



UOHSX001EUAZ

Č. j.: ÚOHS-R103/2009/VZ-12633/2009/310-ASc

V Brně dne 30. září 2009

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 9. 10. 2009 vybraným uchazečem – společnostmi:

- **SYNER VHS Vysočina, a.s.**, IČ 25183052, se sídlem Na Hranici 14, 586 01 Jihlava, za niž jednájí František Štursa, místopředseda představenstva, a Ing. Josef Příbyl, člen představenstva,
- **HOCHTIEF CZ a.s.**, IČ 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha, za niž jednájí Ing. Tomáš Bílek, předseda představenstva, a Ing. František Kubát, člen představenstva,
- **Metrostav a.s.**, IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha, za niž jednájí Ing. Jiří Bělohav, místopředseda představenstva, a Ing. Zdeněk Šinovský, člen představenstva,
- **EUROVIA CS, a.s.**, do 1. 4. 2009 podnikající pod obchodním názvem Stavby silnic a železnic, a. s., IČ 45274924, se sídlem Národní 10, 113 19 Praha, za niž jednájí Ing. Martin Borovka, předseda představenstva, a Grégoire Pinasseau, člen představenstva,

které dne 13. 1. 2009 uzavřely smlouvu o sdružení za účelem společného postupu v rámci veřejné zakázky „Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko“, a které jsou ve správním řízení zastoupeny na základě plné moci ze dne 6. 5. 2009 společností **SYNER VHS Vysočina, a.s.**, IČ 25183052, se sídlem Na Hranici 14, 586 01 Jihlava, za niž jednájí František Štursa, místopředseda představenstva a Ing. Josef Příbyl, člen představenstva a která je na základě plné moci ze dne 8. 9. 2009 právně zastoupena JUDr. Josefem Tuškem, advokátní kanceláří International Legal Office se sídlem Větrovy 104, 390 01 Tábor,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. 6. 2009, č. j. ÚOHS-S90/2009/VZ-7230/2009/540/JSI, o přezkoumání úkonů zadavatele – **Svazu vodovodů a kanalizací Jihlavsko**, IČ 48460915, se sídlem Žižkova 93, 586 01 Jihlava, za nějž jedná RSDr. Jiří Vlach, předseda představenstva, učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 21. 11. 2008 pod ev. č. 60025377 a dne 22. 11. 2008 v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2008/S 228-303598, ve kterém je dalším účastníkem navrhovatel – společnost:

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

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

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. 6. 2009, č. j. ÚOHS-S90/2009/VZ-7230/2009/540/JSI

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

I. Prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Svaz vodovodů a kanalizací Jihlavsko, IČ 48460915, se sídlem Žižkova 93, 586 01 Jihlava – uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 60025377 dne 21. 11. 2008 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 11. 2008 pod evidenčním číslem 2008/S 228-303598 oznámení otevřeného řízení o nadlimitní veřejné zakázce „Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko“. Předmětem veřejné zakázky byla rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko, včetně zpracování realizační projektové dokumentace a provozních řádů. Součástí bylo i geodetické zaměření dokončeného díla. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel celkem šest nabídek. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami vyplývá, že všechny nabídky vyhověly kontrole úplnosti a žádná nabídka nebyla vyřazena.
2. Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 20. 1. 2009 Úřad zjistil, že uchazeči Chemkostav a.s., IČ 36191892, se sídlem Priemysel'ná 3931, 071 01 Michalovce, Slovenská republika, AGROSTAV, akciová společnost, IČ 46904662, se sídlem Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava, Stavební firma Škrabal spol. s r.o., IČ 13694201, se sídlem Vránova 143, 612 00 Brno a IPOS PS s.r.o., IČ 28317122, se sídlem Hruškové Dvory 6, 586 01 Jihlava, (dále jen „navrhovatel“), OHL ŽS, a.s. a Skanska CZ, a.s. byli zadavatelem vyzváni k objasnění předložených informací prokazujících splnění kvalifikace a o písemné vysvětlení nabídek. Navrhovatel byl vyzván k objasnění předložených informací týkajících se prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů předloženým potvrzením o zápisu do seznamu podnikatelů ve vztahu ke Slovenské republice v návaznosti na ust. § 53 odst. 1 písm. a) a písm. b) zákona, dále k objasnění prokázání kvalifikace subdodavatelem a k prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle ust. § 56 odst. 3 písm. c) zákona osvědčením o vzdělání a odborné kvalifikaci pro pozice hlavního stavbyvedoucího a jeho zástupce. K vysvětlení nabídky v části návrhu smlouvy o dílo byl navrhovatel vyzván následovně: „Nabídka je podána více dodavateli společně. Pro tento účel uzavřeli smlouvu o sdružení ze dne 10. 12. 2008, v níž se dohodli, že sdružení ponese název „VHS Jihlavsko“. Smlouvu o dílo (str. 37 nabídky) předkládá právě toto sdružení. Přitom sdružení nemá právní subjektivitu a nemůže činit právní úkony. Uzavření smlouvy tak, jak je nabídnuta v nabídce, by mohlo být důvodem pro její neplatnost a změna takové smlouvy je vyloučena v ust. § 82 odst. 2 zákona. Je třeba vyjasnit, jak uchazeč takovýto návrh smlouvy myslel.“
3. Dne 30. 1. 2009 podal navrhovatel zadavateli objasnění kvalifikace a vysvětlení nabídky, ve kterém mj. poukazuje na skutečnost, že na základě smlouvy o sdružení je k zastupování sdružení navenek i k uzavření smlouvy o dílo pověřen vedoucí účastník sdružení – společnost Chemkostav, a.s. Podle navrhovatele jsou jak v záhlaví tak v závěru smlouvy u podpisu zhotovitele správně uvedeny všechny identifikační údaje společnosti Chemkostav, a.s., včetně jmen a podpisů statutárních orgánů s dovětkem, že jde o vedoucího účastníka sdružení VHS Jihlavsko. Navrhovatel tedy dovozuje, že jím předložený návrh smlouvy není v rozporu se zákonem, neboť dle jeho názoru lze

