

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 1. 9. 2006.

Č. j.: S117/2006-10647/2006/530-Va

V Brně dne 12. června 2006

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 27. 4. 2006 z vlastního podnětu podle § 96 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 věci přezkoumání úkonů při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce a dostavba pobočky ČHMÚ v Hradci Králové“ zadávané v otevřeném zadávacím řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 12. 1. 2006 pod ev. č. 50016256, které učinil zadavatel

- Český hydrometeorologický ústav, IČ 00020699, se sídlem Na Šabatce 17, 143 06 Praha 4 – Komořany, zastoupený Ing. Ivanem Obrusníkem, DrSc., ředitelem,

jehož dalším účastníkem vedle zadavatele je uchazeč

- Zlínstav, a. s., IČ 00530808, se sídlem tř. T. Bati 385, 763 02 Zlín, Louky, za níž jedná Ing. Petr Ondrušek, CSc., předseda představenstva,

rozhodl takto:

Zadavatel – Český hydrometeorologický ústav – nesplnil povinnost uvedenou v § 30 odst. 2 písm. b) a odst. 3 výše citovaného zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na § 25 odst. 1 téhož zákona tím, že v zadávacích podmínkách jako kvalifikační kritérium stanovil vzhledem k předmětu veřejné zakázky nepřiměřenou výši celkového obratu uchazeče, čímž rovněž nepřípustně omezil okruh potencionálních dodavatelů a nedodržel zásadu zákazu diskriminace v zadávacím řízení.

Z důvodu nesplnění uvedené povinnosti se zadavateli – Český hydrometeorologický ústav – 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 „Rekonstrukce a dostavba pobočky ČHMÚ v Hradci Králové“, a to ve lhůtě do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí, neboť uvedený úkon zadavatele mohl ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

Odůvodnění

Český hydrometeorologický ústav, IČ 00020699, se sídlem Na Šabatce 17, 143 06 Praha 4 - Komořany, zastoupený Ing. Ivanem Obrusníkem, DrSc., ředitelem (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle § 84 odst. 1 písm. a) 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. (dále jen „zákon“), na centrální adrese dne 12. 1. 2006 pod ev. č. 50016256 oznámení otevřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Rekonstrukce a dostavba pobočky ČHMÚ v Hradci Králové“.

V oznámení zadávacího řízení na centrální adrese zadavatel pod bodem 7.1.2 stanovil předpokládanou cenu veřejné zakázky ve výši 30 100 000,- Kč bez DPH.

V oznámení zadávacího řízení dále zadavatel vymezil pod bodem 9.2 Kritéria a doklady pro prokazování finanční a ekonomické způsobilosti „Vyjádření banky, u níž má uchazeč veden BÚ o schopnosti plnit své finanč. závazky. Výkaz celkového obratu uchazeče a obratu dosaženého za provedené staveb. práce za předch. 3 účet. období – kritérium: min. průměr. obrat za předch. 3 úč. období 500 mil.Kč/rok.“

Jako kritérium pro zadání veřejné zakázky zvolil zadavatel ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž jako dílčí kritéria stanovil:

nabídková cena, váha 70%,
záruční doba na stavební část, váha 15 % a
záruční doba na technologická zařízení, váha 15 %.

Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel 3 nabídky s tím, že jeden z uchazečů byl následně vyloučen, mimo jiné z důvodu neprokázání požadovaného obratu. Vyloučeným uchazečem byla společnost FATO invest, a. s., Hradec Králové, která ve své nabídce přímo uvedla: „jsme si vědomi skutečnosti, že naše nabídka nespĺňuje v bodu 9.2 Oznámení o zadávacím řízení požadavek zadavatele co do výše minimálního průměrného obratu za předchozí 3 účetní období ve výši 500 mil. Kč ročně. Takto stanovenou podmínku považujeme z hlediska zákona o veřejných zakázkách za diskriminující, nedůvodnou a tudíž za neplatnou“. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 8. 3. 2006 vyplývá, že po posouzení obsahu nabídek a po provedeném hodnocení komise pro posouzení a hodnocení nabídek vyhodnotila jako nejvýhodnější nabídku společnosti Zlínstav, a. s., Zlín, Louky, která nabídla nižší nabídkovou cenu a výhodnější záruční dobu na stavební část než druhý hodnocený uchazeč. Zadavatel postup komise akceptoval a dne 9. 3. 2006 rozhodl o přidělení veřejné zakázky jmenovanému uchazeči.

Dne 5. 4. 2006 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) písemný podnět stěžovatele – společnosti FATO invest, a. s., k přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky, ve kterém stěžovatel mimo jiné uvádí, že zadavatel nemůže požadovat splnění kritérií, která jsou zjevně nepřiměřená k předmětu veřejné zakázky a požadavek zadavatele na výši obratu tak považuje za nepřiměřený a diskriminační. V návaznosti na obdržení podnětu požádal orgán dohledu zadavatele o zaslání zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky a stanoviska k podnětu.

Ve svém stanovisku k podnětu zadavatel mimo jiné uvedl následující skutečnosti. Dle zadavatele je kvalifikační kritérium týkající se obratu uchazeče přiměřené předmětu veřejné zakázky. Uchazeči měli možnost využít podání nabídky více dodavateli společně. Zadavatel

dále odůvodňuje svůj postup při stanovení kvalifikačních kritérií v návaznosti na významné postavení Českého hydrometeorologického ústavu jakožto organizace, která je závislá na nepřetržitém provozu, která má významné postavení ve struktuře krizového řízení státu, zabezpečuje monitorování hydrosféry v souladu se směrnicemi Evropské komise o životním prostředí a je jedním ze základních článků hydrometeorologické předpovědní povodňové služby. Z důvodu významného postavení zadavatele chtěl rekonstrukci a dostavbu objektu pobočky zajistit ekonomicky silnou firmou bez zbytečně velkého množství subdodavatelů. K nabídce společnosti FATO invest, a. s., zadavatel uvedl, že by tato nabídka nebyla ani při splnění kvalifikace zařazena na první místo (v nabídce uvedená cena je o 3,8 % vyšší než cena vítěze, záruční doba na stavební část je o 22,2 % horší než záruční doba nabídnutá vítězem). Závěrem svého vyjádření zadavatel uvádí, že oddálení zahájení stavebních prací by prodloužilo dobu provizorního umístění pracoviště pobočky a tím i zvýšené výdaje.

Přezkoumáním předložené dokumentace získal orgán dohledu pochybnosti o tom, zda byly úkony zadavatele při zadávání veřejné zakázky učiněny v souladu se zákonem. Orgán dohledu proto dopisem ze dne 25. 4. 2006 zadavateli oznámil zahájení správního řízení z úřední povinnosti podle § 96 zákona. Návazně rozhodnutím ze dne 26. 4. 2006 jako předběžné opatření podle § 100 odst. 1 písm. a) zákona orgán dohledu zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení do doby nabytí právní moci rozhodnutí orgánu dohledu.

Účastníky tohoto správního řízení jsou podle § 99 zákona

- zadavatel,
- uchazeč Zlínstav, a. s., IČ 00530808, se sídlem tř. T. Bati 385, 763 02 Zlín, Louky, za niž jedná Ing. Petr Ondrušek, CSc., předseda představenstva, jemuž byla veřejná zakázka přidělena.

Oznámení o zahájení správního řízení převzali oba účastníci řízení dne 27. 4. 2006 a tímto dnem bylo podle § 96 odst. 2 zákona zahájeno správní řízení. V oznámení o zahájení správního řízení orgán dohledu blíže specifikoval zjištěné skutečnosti, které ho vedly k zahájení správního řízení z vlastního podnětu, a současně k zajištění účelu správního řízení vydal usnesení, kterým stanovil účastníkům řízení lhůty pro navržení důkazů, vyjádření svých stanovisek a vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

Dne 11. 5. 2006 obdržel orgán dohledu rozklad zadavatele podaný proti rozhodnutí orgánu dohledu o vydání předběžného opatření a téhož dne orgán dohledu obdržel i sdělení zadavatele k zahájení správního řízení, v němž především uvedl, že navrhuje vydat rozhodnutí o tom, že jeho postup byl v souladu se zákonem a nabídka vítězného uchazeče je ekonomicky výhodná a smlouva s ním může být uzavřena.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 96 zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

Podle § 25 odst. 1 zákona je zadavatel povinen zadat nadlimitní i podlimitní veřejnou zakázku v zadávacím řízení, pokud zákon nestanoví jinak. V zadávacím řízení je zadavatel povinen dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči s výjimkami uvedenými v § 87 zákona, zákazu diskriminace a transparentnosti.

Podle § 30 odst. 1 zákona je předpokladem hodnocení nabídek v otevřeném řízení splnění kvalifikace. Podle § 30 odst. 2 písm. b) zákona se splněním kvalifikace rozumí také splnění dalších kvalifikačních kritérií stanovených zadavatelem, jimiž zadavatel vymezi odpovídající úroveň finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele a zabezpečení jakostí podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky. Výčet dalších kvalifikačních kritérií je v zákoně specifikován v §§ 32, 33 a 37 a zadavatel tak podle předmětu veřejné zakázky volí konkrétní kritéria, kterými vymezuje odpovídající úroveň způsobilosti dodavatele poskytnout, dodat nebo provést předmět veřejné zakázky.

Podle § 30 odst. 3 zákona je zadavatel povinen omezit rozsah požadovaných informací o kvalifikaci dodavatelů pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.

Podle § 32 odst. 1 písm. c) zákona prokazuje uchazeč finanční a ekonomickou způsobilost výkazem celkového obrátu a obrátu dosaženého za provedené práce, dodávky zboží nebo poskytnutí služeb za předcházející 3 účetní období. Podle § 32 odst. 2 zákona je zadavatel povinen v oznámení zadávacího řízení stanovit způsob prokázání finanční a ekonomické způsobilosti podle odstavce 1.

Orgán dohledu z dokumentace zjistil, že zadavatel v oznámení zadávacího řízení na centrální adrese v bodu 1.5 uvedl, že se jedná o podlimitní veřejnou zakázku s tím, že jako předpokládanou cenu veřejné zakázky uvedl 30 100 000,- Kč bez DPH. Jak vyplývá z předložených nabídek, nabídkové ceny uchazečů se pohybovaly v hodnotách od cca 24 do 26 mil. Kč bez DPH (tj. cca 29 – 31 mil. Kč včetně DPH).

Tím, že v zadávacích podmínkách zadavatel požadoval prokázat splnění kvalifikačních kritérií minimálním průměrným obrátem za předchozí 3 účetní období ve výši 500 mil. Kč, tedy více jak 16-ti násobkem předpokládané ceny veřejné zakázky, se zadavatel dopustil porušení § 30 odst. 2 písm. b) a odst. 3 zákona a návazně i § 25 odst. 1 zákona, k čemuž orgán dohledu dále uvádí následující.

Účelem stanovení kvalifikačních požadavků ze strany zadavatele je zejména zajistit takového dodavatele předmětu plnění veřejné zakázky, který bude poskytovat veškeré záruky řádně, včas a kvalitně realizovat požadovaný předmět plnění, přičemž stanovením těchto kritérií zadavatel podstatným způsobem může ovlivňovat i okruh možných dodavatelů. Jak uvedeno výše, zadavatel je v návaznosti na § 25 odst. 1 zákona při stanovení kvalifikačních kritérií povinen dodržovat zásady nediskriminace a transparentnosti a stanovením kritérií tedy nemůže mimo jiné ani bezdůvodně omezovat okruh dodavatelů, ale musí umožnit rovné příležitosti všem dodavatelům, kteří jsou schopni realizovat daný předmět plnění. Stejně tak je zadavatel povinen omezit v souladu s § 30 odst. 3 zákona rozsah požadovaných informací o kvalifikaci pouze na ty, které bezprostředně souvisejí s předmětem veřejné zakázky, což neznamená jen přímou věcnou souvislost s předmětem veřejné zakázky, ale i adekvátnost požadavku zadavatele.

V šetřeném případě orgán dohledu dospěl k závěru, že zadavatel nepřípustně omezil okruh potencionálních dodavatelů, objektivně způsobilých plnit předmět veřejné zakázky a takto nastavenou úroveň způsobilosti diskriminoval všechny případné dodavatele, kteří v požadovaném účetním období sice nedosáhli průměrného obrátu ve výši 500 mil. Kč, ale současně jsou reálně schopni a způsobilí předmět plnění dané veřejné zakázky řádně realizovat. Vzhledem k tomu, že jsou předmětem plnění „běžné“ stavební práce nevyžadující zvláštních podmínek pro jejich realizaci, orgán dohledu má za to, že nepřípustné zúžení okruhu potencionálních dodavatelů mohlo v šetřeném případě ovlivnit i stanovené pořadí

nabídek, neboť nelze vyloučit, že při adekvátně nastavené úrovni způsobilosti by zadavatel obdržel více nabídek s potenciálně výhodnějšími smluvními podmínkami. Stanovení kvalifikačního požadavku na výši obratu 500 mil. Kč ročně lze považovat za zjevně nepřiměřené a diskriminační vůči „menším“ dodavatelům.

K námitkám zadavatele, uvedeným v jeho vyjádření k podnětu orgán dohledu uvádí, že se neztotožňuje s jeho názorem, že požadavek na výši obratu lze považovat za přiměřený k předmětu veřejné zakázky. Jak vyplývá z argumentů uvedených výše, předmětem sledované veřejné zakázky jsou „běžné“ stavební práce (rekonstrukce a dostavba stavebních objektů – objekt pobočky ústavu, garáže, inženýrské sítě, terénní a sadové úpravy, oplocení), které teoreticky může v požadované kvalitě a množství provádět široký okruh stavebních firem. Orgán dohledu nesnižuje významné postavení zadavatele v systému krizového řízení státu, avšak významem tohoto postavení nelze automaticky odůvodňovat i význam veřejné zakázky spočívající v běžné stavební činnosti. Stejně tak argumentace zadavatele, že by se stěžovatel i v případě jeho nevyločení nestal vítězem nelze považovat za relevantní, neboť požadavkem na nepřiměřenou výši obratu bezesporu došlo k omezení celkového počtu uchazečů a nelze jednoznačně konstatovat, že by se při větším množství obdržených nabídek stala vítězem zcela stejná stavební společnost, jako v šetřeném zadávacím řízení. Zadavatel dále ve svém vyjádření k podnětu uvedl, že uchazeči měli možnost využití podání nabídky více dodavateli společně. K tomu orgán dohledu dále uvádí, že podle § 30 odst. 5 zákona pokud podává nabídku více dodavatelů společně, musí každý z nich splnit kvalifikaci podle odst. 2 písm. a) (tj. splnění základních kvalifikačních kritérií – pozn. orgánu dohledu); kvalifikaci podle odstavce 2 písm. b) až d) (což je mimo jiné i splnění finanční a ekonomické způsobilosti – pozn. orgánu dohledu) musí splnit alespoň jeden z dodavatelů. Z textu citovaného ustanovení zákona sice vyplývá, že je u společně podávaných nabídek možnost využít u dalších kvalifikačních kritérií prokázání kvalifikace vždy alespoň jedním z dodavatelů, uvedená skutečnost však neznamená, že je možné např. u požadavku na obrat sčítat obraty jednotlivých dodavatelů tak, aby byl splněn požadavek zadavatele (tj. v šetřeném případě by u společně podané nabídky musel požadavek na výši obratu splnit v plném rozsahu alespoň jeden z dodavatelů).

Pro úplnost orgán dohledu k otázce vyloučení uchazeče FATO invest, a. s. uvádí, že uvedená společnost byla vyloučena z další účasti v otevřeném zadávacím řízení rozhodnutím zadavatele ze dne 27. 2. 2006 s tím, že důvodem vyloučení uchazeče kromě neprokázání požadované výše obratu bylo i nedodržení § 30 odst. 2 písm. c) zákona, neboť dle názoru zadavatele uchazeč předložil „oprávnění k podnikání (živnostenský list), jehož úředně ověřená kopie je starší než zákonem stanovených 90 dnů – konkrétně ověření bylo provedeno 5. 10. 2005, termín pro podání nabídek byl 20. 2. 2006“. Z nabídky jmenovaného uchazeče orgán dohledu zjistil, že obsahuje mimo jiné i úředně ověřenou kopii živnostenského listu vydaného Okresním živnostenským úřadem OkÚ Hradec Králové dne 8. 3. 2001, přičemž jeho úřední ověření je ze dne 5. 10. 2005. 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 90 dnů, má-li v ní být uchazeč zapsán podle zvláštních právních předpisů; oprávnění k podnikání může uchazeč doložit ve stejnopise nebo úředně ověřené kopii. Je zřejmé, že pro splnění kvalifikace musí uchazeč předložit oprávnění k podnikání (tj. zpravidla živnostenský list či koncesní listinu), a to ve stejnopise či úředně ověřené kopii, a dále i výpis z obchodního rejstříku (či jiné evidence) ne starší 90 dnů. Z textu zákona vyplývá, že se lhůta 90 dnů vztahuje pouze k výpisu z obchodního rejstříku, u dokladu prokazujícího oprávnění k podnikání není zákonem stanoveno jakékoli časové omezení a ke splnění uvedeného požadavku tedy stačí doložit stejnopis či úředně ověřenou kopii oprávnění k podnikání. Uchazeč FATO invest, a. s. ve své nabídce prokázal splnění kvalifikace v souladu s § 30 odst. 2 písm. c) zákona a zadavatel ho vyloučil neoprávněně. Postupem

zadavatele tak došlo k porušení § 39 zákona, neboť vyhodnotil kvalifikaci uchazeče v rozporu se zákonem a vyloučil z další účasti v zadávacím řízení uchazeče, který kvalifikaci splnil. Vzhledem ke skutečnosti, že orgán dohledu rozhodl o zrušení předmětného zadávacího řízení, je bezpředmětné, aby se otázkou vyloučení uchazeče z důvodu neprokázání oprávnění dále nezabýval.

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. V šetřeném případě zadavatel svými úkony nesplnil zákonem danou povinnost již při formulaci oznámení zadávacího řízení. Zjištěné skutečnosti přímo ovlivnily možnost dodavatelů podat nabídky, čímž nepochybně došlo k zásadnímu zúžení spektra výběru potenciálních dodavatelů a tím následně i potenciálním ovlivnění stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. 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 nevhodnější nabídky učinil.

Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl orgán dohledu tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí. Pro úplnost orgán dohledu upozorňuje zadavatele, že v souladu s § 68 odst. 4 zákona je povinen zrušení zadávacího řízení uveřejnit i s uvedením důvodů, a to ve lhůtě do 15 dnů ode dne, kdy rozhodl o tomto zrušení. Podle § 68 odst. 5 zákona je dále zadavatel povinen pro uveřejnění zrušení zadávacího řízení použít příslušný formulář, jehož vzor a podrobnosti o postupu při jeho vyplnění a odeslání stanoví prováděcí předpis.

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 - Sekce veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správním orgánu a aby každému účastníku řízení mohl úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Jindřiška Koblihová
náměstek předsedy ÚOHS
pověřený řízením sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Český hydrometeorologický ústav, Na Šabatce 17, 143 06 Praha 4 - Komořany

Zlínstav, a. s., tř. T. Bati 385, 763 02 Zlín, Louky