí být osvědčení objednatelů o řádném plnění 4 referenčních stavebních prací (tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně a odborně)."
 - čl. 3.4.3 "Vymezení minimální úrovně kvalifikačního předpokladu odpovídající druhu, rozsahu složitosti předmětu plnění veřejné zakázky dle § 56 odst. 7 písm. c) zákona:

Dodavatel splňuje technický kvalifikační předpoklad, pokud v letech 2003 až 2007 (příčemž zadavatel připouští i reference dokončené v průběhu roku 2008) realizoval, tj. ukončil a předal objednateli:
 - minimálně jednu vodohospodářskou stavbu na výstavbu nebo rekonstrukci liniových staveb (vodovody, kanalizace) v hodnotě min. 150 000 000 Kč,

- o a další dvě vodohospodářské stavby v hodnotě min. 80 000 000 Kč, přičemž předmětem plnění jedné z nich byla rekonstrukce nebo výstavba kanalizačních sítí."
8. Jelikož v předchozím správním řízení vedeném Úřadem ve věci téže veřejné zakázky (sp. zn. ÚOHS-S90/2009/VZ) byla navrhovatelem již dříve nastolena otázka věrohodnosti referencí předložených společností Chemkostav a. s., IČ 36191892, se sídlem K. Kuzmányho 22, 071 01 Michalovce, Slovenská republika (dále i jen "Chemkostav"), která je členem sdružení – vybraného uchazeče, zadavatel si před posouzením a hodnocením nabídek dopisem ze dne 20. 11. 2009 vyžádal od poskytovatelů referencí pro uchazeče Chemkostav (Východoslovenské vodárenské spoločnosti, a. s., a Ministerstva vnitra Slovenské republiky) objasnění jimi poskytnutých referencí ve vztahu ke splnění technických kvalifikačních předpokladů požadovaných zadavatelem.
 9. Poskytovatel reference Východoslovenská vodárenská spoločnosť, a. s., v odpověď zadavateli v dopise ze dne 1. 12. 2009 uvedla, že Chemkostav jako zhotovitel – účastník sdružení Mota-Engil & Chemkostav realizoval dílo "Prešov - Pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysy". Předmětné dílo přitom sestává z 69 ucelených částí – jednotlivých liniových staveb kanalizací, vodovodů a ČOV, které jsou realizované na základě samostatných stavebních povolení. Chemkostav jako účastník sdružení měl realizovat 49 % z celkového objemu zakázky, což k termínu XI/2008 představovalo hodnotu 19 081 369,12 € (574 845 327,02 Sk) z celkem zrealizovaných prací k tomuto termínu ve finančním objemu 38 941 569,69 € (1 173 153 728,62 Sk). Firma Chemkostav k termínu 31. 10. 2008 stavebně ukončila a odevzdala stavební práce jednotlivých liniových staveb kanalizací, vodovodů a ČOV v objemu 8 069 634,56 € (243 105 810,63 Sk) ve smyslu už vystaveného osvědčení o zrealizované stavbě. Stavební práce v této hodnotě byly k termínu 31.10. 2008 zrealizované odborně ve smyslu schválených technologických postupů, současné platné legislativy a ve smluvně dohodnutých termínech. Druhý oslovený poskytovatel reference – Ministerstvo vnitra Slovenské republiky na žádost zadavatele neodpovědělo.
 10. Navrhovatel v podaném návrhu namítal, že referenční zakázky předložené vybraným uchazečem nebyly stavebními pracemi řádně dokončenými, přičemž argumentoval veřejně dostupnými dokumenty, které jeho stanovisko potvrzují. Dále uvedl, že v zadávací dokumentaci se v bodě 3.4.3, kde jsou stanoveny požadavky na splnění technického kvalifikačního předpokladu, jasně hovoří o vodohospodářských stavbách, je zde tedy třeba prokázat realizaci, tj. ukončení a předání objednateli vodohospodářské stavby jako takové, nikoli pouze realizaci dílčích stavebních prací na vodohospodářské stavbě. Dále navrhovatel definoval pojmy „vodohospodářská stavba“ a „vodohospodářské dílo“. Podle navrhovatele je vodovod provozně samostatný soubor staveb a zařízení zahrnující vodovodní řady a vodárenské objekty, jimiž jsou zejména stavby pro jímání a odběr povrchové nebo podzemní vody, její úpravu a shromažďování. Kanalizace je provozně samostatný soubor staveb a zařízení zahrnující kanalizační stoky k odvádění odpadních vod a srážkových vod společně nebo odpadních vod samostatně a srážkových vod samostatně, kanalizační objekty, čistírny odpadních vod, jakož i stavby k čištění odpadních vod před jejich vypouštěním do kanalizace. Kanalizace i vodovod jsou vodním dílem. Současně uvedl, že podle zákona č. 274/2001 Sb., o vodovodech a kanalizacích pro veřejnou potřebu a o změně některých zákonů, z ustanovení § 3 odst. 1 a 2 vyplývá, že vodovodní přípojka není vodovodním dílem,

