



UOHSX001PBL6

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S68/2010/VZ-5480/2010/540/PVé

V Brně dne: 15. června 2010

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 4.3.2010 na návrh, jehož účastníky jsou

- zadavatel – statutární město Havířov, IČ 00297488, se sídlem Svornosti 2, 736 01 Havířov - Město, zast. Františkem Chobotem, primátorem, zast. na základě plné moci ze dne 20.4.2010 spol. AQE advisors, a.s., IČ 26954770, se sídlem Jakubské náměstí 2, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Jan Obrovský, předseda představenstva,
- navrhovatel – Petr Vykruť, podnikatel, IČ 47165006, místem podnikání U Haldy 1616/68, 700 30 Ostrava - Jih,
- vybraný uchazeč - dodavatelé
- Ing. Karel Kotula, podnikatel, IČ 11562978, místem podnikání Selská 33a/1348, 736 01 Havířov - Město,
- Zdeněk Hečko, podnikatel, IČ 46146377, místem podnikání Škarabelova 142, 738 01, Frýdek - Místek,

kteří dne 27.11.2009 uzavřeli smlouvu o sdružení za účelem podání společné nabídky,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Ozelenění středových pásů ul. Hlavní a Dlouhé třídy, HAVÍŘOV“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 5.10.2009 pod ev. č. 60036885 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7.10.2009 pod ev. č. 2009/S 193-277600, **rozhodl** podle § 118 cit. zákona takto:

I.

Správním řízením **se** podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**.

II.

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, zadavatel není povinen hradit náklady řízení.

ODŮVODNĚNÍ

1. Zadavatel - statutární město Havířov, IČ 00297488, se sídlem Svornosti 2, 736 01 Havířov - Město, zast. Františkem Chobotem, primátorem, zast. na základě plné moci ze dne 20.4.2010 spol. AQE advisors, a.s., IČ 26954770, se sídlem Jakubské náměstí 2, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Jan Obrovský, předseda 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 5.10.2009 pod ev. č. 60036885 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7.10.2009 pod ev. č. 2009/S 193-277600 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Ozelenění středových pásů ul. Hlavní a Dlouhé třídy, HAVÍŘOV“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Zadavatel si v bodu III.2.2 oznámení o zakázce vyhradil požadavek na prokázání kvalifikace formou předložení dokladu o obratu uchazeče, přičemž požadovaná výše obratu za poslední tři uzavřená účetní období měla dosáhnout minimálně 50 mil. Kč/rok.
3. Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel 6 nabídek. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 30.11.2009 vyplývá, že komise pro otevírání obálek shledala všechny nabídky jako úplné podle ust. § 71 odst. 8 zákona a žádnou z nich nevyřadila. Z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 30.11.2009 vyplývá, že hodnotící komise shledala u dvou uchazečů nesplnění kvalifikačních požadavků, přičemž dle komise uchazeč Petr Vykrut, podnikatel, IČ 47165006, místem podnikání U Haldy 1616/68, 700 30 Ostrava - Jih (dále jen "navrhovatel"), neprokázal ve své nabídce požadovanou výši obratu. Hodnotící komise neuznala k prokázání tohoto kvalifikačního předpokladu smlouvu se subdodavatelem, jelikož z ní nevyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokazuje kvalifikaci (podle § 51 odst. 4 zákona). Z uvedeného důvodu doporučila zadavateli nabídku navrhovatele vyřadit a na základě provedeného hodnocení vybrat jako nejvhodnější nabídku uchazeče Ing. Karla Kotuly, podnikatele, IČ 11562978, místem podnikání Selská 33a/1348, 736 01 Havířov - Město, a Zdeňka Hečka, podnikatele, IČ 46146377, místem podnikání Škarabelova 142, 738 01, Frýdek - Místek, kteří dne 27.11.2009 uzavřeli smlouvu o sdružení (dále jen "vybraný uchazeč")
4. Zadavatel se s doporučeními hodnotící komise ztotožnil. Dopisem ze dne 20.1.2010 oznámil oběma účastníkům jejich vyloučení ze zadávacího řízení, přičemž navrhovatel obdržel předmětné rozhodnutí o vyloučení dne 26.1.2010. Dne 20.1.2010 rozhodl zadavatel taktéž o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče.

