

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 28.5.2007

Č. j. S340/2006-02628/2007/520-AB

V Brně dne 12. února 2007

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 94 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. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 16.11.2006 z vlastního podnětu podle § 96 zákona veřejných zakázkách, jehož účastníky jsou

- zadavatel Vodovody a kanalizace Břeclav, a. s., IČ 49455168, se sídlem Čechova 23, 690 11 Břeclav, za kterou jedná Ing. Jaroslav Parolek, předseda představenstva a Ing. Luboš Kuchynka, místopředseda představenstva, ve správním řízení dále zastoupena na základě plné moci ze dne 11. 4. 2006 společností S-Invest CZ s. r. o., IČ 25526171, se sídlem Obilní trh 11, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Eliška Kudělková, jednatelka,
- uchazeč VHS Břeclav, s. r. o., IČ 42324149, Fügnerova 1161/1, 690 64 Břeclav, za kterou jedná Ing. Josef Bendl, jednatel, ve správním řízení dále zastoupena na základě plné moci ze dne 21.11. 2006 JUDr. Radkou Buzrlou, advokátkou, Záhumní 439, 691 01 Moravský Žižkov, kterému byla přidělena zakázka,
- společnost D. I. S., spol. s r. o. IČ 46975616, se sídlem Křížíkova 2960/72, 612 00 Brno, za niž jedná Ing. Richard Lang, jednatel,
- společnost Angerlehner Hoch – und Tiefbau Gesellschaft m. b. H., Obere Landstraße 19, 4055 Pucking, Rakousko, za kterou jedná Alfred Angerlehner, jednatel, ve správním řízení dále zastoupena na základě plné moci ze dne 17.10.2006 společností D. I. S., spol. s r. o. IČ 46975616, se sídlem Křížíkova 2960/72, 612 00 Brno,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Břeclavsko – rekonstrukce a výstavba vodohospodářské infrastruktury v povodí řeky Dyje – část A“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo na centrální adrese uveřejněno dne 23.6. 2006 pod ev. č. 50020367 a dne 27.6.2006 v Ústředním věstníku EU pod č. 2006/S119-126700

rozhodl podle § 101 odst. 1 citovaného zákona o veřejných zakázkách takto:

I.

Zadavatel Vodovody a kanalizace Břeclav, a. s., IČ 49455168, se sídlem Čechova 23, 690 11 Břeclav, při zadávání uvedené veřejné zakázky nesplnil povinnost stanovenou v § 39 odst. 2 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. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., když nevyloučil z další účasti v zadávacím řízení uchazeče VHS Břeclav, s. r. o., IČ 42324149, Fügnerova 1161/1, 690 64 Břeclav, přestože jmenovaný uchazeč nesplnil kvalifikaci podle § 30 odst. 2 písm. c) uvedeného zákona, když nepředložil své oprávnění k výkonu zeměměřičských činností, přičemž tento úkon zadavatele podstatně ovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

II.

Z důvodu nesplnění povinnosti uvedené pod bodem I. se zadavateli Vodovody a kanalizace Břeclav, a. s., . IČ 49455168, se sídlem Čechova 23, 690 11 Břeclav, **ukládá** 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. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 a zákona č. 413/2005 Sb., **zrušit rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky** „Břeclavsko – rekonstrukce a výstavba vodohospodářské infrastruktury v povodí řeky Dyje – část A“ ze dne 3. 10. 2006 a provést nové posouzení a hodnocení nabídek, a to ve lhůtě do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

III.

Podle § 79 odst. 5., a podle § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, se zadavateli Vodovody a kanalizace Břeclav, a. s., IČ 49455168, se sídlem Čechova 23, 690 11 Břeclav, **ukládá uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč** (slovy jeden tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 3400615001.