stejně tak kanalizační přípojka není vodním dílem. Podle navrhovatele měl být tedy vybraný uchazeč na základě neprokázání splnění technické kvalifikace ze zadávacího řízení vyloučen.

11. Vybraný uchazeč k výše zmíněnému uvedl, že zadavatel v souladu s citovaným doporučením Úřadu znovu přezkoumal splnění kvalifikace a vyžádal si od něho doplnění informací. Ve všech případech referencí se jednalo o vodohospodářské stavby, neboť byly povolovány příslušnými vodoprávními úřady. Vybraný uchazeč doručil zadavateli požadované objasnění ve lhůtě, prokázal tedy předpoklady zakázku provést.
12. Úřad následně z vlastní iniciativy vyžádal od Ministerstva vnitra Slovenské republiky zaslání informací k uděleným referencím, ke kterým se tento subjekt v průběhu zadávacího řízení nevyjádřil. V žádosti se Úřad dotazoval, jaké stavební práce prováděl dodavatel Chemkostav při realizaci veřejné zakázky "Liniové objekty Oddelenia hraničnej polície policejného zboru", dále požadoval informace, kdy byla uzavřena smlouva o dílo s dodavatelem Chemkostav, kdy byla stavební práce dokončeny a řádně předány, jaký byl finanční objem jím realizovaných prací, které konkrétní stavby byly předmětem veřejné zakázky a jaké liniové stavby byly předmětem veřejné zakázky a jakou finanční část z celkové ceny této veřejné zakázky tvořila kanalizace a stavby.
13. Ministerstvo vnitra Slovenské republiky k dotazu Úřadu odpovědělo s tím, že na základě výběrového řízení byla s uchazečem Chemkostav dne 4. 4. 2005 uzavřena smlouva o dílo na stavbu s názvem "Liniové objekty Oddelenia hraničnej polície policejného zboru" a práce byly řádně dokončeny a předány dne 12. 6. 2007. Uchazeč Chemkostav realizoval práce v celkovém finančním objemu 17 419 969 € bez DPH, z této částky připadala na kanalizace a liniové stavby částka ve výši 4 067 582 € bez DPH. Ministerstvo vnitra Slovenské republiky dále popsalo charakter liniových staveb, které se podle něj skládaly z vnitroareálových kanalizací a vodovodů, kanalizačních přípojek včetně odlučovače ropných látek, vodovodní přípojky, ČOV, přípojky plynu, rozvody NN a VN. Podíl liniových staveb na celkovém finančním objemu veřejné zakázky činil cca 24 %.
14. Navrhovatel se k výše uvedenému dodatečně vyjádřil v tom smyslu, že referenční zakázka od Ministerstva vnitra Slovenské republiky není vodohospodářskou stavbou na výstavbu nebo rekonstrukci liniových staveb týkajících se vodovodů nebo kanalizací v hodnotě min. 150 000 000 Kč, když hodnota liniových staveb uvedená v potvrzení Ministerstva vnitra Slovenské republiky činí celkem 4 067 582 €. Při aktuálním kursu ČNB ke dni 14. 1. 2009 (konec lhůty pro podání nabídek do výběrového řízení) 1 €/26,930 Kč, je hodnota stavebních prací uvedená v potvrzení Ministerstva vnitra Slovenské republiky pouze 109 539 983,26 Kč. Uvedené liniové stavby se tedy podle navrhovatele v rozporu se zadávací dokumentací netýkaly pouze vodovodů a kanalizací, v částce 4 067 582 € byly zahrnuty i práce týkající se odlučovačů ropných látek, přípojek plynu, rozvodů NN a VN, z potvrzení není vůbec zřejmý jejich podíl na uváděné částce, navíc u těchto prací jistě nejde o vodohospodářskou stavbu. Do liniových staveb o zmíněném celkovém objemu ve výši 4 067 582 € byly zahrnuty i kanalizační a vodovodní přípojky, ty však podle navrhovatele nejsou vodohospodářskou stavbou.
15. Ke splnění technických kvalifikačních předpokladů vybraného uchazeče Úřad v odůvodnění uvedl, že mezi účastníky řízení není sporu o tom, že dvě z referenčních zakázek předložených vybraným uchazečem (konkrétně stavby "Petrovce – rekonštrukcia vodohospodárskeho uzla

