

Č.j. VZ/S48/04-151/2234/04-če

V Brně dne 12. května 2004

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 51 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb., ve správním řízení zahájeném dne 30.3.2004 z vlastního podnětu podle § 57 odst. 1 citovaného zákona o zadávání veřejných zakázek ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Olomoucký kraj, Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc, zastoupený hejtmánem Ing. Janem Březinou – učiněných v obchodní veřejné soutěži „Opravy a rekonstrukce vybrané silniční sítě v majetku Olomouckého kraje (na úseku silnic II. třídy č. 367 a č. 434)“, vyhlášené v Obchodním věstníku č. 50/2003 dne 17.12.2003 pod zn. 184218-50/03, podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 42/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., rozhodl takto:

Zadavatel – Olomoucký kraj – porušil ustanovení § 11 odst. 1 posledně citovaného zákona o zadávání veřejných zakázek tím, že požadavky na prokazování dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky v podmínkách obchodní veřejné soutěže stanovil způsobem, který znevýhodňuje uchazeče v případě, předkládá-li společnou nabídku více osob společně. Podle § 60 písm. b) v návaznosti na § 60a zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona

č. 424/2002 Sb., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb., **se ruší zadání** veřejné zakázky „Opravy a rekonstrukce vybrané silniční sítě v majetku Olomouckého kraje (na úseku silnic II. třídy č. 367 a č. 434)“, vyhlášené v Obchodním věstníku č. 50/2003 dne 17.12.2003 pod zn. 184218-50/03.

O d ů v o d n ě n í

Olomoucký kraj, Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc, zastoupený hejtmanem Ing. Janem Březinou (dále jen „zadavatel“), vyhlásil dne 17.12.2003 v Obchodním věstníku č. 50/03 pod zn. 184218-50/03 podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „zákon“ s tím, že pokud je dále uváděn odkaz na zákon o zadávání veřejných zakázek, jedná se vždy o znění „zákona“ platného v době provedení úkonu orgánu dohledu nebo v době provedení jednotlivých úkonů zadavatele), obchodní veřejnou soutěž „Opravy a rekonstrukce vybrané silniční sítě v majetku Olomouckého kraje (na úseku silnic II. třídy č. 367 a č. 434)“ (dále jen „soutěž“).

Jako další předpoklady pro plnění veřejné zakázky (dále jen „další předpoklady“) zadavatel v podmínkách soutěže stanovil:

- vlastní kapitál uchazeče musí být minimálně 1 mld. Kč, každý další účastník (ve sdružení) musí mít kapitál ve výši min. 700 mil. Kč,
- obrat uchazeče musí být min. 2 mld. Kč ve třech po sobě jdoucích letech, každý další účastník (ve sdružení) musí mít obrat min. 1,5 mld. Kč ve třech po sobě jdoucích letech,
- roční objem živičných prací provedených vlastními kapacitami uchazeče min. 240 000 t ve dvou po sobě jdoucích letech, každý další účastník (ve sdružení) min. objem živičných prací provedených vlastními kapacitami 150 000 t.

Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 25.2.2004, zadavatel v soutěžní lhůtě obdržel dvě nabídky, přičemž komise pro otevírání obálek obě nabídky posoudila z hlediska podmínek soutěže jako úplné. Z dokumentace o zadání veřejné zakázky (dále jen „dokumentace“) je zřejmé, že zadavatel současně obdržel dva písemné podněty podané společnostmi COLAS CZ, a. s., Praha, a Pražské silniční a vodohospodářské stavby, a. s., Praha, zpochybňující údajný diskriminační charakter dalších předpokladů stanovených v podmínkách soutěže. Zadavatel v reakci na podané podněty žádné další úkony ani rozhodnutí k dokončení zadání veřejné zakázky nečinil. Kopie uvedených podnětů obdržel i Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), který si od zadavatele vyžádal stanovisko k obdržným podnětům.

Obsahem obou podaných podnětů byly stížnosti na údajně diskriminační charakter a nepřiměřenost dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky, které – tím, že zadavatel v podmínkách soutěže neumožnil načítání požadovaných aspektů – představují v daném kontextu jednoznačné zvýhodnění velmi úzké skupiny tuzemských stavebních společností, bez kterých není fakticky možné jakékoliv sdružení pro plnění veřejné zakázky ustavit.

Zadavatel v dopise ze dne 2.3.2004 uvedl, že při stanovení dalších předpokladů vycházel z povahy předmětu plnění veřejné zakázky slučujícího stavební práce a služby spojené s opravami a údržbou komunikace. Vymezené úseky silniční sítě, představující majetek v hodnotě několika miliard korun, budou vybraným uchazečem spravovány po dobu 10 let. Záměrem zadavatele proto bylo veřejnou zakázku zadat subjektu, který je svým vlastním kapitálem schopen ručit min. ve výši 1 mld. Kč. Délka plnění veřejné zakázky s odkladem první splátky, provádění údržby a záruka byly rovněž důvodem pro stanovení minimální hranice obratu uchazeče zajišťující, aby zakázku realizoval subjekt mající kapacity ročního obratu alespoň v trojnásobku předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Z hlediska požadované kapacity živičných prací byl sledován stejný princip, tj. uzavřít smlouvu s uchazečem kapitálově i odborně erudovaným, který disponuje potřebnou technologií.

Zadavatel ve svém stanovisku ze dne 15.3.2004 doplnil, že vymezil další předpoklady stejně i pro další osoby podávající společnou nabídku, neboť v praxi je údajně zvykem, že „velké“ společnosti podávající nabídku společně s „menšími“ subjekty, posléze od plnění odstoupí a zadavatel i přes smluvní zajištění realizuje zakázku s kapacitně a ekonomicky slabými subjekty se všemi negativními důsledky. Vzhledem k dlouhodobému plnění veřejné zakázky nelze vyloučit možnost ekonomického kolapsu právě „většího“ účastníka sdružení a zadavatel proto sledoval záměr uzavřít smlouvu s uchazečem, případně uchazeči, který každý sám o sobě má přiměřenou kapacitu. Zdánlivá diskriminace „menších firem“ se z pohledu zadavatele jeví jako oprávněné vymezení nezbytných podmínek pro zajištění řádného plnění. Pokud se týká konkrétních číselných hodnot nebyly vybrány nahodile, ale na základě konzultací odborného týmu specialistů z oblasti ekonomie, správy a údržby silnic a z oblasti certifikace podle národního kvalifikačního a klasifikačního systému stavebních dodavatelů.

V návaznosti na stanovisko zadavatele orgán dohledu dopisem ze dne 16.3.2004 zadavatele požádal o zaslání kopií dokumentů dokládajících zadavatelem zmiňované „konzultace odborného týmu specialistů“. Zadavatel ve své odpovědi ze dne 17.3.2004 uvedl, že se jednalo o komplex jednání, zahrnujících nejen vymezení dalších předpokladů, ale i posouzení rizik zvoleného způsobu zadání, ze kterého nebyly pořizovány písemné záznamy a z uvedeného důvodu nemůže požadované dokumenty orgánu dohledu poskytnout.

Vycházejí z posouzení skutečností uvedených ve stanoviscích zadavatele, podaných podnětech a následně i z přezkoumání vyžádané dokumentace, získal orgán dohledu pochybnosti o tom, zda úkony zadavatele při zadávání veřejné zakázky byly učiněny v souladu se zákonem. Možné porušení zákona bylo orgánem dohledu spatřováno v souvislosti se zjištěním, že zadavatelem stanovené další předpoklady znevýhodňují uchazeče v případě podání společné nabídky, neboť uchazeč podávající společnou nabídku musí prokázat další předpoklady ve větším rozsahu, než pokud je uchazečem pouze jeden subjekt.

Z uvedeného důvodu orgán dohledu zahájil správní řízení z úřední povinnosti, jehož účastníkem je podle § 58 zákona zadavatel.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu zadavateli dopisem ze dne 29.3.2004, ve kterém uvedl svá zjištění a rovněž stanovil lhůtu, ve které se zadavatel mohl vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.

Orgán dohledu současně rozhodnutím č.j. VZ/S48/04-151/1391/04-če ze dne 29.3.2004, které nabylo právní moci dne 15.4.2004, jako předběžné opatření podle § 43 odst. 1 písm. a) zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, zadavateli uložil nepokračovat v zadávání veřejné zakázky, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí orgánu dohledu ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.

Dnem 30.3.2004, kdy zadavatel oznámení o zahájení řízení obdržel, bylo podle § 57 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu z vlastního podnětu. Zadavatel se ve stanovené lhůtě ani později k zahájení řízení nevyjádřil.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 57 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména předložené dokumentace, vyjádření účastníka řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky dopustil porušení zákona, k čemuž orgán dohledu dále uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Podle § 5 odst. 2 zákona může zadavatel vymežit další podmínky soutěže, které vyhlásí současně s podmínkami podle odstavce 1, a to podle písm. e) téhož ust. zákona rovněž i požadavky na prokazování dalších předpokladů (§ 2f zákona). Současně podle § 11 odst. 1 zákona platí, že žádný z uchazečů v obchodní veřejné soutěži nesmí být zvýhodněn proti ostatním účastníkům soutěže s výjimkami uvedenými v odstavcích 2 a 3.

Zadavatel v podmínkách soutěže pod bodem 4. „Další předpoklady pro plnění veřejné zakázky“ požadoval v nabídce prokázat skutečnost o tom, že:

- vlastní kapitál uchazeče musí být minimálně 1 mld. Kč, každý další účastník (ve sdružení) musí mít kapitál ve výši min. 700 mil. Kč,
- obrat uchazeče musí být min. 2 mld. Kč ve třech po sobě jdoucích letech, každý další účastník (ve sdružení) musí mít obrat min. 1,5 mld. Kč ve třech po sobě jdoucích letech,
- roční objem živichných prací provedených vlastními kapacitami uchazeče min. 240 000 t ve dvou po sobě jdoucích letech, každý další účastník (ve sdružení) min. objem živichných prací provedených vlastními kapacitami 150 000 t.

Z formulace dalších předpokladů vyplývá, že podmínky soutěže neumožňují prosté „načítání“ kapitálu, obratu a objemu živichných prací do požadovaného „limitu“, pokud nabídka předkládá více osob společně (dále jen „společná nabídka“), ale striktně vyžadují, aby vždy alespoň jedna osoba podávající společnou nabídku měla vlastní kapitál ve výši min. 1 mld. Kč a každá další osoba podávající společnou nabídku kapitál ve výši min. 700 mil. Kč, (tj. například při podání společné nabídky třemi osobami musí celkový kapitál osob podávajících společnou nabídku činit min. 2 400 mil. Kč). Stejný princip zadavatel uplatnil při prokazování obratu (v případě podání nabídky jednou osobou uchazeč prokazuje

minimální obrat ve výši 2 mld. Kč, ale pokud podává nabídku více osob společně musí např. sdružení dvou osob prokázat minimální obrat již ve výši 3,5 mld. Kč) a objemu živičných prací (v případě podání nabídky jednou osobou uchazeč prokazuje minimální objem 240 tis. tun, ale pokud podává nabídku více osob společně musí např. sdružení dvou osob prokázat minimální objem již ve výši 390 tis. tun).

V ust. § 5 odst. 2 zákona je sice zadavatelům dána možnost vymezit na základě svých potřeb i další podmínky soutěže a obecně tedy nelze považovat za porušení zákona skutečnost, pokud zadavatel, např. u stavební zakázky velkého rozsahu, stanoví další předpoklady vymezující určitou reálnou způsobilost uchazeče pro plnění veřejné zakázky. Tyto další předpoklady však musí být přiměřené předmětu plnění veřejné zakázky a současně musí zachovávat princip rovného přístupu ke všem uchazečům o veřejnou zakázku, to znamená, že takto stanovené „limity“ musí platit pro všechny uchazeče stejně.

Podle § 2 písm. d) zákona je uchazečem tuzemská nebo zahraniční osoba, popřípadě více těchto osob společně. Zákon tedy nerozlišuje, zda je uchazečem pouze jedna osoba nebo více osob podávajících společnou nabídku. Není proto možné uplatňovat na uchazeče, kterým není pouze jeden subjekt, přísnější kritéria pro účast na veřejné zakázce, jak nastalo v šetřeném případě, kdy zadavatel u jednoho uchazeče vyžadoval zajišťující kapitál ve výši 1 mld. Kč a u druhého (pokud by se jednalo o společnou nabídku) kapitál vyšší. Obdobně to v šetřeném případě platí i v případě prokazování požadovaného obratu či objemu živičných prací provedených vlastními kapacitami.

V ust. § 11 odst. 1 zákona je upravena jedna ze základních zásad zadávacího procesu, tj. zásada rovného postavení všech zájemců a uchazečů, kdy žádný z nich nesmí být zvýhodněn proti ostatním účastníkům soutěže (s výjimkami dle zákona). Tím, že zadavatelem stanovené další předpoklady pro plnění veřejné zakázky znevýhodňují uchazeče v případě podání společné nabídky, neboť osoby podávající společnou nabídku musí prokázat větší vlastní kapitál, obrat, a provedený objem živičných prací, než pokud podává nabídku uchazeč, kterým je pouze jeden subjekt, nebyl zadavatelem princip rovného postavení uchazečů (zájemců) dodržen a zadavatel tak porušil ust. § 11 odst. 1 zákona. Orgán dohledu v této souvislosti připomíná, že právě stížnosti na diskriminační charakter dalších předpokladů byly obsahem podnětů podaných zájemci o veřejnou zakázku – společnostmi COLAS CZ, a. s., Praha, a Pražské silniční a vodohospodářské stavby, a. s., Praha.

Ke stanoviskům zadavatele, ve kterých zadavatel odůvodňuje obsah a přiměřenost dalších předpokladů orgán dohledu uvádí, že tento aspekt podrobněji nezkoumal, neboť v konečném důsledku neměla na rozhodnutí orgánu dohledu vliv. Orgán dohledu v této souvislosti nicméně zdůrazňuje skutečnost, že přes výslovnou žádost nebyl zadavatel „konzultace specialistů“, na které se v souvislosti se stanovením konkrétní výše dalších předpokladů odvolává, schopen dokladovat, přičemž doložení předmětného dokumentu do dokumentace by bylo pro transparentnost zadávacího procesu nepochybně žádoucí, byť zákon ve svých ust. požadí takového dokladu výslovně nevyžaduje.

Po posouzení případu ve všech souvislostech orgán dohledu konstatuje, že porušení zákona, které se týká obligatorních podmínek zadání veřejné zakázky (obsahu podmínek

soutěže), svým charakterem neumožnilo nápravu zjednat jiným způsobem, než zadání veřejné zakázky zrušit.

Orgán dohledu pro úplnost uvádí, že rozhodnutí o zrušení zadání soutěže, souvisí s povinností zadavatele zveřejnit zrušení soutěže v Obchodním věstníku a na centrální adrese (§ 64a odst. 2 zákona).

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Miroslav Šumbera
vrchní ředitel

Obdrží:

Olomoucký kraj, Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc, zast. hejtmanem Ing. Janem Březinou

