



UOHSX001T7BW

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S78/2010/VZ-9423/2010/520/EMa

V Brně dne: 26. července 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 10.3.2010 na návrh ze dne 5.3.2010, jehož účastníky jsou

- zadavatel – obec Sloup v Čechách, IČ 00525677, Komenského 236, 471 52 Sloup v Čechách, zastoupená Jaromírem Studničkou, starostou,
- navrhovatel – SaM silnice a mosty a. s., IČ 25018094, Máchova 1129, 470 01 Česká Lípa, za niž jedná Ing. Dušan Drahoš, předseda představenstva, zastoupená v řízení před správním orgánem JUDr. Ivo Jelínkem, advokátem, Labská 137/17, 405 02 Děčín,
- vybraný uchazeč – SKANSKA a. s., IČ 26271303, Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, za niž jedná Ing. Dan Ťok, předseda představenstva, a Ing. Patrik Choleva, místopředseda představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce "Zhotovitel stavby v rámci projektu Komunitní centrum obce Sloup v Čechách" zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 18.12.2009 pod ev. č. 60040076,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – obec Sloup v Čechách, IČ 00525677, Komenského 236, 471 52 Sloup v Čechách – nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nevyřadil nabídku uchazeče SKANSKA a. s., IČ 26271303, Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, ačkoliv nabídka jmenovaného uchazeče nesplňovala požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách a následně nevyločil uchazeče SKANSKA a. s., IČ 26271303, Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, z další účasti v zadávacím

řízení, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy,

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ruší posouzení a hodnocení nabídek ze dne 9.3.2010 i rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 18.3.2010, a všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli obci Sloup v Čechách, ukládá:

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,-- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Obec Sloup v Čechách, IČ 00525677, Komenského 236, 471 52 Sloup v Čechách, zastoupená Jaromírem Studničkou, starostou (dále jen "zadavatel"), uveřejnila podle 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 ev. č. 60040076 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky "Zhotovitel stavby v rámci projektu Komunitní centrum obce Sloup v Čechách" (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky byla ekonomická výhodnost nabídky podle následujících kritérií
 - celková nabídková cena bez DPH 70 %
 - smluvní pokuta za nesplnění termínu předání díla 20 %
 - smluvní pokuta za nesplnění termínu uzlového bodu vyznačeného v harmonogramu 10 %
3. Podle protokolu o otevírání obálek ze dne 14.1.2010 obdržel zadavatel nabídky uchazečů:
 - METROSTAV, a. s., IČ 00014915, Koželužská 2246, Praha 8, za niž jedná Ing. Jiří Bělohav, předseda představenstva (dále jen "METROSTAV, a. s."),
 - CGM Czech a. s., IČ 49973215, Táborská 1148, 251 01 Říčany (do 19.4.2010 podnikající pod obchodní firmou "STAVBY, a. s."), za niž jedná Ing. Jaromír Kazda, předseda představenstva a Petr Gottwald, člen představenstva (dále jen "STAVBY, a. s."),
 - SYNER, s. r. o., IČ 48292516, Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec 4, za niž jedná Ing. Dalibor Koblíček a Ing. Martin Borovička, jednatelé (dále jen "SYNER, s. r. o."),

- SaM silnice a mosty a. s., IČ 25018094, Máchova 1129, 470 01 Česká Lípa, za niž jedná Ing. Dušan Drahoš, předseda představenstva (dále jen "SaM silnice a mosty a. s." a "navrhovatel"),
 - SKANSKA a. s., IČ 26271303, Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, za niž jednají Ing. Dan Ťok, předseda představenstva, a Ing. Patrik Choleva, místopředseda představenstva (dále jen "SKANSKA a. s." a "vybraný uchazeč"),
z nichž všechny vyhověly kontrole úplnosti podle § 71 odst. 8 zákona.
4. Podle protokolu o 1. jednání hodnotící komise ze dne 11.2.2010, doporučila hodnotící komise zadavateli vyloučit z další účasti v zadávacím řízení uchazeče SaM silnice a mosty a. s., jelikož jmenovaný uchazeč neprokázal požadovanou kvalifikaci. Hodnotící komise se zároveň rozhodla požádat o písemné vysvětlení nabídky uchazeče SKANSKA a. s. a uchazeče SYNER, s. r. o. Zadavatel požádal jmenované uchazeče o písemné vysvětlení nabídky dopisem ze dne 11.2.2010, který obdržel uchazeč SKANSKA a. s. dne 16.2.2010 a uchazeč SYNER, s. r. o. dne 15.2.2010.
5. Dopisem ze dne 11.2.2010 požádal zadavatel uchazeče STAVBY, a. s., o doplnění dokladů prokazujících splnění kvalifikace.
6. Z protokolu o 2. jednání hodnotící komise ze dne vyplývá, že hodnotící komise akceptovala písemné vysvětlení nabídek uchazečů SKANSKA a. s. a uchazeče SYNER, s. r. o., i doplnění dokladů prokazujících splnění kvalifikace STAVBY, a. s., a stanovila po provedeném hodnocení následující pořadí nabídek:
1. SKANSKA a. s.,
 2. STAVBY, a. s.,
 3. SYNER, s. r. o.,
 4. METROSTAV, a. s.
7. Dne 11.2.2010 rozhodl zadavatel o vyloučení uchazeče SaM silnice a mosty a. s. z další účasti v zadávacím řízení, jelikož jmenovaný uchazeč neprokázal požadovanou kvalifikaci. Uchazeč SaM silnice a mosty a. s. obdržel rozhodnutí o vyloučení dne 15.2.2010. Dopisem ze dne 23.2.2010 podal uchazeč SaM silnice a mosty a. s. námitky proti rozhodnutí o vyloučení z další účasti v zadávacím řízení, které zadavatel obdržel dne 25.2.2010. Zadavatel podaným námitkám v části týkající se splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů (předložení pojistné smlouvy, jejíž předmětem je pojištění stavebních a montážních výkonů včetně pojištění všech materiálů) vyhověl a v části týkající se splnění technických kvalifikačních předpoklad (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, přičemž rozhodnutí o podaných námitkách ze dne 2.3.2010, ve kterých trvá na tom, že jmenovaný uchazeč nesplnil kvalifikaci, obdržel uchazeč SaM silnice a mosty a. s. dne 3.3.2010.
8. Vzhledem k tomu, že uchazeč SaM silnice a mosty a. s. nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 5.3.2010 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Součástí návrhu byl rovněž návrh na uložení předběžného opatření zadavateli, a to zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, jelikož zadavatel vyloučil navrhovatele z další účasti v zadávacím

řízení z důvodu neprokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, které navrhovatel prokazoval smlouvami o uzavření budoucích smluv se subdodavateli.

9. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel návrh dne 10.3.2010 a tímto dnem bylo podle zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel návrh téhož dne.
10. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 17.3.2010, hodnotící komise doporučila zadavateli rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče SKANSKA a. s.
11. Dne 18.3.2010 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky uchazeč SKANSKA a. s.

Obsah návrhu

12. Navrhovatel směřuje svůj návrh proti postupu zadavatele při jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení pro nesplnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v zadávací dokumentaci v čl. 7.6. Podle tohoto článku zadávacích podmínek bylo povinností zájemce doložit certifikát systému řízení jakosti (ISO 9000) pro předmět systému managementu "Obnova památkových objektů", a dále předložení dokladu o registraci v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí EMAS nebo platného certifikátu dle norem ISO 14000. Tyto kvalifikační předpoklady splnil navrhovatel prostřednictvím subdodavatelů.
13. Navrhovatel předložil smlouvu o uzavření budoucí smlouvy o dílo se společností KOČÍ a. s., IČ 46683046, K Lipám 132, 397 01 Písek (dále jen "KOČÍ a. s."). Z obsahu této smlouvy je zřejmé, že byla uzavřena k účelu provedení předmětné veřejné zakázky navrhovatelem, a že firma KOČÍ a. s. má být subdodavatelem (ISO 9000, systém managementu "Obnova památkových objektů") navrhovatele pro výše uvedenou veřejnou zakázku. Podle zadavatele nepřichází v tomto případě pojmově v úvahu uzavření smlouvy o dílo a nelze kvalifikaci splnit závazkem "k poskytnutí práva k užití dokladů pro splnění kvalifikace".
14. K dokladu o registraci v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí EMAS nebo platného certifikátu dle norem ISO 14000 navrhovatel uvádí, že v nabídce doložil smlouvu o uzavření budoucí smlouvy o dílo se společností PEGISAN s. r. o., IČ 61171361, K merfánům 47, 318 00 Plzeň (dále jen "PEGISAN s. r. o."), která je držitelem certifikátu. Rovněž z obsahu této smlouvy je zřejmé, že byla uzavřena k účelu provedené veřejné zakázky navrhovatelem, a že firma PEGISAN s. r. o. má být subdodavatelem navrhovatele pro tuto veřejnou zakázku. Podle zadavatele nedoložil navrhovatel pokrytí své činnosti při realizaci celého předmětu plnění veřejné zakázky, resp. ve vztahu k technické kvalifikaci doložil prostřednictvím smlouvy o uzavření budoucí smlouvy, že subdodavatel zajistí kontrolu jakosti techniků a technických útvarů podílejících se na plnění pouze těch prací, které bude provádět subdodavatel. Podle navrhovatele jde tedy o rozpor při výkladu obsahu závazků, které vyplývají z uvedených smluv o smlouvě budoucí.
15. Podle navrhovatele je z obou uvedených smluv zřejmé, že jak společnost KOČÍ a. s., tak společnost PEGISAN s. r. o., které mají definované potřebné technické kvalifikační předpoklady, vyjádřily vůli být subdodavatelem navrhovatele při plnění předmětu veřejné zakázky a zavázaly se uzavřít s navrhovatelem smlouvu o dílo. Oba tyto subdodavatelé poskytli navrhovateli příslušné doklady prokazující splnění technických kvalifikačních podmínek, které navrhovatel připojil ke své nabídce. Nebylo tedy správné posuzovat pouze

tyto smlouvy o smlouvě budoucí, ale bylo potřebné posoudit smlouvy s přihlédnutím k obsahu dokladů, které dali jmenovaní subdodavatelé navrhovateli k dispozici.

16. Navrhovatel svá tvrzení podporuje následujícími argumenty. Výklad významu slovních spojení, která byla užitá v textu předmětných smluv o smlouvách budoucích, je ve vztahu k této základní a prokázané skutečnosti, tedy k vyjádření vůle být subdodavatelem navrhovatele pro plnění předmětné veřejné zakázky, méně podstatný. Závěr zadavatele, že technické kvalifikační předpoklady nebyly splněny proto, že formulace užitá v textu té které smlouvy o smlouvě budoucí může být vykládána různě a je ne zcela přesná, působí dojmem účelového výkladu, který má rysy neodůvodněné restrikce.
17. Z hlediska právní teorie je podle navrhovatele vhodné zdůraznit alespoň některé zásady týkající se výkladu právních norem a právních úkonů obecně. Jde o rozdíl mezi metodou tzv. extenzivního, neboli rozšiřujícího výkladu, a naproti tomu výkladu restriktivního, neboli zužujícího. Účelem zákona o zadávání veřejných zakázek je především zajistit, aby byly veřejné prostředky vynakládány efektivně. Zprostředkovaně pak tento zákon slouží i k ochraně hospodářské soutěže. Zadavatelem užitý restriktivní výklad obsahu nabídky navrhovatele ve svém důsledku vede jak k omezení hospodářské soutěže – zužuje totiž počet účastníků soutěžících o zakázku, a vede také, za situace, že by nabídka navrhovatele byla jinak výhodnější (např. cenou) než nabídky ostatních uchazečů, k tomu, že veřejné prostředky nebudou vynaloženy dostatečně efektivním způsobem.
18. Navrhovatel v této souvislosti poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu spis. zn. Afs 5/2007, který přináší právní závěry mj. k interpretaci posuzování kvalifikace u uchazečů o veřejnou zakázku. Z rozsudku vyplývá, že je třeba s rigidní přísností posuzovat základní kvalifikační předpoklady podle § 53 odst. 2 zákona. Posouzení ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů ve smyslu § 55 zákona je volnější a nejvolnější by mělo být posouzení technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 zákona.
19. Navrhovatel dále uvádí, že v rozhodnutí o námitkách zadavatel zdůraznil, že navrhovatel nesplnil kvalifikaci podle § 51 odst. 4 zákona. Navrhovatel se domnívá, že ustanovení § 51 zákona upravuje postup, jak prokazovat kvalifikaci a nestanoví samo o sobě žádná kvalifikační kritéria. Tedy i na způsob, jak byly prostřednictvím subdodavatelů prokázány technické kvalifikační předpoklady, lze aplikovat obecné interpretační zásady, které jsou zdůrazněny výše.
20. Navrhovatel se domnívá, že je postup zadavatele při výkladu obsahu smluv o smlouvě budoucí nesprávný, neboť se omezuje na slovní výklad jediného ustanovení ve smlouvě o smlouvě budoucí a pomíjí kontext a především účel smlouvy a nebere v úvahu skutečnost, jaké doklady dali příslušní subdodavatelé navrhovateli k dispozici, aby je, spolu se smlouvami o smlouvě budoucí, připojil ke své nabídce.
21. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel při přezkoumání námitek těmito v části týkající se splnění kvalifikačního kritéria uvedeného pod bodem 7.5 zadávací dokumentace vyhověl, když uplatnil právě extenzivní výklad zákona. Naopak v případě splnění kvalifikačních předpokladů podle bodu 7.6 zadávací dokumentace, které je předmětem návrhu, použil zadavatel restriktivní výklad. Postup zadavatele je tedy v tomto ohledu nekonzistentní. Postup zadavatele je v rozporu i s ustanovením § 6 zákona, neboť přísně restriktivní výklad nabídky navrhovatele nelze vnímat jinak, než jako účelový, a jako narušující zásadu rovnosti.