VD Zemplínska Šírava za 120 mil. Kč" a "Tunel Branisko - Diaľnica D1 Behárovce, Odkanalizovanie tunela, obce Korytné a Behárovce za 176 mil. Kč") splňují podmínky stanovené zadavatelem jako "dvě vodohospodářské stavby v hodnotě min. 80 000 000 Kč", přičemž předmětem plnění jedné z nich byla rekonstrukce nebo výstavba kanalizačních sítí podle čl. 3.4.3 zadávací dokumentace.

16. Úřad konstatoval, že dále bylo nutné pouze posoudit, zda jedna ze zbývajících referenčních zakázek splňovala požadavky zadavatele uvedené v čl. 3.4.3 zadávací dokumentace na "minimálně jednu vodohospodářskou stavbu na výstavbu nebo rekonstrukci liniových staveb (vodovody, kanalizace) v hodnotě min. 150 000 000 Kč". K tomu Úřad konstatoval, že cílem požadavků na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, uvedených v ustanovení § 56 odst. 1 písm. a) zákona je, aby dodavatel předložil důkazy o tom, že je pro plnění veřejné zakázky vybaven zejména potřebnou zkušeností. Výše zmíněné ustanovení zákona tedy nevyklučuje prokázání splnění požadavků na technickou kvalifikaci pouze částí veřejné zakázky, která již byla řádně splněna a odevzdána. S odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Ca 22/2005-95 ze dne 15. 12. 2006 Úřad uvedl, že nemůže sám přezkoumávat úvahy členů komise, resp. zadavatele, neboť by se tím sám ve svých důsledcích stylizoval do role zadavatele a určoval by, která nabídka má vyhovět stanoveným podmínkám a také v soutěži zvítězit, jeho úkolem je výhradně kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. Úřad tedy nemůže provádět vlastní hodnocení nabídek, avšak je oprávněn posoudit, zda vybraný uchazeč mohl předložit referenci na veřejnou zakázku, která sice nebyla dokončena jako celek, ale její jednotlivé samostatné části byly řádně zrealizovány a předány objednateli v zadavatelem požadovaném termínu.
17. Úřad proto konstatoval, že vybraný uchazeč ukončil a odevzdal stavební práce jednotlivých liniových staveb kanalizací a vodovodů ve finančním objemu 217 mil. Kč v termínu do konce roku 2008 a byť se nejednalo o referenční veřejnou zakázku jako celek, jednalo se o jednotlivé samostatné části, na které objednatel vystavil osvědčení o zrealizované stavbě, v zadavatelem požadovaném termínu. Pro posouzení případu tak podle Úřadu není důležité, že nebyla předložena reference na celkovou veřejnou zakázku objednatele Východoslovenská vodárenská spoločnosť, a. s., podstatné je pouze to, že vybraný uchazeč prokázal, že je schopen splnit veřejnou zakázku, tak jak stanovil zadavatel, když předložil referenci na již ukončené a již předané samostatné části veřejné zakázky "Prešov - Pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysy" v hodnotě 217 mil. Kč.
18. Co se týče reference na veřejnou zakázku "Líniové objekty Oddelenia hraničnej polície policejného zboru", ta podle Úřadu pouze naplňuje zadavatelem požadovanou kvótu na čtyři referenční zakázky, z nichž pouze ve třech případech se muselo jednat o vodohospodářské stavby, není tedy potřeba zkoumat, jaké konkrétní stavby byly v rámci této referenční zakázky provedeny a jaký podíl tvořily stavby liniové. Dle názoru Úřadu tedy zadavatel při posouzení prokázání splnění požadavků na technickou kvalifikaci v nabídce vybraného uchazeče postupoval v souladu se zákonem, čímž je podle Úřadu dán důvod k zastavení řízení tak, jak je uvedeno ve výrokové části napadeného rozhodnutí.