Odůvodnění

Zadavatel Vodovody a kanalizace Břeclav, a. s., IČ 49455168, se sídlem Čechova 23, 690 11 Břeclav, za kterou jedná Ing. Jaroslav Parolek, předseda představenstva a Ing. Luboš Kuchynka, místopředseda představenstva, ve správním řízení dále zastoupena na základě plné moci ze dne 11. 4. 2006 společností S-Invest CZ s. r. o., IČ 25526171, se sídlem Obilní trh 11, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Eliška Kudělková, jednatelka (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), na centrální adrese dne 23. 6. 2006 pod ev. č. 50020367 a dne 27.6.2006 v Ústředním věstníku EU pod č. 2006/S119-126700 oznámení otevřeného nadlimitního řízení

za účelem zadání veřejné zakázky „Břeclavsko – rekonstrukce a výstavba vodohospodářské infrastruktury v povodí řeky Dyje – část A“.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel dne 13.10.2006 podnět, jehož obsahem je upozornění na neprokázání oprávnění k projektové činnosti ve výstavbě a výkonu zeměměřických činností jedním z uchazečů. Úřad si od zadavatele vyžádal dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že z předložených materiálů získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, vydal z vlastního podnětu dne 16.11.2006 usnesení o předběžném opatření, č. j. VZ/S340/2006-20333/2006/520-AB, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude výše specifikované správní řízení ukončeno. Dnem 16.11.2006, kdy bylo toto usnesení účastníkům řízení faxem doručeno, (následně bylo doručeno poštou) bylo podle § 96 odst. 2 zákona ve znění pozdějších předpisů zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu.

Účastníky řízení jsou:

- zadavatel,
- uchazeč, VHS Břeclav, s. r. o., IČ 42324149, Fügnerova 1161/1, 690 64 Břeclav, ve správním řízení dále zastoupena na základě plné moci ze dne 21.11. 2006 JUDr. Radkou Buzrlovou, advokátkou, Záhumní 439, 691 01 Moravský Žižkov (dále jen „VHS“), kterému byla přidělena zakázka,
- uchazeč D. I. S., spol. s r. o. IČ 46975616, se sídlem Křižíkova 2960/72, 612 00 Brno, za niž jedná Ing. Richard Lang, jednatel (dále jen „D. I. S.“),
- uchazeč Angerlehner Hoch – und Tiefbau Gesellschaft m. b. H., Obere Landstraße 19, 4055 Pucking, Rakousko, za kterou jedná Alfred Angerlehner, jednatel, (dále jen „AHTG“), která je ve správním řízení zastoupena dle plné moci ze dne 17.10.2006 účastníkem sdružení, společností D. I. S.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu zadavateli a společnosti VHS dopisem č. j. VZ/S340/2006-20057/2006/520-AB ze dne 22.11.2006. Orgán dohledu v cit. oznámení o zahájení správního řízení seznámil tyto účastníky řízení s podklady pro rozhodnutí (zejm. se skutečností, že nabídka vítězného uchazeče neobsahuje oprávnění k podnikání týkající zeměměřických činností a s pochybnostmi, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když nevyhodnotil kvalifikaci uchazečů podle kritérií stanovených v oznámení zadávacího řízení resp. v zadávací dokumentaci) a usnesením ze dne 22.11.2006 č. j. S340/2006-22248/2006/520-AB stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž se mohli ke zjištěným skutečnostem vyjádřit, popřípadě navrhnout doplnění šetření.

Dne 23. 11. 2006 se na žádost uchazeče VHS uskutečnilo v sídle orgánu dohledu nahlédnutí do příslušného správního spisu.

Dne 28.11.2006 orgán dohledu obdržel vyjádření zadavatele k zahájenému správnímu řízení, v němž zejména k otázce posouzení nabídek č. 1 uchazeče VHS a č. 3 sdružení společností D. I. S. a AHTG uvedl, že tito uchazeči doložili v nabídce oprávnění k výkonu zeměměřických činností a oprávnění k projektové činnosti prostřednictvím svých

subdodavatelů, přičemž se zadavatel opíral ve svém rozhodnutí o právní názor vyjádřený ve stanovisku Právnické fakulty Masarykovy univerzity Brno ze dne 15.9.2006.