návrh smlouvy formálně upravit i po výběru nejvhodnější nabídky před ukončením zadávacího řízení v souladu s ust. § 32 zákona v návaznosti na ust. § 82 odst. 2 zákona.

4. Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 2. 2. 2009 vyplynulo, že komise projednala vysvětlení navrhovatele a usnesla se, že není dostatečně odborně způsobilá k vyslovení závěru, týkajícího se právního posouzení navrhovatelem předloženého návrhu smlouvy. Hodnotící komise získala pochybnosti stran platnosti takto uzavřené smlouvy, a rozhodla se proto vyžádat právní posudek ohledně právních vad předloženého návrhu. O vypracování posudku byli zadavatelem požádáni [REDACTED] K [REDACTED] M [REDACTED] z Právnické fakulty Masarykovy Univerzity a AK Mokřý, Pokorný & Partners, s.r.o. Z obou vyžádaných posudků vyplynulo, že se v projednávaném případě nejedná o platný návrh smlouvy o dílo.
5. Navrhovatel dne 19. 2. 2009 předložil zadavateli tři vlastní právní posudky vypracované Advokátní společností Pánek, Beránek, Melichar, v.o.s., KŠD Šťovíček, advokátní kancelář, v.o.s., a [REDACTED] C [REDACTED] D [REDACTED] z právnické fakulty Univerzity P. J. Šafárika v Košicích. Z těchto posudků naopak vyplynulo, že v daném případě se jedná o platný návrh smlouvy o dílo.
6. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20. 2. 2009 vyplynulo, že na základě negativních stanovisek zpracovatelů zadavatelem vyžádaných posudků rozhodla hodnotící komise vyřadit nabídku navrhovatele z dalšího posuzování pro nesplnění zadávacích podmínek z důvodu rozporu s obecnými právními předpisy. Ze zprávy dále vyplývá, že jako nejvhodnější byla hodnotící komisí vybrána nabídka dodavatelů SYNER VHS Vysočina, a.s., IČ 25183052, se sídlem Na Hranici 14, 586 01 Jihlava, HOCHTIEF CZ a.s., IČ 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha, Metrostav a.s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha a EUROVIA CS, a.s., do 1.4.2009 podnikající pod obchodním názvem Stavby silnic a železnic, a. s., IČ 45274924, se sídlem Národní 10, 113 19 Praha (dále jen jako „vybraný uchazeč“). Dne 24. 2. 2009 rozhodl zadavatel o vyloučení nabídky navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a o výběru nejvhodnější nabídky. Následně zaslal zadavatel všem uchazečům oznámení o výběru nejvhodnější nabídky a navrhovateli oznámení rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení, které mu bylo doručeno dne 4. 3. 2009.
7. Proti rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení podal navrhovatel námitky ze dne 13. 3. 2009, které zadavatel obdržel 16. 3. 2009, ve kterých napadá závěr učiněný zadavatelem o platnosti návrhu smlouvy o dílo s tím, že výklad použitý zadavatelem pro odůvodnění napadeného rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení je přepjatě formalistický a v rozporu s platnou právní úpravou. Pochybení uznává navrhovatel v tom, že v návrhu smlouvy o dílo došlo k chybě v psaní, když přídavek „sružení VHS Jihlavsko“ byl vypsán před firmu Chemkostav, a.s., jako vedoucího účastníka sružení, a ne za tuto firmu, tento nedostatek lze však podle názoru navrhovatele zhojit užitím postupu dle ust. § 82 odst. 2 zákona. Podle názoru navrhovatele jím učiněný právní úkon v návrhu smlouvy o dílo ob stojí i podle občanskoprávních i obchodněprávních ustanovení o právních úkonech, přičemž odkazuje na ust. § 35 odst. 2 a § 37 odst. 3 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), a § 266 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“).