III. Námitky rozkladu

19. Proti oběma výrokům rozhodnutí č. j. ÚOHS-S181/2010/VZ-9576/2010/520/JHI ze dne 5. 8. 2010 obdržel Úřad dne 23. 8. 2010 rozklad navrhovatele. Navrhovatel především nesouhlasí se závěry Úřadu, zejména pak s tvrzením, že bylo možné, s ohledem na obsah zadávací dokumentace a příslušná zákonná ustanovení, prokázat splnění požadavků na technickou kvalifikaci pouze částí jiné veřejné zakázky a uvést dílčí plnění ze smlouvy o dílo v nabídce jako referenční stavbu ve smyslu zadávací dokumentace.
20. Podle názoru navrhovatele neprokázal vybraný uchazeč splnění kvalifikace prostřednictvím referenční zakázky "Prešov pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysa", neboť stavba nebyla k rozhodnému dni jako celek řádně dokončena. Dále navrhovatel zopakoval svá tvrzení z návrhu, podle kterých měla být celá tato referenční zakázka dokončena až v roce 2009.
21. Podle zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky, čl. 3 "kvalifikace dodavatele", odst. 3.4. (technické kvalifikační předpoklady), bod 3.4.1., je uchazeč povinen předložit zadavateli seznam stavebních prací provedených uchazečem v letech 2003 až 2007 (přičemž zadavatel připouští i reference dokončené v průběhu roku 2008); přílohou tohoto seznamu musí být osvědčení objednatelů o řádném plnění 4 referenčních stavebních prací (tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně a odborně).
22. Požadavky zadavatele jsou dále rozvedeny v bodu 3.4.3. zadávací dokumentace, kde je mimo jiné uvedeno, že uchazeč splňuje technický kvalifikační předpoklad, pokud v letech 2003 až 2007 (přičemž zadavatel připouští i reference dokončené v průběhu roku 2008) realizoval, tj. ukončil a předal objednateli:
 - o minimálně jednu vodohospodářskou stavbu na výstavbu nebo rekonstrukci liniových staveb (vodovody, kanalizace) v hodnotě min. 150 000 000 Kč,
 - o a další dvě vodohospodářské stavby, přičemž předmětem plnění jedné z nich byla rekonstrukce nebo výstavba kanalizačních sítí.
23. Navrhovatel má za to, že z podmínek zadání obsažených v zadávací dokumentaci jasně vyplývá, že se musí jednat o stavební práce, resp. vodohospodářské stavby řádně dokončené, nikoli rozpracované.
24. Doposud uvedené dále rozvádí shora zmíněný bod 3.4.3. zadávací dokumentace, kde jsou stanoveny minimální podmínky pro splnění technického kvalifikačního předpokladu. Vzhledem k tomu, že se zde jasně hovoří o vodohospodářských stavbách, pak má navrhovatel za to, že je třeba prokázat realizaci, tj. ukončení a předání objednateli, vodohospodářské stavby jako celku, nikoli pouze realizaci dílčích plnění ze smlouvy o dílo.
25. Podle navrhovatele vybraný uchazeč nemohl splnit technické předpoklady stanovené zadavatelem v zadávacích podmínkách, pokud jde o referenční zakázku, když:
 - o jako referenční stavbu uvedl projekt, který nemohl být k rozhodnému dni jako celek řádně dokončen a předán objednateli,
 - o jako referenční stavbu uvedl projekt, který realizoval ve sdružení, spolu s dalšími členy sdružení a pro účely prokázání splnění technické kvalifikace byla zjevně odštěpena pouze část plnění, dílčí část díla, navíc samostatné stavební celky,

kterými argumentuje Úřad ve svém odůvodnění, realizovalo sdružení jako celek, nikoli pouze vybraný uchazeč,

- o jako referenční vodohospodářskou stavbu na výstavbu nebo rekonstrukci liniových staveb (vodovody, kanalizace) v minimální hodnotě 150 000 000 Kč, uvedl projekt, kde z potvrzení objednatele vyplývá, že potvrzuje pouze objem provedených stavebních prací (243 mil. Sk), evidentně pouze na části díla, které není vodohospodářskou stavbou ve smyslu zadávací dokumentace (při celkové ceně zakázky cca 1 842 543 960,60 Sk).