Uchazeč VHS ve svém vyjádření k zahájenému správnímu řízení ze dne 28.11.2006 uvedl, že předmětem zakázky jsou stavební práce, z toho důvodů považuje za dostačující doložení oprávnění k zeměměřičkým činnostem prostřednictvím subdodavatele, s kterým má uzavřenu rámcovou smlouvu, kterou přiložil v příloze svého vyjádření. Dále tento uchazeč vylovil názor, že prokázání kvalifikace dle zákona č. 40/2004 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, je nutné vykládat v souladu s novým pojetím prokazování kvalifikace dle zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách. Na základě těchto skutečností pak dovozuje, že pokud nový a v souladu s Evropskými směrnici vypracovaný zákon o veřejných zakázkách považuje určitého dodavatele za kvalifikovaného, nemůže být uchazeč klasifikován jako nekvalifikovaný jen z toho důvodu, že zákonná norma platná v době zadávacího řízení takové ustanovení neobsahuje. Na základě výše uvedených skutečností tento uchazeč navrhuje, aby správní řízení zahájené z podnětu orgánu dohledu bylo zastaveno.

Z protokolu o 2. jednání hodnotící komise a protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 26. 7. 2006 vyplývá, že na plnění veřejné zakázky obdržel zadavatel ve stanovené lhůtě čtyři nabídky. Z protokolu ze 3. jednání hodnotící komise a ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 24. 8. 2006, vyplývá, že hodnotící komise rozhodla, že předložené nabídky jsou úplné a dále bude tedy hodnotit všechny čtyři nabídky. Zadavatel dne 3.10.2006 rozhodl o přidělení veřejné zakázky uchazeči VHS, jehož nabídka se při hodnocení umístila na prvním místě.

Za účelem zjištění skutečností důležitých pro rozhodnutí ve věci přistoupil Úřad ve smyslu § 51 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., k provedení dalšího důkazu, kterým je zjištění rozsahu živnostenského oprávnění účastníka správního řízení společnosti Angerlehner Hoch – und Tiefbau Gesellschaft m. b. H., Obere Landstraße 19, 4055 Pucking, Rakousko (dále je „AHTG“). Za tím účelem si Úřad vyžádal od Magistrátu města Wels písemné stanovisko.

Dne 9.1.2007 obdržel Úřad stanovisko města Wels, dle kterého oprávnění k vykonávání činnosti „stavitel“ zahrnuje i vykonávání zeměměřičských (geodetických) prací. S odvoláním na informaci, že v rámci předmětné zakázky budou prováděny i geodetické činnosti, jejichž výsledky jsou nutné pro dohodu o vkladu do katastru nemovitostí, bylo sděleno, že rakouské katastrální soudy akceptují takové údaje a podklady k výše uvedenému účelu.

Dále si Úřad vyžádal stanovisko Českého úřadu zeměměřičského a katastrálního zda v případě vymezených činností, jako je

-protokolární předání zrekonstruovaného úseku kanalizace provozovateli do prozatímního provozu včetně dokladů o vodotěsnosti potrubí a geometrického zaměření (viz zadávací dokumentace stavby, svazek 3.1. Společné specifikace bod Náhradní transport odpadních vod a provizorní propoje a čerpání při rekonstrukcích)

a činností uvedených v bodě Dokumentace skutečného provedení, dle kterého bylo zadavatelem požadováno, že dokumentace skutečného provedení musí obsahovat

- u liniových staveb polohové a výškové geodetické zaměření všech sítí, přeložek a přípojek, lomů, armatur před zásypaním (na nových i odkrytých stávajících sítích) ve formátu kompatibilním s GIS
- u budov a ostatních objektů polohové a výškové geodetické zaměření všech charakteristických bodů ve formátu kompatibilním s GIS
- v případě liniových staveb elaborát pro uložení věcných břemen, v ostatních případech geodetický oddělovací plán

se jedná o činnosti zeměměřičské ve smyslu zákona č. 200/1994 Sb., o zeměměřictví a změně a doplnění některých zákonů souvisejících s jeho zavedením, ve znění platném k datu podání nabídky, tj. k 17.7.2006 (dále jen „zákon o zeměměřičství“). Dle sdělení Českého úřadu zeměměřičského a katastrálního úřadu ze dne 29.1.2007 vymezené činnosti jsou činnostmi zeměměřičskými ve smyslu výše uvedeného zákona a nelze je tedy provádět v rámci živnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 96 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména zadávací dokumentace, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění, rozhodl, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

Postup zadavatele při posouzení kvalifikace

Podle § 30 odst. 1 zákona je splnění kvalifikace uchazečem o veřejnou zakázku předpokladem hodnocení nabídek v otevřeném řízení.

Podle § 30 odst. 2 písm. c) zákona se splněním kvalifikace rozumí prokázání oprávnění k podnikání včetně předložení výpisu z obchodního rejstříku či jiné evidence ne starší než 90 dnů, má-li v ní být uchazeč nebo zájemce zapsán podle zvláštních právních předpisů. Ve smyslu § 30 odst. 3 zákona není zadavatel oprávněn požadovat splnění kvalifikace nad rámec požadavků na splnění kvalifikace stanovených úplným výčtem v oznámení zadávacího řízení. Zadavatel je povinen omezit rozsah požadovaných informací o kvalifikaci dodavatelů pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.

Podle § 30 odst. 6 zákona může dodavatel splnit kvalifikaci podle odst. 2 písm. d) předložením dokladů třetí osoby spolu s jejím závazným prohlášením o budoucí spolupráci.

Podle § 38 odst. 1 zákona kvalifikaci nesplňuje uchazeč nebo zájemce, který neposkytl údaje a informace o kvalifikaci v rozsahu stanoveném zadavatelem včetně dokladů podle ustanovení tohoto zákona, nebo poskytl údaje a informace o kvalifikaci včetně dokladů požadovaných zadavatelem, které jsou neúplné nebo nepravdivé.

Podle § 39 odst. 1 zákona zadavatel vyhodnotí kvalifikaci zájemců podle kritérií stanovených v oznámení příslušného zadávacího řízení. Podle § 39 odst. 2 zákona uchazeči, kteří nesplnili kvalifikaci, musí být z otevřeného řízení zadavatelem vyloučeni.

Zadavatel v bodě 5.1 oznámení otevřeného řízení nazval předmětnou veřejnou zakázku jako „Břeclavsko - rekonstrukce a výstavba vodohospodářské infrastruktury v povodí řeky Dyje - část A“. Bližší charakteristika předmětu veřejné zakázky byla obsažena v bodě

5.5 výše uvedeného oznámení s tím, že se bude jednat o Rekonstrukci a výstavbu vodohospodářské infrastruktury v povodí řeky Dyje - část A – Břeclav – ČOV a kanalizace, Podivín ČOV a kanalizace + opční právo.

V zadávací dokumentaci Svazek 1 zadavatel pod bodem 13.2. uvedl, že uchazeč prokáže oprávnění k podnikání pro celý předmět plnění veřejné zakázky, doložením stejnopisu nebo úředně ověřené kopie příslušného dokladu o oprávnění k podnikání s tím, že pokud podává nabídku více dodavatelů společně, musí prokázat oprávnění k podnikání alespoň jeden z nich.

V zadávací dokumentaci stavby, svazek 3.1. Společné specifikace, zadavatel v bodě - Náhradní transport odpadních vod a provizorní propoje a čerpání při rekonstrukcích - zadavatel mimo jiné uvedl, že zhotovitel provede:

- Protokolární předání zrekonstruovaného úseku kanalizace provozovateli do prozatímního provozu včetně dokladů o vodotěsnosti potrubí a geometrického zaměření.

V bodě - Dokumentace skutečného provedení - zadavatel mimo jiné specifikoval, že dokumentace skutečného provedení bude obsahovat:

- u liniových staveb polohové a výškové geodetické zaměření všech sítí, přeložek a přípojek, lomů, armatur před zásypem (na nových i odkrytých stávajících sítích) ve formátu kompatibilním s GIS

- u budov a ostatních objektů polohové a výškové geodetické zaměření všech charakteristických bodů ve formátu kompatibilním s GIS

- v případě liniových staveb pro uložení břemen geodetický oddělovací plán.

Z vymezené charakteristiky předmětu veřejné zakázky je zřejmé, že na plnění celého předmětu této zakázky je nutné, aby uchazeč ve své nabídce v souladu s § 30 odst. 2 písm. c) zákona prokázal oprávnění k podnikání i v oblasti zeměměřických činností. Skutečnost, že předmětem veřejné zakázky jsou činnosti vyžadující živnostenské oprávnění k výkonu zeměměřičských činností je potvrzena stanoviskem Českého úřadu zeměměřičského a katastrálního ze dne 29.1.2007 v návaznosti na ustanovení § 13 vyhlášky Českého úřadu zeměměřičského a katastrálního úřadu č. 31/1995 Sb., kterou se provádí zákon č. 200/1994 Sb., o zeměměřictví. Dodavatel byl tedy povinen prokázat dle § 30 odst. 2 písm. c) zákona sám osobně nebo společně s jiným dodavatelem dle § 30 odst. 5 zákona živnostenské oprávnění k zeměměřičským činnostem. Z citace výše uvedených ustanovení zákona je dále zřejmé, že zákon požaduje, aby zadavatel v oznámení zadávacího řízení seznámil uchazeče s požadavky na splnění kvalifikace s tím, že pro oznámení těchto požadavků je zadavatel povinen použít příslušný formulář stanovený prováděcím předpisem - viz § 42 zákona a vzory formulářů uvedených ve vyhlášce č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen vyhláška č. 240/2004 Sb.). Zákon však již neukládá zadavateli povinnost u požadavku na prokázání oprávnění k podnikání konkrétně vymezovat, která oprávnění k podnikání musí uchazeči ve svých nabídkách doložit, neboť uchazeči musí být sami způsobilí posoudit, jaká oprávnění k podnikání budou ke konkrétnímu předmětu plnění veřejné zakázky potřebovat.

Z předložených nabídek uchazečů o veřejnou zakázku orgán dohledu zjistil následující skutečnosti.

Nabídka uchazeče VHS obsahuje k prokázání kvalifikačního kritéria podle § 30 odst. 2 písm. c) zákona výpis z obchodního rejstříku ze dne 10.7.2006, ověřený částečný opis výpisu z neveřejné části živnostenského rejstříku ze dne 9.5.2006, v němž jsou mimo jiné zapsána živnostenská oprávnění k provádění staveb, jejich změn a odstraňování a k projektové činnosti ve výstavbě. Dále uchazeč ve své nabídce doložil ověřenou kopii živnostenského listu s předmětem podnikání provádění staveb, jejich změn a odstraňování. Oprávnění k podnikání týkající se provádění zeměměřičských činností nabídka jmenovaného uchazeče neobsahuje. V nabídce jsou v rámci předpokládaných subdodávek ve Formuláři 6.5 uvedeni mimo jiné subdodavatelé AQUA PROCON s. r. o., Brno s živnostenským oprávněním na Projektovou činnost ve výstavbě a CZK, s. r. o., Brno s živnostenským oprávněním na Výkon zeměměřičských činností. Nejedná se však o společného dodavatele ve smyslu § 30 odst. 5 zákona.

Nabídka uchazeče, sdružení společností D. I. S. a AHTG, která se umístila na druhém místě, obsahuje následující doklady prokazující oprávnění k podnikání:

Za účastníka sdružení společnost D. I. S. v nabídce předložila:

- Výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů (obsahuje informaci o prokázání oprávnění k podnikání na Provádění staveb, jejich změn a odstraňování, Montáž a opravy vyhrazených plynových zařízení a Projektová činnost ve výstavbě)
- Živnostenský list na Provádění staveb, jejich změn a odstraňování a Montáž a opravy vyhrazených plynových zařízení
- Výpis z obchodního rejstříku
- Výpis z živnostenského rejstříku – neveřejná část, který obsahuje mimo jiné i zapsaná současně platná živnostenská oprávnění Provádění staveb, jejich změn a odstraňování a Projektová činnost ve výstavbě.

Druhý účastník sdružení společnost AHTG v rámci společné nabídky doložil úředně ověřené kopie (včetně jejich úředního překladu) těchto písemností:

- Koncesní listina vydaná Magistrátem města Wels na živnost stavitelství, živnostenský list vydaný Magistrátem města Wels na živnost obchodní činnost
- Výpis z obchodního rejstříku s uvedením živnosti Pozemní a inženýrské stavitelství.

Nabídka jmenovaného uchazeče dále obsahuje na str. 641 Formulář 6.5 Předpokládané subdodávky, kde je mimo jiné uvedeno, že uchazeč hodlá zadat geodetické práce subdodavatelé G.K.S. spol. s r. o., Brno a projektovou činnost subdodavatelé AQUA PROCON s. r. o., Brno. Následující strany nabídky pak obsahují čestná prohlášení jmenovaných subdodavatelů a jejich živnostenská oprávnění s tím, že subdodavatel G.K.S. spol. s r. o. dodal živnostenský list na Výkon zeměměřičských činností a druhý jmenovaný subdodavatel živnostenský list na Projektovou činnost ve výstavbě.

Dle stanoviska města Wels, živnostenského a vodoprávního úřadu ze dne 3.1.2007, oprávnění k vykonávání činnosti „stavitelství“ dle předložené koncesní listiny společnosti AHTG zahrnuje i vykonávání zeměměřičských (geodetických) prací. Na základě těchto skutečností Úřad dospěl k závěru, že společnost AHTG předložením koncesní listiny

na stavitelství prokázala oprávnění k podnikání k výkonu zeměměřičských činností. Ve sdružení se společností D. I. S. tak tento uchazeč prokázal oprávnění k podnikání k celému předmětu plnění, neboť dle § 30 odst. 5 zákona, pokud podává nabídku více dodavatelů společně, musí kvalifikaci podle odst.2 písm. b) až d) splnit alespoň jeden z dodavatelů.

Z předložených nabídek uchazečů o veřejnou zakázku orgán dohledu zjistil, že kromě uchazeče VHS zbývající tři nabídky vždy obsahují příslušné doklady prokazující oprávnění k podnikání v oblasti stavební, projektové a zeměměřičských prací, že tedy všichni zbývající uchazeči o veřejnou zakázku doložili oprávnění k celému předmětu podnikání.

Z podkladů pro jednání hodnotící komise, zpracovaných společností S – Invest CZ s. r. o. mimo jiné vyplývá, že tato společnost zastává názor, že uchazeči VHS Břeclav, s. r. o. a sdružení společností D. I. S. a AHTG nesplnili kvalifikaci dle § 30 odst. 2 písm. c) zákona.

Předložená dokumentace veřejné zakázky dále obsahuje právní rozbor, které si zadavatel nechal provést k otázce splnění či nesplnění kvalifikace. Dne 31. 8. 2006 byl vypracován posudek Mgr. Zdeňkem Mokřým, AK Kulhánek Legal Consulting, Brno, se závěrem, že „V konkrétním případě této veřejné zakázky je s ohledem na předmět veřejné zakázky vyžadována existence oprávnění k projektové činnosti a k zeměměřičské činnosti. V případě sdružení se zahraniční právnickou osobou je nutno přezkoumat, zda koncesní listina k výkonu stavebních prací nezahrnuje v sobě oprávnění i k těmto činnostem. Podle informací zpracovatele posudku je jedním z uchazečů sdružení společností s rakouským subjektem, jehož koncesní listina k provádění stavby dle rakouského právního řádu tato oprávnění zahrnuje“. Dne 1. 9. 2006 bylo vypracováno právní posouzení ze strany JUDr. Tomáše Fuchse, advokát, Brno, který mimo jiné uvedl, že tím, že nebyly nabídky vůbec posuzovány, mohly být následně hodnoceny i nabídky, které měly být vyřazeny. Dále uvedl, že uvedení uchazeči měli být vyloučeni pro nesplnění zadávacích podmínek s tím, že závěrem svého posouzení doporučuje zadavateli, aby provedl prostřednictvím hodnotící komise posouzení nabídek a poté jejich hodnocení. Poslední právní stanovisko poskytl zadavateli dne 15. 9. 2006 doc. JUDr. Karel Marek, CSc., Právnická fakulta MU Brno, který mimo jiné uvedl, že „pokud tedy v daném případě nedoložil uchazeč v nabídce oprávnění k výkonu zeměměřičských a projektových prací, avšak předkládá doklad třetí osoby (budoucího subdodavatele) spolu s odpovídající textací od této třetí osoby, a to o budoucí spolupráci, pak lze kvalifikaci považovat za splněnou a není důvod k vyloučení uchazeče“.

K tomu Úřad uvádí, že dle § 30 odst. 2 písm. d) zákona při prokázání odborné způsobilosti, je-li tato pro plnění veřejné zakázky vyžadována podle zvláštních předpisů, se jedná o činnosti, u kterých stačí jejich prokázání subdodavatelem se závazným prohlášením o budoucí spolupráci, zatímco u oprávnění k podnikání dle § 30 odst. 2 písm. c) zákona (tedy na výkon zeměměřičských činností) je dodavatel povinen prokázat dle § 30 odst. 5 zákona toto oprávnění sám nebo společně s jiným dodavatelem, neboť zákon ve svém ustanovení § 30 odst. 5 uvádí, že kvalifikaci podle odst. 2 písm. b) až d) musí splnit alespoň jeden z dodavatelů.

Je tedy rozdíl mezi prokazováním kvalifikace dle § 30 odst. 2 písm. c) zákona, t. j. oprávnění k podnikání, které musí dodavatel vždy prokázat, a pokud jeho oprávnění k podnikání nezahrnuje celý předmět, může podat společnou nabídku, a prokazováním kvalifikace dle § 30 odst. 2 písm. d), kterou by bylo možné dle § 30 odst. 6 zákona prokázat

pomocí subdodavatele. Zadavatel však v šetřeném případě prokázání kvalifikace dle § 30 odst.2 písm. d) nepožadoval a uchazeč VHS podal nabídku samostatně.

Pro úplnost Úřad konstatuje, že nový zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, má odlišná pravidla pro prokazování splnění kvalifikace, neboť lze podle něho prokázat oprávnění k podnikání pomocí subdodavatele, avšak podle tohoto zákona nelze v případě předmětné veřejné zakázky postupovat, neboť dle § 158 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, se zadávání veřejných zakázek zahájené před účinností tohoto zákona, t. j. před 1.7.2006 dokončí dle dosavadních předpisů.

Z protokolu ze 3. jednání hodnotící komise a zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 24. 8. 2006 vyplývá, že hodnotící komise rozhodla, že jsou nabídky úplné a nadále je bude hodnotit všechny. Jeden ze členů hodnotící komise se zdržel hlasování s odůvodněním, že považuje závěry zjištěné společností S – Invest CZ s. r. o., za správné. Po provedeném hodnocení nabídek dle ekonomické výhodnosti skončila společnost VHS na prvním místě.

V návaznosti na výše uvedené skutečnosti orgán dohledu konstatuje, že zadavatel nesplnil povinnost stanovenou v § 39 odst. 2 zákona, když nevyločil z další účasti v zadávacím řízení uchazeče VHS, přestože nabídka předložená tímto uchazečem nebyla v souladu se zadávacími podmínkami, protože neobsahovala doklad o splnění kvalifikace prokázáním požadovaného oprávnění k podnikání. Postup zadavatele, kterým zadavatel nerozhodl o vyloučení uchazeče VHS podstatně ovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť se jeho nabídka umístila jako první v pořadí. Z uvedeného důvodu uložil orgán dohledu zadavateli jako opatření k nápravě povinnost zrušit rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky a v návaznosti na tuto skutečnost pak provedení nového posouzení a hodnocení nabídek.

K uložení úhrady nákladů řízení

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2005 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., správní orgán uloží účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti, nahradit náklady řízení paušální částkou. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“), stanoví paušální částku nákladů řízení podle § 6 odst. 1 vyhlášky ve výši 1000 Kč. V ustanovení § 6 odst. 2 vyhlášky dále upravuje možnost zvýšení paušální částky nákladů řízení ve zvláště složitých případech a případech přibrání znalce.

Vzhledem k tomu, že zadavatel vyvolal správní řízení porušením svých právních povinností (viz v odůvodnění výše), rozhodl orgán dohledu o uložení povinnosti uhradit náklady řízení ve výši podle § 6 odst. 1 vyhlášky, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Jindřiška Koblihová
místopředsedkyně ÚOHS
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

Obdrží:

S-Invest CZ, s. r. o., Obilní trh 11, 602 00 Brno
JUDr. Radka Buzrllová, advokátka, Záhumní 439, 691 01 Moravský Žižkov
D. I. S., spol. s r. o., Křižíkova 2960/72, 612 00 Brno
Angerlehner Hoch – und Tiefbau Gesellschaft m. b. H., Obere Landstraße 19, 4055 Pucking,
Rakousko

Na vědomí:

Vodovody a kanalizace Břeclav, a. s., Čechova 23, 690 11 Břeclav

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce