

Č. j.: R096/2006/02-21004/2006/300-Šp

V Brně dne 28. listopadu 2006

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 24. 8. 2006 zadavatelem

**Nemocnice Znojmo**, IČ: 00062584, se sídlem MUDr. Jana Janského 2675/11, 669 02 Znojmo, za kterou jedná MUDr. Miroslav Kavka, ředitel,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 4. 8. 2006, č.j. S178/2006-13537/2006/520-AB, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Nemocnice Znojmo, učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „**Rekonstrukce technologie čištění spalin ve spalovně nebezpečného odpadu Nemocnice Znojmo**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 25 odst. 2 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. č. 436/2004 Sb. a zákona č. 437/2004 Sb., jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese pod ev. číslem 50000625 dne 12. 8. 2004, jehož dalším účastníkem je

společnost **SCHIESTL, spol. s r. o.**, IČ: 41691741, se sídlem K zámecké oboře 334, 252 41 Dolní Břežany, za kterou jedná Marie Konětopská, jednatel, které byla veřejná zakázka přidělena,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 4. 8. 2006, č.j. S178/2006-13537/2006/520-AB,

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## O d ů v o d n ě n í

### I. Zadávací řízení a prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Nemocnice Znojmo, IČ: 00062584, se sídlem MUDr. Jana Janského 2675/11, 669 02 Znojmo, za kterou jedná MUDr. Miroslav Kavka, ředitel (dále jen „zadavatel“), uveřejnil dne 12. 8. 2004 na centrální adrese pod evidenčním číslem 50000625 a dne 17. 8. 2004 v Úředním věstníku Evropské unie nadlimitní veřejnou zakázku „Rekonstrukce technologie čištění spalin ve spalovně nebezpečného odpadu Nemocnice Znojmo“, kterou zadal formou otevřeného řízení podle § 25 odst. 1 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb. a zákona č. 437/2004 Sb. (dále jen „zákon“). Pozn.: pokud je dále v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení.
2. Úřad jako orgán příslušný podle § 94 zákona obdržel podnět na přezkoumání úkonů zadavatele. Z předložené dokumentace vyplynulo, že ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel nabídky dvou uchazečů o veřejnou zakázku. Podle zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 8. 10. 2004 hodnotící komise vyřadila z další účasti v otevřeném řízení nabídku uchazeče ILD cz, s. r. o., Kladno, a dne 8. 10. 2004 zadavatel rozhodl o jeho vyloučení z další účasti na zadávacím řízení. Hodnotící komise posoudila a vyhodnotila nabídku zbývajícího uchazeče a zadavatel dne 18. 10. 2004 rozhodl o přidělení veřejné zakázky uchazeči SCHIESTL, spol. s r. o. (dále jen „vítězný uchazeč“). Smlouva o dílo byla uzavřena dne 24. 10. 2004; výše peněžitého závazku ve smlouvě činila 17 771 460,- Kč s DPH, tj. 14 934 000,- Kč bez DPH. Vzhledem k tomu, že Úřad nabyl pochybnosti o správnosti zadavatelova postupu při zadání této veřejné zakázky, zahájil ke dni 30. 6. 2006 správní řízení z vlastního podnětu podle § 96 odst. 1 zákona, za jehož účastníky označil v souladu s § 99 zákona zadavatele a vítězného uchazeče. K oznámení o zahájení správního řízení zadavatel uvedl, že předmětná veřejná zakázka nebyla financována veřejným zadavatelem dle ustanovení § 2 odst. 1 písm. b) zákona a že se na její financování vztahují pravidla daná zvláštními postupy mezinárodních organizací dle ustanovení § 4 písm. d) zákona.