26. Navrhovatel rovněž nesouhlasí s rozhodnutím Úřadu v otázce přiměřenosti či nepřiměřenosti smluvních pokut. V zadávacích podmínkách, svazku 2, část 2 "Příloha k nabídce pro smlouvu o dílo", je stanoveno, že je uchazeč v nabídce povinen uvést:

- o výši navrhované smluvní pokuty za prodlení se splněním lhůty pro dokončení díla, když jako minimální byla stanovena smluvní pokuta ve výši 0,1 % z celkové smluvní ceny díla/projektu za každý den a případ prodlení,
- o výši navrhované smluvní pokuty za prodlení se splněním lhůty stanovené v harmonogramu pro jednotlivé ucelené části díla – závazné milníky, když jako minimální byla stanovena smluvní pokuta ve výši 0,02 % z příslušné ceny ucelené části díla za každý den a případ prodlení.

Vybraným uchazečem byla navržena:

- o smluvní pokuta za prodlení se splněním lhůty pro dokončení díla ve výši 10 000 000 Kč za každý den a případ prodlení,
- o smluvní pokuta za prodlení se splněním lhůty stanovené v harmonogramu pro jednotlivé ucelené části díla – závazné milníky ve výši 1 000 000 Kč za každý den a případ prodlení.

27. Navrhovatel je tedy toho názoru, že výše smluvních pokut navržených vybraným uchazečem je zjevně nepřiměřená, navíc nepřípustným způsobem do značné míry ovlivňuje samotné hodnocení nabídek, když zadavatelem užitý a v zadávacích podmínkách blíže popsán systém hodnocení nabídek přiřazuje v bodovém hodnocení navrhované výši smluvních pokut váhu:

- o 25 %, pokud jde o smluvní pokutu za prodlení se splněním lhůty pro dokončení díla,
- o 10 %, pokud jde o smluvní pokuty za prodlení se splněním lhůty stanovené v harmonogramu pro jednotlivé ucelené části díla – závazné milníky,
- o v souhrnu tedy celkem 35 %, tj. více jak jednu třetinu.

28. V souvislosti s doposud uvedeným nemůže podle navrhovatele obstát argumentace Úřadu uvedená v jeho odůvodnění napadeného rozhodnutí, stejně tak jako odkaz na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 75/2009-100 ze dne 06. 11. 2009, kdy nepřiměřená smluvní pokuta jde vždy ve prospěch zadavatele a nelze ji tedy vlastně pokládat za nepřiměřenou hodnotu, resp. jedno z kritérií hodnocení nabídek. Navrhovatel zdůraznil, že taková výše smluvních pokut je v případě prodlení pro zhotovitele naprosto likvidační a nereálná z pohledu jejího případného vymožení zadavatelem na zhotoviteli. Při delším prodlení zhotovitele se splněním díla a jeho následné nemožnosti dostát svým závazkům týkajícím se zaplacení smluvní pokuty, se nepřiměřená smluvní pokuta, jako instrument

zajištění, stává zcela „kontraproduktivní“ neplní její základní účel, kterým je reálné zajištění závazků zhotovitele ve prospěch zadavatele. Je-li závazek zajištěn jakýmkoli způsobem, pak musí jít o zajištění reálné, které v případě porušení závazku zhotovitelem bude „skutečně funkční“, právně vymáhatelné a nezpůsobí na straně zadavatele jen další komplikace v souvislosti s řádným dokončením díla a možností jeho užívání k účelům, ke kterým je stavebně určeno. Citované rozhodnutí Nejvyššího správního soudu nelze podle navrhovatele aplikovat naprosto obecně, bez zřetele na konkrétní případ, rozsah, komplikovanost a celkovou hodnotu veřejné zakázky. Nejvyšší správní soud tímto rozhodnutím jistě nechtěl ani naznačit, že případná „nepřiměřenost ve výši smluvních pokut“ nemá jakýchkoli mezí, může bez jakékoli sankce nepřijatelně ovlivnit hodnocení nabídek ve prospěch konkrétního uchazeče a dosáhnout takových hodnot, které nemají nic společného s funkcí smluvní pokuty jako formy reálného zajištění závazku a její vymáhatelnosti.

