

Č. j.: 2R 38/04 – Hr

V Brně dne 23.8.2004

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 4.6.2004 Olomouckým krajem, zast. hejtmanem Ing. Janem Březinou, se sídlem Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12.5.2004 č. j. VZ/S46/04-151/2232/04-če ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Olomouckého kraje, se sídlem Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc, učiněných při zadání veřejné zakázky „opravy a rekonstrukce vybrané silniční sítě v majetku Olomouckého kraje (na úseku silnice II. třídy č. 435)“ formou obchodní veřejné soutěže podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., uveřejněním dne 17.12.2003 v Obchodním věstníku č. 50/2003 pod zn. 184215-50/03, jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S46/04-151/2232/04-če ze dne 12.5.2004

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

Odůvodnění

Olomoucký kraj, zast. hejtmanem Ing. Janem Březinou, se sídlem Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc (dále jen „zadavatel“), zadal formou obchodní veřejné soutěže podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“), uveřejněním dne 17.12.2003 v Obchodním věstníku č. 50/03 pod zn. 184215-50/03 veřejnou zakázku na „Opravy a rekonstrukce vybrané silniční sítě v majetku Olomouckého kraje (na úseku silnice II. třídy č. 435)“.

Zadavatel v soutěžní lhůtě obdržel celkem dvě nabídky a obě komise pro otvírání obálek posoudila z hlediska podmínek soutěže jako úplné. Zadavatel současně obdržel dva písemné podněty od společností COLAS CZ, a. s., Praha, a Pražské silniční a vodohospodářské stavby, a. s., Praha, namítající údajný diskriminační charakter a nepřiměřenost dalších předpokladů pro plnění veřejných zakázek stanovených v podmínkách soutěže. Zadavatel v soutěžních podmínkách mimo jiné 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 uchazečů musí být min. 2 mld. Kč ve třech po sobě jdoucích letech, každý další účastník (ve sdružení) musí mít obrat min. 1,5 mil. 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.

Autoři podnětů mají za to, že takto formulované podmínky představují v daném kontextu jednoznačné zvýhodnění velmi úzké skupiny tuzemských stavebních společností.

Kopie uvedených podnětů obdržel i Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) a dopisem ze dne 23.2.2004 si k těmto podnětům od zadavatele vyžádal stanovisko. V dopise ze dne 2.3.2004 pak zadavatel uvádí, že jeho záměrem bylo veřejnou zakázku vzhledem k její povaze zadat subjektu, který je svým vlastním kapitálem schopen ručit ve výši min. 1 mld. Kč, současně má kapacity ročního obrátu alespoň v trojnásobku předpokládané hodnoty veřejných prací, tedy uchazeči kapitálově i odborně erudovanému, který disponuje potřebnou technologií. V doplnění svého stanoviska ze dne 15.3.2004 pak zadavatel k vymezení předpokladů stejně i pro další osoby podávající společnou nabídku dále uvádí, že sledoval záměr uzavřít smlouvu s uchazečem, případně uchazeči, který každý sám o sobě má přiměřenou kapacitu.

Ze zjištěných skutečností získal Úřad pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele, učiněných při zadání předmětné veřejné zakázky, a proto ve věci zahájil správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako jediného účastníka správního řízení označil zadavatele. Oznámení o zahájení správního řízení obdržel zadavatel dne 30.3.2004 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno. Dne 29.3.2004 Úřad současně rozhodnutím č. j. VZ/S46/04-151/1389/04-če uložil zadavateli jako předběžné opatření nepokračovat v zadání předmětné veřejné zakázky. Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 15.4.2004.

V oznámení o zahájení správního řízení Úřad uvádí, že formulace podmínek soutěže neumožňuje načítání „kapitálu, obratu a objemu živichných prací“ v případě podání společné nabídky více uchazeči (sdružení), čímž jsou tito uchazeči v případě podání společné nabídky znevýhodněni, neboť musí prokázat větší vlastní kapitál, obrat a provedený objem živichných prací, než pokud podá nabídku pouze jeden uchazeč.

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 12.5.2004 rozhodnutí č. j. VZ/S46/04-151/2232/04-če, kterým v postupu zadavatele konstatoval porušení ustanovení § 11 odst. 1 zákona tím, že požadavky na prokázání dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky v podmínkách obchodní veřejné soutěže stanovil zadavatel způsobem, který znevýhodňuje uchazeče v případě, předkládá-li společnou nabídku více osob společně. Na základě zjištěného porušení zákona Úřad zrušil zadání veřejné zakázky.

V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že zákon nerozlišuje, zda je uchazečem pouze jedna osoba nebo více osob podávajících společnou nabídku a v každém případě proto musí být zachována jedna ze základních zásad zadávacího procesu, zakotvená v ustanovení § 11 odst. 1 zákona, tedy zásada rovného postavení všech zájemců a uchazečů, když žádný z nich nesmí být zvýhodněn proti ostatním účastníkům soutěže (s výjimkami dle zákona). Tím, že zadavatelem stanovené soutěžní podmínky znevýhodňují uchazeče v případě podání společné nabídky, neboť tyto osoby musí prokázat větší vlastní kapitál, obrat a provedený objem živichných prací, zadavatel nedodržel princip rovného postavení uchazečů a dopustil se tak výše popsaného porušení zákona.

Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 4.6.2004 rozklad, ve kterém argumentuje „zvláštním charakterem zakázky“, který spatřuje v dlouhodobosti plnění části předmětu veřejné zakázky (údržba komunikace po dobu 10 let) a platebními podmínkami, podle kterých bude splácení předmětu plnění zahájeno až po dokončení rekonstrukce, a to v pravidelných kvartálních splátkách po dobu údržby komunikace. Uvedené argumenty zadavatele podle jeho názoru opravňovaly ke stanovení dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky, které účast na soutěži fakticky omezily na „kapitálově silné“ společnosti, schopné dané, zejména finanční podmínky zvládnout. Ke stanovení těchto předpokladů vedla zadavatele především snaha zajistit maximální garance na řádné plnění veřejné zakázky, aby i v případě jakékoliv neschopnosti některého z účastníků sdružení dostát svým závazkům, byli ostatní členové sdružení s velkou mírou jistoty schopni tak učinit. Principy, kterými se řídil při stanovení soutěžních podmínek, jsou dle názoru zadavatele zcela v intencích nového zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, který ve svém ustanovení § 30 odst. 5 přímo vyžaduje, aby v případě společné nabídky více dodavatelů splňoval další kvalifikační kritéria alespoň jeden z dodavatelů.

Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:

Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S46/04-151/2232/04-če ze dne 12.5.2004 na základě zjištěných porušení zákona zrušil zadání předmětné veřejné zakázky, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí se plně ztotožňuji.

K argumentaci zadavatele uvádím následující:

Podle ustanovení § 2 písm. d) zákona je uchazečem o veřejnou zakázku tuzemská nebo zahraniční osoba, popřípadě více těchto osob společně, která předložila nabídku podle podmínek soutěže vyhlášených zadavatelem pro obchodní veřejnou soutěž, nebo předběžnou nabídku v dvoustupňové obchodní veřejné soutěži, a nebo nabídku na podkladě výzvy zadavatele při jiných způsobech zadání veřejné zakázky. Podle ustanovení § 11 odst. 1 zákona pak žádný z uchazečů nesmí být v obchodní veřejné soutěži zvýhodněn proti ostatním účastníkům soutěže s výjimkami uvedenými dále v ustanovení § 11 odst. 2 a 3 zákona. Z uvedeného tedy jednoznačně vyplývá, že zadavatel musí ke všem uchazečům zachovávat rovný přístup a nesmí se dopustit diskriminace žádného z nich, přičemž zákon v této souvislosti žádným způsobem nerozlišuje, zda uchazečem je jeden subjekt, a nebo zda je uchazečem několik subjektů podávajících společnou nabídku, ale ochranu před diskriminací zajišťuje všem uchazečům bez výjimky.

Jak vyplývá z textu vyhlášení soutěže zveřejněného v Obchodním věstníku, zadavatel v bodě „4. Další předpoklady pro plnění veřejné zakázky“ stanovil, že „Jako další předpoklady pro plnění veřejné zakázky (§2f) požaduje zadavatel 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 mil. 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“.

K tomu uvádím, že takto stanovené další podmínky plnění veřejné zakázky svou formulací diskriminují ty uchazeče, kteří podávají společnou nabídku, neboť po těchto uchazečích zadavatel požadoval prokazování kapitálu, obratu a objemu provedených živichných prací ve větší míře, než po uchazečích, tvořených jediným subjektem. Na základě takto formulovaných podmínek soutěže tedy museli někteří uchazeči prokazovat vlastní kapitál ve výši minimálně 1 mld. Kč, avšak jiní uchazeči (sdružení více subjektů, podávajících společnou nabídku) byli povinni totéž prokazovat v minimální výši až 1,7 mld. Kč. Stejně nerovné, nespravedlivé a tedy diskriminační byly soutěžní podmínky i v případě prokazování obratu ve třech po sobě jdoucích letech a ročního objemu živichných prací provedených vlastními silami. Z uvedeného je zřejmé, že zadavatel nezachoval rovný přístup ke všem uchazečům o veřejnou zakázku, a tedy zjevně porušil ustanovení § 11 odst. 1 zákona, jak je správně konstatováno ve výroku napadeného rozhodnutí.

Výše uvedenou skutečnost zadavatel ve svém rozkladu ostatně nezpochybňuje, ba dokonce ji potvrzuje, když doslova uvádí, že „obecně lze těžko napadenému rozhodnutí vytknout, že by z formálního hlediska bylo v rozporu se zákonem“. Nezákonnost napadeného rozhodnutí shledává zadavatel pouze v tom, že je dle jeho názoru v rozporu se smyslem a účelem zákona, který zadavatel spatřuje mimo jiné i v ochraně veřejných prostředků proti jejich případnému zneužití. Zadavatel v této souvislosti dovozuje, že vzhledem k mimořádnému charakteru předmětné veřejné zakázky, především způsobu jejího financování, „je evidentní, že takových subjektů, které splňují výše nastíněná kritéria, není na trhu stavebních prací mnoho. Tím je počet uchazečů fakticky limitován, aniž by docházelo ze strany zadavatele k jejich diskriminaci“.

K tomu opětovně uvádím, že zadavatel je v souladu s ustanovením § 11 odst. 1 zákona povinen zachovávat rovný přístup ke všem uchazečům o veřejnou zakázku. Obecně je tedy mimo jiné i povinen umožnit všem subjektům, kteří jsou způsobilí být uchazeči podle zákona (tedy i sdružení právnických či fyzických osob) a současně kteří mají reálně dostatečné kapacity a předpoklady pro plnění předmětné veřejné zakázky, podat nabídku, která bude posuzována a hodnocena. Je logické, že v případě rozsáhlých a jinak mimořádných veřejných zakázek zde působí další skutečnosti ekonomické i jiné povahy, které přirozeným způsobem redukují konkurenci potenciálních uchazečů, avšak zadavatel nemůže těmito skutečnostem vycházet vstříc stanovením diskriminačních soutěžních podmínek, jak bylo popsáno výše.

Zadavatel ve svém rozkladu rovněž namítá, že jeho postup byl v intencích ustanovení § 30 odst. 5 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách. K tomu pouze konstatuji, že k vyhlášení předmětné obchodní veřejné soutěže došlo dne 17.12.2003, tedy v době účinnosti zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. V této souvislosti odkazuji na ustanovení § 109 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, dle kterého se zadávání veřejných zakázek, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí podle dosavadních právních předpisů, tedy podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Odkaz zadavatele na § 30 zákona č. 40/2004 Sb. je tedy pro právní posouzení případu zcela irelevantní.

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Olomoucký kraj, se sídlem Jeremenkova 40a, 779 11, Olomouc, zast. hejtmanem Ing. Janem Březinou,
2. spis.