



UOHSX001SP4Q

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S127/2010/VZ-8901/2010/520/DŘí

V Brně dne: 5. srpna 2010

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 26. 4. 2010 z moci úřední, jehož účastníkem je:

- zadavatel – statutární město Karlovy Vary, IČ 00254657, se sídlem Moskevská 21, 361 20 Karlovy Vary, zastoupené Ing. Wernerem Hauptmannem, primátorem, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 25. 6. 2010 Mgr. Ing. Danielem Zejdou, advokátem, advokátní kancelář HAVEL & Holásek s. r. o., se sídlem Týn 1049/3, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Karlovy Vary – Výstavba krytého plaveckého bazénu, lávky a parkoviště“ zadávané v otevřeném řízení, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 11. 12. 2009 pod evidenčním číslem 60039609 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 15. 12. 2009 pod evidenčním číslem 2009/S 241-344566, rozhodl takto:

I.

Správním řízení ve věci veřejné zakázky " Karlovy Vary – Výstavba krytého plaveckého bazénu, lávky a parkoviště ", zadávané v otevřeném řízení, **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. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 9. 2. 2010 podnět k prošetření postupu statutární město Karlovy Vary, IČ 00254657, se sídlem Moskevská 21, 361 20 Karlovy Vary, zastoupené Ing. Wernerem Hauptmannem, primátorem, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 25. 6. 2010 Mgr. Ing. Danielem Zejdou, advokátem, advokátní kancelář HAVEL & Holásek s. r. o., se sídlem Týn 1049/3, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), při zadávací veřejné zakázce „Karlovy Vary – Výstavba krytého plaveckého bazénu, lávky a parkoviště“ zadávané v otevřeném řízení, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 11. 12. 2009 pod evidenčním číslem 60039609 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 15. 12. 2009 pod evidenčním číslem 2009/S 241-344566 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal dokumentaci o předmětné veřejné zakázce. Z předložené dokumentace Úřad zjistil následující skutečnosti.
3. V části "Požadavky na splnění kvalifikačních předpokladů" zadávací dokumentace, v písmenu c) článku 5 "Technické kvalifikační předpoklady" je uvedeno "Splnění technických kvalifikačních předpokladů prokáže dodavatel, který předloží čestné prohlášení osoby oprávněné jednat jménem či za uchazeče o průměrném ročním přepočteném počtu zaměstnanců dodavatele v jednotlivých předchozích třech účetních obdobích (v případě kalendářního roku jsou účetními obdobími pro účely této veřejné zakázky roky 2006, 2007, 2008, resp. hospodářské roky s počátky v rocích 2006, 2007 a 2008). Požadavek zadavatele pro splnění kvalifikačního předpokladu bude prokázán obsahem tohoto prohlášení o minimálně 500 zaměstnancích a nejméně 60 vedoucích zaměstnancích v jednotlivých rocích."
4. Ve vyjádření zadavatele ze dne 22. 2. 2010 k podnětu, které bylo Úřadu doručeno dne 23. 2. 2010, je uvedeno "I v oblasti počtu pracovníků zadavatel nastavil kvalifikační požadavek ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Pro tento rozsah plnění je předpokládán nutný přepočtený počet cca 50 pracovníků a 12 vedoucích pracovníků. Zadavatel se však v žádném případě nemůže spokojit s tím, že by předmětnou veřejnou zakázku realizoval dodavatel vybavený pouze těmito počty pracovníků. S tím by bylo spojeno nepřiměřené riziko možných výpadků výroby zejména v době, kdy bude technologickou realizační situací vyvolána potřeba nasazení i 100 pracovníků v jednom časovém úseku. Proto byl nastaven kvalifikační předpoklad pro požadovaný přepočtený počet alespoň 500 zaměstnanců a 60 vedoucích pracovníků odpovídající reálným podmínkám dodavatele pro veřejnou zakázku s takovými parametry."
5. Po přezkoumání předložených materiálů získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při stanovení technického kvalifikačního předpokladu uvedeného v písmenu c) článku 5 "Technické kvalifikační předpoklady" části "Požadavky na splnění kvalifikačních předpokladů" zadávací dokumentace a zahájil proto správní řízení z moci úřední.
6. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.