Správnost svého úsudku opírá i o pravomocné rozhodnutí Úřadu č. j. S255/2008/VZ-25637/2008/530/Ra ze dne 17.12.2008 a o rozsudek Nejvyššího soudu ČR č. j. 29 Odo 83/2001, R 6/2004. Jako újmu pak navrhovatel specifikuje nemožnost účastnit se zadávacího řízení a případně realizovat předmětnou zakázku.

8. Zadavatel přezkoumal podané námítky a dne 23. 3. 2009 rozhodl, že jim nevyhovuje, neboť protichůdnost právních stanovisek, která se v předchozím řízení vyskytla, značně snižuje jeho právní jistotou stran platnosti smlouvy o dílo, a proto musel návrh smlouvy předložený navrhovatelem posoudit jako neplatný. Úprava smlouvy před jejím konečným podpisem požadovaná navrhovatelem by podle zadavatele představovala změnu identifikace zhotovitele, a tudíž i podstatnou změnu smlouvy, která by byla v rozporu s ust. § 82 odst. 2 zákona. Oznámení o nevyhovění námítkám bylo navrhovateli doručeno dne 25. 3. 2009. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námítkách za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen Úřad“) dne 3. 4. 2009 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Návrh byl Úřadu doručen dne 3. 4. 2009 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení evidované pod sp. zn. S90/2009.
9. O zahájení správního řízení informoval Úřad účastníky řízení oznámením č. j. ÚOHS-S90/2009/VZ-4807/2009/540/JSI ze dne 23. 4. 2009. Usnesením č. j. ÚOHS-S90/2009/VZ-4808/2009/540/JSI z téhož dne stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy nebo činit jiné návrhy, lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí, a účastníkům řízení Chemkostav a.s., AGROSTAV, akciová společnost, Stavební firma Škrabal spol. s r.o. a IPOS PS s.r.o. na straně jedné a SYNER VHS Vysočina, a.s., HOCHTIEF CZ a.s., Metrostav a.s. a EUROVIA CS, a.s., na straně druhé uložil lhůtu k určení společného zmocněnce pro účely usnadnění průběhu tohoto správního řízení.

Napadené rozhodnutí

10. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 19. 6. 2009 rozhodnutí č. j. UOHS-S90/2009/VZ-7230/2009/540/JSI, kterým konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 76 odst. 6 v návaznosti na ustanovení § 76 odst. 1 zákona, když na základě posouzení nabídek vyloučil ze zadávacího řízení společnosti Chemkostav a. s., AGROSTAV, a. s., Stavební firmu Škrabal s. r. o. a IPOS PS s. r. o., přestože v nabídce předložily návrh smlouvy o dílo v souladu s ustanovením § 68 odst. 2 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako opatření k nápravě Úřad podle § 118 zákona zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 24. 2. 2009 o vyloučení shora citovaných uchazečů ze zadávacího řízení a všechny následující úkony zadavatele ve výše uvedeném zadávacím řízení.
11. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad v první řadě zabýval problematikou návrhu smlouvy o dílo. K tomu uvedl, že v případě pochybností o výkladu zákonných ustanovení týkajících se projednávaného případu je třeba jej posoudit z komplexního hlediska s přihlédnutím k relevantním ustanovením občanského a obchodního zákoníku a rovněž ve světle publikovaných rozhodnutí, která se dotýkají určité dílčí otázky právní normy. Úřad se v tomto směru ztotožnil s názorem navrhovatele a jím v podaných námítkách odkazovaným rozhodnutím Nejvyššího soudu ČR. Úřad vycházel nejprve z rozsudku Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 83/2001 ze dne

