



UOHSX003D3JE

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S230/2010/KO-183/2011/510/HOD

V Brně dne: 3. 2. 2011

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 24 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 30. 6. 2010 na návrh, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Dobřany, IČ 00256552, se sídlem Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany, zastoupené Bc. Markem Sýkorou, starostou,
- navrhovatel – Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., IČ 45193665, se sídlem 28. října 169, 709 45 Ostrava, za niž jedná prof. Dr. Ing. Miroslav Kyncl, místopředseda představenstva, a Ing. Václav Holeček, člen představenstva,

ve věci koncesního řízení za účelem výběru koncesionáře a uzavření koncesní smlouvy na „Výběr provozovatele vodohospodářského majetku města Dobřany“, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 29. 1. 2010 pod ev. č. 60041252, rozhodl takto:

I.

Návrh navrhovatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., IČ 45193665, se sídlem 28. října 169, 709 45 Ostrava, ze dne 30. 6. 2010, o uložení nápravného opatření se podle ust. § 25 odst. 4 písm. a) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, zamítá.

II.

Podle ust. § 26 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na ust. § 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, zadavateli – městu Dobřany, nevzniká v tomto správním řízení povinnost hradit náklady řízení.

ODŮVODNĚNÍ

1. Město Dobřany, IČ 00256552, se sídlem Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany, zastoupené Bc. Markem Sýkorou, starostou (dále jen „zadavatel“), uveřejnilo podle zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 29. 1. 2010 pod ev. č. 60041252 oznámení koncesního řízení za účelem výběru koncesionáře a uzavření koncesní smlouvy na „Výběr provozovatele vodohospodářského majetku města Dobřany“ (dále jen "koncesní řízení").
2. Podle protokolu o otevírání obálek zadavatel obdržel 3 žádosti o účast v koncesním řízení, přičemž všechny tyto žádosti o účast vyhověly kontrole úplnosti. Z protokolu o posouzení splnění kvalifikačních předpokladů pořízeného zadavatelem vyplývá, že všichni dodavatelé, kteří předložili žádost o účast, prokázali splnění kvalifikace a komise doporučila zadavateli, aby byli vyzváni k podání nabídky.
3. Dne 9. 6. 2010 zadavatel rozhodl o vyloučení společnosti Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., IČ 45193665, se sídlem 28. října 169, 709 45 Ostrava, za niž jednájí prof. Dr. Ing. Miroslav Kyncl, místopředseda představenstva, a Ing. Václav Holeček, člen představenstva (dále jen „navrhovatel“), z účasti v koncesním řízení, a to z toho důvodu, že tento dodavatel nesplnil povinnost stanovenou v ust. § 58 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o veřejných zakázkách").
4. Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v koncesním řízení podal navrhovatel dopisem ze dne 14. 6. 2010 námitky, o nichž zadavatel rozhodl dne 22. 6. 2010, a to tak, že námitkám nevyhověl.
5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem doručeným Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dne 30. 6. 2010 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
6. V návrhu navrhovatel uvádí, že zadavatel obdržel dne 5. 5. 2010 elektronicky prostřednictvím emailové zprávy, a dne 6. 5. 2010 v listinné podobě, oznámení o změně ve složení statutárního orgánu včetně dokladů. Navrhovatel doplnil, že pouze z procesní opatrnosti zaslal zadavateli oznámení o změně ve složení statutárního orgánu společnosti ze dne 4. 5. 2010 s přílohami, a to z důvodu, že se dne 28. 4. 2010 konala řádná valná hromada navrhovatele, která zvolila čtyři nové členy představenstva. Navrhovatel se domnívá, že nad rámec požadavků zákona, a důvodů dále uvedených, ve lhůtě 7 dnů podle ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách zadavateli zaslal oznámení o změně ve složení statutárního orgánu společnosti a příslušné dokumenty, tj. výpisy z Centrálního registru osob vydané Ministerstvem spravedlnosti v Madridu, čestná prohlášení nově zvolených členů představenstva, výpis z registru trestů ČR p. José Manuel Burgos Pérez a současně oznámil zadavateli, že výpisy zbývajících tří členů představenstva z evidence Rejstříku trestů ČR

budou zaslány neprodleně, což bylo učiněno dne 7. 5. 2010. Jako důvod navrhovatel označil komplikované doručení plných mocí nových členů představenstva z Madridu pro zastupování těchto členů ve věci vyžádání jejich výpisů z evidence Rejstříku trestů, jelikož tyto osoby jsou občany s trvalým bydlištěm na území Španělského království.

