

Č.j.: VZ/S189/05-151/5516/05-jl

V Brně dne 30. listopadu 2005

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 11.10.2005 podle § 96 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb. a zákona č. 377/2005, na základě návrhu ze dne 7.10.2005 uchazeče – účastníků sdružení „Sdružení SOKP stavba 514 MSS“, které tvoří

- Metrostav a. s., Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, za niž jedná Ing. Jiří Bělohav a Ing. Zdeněk Šinovský, členové představenstva,
- SMP CZ, a. s. Evropská 1692/37, 160 41 Praha 6, za niž jedná Jean-Louis Choulot, předseda představenstva, a Ing. Martin Doksanský, místopředseda představenstva,
- Stavby silnic a železnic, a. s., Národní třída 10, 113 19 Praha 1, za niž jedná Ing. Bořivoj Kačena, předseda představenstva, a Ing. Jan Voňka, místopředseda představenstva,

založeného smlouvou o sdružení ze dne 25.4.2005 podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem získání předmětné veřejné zakázky, ve správním řízení zastoupených na základě plné moci ze dne 2.11.2005 společností Metrostav a. s., Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, za niž jedná na základě plné moci ze dne 14.11.2005 JUDr. Pavel Mališ, Hajní 1359, 198 00 Praha 9 Kyje, na přezkoumání rozhodnutí zadavatele Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvkové organizace, Na Pankráci 56, 145 05 Praha 4, zastoupené Ing. Petrem Laušmanem, generálním ředitelem, ze dne 3.10.2005 o námitkách ze dne 22.9.2005 proti rozhodnutí zadavatele ze dne 8.9.2005 o přidělení veřejné zakázky „Silniční okruh kolem Prahy – stavba 514 Lahovice – Slivenec“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese pod ev. č. 50002980 dne 29.3.2005, oprava dne 6.6.2005, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26.3.2005 v č. 61/2005 pod ev. č. 58727, oprava dne 9.6.2005 v č. 110/2005 pod ev. č. 109523, rozhodl podle § 101 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb. a zákona č. 377/2005, **takto:**

I.

Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace – nesplnil při zadávání veřejné zakázky „Silniční okruh kolem Prahy – stavba 514 Lahovice – Slivenec“ povinnost stanovenou ustanovením § 30 odst. 3 v návaznosti na § 30 odst. 5 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., a zákona č. 124/2005 Sb. tím, že v bodě 4.2 zadávací dokumentace stanovil, že v případě podání nabídky více potenciálními dodavateli společně postačí, když způsobilost pro plnění veřejné zakázky splňují tito dodavatelé společně, pokud

není v tomto článku 4.2 stanoveno jinak, avšak tento úkon zadavatele neovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

II.

Návrh uchazeče – účastníků sdružení „Sdružení SOKP stavba 514 MSS“, které tvoří Metrostav a. s., Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, SMP CZ, a. s. Evropská 1692/37, 160 41 Praha 6, Stavby silnic a železnic, a. s., Národní třída 10, 113 19 Praha 1, ze dne 7.10.2005 na vydání předběžného opatření, jímž měl být zadavateli Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvkové organizaci, uložen zákaz uzavřít smlouvu o plnění veřejné zakázky „Silniční okruh kolem Prahy – stavba 514 Lahovice – Slivenec“, se zamítá, neboť nebyly shledány důvody pro jeho uložení.

Odůvodnění

Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, Na Pankráci 56, 145 05 Praha 4, zastoupená Ing. Petrem Laušmanem, generálním ředitelem, (dále jen „zadavatel“) uveřejnila podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), na centrální adrese pod ev. č. 50002980 dne 29.3.2005, opravu dne 6.6.2005, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26.3.2005 v č. 61/2005 pod ev. č. 58727, opravu dne 9.6.2005 v č. 110/2005 pod ev. č. 109523, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Silniční okruh kolem Prahy – stavba 514 Lahovice – Slivenec“

V oznámení otevřeného řízení zadavatel stanovil, že kritériem pro zadání veřejné zakázky bude nejnižší nabídková cena.

Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 14.6.2005 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel osm nabídek.

Ze záznamu z 2. jednání hodnotící komise konaného dne 28.6.2005 vyplývá, že předmětem jednání bylo posuzování podaných nabídek. Hodnotící komise se shodla, že všichni uchazeči splnili základní kvalifikační kritéria. K prokázání dalších kvalifikačních kritérií hodnotící komise uvedla, že požaduje bližší objasnění technické způsobilosti a zkušeností podle čl. 4.2.5 „Pokynů pro uchazeče“ u uchazečů 1 a 2. Dále komise požaduje bližší objasnění některých položek soupisu prací. Žádosti o písemné vysvětlení některých údajů z nabídek byly požadovány i od všech ostatních uchazečů, a to dopisy ze dne 21.7.2005.

Ze záznamu z 3. jednání hodnotící komise konaného dne 16.8.2005 vyplývá, že předmětem jednání bylo pokračování posuzování nabídek a zhodnocení odpovědí uchazečů na žádosti hodnotící komise o vysvětlení některých údajů z nabídek.

Ze záznamu ze 4. jednání hodnotící komise konaného dne 26.8.2005 a z přílohy č. 1 tohoto záznamu vyplývá, že předmětem jednání bylo pokračování vyhodnocování odpovědí uchazečů na žádosti hodnotící komise o vysvětlení některých údajů z nabídek, přičemž hodnotící komise neakceptovala vysvětlení dvou uchazečů. Vysvětlení předložená ostatními uchazeči o veřejnou zakázku komise akceptovala. Z přílohy č. 2 (Projednání a vyhodnocení připomínek k nabídkám uchazečů) k výše označenému záznamu vyplývá, že hodnotící komise

dále shledala důvody pro vyřazení všech nabídek s výjimkou nabídky uchazeče – účastníků „Sdružení SOKP stavba 514 MSS“ a nabídky účastníků sdružení „SO Lahovice – Slivenec“.

Ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek předané zadavateli dne 5.9.2005 hodnotící komise uvedla seznam nabídek, které byly hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazeny a důvody pro jejich vyřazení. Z uvedené zprávy dále vyplývá, že po hodnocení nabídek se v prvním pořadí umístila nabídka uchazeče účastníků „Sdružení SOKP stavba 514 MSS“ a ve druhém pořadí nabídka účastníků sdružení „SO Lahovice – Slivenec“.

Zadavatel se s provedeným posouzením a hodnocením nabídek neztotožnil a s odkazem na § 65 odst. 2 zákona rozhodl o přidělení veřejné zakázky uchazeči účastníkům sdružení „Sdružení STRABAG – HOCHTIEF – BÖGL“, které tvoří

- STRABAG a. s., Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, za niž jedná Ing. Jiří Svoboda a Ing. Jiří Krátký, prokuristé,
- HOCHTIEF Construction AG, 451 28 Essen, Opernplatz 2, Spolková republika Německo, podnikající v ČR prostřednictvím organizační složky s označením HOCHTIEF Construction AG, organizační složka, Primátorská 36/323, 180 00 Praha 8, zastoupené Ing. Jurajem Voleským, vedoucím organizační složky,
- MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL, stavební firma, výroba prefabrikátů a kamenolomy, Plzeň–Dobruška, kom. spol., lom Hamr, 342 01 Sušice, za niž jedná Josef Krýsl, jednatel komplementáře – společnosti GRANIT – ŠUMAVA, spol. s r. o., kamenolom Hamr, 342 01 Sušice,

založeného smlouvou o sdružení ze dne 10.6.2005 podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem získání předmětné veřejné zakázky, ve správním řízení zastoupených na základě pověření ze dne 2.11.2005 společností STRABAG a. s., Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, za niž jedná Ing. Jiří Svoboda a Ing. Jiří Krátký, prokuristé, Praha (dále jen „Sdružení SHB“).

Své rozhodnutí, které neodpovídá pořadí nabídek podle doporučení komise, zadavatel opírá o ustanovení § 62 odst. 4 zákona a v této souvislosti uvádí, že hodnotící komise porušila postup daný zákonem, a proto rozhodl o novém hodnocení. Porušení zákona spatřuje zadavatel v nedodržení § 61 odst. 1 zákona, neboť komise nesprávně posoudila nabídky uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek a navrhla je k vyřazení. Zadavatel neshledal důvody pro vyřazení žádné z nabídek, které vyřadila hodnotící komise, a proto přistoupil k hodnocení všech podaných nabídek. V souladu s podmínkami zadávacího řízení zvolil zadavatel při novém hodnocení metodu hodnocení podle výše nabídkové ceny a rozhodl o přidělení veřejné zakázky uchazeči Sdružení SHB s nejnižší nabídkovou cenou.