20. 5. 2003, z něhož zjistil, že ačkoliv sdružení podle § 829 a násl. občanského zákoníku nemá právní subjektivitu, český právní řád připouští, aby více osob podnikalo pod společným jménem (v daném případě pod jménem „VHS Jihlavsko“) bez založení právnické osoby, kterou sdružení není, a takto učiněným úkonům přiznává právní závaznost (tzn. že tímto způsobem vzniklé závazky z podnikání jsou účastníci sdružení povinni splnit společně a nerozdílně). V návaznosti na výše citované články smlouvy o sdružení pak Úřad uzavřel, že námitka neplatnosti smlouvy o dílo pro vady v označení zhotovitele nemůže obstát. Na základě uvedeného rozsudku Nejvyššího soudu ČR Úřad dospěl k závěru, že společnost Chemkostav a. s., činila právní úkon – předkládala návrh smlouvy o dílo – pod společným jménem „VHS Jihlavsko“, které s ostatními účastníky zvolili pro své sdružení, pak jednala způsobem zákonem dovoleným (podle § 10 odst. 2 obchodního zákoníku) a navíc ve shodě s oprávněním založeným v článku I. a II. smlouvy o sdružení.
12. Následně Úřad vycházel z rozsudku Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 76/2001 ze dne 24. 4. 2004, který připouští, že jestliže si účastníci sdružení uzavřeného ve smyslu ustanovení § 829 a násl. občanského zákoníku sjednali způsob jednání a podepisování tak, že podpis jednoho z účastníků zavazuje i ostatní účastníky společně a nerozdílně, pak při uzavírání smlouvy jedná samostatně jednající účastník sdružení nejen za sebe, ale i za ostatní účastníky sdružení, je-li uzavíraná smlouva nepochybně součástí podnikatelských aktivit všech účastníků předmětného sdružení. Úřad konstatoval, že v daném případě si účastníci smlouvy o sdružení v čl. I odst. 5 smlouvy sjednali, že podpis vedoucího účastníka sdružení zavazuje i ostatní účastníky sdružení společně a nerozdílně. Z výše citovaných článků smlouvy o sdružení pak vyplývá, že je zřejmou vůlí všech jejích účastníků, aby za ně jednal a smlouvu o dílo podepsal vedoucí účastník sdružení – Chemkostav a. s. Při podpisu návrhu smlouvy o dílo vedoucím účastníkem sdružení za současného použití dovětku „VHS Jihlavsko“ byl tedy tento právní úkon učiněn společně a nerozdílně všemi účastníky sdružení, neboť byl bezesporu součástí jejich společných podnikatelských aktivit, jak vyplývá z čl. I odst. 1 smlouvy o sdružení. Ze skutečnosti, že vedoucí účastník sdružení na základě udělené plné moci podepsal prostřednictvím svého statutárního orgánu návrh smlouvy o dílo jako zástupce sdružení „VHS Jihlavsko“ (tedy zástupce všech jeho účastníků), dle Úřadu vyplývá jednoznačný projev vůle ostatních, ve smlouvě o dílo neuvedených účastníků sdružení k uzavření této smlouvy.
13. K argumentům zadavatele stran podstatných změn smlouvy pak Úřad podotknul, že jestliže by vada označení zhotovitele v návrhu smlouvy o dílo spočívala pouze ve skutečnosti, že v návrhu smlouvy o dílo je dovětek „sdružení VHS Jihlavsko“ vypsán textově před firmu Chemkostav a. s., jako vedoucího účastníka sdružení, a ne za tuto firmu, úprava tohoto nedostatku postupem podle ustanovení § 82 odst. 2 zákona nepředstavuje změnu identifikace zhotovitele, neboť pouhé přesunutí textu nic nemění na faktu, že jako smluvní strana je ve smlouvě o dílo shodně s jejím návrhem uvedeno sdružení „VHS Jihlavsko“, jehož účastníky jsou čtyři strany uvedené ve smlouvě o sdružení a jsou zastoupeny jednou z nich, která je smluvně zmocněna všechny účastníky zavazovat rukou společnou a nerozdílnou. Taková úprava tedy podle Úřadu nepředstavuje podstatnou změnu smlouvy, která by zakládala rozpor jednání zadavatele s ustanovením § 82 odst. 2 zákona.
14. Úřad v souvislosti s předmětným zadávacím řízením konstatoval, že je třeba vyzdvihnout snahu zadavatele o dodržení základních zásad transparentnosti, rovného

zacházení a zákazu diskriminace, zejména při posouzení nabídek, kdy zadavatel neváhal několikrát odložit hodnocení nabídek a opakovat jednání hodnotící komise proto, aby si vyžádal odborná právní stanoviska k nabídce navrhovatele a nabyt tak právní jistoty ohledně svých rozhodnutí.