5. Proti rozhodnutí o vyloučení podal navrhovatel námitky, které zadavatel obdržel dne 9.2.2010. Zadavatel po jejich přezkoumání těmito námitkám nevyhověl rozhodnutím ze dne 18.2.2010, které navrhovatel obdržel dne 22.2.2010. V rozhodnutí o námitkách zadavatel konstatuje, že navrhovatel předložil jako součást své nabídky prohlášení o obratu včetně smluv se subdodavateli, jimiž zamýšlel prokázat splnění ekonomického a finančního kvalifikačního požadavku, avšak z těchto smluv výslovně nevyplývá, v jakém konkrétním rozsahu subdodavatel uchazeči poskytuje své plnění k plnění veřejné zakázky. Na jiném místě nabídky dle zadavatele navrhovatel uvádí, že tyto subdodavatelé budou v rámci svých subdodávek provádět plnění v rozsahu 5% a 8%. Zadavatel se domnívá, že takto výslovně vymezený rozsah plnění subdodavatelů se zcela jasně vztahuje právě k prokázání daného kvalifikačního předpokladu a trvá tak na svém názoru, že navrhovatel neprokázal splnění požadované výše obratu. Svou argumentaci dokládá odkazem na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-R40/2009/VZ-10085/2009/310/JHr.
6. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel neztotožnil s rozhodnutím zadavatele o námitkách, podal dopisem ze dne 4.3.2010 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).
7. Navrhovatel ve svém návrhu konstatuje, že ve své nabídce prokázal splnění kvalifikace dle § 55 zákona prohlášením o obratu pomocí subdodavatelů (byl předložen obrat vlastní a dvou subdodavatelů), zároveň byly doloženy smlouvy se subdodavateli včetně vyčíslení případného podílu na realizaci zakázky (5% a 8% plnění z nabídkové ceny). Navrhovatel upozorňuje, že zadavatelem zmiňované rozhodnutí Úřadu řeší jiné skutečnosti, a dodává, že pomocí subdodavatelů prokazoval také splnění technických kvalifikačních předpokladů v případě referencí, přičemž tyto zadavatel uznal. Navrhovatel tak trvá na svém názoru, že pomocí subdodavatelů prokázal splnění kvalifikačních požadavků, a navrhuje, aby Úřad rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení zrušil.
8. Úřad obdržel návrh dne 4.3.2010 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavateli byl návrh doručen téhož dne.
9. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
10. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-ÚOHS-S68/2010/VZ-3659/2010/540/PVé ze dne 15.3.2010. Usnesením č.j. ÚOHS-ÚOHS-S68/2010/VZ-3660/2010/540/PVé ze dne 15.3.2010 stanovil Úřad účastníkům řízení podle § 36 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), lhůtu ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
11. Dne 11.3.2010 obdržel Úřad od zadavatele dokumentaci k veřejné zakázce a stanovisko k obsahu návrhu, v němž odkazuje na obsah rozhodnutí o námitkách navrhovatele ze dne 18.2.2010 (viz bod 5. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

12. Úřad přezkoumal na základě ust. § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace a stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zastavení správního řízení. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
13. Pokud podle § 51 odst. 4 zákona 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. Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a).
14. Podle § 60 odst. 1 zákona dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.
15. Z obdržené dokumentace vyplývá, že zadavatel si v bodu III.2.2 oznámení o zakázce vyhradil požadavek na prokázání kvalifikace formou předložení dokladu o obratu uchazeče, přičemž požadovaná výše obratu za poslední tři uzavřená účetní období měla dosáhnout minimálně 50 mil. Kč/rok.
16. Navrhovatel ve své nabídce předložil smlouvu se společností JANKOSTAV s.r.o. ze dne 27.11.2009, na jejímž základě se společnost JANKOSTAV s.r.o. zavazuje poskytnout navrhovateli plnění - práce spojené s přesuny hmot, zemní práce dle příslušné cenové nabídky v rámci předmětné zakázky, a to v návaznosti na rozsah, v jakém prokázala splnění kvalifikace. Současně navrhovatel předložil smlouvu se společností DVOŘÁK LESY, SADY, ZAHRADY s.r.o. ze dne 27.11.2009, na jejímž základě se společnost DVOŘÁK LESY, SADY, ZAHRADY s.r.o. zavazuje poskytnout navrhovateli plnění - práce spojené s výsadbou rostlin, založení záhonů a následné péče dle příslušné cenové nabídky v rámci předmětné zakázky, a to v návaznosti na rozsah, v jakém prokázala splnění kvalifikace.
17. Z přílohy č. 1/C nabídky navrhovatele, v níž je uveden seznam subdodavatelů, vyplývá, že společnost JANKOSTAV s.r.o. bude provádět plnění v rozsahu 5% z ceny díla a společnost DVOŘÁK LESY, SADY, ZAHRADY s.r.o. v rozsahu 8% z ceny díla.
18. V rámci dokladů prokazujících splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů předložil navrhovatel čestné prohlášení o následujících výkazech obrátů.

v Kč	2006	2007	2008
Navrhovatel	25 639 796	34 399 289	38 362 584
JANKOSTAV s.r.o.	101 441 000	82 700 000	115 000 000
DVOŘÁK LESY, SADY, ZAHRADY s.r.o	33 876 000	51 503 000	62 837 000

19. K výše uvedenému Úřad konstatuje následující.

20. Zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil konkrétní požadavek na splnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu s tím, že dodavatelé měli předložit doklad o obratu, přičemž požadovaná výše obratu za poslední tři uzavřená účetní období měla dosáhnout minimálně 50 mil. Kč/rok. Následně zadavatel v rámci doplňujících informací ze dne 22.10.2010 dodavatele upozornil, že obraty dodavatele a eventuálních subdodavatelů se pro účely posouzení kvalifikace mohou sčítat, avšak dodavatel je povinen v nabídce předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem či smlouvu o sdružení s jiným dodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele či jiného dodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věci či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel či jiný dodavatel prokázal splnění kvalifikace.
21. V daném případě tedy Úřad na základě výše uvedených skutečností posoudil, zda navrhovatel předloženými dokumenty prokázal splnění předmětného kvalifikačního požadavku, přičemž k právnímu názoru Úřad dospěl i s ohledem na závěry vyplývající z následujících již pravomocných rozhodnutí Úřadu.
22. V rámci rozhodnutí č.j. S250/2007/VZ-20674/2007/510-če ze dne 20.12.2007, které nabylo právní moci dne 22.1.2008, bylo konstatováno, že zákon umožňuje prokázat ekonomickou způsobilost i cestou podání společné nabídky, resp. využití kapacity třetích osob (subdodavatelů), pokud má dodavatel zdroje těchto třetích osob prokazatelně k dispozici, a tedy i ekonomicky „slabší“ subjekty, mohou formou „sdružení prostředků“ na takovouto zakázku „dosáhnout“.
23. V rámci rozhodnutí č.j. ÚOHS-S8/2009/VZ-2486/2009/520/JHI ze dne 6. 3. 2009, které bylo potvrzeno druhostupňovým rozhodnutím R40/2009/VZ-10085/2009/310/JHr a které nabylo právní moci dne 14.9.2009, bylo konstatováno, že není vyloučeno prokazovat splnění kvalifikace subdodavatelem podle § 51 odst. 4 zákona, kdy ze smlouvy mezi dodavatelem a subdodavatelem 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. V daném případě bylo konstatováno, že za situace, kdy smlouva o uzavření smlouvy budoucí vymezuje plnění subdodavatele pouze v rozsahu 5% z celkového objemu veřejné zakázky, nemůže být tato smlouva považována za smlouvu uzavřenou v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace, jelikož subdodavatel prokazoval splnění kvalifikačních předpokladů prostřednictvím certifikátu ISO 14000 na celý předmět veřejné zakázky.
24. Z výše citovaných rozhodnutí a z ustanovení zákona vyplývá, že prokazování kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatelů je obecně přípustné, za splnění podmínky předložení smlouvy se subdodavatelem, ze které 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.
25. Navrhovatel ve své nabídce předložil smlouvu se spol. JANKOSTAV s.r.o., a společností DVOŘÁK LESY, SADY, ZAHRADY s.r.o., čímž byla splněna podmínka předložení smlouvy se subdodavatelem, avšak v případě druhé podmínky, a to že

toto plnění bude provedeno alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace, navrhovatel poskytl informace, ze kterých není zřejmé její splnění.

26. Navrhovatel uzavřel jednotlivé sudodavatelské smlouvy s tím, že plnění bude poskytnuto v takovém rozsahu, v jakém tyto společnosti prokázaly splnění kvalifikace. Zároveň však navrhovatel ve své nabídce uvádí, že se subdodavatelé budou na předmětu veřejné zakázky podílet v rozsahu 5% u spol. JANKOSTAV s.r.o. a 8% u spol. DVOŘÁK LESY, SADY, ZAHRADY s.r.o. z ceny díla, což potvrzuje navrhovatel i v podaném návrhu. Z výše uvedených údajů však nevyplývá, že závazek, který subdodavatelé v rámci prokázání kvalifikace prokazují svým obratem, by byl v rámci předmětné zakázky jejich plněním zajištěn.
27. V daném případě vycházel Úřad ze základního účelu kvalifikačního předpokladu "výše obratu", který by měl vypovídat o ekonomické síle, resp. stabilitě, společnosti ucházející se o veřejnou zakázku. Přihlédl-li Úřad ke skutečnosti, že jeden ze subdodavatelů se bude podílet na realizaci veřejné zakázky 5 % a druhý 8 %, dospěl k závěru, že ani jeden ze subdodavatelů neprokáže splnění zadavatelem požadovaného obratu. To ostatně vyplývá z konkrétního rozsahu činností, na kterých se subdodavatelé budou podílet, kdy spol. JANKOSTAV s.r.o. bude poskytovat pouze práce spojené s přesuny hmot a zemní práce a spol. DVOŘÁK LESY, SADY, ZAHRADY s.r.o. práce spojené s výsadbou rostlin, založením záhonů a následnou péčí. Ze závazku podílu na realizaci veřejné zakázky ve výši 5% a 8% tak nevyplývá, že by některý ze subdodavatelů při požadovaném obratu ve výši minimálně 50 mil. Kč/rok garantoval splnění veřejné zakázky. Současně ze subdodavatelských smluv nevyplývá, že by se subdodavatelé nějakým způsobem zaručili za ekonomickou stabilitu navrhovatele v případě, že by nebyl schopen plnit závazky vyplývající ze smluvních podmínek.
28. V tomto ohledu je proto nutné pojmát navrhovatelem předložené ukazatele prokazující jeho splnění kvalifikace za neakceptovatelné, jelikož ze smluvních ujednání se subdodavatelé vyplývá, že budou poskytovat plnění v takovém rozsahu, v jakém prokáží splnění kvalifikace, avšak tuto skutečnost zadavatel s ohledem na výši prokazovaných obrátů a uvedené procentuální plnění pomocí subdodavatelů nepotvrdil. Navrhovatel tak neprokázal splnění požadovaných kvalifikačních předpokladů.
29. S ohledem na uvedené závěry Úřad proto konstatuje, že postup zadavatele při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení byl v souladu se zákonem. Z uvedeného důvodu proto Úřad správní řízení podle ust. § 118 zákona zastavil, jak je uvedeno ve výroku I. rozhodnutí.

K nákladům řízení

30. Součástí rozhodnutí Úřadu podle § 119 zákona je též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí právní předpis. Podle § 1 vyhlášky 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen uhradit náklady řízení o přezkoumání úkonů zadavatele paušální částkou v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu

zadavatele. Protože Úřad v šetřeném případě neuložil zadavateli opatření k nápravě, nevznikla zadavateli ani povinnost hradit náklady řízení.

31. Úřad posoudil postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky a na základě zhodnocení všech důkazů, a to jak jednotlivě, tak i v jejich vzájemné souvislosti, rozhodl, jak je uvedeno ve výroku II. 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

Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 8.7.2010.

Obdrží:

1. AQE advisors, a.s., Jakubské náměstí 2, 602 00 Brno
2. Petr Vykrut, podnikatel, U Haldy 1616/68, 700 30 Ostrava - Jih
3. Ing. Karel Kotula, podnikatel, Selská 33a/1348, 736 01 Havířov - Město
4. Zdeněk Hečko, podnikatel, Škarabelova 142, 738 01, Frýdek - Místek

Na vědomí:

1. Statutární město Havířov, Svornosti 2, 736 01 Havířov - Město

Vypraveno dne:

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