22. V závěru návrhu je uvedeno, že navrhovatel požaduje, aby Úřad zrušil úkon zadavatele spočívající ve vyloučení navrhovatele.

Stanovisko zadavatele k návrhu

23. Podle čl. 7.6 zadávací dokumentace měl uchazeč k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce dle § 56 odst. 4 a 5 zákona předložit "certifikát řízení jakosti (ISO řady 9000) vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou – pro předmět systému managementu – Obnova památkových objektů, akreditovanou osobou, případně rovnocenné doklady vydané v členském státě Evropské unie" a "opatření dle systému řízení EMAS nebo dle českých technických norem řady ČSN EN ISO 14000 pro předmět systému managementu – Obnova památkových objektů, uchazeč může prokázat tento předpoklad předložením dokladu o registraci v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí EMAS nebo platného certifikátu dle norem ISO 14000 vydaného akreditovanou osobou".
24. Navrhovatel prokazoval výše uvedené kvalifikační předpoklady prostřednictvím subdodavatelů. Do nabídky doložil navrhovatel smlouvu o uzavření budoucí smlouvy o dílo, uzavřenou se společností KOČÍ a. s. na straně zhotovitele, kterou prokazoval splnění kvalifikačního předpokladu "předložení certifikátu řízení jakosti ISO řady 9000". Předmětem díla je podle smlouvy "poskytnutí práv na užití dokladů pro splnění kvalifikace". Podle zadavatele navrhovatel tímto dokladem neprokázal požadovanou kvalifikaci z následujících důvodů. Kvalifikaci nelze splnit tím, že subdodavatel poskytne práva "k užití dokladů pro splnění kvalifikace". Prostřednictvím subdodavatele by bylo možné prokázat předmětnou kvalifikaci pouze tehdy, pokud by se subdodavatel zavázal k plnění předmětu veřejné zakázky (nebo poskytnutí práv, ale pouze práv, která jsou zapotřebí k vlastní realizaci veřejné zakázky, nikoliv k prokázání kvalifikace), a to nejméně v rozsahu v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.
25. Splnění kvalifikačního předpokladu předložením "dokladu o registraci v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí EMAS nebo platného certifikátu dle norem ISO 14000" navrhovatel prokazoval smlouvou o uzavření budoucí smlouvy o dílo uzavřenou se společností PEGISAN s. r. o. Tento subdodavatel se sice předloženou smlouvou o budoucí smlouvě zavazuje k zajištění realizace prací památkově odborného charakteru, ale ohledně technické kvalifikace se pouze zavazuje, že zajistí kontrolu jakosti techniků a technických útvarů podílejících se na plnění prací, které bude provádět jako subdodavatel. Podle zadavatele měl navrhovatel doložením předmětné kvalifikace prokázat, že uvedeným certifikátem bude pokryta činnost při realizaci celého předmětu veřejné zakázky, nikoliv pouze část. Navíc z předložené smlouvy nevyplývá, že by subdodavatel v rámci prací, které bude provádět, realizoval opatření, která používá v oblasti ochrany životního prostředí.
26. Navrhovatel namítá, že zadavatel použil restriktivní výklad obsahu nabídky navrhovatele, který vede ve svém důsledku k omezení soutěže. Podle navrhovatele nebylo správné posuzovat pouze smlouvy o smlouvě budoucí, ale bylo potřebné posoudit smlouvy s přihlédnutím k obsahu dokladů, které uvedení subdodavatelé dali navrhovateli k dispozici. Zadavateli není zřejmé, na základě jakých skutečností došel navrhovatel k závěru, že se tak nestalo. Podstatou posouzení, zda navrhovatel splnil kvalifikační předpoklady podle zadávacích podmínek v souladu se zákonem, v daném případě zejména v souladu

s § 51 odst. 4 zákona je a bylo právě posouzení dokladů, které subdodavatelé dali navrhovateli k dispozici v souvislosti se specifikací části veřejné zakázky, kterou se zavázal každý ze subdodavatelů provádět podle smlouvy o budoucí smlouvě o dílo.

27. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že technické kvalifikační předpoklady nebyly splněny proto, že formulace použité v textu smluv o smlouvě budoucí lze vykládat různě a že, pokud by nebyl použit restriktivní výklad těchto ustanovení, uchazeč by nebyl vyloučen. Zadavatel netvrdí a nikdy netvrdil, že důvodem vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení je možný různý výklad formulací ve smlouvách o budoucích smlouvách o dílo. Podstatou důvodu pro vyloučení navrhovatele nebyl chybný výklad smluv, ani chybný výklad zákona, nýbrž pouze skutečnost, že navrhovatel porušil ustanovení § 51 odst. 4 zákona, podle něhož musí uchazeč doložit do nabídky smlouvu, 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". Podle zadavatele je základním smyslem tohoto ustanovení zákona snaha zabránit tomu, aby subdodavatel, prostřednictvím něhož prokazuje uchazeč kvalifikaci, byl tímto uchazečem pouze "použit" za úplatu pro účely prokázání kvalifikace, a naopak, aby se tento subdodavatel skutečně podílel na plnění veřejné zakázky, a to alespoň v té části, pro kterou prokazoval kvalifikaci místo uchazeče. Pokud by tomu tak nebylo, neměla by podmínka v § 51 odst. 4 zákona smysl, pak by každý uchazeč mohl prostřednictvím subdodavatele prokázat všechny kvalifikační předpoklady, které lze takto prokázat, jen na základě prohlášení subdodavatele například o poskytnutí práv na užití dokladů pro splnění kvalifikace, aniž by se na plnění veřejné zakázky reálně podílel. Nebo by například mohl poskytnout všechny požadované reference, které osvědčují zkušenosti uchazeče požadované zadavatelem, aniž by se však podílel na plnění veřejné zakázky, kde je využití těchto zkušeností požadované zadavatelem prvořadé.
28. Navrhovatel dále tvrdí, že § 51 odst. 4 zákona upravuje postup, jak prokazovat kvalifikaci a nestanoví samo o sobě žádná kvalifikační kritéria. Tedy, že i na způsob, jak byly prostřednictvím subdodavatelů prokázány technické kvalifikační předpoklady, lze aplikovat obecné zásady výkladu, na něž navrhovatel odkazuje. Zadavatel k této argumentaci navrhovatele uvádí, že pro posouzení, zda uchazeč prokázal splnění kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, je nutné nejen posoudit, zda předložil doklady, jimiž má splnění kvalifikace prokázat, ale v daném případě je stejně důležité posouzení, zda se subdodavatel bude podílet na plnění veřejné zakázky alespoň v rozsahu, v jakém kvalifikaci za uchazeče prokázal.
29. K vyhovění části námitek týkající se splnění kvalifikace podle čl. 7. 5 zadávací dokumentace, a to splnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 2, tj. předložení "pojistné smlouvy, jejímž předmětem je platné pojištění stavebních a montážních výkonů včetně pojištění všech materiálů použitých k tomuto účelu v souvislosti s činností dodavatele při plnění veřejné zakázky po celou dobu plnění veřejné zakázky vč. záruční doby... z předložené pojistné smlouvy musí být zřejmé, že je tato pojistná smlouva, v době podání nabídky platná a účinná", zadavatel uvádí, že v této části uznal prokázání kvalifikačního předpokladu navrhovatele (navrhovatel předložil platnou pojistnou smlouvu, avšak nepředložil přihlášku k pojištění konkrétního díla, neboť k pojištění se