15. Na základě uvedeného Úřad uzavřel, že rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení nebylo v souladu s ustanovením § 76 odst. 6 zákona v návaznosti na § 76 odst. 1 zákona, neboť navrhovatel ve své nabídce zákonným požadavkům vyhověl a jeho nabídka tedy neměla být vyřazena.
16. V další části odůvodnění se Úřad věnoval splnění kvalifikačních předpokladů navrhovatelem. Úřad přezkoumal obsah nabídky navrhovatele a konstatoval, že v případě uváděných referenčních staveb se vždy jedná o liniové vodohospodářské stavby, kdy finanční limity uváděné navrhovatelem vždy odpovídají požadavkům zadavatele stanoveným v zadávací dokumentaci, přičemž navrhovatel uvádí namísto tří požadovaných referenčních staveb o jednu navíc. Tento závěr koresponduje i s posouzením kvalifikace učiněným zadavatelem a splnění kvalifikace tak dle názoru Úřadu lze mít za prokázané. Jelikož se navíc tímto rozhodnutím vrací zadávací řízení do fáze před posouzením a hodnocením nabídek jednotlivých uchazečů, je zcela v kompetenci zadavatele provést nové posouzení podmínek kvalifikace, případně vyžádat si doplnění informací objasňujících jejich splnění a sankcionovat jejich případné nesplnění vyloučením kteréhokoli uchazeče ze zadávacího řízení.
17. V závěru napadeného rozhodnutí jsou uvedeny důvody pro uložení nápravného opatření.

II. Námitky rozkladu

18. Úřad obdržel od vybraného uchazeče proti shora uvedenému rozhodnutí dne 9. 7. 2009 rozklad, v němž napadá rozhodnutí v celém svém rozsahu. K jednotlivým porušením uvedl vybraný uchazeč následující. Ve vztahu k Úřadem konstatovanému neoprávněnému vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení vybraný uchazeč setrvává na svém stanovisku, kdy podle něj Úřad nesprávně posoudil platnost návrhu smlouvy o dílo předloženého navrhovatelem v zadávacím řízení. Sdružení uzavřené podle ustanovení § 829 a násl. občanského zákoníku nemá českým právním řádem přiznanu právní subjektivitu a smlouva o dílo uzavřená s takovým sdružením je podle názoru vybraného uchazeče absolutně neplatná. Vady v identifikaci zhotovitele nemohou představovat pouhou formální nepřesnost, kterou by bylo možné dalším postupem v zadávacím řízení zhojit. Vybraný uchazeč se tak domnívá, že zadavatel byl povinen vyřadit nabídku navrhovatele a vyloučit jej ze zadávacího řízení z důvodu rozporu nabídky s obecně závaznými právními předpisy a nesplnění podmínek zadavatele. Vybraný uchazeč rovněž poukazuje na skutečnost, že chyba v označení subjektu v návrhu smlouvy je výlučným pochybením navrhovatele a negativní důsledky tohoto pochybení nelze přenášet na zadavatele. Pochybnosti zadavatele ohledně právní jistoty při případném uzavření smlouvy na základě předloženého vadného návrhu smlouvy o dílo by podle vybraného uchazeče přetrvávaly, což by mohlo mít negativní dopad i na spolufinancování projektu z prostředků poskytovaných evropskými fondy. Vybraný uchazeč v rozkladu dále poukazuje na nekonzistenci odůvodnění napadeného rozhodnutí, kdy Úřad na jednom místě konstatuje perfekci sporného návrhu smlouvy o dílo, přičemž současně na jiném místě

připouští jeho modifikaci postupem dle ustanovení § 82 odst. 2 zákona. Tento fakt podle názoru vybraného uchazeče rovněž nepřispívá k právní jistotě ohledně vhodné volby postupu zadavatele při uzavírání smlouvy s navrhovatelem, pokud by k takovému kroku mělo dojít.

19. V další části rozkladu vybraný uchazeč rozvádí své pochybnosti ohledně splnění kvalifikačních předpokladů ze strany navrhovatele v zadávacím řízení a tvzení, že se Úřad s těmito skutečnostmi v napadeném rozhodnutí dostatečně nevypořádal. Podle vybraného uchazeče nebyl navrhovatel schopen v zadávacím řízení prokázat splnění zadávacích podmínek a technických kvalifikačních předpokladů, neboť nedoložil zadavatelem požadovaný závazný příslib poskytnutí bankovní záruky. Dle názoru vybraného uchazeče se Úřad nedostatečně vypořádal s jím tvrzenou skutečností, že navrhovatel předložil pouze nezávazné potvrzení banky, a rovněž s jeho námitkami ohledně splnění technické kvalifikace navrhovatelem. Podle zjištění vybraného uchazeče nemohl navrhovatel prokázat splnění kvalifikace prostřednictvím referenční zakázky „Prešov pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysa“, neboť tato stavba nebyla dosud řádně dokončena. Obdobný závěr je podle vybraného uchazeče nutno učinit i v případě zakázky „Petrovce – rekonštrukcia vodohospodářského uzla VD Zemplínska Šírava“ a rovněž zakázky „Tunel Branisko – Odkanalizovanie tunela“, které svým charakterem neodpovídají požadavkům zadavatele.

Závěr rozkladu

20. Z uvedených důvodů vybraný uchazeč navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil k novému projednání v prvním stupni, nebo aby odvolací orgán napadené rozhodnutí změnil a návrh navrhovatele zamítnul.

Vyjádření zadavatele

21. Dne 16. 7. 2009 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření k podanému rozkladu, v němž se plně ztotožňuje se stanoviskem vybraného uchazeče k platnosti návrhu smlouvy o dílo předloženého navrhovatelem, neboť ke stejnému závěru dospěl sám v průběhu zadávacího řízení. K tomu však zadavatel dále uvádí, že v uvedené skutečnosti nespátňuje důvod k podání rozkladu proti prvoinstančnímu rozhodnutí, byť je učiněno v jeho neprospěch, neboť vnímá složitost posuzovaného problému a prvostupňové rozhodnutí by sám jinak respektoval. K námitkám vybraného uchazeče ohledně prokázání kvalifikace navrhovatelem zadavatel konstatuje, že při posouzení kvalifikace vzal pouze v úvahu informace předložené uchazeči, aniž by je jakkoli zkoumal či ověřoval. Má-li být některá z informací poskytnutá navrhovatelem nepravdivá, pak zadavatel předpokládá, že bude prošetřena Úřadem. Zadavatel získal informace o možných pochybnostech v kvalifikaci navrhovatele až v průběhu správního řízení a dle svého tvrzení neměl možnost jak získat další relevantní informace. Zadavatel proto dovozuje, že všechny uvedené pochybnosti by měly být prověřeny Úřadem v rámci probíhajícího správního řízení, protože právě v tomto řízení vyšly pochybnosti najevo. K bankovní záruce poskytnuté navrhovatelem zadavatel uvádí, že pro nejasnost předloženého dokladu si vyžádal objasnění, které považoval za dostatečné, proto v tomto bodě posoudil nabídku navrhovatele za vyhovující podmínkám zadání a dále se jím nezbýval. Zadavatel se závěrem svého vyjádření domnívá, že podáním rozkladu jsou opětovně podány informace o možném

nesprávném prokázání kvalifikace navrhovatelem a z tohoto důvodu je úkolem Úřadu tyto informace prověřit a zahrnout je do nového rozhodnutí ve věci.

Vyjádření navrhovatele

22. Navrhovatele ve svém vyjádření k rozkladu ze dne 13. 7. 2009 setrvává na svých stanoviscích poskytnutých Úřadu v průběhu správního řízení. Je zcela přesvědčen, že Úřad celý případ velmi podrobně prověřil a rozhodl ve věci za užití správního právního názoru. Rozklad vybraného uchazeče proto navrhovatel považuje za nedůvodný a účelový a navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil.

Řízení o rozkladu

Stanovisko předsedy Úřadu

23. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
24. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
25. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. UOHS-S90/2009/VZ-7230/2009/540/JSI ze dne 19. 6. 2009 rozhodl o nedodržení postupu stanoveného v ustanovení § 76 odst. 6 v návaznosti na § 76 odst. 1 zákona ze strany zadavatele a jako nápravné opatření zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 24. 2. 2009 o vyloučení uchazečů Chemkostav a . s., AGROSTAV a. s., Stavební firma Škrabal s. r. o. a IPOS s. r. o. ze zadávacího řízení a všechny následující úkony zadavatele ve výše uvedeném zadávacím řízení, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

III. K námitkám rozkladu

26. Zásadní otázkou v projednávaném případě je posouzení platnosti právního úkonu učiněného navrhovatelem v návrhu smlouvy o dílo k předmětné veřejné zakázce. V první řadě mám za nutné konstatovat, že se v daném případě jedná z hlediska posuzované problematiky o dosti složitý případ, který je nutné posuzovat, jak i sám Úřad uvedl, z hlediska komplexního s přihlédnutím k relevantním ustanovením občanského a obchodního zákoníku a rovněž ve světle publikovaných rozhodnutí, která se dotýkají určité dílčí otázky právní normy. V daném případě si ani sám zadavatel nebyl jistý platností předloženého návrhu smlouvy o dílo, a proto vyzval společnost tvořící navrhovatele k vysvětlení nabídky v části návrhu smlouvy o dílo. Navrhovatel podal zadavateli objasnění kvalifikace a vysvětlení nabídky, ve kterém mj. poukazoval na skutečnost, že na základě smlouvy o sdružení je k zastupování sdružení navenek i k uzavření smlouvy o dílo pověřen vedoucí účastník sdružení –

společnost Chemkostav, a. s. Z hlediska obsahu návrhu smlouvy o dílo byly jak v záhlaví tak v závěru smlouvy u podpisu zhotovitele správně uvedeny všechny identifikační údaje společnosti Chemkostav a. s., včetně jmen a podpisů statutárních orgánů s dovětkem, že jde o vedoucího účastníka sdružení VHS Jihlavsko. Na základě těchto skutečností navrhovatel dovedl, že jím předložený návrh smlouvy není v rozporu se zákonem, neboť dle jeho názoru lze návrh smlouvy formálně upravit i po výběru nejvhodnější nabídky před dokončením zadávacího řízení v souladu s § 82 odst. 2 zákona v návaznosti na § 32 zákona.

27. Následný postup hodnotící komise zadavatele, byl z hlediska postupu v rámci zadávacího řízení správný, neboť došlo k vyslovení závěru o nedostatečné odborné způsobilosti k posouzení předloženého návrhu smlouvy, na jehož základě si zadavatel vyžádal právní posudky nestranných odborníků. Takovýto postup zadavatele považují za naprosto správný a v souladu se zákonem, neboť zákon nepředpokládá všestrannou odbornou způsobilost zadavatele k posouzení všech otázek ohledně průběhu zadávacího řízení. V tomto ohledu tedy považují postup zadavatele za zcela správný a souladný se zákonem.
28. Samotné posouzení otázky platnosti návrhu smlouvy o dílo předloženého navrhovatelem v rámci podané nabídky, je vzhledem k nekonzistentnosti výkladových názorů v rámci této problematiky nutné posuzovat nejen ze zákonných dikcí, ale i s ohledem na dostupnou soudní judikaturu. V daném případě Úřad odkázal na dvě rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR. Z prvního rozsudku na něž Úřad v rámci svého odůvodnění odkazuje (Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 83/2001) je zřejmé, že soud se v této otázce přiklání na stranu navrhovatele, neboť z jeho výroku vyplývá, že účastníci sdružení ve smyslu ustanovení § 829 a násl. občanského zákoníku mohou činit právní úkony (např. uzavřít smlouvu o dílo) pod společným jménem sdružení. V tomto ohledu se ztotožňují s názorem Úřadu, že z citovaného rozsudku je možné z hlediska aplikace na daný případ dovést, že jestliže účastníci sdružení ve smlouvě o sdružení určili, že je bude při uzavírání smlouvy o dílo zastupovat vedoucí účastník Chemkostav, a. s., za současného použití dovětku „VHS Jihlavsko“, pak právní úkon učiněný na základě takto smluvně přiznaného oprávněný je platný.
29. Rovněž se ztotožňují s odkazem na rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 76/2001 ze dne 24. 4. 2004, který připouští, že jestliže si účastníci sdružení uzavřeného ve smyslu ustanovení § 829 a násl. občanského zákoníku sjednali způsob jednání a podepisování tak, že podpis jednoho z účastníků zavazuje i ostatní účastníky společně a nerozdílně, pak při uzavírání smlouvy jedná samostatně jednající účastník sdružení nejen za sebe, ale i za ostatní účastníky sdružení, je-li uzavíraná smlouva nepochybně součástí podnikatelských aktivit všech účastníků předmětného sdružení. V šetřeném případě projeví účastníci svou vůli na základě udělené plné ze dne 10. 12. 2008, kterou zmocnili společnost Chemkostav a. s., aby za ně jednal jakožto vedoucí účastník sdružení, přičemž v bodě I. této plné moci je demonstrativní výčet úkonů v rámci niž má za sdružení vystupovat. Pokud tedy aplikují závěry Nejvyššího soudu ČR vyslovené v citovaném rozsudku na šetřený případ, nemohu než konstatovat, že jednoznačný projev vůle ostatních účastníků projevený prostřednictvím udělené plné moci, umožnil vedoucímu účastníku sdružení (společnosti Chemkostav a. s.) podepsat návrh smlouvy o díly prostřednictvím svého statutárního orgánu jménem všech účastníků sdružení VHS Jihlavsko, přičemž takový

projev vůle ostatních účastníků může vyvolat zamýšlené právní následky a závazky ve smlouvě vzniknou. V takovém případě tedy není možné uvažovat o takto uzavřené smlouvě (v daném případě návrhu smlouvy) jako o neplatné.

30. K otázce závazků plynoucích z účasti ve sdružení založeném podle § 829 a násl. občanského zákoníku mám za nutné poukázat i na ustanovení § 835 odst. 2 občanského zákoníku, dle něhož jsou účastníci ze závazků vůči třetím osobám zavázáni společně a nerozdílně. Solidární odpovědnost účastníků za závazky vůči třetím osobám vyplývá z právní povahy sdružení založeného dle § 829 a násl. občanského zákoníku. Předpokladem zde jsou právní úkony učiněné navenek jménem všech účastníků sdružení, ať již jednají navenek společně, či prostřednictvím zástupce (tak jak je tomu i v daném případě). V případě, že sdružení podnikatelů přijme pro své sdružení název (v daném případě VHS Jihlavsko), pak kromě uvedeného platí i § 10 odst. 2 obchodního zákoníku, rozšiřující ochranu třetích osob a zakládající solidární odpovědnost na sdružení zúčastněných podnikatelů při užití názvu sdružení jedním účastníkem. Přijetí názvu pro sdružení podnikatelů má zákonné důsledky zásadní povahy, neboť § 10 odst. 2 obchodního zákoníku zakládá solidární odpovědnost osob podnikajících pod společným jménem za závazky vzniklé při tomto podnikání. K odstranění pochybností bylo novelou obchodního zákoníku doplněno, že uvedené společné jméno není firmou dle § 8 obchodního zákoníku. U sdružení jde tak o název, který může podnikatel při jednání ve věcech sdružení uvést vedle své firmy k vyjádření skutečnosti, že jedná právě ve věci, týkající se činnosti sdružení. Právním důsledkem připojení názvu sdružení je pak podle § 8 obchodního zákoníku solidární odpovědnost podnikatelů zúčastněných na sdružení. Odpovědnost za závazky plynoucí z účasti ve sdružení dle § 829 a násl. občanského zákoníku plyne taktéž např. z rozsudku Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 30 Odo 311/2000, dle něhož je věřitel ze zákona oprávněn požadovat plnění v zásadě na kterémkoliv z účastníků sdružení (§ 511 občanského zákoníku).
31. Z hlediska posouzení platnosti právního úkonu učiněného navrhovatelem v návrhu smlouvy o dílo k předmětné veřejné zakázce, mám na základě shora uvedeného za prokázané, že předmětný návrh smlouvy o dílo je právně platný a zadavatel tedy nebyl oprávněn vyloučit navrhovatele z předmětného zadávacího řízení. Současně mám, ale za nutné dodat, že postup zadavatele v rámci zjišťování potřebných informací k posouzení předmětného návrhu smlouvy o dílo, byl zcela korektní. Vzhledem k tomu, že nápravy by v daném případě nebylo možné dosáhnout jinak, než zrušením úkonů zadavatele, které byly shledány jako nezákonné, nemám jinou možnost, než se ztotožnit s uloženým nápravným opatřením v podobě zrušení těchto nezákonných kroků. Současně považuji za důležité zdůraznit, že i sám zadavatel uznává složitost šetřeného případu a jak sám uvedl, nepovažuje skutečnosti uváděné vybraným uchazečem z hlediska neplatnosti návrhu smlouvy o dílo, za důvod nerespektování napadeného rozhodnutí.
32. Pokud jde o další namítané skutečnosti, kterými jsou nesplnění kvalifikačních předpokladů ze strany navrhovatele z hlediska předložených referenčních staveb a příslibu poskytnutí bankovní záruky uvádím, že skutečnosti uváděné v rámci podaného rozkladu nebyly uplatněny v rámci správního řízení v I. stupni a je možné, že při novém posouzení nabídky navrhovatele dospěje zadavatel k jinému důvodu pro vyloučení navrhovatele z předmětného zadávacího řízení. Posouzení kvalifikace je plně v kompetenci zadavatele a může je důkladně provést v rámci nového posouzení a

hodnocení nabídek. I z tohoto důvodu je zřejmé, že uložené nápravné opatření zcela odpovídá charakteru a následné nápravě nezákonného jednání zadavatele. Zadavatel by tak měl v daném případě při novém posuzování nabídky navrhovatele, jakož i ostatních nabídek vycházet i ze skutečností a informací získaných v rámci vedeného správního řízení. Nelze tedy vyloučit, že pokud by bylo při novém posouzení nabídky navrhovatele zjištěno, že skutečnosti uváděné vybraným uchazečem ohledně uváděných referenčních staveb jsou pravdivé, byl by tento důvod možné považovat za důvod pro vyloučení navrhovatele z předmětného zadávacího řízení. Vzhledem k tomu, že se tímto rozhodnutím vrací zadávací řízení do fáze před posouzením a hodnocením nabídek, je zcela v kompetenci zadavatele provést nové posouzení podmínek kvalifikace, případně vyžádat si doplnění informací objasňujících jejich splnění a sankcionovat jejich případné nesplnění vyloučením kteréhokoli uchazeče ze zadávacího řízení.

V. Závěr

33. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
34. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Svaz vodovodů a kanalizací Jihlavsko, Žižkova 93, 586 01 Jihlava
2. AGROSTAV, akciová společnost, Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava
3. JUDr. Josef Tušek, advokát se sídlem AK Větrovy 104, 390 01 Tábor
4. spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce