

Č. j. VZ/S140/04-153/4060/04-Št

V Brně dne 10. září 2004

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 15. 7. 2004 podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb., na základě návrhu uchazeče SWIETELSKY stavební s. r. o., Pražská čp. 495, 370 04 České Budějovice, za niž jedná Ing. Petr Čížek a Ing. Walter Spitaler, jednatelé, ze dne 12. 7. 2004 na přezkoumání rozhodnutí zadavatele – Krajská správa a údržba silnic Karlovarského kraje, příspěvková organizace, Sokolov, Chebská 282, 356 04 pošta Dolní Rychnov, zast. Viktorem Daňhou, ředitelem – ze dne 1. 7. 2004, o námitkách ze dne 24. 6. 2004 proti jeho rozhodnutí ze dne 15. 6. 2004 o vyloučení jmenovaného uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži na „II/181 Silniční obchvat Sokolov - Královské Poříčí“ vyhlášené podle části druhé cit. zákona v Obchodním věstníku č. 16/2004 pod zn. 190867 dne 21. 4. 2004, rozhodl takto:

Zadavatel – Krajská správa a údržba silnic Karlovarského kraje, příspěvková organizace, Sokolov, Chebská 282, 356 04 pošta Dolní Rychnov, zast. Viktorem Daňhou, ředitelem – porušil ustanovení § 11 odst. 1 cit. zákona o zadávání veřejných zakázek tím, že zvýhodnil uchazeče ALGON PLUS, a. s., Cheb, a uchazeče sdružení společností STRABAG a. s., Praha 5, SMP CONSTRUCTION, a. s., Praha, a bss BÁŇSKÁ STAVEBNÍ SPOLEČNOST s. r. o., Sokolov, které podaly společnou nabídku, proti uchazeči SWIETELSKY stavební s. r. o., při posuzování splnění dalšího předpokladu pro plnění veřejné zakázky uvedeného v podmínkách soutěže v bodu 4., devátá odrážka.

Podle § 60 písm. b) cit. zákona o zadávání veřejných zakázek se zadavateli ukládá zrušit rozhodnutí ze dne 15. 6. 2004 o vyloučení uchazeče SWIETELSKY stavební s. r. o. z další účasti v soutěži, a to ve lhůtě 10 dnů od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

O d ů v o d n ě n í

Zadavatel – Krajská správa a údržba silnic Karlovarského kraje, příspěvková organizace, Sokolov, Chebská 282, 356 04 pošta Dolní Rychnov, zast. Viktorem Daňhou, ředitelem (dále jen „zadavatel“) – vyhlásil dne 21. 4. 2004 podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona

č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb. (dále jen „zákon“), v Obchodním věstníku č. 16/2004 pod zn. 190867 obchodní veřejnou soutěž „II/181 Silniční obchvat Sokolov - Královské Poříčí“ (dále jen „soutěž“).

V bodu 4., devátá odrážka, podmínek soutěže zadavatel stanovil požadavky na prokázání dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky takto: „Zadavatel požaduje prokázání dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky dle § 2f zákona: způsob zajištění dodávky živičných směsí či živičných vrstev. Uchazeč doloží doklad o zajištění dodávky živičných směsí či živičných vrstev z obalovny, která splňuje ustanovení TKP MD kap. 7, odst. 7.3.5 o umístění obalovny k nejbližšímu místu stavby. Dále doloží doklad o zajištění záložní obalovny (pro případ závažné poruchy), která musí rovněž splnit požadavky na maximální dojezdovou vzdálenost. Zajištěné obalovny musí splňovat podmínky Systému řízení jakosti v oboru pozemních komunikací.“

V soutěžní lhůtě zadavatel obdržel 6 nabídek. Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek ze dne 7. 6. 2004, nabídka uchazeče SSŽ a. s., odštěpný závod Karlovy Vary, nevyhověla kontrole úplnosti a zadavatel jmenovaného uchazeče vyloučil z další účasti v soutěži.

Komise pro posouzení a hodnocení nabídek (dále jen „komise“) ustavená zadavatelem se sešla na jednání dne 14. 6. 2004, nabídky uchazečů posoudila, přičemž konstatovala, že nabídka uchazeče SWIETELSKY stavební s. r. o., Pražská čp. 495, 370 04 České Budějovice, za niž jedná Ing. Petr Čížek a Ing. Walter Spitaler, jednatelé (dále jen „SWIETELSKY stavební s. r. o.“), nespĺnila podmínku soutěže, neboť v nabídce nebyl doložen platný doklad o zajištění dodávky živičných směsí podle podmínek soutěže bodu 4. Zadavatel dne 15. 6. 2004 rozhodl o vyloučení jmenovaného uchazeče z další účasti v soutěži, které odůvodnil takto: „důvodem Vašeho vyloučení je nedoložení platného dokladu o zajištění dodávky živičných směsí – podmínky OVS bod 4). Ke dni podání nabídek, tj. 7. 6. 2004, firma ALGON PLUS, a. s., Státnice 55, 252 62 Horoměřice, Provoz Cheb, Joštova 1, 350 02 Cheb, obalovnu nevlastnila“.

Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení, které uchazeč SWIETELSKY stavební s. r. o. obdržel dne 17. 6. 2004, podal jmenovaný uchazeč dopisem ze dne 24. 6. 2004 námítky, kterým zadavatel nevyhověl, což uchazeči oznámil dopisem ze dne 1. 7. 2004, který uchazeč SWIETELSKY stavební s. r. o., jak vyplývá z dokladu o doručení, obdržel dne 7. 7. 2004. Uchazeč SWIETELSKY stavební s. r. o. využil svého práva a podal k přezkoumání rozhodnutí zadavatele návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

V návrhu uchazeč SWIETELSKY stavební s. r. o. uvádí, že pro zajištění dodávky živičných směsí či živičných vrstev z obalovny, která splňuje ustanovení TKP MD kap. 7, odst. 6.3.5. o umístění obalovny k nejbližšímu místu stavby uchazeč SWIETELSKY stavební s. r. o. doložil: živnostenský list společnosti ALGON PLUS, a. s., ze dne 14. 7. 1999, výpis z obchodního rejstříku této společnosti ze dne 17. 5. 2004, přílohu certifikátu č. 3009/020-04/SMJ, jehož držitelem je ALGON PLUS, a. s., potvrzení objednávky, obchodní podmínky, ceník a slevy č. j. 004/2004 ze dne 9. 2. 2004 společnosti ALGON PLUS, a. s., a prohlášení o shodě na výrobky – asfaltové směsi z obalovny GIBAT OHL G – AM 160/5 Cheb, Hradiště ze dne 2. 5. 2002.

K tvrzení zadavatele, že nebyl v nabídce doložen platný doklad o zajištění dodávky živičných směsí... z důvodu, že firma ALGON PLUS, a. s., nevlastnila obalovnu, uchazeč

SWIETELSKY stavební s. r. o. uvádí, že tento závěr není pravdivý a v důsledku toho nezpůsobilý k vyloučení uchazeče ze soutěže, neboť společnost ALGON PLUS, a. s., vlastní 50 % obchodní firmy Chebská obalovna, spol. s r. o., K Lomu 426, 332 09 Štěnovice (dále jen „Chebská obalovna, spol. s r. o.“).

Ve svém návrhu uchazeč SWIETELSKY stavební s. r. o. dále uvádí, že zadavatel se v rozhodnutí o námitkách jmenovaného uchazeče nevyjadřuje k jedinému důvodu, pro který uchazeče vyloučil, ale řeší otázku odlišnou od řešení majetkových vztahů k předmětné obalovně, a to zda firma ALGON PLUS, a. s., provozuje tuto obalovnu či nikoliv. Uvedené rozhodnutí o námitkách tak neřeší otázku důvodnosti rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z 15. 6. 2004, ale uvádí nové důvody, a to že potvrzení objednávky... vystavené firmou ALGON PLUS a. s. je dokladem vystaveným dne 9. 2. 2004, jehož stáří je více jak 2 měsíce před vyhlášením podmínek soutěže a v rámci předmětné zakázky nebyl tento doklad aktualizován a nabídka uchazeče neobsahuje jiné doklady o platnosti případně čerpání, potvrzeného množství obalovaných směsí., přičemž uvedený doklad dle názoru zadavatele neobsahuje údaj, že potvrzené množství obalových směsí je určeno a zajištěno na předmětnou veřejnou zakázku tak, jak vyplývá z podmínek OVS. Jak dále argumentuje uchazeč SWIETELSKY stavební s. r. o. v podmínkách soutěže nebylo uvedeno stáří potvrzení objednávky ani zde nebyl stanoven požadavek, že potvrzení objednávky musí obsahovat to, že objednané hmoty budou určeny na zajištění stavby předmětné veřejné zakázky.

K dalšímu závěru zadavatele, že nejsou naplněny podmínky soutěže vycházející z toho, že na základě sdělení společnosti ALGON PLUS, a. s., že tato společnost přestává provozovat obalovnu v Chebu, neboť novým provozovatelem je společnost Chebská obalovna, spol. s r. o., uchazeč SWIETELSKY stavební s. r. o. uvádí, že uvedený argument zadavatele je mylný, neboť podle aktuálního řádného výpisu z obchodního rejstříku společnosti ALGON PLUS, a. s., vyplývá, že tato má řádně evidován předmět činnosti, a to výrobu stavebních hmot a stavebních výrobků a tato společnost má ve 50 % vlastnictví Chebskou obalovnu, spol. s r. o., s tímto předmětem podnikání tj. výroba stavebních hmot a stavebních výrobků, přičemž potvrzení ze dne 9. 2. 2004 je řádně vystaveno členem představenstva společnosti ALGON PLUS, a. s., který je současně jednatelem společnosti Chebská obalovna, spol. s r. o. Otázka provozování obalovny v Chebu společností ALGON PLUS, a. s., je řešena jak samotnou majetkovou účastí společnosti Chebská obalovna, spol. s r. o., tak i personálním zajištěním statutárních orgánů předmětných společností.

Návrhem se uchazeč SWIETELSKY stavební s. r. o. domáhá přezkoumání rozhodnutí zadavatele o vyloučení jmenovaného i rozhodnutí zadavatele o námitkách, přičemž navrhuje, by orgán dohledu rozhodl tak, že se citovaná rozhodnutí zadavatele zrušují.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) jako orgán dohledu nad dodržováním zákona o zadávání veřejných zakázek obdržel návrh jmenovaného uchazeče na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách dne 15. 7. 2004, a tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení. Zadavatel obdržel jedno vyhotovení návrhu rovněž dne 15. 7. 2004.

Podle § 58 zákona jsou účastníky tohoto řízení:

- zadavatel,
- SWIETELSKY stavební s. r. o.

Účastníkům řízení bylo dopisem č. j. VZ/S140/04-153/3717/04-Št ze dne 26. 7. 2004 oznámeno zahájení řízení a současně byla stanovena lhůta k seznámení s podklady pro

rozhodnutí, dána možnost navrhnout doplnění šetření, nahlédnout do spisu tohoto řízení a pořizovat si z něho výpisy.

K podkladům pro rozhodnutí se ve stanovené lhůtě žádný z účastníků řízení nevyjádřil.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ustanovení § 57 zákona případ ve všech souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nepostupoval při rozhodnutí o vyloučení uchazeče SWIETELSKY stavební s. r. o. v souladu se zákonem, k čemuž uvádí následující rozhodné skutečnosti.

V dokumentaci o zadání veřejné zakázky nejsou uvedeny údaje a požadavky, ve kterých by zadavatel stanovil bližší požadavky, jak na vlastní obsah dokladu z obalovny, tak na jeho stáří. Zadavatel při stanovení svého požadavku na způsob zajištění dodávky živičných směsí či živičných vrstev vymezil pouze to, že uchazeč musí doložit doklad z obalovny. Obalovna sice musí splňovat další podmínky (umístění obalovny k nejbližšímu místu stavby, systém řízení jakosti v oboru pozemních komunikací) – viz bod 4., devátá odrážka, podmínek soutěže – zadavatele, avšak zadavatel již nestanovil, zda a jakým způsobem je třeba tyto skutečnosti v nabídce prokázat.

Z uvedeného důvodu se orgán dohledu konstatuje, že v podmínkách soutěže zadavatel nestanovil stáří potvrzení objednávky ani nebyl stanoven požadavek, že potvrzení objednávky musí obsahovat skutečnost, že objednané hmoty budou určeny na zajištění stavby předmětné veřejné zakázky. Pro úplnost orgán dohledu poznamenává, že ani v zadávací dokumentaci nejsou požadavky na obsah dokladu z obalovny zadavatelem blíže upřesněny. Nelze tedy uchazeči o veřejnou zakázku přičíst k tíži to, co zadavatel nepožadoval.

Orgán dohledu k postupu zadavatele při vyloučení uchazeče SWIETELSKY stavební s. r. o. pro nedoložení platného dokladu o zajištění dodávky živičných směsí – nesplnění dalšího předpokladu pro plnění veřejné zakázky uvedeného v bodu 4., devátá odrážka, podmínek soutěže – odůvodněného tím, že společnost ALGON PLUS, a. s., (jejíž potvrzenou objednávkou spolu s doklady o systému řízení jakosti uchazeč SWIETELSKY stavební s. r. o. doložil ve své nabídce) ke dni podání nabídek tj. 7. 6. 2004 nevlastnila obalovnu v Chebu, uvádí následující.

V dokumentaci o zadání veřejné zakázky se nachází fotokopie oznámení ze dne 28. 4. 2004 společnosti ALGON PLUS, a. s., že jmenovaná společnost ke dni 28. 4. 2004 přestává provozovat obalovnu v Chebu, Tršická 25, a že novým provozovatelem obalovny bude společnost Chebská obalovna, spol. s r. o., se sídlem Štěnovice, K Lomu 426. Předmětné oznámení zadavatel přiložil ke svému rozhodnutí ze dne 1. 7. 2004 o námitkách uchazeče SWIETELSKY stavební s. r. o.

Z výpisu z obchodního rejstříku společnosti Chebská obalovna, spol. s r. o., vyplývá, že společnost byla zapsána do obchodního rejstříku dne 28. 4. 2004, přičemž v rámci předmětu podnikání má mimo jiné uvedeno „výroba stavebních hmot a stavebních výrobků“ a podíl jednoho ze společníků, resp. společnosti ALGON PLUS, a. s., činí 50 %. Z uvedených faktů je patrné, že firma ALGON PLUS, a. s., vlastní 50 % společnosti Chebská obalovna, spol. s r. o.

Pro posouzení skutečnosti, zda doklad k prokázání předmětné v nabídce uchazeče SWIETELSKY stavební s. r. o. je platný či nikoliv je rozhodující, zda při změně majitele obalovny v Chebu převzala společnost Chebská obalovna, spol. s r. o., práva a povinnosti společnosti ALGON PLUS, a. s., týkající se této obalovny. Jestliže tomu tak je, pak doklad (potvrzení objednávky) ALGON PLUS, a. s., ze dne 9. 2. 2004 v nabídce uchazeče SWIETELSKY stavební s. r. o. včetně certifikátů platí.

Za situace, kdy by společnost Chebská obalovna, spol. s r. o., práva a povinnosti společnosti ALGON PLUS, a. s., týkající se obalovny v Chebu nepřevzala, citovaný doklad v nabídce uchazeče SWIETELSKY stavební s. r. o. není platný. Za této situace by však nebyly platné ani doklady v nabídce uchazeče ALGON PLUS, a. s., a uchazeče – sdružení STRABAG a. s., Praha 5, SMP CONSTRUCTION, a. s., Praha, a bss BÁŇSKÁ STAVEBNÍ SPOLEČNOST s. r. o., Sokolov (viz smlouva o sdružení ze dne 31. 5. 2004) (dále jen „sdružení STRABAG a. s.“) – a to na základě níže uvedených skutečností.

Nabídka uchazeče ALGON PLUS, a. s., obsahuje dopis společnosti Chebská obalovna, spol. s r. o., podepsaný Petrem Študlarem, jednatelem, ze dne 4. 6. 2004, která vyjadřuje souhlas s tím, aby v nabídce společnosti ALGON PLUS, a. s., na akci Stavba „IIP181 Silniční obchvat Sokolov – Královské Poříčí“ byla uvedena jako hlavní obalovna společnosti Chebská obalovna, spol. s r. o. V příloze předmětného dopisu jsou předloženy mj. ověřené fotokopie dokladů:

Osvědčení o správné činnosti laboratoře a Certifikát ČSN EN ISO 9001:2001, přičemž uvedené listiny se týkají společnosti ALGON PLUS, a. s. Na citovaném dopisu ze dne 4. 6. 2004 je dále uvedeno, že nové doklady budou do 14 dní.

Obdobný dopis společnosti Chebská obalovna, spol. s r. o., a doklady společnosti ALGON PLUS, a. s. jsou také předloženy v nabídce uchazeče sdružení STRABAG a. s., avšak s tím rozdílem, že dopis společnosti Chebská obalovna, spol. s r. o., je datován dne 1. 6. 2001, přičemž je zde dále uvedeno, že se bude jednat o záložní obalovnu.

Z ustanovení § 11 odst. 1 zákona vyplývá, že žádný z uchazečů nesmí být v obchodní veřejné soutěži zvýhodněn proti ostatním účastníkům soutěže s výjimkami uvedenými v odstavcích 2 a 3.

S ohledem na výše uvedené lze konstatovat, že se uchazeči SWIETELSKY stavební s. r. o., ALGON PLUS, a. s., a sdružení STRABAG a. s. nacházeli v době podání nabídek v podstatě ve stejné situaci, neboť doklad (potvrzení objednávky) pro prokázání dalšího předpokladu uvedeného v bodu 4., devátá odrážka, podmínek soutěže v nabídce uchazeče SWIETELSKY stavební s. r. o. je vystaven společností ALGON PLUS, a. s., přičemž potvrzení ze dne 4. 6. 2004 a 1. 6. 2001 v nabídkách uchazečů ALGON PLUS, a. s., a sdružení STRABAG a. s. jsou sice vystaveny společností Chebská obalovna, spol. s r. o., avšak k těmto potvrzením jsou přiložena osvědčení o správné činnosti laboratoře a příslušný certifikát ISO společnosti ALGON PLUS, a. s.

Orgán dohledu konstatuje, že zadavatel porušil ustanovení § 11 odst. 1 zákona tím, že při posuzování nabídek zvýhodnil uchazeče ALGON PLUS, a. s., a uchazeče sdružení STRABAG a. s. proti uchazeči SWIETELSKY stavební s. r. o., neboť jim uznal doklady vystavené pro společnost ALGON PLUS, a. s., Cheb (Osvědčení o správné činnosti laboratoře a Certifikát ČSN EN ISO 9001:2001), zatímco doklad „potvrzení objednávky“ ze

dne 9. 2. 2004 vystavený společností ALGON PLUS, a. s., a který byl předložen v nabídce uchazeče SWIETELSKY stavební s. r. o., nikoliv.

Pokud při prokazování předmětného dalšího předpokladu zadavatel posoudil v nabídkách uchazečů ALGON PLUS, a. s., a sdružení STRABAG a. s. jako dostačující předložení některých dokladů vystavených pro společnost ALGON PLUS, a. s., zatímco jiný doklad v nabídce uchazeče SWIETELSKY stavební s. r. o. vystavený jmenovanou společností ALGON PLUS, a. s., neuznal, je zjevné, že postupoval vůči uchazečům rozdílným způsobem.

Pro úplnost orgán dohledu dodává, že kontrolou jednotlivých nabídek dále zjistil, že nabídka společnosti Metrostav a. s., Koželužská 2246, Praha, obsahuje pro prokázání výše citovaného dalšího předpokladu pro plnění veřejné zakázky pouze smlouvu o uzavření budoucí smlouvy o dílo uzavřenou mezi společností Metrostav a. s. a společností Silnice Žatec s. r. o., Žatec, v níž se společnosti zavázly uzavřít smlouvu, jejímž předmětem se firma Silnice Žatec s. r. o. zaváže provést pro společnost Metrostav a. s., výrobu a pokládku živičných směsí na předmětné veřejné zakázce. Doklad o zajištění záložní obalovny však nabídka jmenovaného uchazeče neobsahuje.

K argumentu uchazeče SWIETELSKY stavební s. r. o. uvedenému v návrhu, že v době realizace předmětné veřejné zakázky bude schopen dodávat živičné hmoty a směsi svou vlastní obalovnou, která bude naplňovat podmínky zadavatele, orgán dohledu uvádí, že uvedená skutečnost není relevantní, neboť zadavatel nemůže přihlížet ke skutečnostem, které teprve nastanou v průběhu soutěže, ale posuzuje údaje nabídek tak, jak jsou uvedeny v nabídkách uchazečů.

Na základě všech zjištěných skutečností orgán dohledu rozhodl, jak je uvedeno ve výroku, tj. uložil zadavateli zrušit rozhodnutí ze dne 15. 6. 2004 o vyloučení uchazeče SWIETELSKY stavební s. r. o. z další účasti v soutěži. Vzhledem k výše zjištěným skutečnostem je nutné, aby zadavatel před vlastním hodnocením nabídek podle kritérií uvedených v podmínkách soutěže opětovně provedl posouzení všech nabídek z hlediska splnění jeho požadavků stanovených v podmínkách zadání.

K návrhu uchazeče SWIETELSKY stavební s. r. o., aby orgán dohledu zrušil i rozhodnutí zadavatele o námitkách, orgán dohledu dodává, že zrušení rozhodnutí o námitkách je nadbytečné, neboť to se stane zrušením rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče SWIETELSKY stavební s. r. o. z další účasti v soutěži bezpředmětným.

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 – odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Miroslav Šumbera
vrchní ředitel

Obdrží:

Krajská správa a údržba silnic Karlovarského kraje, příspěvková organizace, Sokolov,
Chebská 282, 356 04 pošta Dolní Rychnov, zast. Viktorem Daňhou, ředitelem

SWIETELSKY stavební s. r. o., Pražská čp. 495, 370 04 České Budějovice, zast. Ing. Petrem
Čížkem a Ing. Walterem Spitalerem