Proti rozhodnutí zadavatele ze dne 8.9.2005 o přidělení veřejné zakázky podal uchazeč – účastníci sdružení „Sdružení SOKP stavba 514 MSS“, které tvoří

- Metrostav a. s., Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, za niž jedná Ing. Jiří Bělohlav a Ing. Zdeněk Šinovský, členové představenstva,
- SMP CZ, a. s. Evropská 1692/37, 160 41 Praha 6, za niž jedná Jean-Louis Choulot, předseda představenstva, a Ing. Martin Doksanský, místopředseda představenstva,
- Stavby silnic a železnic, a. s., Národní třída 10, 113 19 Praha 1, za niž jedná Ing. Bořivoj Kačena, předseda představenstva, a Ing. Jan Voňka, místopředseda představenstva,

založeného smlouvou o sdružení ze dne 25.4.2005 podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem získání předmětné veřejné

zakázky, ve správním řízení zastoupených na základě plné moci ze dne 2.11.2005 společností Metrostav a. s., Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, za niž jedná na základě plné moci ze dne 14.11.2005 JUDr. Pavel Mališ, Hajní 1359, 198 00 Praha 9 Kyje (dále jen „Sdružení SOKP“), dopisem ze dne 22.9.2005 námitky, které zadavatel obdržel dne 23.9.2005 a kterým po jejich přezkoumání podle § 88 zákona nevyhověl. Rozhodnutí zadavatele ze dne 3.10.2005 o námitkách uchazeč Sdružení SOKP obdržel podle doručenky dne 3.10.2005 faxem (dne 7.10.2005 poštou). Vzhledem k tomu, že uchazeč Sdružení SOKP nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 7.10.2005 návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „organ dohledu“).

Uchazeč Sdružení SOKP ve svém návrhu mj. uvedl následující

1. Vady zadávací dokumentace

1.A. Uvedení podmínek zadávacího řízení formou odkazů na ustanovení zákona

Zadavatel v zadávacích podmínkách místo stanovení konkrétních požadavků, které mají nabídky jednotlivých uchazečů používá pouze odkazy na příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Takový postup činí text zadávacích podmínek nekonkrétním a neúplným. Zadávací podmínky řízení by obecně měly být vždy úplné a měly by účastníku takového řízení poskytnout celistvou informaci o tom, co je třeba pro správné vyhotovení nabídky předložit.

1.B. Nedostatky zadávacích podmínek

V zadávacích podmínkách je např. v bodě 4.2.2 pokynů pro uchazeče uvedeno, že „jde-li o individuálního uchazeče, provede nejméně 50 % prací vlastními prostředky, čímž se míní, že musí mít stroje a zařízení, materiály, lidské a finanční zdroje nezbytné k provedení tohoto procenta zakázky“. Podle čl. 4.2 pokynů pro uchazeče v případě podání nabídky více potencionálními dodavateli společně, musí podmínku podle čl. 4.2.2 pokynů pro uchazeče splnit společně. Podle § ustanovení 30 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách musí však zadaná kritéria splnit alespoň jeden z účastníků sdružení sám. V tomto ohledu je zadání Zadavatele v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách. Toto porušení zákona dopadá i na text čl. 4.2.1, 4.2.3 a 4.2.4 zadávacích podmínek.

Uchazeč Sdružení SOKP se dopisem ze dne 22.4.2005 u zadavatele domáhal formulářů k prokázání skutečností dle čl. 4.2.2., resp. 4.2.4., pokynů pro uchazeče. Zadavatelem bylo písemně dne 3.05.2005 sděleno, že tyto formuláře byly zrušeny. Rovněž v bodě 4.2.7. pokynů pro uchazeče, které se obvykle týkají prokázání technického vybavení, je uvedeno „Neobsazeno“. Podmínkou bodu 4.2.2., resp. 4.2.4., tedy účastníci nesplnili a hodnotící komise i zadavatel toto pochybení přešli. Nehodnocení tohoto kritéria vedlo k zásadnímu zkreslení výsledků vyhodnocení celé soutěže.

Další pochybení zadavatele uchazeč Sdružení SOKP spatřuje v tom, že změna původního termínu podání nabídek a otevírání obálek ze dne 18.5.2005 na 14.6.2005 byla zadavatelem oznámena pouze dopisem adresovaným pouze těm uchazečům, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, nikoli však na centrální adrese. Dalším možným zájemcům o účast v předmětném zadávacím řízení tak nebyla dána příležitost zúčastnit se výběrového řízení z důvodu prolongace termínu podání nabídek. K uveřejnění předmětné změny na centrální adrese došlo až dne 6.6.2005, přičemž lhůta k převzetí zadávací dokumentace podle

opravného oznámení uplynula již 17.5.2005 a lhůta pro podání případných dotazů k zadávací dokumentaci dne 6.5.2005.

2. Vady postupu zadavatele při hodnocení nabídek a při novém rozhodnutí:

2.A. Postup podle ustanovení § 61 a 62 zákona

Rozhodnutí zadavatele se co do okruhu uchazečů splňujících kritéria pro účast v předmětném řízení i v konečném pořadí jednotlivých nabídek pro přidělení veřejné zakázky zásadně liší od zprávy o posouzení a hodnocení nabídek. Tuto skutečnost zadavatel zdůvodnil postupem v souladu s ustanovením § 62 odst. 4 zákona, jež stanoví, že „zadavatel může rozhodnout o novém hodnocení, pokud zjistí, že hodnotící komise porušila postup stanovený tímto zákonem“. Porušení zákonného postupu hodnotící komise spatřuje zadavatel v nedodržení ustanovení § 61 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách ze strany hodnotící komise tím, že nesprávně posoudila nabídky jednotlivých uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek, a proto navrhla k vyřazení nabídky uchazečů, kteří podle názoru zadavatele stanovená kritéria splnili.

Konečné výsledky uvedené v rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky se s výsledky uvedenými ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek neshodují ani v jednom jediném bodě. Tento fakt může vést k závěru, že úmyslem zadavatele bylo dosáhnout konkrétního výsledku předmětného řízení tak, jak je uvedeno v rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky a obsah zprávy o posouzení a hodnocení nabídek mu nevyhovoval. Podle názoru uchazeče Sdružení SOKP je nepravděpodobné, že by se hodnotící komise dopustila pochybení při vyřazení všech šesti nabídek, které by pak zadavatel musel ve všech šesti případech napravit.

Uchazeč Sdružení SOKP se domnívá, že v souladu se zákonem o veřejných zakázkách měla hodnotící komise ustanovená v souladu s ustanovením § 57 odst. 3 zákona Vládou ČR na návrh Ministerstva dopravy ČR dostatečnou odbornou způsobilost pro řádné posouzení souladu doručených nabídek se zadanými požadavky a kritérii obsaženými v zadávacích podmínkách, resp. v zákoně o veřejných zakázkách, i pro následné hodnocení nabídek, které při posuzování nebyly vyloučeny. Proto je přinejmenším hodná pozornosti a přezkoumání skutečnost, že zpráva hodnotící komise, kterou za dostatečně odborně způsobilou k provedení příslušného hodnocení považovala vláda ČR, když tuto komisi takto sestavila, nebyla podle rozhodnutí zadavatele ani v jediném bodě v pořádku.

Z rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky vyplývá, že zadavatel sice vycházel ze zprávy komise, nicméně rozhodnutí zadavatele o konečném pořadí nabídek neodpovídá hodnocení komise, přičemž zadavatel v napadeném rozhodnutí svůj odchýlný postup zdůvodnil.

Dále uchazeč Sdružení SOKP uvádí, že postup zadavatele je v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách z následujících důvodů.

Zákon ve své části třetí (Zadávací řízení) v hlavě páté upravuje posuzování a hodnocení nabídek, tedy dvou samostatných etap zadávacího řízení chronologicky na sebe navazujících.

- a) posuzování nabídek (ustanovení § 61 zákona) je plně v kompetenci hodnotící komise. Hodnotící komise při něm má za úkol zjistit, zda předložená nabídka odpovídá

z formálního hlediska zadání a zda způsob jejího předložení a obsah dané nabídky odpovídá platným právním předpisům, přičemž posuzuje:

- nabídky uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek,
- výši nabídkových cen ve vztahu k předpokládané ceně předmětu zakázky.

b) hodnocení nabídek (ustanovení § 62 zákona) je další a klíčová etapa celého zadávacího řízení. V této fázi již nemohou být vyřazené nabídky hodnoceny, a to ani zadavatelem. Podle výslovného ustanovení § 62 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách může zadavatel, pokud zjistí, že hodnotící komise porušila postup stanovený tímto zákonem, rozhodnout o novém hodnocení (nikoliv posouzení) nabídek

O posouzení nabídek a o jejich vyřazení musí být podle ustanovení § 58 odst. 3 zákona sepsán protokol. Podle ustanovení § 61 odst. 1 zákona nabídky, které nesplňují zadávací podmínky, musí být vyřazeny. Uchazeče, jehož nabídka byla při posuzování nabídek hodnotící komisí vyřazena, musí zadavatel bezodkladně vyloučit a rozhodnutí o vyloučení včetně důvodů uchazeči neprodleně písemně oznámit.

Z uvedené úpravy je zřejmé, že zadavatel je vázán názorem hodnotící komise stran vyřazení nabídek a její stanovisko o vyřazení nabídky je povinen respektovat. Hodnotící komise tedy nenavrhuje zadavateli vyřazení nabídek, nýbrž přímo vyřazuje nabídky ve své kompetenci. Tomuto odpovídá i pro hodnotící komisi závazný formulář dokumentu „Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek“, který tvoří přílohu k prováděcí vyhlášce k zákonu o veřejných zakázkách, a který obsahuje pod bodem č. 6 tabulku nazvanou „Seznam nabídek, které byly hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazeny“.

V daném případě zadavatel porušil zákon, když hodnotící komisí již vyřazené nabídky hodnotil. Ve smyslu ustanovení § 65 odst. 2 zákona byl zadavatel oprávněn změnit hodnocení nabídek pouze v rámci dvou zbývajících nabídek, které nebyly při posuzování vyřazeny a z řízení vyloučeny, a to nabídky Sdružení SOKP uchazeče účastníků sdružení „SO Lahovice – Slivenec“, např. za předpokladu, že by hodnotící komise nerespektovala hodnotící kritérium, kterým byla nejnižší nabídková cena.

Tyto závěry plně odpovídají i výkladům publikovaným v odborné literatuře (např. Raus D., Neruda R.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář a prováděcí předpisy, LINDE, Praha, 2005, str. 345, Jurčík R.: Zákon o veřejných zakázkách, C.H. BECK, Praha 2004, str. 287, Robek P.: Procesní průběh posuzování nabídek, Veřejné zakázky, č 5-6/2004, Praha, str. 13).

Pro úplnost je třeba dodat, že postup zadavatele, kdy v napadeném rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky odkazuje na „návrhy“ hodnotící komise na vyřazení nabídek, je zřejmě poplatný úpravě předchozího zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, který obsahoval ustanovení (§ 34 odst. 4 posledně cit. zákona), podle něhož komise pro posuzování nabídek vyřazení navrhovala a zadavatel měl právo definitivního rozhodnutí. Dne 1.5.2004 však v souvislosti se vstupem ČR do EU nabyt účinnosti současný platný zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, který neumožňuje přidělení veřejné zakázky nabídce, která již byla hodnotící komisí vyřazena.

K jednotlivým bodům zhodnoceným zadavatelem jinak než hodnotící komisí poukazuje Sdružení SOKP na to, že závěry posouzení a hodnocení nabídek hodnotící komisí jsou správné a jejich změna provedená v rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky je tudíž v rozporu se zákonem a podmínkami výběrového řízení.

2.B. Mimořádně nízká nabídková cena

Další pochybnost má Sdružení SOKP ohledně možnosti zrealizovat veřejnou zakázku za nabídkovou cenu stanovenou v nabídce uchazeče účastníků „Sdružení STRABAG – HOCHTIEF – BÖGL“, t.j. za cenu 7 511 021 545,19 Kč bez DPH, či v nabídce uchazeče účastníků sdružení „Stavba 514 OHL a ŽS Brno“, tj. za cenu 7 973 651 155,42 Kč bez DPH. V obou výše uvedených případech jde ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a předpokládané ceně uveřejněné v zadávacích podmínkách (10 mld. Kč) o nabídky obsahující mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Hodnotící komise oba uvedené účastníky vyřadila, a proto ani nezkoumala důvody mimořádně nízké ceny nabídnuté těmito účastníky, jak předepisuje ustanovení § 61 odst. 1 zákona. Zadavatel, jestliže se na rozdíl od hodnotící komise rozhodl příslušné nabídky uchazečů připustit do další fáze řízení, si však měl v souladu s ustanovením § 61 odst. 1 zákona od příslušných uchazečů vyžádat písemné zdůvodnění této mimořádně nízké ceny ve lhůtě 7 dnů ode dne doručení takové žádosti o vysvětlení. Mimořádně nízkou nabídkovou cenu je příslušný uchazeč povinen podle ustanovení § 61 odst. 1 zákona zdůvodnit objektivními příčinami. Při nahlížení do některých podkladů týkajících se veřejné zakázky nebylo Sdružením SOKP, že by zadavatel tuto zákonnou povinnost skutečně splnil. Pokud tato zákonná povinnost splněna nebyla, jedná se o provedení hodnocení nabídek v rozporu se zákonem.

3. Vady doručených nabídek

3.A. Jednání za organizační složku účastníka

Co se týče nabídek uchazečů, kteří jsou sdružením a ve kterých je jedním z účastníků organizační složka, konkrétně jde o „Sdružení STRABAG – HOCHTIEF – BÖGL“, sdružení „Stavba 514 OHL a ŽS Brno“, sdružení „Lahovice – Slivenec“ a „Sdružení Skanska“, organizační složka není právnickou osobou. To znamená, že organizační složka nemá samostatnou právní subjektivitu a z toho důvodu ani nemůže být subjektem právních vztahů – nemá tedy např. způsobilost být jednou ze stran smlouvy, účastníkem řízení, nemůže se jako společník účastnit na podnikání právnických osob ani nemůže být členem sdružení ve smyslu ustanovení § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů. Subjektem právních vztahů je vždy příslušná zahraniční právnická osoba a právní úkony týkající se organizační složky za ni činí vedoucí této organizační složky, jež tak činí na základě zmocnění daného zákonem. Vedoucí organizační složky je tedy oprávněn činit právní úkony, avšak v takovém případě bude vždy jednat jménem příslušné zahraniční právnické osoby a na její účet a může jednat pouze v rozsahu, jež se týká činnosti této organizační složky. V případě překročení tohoto rozsahu oprávnění je jednání vedoucího organizační složky neplatné.

Je zde pochybnost ohledně platného sjednání smluv, kterými byla založena výše uvedená sdružení, protože jako jeden z účastníků je ve všech shora zmíněných sdruženích organizační složka zahraniční právnické osoby uváděna jako účastník sdružení. I kdyby bylo jednáno vedoucím organizační složky za právnickou osobu jako takovou, účast v takovém sdružení jistě přesahuje rozsah činnosti pouze organizační složky zmíněných právnických osob v České republice. Smlouvu o sdružení by proto jménem zahraniční právnické osoby musel podepsat její statutární orgán. Výše uvedená sdružení tedy pravděpodobně nebyla platně založena a nemohou se tedy jako sdružení předmětného zadávacího řízení účastnit.

Je právně nesporné, že organizační složka nemá právní subjektivitu a nemůže být sama účastníkem obchodních závazkových vztahů. Je rovněž nesporné, že v rozsahu činnosti

organizační složky jedná za ni na základě zákonného zmocnění její vedoucí a že k jednání nad rámec činnosti organizační složky není bez dalšího její vedoucí oprávněn. Stěžovatel se důvodně domnívá, a to i nad rámec výše uvedeného názoru o nezpůsobilosti vedoucího organizační složky platně uzavřít smlouvu o sdružení, zejména s ohledem na charakter a rozsah zakázky, že nabídka sdružení, jejímž účastníkem je i HOCHTIEF Construction AG, se nedotýká výlučně činnosti organizační složky HOCHTIEF Construction AG, ale samotného HOCHTIEF Construction AG. Organizační složka HOCHTIEF Construction AG nemá v České republice takové personální, technické a další zázemí, aby se mohla na realizaci nabídky aktivně podílet.

