

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE
601 56 Brno, Joštova 8

ROZHODNUTÍ

Č.j.: S 047-R/02-336/140/OŠ

V Praze dne 12.6.2002

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 7.5.2002, ve smyslu ustanovení § 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. a zákona č. 142/2001 Sb., na základě návrhu uchazeče - Siemens s.r.o., se sídlem Evropská 33a, 160 00 Praha 6, za niž jednájí prokuristé Ing. Petr Klauda a Ing. Jan Svoboda, na přezkoumání rozhodnutí zadavatele Českých drah, s.o., Divize dopravní cesty, o.z., se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222, 110 15 Praha 1, zast. vrchním ředitelem Ing. Janem Komárkem, proti vyloučení v obchodní veřejné soutěži na vypracování projektu a zhotovení stavby „ČD DDC, Pilotní projekt GSM – R v úseku Děčín, státní hranice – Ústí nad Labem – Praha – Kolín“ vyhlášené v Obchodním věstníku č. 30 dne 25.7.2001 pod značkou 128230-30/01,

rozhodl takto:

rozhodnutím zadavatele č.j. 56901/2002-07 ze dne 8.4.2002 o vyloučení uchazeče Siemens s.r.o., se sídlem Evropská 33a, 160 00 Praha 6, za niž jednájí prokuristé Ing. Petr Klauda a Ing. Jan Svoboda, z další účasti na shora uvedené veřejné zakázce došlo k porušení ustanovení § 2a odst. 2 , § 34 odst. 4 a § 56 odst. 5 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. a zákona č. 142/2001 Sb., a proto se na základě ustanovení § 60 písm. b) cit. zákona ukládá zadavateli zrušit uvedené rozhodnutí a zařadit nabídku jmenovaného uchazeče zpět do soutěže, to vše do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

Odůvodnění

Zadavatel – České dráhy, s.o., Divize dopravní cesty, o.z., se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 15 Praha 1, zast. vrchním ředitelem Ing. Janem Komárkem (dále jen „zadavatel“), vyhlásil obchodní veřejnou soutěž podle ustanovení § 4 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. a zákona č. 142/2001 Sb. (dále jen „zákon“), v Obchodním věstníku č. 30/2001 pod zn. pod značkou 128230-30/01 ze dne 25.7.2001 na vypracování projektu a zhotovení stavby „ČD DDC, Pilotní projekt GSM – R v úseku Děčín, státní hranice – Ústí nad Labem – Praha – Kolín“.

Zadavatel dne 2.11.2001 pod č.j. 2515/2001-O7 rozhodl, že nabídkou nejlépe splňující kritéria OVS je nabídka uchazeče AŽD Praha s.r.o., se sídlem Žirovnická 5/3146, 106 17 Praha 10 (dále jen AŽD Praha).

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) svým rozhodnutím č.j.: S 185-R/01-1417/140/OŠ ze dne 28.1.2002 cit. rozhodnutí zadavatele zrušil a uložil zadavateli provést nový výběr ve smyslu ustanovení § 59 písm. a) zákona.

Dne 15.3.2002 zadavatel opět rozhodl č.j. 581/2002-07, že nabídkou nejlépe splňující kritéria OVS je nabídka uchazeče AŽD Praha, a oznámení o výběru zaslal oběma uchazečům ve stejný den pod č.j. 582/02-07. Proti výběru nejhodnější nabídky podal uchazeč Siemens s.r.o., se sídlem Evropská 33a, 160 00 Praha 6, za níž jednájí prokuristé Ing. Petr Klauda a Ing. Jan Svoboda (dále jen Siemens) námitky dne 28.3.2002, kterým statutární orgán zadavatele Ing. Dalibor Zelený rozhodnutím o námitkách ze dne 8.4.2002 č.j. 56901/2002-07 nevyhověl a dále uvedl, že zadavatel provedl opětovné prověření základních kvalifikačních předpokladů nabídek obou uchazečů. Šetřením za použití dostupných zdrojů bylo zjištěno, že uchazeč Siemens provedl minimálně 6 změn v základních kvalifikačních předpokladech od podání nabídky, týkajících se zejména statutárních orgánů společnosti. Součástí rozhodnutí o námitkách je i příloha č. 1 k č.j. 56901/2002, ve které vrchní ředitel Ing. Jan Komárek uchazeči Siemens sděluje, že na základě § 2e zákona „vylučují nabídku firmy SIEMENS s.r.o. Evropská 33a, 160 00 Praha 6“. Důvodem vyloučení je nerespektování § 2d zákona. Uchazeč Siemens obdržel rozhodnutí o námitkách i přílohu č. 1 dne 10.4.2002 a dne 15.4.2002 písemně požádal zadavatele o nahlédnutí do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek (včetně veškerých příslušných příloh) o opětovném prověření základních kvalifikačních předpokladů nabídek a ve stejný den písemně požádal o bezodkladné sdělení důvodu vyloučení uchazeče Siemens z další účasti v obchodní veřejné soutěži. Dne 19.4.2002 podal uchazeč Siemens k zadavateli námitky, které zadavatel obdržel dne 22.4.2002. Dne 19.4.2002 dopisem č.j. 867/02-07 DDC zadavatel uchazeči Siemens sdělil důvody vyloučení a to, že ke dni 7.11.2001 byl z obchodního rejstříku vymazán zápis o prokuře:

- Ing. Zdeňka Roubíčka
- Ing. Josefa Krcha
- Harmuta Huhna

Ke dni 21.1.2002, byl z obchodního rejstříku vymazán zápis o prokuře Gerlinde Emmy Sturm. Ke dni 7.11.2001 byla v obchodním rejstříku zapsána prokura pro Ing. Jana Svobodu. Ke dni 21.1.2002 byla v obchodním rejstříku zapsána prokura pro Jörga Böse.

Dne 19.4.2002 podal uchazeč Siemens námitky pod zn. ICM/GSM-R/Hr/DŘ/025a/02, které zadavatel obdržel dne 22.4.2002. Statutární orgán zadavatele námitky přezkoumal a námitkám nevyhověl rozhodnutím o námitkách ze dne 26.4.2002. K rozhodnutí statutární orgán zadavatele uchazeči zaslal jako přílohu dopis uchazeče, ze dne 21.12.2001, ve kterém zadavateli sděluje změny v kvalifikaci a to v důsledku změny prokury: vymazán prokurista Harmut Huhn, zapsán prokurista Ing. Jan Svoboda. V rozhodnutí uvedl, že uchazeč Siemens ve své nabídce při prokazování kvalifikačních předpokladů prokazoval kvalifikační předpoklady i pro své prokuristy, navíc tyto uvedl jako osoby oprávněné jednat a podepisovat za společnost ve své nabídce a změny v této nabídce zadavateli nedoložil. Uchazeč Siemens obdržel rozhodnutí dne 30.4.2002 a dne 6.5.2002 podal návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele. Úřad i zadavatel obdrželi vyhotovení návrhu dne 7.5.2002. Tímto dnem bylo zahájeno správní řízení.

Podle ustanovení § 58 zákona jsou účastníky řízení:

- a) České dráhy, s.o., Divize dopravní cesty, o.z., se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222, 110 15 Praha 1, zast. vrchním ředitelem Ing. Janem Komárkem,
- b) Siemens s.r.o., se sídlem Evropská 33a, 160 00 Praha 6, za niž jednájí prokuristé Ing. Petr Klaua a Ing. Jan Svoboda.

Uchazeč Siemens v návrhu uvádí, že v zájmu vyjasnění jeho vyloučení dne 15.4.2002 písemně požádal zadavatele o nahlédnutí do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek (včetně veškerých příslušných příloh) o opětovném prověření základních kvalifikačních předpokladů nabídek. Této jeho žádosti nebylo vyhověno s tím, že žádná „zpráva ani příslušné přílohy nebyly vyhotoveny“. Kromě toho uchazeč Siemens svým dopisem ze dne 15.4.2002, požádal zadavatele o sdělení důvodu vyloučení uchazeče z další účasti v OVS.

Porušení zákona ze strany zadavatele při vyloučení uchazeče Siemens spatřuje v tom, že:

1. pro vyloučení nabídky uchazeče nebyl a není žádný věcný důvod;
2. zadavatel při tzv. „zjišťování“, resp. „opětovném prověření základních kvalifikačních předpokladů nabídek obou uchazečů“ provedl dodatečně a způsobem, který neodpovídá zákonu;
3. zadavatel při „opětovném prověření základních kvalifikačních předpokladů nabídek obou uchazečů“ nepořídil odpovídající zprávu.

ad 1. uchazeč Siemens namítá, že z osob zapsaných v obchodním rejstříku uchazeče jsou statutárním orgánem pouze jednatelé a pouze k jednatelům se vztahují otázky prokazování kvalifikačních předpokladů pro OVS ve smyslu ustanovení § 2b zákona.

ad 2. zadavatel ve svém sdělení důvodu vyloučení č.j. 867/02-07 DDC mimo jiné uvedl: „V důsledku rozhodnutí Úřadu zadavatel zahájil nový výběr nejvhodnější nabídky, v jehož průběhu bylo zjištěno, že...(následují zjištění tří vymazání prokury k 7.11.2001, jednoho vymazání prokury k 21.1.2002, jednoho zapsání prokury k 7.11.2002 a jednoho zapsání prokury k 21.1.2002)“. Uchazeč Siemens namítá, že zadavatel své tzv. „zjištění“ neučinil v průběhu nového výběru nejvhodnější nabídky, ale stalo se tak až dodatečně, po ukončení a řádném zaprotokolování kladného posouzení nabídek dle zákona. (viz zpráva č. 2 komise pro posouzení a hodnocení nabídek). V tomto stadiu OVS už dle zákona zadavateli konání v tomto smyslu vůbec nepříslušelo. Toto stadium OVS je zákonem jasně vymezeno pouze pro statutární orgán zadavatele k přezkoumání oprávněnosti námitek podaných uchazečem proti rozhodnutí zadavatele a k případnému rozhodnutí statutárního orgánu zadavatele o nápravě. Zadavatel tudíž konal bez právního důvodu a opodstatnění.

ad 3. zadavatel jednal v rozporu s ustanoveními zákona též tím, že o svém svévolném dodatečném dílčím tzv. „zjištění“, resp. „opětovném prověření obou nabídek“ nepořídil odpovídající zprávu a tím ani neumožnil uchazeči nikam nahlédnout. Taková zpráva by měla okolnosti nynějšího dodatečného tzv. „zjištění“ resp. „opětovného prověření nabídek“ transparentně dokumentovat v kontextu OVS (a v této fázi již i v kontextu s námitkami uchazeče proti rozhodnutí o novém výběru) mělo by z ní být tedy mj. i zřejmé, jak byly a jsou v původní nabídce uchazeče AŽD Praha doloženy zákonné kvalifikační a další předpoklady podzhotovitelů uchazeče AŽD Praha, jež zejména (prakticky jediné) měly být v tomto stadiu OVS (ovšem jen statutárním orgánem zadavatele) přezkoumány.

Je zjevné, že zadavatel nabídku uchazeče vyloučil neoprávněně, s neoprávněným odvoláním na irelevantní změny prokur, jež zadavatel neoprávněně spojoval se statutárním

orgánem. Vzhledem k výše uvedeným důvodům se uchazeč Siemens u Úřadu domáhá zrušení zadání předmětné veřejné zakázky. Nová obchodní veřejná soutěž by měla být vyhlášena (podle názoru uchazeče) s náležitě upřesněnými podmínkami, přičemž k posouzení a hodnocení nabídek by měla být ustanovena nová komise zadavatele.

Po přezkoumání návrhu a veškerého spisového materiálu a posouzení případu ve všech vzájemných souvislostech dospěl Úřad k závěru, že vyloučením nabídky uchazeče zadavatel porušil zákon. Po zjištění potřebných podkladů, podle § 32 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, po zhodnocení všech dostupných informací, po seznámení se s dokumentací o zadání veřejné zakázky a na základě vlastního zjištění Úřad k návrhu uchazeče konstatuje, že posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a dospěl k závěru, že zadavatel porušil ustanovení § 2a odst. 2 zákona, § 34 odst. 4 zákona a § 56 odst. 5 zákona.

K jednotlivým námitkám uchazeče uvedených v návrhu:

K bodu 1

Úřad se ztotožňuje s názorem uchazeče Siemens, že pro jeho vyloučení nebyl důvod. Statutárním orgánem uchazeče jsou jednatelé. Zápis o jednání uchazeče Siemens v obchodním rejstříku je po celou dobu veřejné zakázky bez jakýchkoliv změn. Údaje o prokurách, jež jsou na výpisu z obchodního rejstříku uchazeče Siemens uvedeny pod údaji o jednání a které zadavatel ve svém dodatečném sdělení nepřesně cituje jako „statutární orgány – prokuristé“, neznamenají, že by prokury byly statutárním orgánem uchazeče. Prokurou, ve smyslu § 14 zákona č. 513/1991 Sb. Obchodního zákoníku ze dne 5.11.1991 v platném znění, zmocňuje podnikatel prokuristu ke všem právním úkonům, k nimž dochází při provozu podniku, i když se k nim jinak vyžaduje zvláštní plná moc.

Změny údajů o prokurách (tj. zápisy či vymazání) v obchodním rejstříku uchazeče Siemens, na něž zadavatel i statutární orgán poukazují, neznamenaly změnu kvalifikačních předpokladů uchazeče ve smyslu ustanovení § 2b zákona. To, že uchazeč v nabídce předložil čestná prohlášení i na prokuristy, nic nemění na věci, že uchazeč kvalifikační předpoklady ve smyslu ustanovení § 2b zákona způsobem podle § 2c zákona splnil a nebyl povinen zadavateli předkládat změny v kvalifikaci ve smyslu § 2d zákona. Ve smyslu § 2b odst. 2 zákona se pouze na osoby, které vykonávají funkci statutárního orgánu uchazeče vztahuje podmínka splnění kvalifikačních předpokladů uvedených v § 2b odst. 1 písm. d) zákona.

K bodu 2

zadavatel porušil ustanovení § 2a odst. 2 zákona, protože dodatečně prověřoval splnění kvalifikačních předpokladů po provedeném výběru, až když uchazeč Siemens podal námitky proti výběru nevhodnější nabídky.

Podle ustanovení § 2a odst. 2 zákona zjišťuje zadavatel kvalifikaci uchazečů

- a) při předkvalifikačním řízení (§ 21)
- b) při posuzování nabídek (§ 29, 34 a 49)
- c) při hodnocení nabídek (§ 35),
- d) před uzavřením smlouvy.

K bodu 3

Zadavatel již nemohl po provedeném výběru nevhodnější nabídky znovu posuzovat splnění kvalifikačních předpokladů.

Kvalifikační předpoklady uchazeče AŽD Praha a jeho podzhotovitelů jsou předmětem samostatného správního řízení č.j. S 036-R/02-314/140/OŠ.

Zadavatel dále porušil ustanovení § 34 odst. 4 zákona, protože vyloučil nabídku uchazeče. Ve smyslu ustanovení § 29 odst. 4 a § 34 odst. 4 zákona při nesplnění kvalifikačních předpokladů nebo nesplnění podmínek soutěže se nabídka vyřazuje z dalšího posouzení a hodnocení nabídek a zadavatel je povinen následně uchazeče vyloučit.

Zadavatel dále porušil ustanovení § 56 odst. 5 zákona a to tím, že uchazeče vyloučil, když již rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, a když uchazeč ve smyslu § 53 odst. 1 zákona vznesl námitky proti výběru nejvhodnější nabídky.

S ohledem na všechny uvedené skutečnosti, které byly prokázány ve správním řízení, Úřad rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

Poučení o opravném prostředku:

Proti tomuto rozhodnutí je možno podat do 15 dnů od jeho doručení rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, Joštova 8, 601 56 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

Ing. Petr Antonín
ředitel odboru

Rozhodnutí obdrží:

1. České dráhy, s.o., Divize dopravní cesty, o.z., nábřeží Ludvíka Svobody 1222, 110 15 Praha 1, zast. vrchním ředitelem Ing. Janem Komárkem
2. Siemens s.r.o., Evropská 33a, 160 00 Praha 6, za niž jednájí prokuristé Ing. Petr Klauđa a Ing. Jan Svoboda