### Napadené rozhodnutí

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 4. 8. 2006 rozhodnutí č.j. S178/2006-13537/2006/520-AB, kterým rozhodl, že zadavatel nesplnil povinnost stanovenou v § 55 odst. 3 zákona tím, že jako jedno z dílčích kritérií pro posuzování nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti zvolil kritérium „míra zkušeností uchazeče s obdobným typem dodávek“, které nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, ale kvalifikaci uchazeče ve smyslu § 33 odst. 1 písm. c) bod 2. zákona, přičemž tento úkon mohl podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek jednotlivých uchazečů (výrok I. rozhodnutí). Dále zadavatel nesplnil povinnost uloženou ustanovením § 30 odst. 2 písm. b) zákona v návaznosti na § 32 odst. 2 zákona a § 33 odst. 2 zákona tím, že stanovil další kvalifikační kritéria, aniž by vymezil odpovídající úroveň způsobilostí uchazečů podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky, a současně nestanovil způsob, jakým mají být další kvalifikační kritéria prokázána, a

povinnost uloženou ustanovením § 66 odst. 1 a 2 zákona, když před uplynutím lhůty 15ti dnů ode dne doručení rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky uzavřel dne 24. 10. 2004 smlouvu na realizaci veřejné zakázky, tyto úkony však neovlivnily stanovení pořadí úspěšnosti nabídek (výrok II. rozhodnutí). Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. rozhodnutí Úřad zadavateli podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona uložil pokutu ve výši 40 000,- Kč.

4. V odůvodnění citovaného rozhodnutí Úřad mimo jiné konstatoval, že zadavatel zvolil za jedno z kritérií pro zadání veřejné zakázky kritérium „míra zkušeností uchazeče s obdobným typem dodávek“. Podle § 30 odst. 1 zákona je však splnění kvalifikačních kritérií předpokladem účasti dodavatele v užším řízení a předpokladem hodnocení nabídek v otevřeném řízení. Splněním kvalifikace se tak rozumí vedle základních kvalifikačních kritérií také kritéria stanovená zadavatelem, jimiž zadavatel vymezí úroveň finanční, ekonomické a technické způsobilosti. Jedním ze způsobů prokázání technické způsobilosti je prokázání zkušenosti s prováděním zakázek obdobného charakteru včetně referencí, tedy doložení příslušného seznamu významných dodávek dle § 33 odst. 1 písm. b) zákona. Podle § 39 odst. 2 zákona uchazeči, kteří nesplnili kvalifikaci, musí být z otevřeného řízení vyloučeni. Zadavatel tak splnění kvalifikačních předpokladů (tedy i technickou způsobilost) posuzuje v otevřeném řízení vždy ještě před tím, než hodnotí nabídky a nekvalifikovaného uchazeče nemůže hodnotit. Výsledkem vzniklé situace bylo, že zadavatel provedl hodnocení kvalifikačních kritérií dvakrát, jednou při posuzování, zda se jedná o kvalifikovaného uchazeče či nikoliv, a následně při hodnocení nabídek.
5. K otázce prokazování finanční, ekonomické a technické způsobilosti orgán dohledu uvedl, že podle § 30 odst. 2 písm. b) zákona se splněním kvalifikace rozumí splnění dalších kvalifikačních kritérií stanovených zadavatelem, jimiž zadavatel vymezí odpovídající úroveň finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele a zabezpečení jakostí podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky. Podle § 32 odst. 2 zákona je zadavatel povinen v oznámení otevřeného řízení stanovit způsob prokázání finanční a ekonomické způsobilosti. Obdobně je podle § 33 odst. 2 zákona zadavatel v oznámení otevřeného řízení povinen stanovit způsob prokázání technické způsobilosti. Vymezení odpovídající úrovně v rámci zvoleného způsobu prokazování způsobilosti uchazečů, tj. stanovení určité minimální prahové či limitní úrovně způsobilosti, kterou musí uchazeč v nabídce doložit, je zadavatel povinen uvést konkrétně a jednoznačně v oznámení zadávacího řízení (např. určitou konkrétní výší dosaženého obrátu ve vztahu k předpokládané ceně předmětu veřejné zakázky, dispozicí s určitým technickým vybavením pro provedení předmětu veřejné zakázky, předložení referenčních služeb podle předmětu veřejné zakázky a jeho předpokládaného finančního rozsahu, apod.). Pokud by zadavatel hranici způsobilosti konkrétně nestanovil, nemůže logicky způsobilost zájemce objektivně a transparentně posoudit – případně uchazeče odůvodněně vyloučit z důvodu nesplnění kvalifikace. V šetřeném případě zadavatel v bodu 9.2. oznámení zadávacího řízení – kritéria a doklady pro prokazování finanční a ekonomické způsobilosti – stanovil způsob prokazování způsobilosti uchazečů tak, že uvedl „Dle § 32 odstavec (1) písm. a) a d)“. Dále zadavatel v bodu 9.3. oznámení zadávacího řízení – kritéria a doklady pro prokazování technické způsobilosti – stanovil způsob prokazování způsobilosti uchazečů tak, že uvedl „Dle § 33 odstavec (1) písm. b) čl. 1., 2. a 4““. Vzhledem k tomu, že zadavatel je povinen již v oznámení zadávacího řízení uvést způsob, rozsah a úroveň prokázání kvalifikace, není dostačující, když uvede v oznámení zadávacího řízení odkaz na příslušná ustanovení zákona. Pokud zadavateli

- nestačí vymezený počet znaků v oznámení zadávacího řízení pro vymezení prokázání kvalifikace, může údaje uvést v bodu 11.4. „jiné“ oznámení zadávacího řízení, případně v doprovodné příloze tohoto oznámení. Závěrem k této otázce orgán dohledu konstatoval, že zadavatel nevyločil žádného z uchazečů z důvodu neprokázání dalších kvalifikačních kritérií, a proto citované porušení zákona neovlivnilo pořadí úspěšnosti nabídek.
6. K uzavření smlouvy před uplynutím 15 denní lhůty Úřad uvedl, že podle § 66 zákona zadavatel nesmí v otevřeném nebo užším řízení uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem před uplynutím lhůty uvedené v odst. 2 cit. ustanovení. Neobdrží-li zadavatel do 15 dnů ode dne doručení oznámení o přidělení veřejné zakázky námitky podle § 88 zákona, bezodkladně uzavře písemnou smlouvu s vybraným uchazečem, a to v souladu se zadáním a vybranou nabídkou. V případě nadlimitních veřejných zakázek může podat námitky každý dodavatel, který měl nebo má zájem o získání veřejné zakázky (§ 88 odst. 1 zákona). Účelem stanovení zákazu uzavření smlouvy ve lhůtě do 15 dnů je především zamezení vzniku složitých obchodně-právních vztahů vyplývajících z uzavřených smluv, není-li jisté, že průběh či výsledek zadávacího řízení nebude napaden některým ze subjektů uvedených v § 88 odst. 1 zákona a následně změněn opatřeními orgánu dohledu. Vzhledem k tomu, že se jedná o nadlimitní zakázku, zadavatel tím, že uzavřel smlouvu s vítězným uchazečem dne 24. 10. 2004, ačkoli rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky učinil již dne 20. 10. 2004, neumožnil subjektům uvedeným v § 88 odst. 1 zákona uplatnit právo na přezkum a dosáhnout podáním námitek případné nápravy ze strany zadavatele a následným návrhem na zahájení správního řízení dosáhnout případné změny rozhodnutí zadavatele před uzavřením smlouvy, a to v návaznosti na ustanovení § 88 odst. 4 zákona. Tím zadavatel porušil povinnost stanovenou v § 66 odst. 1 a 2 zákona, tento postup však neměl vliv na rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky. Z předložené dokumentace nevyplývá, že by druhý vyloučený uchazeč, který se písemně vzdal práva na „odvolání“, či některý z potenciálních dodavatelů podal proti rozhodnutí o přidělení námitky.
  7. K tvrzení zadavatele týkající se povahy veřejné zakázky a pravidel, která se na její zadání vztahují, orgán dohledu konstatoval, že zadavatel je příspěvkovou organizací, jehož zřizovatelem je Jihomoravský kraj, jedná se tudíž o veřejného zadavatele dle § 2 písm. a) bodu 3. zákona, kterým je každá příspěvková organizace zřízená uzemním samosprávným celkem. Není proto rozhodující, zda je zakázka financována dalším veřejným zadavatelem či nikoliv. Rovněž se nejedná o veřejnou zakázku, na kterou se vztahují pravidla daná zvláštními postupy mezinárodních organizací (např. Evropské banky pro obnovu a rozvoj, Evropské investiční banky apod.), neboť dle oznámení o zadání veřejné zakázky jsou zdrojem financování veřejný rozpočet a státní fondy ČR. Z toho důvodu je zadavatel veřejným zadavatelem, a byl proto povinen postupovat dle zákona.
  8. Co se týče uložené sankce, vycházel Úřad ze skutečnosti, že se jedná o závažné porušení zákona. Předmětná veřejná zakázka již navíc byla realizována, a proto nebylo možné nápravy dosáhnout jinou cestou (například uložením nového zadání veřejné zakázky), neboť nelze ukládat plnění, která jsou neproveditelná. Horní hranice možné pokuty činila 888 573,- Kč. Orgán dohledu vzal v úvahu skutečnost, že se v případě zadavatele jedná o příspěvkovou organizaci a že samotným projednáním případu v rámci dohledové činnosti bylo dosaženo preventivního účelu zákona, a proto uložil pokutu v dolní polovině zákonem stanovené sazby.

## II. Námitky rozkladu

9. Dne 24. 8. 2006 podal proti výše uvedenému rozhodnutí zadavatel rozklad. V tomto rozkladu nesouhlasí s uložením pokuty ve výši 40 000,- Kč. Poukazuje znovu na své vyjádření, že se v daném případě nejedná o veřejnou zakázku ve smyslu zákona, nýbrž o zakázku, jejíž zadávání se řídí pravidly danými zvláštními postupy mezinárodních organizací, a že tedy není dána pravomoc Úřadu k rozhodování. V příloze rozkladu předkládá rozhodnutí Ministerstva životního prostředí č. 40260421 o poskytnutí podpory z Evropského fondu pro regionální rozvoj a ze Státního fondu životního prostředí na předmět veřejné zakázky. V daném případě tak podle závěru zadavatele přichází v úvahu aplikace § 4 odst. 1 písm. d) zákona, protože předmětná veřejná zakázka byla z 50 % financována mimo rozpočtové zdroje České republiky. Zákon nerozlišuje, v jaké míře musí být zakázka financována, a tedy i zadávána podle zvláštních postupů, není tudíž rozhodující, že zbývající finanční zdroje pocházely z České republiky. Nelze totiž na jednu veřejnou zakázku uskutečnit souběžně dvě řízení. Za této situace považuje zadavatel za nerozhodné, že přiložené rozhodnutí ukládá příjemci podpory provést výběr dodavatele podle zákona. Část tohoto zákona upravující výběr dodavatele se stává zvláštním postupem mezinárodní organizace (Evropské unie), protože tímto způsobem nelze založit pravomoc Úřadu. K tomu upozorňuje, že Ministerstvo životního prostředí není poskytovatelem dotace, ale pouze jejím distributorem.

### Závěr rozkladu

10. Zadavatel navrhuje, aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno a řízení zastaveno.

## III. Řízení o rozkladu

11. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
12. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
13. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 4. 8. 2006, č.j. S178/2006-13537/2006/520-AB, rozhodl, že zadavatel nesplnil povinnost stanovenou v § 55 odst. 3 zákona tím, že jako jedno z dílčích kritérií pro posuzování nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti zvolil kritérium „míra zkušeností uchazeče s obdobným typem dodávek“, které nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, ale kvalifikaci uchazeče ve smyslu § 33 odst. 1 písm. c) bod 2. zákona, přičemž tento úkon mohl podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek jednotlivých uchazečů, a dále že zadavatel nesplnil povinnost uloženou ustanovením § 30 odst. 2 písm. b) zákona v návaznosti na § 32 odst. 2 zákona a § 33 odst. 2 zákona tím, že stanovil další kvalifikační kritéria, aniž by vymezil odpovídající úroveň způsobilostí uchazečů podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky, a současně nestanovil způsob, jakým mají být další

kvalifikační kritéria prokázána, a povinnost uloženou ustanovením § 66 odst. 1 a 2 zákona, když před uplynutím lhůty 15ti dnů ode dne doručení rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky uzavřel dne 24. 10. 2004 smlouvu na realizaci veřejné zakázky (tyto úkony však neovlivnily stanovení pořadí úspěšnosti nabídek), za což mu Úřad uložil pokutu ve výši 40 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