7. Navrhovatel vyjádřil v návrhu přesvědčení, že volba nových členů představenstva není sama o sobě takovou změnou, která by znamenala nesplnění kvalifikace, přičemž ne každá změna v kvalifikaci je takovou změnou, kterou musí uchazeč podle ust. § 58 zákona o veřejných zakázkách zadavateli oznámit. Navrhovatel odkazuje na komentářovou literaturu, v níž jsou uvedeny ty změny, které oznámení zadavateli nevyžadují, a to např. změna adresy člena statutárního orgánu nebo zpracování nové účetní rozvahy, a rovněž změny v kvalifikaci, které vyžadují splnění informační povinnosti ze strany dodavatele, tj. např. ztráta podnikatelského oprávnění, odsouzení člena statutárního orgánu, vznik daňových nedoplatků, prohlášení konkursu, pozbytí platnosti pojistné smlouvy či jmenování nového člena statutárního orgánu, který není trestně bezúhonný ve smyslu ust. § 53 odst. 1 a 2 zákona o veřejných zakázkách. K uvedenému navrhovatel doplňuje rovněž citace z komentářové literatury.
8. V případě volby nových členů představenstva se tedy podle názoru navrhovatele nejedná o tzv. kvalifikovanou změnu kvalifikace, a to z důvodu, že i po volbě nových členů představenstva splňoval základní kvalifikační kritéria uvedená v ust. § 53 zákona o veřejných zakázkách a splnění těchto kvalifikačních kritérií prokázal při podání nabídky do koncesního řízení. Následnou volbou nových členů představenstva nedošlo podle navrhovatele k nesplnění kvalifikačních kritérií ve smyslu ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, neboť noví členové nebyli pravomocně odsouzeni za žádný trestný čin, a to ani v České republice, ani v jiném členském státě Evropské unie. Uvedené bylo podle navrhovatele prokázáno výpisy z evidence rejstříku trestů i jejich čestnými prohlášeními, a proto jejich volba za členy představenstva není důvodem pro závěr o nesplnění kvalifikace.
9. V případě, že měl zadavatel důvod k pochybnosti, zda nedošlo k takové změně, která by znamenala nesplnění kvalifikace, měl zadavatel podle názoru navrhovatele tohoto uchazeče vyzvat podle ust. § 59 odst. 4 zákona k předložení dokladů prokazujících splnění kvalifikace ve vztahu k nově zvoleným členům představenstva. Tento postup by podle navrhovatele odpovídal i obsahu výkladového stanoviska a metodiky Úřadu, podle něhož lze žádat dodavatele o doplnění výpisů z evidence rejstříku trestů. Rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení, aniž by jej vyzval k doplnění výpisu z trestního rejstříku podle ust. § 59 odst. 4 zákona, je tak podle jeho názoru nejen v rozporu se zákonem, ale také příliš formalistické.
10. Napadené rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v koncesním řízení je podle navrhovatele rovněž v rozporu s ust. § 38 odst. 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o obcích“), podle něhož majetek obce musí být využíván účelně a hospodárně v souladu s jejími zájmy a úkoly vyplývajícími ze zákonem vymezené působnosti. Postup zadavatele připravil podle navrhovatele obyvatele regionu o dodávku vody za výrazně levnější ceny, a proto vedl k porušení zásady hospodárnosti a účelnosti podle výše uvedeného ustanovení zákona o obcích.