přihlašuje konkrétní dílo, tzn. že pojištěný musí být v postavení zhotovitele a předložil čestné prohlášení o tom, že pojištění bude po dobu provádění díla a trvání záruční doby udržovat), neboť prostudoval příslušná rozhodnutí Úřadu vydaná v podobných případech (k prokázání uvedeného kvalifikačního předpokladu postačí vložit do nabídky příslib pojišťovny, nebo čestné prohlášení uchazeče, že takovou smlouvu uzavře po podpisu smlouvy), z nichž plyne, předložením jakých dokladů se považuje splnění daného kvalifikačního předpokladu za prokázané.

30. Zadavatel závěrem uvádí, že trvá na vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení z důvodu nesplnění kvalifikace v souladu s ustanovením § 51 odst. 4 zákona a navrhuje, aby Úřad řízení zastavil.

Řízení před správním orgánem

31. Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou:

- navrhovatel,
- zadavatel,
- vybraný uchazeč.

32. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S78/2010/VZ-3911/2010/520/EMa ze dne 23.3.2010. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S78/2010/VZ-3912/2010/520/EMa ze dne 23.3.2010 stanovil účastníkům řízení lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, a oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dne 25.3.2010 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S78/2010/VZ-4239/2010/520/EMa, kterým rozhodl, že účastníkem řízení je rovněž společnost SKANSKA a. s., jelikož zadavatel dopisem ze dne 23.3.2010, který Úřad obdržel dne 24.3.2010, oznámil Úřadu, že rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky v zadávacím řízení. Úřad stanovil nově lhůtu, ve které byli účastníci řízení oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohli účastníci řízení vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

33. Rozhodnutím ze dne 15. 4. 2010 č. j.: ÚOHS-S78/2010/VZ-4878/2010/520/EMa Úřad zamítl návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření, jímž měl být zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, neboť dospěl k závěru, že navrhovatel ve svém návrhu na vydání předběžného opatření odůvodněnost vydání předběžného opatření neprokázal. Toto rozhodnutí bylo předmětem řízení o rozkladu podaného navrhovatelem dne 27.4.2010. Navrhovatel podal k Úřadu dne 4.6.2010 zpětvzetí rozkladu. Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže rozhodl o zastavení řízení.

34. Po předběžném přezkoumání zadávací dokumentace získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při posouzení nabídky uchazeče SKANSKA a. s., podle § 76 odst. 1 zákona, tj. pochybnosti o tom, zda nabídka uchazeče SKANSKA a. s., resp. předložený návrh smlouvy splňuje požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách.

35. Z předložené dokumentace Úřad zjistil, že dopisem ze dne 11.2.2010 požádal zadavatel podle § 76 odst. 3 zákona uchazeče SKANSKA a. s., o písemné vysvětlení nabídky v těchto bodech:

- Podle zadávacích podmínek zajistí zhotovitel povolení k potřebnému záboru veřejného prostranství či komunikací či vyřízení zvláštního užívání – náklady na tyto

zábory nese zhotovitel jako tzv. "ostatní (vedlejší)" náklady. V rozporu s touto zadávací podmínkou je v odst. 2. čl. IV. návrhu smlouvy uvedeno, že tyto náklady nese objednatel, resp. zadavatel.

- Podle zadávací dokumentace je zhotovitel povinen zajistit na vlastní náklad kompletně zařízení staveniště. V rozporu s touto podmínkou je v odst. 5. čl. IV. návrhu smlouvy stanoveno, že objednatel poskytne zhotoviteli na staveništi potřebné provozní prostory a zařízení vč. prostor pro šatnu a sociální zařízení.

36. Dne 18.2.2010 obdržel zadavatel vysvětlení uchazeče SKANSKA a. s., kde jmenovaný uchazeč mj. uvedl, že odst. 2 resp. odst. 5 čl. IV návrhu smlouvy obsahující uvedené body, ke kterým zadavatel požadoval vysvětlení, "jsou formulovány mylným způsobem a v rámci návrhu smlouvy budou tyto ustanovení považovány od počátku za neplatné". Zadavatel uvedené vysvětlení akceptoval.
37. Usnesením č. j. ÚOHS-S78/2010/VZ-7078/2010/520/EMa ze dne 26.5.2010 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí, tj. k novým skutečnostem, které Úřad zjistil ze zadávací dokumentace.
38. Navrhovatel se k novým skutečnostem vyjádří dopisem, který Úřad obdržel dne 31.5.2010. Navrhovatel uvedl, že má rovněž pochybnosti o tom, zda postup zadavatele při hodnocení nabídky uchazeče SKANSKA a. s., je správný a zastává názor, že nabídka tohoto uchazeče nevyhověla požadavkům zadávacích podmínek.

Vyjádření uchazeče SKANSKA a. s., k nově zjištěným skutečnostem

39. Dopisem ze dne 2.6.2010 se k novým skutečnostem vyjádřil uchazeč SKANSKA a. s., resp. vybraný uchazeč. K odst. 2 čl. IV. návrhu smlouvy o dílo uvedl, že formuloval tento požadavek tak, aby z něj bylo patrné, že veškeré tyto podklady budou ve vlastnictví zadavatele. Podle uchazeče se má za to, že dokumenty, tj. povolení k potřebnému záboru veřejného prostranství či komunikací či vyřízení zvláštního užívání zajistí ve prospěch zadavatele, který mu následně předá jen a pouze za účelem jejich použití pro řádné provedení stavby. Všechny v čl. III. odst. 2 popsané podklady zajistí na svůj náklad vybraný uchazeč a to ve prospěch zadavatele, který s nimi bude i do budoucna disponovat, jakožto vlastník realizovaného díla.
40. Vybraný uchazeč dále uvedl, že podle čl. III. odst. 2 návrhu smlouvy je povinen zajistit v rámci plnění svých povinností v rámci přesně vymezeného předmětu díla ve prospěch zadavatele všechny zde uvedené podklady a zároveň je zadavatel za účelem řádného plnění díla předá vybranému uchazeči, a to jen a pouze v rámci poskytnutí své součinnosti při řádné realizaci díla.
41. K odst. 5 čl. IV. návrhu smlouvy (zhotovitel je povinen zajistit na vlastní náklad kompletně zařízení staveniště) vybraný uchazeč uvedl, že odst. 2, resp. odst. 5 čl. IV. návrhu smlouvy jsou "formulovány mylným způsobem a v rámci návrhu smlouvy budou tato ustanovení považována za od počátku neplatná na základě dále uvedeného výkladu předloženého návrhu smlouvy. Rovněž zde popsané plnění je předmětem díla, který je vymezen článkem I. návrhu smlouvy, a to jak v odstavci 2 (rozsah díla), tak i v odstavci 4 (zajištění ostatních prací, činností a služeb), ze kterého vyplývá, že i náklady na povolení k užívání veřejného

prostranství v rozsahu nezbytném pro provedení díla a náklady na potřebné provozní prostory a zařízení nese zhotovitel".

42. Vybraný uchazeč k výše uvedenému dodává, že veškeré tyto náklady jsou již zahrnuty v nacenění ve výkazu výměr, který vybraný uchazeč předložil jako nedílnou součást své nabídky a na tento výměr odkazuje článek V. návrhu smlouvy. Vše je patrné právě z výkazu výměr, neboť v něm jsou uvedeny jednotlivé položky výslovně, čímž je zcela nepochybné, že tyto položky (požadavky zadavatele uvedené v zadávací dokumentaci) jsou zahrnuty do ceny díla.
43. K nejasnostem v návrhu smlouvy vybraný uchazeč dále uvádí, že jsou řešeny v návrhu smlouvy a to jak v charakteristice předmětu smlouvy (článek I. odst. 4), tak rovněž vymezeny v příloze č. 1 návrhu smlouvy (naceněný výkaz výměr), na který odkazuje návrh smlouvy v čl. V., a to přímo v krycím listu rozpočtu v položce C Náklady na umístění stavby v částce 425 225,72 Kč (strana 197 nabídky). Z této základní charakteristiky je zřejmé, že "vybudování, provoz a likvidaci zařízení staveniště, přípojky vody a elektrické energie pro zařízení staveniště, vytýčení všech inženýrských sítí a podzemních objektů před zahájením prací, vyřízení povolení k potřebnému záboru veřejného prostranství či komunikací..." atd. (čl. I. odst. 4. návrhu smlouvy) je "součástí rozsahu díla, vymezeného v předmětu smlouvy, jakožto součást plnění uchazeče" a je "součástí výkazu výměr, který uchazeč ocenil a předložil jako součást své nabídky".
44. Z uvedeného je možné podle vybraného uchazeče dovodit, že žádný ze zadavatelem definovaných či ze zadání předmětu veřejné zakázky jinak vyplývajících požadavků nutných pro zhotovení a zprovoznění daného díla nevynechal, a vybraný uchazeč je povinen na základě své, v nabídce předložené smlouvy (v případě jejího uzavření), předmětné dílo pro zadavatele za nabízenou cenu zhotovit a zadavateli předat.
45. Pro případ jakýchkoliv pochybností vybraný uchazeč upozorňuje na ustanovení návrhu smlouvy pamatující na případy zajištěné neplatnosti některého z ustanovení tohoto návrhu smlouvy. Jedná se o textaci čl. XVI. odst. 2 návrhu smlouvy, kde je uvedeno, že "je-li nebo stane-li se některé ustanovení této smlouvy neplatné nebo neúčinné, nedotýká se to ostatních ustanovení této smlouvy, která zůstávají platná a účinná. Smluvní strany se v tomto případě zavazují dohodou nahradit ustanovení neplatné nebo neúčinné ustanovením platným a účinným, které nejlépe odpovídá původně zamýšlenému ekonomickému účelu ustanovení neplatného nebo neúčinného. Do té doby platí úprava příslušných právních předpisů".
46. Vybraný uchazeč odkazuje v této souvislosti na přesné vymezení povinností zhotovitele v rámci zákonných ustanovení charakterizujících smlouvu o dílo v zákoně č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (dále jen "obchodní zákoník"), kde je v § 537 odst. 1 uvedeno, že zhotovitel je povinen provést dílo na svůj náklad a na své nebezpečí. Z tohoto ustanovení lze přímo dovodit, že pro případ rozporu některých částí čl. IV. a článku I. návrhu smlouvy, pro něž lze vyslovit neplatnost těchto odporujících si částí, nastupuje povinnost vybraného uchazeče realizovat dílo v celém rozsahu vymezeném projektovou dokumentací na svůj náklad a nebezpečí. Je tedy zřejmé, že podle předloženého návrhu smlouvy vybraného uchazeče nemůže nastat situace, kdy by náklady uvedené v čl. IV. tohoto návrhu smlouvy měl nést sám zadavatel.

47. Vybraný uchazeč závěrem svého vyjádření uvádí následující. Žádná z výše uvedených skutečností nezbavuje vybraného uchazeče povinnosti plnit rozsah předmětu díla tak, jak je vymezen čl. I. návrhu smlouvy a předloženým naceněným výkazem výměr. Rovněž vytknuté chybějící pasáže (které měly být zahrnuty podle názoru zadavatele v návrhu smlouvy) uvedené v zadávací dokumentaci nemají za následek změnu (snížení) rozsahu plnění vybraného uchazeče oproti vymezeným požadavkům zadavatele v zadávací dokumentaci a zároveň nezakládají jakoukoliv další povinnost pro zadavatele nad rámec podmínek stanovených v zadávací dokumentaci.
48. Vybraný uchazeč tak v souladu se zákonem žádným způsobem neměnil či nedoplnil svoji nabídku, jen vysvětloval nejasnosti nabídky. Tímto svým vyjádření vybraný uchazeč svoji nabídku objasnil, přičemž Úřadem uvedené sporné náležitosti nabídky, resp. pochybnosti o začlenění určitých ustanovení a z nich pro uchazeče vyplývajících povinností, vyplývají přímo z obchodního zákoníku a není tedy nutno činit jakékoliv zásahy do nabídky, resp. návrhu smlouvy vybraného uchazeče.
49. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména zadávací dokumentace, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, neboť nevyřadil nabídku uchazeče SKANSKA a. s., ačkoliv nabídka jmenovaného uchazeče nesplňovala požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách a nevyloučil uchazeče SKANSKA a. s., z další účasti v zadávacím řízení, přičemž tento postup ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K vyřazení nabídky navrhovatele, tj. uchazeče SaM silnice a mosty a. s.

50. V čl. 7.6 "Technické kvalifikační předpoklady podle § 56" zadávací dokumentace, zadavatel uvedl, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky požaduje podle § 56 odst. 4 zákona "předložení certifikátu systému řízení jakosti (ISO řady 9000) vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou – pro předmět systému managementu – Obnova památkových objektů, akreditovanou osobou. Zadavatel uzná rovnocenné doklady vydané v členském státě Evropské unie".
51. V čl. 7.6 "Technické kvalifikační předpoklady podle § 56" zadávací dokumentace, zadavatel uvedl, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky požaduje podle § 56 odst. 5 zákona "opatření dle systému řízení EMAS nebo dle českých technických norem řady ČSN EN ISO 14000 pro předmět systému managementu – Obnova památkových objektů. Uchazeč prokáže tento předpoklad předložením dokladu o registraci v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí EMAS nebo platného certifikátu dle norem ISO 14000 vydaného akreditovanou osobou. Zadavatel uzná rovnocenné doklady vydané v členském státě Evropské unie".
52. Pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona v plném rozsahu, je podle § 51 odst. 4 zákona 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.

53. Podle § 56 odst. 4 zákona je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, může veřejný zadavatel v rámci prokázání technických kvalifikačních předpokladů požadovat předložení certifikátu systému řízení jakosti vydaného podle českých technických norem. Veřejný zadavatel uzná rovnocenné doklady vydané v členském státě Evropské unie. Veřejný zadavatel uzná rovněž jiné doklady o rovnocenných opatřeních k zajištění jakosti.
54. K prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce může veřejný zadavatel požadovat podle § 56 odst. 3 písm. d) zákona opatření v oblasti řízení z hlediska ochrany životního prostředí, která bude dodavatel schopen použít při plnění veřejné zakázky, je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky; veřejný zadavatel je oprávněn požadovat rovněž předložení certifikátu podle odstavce 5.
55. Podle § 56 odst. 5 zákona je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, může veřejný zadavatel v rámci prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle odstavce 2 písm. f) nebo podle odstavce 3 písm. d) požadovat předložení dokladu o registraci v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí (EMAS) nebo certifikátu řízení z hlediska ochrany životního prostředí vydaného podle českých technických norem. Veřejný zadavatel uzná rovnocenné doklady vydané v členském státě Evropské unie. Veřejný zadavatel uzná rovněž jiné doklady o rovnocenných opatřeních k zajištění řízení z hlediska ochrany životního prostředí.
56. V nabídce navrhovatele je na stranách 120 – 121 doložena smlouva o uzavření budoucí smlouvy ze dne 4.1.2010 se společností KOČÍ a. s., jejímž předmětem je podle čl. 2 "poskytnutí práv na užití dokladů pro splnění kvalifikačních předpokladů, zajištění kontroly jakosti prováděných stavebních prací osobou způsobilou". Na stranách 154 – 156 nabídky navrhovatele jsou doloženy certifikáty společnosti KOČÍ a. s., prokazující shodu s požadavky norem ISO 9001:2008, ISO 14001:2004 a ISO 18001:2008 pro oblast certifikace "provádění a rekonstrukce staveb včetně demoličních prací".
57. V nabídce navrhovatele je na stranách 101 – 102 doložena nedatovaná smlouva o uzavření budoucí smlouvy se společností PEGISAN s. r. o., jejímž předmětem je podle čl. 2 "zajištění realizace stavebních prací památkově odborného charakteru) statické zajištění, zednické, sanační, štukatérské, tesařské, truhlářské práce, kamenické, restaurátorské práce) a zajištění kontroly jakosti techniků a technických útvarů podílejících se na plnění výše uvedených stavebních prací". Na straně 153 nabídky navrhovatele je doložen certifikát společnosti PEGISAN s. r. o., prokazující, že uvedená společnost má certifikované systémy managementu kvality, prostředí a bezpečnosti a ochrany zdraví při práci podle norem ČSN EN ISO 9001:2001, ČSN EN ISO 14001:2005 a ČSN OHSAS 18001:2008 s působností certifikátu mj. "projektová a inženýrská činnost v investiční výstavbě a při obnově památkově chráněných objektů, obnova, rekonstrukce a restaurování památkově chráněných objektů, provádění bytových a občanských staveb, sanace vlhkosti staveb a dřevěných konstrukcí staveb. Statické zajištění staveb, tesařské a truhlářské práce, technické poradenství ve stavebnictví, architektuře a obnově památkově chráněných objektů".
58. Úřad k výše uvedenému uvádí, že v zájmu zadavatele je, aby veřejnou zakázku získal dodavatel, resp. uchazeč, který v zadávacím řízení současně prokáže kvalifikační

předpoklady, další podmínky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci a jehož nabídka bude vyhodnocena jako nejvýhodnější podle zvoleného základního hodnotícího kritéria. V daném případě navrhovatel sice doložil ve své nabídce doklady, které prokazují požadovanou kvalifikaci, tj. jednotlivé certifikáty, avšak z certifikátů vystavených na společnosti – subdodavatele (KOČÍ a. s. a 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.

59. Smyslem prokazování kvalifikace dodavateli, popř. za splnění zákonných podmínek společně se subdodavatelem, je 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 neměl zadavatel jistotu, že by se na plnění veřejné zakázky podíleli dodavatelé, resp. subdodavatelé, jejichž prostřednictvím prokazoval navrhovatel splnění technických kvalifikačních předpokladů.
60. Ze smlouvy o uzavření budoucí smlouvy se společností KOČÍ a. s. 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 subdodavatelem 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.
61. Taktéž z předložených dokladů a nedatované smlouvy u uzavření budoucí smlouvy se společností PEGISAN s. r. o., nelze vyvodit, že by zakládala závazek jmenované společnosti podílet na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky jako celku, resp. předložená smlouva o uzavření budoucí smlouvy se společností PEGISAN s. r. o., neprokazuje, že by navrhovatel, byť společně se subdodavatelem, pokryl doloženým certifikátem činnosti při realizaci celého předmětu veřejné zakázky. Úřad se rovněž ztotožňuje s názorem zadavatele, že z předložené smlouvy o uzavření budoucí smlouvy nevyplývá, že by subdodavatel v rámci prací, které bude provádět, realizoval opatření, která používá v oblasti ochrany životního prostředí, jak zadavatel požadoval v čl. 7.6 zadávací dokumentace.
62. K namítanému restriktivnímu pohledu zadavatele na posuzování splnění předmětných technických kvalifikačních předpokladů, Úřad uvádí, že nelze postup zadavatele při posouzení kvalifikace navrhovatele považovat za nesprávný, restriktivní, či příliš formalistický, neboť zadavatel postupoval v souladu s ustanovením § 51 odst. 4 zákona, resp. § 60 odst. 1 zákona. V opačném případě, tedy pokud by zadavatel akceptoval nabídku navrhovatele, došlo by k popření smyslu prokazování kvalifikace při zadávání veřejných

zakázek, neboť by mohla nastat situace, že k realizaci veřejné zakázky bude vybrán subjekt, který neprokázal kvalifikaci ani v součinnosti se subdodavatelem, neboť nedoložil smlouvy se subdodavatelem, jež by zakládaly závazek těchto subdodavatelů podílet se na plnění veřejné zakázky alespoň v rozsahu, v jakém prokazovali kvalifikaci.

63. Zadavatel v zadávací dokumentaci v souladu s příslušnými ustanoveními zákona požadoval, aby dodavatelé předložili předmětné certifikáty pro plnění veřejné zakázky, tedy, aby celý předmět plnění veřejné zakázky realizoval dodavatel, který má zavedeny uvedené systémy řízení jakosti ISO 9000 a systém řízení EMAS nebo systém řízení podle ČSN EN ISO 14000, a to pro předmět systému managementu Obnova památkových objektů.
64. K charakteru technických kvalifikačních předpokladů Úřad uvádí, že některé technické kvalifikační předpoklady mají povahu zkušeností (dodavatel prokazuje, že již realizoval obdobná plnění), některé dokládají, že má dodavatel pro plnění předmětu veřejné zakázky potřebné technické a profesní zázemí a některé mají povahu dokladů o zavedených systémech řízení (ISO normy, EMAS apod.). Dodavatelé mohou prokazovat splnění technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, ale z povahy technického kvalifikačního předpokladu spočívajícího v doložení dokladů o zavedených systémech řízení managementu (ISO normy, EMAS apod.), které deklarují, že má dodavatel implementovány standardy managementu kvality, kterými se řídí při své činnosti, vyplývá, že tyto doklady jsou úzce navázány na samotnou činnost konkrétního dodavatele a dodavatel (subdodavatel) může tudíž prokázat kvalifikaci pouze na tu část plnění, kterou bude realizovat. S ohledem na charakter předmětu plnění veřejné zakázky není vyloučeno, aby zadavatel v podmínkách stanovil, že požaduje prokázání kvalifikace tedy např. předložení certifikátu systému řízení jakosti atp. jen pro vymezenou část předmětu plnění veřejné zakázky. V takovém případě je tedy možné, aby tuto část kvalifikace prokázal dodavatel pomocí svého subdodavatele, který pro něj bude tuto vymezenou část předmětu plnění veřejné zakázky realizovat. To však není šetřený případ.
65. Za situace, kdy je subdodavatel vázán k plnění pouze části předmětu veřejné zakázky (smlouva o uzavření budoucí smlouvy se společností PEGISAN s. r. o.), nebo není dokonce k plnění předmětu zakázky vázán vůbec (smlouva o uzavření budoucí smlouvy se společností KOČÍ a. s.), tedy nelze "přenášet" prokázání těchto kvalifikačních předpokladů na realizaci celého předmětu veřejné zakázky.
66. S ohledem na výše uvedené neshledal Úřad v postupu zadavatele při vyloučení uchazeče SaM silnice a mosty a. s. porušení zákona.

K posouzení nabídky uchazeče SKANSKA a. s.

67. V čl. 2.1 zadávací dokumentace, kde zadavatel podrobně popisuje předmět plnění veřejné zakázky, je uvedeno, že "předmětem veřejné zakázky je rovněž zajištění ostatních prací, činností a služeb se zhotovení staveb souvisejících. Jedná se o ...vybudování, provoz a likvidaci zařízení stavenišť... 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".

68. V čl. III. odst. 2 návrhu smlouvy uchazeče SKANSKA a. s. je 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".
69. V čl. IV. odst. 2 návrhu smlouvy uchazeče SKANSKA a. s. je 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".
70. V čl. IV. odst. 5 návrhu smlouvy uchazeče SKANSKA a. s. 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".
71. Dopisem ze dne 11.2.2010 požádal zadavatel podle § 76 odst. 3 zákona uchazeče SKANSKA a. s., o písemné vysvětlení nabídky mj. v těchto bodech:
- Podle zadávacích podmínek zajistí zhotovitel povolení k potřebnému záboru veřejného prostranství či komunikací či vyřízení zvláštního užívání – náklady na tyto zábory nese zhotovitel jako tzv. "ostatní (vedlejší)" náklady. V rozporu s touto zadávací podmínkou je v odst. 2. čl. IV. návrhu smlouvy uvedeno, že tyto náklady nese objednatel, resp. zadavatel.
 - Podle zadávací dokumentace je zhotovitel povinen zajistit na vlastní náklad kompletně zařízení staveniště. V rozporu s touto podmínkou je v odst. 5. čl. IV. návrhu smlouvy stanoveno, že objednatel poskytne zhotoviteli na staveništi potřebné provozní prostory a zařízení vč. prostor pro šatnu a sociální zařízení.
72. V písemném vysvětlení ze dne 17.2.2010 uchazeč SKANSKA a. s. k výše uvedenému uvedl, že odst. 2, resp. odst. 5. čl. IV. návrhu smlouvy jsou "formulovány mylným způsobem a v rámci návrhu smlouvy budou tato ustanovení považována za od počátku neplatná. Rovněž zde popsané plnění je předmětem díla, který je vymezen článkem I. návrhu smlouvy, a to jak v odstavci 2 (rozsah díla), tak i v odstavci 4 (zajištění ostatních prací, činností a služeb), ze kterého vyplývá, že i náklady na povolení k užívání veřejného prostranství v rozsahu nezbytném pro provedení díla a náklady na potřebné provozní prostory a zařízení nese zhotovitel". Veškeré tyto náklady jsou již zahrnuty v nacenění ve výkazu výměr, který vybraný uchazeč předložil jako nedílnou součást své nabídky.
73. K nejasnostem v návrhu smlouvy se uchazeč SKANSKA a. s. vyjádřil v tom smyslu, že jsou řešeny v návrhu smlouvy a to jak v charakteristice předmětu smlouvy (článek I. odst. 4), tak rovněž v příloze č. 1 návrhu smlouvy (naceněný výkaz výměr), na který odkazuje návrh

smlouvy v čl. V., a to přímo v krycím listu rozpočtu v položce C Náklady na umístění stavby v částce 425 225,72 Kč (strana 197 nabídky). Z této základní charakteristiky je zřejmé, že "vybudování, provoz a likvidaci zařízení staveniště, přípojky vody a elektrické energie pro zařízení staveniště, vytýčení všech inženýrských sítí a podzemních objektů před zahájením prací, vyřízení povolení k potřebnému záboru veřejného prostranství či komunikací..." (čl. I. odst. 4. návrhu smlouvy) je "součástí rozsahu díla, vymezeného v předmětu smlouvy, jakožto součást plnění uchazeče" a je "součástí výkazu výměr, který uchazeč ocenil a předložil jako součást své nabídky".

74. Uchazeč SKANSKA a. s. také uvedl, že pro případ zajištěné neplatnosti některého z ustanovení návrhu smlouvy předkládá tato smlouva v čl. XVI. odst. 2 následující řešení "je-li nebo stane-li se některé ustanovení této smlouvy neplatné nebo neúčinné, nedotýká se to ostatních ustanovení této smlouvy, která zůstávají platná a účinná. Smluvní strany se v tomto případě zavazují dohodou nahradit ustanovení neplatné nebo neúčinné ustanovením platným a účinným, které nejlépe odpovídá původně zamýšlenému ekonomickému účelu ustanovení neplatného nebo neúčinného. Do té doby platí úprava příslušných právních předpisů".
75. Uchazeč SKANSKA a. s. také v této souvislosti odkazuje na ustanovení § 537 odst. 1 obchodního zákoníku, který uvádí, že "zhotovitel je povinen provést dílo na svůj náklad a na své nebezpečí". Pro případ rozporu některých částí čl. IV. a článku I. návrhu smlouvy lze vyslovit neplatnost těchto odporujících si ustanovení, čímž nastupuje povinnost uchazeče realizovat dílo v celém rozsahu vymezeném projektovou dokumentací na svůj náklad a nebezpečí podle výše uvedeného ustanovení obchodního zákoníku. Je tedy zřejmé, že podle předloženého návrhu smlouvy vybraného uchazeče nemůže nastat situace, kdy by náklady uvedené v čl. IV. tohoto návrhu smlouvy měl nést sám zadavatel.
76. Podle § 76 odst. 1 zákona posoudí hodnotící komise nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d). Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. Jestliže nedošlo k vyřazení všech variant nabídky, nepovažuje se nabídka za vyřazenou. Ke zjevným početním chybám v nabídce, zjištěným při posouzení nabídek, které nemají vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nepřihlíží.
77. V § 76 odst. 6 zákona je uvedeno, že uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí veřejný zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení. Vyloučení uchazeče včetně důvodů veřejný zadavatel uchazeči bezodkladně písemně oznámí.
78. 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 uchazeče SKANSKA a. s. byly tyto podmínky negovány v čl. IV. odst. 2 a 5, k čemuž se uchazeč SKANSKA a. s. 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 uchazeče SKANSKA a. s., jež je nedílnou součástí nabídky uchazeče, tedy nesplnil po obsahové stránce požadavky

uvedené zadavatelem v zadávacích podmínkách. Podle Úřadu se nelze bez výhrad ztotožnit s argumentací uchazeče SKANSKA a. s., že rozpornost výše uvedených ustanovení návrhu smlouvy je zhojena dalšími ustanoveními smlouvy, kde je upraven předmět díla (čl. I), obsahem přílohy č. 1 návrhu smlouvy (oceněný výkaz výměr) a čl. III. odst. 2 návrhu smlouvy (viz bod 64 tohoto rozhodnutí). 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.

79. Zadavatel musí posuzovat u nabídek uchazečů mimo formální náležitosti, především obsahové náležitosti nabídek, tedy ty 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.
80. Podle Úřadu rovněž nelze připustit argumentaci uchazeče SKANSKA a.s., který splnění požadavků zadavatele dokládá mj. i obecným ustanovením obchodního zákoníku (§ 537 odst. 1) "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.
81. Obecně k předmětné otázce Úřad uvádí, 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 (výkaz výměr), ale současně v jiné své části (čl. IV odst. 2 a 5) tento požadavek nerespektuje, popř. mu zcela odporuje, nelze považovat za nabídku vypracovanou v souladu se zadávací dokumentací.
82. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že návrh smlouvy uvedený v nabídce vybraného uchazeče nesplňoval 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 povinnost, v případě, že návrh smlouvy nebude zadávacím podmínkám odpovídat, vyřadit takovou nabídku a vyloučit uchazeče ze zadávacího řízení.
83. Úřad konstatuje, že zadavatel nepostupoval v souladu s ustanovením § 76 odst. 1 a 6 zákona, když nevyřadil nabídku uchazeče SKANSKA a. s., která nesplňovala požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách, a jmenovaného uchazeče nevyločil z účasti v zadávacím řízení. Tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by byl

zadavatelem vybraný uchazeč vyloučen, byla by jako nejvhodnější vybrána nabídka jiného uchazeče.

Uložení nápravného opatření

84. Zadavatel tím, že nevyřadil nabídku uchazeče SKANSKA a. s., ačkoliv nabídka jmenovaného uchazeče nesplňovala požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách a nevyločil uchazeče SKANSKA a. s., z další účasti v zadávacím řízení, přičemž tento postup ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, porušil ustanovení § 76 odst. 1 a odst. 6 zákona.
85. Úřad je při rozhodování podle § 118 zákona povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel závažně pochybil při rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, resp. při posouzení a hodnocení nabídek a tento postup ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, musel Úřad zrušit úkon zadavatele spočívající v posouzení a hodnocení nabídek ze dne 9.3.2010, i výběr nejvhodnější nabídky ze dne 18.3.2010 a vrátil tak celé zadávací řízení do stavu před posouzením a hodnocením nabídek.
86. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

Náklady řízení

87. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 0781050001.
88. Vzhledem k tomu, že Úřad zrušil úkon zadavatele spočívající v posouzení a hodnocení nabídek, i rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a současně i všechny navazující úkony, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

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 4

Na vědomí:

1. SaM silnice a mosty a. s., Máchova 1129, 470 01 Česká Lípa

Vypraveno dne:

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