7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S127/2010/VZ-5568/2010/DŘÍ ze dne 26. 4. 2010. Usnesením č. j. ÚOHS-S127/2010/VZ-5592/2010/520/DŘÍ ze dne 26. 4. 2010 Úřad účastníkům řízení stanovil lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhopat důkazy a činit jiné návrhy, vyjádřit své stanovisko v řízení, resp. vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí.
8. Dne 26. 4. 2010 bylo zadavateli doručeno oznámení o zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení.
9. Dne 27. 4. 2010 zadavatel obdržel rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S127/2010/VZ-5838/2010/520/DŘÍ ze dne 26. 4. 2010 o předběžném opatření, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.
10. Zadavatel se k zahájení správního řízení vyjádřil dopisem ze dne 10. 5. 2010, ve kterém uvádí, že zadavatel stanovil v rámci zadávacích podmínek pro veřejnou zakázku předpokládanou hodnotu ve výši 238 773 065 Kč. Všechny kvalifikační požadavky byly podřízeny jedinému cíli a tím je získat takového dodavatele, který bude schopen bezchybně realizovat tuto složitou a rozsáhlou veřejnou zakázku. Proto byly stanoveny i odpovídající náročné kvalifikační požadavky, které jednak odpovídají druhu a složitosti předmětu veřejné zakázky, ale zároveň jsou vzájemně propojeny. Požadavky promítnuté do ekonomické a finanční způsobilosti dodavatele zcela jednoznačně korespondují s požadavky obsaženými v části týkající se technické způsobilosti. Tímto přístupem vymezil zadavatel dodavatelskou oblast, ze které očekával předložení hodnotných nabídek s vysokou jistotou, že jejich obsah budou tyto subjekty schopny také skutečně naplnit při vlastní realizaci této veřejné zakázky. Tato představa zadavatele byla naplněna přijetím pěti nabídek. Počet podaných nabídek zároveň vyvrací podezření na diskriminační nastavení zadávacích podmínek.
11. Dále zadavatel uvádí, že při ověřování správnosti svého postupu provedl průzkum na internetových stránkách informačního systému o veřejných zakázkách. Zde nastavil vyhledávací filtr pro vyhledávání výsledku zadávacího řízení zadáním názvu "bazén" a limitujícího intervalu ceny předmětu veřejné zakázky od 100 do 300 mil Kč. Vyhledáno bylo celkem 6 veřejných zakázek, u kterých byl podán následující počet nabídek: 8, 7, 13, 4, 2, 5. Tento údaj plně koresponduje s počtem uchazečů v předmětné veřejné zakázce a jednoznačně prokazuje, že zadávací podmínky této veřejné zakázky neměly diskriminační charakter.
12. Zadavatel dále konstatuje, že stále trvá na vymezení technického kvalifikačního požadavku s minimální úrovní alespoň 500 zaměstnanců a nejméně 60 vedoucích zaměstnanců v každém z posledních tří let. Současně zadavatel trvá a odkazuje na své vyjádření k podnětu ze dne 22. 2. 2010. V této souvislosti zadavatel poznamenává, že žádný z dodavatelů, tedy ani ze zájemců o tuto veřejnou zakázku, nevznesl žádné připomínky nebo námítky k postupu zadavatele. Zadavatel tedy shrnuje, že při stanovení technických kvalifikačních předpokladů neporušil zákon.
13. Vzhledem k výše uvedenému zadavatel navrhuje, aby bylo správní řízení zastaveno a rozhodnutí o předběžném opatření zrušeno.