11. S ohledem na výše uvedené je navrhovatel přesvědčen, že zadavatel porušil ust. § 3a koncesního zákona zásady transparentnosti a rovného zacházení), ve vazbě na § 58 a § 60 zákona o veřejných zakázkách.
12. Z výše uvedených důvodů navrhovatel navrhuje, aby Úřad uložil nápravné opatření a zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení a zadavateli nařídil, aby jím podanou nabídku zařadil zpět mezi hodnocené nabídky.
13. Úřad obdržel návrh dne 30. 6. 2010, a tímto dnem bylo podle ust. § 24a koncesního zákona, zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Dne 1. 7. 2010 byl stejnopis návrhu doručen zadavateli.
14. Zadavatel se k návrhu vyjádřil dopisem ze dne 7. 7. 2010, v němž uvádí, že poté, co v rámci předmětného koncesního řízení posoudil prokázání splnění kvalifikace všech uchazečů a konstatoval, že všichni uchazeči kvalifikaci prokázali, obdržel od navrhovatele oznámení o změně ve složení statutárního orgánu společnosti. Podle vyjádření zadavatele bylo oznámení doručeno konzultantovi včetně příloh a zadavateli bez příloh dne 6. 5. 2010 a v tomto směru poukazuje na skutečnost, že emailové zprávy navrhovatele nejsou opatřeny zaručeným elektronickým podpisem, tudíž tento typ komunikace nelze považovat v daném koncesním řízení s ohledem na ust. § 6 odst. 3 a § 149 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách za relevantní. Pokud tedy navrhovatel v návrhu tvrdí, že oznámení bylo doručeno již dne 5. 5. 2010, pak je toto tvrzení podle zadavatele nesprávné. Jelikož jde o námitku, kterou navrhovatel poprvé vznáší až v návrhu, je třeba ji podle názoru zadavatele vyhodnotit jako nepřípustnou z důvodu porušení zásady koncentrace.
15. V oznámení navrhovatel informoval podle zadavatele o tom, že na valné hromadě konané dne 28. 4. 2010 byli za členy představenstva zvoleni noví členové. Současně navrhovatel k tomuto oznámení připojil výpisy z rejstříku trestů nových členů představenstva ze Španělska včetně jejich úředního překladu, výpis z evidence rejstříku trestů v ČR p. Péreze a čestná prohlášení všech nových členů představenstva s úředně ověřeným podpisem toho, že splňují kromě jiného i podmínku bezúhonnosti. Navrhovatel podle zadavatele oznámil, že výpisy z evidence rejstříku trestů v ČR zbývajících nově zvolených členů představenstva budou doručeny ihned po jejich vystavení příslušným úřadem v ČR. Tyto výpisy byly podle zadavatele doručeny konzultantovi dne 10. 5. 2010 a téhož dne bylo zadavateli doručeno oznámení o změně ve složení statutárního orgánu společnosti bez příloh.
16. Zadavatel dále cituje z komentáře k ust. § 58 zákona o veřejných zakázkách, podle něhož za změnu, která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace, lze považovat např. skutečnost, že v době do rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky byl člen statutárního orgánu odsouzen za některý z trestných činů uvedených v ust. § 53 odst. písm. a) nebo b) zákona o veřejných zakázkách.
17. Odpovědnost za posouzení, zda došlo ke změně v kvalifikaci dodavatele, která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace, je podle názoru zadavatele na dodavateli, který je v případě takové změny povinen tuto skutečnost zadavateli písemně oznámit a současně předložit potřebné dokumenty. Sedmidenní lhůta je podle zadavatele hmotněprávní, a proto je nutné zadavateli doručit nejen oznámení, ale rovněž dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu.

18. Zadavatel se domnívá, že je nepřípustné, aby navrhovatel podal návrh podle ust. § 114 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, když koncesní zákon má pro podání návrhu vlastní zákonnou úpravu.
19. Změnu ve složení členů představenstva zadavatel podle jeho vyjádření posoudil jako změnu v kvalifikaci, která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace podle ust. § 60 zákona o veřejných zakázkách. Rozšíření členů představenstva je podle zadavatele třeba kvalifikovat jako změnu, na níž dopadá oznamovací a prokazovací povinnost uchazečů podle ust. § 58 odst. 1 zákona o zakázkách. Zadavatel taktéž upozornil, že sám navrhovatel ve svém oznámení výslovně uvedl, že toto činí ve smyslu ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. K citacím komentářů k zákonu o veřejných zakázkách uvedeným v námitkách navrhovatele zadavatel uvádí, že žádná nepodporuje názor navrhovatele.
20. Z logického i gramatického výkladu ust. § 58 zákona o veřejných zakázkách je podle zadavatele třeba dovodit, že má zajistit jistotu zadavatele, že pod celou dobu koncesního řízení je splněna kvalifikace uchazečů. Pokud by měl být platný názor navrhovatele, že za kvalifikovanou změnu lze považovat jen takovou změnu, která znamená skutečnou ztrátu kvalifikace, pak by ust. § 58 odst. zákona o veřejných zakázkách postrádalo smyslu, jelikož prokázání splnění kvalifikace by v takovém případě nebylo možné. Z použití slova „jinak“ lze podle zadavatele dovodit, že zákonodárce měl na mysli případy, kdy dojde ke změnám, které neznamenají ztrátu kvalifikace, ale jsou podstatné ve vztahu k prokazování splnění kvalifikace.
21. K tvrzení navrhovatele, podle něhož měl zadavatel postupovat podle ust. § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, zadavatel uvádí, že použití tohoto ustanovení brání výslovné znění ust. § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, podle kterého platí, že uchazeč, který nesplní povinnost stanovenou v ust. § 58 zákona o veřejných zakázkách, musí být zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení. Důsledné dodržení postupu podle ust. § 60 zákona o veřejných zakázkách svědčí o tom, že rozhodnutí zadavatele je v souladu se zásadou proporcionality, transparentnosti a rovného zacházení.
22. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu dále uvedl, že ustanovením § 38 zákona o obcích nelze odůvodnit tolerování porušení pravidel pro zadávání veřejných zakázek a koncesních smluv. Úvahy navrhovatele, že by snad mělo být jeho pochybení tolerováno např. v zájmu zachování většího počtu uchazečů, jsou podle zadavatele naprosto nepřijatelné. Zadavatel se současně domnívá, že dohled nad dodržováním zákona o obcích není v kompetenci Úřadu. Rovněž zadavatel upozorňuje, že se opět jedná o námitku uvedenou poprvé až v návrhu.
23. Z výše uvedených důvodů zadavatel žádá Úřad, aby správní řízení ve smyslu ust. § 24f koncesního zákona zastavil, event. jej ve smyslu ust. § 25 odst. 4 koncesního zákona zamítl, a aby nevyhověl návrhu na vydání předběžného opatření.
24. Účastníky správního řízení podle § 24d koncesního zákona jsou zadavatel a navrhovatel.
25. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S230/2010/KO-10439/2010/510/HOd ze dne 15. 7. 2010. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S230/2010/KO-10440/2010/510/HOd ze dne 15. 7. 2010 stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a ve které byli oprávněni vyjádřit svá stanoviska v řízení a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí. Úřad

tímto usnesením rovněž stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném koncesním řízení v průběhu správního řízení, a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu. Tímtéž usnesením Úřad stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – doplnění předložené dokumentace koncesního řízení, tj. mj. koncesního projektu ve smyslu §§ 21 a 22 koncesního zákona.

26. Dne 23. 7. 2010 obdržel Úřad od zadavatele koncesní projekt ve smyslu §§ 21 a 22 koncesního zákona.
27. Rozhodnutím ze dne 27. 7. 2010 č. j. ÚOHS-S230/2010/KO-11067/2010/510/HOd o předběžném opatření Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném koncesním řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.
28. Úřad přezkoumal na základě § 24 a následujících ustanovení koncesního zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména vyjádření předložených účastníky správního řízení, předložené dokumentace koncesního řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu, neboť Úřad neshledal ve skutečnostech namítaných v tomto návrhu porušení koncesního zákona ze strany zadavatele. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení

29. Koncesní zákon v § 7 odst. 3 stanoví, že pro posuzování kvalifikace dodavatelů a pro jejich vylučování platí ustanovení zákona o veřejných zakázkách o kvalifikaci, jejíž prokázání požaduje po dodavateli veřejný zadavatel, a o jejich vylučování obdobně.
30. Podle ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách dojde-li do doby rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky k jakékoliv změně v kvalifikaci dodavatele, která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace podle § 60, je dodavatel povinen nejpozději do 7 dnů tuto skutečnost veřejnému zadavateli písemně oznámit a současně předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu. V ust. § 58 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách se stanoví, že povinnost podle odstavce 1 se vztahuje obdobně na uchazeče, se kterým je v souladu s rozhodnutím veřejného zadavatele podle § 81 možné uzavřít smlouvu, a to až do doby uzavření smlouvy. V takovém případě musí uchazeč, s nímž veřejný zadavatel uzavírá smlouvu, předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu nejpozději při uzavření smlouvy.
31. Podle § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58 zákona o veřejných zakázkách, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.
32. Z dokumentace koncesního řízení vyplývá, že dopisem doručeným zadavateli dne 6. 5. 2010 zaslal navrhovatel dne 5. 5. 2010 oznámení o změně statutárního orgánu společnosti, v němž oznámil, že došlo ke změně ve složení statutárního orgánu společnosti, když řádnou valnou hromadou společnosti konanou dne 28. 4. 2010 byli za členy představenstva zvoleni noví členové – Esther Alcocer Koplowitz, Alicia Alcocer Koplowitz, José Manuel Burgos Pérez, Francisco Martin Monteagudo. Navrhovatel v písemném oznámení rovněž uvedl, že v příloze zasílá výpisy z rejstříku trestů těchto nových členů představenstva ze Španělska včetně jejich úředního překladu, a výpis z rejstříku trestů v ČR p. José Manuel Burgos Péreze, přičemž

výpisy z rejstříku trestů v ČR zbývajících tří členů představenstva doručí ihned po jejich vystavení příslušným úřadem v ČR. Dále navrhovatel uvedl, že zasílá čestné prohlášení všech nových členů představenstva včetně jejich úředně ověřeného podpisu o tom, že splňují kromě jiného i podmínku bezúhonnosti.

33. Dopisem ze dne 7. 5. 2010 navrhovatel zadavateli dne 10. 5. 2010 doručil výpisy z rejstříku trestů v ČR tří členů statutárního orgánu společnosti, a to Esther Alcocer Koplowitz, Alicia Alcocer Koplowitz, Francisco Martin Monteagudo.
34. Dne 9. 6. 2010 zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení, přičemž v písemném rozhodnutí mj. uvedl, že navrhovatel ve lhůtě sedmi dnů stanovené v ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách nesplnil povinnost oznámit změnu ve složení statutárního orgánu, když k této změně došlo dne 28. 4. 2010 a oznámení o této změně bylo doručeno zadavateli dne 6. 5. 2010 a 10. 5. 2010 bez příloh a konzultantovi dne 6. 5. 2010 a 10. 5. 2010 včetně příloh. Navrhovatel podle uvedeného rozhodnutí ve lhůtě sedmi dnů nesplnil ani povinnost předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu.
35. Úřad konstatuje, že v případě jakékoli změny v kvalifikaci je nutné nejprve posoudit, zda se jedná o změnu specifikovanou v ust. § 58 zákona o veřejných zakázkách, tj. zda se jedná o takovou změnu kvalifikace, která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace podle § 60 zákona o veřejných zakázkách. Z ustanovení zákona vyplývá, že dodavatel není povinen zadavateli oznámit každou změnu v kvalifikaci, která nastala v průběhu zadávacího řízení.
36. K předmětné změně v kvalifikaci dodavatele Úřad uvádí, že v případě, kdy do statutárního orgánu je zvolen nový člen, ztrácí dodavatel automaticky kvalifikaci, neboť podle ust. § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách musí základní kvalifikační předpoklady podle těchto ustanovení zákona splňovat statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu. Pokud se tedy členem statutárního orgánu stala osoba, která v nabídce neprokazovala splnění kvalifikace podle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách, pozbyl v důsledku této skutečnosti dodavatel, který předložil nabídku, prokázanou příslušnou kvalifikaci. Zákon však v takových případech poskytuje dodavatelům lhůtu pro řádné splnění kvalifikace, a to lhůtu 7 dnů, v níž je dodavatel povinen změnu v kvalifikaci písemně oznámit a současně předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu.
37. K výše uvedenému Úřad doplňuje, že nelze připustit takový výklad zákona, podle něhož by dodavatelé nebyli povinni oznamovat změny v kvalifikaci, které by mohly znamenat nesplnění kvalifikace v případě, že se sami domnívají, že kvalifikaci splňují. Důvodem je skutečnost, že kvalifikaci je nutno prokázat příslušnými doklady, tak jako je tomu při prokazování kvalifikace v předkládané nabídce. Současně nelze po zadavatelích požadovat, aby sami zjišťovali, zda dodavatelé v důsledku určitých změn splňují např. kvalifikační předpoklady podle ust. § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách.
38. Nelze dospět ani k takovému výkladu ust. § 58 ust. 1 zákona o veřejných zakázkách, podle kterého by dodavatel musel oznamovat změnu v kvalifikaci pouze v tom případě, že ji nesplňuje, neboť v takovém případě by možnost předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu, obsažená v uvedeném ustanovení, byla nelogická. Pokud dodavatel skutečně nesplňuje kvalifikaci, pak není možné její splnění prokazovat.

39. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že povinnost oznámení změn v kvalifikaci podle ust. § 58 zákona o veřejných zakázkách se vztahuje na takové změny, které mají přímý vliv na splnění či nesplnění kvalifikace, a nikoli formální změny, tj. např. změna bydliště člena statutárního orgánu, která nemá vliv na existenci záznamů v Rejstříku trestů. Současně je nutno dodat, že povinnost prokázat, že i přes učiněnou změnu v kvalifikaci dodavatel kvalifikaci splňuje, je zcela zodpovědností příslušného dodavatele, který splnění kvalifikace musí prokázat potřebnými dokumenty ve lhůtě stanovené ust. § 58 zákona o veřejných zakázkách.
40. Úřad dále uvádí, že ust. § 58 řeší pouze takové případy, kdy po ukončení procesu posouzení kvalifikace zadavatelem u dodavatele dojde k takové změně, která by mohla ovlivnit splnění kvalifikace dodavatelem. Takové změny v kvalifikaci je povinen dodavatel zadavateli oznámit a doložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace. Dodavatel není povinen oznamovat pouze formální změny a takové změny v kvalifikaci, které žádným způsobem nemohou ovlivnit splnění kvalifikace.
41. V šetřeném případě došlo v průběhu zadávacího řízení dne 28. 4. 2010 na straně navrhovatele ke změně ve složení statutárního orgánu, když jeho členy se stali Esther Alcocer Koplowitz, Alicia Alcocer Koplowitz, José Manuel Burgos Pérez, Francisco Martin Monteagudo. S přihlédnutím k výše uvedenému Úřad konstatuje, že volba nových členů statutárního orgánu, kteří v nabídce neprokazovali splnění kvalifikace podle ust. § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách, je takovou změnou, která má za následek ztrátu kvalifikace dodavatele a dodavatel je povinen ji ve vztahu k provedené změně znovu prokázat (tj. dodavatel musí opakovaně prokázat splnění ust. § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách).
42. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že navrhovatel byl povinen zadavateli oznámit změnu spočívající ve volbě nových členů statutárního orgánu (tj. Esther Alcocer Koplowitz, Alicia Alcocer Koplowitz, José Manuel Burgos Pérez, Francisco Martin Monteagudo), neboť se jedná o změnu v kvalifikaci dodavatele, která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace podle § 60 zákona o veřejných zakázkách, ve smyslu ust. § 58 zákona o veřejných zakázkách, a současně nejpozději do 7 dnů předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu.
43. V daném případě navrhovatel nedodržel lhůtu pro předložení potřebných dokumentů prokazujících splnění kvalifikace v plném rozsahu ve smyslu ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když kompletní podklady prokazující splnění kvalifikace ve vztahu ke změně v kvalifikaci, která nastala dne 28. 4. 2010, odeslal zadavateli dne 7. 5. 2010, tj. 9 dní po provedené změně.
44. V souvislosti s řešenou problematikou je rovněž nutno poznamenat, že sám navrhovatel v oznámení o změně v kvalifikaci uvedl, že tak činí v návaznosti na ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Navrhovatel tedy sám dospěl k závěru, že došlo v jeho kvalifikaci ke změně, která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace.
45. Úřad doplňuje, že v souladu s ust. § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách je zcela na vůli zadavatele, zda při nedostatečném prokázání kvalifikace dodavatele vyloučí z účasti v zadávacím řízení, či ho vyzve k objasnění nebo doplnění částečně prokázané kvalifikace. Jedná se tudíž o možnost, nikoliv povinnost zadavatele možnosti objasnit nebo doplnit

dodatečné informace či doklady dané ustanovením § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách využít

46. Co se týče argumentu navrhovatele týkajícího se komplikovaného doručení plných mocí nových členů představenstva z Madridu, Úřad uvádí, že v případě jednoho nově zvoleného člena představenstva člena (p. José Manuel Burgos Pérez) navrhovatel zadavateli předložil výpis z evidence Rejstříku trestů ČR, jenž byl vystaven dne 5. 5. 2010. Jak vyplývá z oznámení změny v kvalifikaci, zaslané navrhovatelem zadavateli, mají všichni nově zvolení členové stejné místo bydliště – Madrid, Španělské království. To znamená, že navrhovatel si mohl zajistit potřebné podklady sedmý den po změně ve složení statutárního orgánu ve vztahu ke všem jeho nově zvoleným členům. Z uvedených důvodů nelze argument navrhovatele ohledně komplikací s obstaráním výpisů z Rejstříku trestů ČR akceptovat.
47. Nutno dodat, že čestná prohlášení, která navrhovatel zaslal zadavateli spolu s oznámením změny v kvalifikaci, nelze považovat za doklady prokazující kvalifikaci, neboť touto formou nebylo možné s odkazem na ust. § 53 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách v tomto případě kvalifikaci prokázat.
48. Vzhledem k uvedeným skutečnostem, dospěl Úřad k závěru, že navrhovatel nesplnil povinnost stanovenou v ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když v zákonné lhůtě nepředložil dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu. Z tohoto důvodu Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval v souladu s ust. § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, ve spojení s ust. § 7 odst. 3 koncesního zákona, když navrhovatele vyloučil z další účasti v koncesním řízení z důvodu nesplnění povinnosti stanovené v § 58 zákona o veřejných zakázkách.
49. V souvislosti s tvrzením zadavatele, podle něhož emailové zprávy neopatřené zaručeným elektronickým podpisem nelze považovat v daném koncesním řízení s ohledem na ust. § 6 odst. 3 a § 149 odst. 4 zákona za relevantní, Úřad uvádí, že z ust. § 148 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách vyplývá, že písemnosti lze doručit i jiným způsobem. Jelikož z přílohy návrhu navrhovatele jasně vyplývá, že zadavatel (resp. konzulant, na jehož adresu byli dodavatelé povinni zasílat žádosti o účast) předmětnou emailovou zprávu obdržel, je s odkazem na uvedené ustanovení zákona o veřejných zakázkách bezpředmětné zkoumat oprávněnost způsobu doručení.

K případnému porušení zákona o obcích

50. Úřad v souvislosti s kompetencemi vymezenými Úřadu uvádí, že v řízení lze zkoumat pouze soulad postupu a úkonů zadavatele s koncesním zákonem, resp. zákonem o veřejných zakázkách, nelze se tedy zabývat eventuálním porušením jiných právních předpisů, tj. např. zákona o obcích. Vzhledem k tomu, že v řízení na základě koncesního zákona resp. zákona o veřejných zakázkách nelze rozhodnout, zda byly porušeny právní předpisy týkající se hospodaření obcí, nelze tudíž ani konstatovat, zda v důsledku jejich porušení bylo postupováno v souladu s koncesním zákonem resp. zákonem o veřejných zakázkách, či nikoli.

K obsahu návrhu

51. K tvrzení zadavatele, podle něhož některé argumenty uvedené v návrhu nebyly obsaženy v námitkách, tj. tvrzení týkající se porušení zákona o obcích, a emailového doručení oznámení změny v kvalifikaci, Úřad uvádí, že z obsahu těchto tvrzení jasně vyplývá, že pouze

rozšiřují argumentaci navrhovatele již uvedenou v námitkách a vztahují se přímo ke skutečnostem v námitkách již uvedeným.

52. V návaznosti na argument zadavatele, podle něhož došlo v daném případě k podání nepřípustného návrhu, když byl podán podle ust. § 114 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, Úřad uvádí, že podle ust. § 37 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, je podání úkonem směřujícím vůči správnímu orgánu, přičemž podání se posuzuje podle svého skutečného obsahu a bez ohledu na to, jak je označeno. Vzhledem k tomu, že z obsahu návrhu navrhovatele je zcela zřejmé, že směřuje proti koncesnímu řízení, je proto nutné jej posoudit jako návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle koncesního zákona.
53. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností Úřad rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
54. Podle § 26 odst. 4 koncesního zákona platí pro náklady řízení ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Protože Úřad rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, nevznikla zadavateli povinnost náklady řízení hradit, jak se uvádí ve výroku II. 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. Město Dobřany, Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany
2. Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., 28. října 169, 709 45 Ostrava

Vypraveno dne:

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