Je to další domněnka svědčící pro výše vyslovený názor o právně nesprávném založení sdružení a podání celé nabídky. Ve světle naznačených závěrů jsou pak právně vadné jakékoliv úkony, podklady, reference, případně plné moci, které byly podepsány pouze vedoucím organizační složky a nedotýkají se výlučně činnosti této složky. Stěžovatel se důvodně domnívá, že takových podkladů je v nabídce „Sdružení STRABAG-HOCHTIEF-BÖGL“ povícero.

3.B. Dodatečné opravy nabídky

Jak stojí v bodě 2 Přílohy č. 1 k záznamu ze 4. jednání hodnotící komise konaného dne 26.8.2005, jež je součástí zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, uchazečem účastníky sdružení „Stavba 514 OHL a ŽS Brno“ byla určitá skutečnost doložena opraveným autorizovaným českým překladem části reference a podpůrně i dokumentem (notářským zápisem) v češtině a španělštině dokladujícím, za jakých okolností k objasňované skutečnosti t.j. postoupením smlouvy, došlo. Hodnotící komise toto objasnění nabídky akceptovala. Nabídky opravované po uplynutí lhůty určené k podání nabídek však nelze akceptovat. Tento uchazeč byl podle zprávy o posouzení a hodnocení nabídek nakonec také vyloučen, avšak pouze z důvodu ve smyslu ustanovení §61 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, že nesplnil předepsaná kvalifikační kritéria. Vyloučen měl být tento uchazeč i z výše uvedeného důvodu.

Uchazeč Sdružení SOKP z výše uvedených důvodů navrhuje, aby orgán dohledu zadavateli uložil jako předběžné opatření zákaz uzavřít smlouvu a jako opatření k nápravě zrušit rozhodnutí ze dne 8.9.2005 o přidělení veřejné zakázky, vyloučit hodnotící komisí vyřazené nabídky, přidělit veřejnou zakázku uchazeči Sdružení SOKP a rozhodnutí o vyloučení uchazečů a o přidělení veřejné zakázky uveřejnit.

K návrhu uchazeče Sdružení SOKP se vyjádřil zadavatel dopisy ze dne 20.10.2005 a 4.11.2005em ze dne 30.6.2005, ve kterých mj. uvádí následující:

1. Vady zadávací dokumentace

Uvedené námitky uchazeče Sdružení SOKP považuje zadavatel za zcela účelové. Jak je uvedeno v zadávací dokumentaci (viz Úvodní ustanovení, část 1, body 0.1 a 0.2) od uchazečů se očekává, že pečlivě prostudují a splní všechny pokyny, formuláře, termíny a podmínky, obsažené v zadávací dokumentaci a každý uchazeč již podáním své nabídky zcela a bez výhrad akceptuje podmínky otevřeného řízení zveřejněného na centrální adrese a dále Zvláštní obchodní podmínky a Obchodní podmínky staveb pozemních komunikací, kterými se posléze řídí následná smlouva o dílo a jsou součástí zadávací dokumentace. Je proto obvyklou praxí, že při kompletaci nabídky lze požádat zadavatele o dodatečné vysvětlení či upřesnění sporných či nejasných údajů, které dle názoru uchazeče Sdružení SOKP činí text zadávacích podmínek nekonkrétním a neúplným a předejít tak případným následným sporům.

Zadavatel uvádí, že jej překvapuje, že tak uchazeč Sdružení SOKP neučinil a dodává, že navíc každý účastník v tzv. dopise nabídky, který je součástí Obchodních podmínek, svým podpisem uznává, že zadavatel není povinen přijmout nejnižší nebo jakoukoli nabídku, kterou obdrží.

Dále zadavatel uvádí, že posunutí termínu prvního jednání hodnotící komise nebylo zaviněno činností či nečinností zadavatele, avšak bylo způsobeno pozdním jmenováním členů komise, které však zadavatel s ohledem na finanční závazek plynoucí z realizace veřejné zakázky, nejmenoval. Podle zadavatele posunutím termínu prvního jednání hodnotící komise nedošlo k porušení zákona.

2. Vady postupu zadavatele při hodnocení nabídek a při novém rozhodnutí:

2.A. Postup podle ustanovení § 61 a 62 zákona

Argumentace uchazeče Sdružení SOKP v tomto případě vychází z dikce § 61 a 62 zákona o veřejných zakázkách. Po formální stránce shledává zadavatel argumentaci uchazeče Sdružení SOKP korektní, avšak po stránce logické a argumentační se s tvrzeními a vývody uchazeče nikterak neztotožňuje.

Použitím uvedeného principu ad absurdum by docházelo k situaci, kdy by zadavatel, pokud zjistí hrubé nedostatky v práci hodnotící komise, nebo pokud například zjistí porušení zákona hodnotící komisí, byl takovýmto názorem komise vázán zcela bez možnosti revokace tohoto aktu. Aplikací tohoto postupu se tak dostáváme ke zcela paradoxnímu závěru, kdy zadavatel, zcela zodpovědný za dodržování zákona, mimo jiné dle ustanovení § 25 zákona o veřejných zakázkách, zodpovědný za dodržování zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči s výjimkami uvedenými v § 87, zákazu diskriminace a transparentnosti, by svým rozhodnutím o přidělení veřejné zakázky stvrdil jednání komise, o němž ví, nebo se alespoň důvodně domnívá, že je protiprávní. Z hlediska principů teleologického výkladu právní normy s ohledem na kogentní ustanovení zákoníku občanského, zákona trestního zákonů č. 218/2000 Sb. a č. 219/2000 Sb. je nutno uchazečem Sdružení SOKP použitý argumentační princip zcela odmítnout.

Na podporu tohoto zadavatel předkládá následující podpůrnou argumentaci a minore ad maius. Zadavateli je výslovně dikcí ustanovení § 65 zákona o veřejných zakázkách uložena povinnost učinit rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky. Je právním názorem zadavatele, že je-li mu uložena tato povinnost mnohem větší právní síly, či právních následků s tímto aktem spojených, pak je mu vůlí zákonodárce i uložena podpůrná povinnost směřující k nápravě zjevných pochybení komise, jakkoli o tomto zákon výslovně nehovoří. Respektive, zákon tuto možnost nepředjímá a bylo by vhodné tuto mezeru v budoucnu překlenout závazným právním výkladem, nikoli pouze (kterak činí uchazeč Sdružení SOKP stěžovatel) několika neúplnými citacemi z právnické literatury. Této výše zmíněné povinnosti se zadavatel svým rozhodnutím o přidělení veřejné zakázky zhostil v souladu s ideou zákona. Ke stejnému závěru lze dospět i v případě použití argumentace per analogiam legis.

2.B. Mimořádně nízká nabídková cena

Zadavatel uvádí, že ustanovení § 61 zákona blíže neurčuje, co je zákonodárcem za mimořádně nízkou nabídkovou cenou posuzováno a dále uvádí, že průměrná nabídková cena, stanovená jako aritmetický průměr nabídkových cen všech uchazečů činí 8 682 912 817,67 Kč. Nejnižší nabídková cena činí 7 511 021 549,19 Kč a nejvyšší nabídková cena činí 9 349

071 444,57 Kč. Nejnižší nabídková cena činí přibližně 86,5 % průměrné ceny a tedy se od ceny průměrné odlišuje o přibližně 13,5 %. Nejvyšší nabídková cena činí přibližně 107,7 % průměrné ceny a od ceny průměrné se odlišuje o 7,7 procenta. Tento rozdíl takto matematicky vyjádřen nezakládá, dle právního názoru zadavatele, důvodnou domněnku nastolení institutu mimořádně nízké nabídkové ceny. Toto své stanovisko zadavatel dále procesně opírá o ustálenou rozhodovací praxi orgánu dohledu, především pak o jeho rozhodnutí evidované pod č.j.: S 199/2000-151/191/2001-Če, ze dne 12. ledna 2001.

3. Vady doručených nabídek

3.A. Jednání za organizační složku účastníka

Zadavatel k argumentům uchazeče Sdružení SOKP uvádí, že společnost HOCHTIEF Construction AG je obchodní společností se sídlem ve Spolkové republice Německo, která je podle výpisu z obchodního rejstříku (vedeného Městským soudem v Praze, oddíl A., vložka 49127) oprávněna od 26. listopadu 2003 podnikat na území České republiky (§ 21 odst. 4 obchodního zákoníku).

Ustanovení § 13 odst. 3 obchodního zákoníku upravuje zvláštní zákonné zmocnění, na základě kterého je vedoucí organizační složky podniku, který je zapsán do obchodního rejstříku zmocněn za podnikatele činit veškeré právní úkony, týkající se této složky. Tímto zvláštním ustanovením přitom nejsou dotčena oprávnění jiných osob jednat jménem podnikatele, tj. statutárních orgánů, popř. členů statutárního orgánu, či jiných smluvních (prokuristů či zmocněnců ad hoc), či zákonných zmocněnců (osoby uvedené v § 15 odst. 1 obchodního zákoníku).

V posuzovaném případě připojil k nabídce (návrhu smlouvy SOUHRN SMLUVNÍCH DOKUMENTŮ) podpis Ing. Juraj Voleský, který je podle výpisu z obchodního rejstříku (vedeného Městským soudem v Praze, oddíl A., vložka 49127) vedoucím organizační složky společnosti HOCHTIEF Construction AG v České republice. V návrhu smlouvy SOUHRN SMLUVNÍCH DOKUMENTŮ, na její první straně (str. č. 860) jsou společnost HOCHTIEF Construction AG a její zákonný zástupce označeni následujícím způsobem:

HOCHTIEF Construction AG
451 28 Essen, Opernplatz, Spolková republika Německo
podnikající v ČR prostřednictvím organizační složky s označením
HOCHTIEF Construction AG, organizační složka
180 00 Praha 8, Primátorská 36/323
zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Městským soudem v Praze, oddíl A, vložka 49127,
IČ: 27105211, DIČ: CZ27105211,
Zastoupená Ing. Jurajem Voleským, vedoucím organizační složky

Na třetí straně návrhu smlouvy (str. č. 862) je pak připojen podpis Ing. Voleského s výslovným uvedením své funkce, a to vedoucího organizační složky podniku společnosti HOCHTIEF Construction AG.

Označení společnosti HOCHTIEF Construction AG je plně v souladu s výpisem z obchodního rejstříku, vedeného Městským soudem v Praze, oddíl A., vložka 49127. Z podpisu Ing. Voleského i textu její doprovázejícího je zcela nepochybné, že Ing. Voleský nabídku (návrh smlouvy) podepsal jako zmocněnec společnosti HOCHTIEF Construction AG. Vzhledem ke skutečnosti, že společnost HOCHTIEF Construction AG hodlá plnit své

závazky z případně uzavřené smlouvy SOUHRN SMLUVNÍCH DOKUMENTŮ prostřednictvím své organizační složky podniku v České republice, jejímž vedoucím je Ing. Voleský, je zřejmé, že návrh smlouvy SOUHRN SMLUVNÍCH DOKUMENTŮ se týká organizační složky podniku společnosti HOCHTIEF Construction AG v České republice a že Ing. Voleský byl oprávněn coby zákonný zmocněnec v souladu s ustanovením § 13 odst. 3 obchodního zákoníku zastupovat společnost HOCHTIEF Construction AG při podání nabídky (podepsání a doručení návrhu smlouvy označené jako SOUHRN SMLUVNÍCH DOKUMENTŮ).

Vzhledem ke shora uvedenému zastává zadavatel názor, že shora popsané jednání společnosti HOCHTIEF Construction AG při podání nabídky (návrhu smlouvy označené jako SOUHRN SMLUVNÍCH DOKUMENTŮ) prostřednictvím svého zákonného zmocněnce, vedoucího organizační složky podniku v České republice Ing. Voleského, odpovídá českému právnímu řádu.

3.B. Dodatečné opravy nabídky

Zadavatel zastává názor, že se nejedná o opravu nabídky nýbrž pouze o její upřesnění.

S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby orgán dohledu návrh uchazeče Sdružení SOKP zamítl a rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky ze dne 8.9.2005 potvrdil.

Dnem 11.10.2005, kdy orgán dohledu obdržel uvedený návrh, bylo podle § 96 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu. Kauce ve výši 1 mil. korun a správní poplatky za podání návrhu byly uchazečem Sdružení SOKP uhrazeny dne 7.10.2005. Dne 31.10.2005 obdržel orgán dohledu od zadavatele poslední část dokumentace o zadání předmětné veřejné zakázky – odpovědi uchazečů na žádosti hodnotící komise o vysvětlení některých údajů z nabídek.

Účastníky správního řízení podle § 99 zákona jsou:

- zadavatel,
- účastníci sdružení „Sdružení SOKP stavba 514 MSS“, které tvoří
 - Metrostav a. s., Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, za niž jedná Ing. Jiří Bělohlav a Ing. Zdeněk Šinovský, členové představenstva,
 - SMP CZ, a. s. Evropská 1692/37, 160 41 Praha 6, za niž jedná Jean-Louis Choulot, předseda představenstva, a Ing. Martin Doksanský, místopředseda představenstva,
 - Stavby silnic a železnic, a. s., Národní třída 10, 113 19 Praha 1, za niž jedná Ing. Bořivoj Kačena, předseda představenstva, a Ing. Jan Voňka, místopředseda představenstva,
 - založeného smlouvou o sdružení ze dne 25.4.2005 podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem získání předmětné veřejné zakázky, ve správním řízení zastoupených na základě plné moci ze dne 2.11.2005 společností Metrostav a. s., Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, za niž jedná na základě plné moci ze dne 14.11.2005 JUDr. Pavel Mališ, Hajní 1359, 198 00 Praha 9 Kyje,
- účastníci sdružení „Sdružení STRABAG – HOCHTIEF – BÖGL“, které tvoří
 - STRABAG a. s., Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, za niž jedná Ing. Jiří Svoboda a Ing. Jiří Krátký, prokuristé,
 - HOCHTIEF Construction AG, 451 28 Essen, Opernplatz 2, Spolková republika Německo, podnikající v ČR prostřednictvím organizační složky s označením HOCHTIEF

Construction AG, organizační složka, Primátorská 36/323, 180 00 Praha 8, zastoupené Ing. Jurajem Voleským, vedoucím organizační složky,

- MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL, stavební firma, výroba prefabrikátů a kamenolomy, Plzeň–Dobřany, kom. spol., lom Hamr, 342 01 Sušice, za niž jedná Josef Krýsl, jednatel komplementáře – společnosti GRANIT – ŠUMAVA, spol. s r. o., kamenolom Hamr, 342 01 Sušice,

založeného smlouvou o sdružení ze dne 10.6.2005 podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem získání předmětné veřejné zakázky, ve správním řízení zastoupených na základě pověření ze dne 2.11.2005 společností STRABAG a. s., Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, za niž jednají Ing. Jiří Svoboda a Ing. Jiří Krátký, prokuristé, Praha.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu jeho účastníkům dopisem č. j. VZ/S189/05-151/4971/05-11 ze dne 26.10.2005, a poskytl jim lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladu pro rozhodnutí, popřípadě navrhnout doplnění šetření.

Dopisem ze dne 2.11.2005 sdělili účastníci Sdružení SOKP způsob svého zastupování v tomto správním řízení (způsob zastupování byl dále upraven plnou mocí ze dne 14.11.2005, předloženou v rámci nahlížení do správního spisu).

K obsahu návrhu uchazeče Sdružení SOKP se dopisem ze dne 2.11.2005 vyjádřil uchazeč Sdružení SHB, který v uvedeném dopisu sdělil způsob svého zastupování ve správním řízení a mj. uvedl následující.

1. Vady zadávací dokumentace

Uchazeč Sdružení SHB k této části návrhu uvádí, že běžnou praxí při zadávání veřejných zakázek je, že v případě nejasností či pochybností má uchazeč možnost požádat zadavatele o vysvětlení sporných či nejasných údajů.

2. Vady postupu zadavatele při hodnocení nabídek a při novém rozhodnutí:

2.A. Postup podle ustanovení § 61 a 62 zákona

Uchazeč Sdružení SHB má za to, že zadavatel postupoval ve smyslu zákona, neboť v případě nepřezkoumatelnosti rozhodnutí hodnotící komise, by takovéto rozhodnutí nebylo možno napadnout námitkami ani návrhem na přezkoumání úkonů zadavatele a nebylo by možno jej změnit, ani kdyby bylo učiněno v rozporu se zákonem.

2.B. Mimořádně nízká nabídková cena

Hodnotící komise požádala dopisem ze dne 21.7.2005 uchazeče Sdružení SHB o vysvětlení nabídkové ceny a uchazeč Sdružení SHB k požadavku hodnotící komise doložil rozsáhlou dokumentaci se zdůvodněním jednotlivých jednotkových cen. Dále uchazeč Sdružení SHB uvádí, že podle jeho názoru ani s ohledem na ostatní nabídkové ceny není jeho nabídková cena mimořádně nízká.

3. Vady doručených nabídek

3.A. Jednání za organizační složku účastníka

Podle názoru uchazeče Sdružení SHB je tato námitka navrhovatele zcela v rozporu s principem podnikání zahraničních právnických osob na území České republiky. Společnost HOCHTIEF Construction Avie v souladu s § 21. odst. 4 obchodního zákoníku oprávněna podnikat na území České republiky a činí tak prostřednictvím organizační složky svého podniku.

Vedoucí organizační složky podniku, který je zapsán v obchodním rejstříku, je ze zákona zmocněn činit za podnikatele veškeré právní úkony, týkající se této složky. Účast ve sdružení, jehož cílem je získání a realizace veřejné zakázky na území České republiky se nepochybně týká této organizační složky, a proto byl její vedoucí oprávněn činit veškeré právní úkony včetně jejich podpisu a signovat veškerou dokumentaci související s nabídkou a touto veřejnou zakázkou.

Uchazeč Sdružení SHB navrhuje, aby orgán dohledu předmětné správní řízení zastavil.

Dne 16.11.2005 nahlédl do spisu uchazeč Sdružení SOKP. Protokol o nahlížení do spisu je součástí správního spisu.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ust. § 96 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky a stanovisek předložených účastníky správního řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky „Silniční okruh kolem Prahy – stavba 514 Lahovice – Slivenec“ nesplnil povinnost stanovenou ustanovením § 30 odst. 3 v návaznosti na § 30 odst. 5 zákona tím, že v bodě 4.2 zadávací dokumentace stanovil, že v případě podání nabídky více potenciálními dodavateli společně postačí, když způsobilost pro plnění veřejné zakázky splňují tyto dodavatelé společně, pokud není v článku 4.2 stanoveno jinak, avšak tento úkon zadavatele neovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

1. Vady zadávací dokumentace

1.A. Uvedení podmínek zadávacího řízení formou odkazů na ustanovení zákona

Uchazeč Sdružení SOKP ve svém návrhu neuvádí, které konkrétní odkazy na příslušná ustanovení zákona jsou podle jeho názoru učiněny v rozporu se zákonem. Lze tedy pouze usuzovat, že se jedná o vymezení finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele a prokazování jakosti a splnění požadavků systému řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí. Zadavatel v oznámení zadávacího řízení stanovil požadavky na prokazování finanční, ekonomické a technické způsobilosti a prokazování jakosti a splnění požadavků systému řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí následujícím způsobem:

„9.2 Kritéria a doklady pro prokazování finanční a ekonomické způsobilosti: §32(1) a)vč.bankovního příslibu úvěru nad 800mil. Kč a informace o bankovních účtech;b)účetní uzávěrka ve zjednodušeném rozsahu+plán hospodářského výsledku na 2 roky;c)vč. obratu stavebních prací(min. 3 mld. Kč/rok)+ finanční plán na 2 roky

9.3 Kritéria a doklady pro prokazování technické způsobilosti: §33)1a)1.vč.poddod. vč.zák.č.18/2004Sb,vyhl. ČBÚ č. 340/1992Sb.;2.minimálně novostavby 4 pruhové silnice I. tř. nebo dálnice nad 500 mil. Kč, 2 mosty min. dl. 300 m a rozpětí pole 40 m, min. 1 ražený tunel pro 2 pruhovou vozovku min. dl. 1 km;4.a 5. - 9.

9.4 Kritéria a doklady pro prokazování jakosti a požadavků systému řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí: § 37 Systém jakosti pozemních komunikací dle VD č.9 z 2.5.2001. Zahraniční osoby doloží kopie systému vydané certifikačním orgánem akreditovaný signatářem dle multilaterální dohody - MLA,EA a IAF - odsouhlasený Ministerstvem dopravy a spojů ČR.

9.5 Kritéria a doklady pro prokazování odborné způsobilosti nebo členství v profesní organizaci: §33(1)4.-5. vč.poddodavatelů, individ.uchazeč provede nejméně 50% prací vlast.prostř.,klíčový presonál musí mít min.10 let příslušných zkušeností a prokázané kvalifikace(autorizace aj.);Další doklady-harmonogam prací(činnosti,termíny,zdroje).“

Je skutečností, že zadavatel své požadavky stanovil z části odkazy na příslušná ustanovení zákona, avšak spolu s odkazy vždy vymezil požadovanou odpovídající úroveň dalších kvalifikačních kritérií. S ohledem na množství textu, které může být v této části formuláře oznámení zadávacího řízení uvedeno, lze konstatovat, že zadavatel stanovil své požadavky zcela konkrétně, přičemž v zadávací dokumentaci došlo pouze k určitému upřesnění požadavků uvedených v oznámení zadávacího řízení. Orgán dohledu neshledal ve stanovení požadavků na prokazování finanční, ekonomické a technické způsobilosti a prokazování jakosti a splnění požadavků systému řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí.

1.B. Nedostatky zadávacích podmínek

Podávání nabídek více dodavateli společně se týká čl. 4.2 pokynů pro uchazeče, ve kterém je uvedeno: „Způsobilost pro plnění veřejné zakázky splňuje uchazeč, který ve formulářích podle článku 4.1. prokáže, že splňuje kvalifikační kritéria uvedená v tomto článku 4.2. V případě podání nabídky více potencionálními dodavateli (osobami) společně, postačí, když způsobilost pro plnění veřejné zakázky splňují tito dodavatelé (tyto osoby) společně, pokud není v tomto článku 4.2 stanoveno jinak.

V bodě 4.2.2 pokynů pro uchazeče je uvedeno, že „Jde-li o individuálního uchazeče, provede nejméně 50 % prací vlastními prostředky, čímž se míní, že musí mít stroje a zařízení, materiály, lidské a finanční zdroje nezbytné k provedení tohoto procenta zakázky“.

Podle bodu 4.2.4 „V případě podání nabídky více potencionálními dodavateli (osobami) společně pro ně podmínka jak je definována v článku 4.2.2 výše, platí rovněž (musí ji splnit společně).

Podle § 30 odst. 5 zákona „Pokud podává nabídku více dodavatelů společně, musí každý z nich splnit kvalifikaci podle odstavce 2 písm. a); kvalifikaci podle odstavce 2 písm. b) až d) musí splnit alespoň jeden z dodavatelů.“

Ustanovení § 30 odst. 5 zákona nelze aplikovat natolik restriktivně, aby kvalifikaci podle odstavce 2 písm. b) až d) musel v celém rozsahu prokázat jeden z účastníků společné nabídky. Takto omezující interpretace uvedeného ustanovení zákona by ve své podstatě směřovala proti principu podávání společných nabídek, kdy se více dodavatelů sdruží za účelem společné realizace určité veřejné zakázky a podávání společných nabídek by ve své podstatě zcela eliminovala a významným způsobem by omezovala soutěžní prostředí, neboť by mohlo dojít k situaci, kdy by nabídky na plnění rozsáhlých veřejných zakázek nepodal žádný dodavatel, nebo jen velmi omezený počet dodavatelů samostatně. Ostatně ani na plnění předmětné veřejné zakázky nepodal nabídku žádný dodavatel samostatně.

Je však nutné respektovat text ustanovení § 30 odst. 5 zákona a není tedy možné připustit společné plnění jednotlivých kvalifikačních kritérií. Při podání společné nabídky nelze podle současné právní úpravy například sečíst obraty více dodavatelů za účelem dosažení zadavatelem požadovaného obratu 3 mld. Kč. Tento obrat je povinen prokázat alespoň jeden z účastníků společné nabídky, a to za účelem prokázání finanční a ekonomické způsobilosti podle § 32 odst. 1 písm. c) zákona. Postačí tedy pokud jednu ucelenou součást kvalifikace podle § 30 odst. 2 písm. b) až d) zákona (například § 32 odst. 1 písm. c) zákona) splní sám jeden z dodavatelů.

Text v zadávací dokumentaci „V případě podání nabídky více potencionálními dodavateli (osobami) společně, postačí, když způsobilost pro plnění veřejné zakázky splňují tito dodavatelé (tyto osoby) společně, pokud není v tomto článku 4.2 stanoveno jinak“ není v souladu s platnou právní úpravou a ani není zcela jednoznačný a uchazeči si jej mohli vyložit různým způsobem. Z hlediska požadavku na jednoznačnost stanovených podmínek je tedy nutno konstatovat, že zadavatel nesplnil povinnost stanovenou ustanovením § 30 odst. 5 zákona tím, že v bodě 4.2 zadávací dokumentace stanovil, že v případě podání nabídky více potenciálními dodavateli společně postačí, když způsobilost pro plnění veřejné zakázky splňují tito dodavatelé společně, pokud není v článku 4.2 stanoveno jinak. Současně však lze konstatovat, že tento úkon zadavatele podstatně neovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť žádný z uchazečů umístěných na prvních třech místech nebyl z tohoto důvodu ze zadávacího řízení vyloučen (jako třetí v pořadí se umístil uchazeč Sdružení SOKP).

Podle § 101 odst. 1 zákona „Shledá-li orgán dohledu před uzavřením smlouvy (§ 66), že zadavatel úkonem učiněným při zadávání veřejné zakázky nesplnil povinnost nebo porušil zákaz stanovený tímto zákonem, uvede tuto skutečnost písemně v rozhodnutí. Současně zadavateli uloží opatření k nápravě, zejména zrušení rozhodnutí zadavatele o přidělení zakázky, jestliže takový úkon podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.“

Orgán dohledu je tedy při zjištění „nesplnění povinnosti či porušení zákazu“ zadavatelem povinen uvést příslušnou skutečnost v rozhodnutí a eventuálně uložit opatření k nápravě k nápravě zjištěného protiprávního stavu, jestliže by takový úkon zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. V šetřeném případě by teoreticky připadalo v úvahu provedení nového posouzení a hodnocení nabídek s tím, aby při posuzování nabídek nebylo přihlíženo k naplnění podmínky stanovené v rozporu s platnou právní úpravou, jejíž splnění mohlo být uchazeči chápáno různým způsobem, a tudíž by v souvislosti s touto podmínkou nemohlo dojít k vyřazení žádné z nabídek. Výsledné hodnocení nabídek uchazečů podle nejnižší nabídkové ceny by tak nedoznalo žádných změn. Uložení provedení nového posouzení a hodnocení nabídek by tedy mělo pouze formální význam bez faktického dopadu na výsledek zadávacího řízení, tedy na pořadí nabídek. Orgán dohledu tedy v rozhodnutí konstatoval porušení zákona, avšak opatření k nápravě neukládal, neboť nesplnění povinnosti zadavatele neovlivnilo pořadí úspěšnosti nabídek.

K otázce zrušení některých formulářů zadavatelem orgán dohledu konstatuje, že tuto skutečnost nelze považovat za porušení zákona. Pokud by některý z uchazečů uvedl některé údaje související s realizací veřejné zakázky v jiné, než zadavatelem požadované formě (např. na určitém formuláři), avšak z obsahového hlediska by zadávací podmínky splňoval, nebylo by možno jej z důvodu nedodržení zadavatelem stanovené formy vyloučit ze zadávacího řízení, neboť podle § 48 odst. 3 zákona musí zadávací dokumentace obsahovat obchodní podmínky, požadavek na způsob zpracování nabídkové ceny, včetně platebních

podmínek, podmínky, za nichž je možno překročit výši nabídkové ceny, a jiné požadavky pro realizaci veřejné zakázky. Formální podmínky nelze považovat za podmínky související s realizací veřejné zakázky.

Ke změně původního termínu pro podání nabídek a otevírání obálek ze dne 17.5.2005 na 14.6.2005 orgán dohledu uvádí, že změna byla provedena v souladu se zákonem uveřejněním na centrální adrese i v Úředním věstníku Evropské unie ještě před otevíráním obálek s nabídkami. Z předložené dokumentace je mj. zřejmé, že zadavatel odpovídal na dotazy uchazečů i po 17.5.2005, jak vyplývá například z dotazu společnosti SMP CONSTRUCTION, a. s., Evropská 1692/37, 160 41 Praha 6, ze dne 2.6.2005, na kterou zadavatel reagoval dopisem č. j. 6120/21/05-21013 datovaným dne 1.6.2005.

K výše uvedeným skutečnostem orgán dohledu dále poznamenává, že námitky týkající se oznámení zadávacího řízení a zadávací dokumentace je vhodnější uplatňovat ihned po seznámení se uvedenými dokumenty, kdy zadavatel má obvykle příležitost případné nedostatky odstranit. Námitky podané až po rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky se totiž mohou jevit jako účelově podané.

2. Vady postupu zadavatele při hodnocení nabídek a při novém rozhodnutí:

2.A. Postup podle ustanovení § 61 a 62 zákona

Podle § 61 odst. 5 zákona „Uchazeče, jehož nabídka byla při posuzování nabídek vyřazena, musí zadavatel bezodkladně vyloučit ze zadávacího řízení. Vyloučení včetně důvodů je zadavatel povinen uchazeči bezodkladně písemně oznámit.“

Podle § 62 odst. 1 zákona „Hodnocení nabídek provede hodnotící komise podle kritérií stanovených v oznámení otevřeného nebo užšího řízení.“

Podle § 62 odst. 4 zákona „Zadavatel může rozhodnout o novém hodnocení, pokud zjistí, že hodnotící komise porušila postup stanovený tímto zákonem. Zadavatel může pro nové hodnocení ustanovit jinou hodnotící komisi. Důvody pro nové hodnocení zadavatel uvede ve formuláři podle § 67 odst. 3.“

Podle § 65 odst. 2 zákona „... Jestliže rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky neodpovídá pořadí nabídek podle hodnocení hodnotící komise, musí být součástí rozhodnutí zdůvodnění tohoto postupu.“

K postavení zadavatele a hodnotící komise při posuzování a hodnocení nabídek orgán dohledu uvádí, že hodnotící komise je poradním orgánem zadavatele a nemá pravomoc činit za zadavatele žádné právně závazné akty, tedy např. vylučovat uchazeče z účasti na veřejné zakázce. Hodnotící komise může (pokud se jedná o problematiku vylučování uchazečů) pouze vyřadit nabídku zjistí-li, že uchazeč nesplňuje kvalifikaci nebo jestliže nabídka nesplňuje zadávací podmínky, což však není úkon vůči uchazeči. Rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení je vždy výhradně věcí zadavatele veřejné zakázky, přičemž není rozhodující, jestli je učiněno zadavatelem po ukončení otevírání obálek s nabídkami s nabídkami (§ 59 zákona) či po posouzení nabídek (§ 61 zákona).

Závěry hodnotící komise týkající se posuzování nabídek (resp. hodnocení nabídek) jsou podkladem pro další právně závazné akty zadavatele (rozhodnutí o vyloučení, rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky). Rozhodující postavení má tedy v tomto směru zadavatel, který

je povinen zabezpečit zákonnost postupu při zadávání veřejné zakázky, a tudíž je i oprávněn v kterékoli fázi procesu zadávání veřejné zakázky kontrolovat a napravovat eventuelní zjištěné chyby hodnotící komise jako svého poradního orgánu. Libovůli zadavatele při jeho rozhodnutích učiněných na podkladě závěrů hodnotící komise však zákon brání požadavkem na dodržení základních zásad zadávacího řízení (§ 25 odst. 1 zákona), jejichž naplnění je mj. zajištěno i stanovením povinnosti zadavateli odůvodnit své rozhodnutí, pokud neodpovídá doporučení hodnotící komise.

K povinnosti zadavatele bezodkladně vyloučit na základě § 61 odst. 5 zákona ze zadávacího řízení uchazeče, jehož nabídka byla při posuzování nabídek vyřazena, orgán dohledu konstatuje, že podle § 62 odst. 4 zákona zadavatel může rozhodnout o novém hodnocení, pokud zjistí, že hodnotící komise porušila postup stanovený tímto zákonem. V procesu směřujícím k přidělení veřejné zakázky však hodnocení nabídek vždy předchází jejich posuzování ve smyslu § 61 zákona. Logickým výkladem tedy nelze dospět k jinému závěru než, že zadavatel je nepochybně oprávněn před rozhodnutím o přidělení veřejné zakázky přezkoumat postup hodnotící komise v celém rozsahu, neboť nelze učinit závěr, že by hodnocení nabídek bylo provedeno zákonným způsobem, pokud by mu předcházel nezákonný postup při posuzování nabídek. Pokud však zadavatel rozhodne o novém posouzení, je jeho povinností své rozhodnutí odůvodnit, jak vyplývá z § 62 odst. 4 zákona i ze základních zásad zadávacího řízení (§ 25 odst. 1 zákona). V této souvislosti lze rovněž poznamenat, že proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení může vznést vyloučený uchazeč námitky, o kterých by rozhodoval zadavatel, nikoliv hodnotící komise. Zadavatel by tedy oprávněnost vyloučení uchazeče posuzoval v rámci řízení o námitkách; není proto žádný důvod pro konstatování, že posouzení nabídek je výhradně záležitostí hodnotící komise a že do fáze posuzování nabídek zadavateli nepřísluší zasahovat. Je však nepochybné, že nelze připustit ani takový závěr, že zadavatel může činit své úkony bez respektování základních zásad zadávacího řízení jak jsou vymezeny v § 25 odst. 1 zákona, a tudíž je povinen své odlišné rozhodnutí odůvodnit. Orgán dohledu se neztotožňuje s argumentem uchazeče Sdružení SOKP, že zadavatel má povinnost automaticky vyloučit uchazeče, jehož nabídku hodnotící komise vyřadila. Zadavatel je sice vázán závěry hodnotící komise, avšak výjimku z této povinnosti představuje ustanovení § 62 odst. 4 zákona. Zadavateli nelze upřít právo, aby před rozhodnutím o vyloučení uchazeče přezkoumal, zda existují důvody pro jeho vyloučení. K uvedenému závěru dospěl orgán dohledu již v pravomocném rozhodnutí č. j. VZ/S109/05-151/3376/05-ji ze dne 29.7.2005, které je uveřejněno na internetových stránkách www.compet.cz.

V šetřeném případě zadavatel s vyřazením nabídek šesti uchazečů, které navrhla hodnotící komise, nesouhlasil, neboť vlastním posouzením nabídek dospěl k závěru, že všechny nabídky zadávací podmínky splnily, přičemž důvody pro své rozhodnutí včetně konkrétních argumentů uvedl ve smyslu § 65 odst. 2 zákona v příloze rozhodnutí ze dne 8.9.2005 o přidělení veřejné zakázky. Zadavatel splnil povinnost stanovenou v § 65 odst. 2 zákona, neboť zdůvodnil své rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, které neodpovídalo závěrům učiněným hodnotící komisí.

2.B. Mimořádně nízká nabídková cena

Z předložené dokumentace vyplývá, že hodnotící komise požádala uchazeče Sdružení SHB v rámci vysvětlení nabídky mj. rovněž o vysvětlení některých položek, které se hodnotící komisy jeví jako nepřiměřeně nízké. Uchazeč Sdružení SHB vysvětlení včetně zdůvodnění svých cenových kalkulací předložil, přičemž ze záznamu ze 4. jednání hodnotící

komise konaného dne 26.8.2005 a z přílohy č. 1 tohoto záznamu vyplývá, že hodnotící komise vysvětlení nabídky akceptovala.

Zadavatel žádnou z nabídkových cen neshledal jako mimořádně nízkou, jak vyplývá z předložené dokumentace i z vyjádření zadavatele k návrhu uchazeče Sdružení SOKP a tudíž si ani nevyžádal zdůvodnění ve smyslu § 61 odst. 1 zákona. V postupu zadavatele neshledal orgán dohledu porušení zákona.

3. Vady doručených nabídek

3.A. Jednání za organizační složku účastníka

Podle § 13 odst. 3 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů je vedoucí organizační složky podniku, který je zapsán do obchodního rejstříku zmocněn za podnikatele činit veškeré právní úkony, týkající se této složky. Ze zákona je tedy zmocněn jednat za podnikatele vedoucí organizační složky podniku zapsané do obchodního rejstříku. Podmínkou je, aby vedoucí organizační složky byl rovněž zapsán v obchodním rejstříku. Za těchto předpokladů tedy vedoucí organizační složky jedná jménem podnikatele, přičemž je oprávněn činit veškeré právní úkony týkající se organizační složky.

V šetřeném případě je členem „Sdružení STRABAG – HOCHTIEF – BÖGL“ společnost HOCHTIEF Construction AG, která je podle výpisu z obchodního rejstříku (vedeného Městským soudem v Praze, oddíl A., vložka 49127) oprávněna od 26. listopadu 2003 podnikat na území České republiky (§ 21 odst. 4 obchodního zákoníku). Za uvedenou společnost příslušné smluvní dokumenty podepsal Ing. Juraj Voleský, který je podle výpisu z obchodního rejstříku vedoucím organizační složky společnosti HOCHTIEF Construction AG v České republice. V návrhu smlouvy (Souhrn smluvních dohod) je společnost HOCHTIEF Construction AG identifikována takto:

„HOCHTIEF Construction AG, 451 28 Essen, Opernplatz, Spolková republika Německo, podnikající v ČR prostřednictvím organizační složky s označením HOCHTIEF Construction AG, organizační složka, 180 00 Praha 8, Primátorská 36/323, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Městským soudem v Praze, oddíl A, vložka 49127, IČ: 27105211, DIČ: CZ27105211, zastoupená Ing. Jurajem Voleským, vedoucím organizační složky.“

Společnost HOCHTIEF Construction AG je prostřednictvím své organizační složky členem „Sdružení STRABAG – HOCHTIEF – BÖGL“, založeném za účelem získání veřejné zakázky „Silniční okruh kolem Prahy – stavba 514 Lahovice – Slivenec“, realizované v České republice. Členem uchazeče Sdružení SHB je společnost HOCHTIEF Construction AG, přičemž činnost v rámci Sdružení SHB se týká organizační složky této zahraniční právnické osoby, a tudíž Ing. Juraj Voleský byl jako vedoucí organizační složky oprávněn činit za jmenovanou společnost veškeré právní úkony související s předmětnou veřejnou zakázkou.

S ohledem na výše uvedené orgán dohledu neshledal v postupu zadavatele při posouzení nabídky uchazeče Sdružení SHB porušení zákona.

3.B. Dodatečné opravy nabídky

Ke skutečnosti, že v rámci vyjasnění nabídky podané uchazečem účastníky sdružení „Stavba 514 OHL a ŽS Brno“ byl doložen opravený autorizovaný český překlad týkající se referenční zakázky orgán dohledu konstatuje, že předmětná referenční zakázka byla uvedena

v nabídce, přičemž v rámci vysvětlení nabídky došlo pouze k upřesnění překladu, nikoliv k doložení nové reference. S ohledem na výše uvedené orgán dohledu konstatuje, že v daném případě se nejednalo o doplnění nabídky, nýbrž o její upřesnění, a tudíž se nejedná o důvod pro vyloučení jmenovaného uchazeče.

S ohledem na výše uvedené skutečnosti orgán dohledu konstatuje, že zjištěné porušení zákona neovlivnilo stanovení pořadí úspěšnosti nabídek a v dalších bodech návrhu pochybení zadavatele shledáno nebylo. Proto orgán dohledu rozhodl, jak je uvedeno v bodě I. výroku.

Navrhované předběžné opatření orgán dohledu neuložil, neboť po přezkoumání předložené dokumentace neshledal porušení zákona, které by mohlo ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, a proto také nedospěl k závěru, že dalšími úkony zadavatele by mohlo dojít k ohrožení zájmů uchazečů o veřejnou zakázku.

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.

Mgr. Jindřiška Koblihová
náměstek předsedy ÚOHS
pověřený řízením sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, Na Pankráci 56, 145 05 Praha 4

JUDr. Pavel Mališ, Hajní 1359, 198 00 Praha 9 Kyje

STRABAG a. s., Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5

Na vědomí:

Metrostav a. s., Koželužská 2246, 180 00 Praha 8

