

Č. j. VZ/S231/05-151/5836/05-če

V Brně dne 6. února 2006

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 18.11.2005 podle § 96 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. 253/2005 Sb. a zákona č. 377/2005 Sb., na návrh ze dne 16.11.2005 stěžovatele – společností Skanska CZ a. s., IČ 26209535, se sídlem Kubánské náměstí 11, 100 05 Praha 10 Vršovice, za niž jedná Ing. Zdeněk Burda a RNDr. Miroslav Tvrdý, předseda a místopředseda představenstva, a Skanska DS a. s., IČ 26271303, se sídlem Bohunická 133/50, 619 00 Brno, za niž jedná Ing. Josef Hájek a Ing. Milan Matzenauer, předseda a místopředseda představenstva, které podaly na základě vzájemné dohody ze dne 28.7.2005 společnou nabídku – na přezkoumání rozhodnutí zadavatele – statutární město Hradec Králové, IČ 00268810, se sídlem Československé armády 408, 502 00 Hradec Králové, zastoupené Ing. Otakarem Divíškem, primátorem, a Dopravní podnik města Hradce Králové, a. s., IČ 25267213, se sídlem Pouchovská 153, 500 03 Hradec Králové, za niž jedná Ing. Miloslav Kulich, předseda představenstva – ze dne 9.11.2005 o námitkách proti rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky „Terminál hromadné dopravy – Hradec Králové“, zadávané v otevřeném zadávacím řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese pod ev. č. 50003146 dne 3.6.2005 a dne 21.6.2005 v Úředním věstníku EU S - 118/2005 v dokumentu č. 116348, rozhodl **takto**:

Zadavatel – statutární město Hradec Králové a Dopravní podnik města Hradce Králové, a. s. – nesplnil povinnost uvedenou v § 48 odst. 3 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., v návaznosti na § 25 odst. 1 téhož zákona tím, že v zadávací dokumentaci v rámci jiných požadavků pro realizaci veřejné zakázky stanovil podmínku na předložení potvrzení NBÚ pro stupeň utajení „VYHRAZENÉ“, ačkoliv uvedený požadavek nebyl odůvodněn předmětem realizace veřejné zakázky. Zadavatel uvedeným způsobem rovněž omezil okruh potenciálních dodavatelů, čímž porušil povinnost dodržovat zásadu zákazu diskriminace v zadávacím řízení.

Z důvodu nesplnění uvedených povinností se zadavateli – statutární město Hradec Králové a Dopravní podnik města Hradce Králové, a. s. – 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 Sb., a zákona č. 413/2005 Sb., **ukládá náprava**, a to zrušit zadávací řízení na veřejnou zakázku „Terminál hromadné dopravy – Hradec Králové“, a to ve lhůtě do jednoho

měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí, neboť uvedený úkon zadavatele ovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

Odůvodnění

Statutární město Hradec Králové, IČ 00268810, se sídlem Československé armády 408, 502 00 Hradec Králové, zastoupené Ing. Otakarem Divíškem, primátorem, a Dopravní podnik města Hradce Králové, a. s., IČ 25267213, se sídlem Pouchovská 153, 500 03 Hradec Králové, za niž jedná Ing. Miloslav Kulich, předseda představenstva (dále jen „zadavatel“), uveřejnily podle § 84 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. a zákona č. 124/2005 Sb. (dále jen „zákon“), na centrální adrese pod ev. č. 50003146 dne 3.6.2005 (s opravami uveřejněných informací zveřejněnými na centrální adrese dne 17.6.2005 a 27.7.2005) a dne 21.6.2005 v Úředním věstníku EU S - 118/2005 v dokumentu č. 116348 (s opravou zveřejněnou v Úředním věstníku EU S - 147/2005 v dokumentu č. 146482 dne 2.8.2005) v oznámení otevřeného zadávacího řízení svůj úmysl zadat nadlimitní veřejnou zakázku na stavební práce pod názvem „Terminál hromadné dopravy – Hradec Králové“. Pozn. pokud orgán dohledu dále uvádí odkaz na zákon o veřejných zakázkách, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu orgánu dohledu nebo v době provedení jednotlivých úkonů zadavatele.

Zadavatel jako základní kritérium pro zadání veřejné zakázky zvolil ekonomickou výhodnost nabídky. V oznámení zadávacího řízení stanovil tyto dílčí kritéria pro zadání veřejné zakázky:

1. Nabídková cena (50 %).
2. Výše bankovní záruky za dodržení termínu dokončení díla (20 %).
3. Výše bankovní záruky za kvalitu díla (15 %).
4. Záruční lhůty (15 %).

Z protokolu o otevírání obálek ze dne 20.9.2005 je zřejmé, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel 4 nabídky. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 13.10.2005, komise pro posouzení a hodnocení nabídek, jmenovaná usnesením vlády České republiky (dále jen „ČR“) ze dne 7.9.2005, po posouzení a hodnocení nabídek vyhodnotila jako ekonomicky nejvýhodnější nabídku společností ZS Brno, a. s., Brno, Obrascón Huarte Lain, S.A., podnikající v ČR prostřednictvím organizační složky s označením Obrascón Huarte Lain, S.A., organizační složka (dále jen „OHL“), a M - SILNICE a. s., Pardubice, které podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 28.7.2005 společnou nabídku pod názvem „Sdružení Terminál Hradec Králové“ (dále jen „Sdružení THK“). Zadavatel postup komise akceptoval a rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky sdělil uchazečům dopisem ze dne 18.10.2005.

Proti rozhodnutí zadavatele podaly společnosti Skanska CZ a. s., Praha, a Skanska DS a. s., Brno, podávající na základě vzájemné dohody ze dne 28.7.2005 společnou nabídku (dále jen „navrhovatel“), dopisem ze dne 1.11.2005 námitky. Zadavatel námitkám nevyhověl a uvedenou skutečnost sdělil dopisem ze dne 9.11.2005 navrhovateli, který ho podle dodejky převzal dne 11.11.2005. Navrhovatel následně dopisem ze dne 16.11.2005 podal u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, přičemž dne 16.11.2005 uhradil správní poplatek a složil na účet orgánu dohledu kauci ve výši jeden milion Kč.

Navrhovatel v návrhu uvedl, že podle jeho názoru uchazeč OHL nesplnil zadávací podmínku na předložení potvrzení Národního bezpečnostního úřadu (dále jen „NBÚ“) pro stupeň

utajení „VYHRAZENÉ“, neboť zadavatel v zadávací dokumentaci výslovně uvedl, že předkládá-li nabídku více dodavatelů společně, doloží předmětné potvrzení každá z těchto osob. Uvedený požadavek nemůže být považován za kvalifikaci uchazeče, a proto na způsob doložení nelze uplatnit ustanovení § 30 odst. 8 zákona. Protože zadavatel k doložení potvrzení NBÚ nepřipustil alternativu, nelze akceptovat doklad vydaný v zemi sídla uchazeče OHL, který tak nesplnil uvedenou zadávací podmínku a zadavatel byl proto povinen Sdružení THK ze zadávacího řízení vyloučit. Navrhovatel v této souvislosti odkazuje na pravomocná rozhodnutí orgánu dohledu (čj. VZ/S10/05, resp. VZ/S11/05), ve kterých orgán dohledu další požadavky zadavatele mimo rámec kvalifikačních kritérií specifikovaných v zákoně, posoudil jako skutečnosti, které nelze zahrnout mezi kvalifikační kritéria. Režim utajovaných skutečností spadá v ČR výhradně do působnosti NBÚ, přičemž potvrzení vydaná touto institucí nelze nahradit osvědčením vydaným cizí mocí. Postup zadavatele zásadně ovlivnil pořadí nabídek, neboť pokud by Sdružení THK vyloučil, musel by veřejnou zakázku přidělit navrhovateli, jehož nabídka se umístila v hodnocení druhá. Navrhovatel se domáhá, aby orgán dohledu zadavateli uložil zrušit rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky a provést nové posouzení a hodnocení nabídek. Současně požaduje, aby zadavateli uložil předběžné opatření, týkající se zakazu uzavřít smlouvu a zakazu zrušit zadávací řízení.

Zadavatel se k obsahu návrhu vyjádřil dopisem ze dne 28.11.2005, ve kterém uvedl, že předložení potvrzení NBÚ stanovil jako kvalifikační kritérium, a svůj požadavek blíže upřesnil v zadávací dokumentaci. Uchazeč OHL předložil v rámci společné nabídky certifikát o bezpečnostním prověření vystavený Národním bezpečnostním úřadem Španělského království pro materiály NATO – TAJNÉ. Podle § 17 písm. d) zákona se za kvalifikaci považuje způsobilost dodavatele pro provedení veřejné zakázky. Zadavatel vyvozuje, že požadavky vztahující se bezprostředně ke kvalitativním i kvantitativním aspektům uchazeče lze proto zahrnout mezi kvalifikační kritéria, byť nejsou výslovně uvedena v zákoně. Takovým kvalifikačním kritériem je podle jeho názoru i potvrzení o bezpečnostní způsobilosti. Zadavatel se domnívá, že při stanovení požadavků na kvalifikaci je omezen pouze tím, že není oprávněn požadovat její splnění nad rámec požadavků stanovených v oznámení zadávacího řízení a současně je povinen omezit jejich rozsah pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Požadavek na bezpečnostní způsobilost vzhledem k předmětu veřejné zakázky považuje za zcela důvodný. Vstupem do NATO a EU se ČR zavázala k ochraně společných zájmů těchto uskupení a je tedy nutno vycházet z jednotného přístupu k nakládání s utajovanými skutečnostmi. Z uvedeného standardu vycházel i zadavatel při hodnocení kvalifikace uchazečů, kdy akceptoval všechny informace doložené uchazeči k bezpečnostní způsobilosti jako dostatečné. Zadavatel navrhuje, aby orgán dohledu zahájené správní řízení zastavil.

Dnem 18.11.2005, kdy orgán dohledu návrh obdržel, bylo podle § 96 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu. Účastníky správního řízení podle § 99 zákona jsou:

- zadavatel,
- Skanska CZ a. s., IČ 26209535, se sídlem Kubánské náměstí 11, 100 05 Praha 10 Vršovice, za niž jedná Ing. Zdeněk Burda a RNDr. Miroslav Tvrдый, předseda a místopředseda představenstva,
- Skanska DS a. s., IČ 26271303, se sídlem Bohunická 133/50, 619 00 Brno, za niž jedná Ing. Josef Hájek a Ing. Milan Matzenauer, předseda a místopředseda představenstva, uchazeči, kteří na základě dohody ze dne 28.7.2005 podali společnou nabídku (dále jen „navrhovatel“),
- ŽS Brno, a. s., IČ 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 660 02 Brno, za niž jedná Ing. Michal Štefl a Ing. František Ledabyl, předseda a místopředseda představenstva,

- Obrascón Huarte Lain, S.A., Gobelás 35-37, El Plantío, 28023-Madrid, Španělské království, podnikající v České republice prostřednictvím organizační složky s označením Obrascón Huarte Lain, S.A., organizační složka, IČ 26920468, se sídlem Burešova 938/17, 660 02 Brno, za níž jedná Manuel Viciano Pedrosa, vedoucí organizační složky (dále jen „OHL“),
- M - SILNICE a. s., IČ 42196868, se sídlem Husova 1697, 530 00 Pardubice, za níž jednají JUDr. Blanka Kalcsová a Ing. Miloš Matějů, předseda a místopředseda představenstva, uchazeči, kteří podali na základě smlouvy o sdružení ze dne 28.7.2005 společnou nabídku pod názvem „Sdružení THK“, a kterým byla veřejná zakázka přidělena.

Dne 29.11.2005 obdržel orgán dohledu dokumentaci o zadání veřejné zakázky, doplněnou dne 14.12.2005. Orgán dohledu po jejím posouzení vydal dne 1.12.2005 předběžné opatření, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu do doby nabytí právní moci rozhodnutí ÚOHS ve věci přezkoumání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele v předmětné veřejné zakázce. Orgán dohledu oznámil zahájení správního řízení účastníkům dopisem ze dne 5.12.2005, ve kterém jim poskytl lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí, navrhnout doplnění šetření, popřípadě nahlédnout do spisu. Navrhovatel dopisem ze dne 9.12.2005 doložil, že téhož dne opětovně složil uvolněnou jistotu.

Aby orgán dohledu ověřil správnost postupu zadavatele při posuzování nabídek, a to konkrétně, zda lze doklad předložený uchazečem OHL akceptovat jako splnění požadavku zadavatele na ...předložení potvrzení NBÚ pro stupeň utajení „VYHRAZENÉ“..., požádal v této věci NBÚ dopisem ze dne 6.12.2005 o jeho vyjádření. NBÚ v dopise ze dne 28.12.2005 uvedl, že zákon č. 148/1998 Sb., o ochraně utajovaných skutečností a o změně některých zákonů, v platném znění (dále jen „zákon o ochraně utajovaných skutečností“), v § 67 odst. 6 stanoví, že uznat bezpečnostní oprávnění a způsobilost organizace seznamovat se s utajovanými skutečnostmi vydané cizí mocí lze pouze pokud tak stanoví mezinárodní smlouva, kterou je ČR vázána, nebo na základě vzájemnosti. ČR takovou smlouvu se Španělskem nemá a ani praxe uznávání oprávnění na základě vzájemnosti není dosud zavedena. Z uvedeného vyplývá, že předložený doklad nelze považovat za adekvátní náhradu potvrzení ve smyslu § 55 zákona o ochraně utajovaných skutečností.

Dopisem ze dne 15.12.2005 se k návrhu vyjádřil účastník řízení ŽS Brno, a. s. Podle jeho názoru zadavatel v době přípravy zadávacích podmínek pouze předpokládal možnou budoucí potřebu ochraňovat skutečnosti, jejichž skutečný rozsah v té době neznal, protože z projektové dokumentace jakákoliv potřeba ochrany utajovaných skutečností nevyplývá. Lze dovozovat, že požadavek zadavatele o doložení potvrzení NBÚ měl pouze informativní charakter pro případ, kdy by v průběhu plnění nastaly (pokud vůbec) podmínky, kdy by bylo nutno ochraňovat nějakou utajovanou skutečnost. Sdružení THK v nabídce doložilo předmětné potvrzení v souladu s právním řádem platným v zemi sídla účastníků sdružení. Ze zadávacího řízení nebyl nikdo vyloučen, lze proto předpokládat, že zadavatel akceptoval informace o kvalifikaci předložené uchazeči jako dostatečné. Pokud by zadavatel certifikát doložený uchazečem OHL neuznal, dopustil by se diskriminačního jednání, protože neznal a v současné době nezná okruh skutečností, jejichž zákonná ochrana bude při realizaci veřejné zakázky přicházet v úvahu. S odkazem na uvedené uchazeč navrhuje, aby orgán dohledu správní řízení zastavil.

Orgán dohledu dopisem ze dne 20.12.2005 zadavatele požádal, aby odůvodnil požadavek na předložení potvrzení NBÚ ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Zadavatel v dopise ze dne 22.12.2005 uvedl, že při stanovení tohoto požadavku vycházel ze specifického charakteru předmětu veřejné zakázky. S provozem terminálu, kdy dochází ke shromažďování většího počtu osob a kdy je plánováno jeho napojení na další dopravní systémy, jsou spojena zvláštní

bezpečnostní rizika. Zadavatel proto zvážil, jaké právní požadavky na realizátora a dále provozovatele díla mohou být v budoucnu vzneseny s ohledem na současný vývoj protiteroristických opatření ze strany státních orgánů a dopravních subjektů, jejichž propojení se připravuje. Projekt předpokládá vybudování funkční vazby na síť informačního systému ČD. Tato skutečnost vyplývá z projektové dokumentace část „Terminál Bus hromadné dopravy v Hradci Králové, část A, Informační systém v terminálu HD – SO 462“ (zadavatel v příloze přiložil její předmětnou část). V areálu terminálu bude umístěn nový informační systém, který bude propojen s informačním systémem na Riegrově náměstí, a navázán na informační systém ČD do výpravní budovy železniční stanice. Zadavatel předpokládá v krátkodobém horizontu propojení informačního a odbavovacího systému terminálu a letiště Královehradeckého kraje. Zadavatel uvádí, že v okamžiku zadávání veřejné zakázky mu nebyl zcela jasný okruh skutečností, jejichž zákonná ochrana bude při realizaci veřejné zakázky přicházet v úvahu. S ohledem na to zohlednil možný kontakt zhotovitele díla s utajovanými skutečnostmi uvedenými v příloze č. 1 nařízení vlády č. 246/1998 Sb., kterým se stanoví seznamy utajovaných skutečností, v platném znění, konkrétně se skutečnostmi, týkajícími se zajištění bezpečnosti informačního systému nakládajících s neutajovanými skutečnostmi (dále jen „nařízení vlády“), kdy by neoprávněné nakládání mohlo způsobit újmu zájmům ČR. Zadavatel vzal v úvahu i možné rozšíření okruhu utajovaných skutečností, týkajících se civilního letectví dle přílohy č. 11 nařízení vlády, na pozemní hromadnou dopravu. Tyto úvahy ho vedly ke stanovení požadavku na minimální bezpečnostní způsobilost tak, aby předešel situaci, kdy by se v průběhu realizace vlivem změny právní úpravy či požadavků na informační propojení terminálů stal vybraný uchazeč pro provedení díla nezpůsobilý.

Se stanovisky NBÚ ze dne 28.12.2005 a zadavatele ze dne 22.12.2005 orgán dohledu seznámil dopisem ze dne 29.12.2005 účastníky řízení. Navrhovatel dopisem ze dne 3.1.2006 sdělil, že považuje požadavek zadavatele na doložení potvrzení NBÚ za opodstatněný, o čemž podle jeho názoru svědčí jednak zdůvodnění zadavatele ve stanovisku ze dne 22.12.2005 jednak skutečnost, že žádný ze zájemců, resp. uchazečů, proti němu nepodal námitky. Hodnotící komise tedy nesprávně posoudila nabídku vybraného uchazeče, když uznala doklad, který – jak dokládá stanovisko NBÚ – není adekvátním dokladem, kterým by bylo možné potvrzení NBÚ substituovat.

Zadavatel v dopise ze dne 4.1.2006 uvedl, že stanovisko NBÚ ze dne 28.12.2005 se liší od předchozího stanoviska, které navrhovatel předložil v rámci své námítky. Zadavatel konstatuje, že NBÚ není příslušný plnit roli zadavatele při posuzování splnění zadávacích podmínek a proto je jeho stanovisko ze dne 28.12.2005 nutné považovat pouze za obecný závěr. Zadavatel při posuzování nabídek akceptoval údaje a doklady předložené všemi uchazeči ve vztahu k požadavkům zadavatele na bezpečnostní způsobilost jako dostatečné. Žádný uchazeč nebyl z důvodu nesplnění uvedeného požadavku vyloučen, z čehož zadavatel vyvozuje, že neporušil zásadu stejného zacházení uvedenou v § 25 odst. 1 zákona. Zákon o ochraně utajovaných skutečností definuje utajovanou skutečnost jako skutečnost, která by při neoprávněném nakládání mohla způsobit újmu zájmům ČR, nebo zájmům k jejichž ochraně se ČR zavázala, nebo by mohly být tyto zájmy nevýhodné. Zákon o ochraně utajovaných skutečností vychází z jednotného přístupu k nakládání s utajovanými skutečnostmi v souladu s členěním ve státech EU, kdy je tato ochrana poskytována na stejné nebo srovnatelné úrovni. Pokud by zadavatel neuznal certifikát předložený uchazečem OHL dopustil by se vzhledem k uvedenému diskriminačního jednání, jelikož zadavatel neznal a v současné době nezná přesný okruh skutečností, jejichž zákonná ochrana bude při realizaci veřejné zakázky přicházet v úvahu, který je však nutný pro udělení souhlasu NBÚ s poskytováním utajovaných skutečností mezi zadavatelem a zahraničním partnerem. Zadavatel předpokládá, že zařízení terminálu může v budoucnu sloužit i jako terminál

pro leteckou přepravu. Zadavatel proto zohlednil budoucí možné rozšíření okruhu utajovaných skutečností ve smyslu nařízení dle příloh č. 1 a 11.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 96 zákona případ ve všech vzájemných souvislostech. Po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky (dále jen „dokumentace“), stanovisek účastníků řízení a na základě vlastních zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky „Terminál hromadné dopravy – Hradec Králové“ nesplnil povinnosti stanovené zákonem, tím, že v oznámení zadávacího řízení a v zadávací dokumentaci stanovil požadavek na předložení potvrzení NBÚ pro stupeň utajení „VYHRAZENÉ“, který není odůvodněn předmětem realizace veřejné zakázky. Zadavatel tak rovněž omezil okruh potencionálních dodavatelů a porušil zásadu zákazu diskriminace v zadávacím řízení. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

Podle § 25 odst. 1 zákona je zadavatel v zadávacím řízení povinen dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči s výjimkami uvedenými v § 87 zákona, zákazu diskriminace a transparentnosti.

Podle § 48 odst. 1 zákona zadávací dokumentace vymezuje předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, včetně požadovaného množství. Za její správnost a úplnost odpovídá zadavatel. 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.

Z citovaných ustanovení § 48 zákona je zřejmé, že zadávací dokumentace musí kromě v zákoně stanovených vymezení, specifikací, podmínek a požadavků obsahovat i jiné požadavky **pro realizaci** veřejné zakázky.

Z uvedeného tak vyplývá, že zadavatel v oznámení zadávacího řízení, resp. v zadávací dokumentaci, nemůže po dodavatelích vyžadovat údaje, které nejsou odůvodněny přímo předmětem realizace veřejné zakázky. Zadavatel v šetřeném případě v oznámení zadávacího řízení pod bodem 11. 4. c) stanovil, že uchazeč v nabídce doloží osvědčení vydané NBÚ pro stupeň utajení „VYHRAZENÉ“. Zadavatel současně v zadávací dokumentaci v části 7. Pokyny pro zpracování nabídky rozlišil:

- V bodě 7.3.3 doklady, kterými uchazeč prokazuje splnění kvalifikačních kritérií.
- V bodech 7.3.4 až 7.3.8 další (jiné) požadavky pro realizaci veřejné zakázky. Pod bodem 7.3.7 pak výslovně uvedl, že „uchazeč předloží ověřenou kopii potvrzení NBÚ pro stupeň utajení „VYHRAZENÉ“ ve smyslu ust. § 55 zákona č. 148/1998 Sb., o ochraně utajovaných skutečností a o změně některých zákonů, v platném znění, vydaného podle § 62 odst. 1 téhož zákona. Předkládá-li nabídku více dodavatelů společně, doloží každá z osob, které podávají nabídku společně, potvrzení NBÚ pro stupeň utajení „VYHRAZENÉ“ způsobem výše uvedeným“.

Podle zadávací dokumentace – bod 2. Vymezení předmětu veřejné zakázky – je předmětem plnění veřejné zakázky dodávka stavebních, montážních a řemeslných dodávek a prací spojených s výstavbou Terminálu HD Hradec Králové v souladu s dokumentací pro výběr zhotovitele, zpracovanou firmou Metroprojekt Praha a. s. V předmětné části projektové dokumentace – Průvodní a souhrnná zpráva, část stavební objekt SO 462 Informační systém v prostoru terminálu HD – na kterou v souvislosti s požadavkem na doložení potvrzení NBÚ zadavatel výslovně odkazuje, je uvedeno, že v areálu terminálu HD bude nový informační systém, propojený s informačním systémem na Riegrově náměstí (SO 461), který bude navázán na

informačním systémem ČD v interiéru výpravní budovy železniční stanice Hradec Králové Hlavní nádraží. K zařízením informačního systému dále patří vnitřní vybavení 2 informačních center v odbavovací hale MHD a dálkové dopravy napojené na síť ČD a BUS, vybavení dispečinku řízení provozu v odbavovací hale pro městskou a regionální integrovanou dopravu, 2 velkoplošné digitální informační panely s odjezdy BUS a ČD zavěšené v interiérech odbavovacích hal, 2 velkoplošné digitální informační panely s odjezdy BUS pod konstrukcí terminálu, 22 kusů oboustranných digitálních panelů upevněných na stožárku nástupiště s informacemi o odjezdech autobusů a s označením nástupiště. Informační systém dále zahrnuje světelné informační panely ("CITYLIGHT") se schématy uspořádání terminálu, oboustranné prosvětlené panely s dopravními informacemi, jízdními řády a reklamními plochami, integrované skříně pro výdej jízdenek s nouzovým hlásičem, zastávkové označníky s čísly stanovišť a jízdními řády a veřejné telefonní automaty. Součástí informačního systému jsou rovněž 4 velkoplošné digitálně řízené ručičkové hodiny, umístěné na fasádě odbavovacích hal. Napájení informačního systému bude provedeno z rozváděče terminálu HD. Kabely budou vedeny v kabelovodu podél terminálu a budou vstupovat do jednotlivých sloupců s informačním panelem.

Jak orgán dohledu zjistil, v předmětné části projektové dokumentace však není nikde uvedeno, že by předmětný stavební objekt SO 462 Informační systém v prostoru terminálu HD (dále jen „stavební objekt SO 462“), či jakákoliv jeho část, obsahoval utajované skutečnosti ve smyslu zákona o ochraně utajovaných skutečností, resp. jeho prováděcích předpisů.

Podle § 3 odst. 1 až 3 zákona o ochraně utajovaných skutečností je utajovaná skutečnost taková skutečnost, se kterou by neoprávněné nakládání mohlo způsobit újmu zájmům ČR nebo zájmům, k jejichž ochraně se ČR zavázala, nebo by mohlo být pro tyto zájmy nevýhodné, a která je uvedena v seznamu utajovaných skutečností. Seznamy utajovaných skutečností zpracovává NBÚ na návrh ústředních úřadů. Seznamy utajovaných skutečností vydá vláda svým nařízením.

Vzhledem k tomu, že pojem „informační systém“ není v zákoně o ochraně utajovaných skutečností definován, vycházel orgán dohledu při výkladu jeho obsahu a tedy i jeho relevantnosti ve vztahu k požadavku zadavatele na bezpečnostní způsobilost uchazečů z vysvětlení podaného NBÚ ve Věstníku NBÚ č. 12/2002, resp. ve Věstníku NBÚ č. 2/2005 (jedná se o stejný text), kde je v této souvislosti uvedeno, že pojem „informační systém“, používaný v zákoně o ochraně utajovaných skutečností, je nutno chápat v pojetí tzv. reálného systému definovaného v OSI referenčním modelu (ČSN EN ISO/IEC 7498-1), tedy jako množinu jednoho nebo více počítačů, s nimi spojeného software, periferních zařízení, terminálů, lidské obsluhy, fyzických procesů, prostředků pro přenos informací, atd., která tvoří autonomní celek, schopný provádět zpracování utajovaných informací nebo přenos utajovaných informací. Rozsah hardware používaného pro provádění určité úlohy zpracování utajovaných informací není určujícím prvkem pro rozlišování, které systémy založené na informačních technologiích mají být považovány za informační systém a které nikoliv.

Z uvedeného je zřejmé, že „informační systém“ ve smyslu zákona o ochraně utajovaných skutečností je nutno chápat jako „autonomní systém schopný provádět zpracování nebo přenos utajovaných skutečností“. Z předmětné části projektové dokumentace však nevyplývá, že by stavební objekt SO 462, tak jak je definován v předmětné části projektové dokumentace, byl takovýmto autonomním systémem zpracovávajícím nebo přenášejícím utajované skutečnosti, a tedy byl důvodem pro aplikaci požadavku bezpečnostní způsobilosti uchazečů v zadávacích podmínkách. Předmětem plnění stavebního objektu SO 462 jsou dodávky jednotlivých zařízení a jejich montáž (informační centrum, dispečink, informační panely, skříně pro výdej jízdenek, zastávkové označníky,...). Tato zařízení se informačním systémem ve smyslu zákona

o utajovaných skutečnostech stanou až po jejich zprovoznění provozovatelem (tj. vložení dat, jejich zpracováním a přenosem), ale současně jen za podmínky, že se „vlivem změny právní úpravy či požadavku subjektu podílejícího se na informačním propojení terminálů“ stane požadavek jeho bezpečnostní ochranu důvodný. Ve fázi realizace stavby – což je předmětem šetřené veřejné zakázky – proto stavební objekt SO 462 nelze považovat za informační systém ve smyslu zákona o utajovaných skutečnostech, odůvodňující oprávněnost požadavku zadavatele na doložení potvrzení NBÚ.

Nařízení vlády č. 246/1998 Sb., kterým se stanoví seznamy utajovaných skutečností, v platném znění (dále jen „nařízení vlády“), obsahuje v příloze č. 11 seznam utajovaných skutečností v působnosti Ministerstva dopravy. Na základě porovnání obsahu jednotlivých bodů 1. až 6. přílohy s popisem stavebního objektu SO 462 uvedeným v předmětné části projektové dokumentace orgán dohledu konstatuje, že žádná z v příloze uvedených skutečností kategorizovaných jako utajované, nemá svým obsahem vztah k uvedenému stavebnímu objektu, resp. terminálu jako celku.

Orgán dohledu v této souvislosti poukazuje rovněž na skutečnost, že sám zadavatel ve stanovisku ze dne 22.12.2005 výslovně uvedl, že mu „v okamžiku zadávání veřejné zakázky nebyl jasný okruh skutečností, jejichž zákonná ochrana bude při realizaci veřejné zakázky přicházet v úvahu“, přičemž tento fakt opakovaně potvrdil ve svém vyjádření ze dne 4.1.2005. Orgán dohledu v této souvislosti podotýká, že zadavateli nic nebránilo konzultovat předmětný požadavek s NBÚ.

Na základě uvedených zjištění orgán dohledu konstatuje, že zadavatel tím, že v bodě 11.4.c) oznámení zadávacího řízení mezi skutečnosti, které jsou důležité pro rozhodnutí dodavatele o jeho účasti v zadávacím řízení, a v zadávací dokumentaci, v rámci jiných požadavků pro realizaci veřejné zakázky pod bodem 7.3.7., stanovil požadavek na předložení potvrzení NBÚ pro stupeň utajení „VYHRAZENÉ“, nesplnil povinnost uvedenou v § 48 odst. 3 zákona, neboť tento požadavek není odůvodněn předmětem veřejné zakázky a nelze jej tedy akceptovat jako jiný požadavek pro realizaci veřejné zakázky ve smyslu zákona. Zadavatel uvedeným způsobem současně bezdůvodně omezil okruh potenciálních dodavatelů (jako argument orgán dohledu uvádí také uchazeče OHL, který ačkoliv podal nabídku, nebyl schopen požadavek zadavatele splnit), čímž porušil povinnost dodržovat zásadu zákazu diskriminace v zadávacím řízení uvedenou v § 25 odst. 1 zákona.

Ke skutečnostem uvedeným účastníky řízení, ke kterým se nevyjádřil výše v odůvodnění, orgán dohledu doplňuje.

K argumentaci zadavatele o zohlednění možného kontaktu zhotovitele díla se skutečnostmi uvedenými v příloze č. 1 nařízení vlády orgán dohledu uvádí, že nařízení vlády stanoví v příloze č. 1 seznam utajovaných skutečností – obecná část, podle kterého se pod pořadovým číslem 3. utajovanými skutečnostmi rozumí způsob zajištění bezpečnosti informačního systému nakládajícího:

- a) s utajovanými skutečnostmi /stupeň utajení vyhrazené – přísně tajné/,
- b) s neutajovanými skutečnostmi, pokud by neoprávněné nakládání s nimi mohlo způsobit újmu zájmům ČR /stupeň utajení vyhrazené – důvěrné/.

Orgán dohledu zdůrazňuje, že v příloze č. 1 nařízení vlády je jako utajovaná skutečnost výslovně uveden „způsob zajištění bezpečnosti informačního systému“. Jak vyplývá z předmětné části projektové dokumentace, předmětem plnění stavebního objektu SO 462 není „dodávka

zajištění bezpečnosti informačního systému“. Orgán dohledu proto neakceptoval argumentaci zadavatele odkazující na přílohu č. 1 nařízení vlády.

Orgán dohledu v této souvislosti rovněž odkazuje na skutečnost uvedenou již výše, tedy že „zajištění bezpečnosti informačního systému“ bude – pokud bude nutné – zřejmě součástí „oživení systému“ provozovatelem. S odkazem na uvedenou přílohu rovněž nelze rovněž jednoznačně určit, zda by stupeň utajení „Vyhrazené“ byl v takovém případě dostačující.

K argumentaci zadavatele o předpokládaném propojení informačního a odbavovacího systému terminálu a krajského letiště orgán dohledu uvádí, že v nařízení vlády je v příloze č. 11 pod pořadovým číslem 7. až 11. uvedeno, že se utajovanými skutečnostmi pro oblast civilního letectví rozumí:

- údaje o nastavení detekčních schopností zařízení na zjišťování výbušnin, kovových předmětů a radioaktivních látek...,
- údaje o provedení a nastavení systémů kontroly vstupu do vyhrazených bezpečnostních prostor letiště...,
- údaje o výjimkách z technických parametrů a testů uvedených zařízení...,
- konkrétní údaje o zajištění bezpečnosti letů státní důležitosti.

Na základě porovnání citovaných utajovaných skutečností s předmětem plnění stavebního objektu SO 462 orgán dohledu konstatuje, že žádná z nich nemá svým obsahem vztah k uvedenému stavebnímu objektu, resp. zařízení terminálu, tak jak je definován v projektové dokumentaci. Orgán dohledu proto neakceptoval odůvodnění zadavatele odkazující na přílohu č. 11 nařízení vlády.

K argumentaci zadavatele odkazující na zohlednění změn možných budoucích požadavků bezpečnostních (obecně pak jakýkoliv) požadavků, orgán dohledu konstatuje, že zákon jednoznačně nepřipouští – ať už v rámci kvalifikace či požadavků týkajících se realizace veřejné zakázky – aplikace jakýchkoliv kritérií a požadavků jdoucích nad rámec údajů bezprostředně souvisejících s předmětem realizace veřejné zakázky, specifikovaným zadavatelem v oznámení zadávacího řízení a zadávací dokumentaci.

Kontrolou nabídky podané „Sdružením Terminál Hradec Králové“, orgán dohledu zjistil, že se jedná o společnou nabídku společností, ŽS Brno, a. s., OHL a M - SILNICE a. s., přičemž požadavek zadavatele na bezpečnostní způsobilost uchazečů byl v nabídce sdružení uchazečem OHL doložen dokladem, z jeho úředně ověřeného překladu vyplývá, že se jedná o certifikát o bezpečnostním prověření objektu vydaný Národním bezpečnostním úřadem Španělského království pro materiály NATO – TAJNÉ. S odkazem na stanovisko NBÚ ze dne 28.12.2005 proto orgán dohledu konstatuje, že podmínku zadavatele na bezpečnostní způsobilost, tak jak byla stanovena v oznámení zadávacího řízení a v zadávací dokumentaci, uchazeč OHL v rámci společné nabídky nesplnil. Jelikož je však stanovení této podmínky důvodem pro uložení zrušení veřejné zakázky, je další zkoumání této otázky bezpředmětné.

Podle § 101 odst. 1 zákona shledá-li orgán dohledu před uzavřením smlouvy, že zadavatel úkonem učiněným při zadávání veřejné zakázky nesplnil povinnost nebo porušil zákaz stanovený zákonem, uvede tuto skutečnost písemně v rozhodnutí. Současně zadavateli uloží opatření k nápravě. Při rozhodování podle § 101 odst. 1 zákona je orgán dohledu povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaký další postup má k dosažení nápravy stavu zvolit, při dodržení základních zásad procesu zadávání.

Zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky svým postupem neumožnil orgánu dohledu nařídit pouhé zrušení rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, neboť závažně pochybil již v oznámení zadávacího řízení a při stanovení zadávacích podmínek. Zjištěné skutečnosti tak ovlivnily postavení a okruh potencionálních dodavatelů a následně pak i stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť uchazeč OHL, který podal společnou nabídku vyhodnocenou jako nejvhodnější, nebyl schopen požadavek zadavatele splnit. Uvedenou situaci proto není možné napravit jiným způsobem, než uložením zrušení předmětného zadávacího řízení. Zrušením zadávacího řízení se stávají bezpředmětnými další úkony, které zadavatel v souvislosti s výběrem nejvhodnější nabídky učinil.

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:

Statutární město Hradec Králové, Československé armády 408, 502 00 Hradec Králové

Dopravní podnik města Hradce Králové, a. s., Pouchovská 153, 500 03 Hradec Králové

Skanska CZ a. s., Kubánské náměstí 11, čp. 1391, 100 05 Praha 10 Vršovice

Skanska DS a. s., Bohunická 133/50, 619 00 Brno

ŽS Brno, a. s., Burešova 938/17, 660 02 Brno

Obrascón Huarte Lain, S.A., organizační složka, Burešova 938/17, 660 02 Brno

M – SILNICE a. s., Husova 1697, 530 00 Pardubice