29. Že jde o smluvní pokuty nepřiměřené výše, plyne podle navrhovatele jasně z ustálené judikatury Nejvyššího soudu, na kterou blíže odkazoval ve svých námitkách proti výběru nejhodnější nabídky. I sám zadavatel podle navrhovatele v procesu prvního hodnocení nabídek považoval smluvní pokutu vyšší než 1 % z nabídkové ceny bez DPH za nepřiměřenou. V prvním Oznámení zadavatele o výběru nejhodnější nabídky ze dne 27. 2. 2009, bylo totiž mimo jiné uvedeno: "Hodnotící komise posoudila navržené pokuty z hlediska přiměřenosti k rozsahu a charakteru předmětu veřejné zakázky a žádnou z nabízených hodnot neoznačila jako nepřiměřenou. Žádná z nabízených hodnot nepřesahuje hodnotu 1 % z nabídkové ceny bez DPH, což je obecně a obvykle definovaná hranice nepřiměřenosti smluvní pokuty spojené s dokončením díla". Ve druhém oznámení zadavatele o výběru nejhodnější nabídky ze dne 27. 4. 2010, se takový postup zadavatele již nekonstatuje a z výsledků hodnocení je zřejmé, že zadavatel takovým způsobem vůbec nepostupoval, ač bez pochyby měl. Podle navrhovatele měla hodnotící komise v rámci takového dílčího hodnotícího kritéria nabídky vybraného uchazeče ve vztahu ke zjevně nepřiměřenému údaji přiřadit nulovou bodovou hodnotu.
30. Na základě výše uvedeného navrhovatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky ze dne 27. 4. 2010.

IV. Řízení o rozkladu

31. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S181/2010/VZ-12772/2010/520/JHI ze dne 24. 8. 2010 ostatním účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. Dne 1. 9. 2010 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, z něhož vyplývá, že zadavatel podle svého mínění učinil vše, aby dospěl ke zjištění rozhodných skutečností, a že rozhodl v souladu s dostupnými informacemi a doklady. Stejněho dne doručil Úřadu své vyjádření k rozkladu i vybraný uchazeč, který uvedl, že trvá na svých stanoviscích obsažených v předchozích podáních a rozklad navrhovatele považuje za nedůvodný a účelový.
32. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "správní řád"), a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

33. Po projednání rozkladu 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 rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
34. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S181/2010/VZ-9576/2010/520/JHI ze dne 5. 8. 2010 rozhodl o zastavení správního řízení, neboť v postupu zadavatele neshledal porušení zákona, nerozhodl správně. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí, stejně jako závazný právní názor, kterým se bude Úřad při novém projednání věci řídit.

V. K námitkám rozkladu

35. Hlavním rozkladovou námitkou navrhovatele je bezesporu problematika prokázání splnění kvalifikačních technických předpokladů ze strany vybraného uchazeče ve vztahu k jím předloženým referenčním stavbám. Pro dostatečné posouzení tohoto vztahu však napadené rozhodnutí neskýtá odpovídající zohlednění všech možných východisek. Sporným referenčním dílům a jejich skladbě a hodnotám není věnována patřičná pozornost, a proto není dán dostatek faktů, které by bylo možné v odůvodnění napadeného rozhodnutí přezkoumat.
36. Existuje zde totiž značná odlišnost skutkového stavu a významu správního řízení od předchozího rozhodnutí Úřadu ve věci projednávané veřejné zakázky (č. j. ÚOHS-S90/2009/VZ-7230/2009/520/JSI ze dne 19. 6. 2009), kdy bylo pravomocně rozhodnuto o zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení nyní vybraného uchazeče a všech následujících úkonů zadavatele v zadávacím řízení. Při tomto předchozím projednání věci nebyla otázka splnění technických kvalifikačních předpokladů Úřadem podrobně zkoumána, neboť došlo ke zrušení rozhodnutí zadavatele, na které mělo posouzení splnění těchto podmínek zadání ze strany zadavatele (hodnotící komise) bezprostřední vliv a bylo konstatováno, že je věcí zadavatele tyto sporné okolnosti znovu přezkoumat v novém procesu posouzení a hodnocení nabídek. Tento postup byl tehdy ze strany Úřadu plně legitimní a také jediný možný, neboť by se přičilo smyslu zadávacího i správního řízení podrobovat zkoumání rozhodnutí zadavatele, které bylo zrušeno z jiného závažného důvodu, a kdy bylo zcela v kompetenci zadavatele rozhodnout v téže věci znovu, s výhledem jiného možného výsledku takového rozhodnutí.
37. Pokud však v současném správním řízení Úřad dospěl k závěru, že v postupu zadavatele v rámci nového posouzení kvalifikace uchazečů a hodnocení jejich nabídek neshledal porušení zákona, bylo oproti předchozímu správnímu řízení více než namístě, aby se problematikou splnění podmínek zadání podrobně zabýval a aby se se všemi skutečnostmi a námitkami vznesenými účastníky v odůvodnění napadeného rozhodnutí srozumitelným a přezkoumatelným způsobem vypořádal. Mám však zato, že v daném případě Úřad ve shora popsaném procesu pochybil, což představuje relevantní důvod pro zrušení napadeného rozhodnutí, k němuž dále uvádím následující podrobnosti.

38. Jádrem přezkumu v tomto řízení je tedy především otázka, zda vybraný uchazeč splnil požadavky zadavatele podle čl. 3.4 zadávací dokumentace na přeložení seznamu takových stavebních prací, které byly dokončeny v letech 2003 – 2008 a z nichž vybraný uchazeč v tomto období ukončil a předal objednateli minimálně jednu vodohospodářskou stavbu na výstavbu nebo rekonstrukci liniových staveb (vodovody, kanalizace) v hodnotě min. 150 000 000 Kč, a další dvě vodohospodářské stavby v hodnotě min. 80 000 000 Kč, přičemž předmětem plnění jedné z nich byla rekonstrukce nebo výstavba kanalizačních sítí.
39. Ze spisového materiálu vyplývá, že mezi účastníky řízení je již od samého počátku správního řízení značný rozpor v interpretaci jednak pojmu označujícího "ukončení a předání" stavby, jednak pojmů označujících "vodohospodářské a liniové stavby" a v neposlední řadě pojmu stavby jako celku, kdy podle názoru navrhovatele nelze v případě dokončení jednotlivých součástí referenčního díla hovořit o ukončení realizace zakázky jako celku a z tohoto důvodu nemůže taková zakázka sloužit jako reference v projednávaném případě. V návaznosti na výše uvedené je dále v souvislosti s jinou rozkladovou námitkou navrhovatele potřeba odpovědět na otázku, zda je kvalifikační předpoklad splněn, pokud vybraný uchazeč (potažmo jeho člen Chemkostav) realizoval dané prokazované práce jako člen jiného sdružení s určujícím podílem na celkovém objemu díla nižším než 100%.
40. Úřad v napadeném rozhodnutí přezkoumával dokumenty a skutečnosti předložené uchazeči a vyžádané zadavatelem v rámci správního řízení, a dále rovněž podklady pořízené za účelem zjištění skutkového stavu věci z moci úřední.
41. Z podaného rozkladu plyne, že navrhovatel nesouhlasí především s posouzením referenční zakázky vybraného uchazeče "Prešov – Pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysy", kterou vybraný uchazeč realizoval jako člen sdružení, stavebně neukončil jako celek do konce roku 2008 a hodnota částí tohoto díla realizovaných vybraným uchazečem neodpovídá požadavku zadavatele na dílo s hodnotou nejméně 150 000 000 Kč.
42. Jestliže k tomu Úřad uvádí, že nemůže provádět vlastní hodnocení nabídek, avšak je oprávněn posoudit, zda vybraný uchazeč mohl předložit referenci na veřejnou zakázku, která sice nebyla dokončena jako celek, ale její jednotlivé samostatné části byly řádně zrealizovány a předány objednateli v zadavatelem požadovaném termínu, je tento závěr správný jen částečně. Uvedený náhled (v souladu s judikaturou již citovanou i v napadeném rozhodnutí) se totiž týká především hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií. Ve stádiu posouzení splnění kvalifikačních předpokladů mám však zato, že je Úřad oprávněn zaujmout vyšetřovací postoj, a zejména před samotným zastavením řízení důkladně přezkoumat, zda vlivem nesprávného posouzení kvalifikace nemohlo dojít k porušení zákona.
43. Závěr Úřadu o tom, že vybraný uchazeč ukončil a odevzdal stavební práce jednotlivých liniových staveb kanalizací a vodovodů ve finančním objemu 217 mil. Kč v termínu do konce roku 2008 s tím, že se nejednalo o referenční veřejnou zakázku jako celek, nýbrž o jednotlivé samostatné části, na které objednatel vystavil osvědčení o zrealizované stavbě, v zadavatelem požadovaném termínu, tak není úplný a uvedené skutečnosti nepostačují ke kvalifikovanému přezkoumání učiněného závěru.

44. Rovněž závěr Úřadu, který dále uvádí, že pro posouzení případu není důležité, zda byla předložena reference na celkovou veřejnou zakázku objednatele Východoslovenská vodárenská společnost, a. s., a podstatné podle něj je, že vybraný uchazeč prokázal, že je schopen splnit veřejnou zakázku, tak jak stanovil zadavatel, když předložil referenci na již ukončené a již předané samostatné části veřejné zakázky "Prešov - Pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysy" v hodnotě 217 mil. Kč nelze podle mne označit za dostatečně podložený argumentací v odůvodnění napadeného rozhodnutí.
45. Považuji proto za nutné, aby se Úřad znovu zabýval otázkou, zda a z jakých důvodů lze dílčí plnění celkové veřejné zakázky považovat za dostačující a kvalifikačním předpokladům vyhovující, stejně tak je třeba i uvést na pravou míru způsob, jakým se Úřad vypořádal s nesrovnalostmi týkajícími se hodnot jednotlivých částí zakázek a to jednak ve vztahu k požadovaným druhům liniových vodohospodářských staveb (v souladu s předloženým sdělením Východoslovenské vodárenské společnosti, a. s., a jeho přílohy ze dne 18. 12. 2008) a dále rovněž ve vztahu k účastenství společnosti Chemkostav ve sdružení dodavatelů realizujícím referenční zakázku a realizačnímu podílu jmenované společnosti na celkové hodnotě celkového referenčního díla, zejména aby tyto závěry důkladně odůvodnil a odstranil prostor pro možné pochybnosti.
46. Neméně důležitou zůstává i otázka nastolená rozkladovou námitkou navrhovatele, která se týká řádného ukončení díla (tedy předání díla bez vad a nedodělků), na kterou napadené rozhodnutí rovněž neskýtá uspokojivou a přezkoumatelnou odpověď, poněvadž nebyl odstraněn zásadní rozpor mezi tvrzeními jednotlivých účastníků ohledně dokončení a předání díla – navrhovatel předkládá datum převzetí díla podle protokolu č. 41/2009 ze dne 27. 2. 2009 (čl. 17 napadeného rozhodnutí), oproti tomu poskytovatel reference Východoslovenská vodárenská společnost, a. s., deklaruje převzetí dílčího plnění již 31. 10. 2008. K tomu je povinností Úřadu zjistit řádně skutkový stav věci, o němž nebudou dány důvodné pochybnosti a rovněž se důkladně vypořádat s argumentací navrhovatele ohledně stavu dokončení či rozpracovanosti díla i ve vztahu k jím zmíněným zákonným definicím a judikatuře.
47. K další rozkladové námitce navrhovatele týkající se nepřiměřenosti smluvních pokut uvedených v nabídce vybraného uchazeče uvádím, že přesto, že byl postačující důvod pro zrušení napadeného rozhodnutí shledán již ve výše uvedených skutečnostech, a proto by nebylo třeba napadené rozhodnutí přezkoumávat i v dalších jeho částech, s argumentací Úřadu stran přiměřenosti smluvních pokut v nabídce vybraného uchazeče jsem se v plném rozsahu ztotožnil. Závěr Úřadu v této části napadeného rozhodnutí je totiž zcela v souladu s dosavadním vývojem rozhodovací praxe Úřadu, založené mj. i na právních názorech vyslovených v pravomocných rozhodnutích Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu. Aplikace těchto pravidel v odůvodnění napadeného rozhodnutí stran projednávané problematiky přiměřenosti smluvních pokut je dle mého názoru úplná a srozumitelná a neumožňuje další výkladové alternativy, proto ji tedy shledávám zákonnou i přezkoumatelnou.
48. Vzhledem k tomu však, že jsem odůvodnění napadeného rozhodnutí v části přezkoumání kvalifikačních předpokladů neshledal jako dostatečně přesvědčivé a zohledňující všechny aspekty jednání zadavatele a že jsem tím pádem nabyt pochybnosti o tom, zda by

v případném soudním přezkumu obstálo v testu přezkoumatelnosti, přistoupil jsem k jeho zrušení a k vrácení věci Úřadu k novému projednání. V rámci nového projednání případu se Úřad musí znovu zabývat přezkoumáním referenčních zakázek poskytnutých zadavateli vybraným uchazečem, přičemž bude podrobně akcentovat odůvodnění všech výše zmíněných (a v napadeném rozhodnutí nevyřádaných) námitek navrhovatele, nově i s ohledem na skutečnosti uvedené navrhovatelem v řízení o rozkladu.

VI. Závěr

49. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, neboť neposoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a nezhodnotil řádně veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
50. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit a vrátit věc Úřadu k novému projednání, jsem rozhodl 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. Svaz vodovodů a kanalizací Jihlavsko, se sídlem Žižkova 93, 586 01 Jihlava
2. JUDr. Vladimír Zmeškal, Riegrova 336/5, 250 01 Brandýs nad Labem
3. AGROSTAV, akciová společnost, se sídlem Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava

Vypraveno dne:

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