14. Dne 29. 6. 2010 Úřad obdržel vyjádření zadavatele, ve kterém uvádí, že předmětná veřejná zakázka má být financována z prostředků získaných přidělením dotace Evropské unie. Jedním z nejzásadnějších předpokladů pro to, aby byla dotace poskytnuta, je realizace veřejné zakázky ve stanoveném termínu. S ohledem na tento významný rozdíl oproti standardní veřejné zakázce financované ze státního rozpočtu nebo vlastních zdrojů zadavatele, bylo nezbytné stanovit i významně přísnější kvalifikační předpoklady zajišťující schopnost dodavatele splnit předmět veřejné zakázky s ohledem na její charakter a nastavené smluvní parametry v daném termínu.
15. Při menším než optimálním počtu zaměstnanců daného dodavatele totiž může nastat situace, kdy dodavatel pozdrží plnění veřejné zakázky například z důvodu, že na jiném projektu má smluvené vyšší sankce za zpoždění s plněním než ve smlouvě na plnění předmětné veřejné zakázky.
16. Jak zadavatel uvedl již dříve, nutný přepočtený počet zaměstnanců je cca 50 pracovníků a 12 vedoucích pracovníků, přičemž v některém období realizace veřejné zakázky bude technologickou realizační situací vyvolána potřeba nasazení i 100 pracovníků v jednom časovém úseku. Zadavatel podotýká, že toto vyjádření se vztahovalo na standardní (nekomplikovaný) průběh realizace veřejné zakázky. Při vymezení předmětného kvalifikačního předpokladu tak zadavatel vycházel z možné situace, kdy by bylo nutné na realizaci veřejné zakázky přemístit podstatně větší část zaměstnanců, než byla původně plánována. Stalo by se tak zejména v případě, kdy by došlo k časovému zpoždění realizace z důvodů nezávislých na dodavateli a bylo by tak ohroženo poskytnutí evropské dotace.
17. Dalším důvodem, proč zadavatel předkládá toto vyjádření je i jeho zjištění, že předseda Úřadu v nedávné době řešil obdobný případ v rámci rozhodnutí č. j. ÚOHS-R24/2010/VZ-6965/2010/310/Eku ze dne 18. 5. 2010. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že v šetřené věci se jednalo o veřejnou zakázku "Rekonstrukce plaveckého areálu Pardubice" s předpokládanou hodnotou 520 mil. Kč a s ročním objemem prací v hodnotě cca 250 mil. Kč. Z rozhodnutí dále vyplývá, že se v měsíčním průměru mělo na stavbě podílet 134 dělníků a 23 vedoucích pracovníků, přičemž pro splnění kvalifikace byl stanoven požadavek na počet zaměstnanců ve výši minimálně 800 zaměstnanců a 100 vedoucích pracovníků. Na základě těchto informací lze podle zadavatele dospět k závěru, že charakter obou veřejných zakázek i stanovené parametry lze s ohledem na předpokládané hodnoty obou veřejných zakázek považovat za velmi obdobné. Předseda Úřadu v rozhodnutí o rozkladu uvádí, že "Je sice pravdou, že při takto nastavených prahových hodnotách technického kvalifikačního předpokladu se zjevně počítá s účastí větších dodavatelů, ovšem podobně jako zadavatel mám zato, že toto omezení je přípustné s ohledem na druh, povahu a rozsah předmětné veřejné zakázky... Proto lze nalézt pochopení pro požadavek, aby výstavba objektu byla prováděna nejen subjektem zavedeným, ale hlavně subjektem podílejícím se souběžně na více zakázkách (a tedy svou existencí nezávislým na přezkoumávané veřejné zakázce), případně sdružením více uchazečů, kteří podají společnou nabídku."
18. Zadavatel k výše uvedenému rozhodnutí předsedy Úřadu uvádí, že se s tímto závěrem plně ztotožňuje. Navíc zadavatel upozorňuje na skutečnost, že na rozdíl od výše uvedeného případu, on neomezil možnost podílu subdodavatelů na plnění předmětné veřejné zakázky.

19. Na závěr svého vyjádření zadavatel zmiňuje další a podle něj velmi zásadní závěr učiněný předsedou Úřadu v předmětném rozhodnutí, podle kterého pokud byly v zadávacím řízení podány 3 nabídky, nelze hovořit o vyloučení soutěže o veřejnou zakázku. Zadavatel tímto podotýká, že v rámci předmětné veřejné zakázky obdržel 5 nabídek, což je o dvě více než v šetřeném případě, a domnívá se tudíž, že i tento argument je pro učinění závěru, zda byl zákon stanovením kvalifikačního předpokladu porušen, velmi zásadní.
20. S ohledem na výše uvedené zadavatel trvá na svém návrhu, aby bylo správní řízení zastaveno.
21. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že neshledal v postupu zadavatele při stanovení technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. e) zákona pochybení. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Stanovení minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu

22. Podle ustanovení § 56 odst. 3 zákona zadavatel může požadovat k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce podle písm. e) přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední 3 roky.
23. Podle ust. § 56 odst. 7 písm. c) zákona je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
24. V bodu III.2.3 "Technická způsobilost" oznámení o zakázce je uvedeno "zadavatel požaduje předložení čestného prohlášení o průměrném přepočteném počtu zaměstnanců v účetních obdobích za poslední tři roky (minimálně 500 zaměstnanců a 60 vedoucích zaměstnanců v jednotlivých rocích)."
25. V článku 5 písm. c) "Technické kvalifikační předpoklady" zadávací dokumentace je dále uvedeno: "Splnění technických kvalifikačních předpokladů prokáže dodavatel, který předloží čestné prohlášení osoby oprávněné jednat jménem či za uchazeče o průměrném ročním přepočteném počtu zaměstnanců dodavatele v jednotlivých předchozích třech účetních obdobích (v případě kalendářního roku jsou účetními obdobími pro účely této veřejné zakázky roky 2006, 2007, 2008, resp. hospodářské roky s počátky v rocích 2006, 2007 a 2008). Požadavek zadavatele pro splnění kvalifikačního předpokladu bude prokázán obsahem tohoto prohlášení o minimálně 500 zaměstnancích a nejméně 60 vedoucích zaměstnancích v jednotlivých rocích."
26. Zadavatel ve svém vyjádření k podnětu ze dne 22. 2. 2010, na které ve svém vyjádření k návrhu ze dne 10. 5. 2010 odkazuje, uvádí, že "v oblasti počtu pracovníků zadavatel nastavil požadavek ve vztahu k předmětu této veřejné zakázky. Pro tento rozsah plnění je předpokládán nutný přepočtený počet cca 50 pracovníků a 12 vedoucích pracovníků. Zadavatel se však v žádném případě nemůže spokojit s tím, že by předmětnou veřejnou zakázku realizoval dodavatel vybavený pouze těmito počty pracovníků. S tím by bylo spojeno

nepřiměřené riziko možných výpadků výroby zejména v době, kdy bude technologickou realizační situací vyvolána potřeba nasazení i 100 pracovníků v jednom časovém úseku. Proto byl nastaven kvalifikační předpoklad pro požadovaný přepočtený počet alespoň 500 zaměstnanců a 60 vedoucích zaměstnanců odpovídající reálným podmínkám dodavatele pro veřejnou zakázku s takovými parametry."

27. Účelem stanovení technických kvalifikačních předpokladů je zajištění, aby byla veřejná zakázka plněna dodavatelem, který k tomu má určitou technickou způsobilost, tj. bude k jejímu plnění mít potřebné odborné a materiální předpoklady. Technické kvalifikační předpoklady podle § 56 odst. 3 zákona jsou formulovány způsobem, který zajišťuje jejich přímou vázanost na realizovanou veřejnou zakázku, resp. zadavatel je při jejich stanovení vázán předmětem dané veřejné zakázky. Tato charakteristika technických kvalifikačních předpokladů je určitým způsobem modifikována u písmene e), popř. u písmene a) citovaného ustanovení, které svými formulacemi umožňují zadavateli stanovit tyto kvalifikační předpoklady způsobem, který vypovídá (kromě technické a odborné vybavenosti k samotnému plnění předmětu dané veřejné zakázky) rovněž o zkušenosti, stabilitě a spolehlivosti potenciálního vybraného uchazeče. Z povahy těchto žádaných charakteristik dodavatele vyplývá, že předmětné technické kvalifikační předpoklady nelze výlučně vztahovat k povaze předmětu zadávané veřejné zakázky. Zadavatel je i v tomto případě vázán požadavkem ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona. Avšak aby byl smysl stanovení těchto technických kvalifikačních předpokladů naplněn, je možné při vymezení jejich minimální úrovně do stanovené hraniční hodnoty zahrnout rovněž faktory (stabilita a spolehlivost dodavatele), které s druhem, rozsahem a složitostí předmětu plnění zadávané veřejné zakázky souvisí prostředkováně.
28. Zadavateli nelze upírat právo na stanovení technických kvalifikačních předpokladů, které budou zaručovat bezproblémovou, kvalitní a včasnou realizaci veřejné zakázky. Zárukou pro takovou realizaci předmětu veřejné zakázky je dodavatel, jehož existence a fungování nebude výlučně vázána na plnění předmětné veřejné zakázky, tj. že dodavatel veškeré své zdroje a prostředky nebude používat pouze a jenom na plnění této veřejné zakázky. Tuto charakteristiku naplňuje dodavatel, který je schopen realizovat předměty plnění u několika veřejných zakázek souběžně. Ve vztahu k technickému kvalifikačnímu předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. e) zákona jde tedy o dispozici s dostatečným počtem zaměstnanců pro plnění několika obdobných veřejných zakázek najednou, což představuje z hlediska personálního zajištění realizace předmětu dané veřejné zakázky záruku, že nebude docházet k realizačním prodávám.
29. Pokud tedy zadavatel v předmětné veřejné zakázce požadoval, jak vyplývá z jeho vyjádření k podnětu ze dne 22. 2. 2010, pětinasobek (500 zaměstnanců a 60 vedoucích pracovníků) počtu zaměstnanců a vedoucích pracovníků nutných k realizaci předmětu veřejné zakázky (100 zaměstnanců a 12 vedoucích pracovníků), lze tento požadavek ve světle výše uvedeného považovat za oprávněný, tj. odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
30. Úřad má v této souvislosti za nutné zdůraznit, že oprávněnost stanovení technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. e) zákona výše uvedeným způsobem, je třeba posuzovat vždy ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. V tomto případě Úřad shledal požadavek pětinasobku počtu zaměstnanců a vedoucích pracovníků za stanovený v souladu

se zákonem, ale Úřad při své úvaze vycházel nejen z oprávněnosti požadavku zadavatele na zkušenost a stabilitu dodavatele, ale rovněž i z dalších charakteristik předmětné veřejné zakázky a průběhu zadávacího řízení. Úřad vzal za rozhodující velikost veřejné zakázky (předpokládaná hodnota 238 457 065 Kč stavebních prací) a relativně nízký počet zaměstnanců a vedoucích pracovníků nezbytných k realizaci předmětu veřejné zakázky (100 zaměstnanců a 12 vedoucích pracovníků). Díky tomu se jeví požadavek zadavatele na pětinasobek tohoto počtu (500 zaměstnanců a 60 vedoucích pracovníků) jako přijatelný a splnitelný ze strany nikoliv malého počtu dodavatelů působících na trhu. Tento závěr je podpořen skutečností, že v předmětném zadávacím řízení zadavatel obdržel nabídku od pěti dodavatelů. V souvislosti s případným omezením volné soutěže lze vycházet z úpravy užšího řízení, kde zákon při omezení počtu zájemců o účast stanoví jako minimální počet zájemců, které je zadavatel povinen vyzvat k podání nabídky, pět zájemců. Pokud tedy samotný zákon shledává a upravuje tento minimální počet jako dostatečný, nelze při jeho dosažení hovořit o vyloučení volné soutěže o veřejnou zakázku.

31. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že neshledal v postupu zadavatele při stanovení technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. e) zákona pochybení, a proto rozhodl o zastavení správního řízení, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

32. 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:

Mgr. Ing. Daniel Zejda, advokát, advokátní kancelář HAVEL & Holásek s. r. o., Týn 1049/3, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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