#### **IV. K námitkám rozkladu**

14. Úvodem uvádím, že zadavatel v podaném rozkladu neuvádí žádné nové skutečnosti, které by odůvodňovaly přehodnocení dosavadního postupu Úřadu, a naopak pouze rozvádí argumenty již uvedené v řízení před orgánem dohledu. Se všemi těmito argumenty se však orgán dohledu zcela vyčerpávajícím způsobem vypořádal v odůvodnění napadeného rozhodnutí.

#### **K povaze veřejné zakázky**

15. Pokud jde o zadavatelův názor, že příslušnost Úřadu přezkoumat proces zadání předmětné veřejné zakázky není dána, neboť se nejedná o veřejnou zakázku ve smyslu zákona, nýbrž o zakázku, jejíž zadání se řídí pravidly danými zvláštními postupy mezinárodních organizací (např. Evropské banky pro obnovu a rozvoj, Evropské investiční banky, apod.), pak s tímto závěrem zadavatele nesouhlasím. Rozhodnutí Ministerstva životního prostředí jasně a jednoznačně stanovilo jako podmínku pro poskytnutí podpory provedení výběru dodavatele podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění. Vedle toho zadavatel měl povinnost seznámit Státní fond životního prostředí s termínem a textem zadání veřejné zakázky, předložit zadávací dokumentaci ke kontrole a umožnit zástupci Fondu být přítomen jednání hodnotící komise a pořádit o tom záznam. Argument zadavatele, že uložením povinnosti provést výběr dodavatele podle zákona (kterou zadavatel nepovažuje za spornou, jak vyplývá z podaného rozkladu) nelze založit pravomoc Úřadu, považuji za zavádějící. Pravomoc Úřadu přezkoumat zákonnost postupu zadavatele při zadání předmětné veřejné zakázky vyplývá přímo z ustanovení § 94 odst. 1 zákona. Jestliže tedy Ministerstvo životního prostředí zamýšlelo uložit zadavateli povinnost postupovat podle zákona, nemohlo současně vyloučit působnost Úřadu při výkonu dohledu. Pravomoc a působnost Úřadu může být dána pouze zákonem a nemůže být vyloučena individuálním právním aktem orgánu moci výkonné.
16. Bez ohledu na výše uvedené však především nelze zadavatele považovat za veřejného zadavatele podle § 2 odst. 1 písm. d) zákona, tedy za jinou právnickou nebo fyzickou osobu zadávající zakázku na dodávky, služby nebo stavební práce, která je z více než 50 % financována veřejným zadavatelem. Zadavatele je nutno považovat za veřejného zadavatele podle § 2 odst. 1 písm. a) bod 3. zákona, tedy za příspěvkovou organizaci zřízenou územním samosprávným celkem. Tuto argumentaci již uvedl orgán dohledu v napadeném rozhodnutí, a pokud jde o podaný rozklad, zadavatel v něm neuvádí žádné nové skutečnosti, které by zdůvodňovaly změnu přístupu Úřadu k této věci.
17. S ohledem na výše uvedené mi nezbyvá než souhlasit se závěry vyslovenými v napadeném rozhodnutí, a sice že zadavatel porušil povinnosti stanovené v ustanoveních § 55 odst. 3 zákona, což mohlo podstatně ovlivnit pořadí úspěšnosti nabídek, stejně jako

že porušil povinnosti stanovené v § 32 odst. 2 zákona a § 33 odst. 2 zákona společně s § 66 odst. 1 a 2 zákona, což však stanovení pořadí úspěšnosti nabídek neovlivnilo.

18. Pokud jde o samotnou sankci a její možné snížení či dokonce upuštění od ní, neshledal jsem s ohledem na argumentaci uvedenou v předchozích odstavcích pro takový postup důvody. Vzhledem ke skutečnosti, že veřejná zakázka již byla realizovaná, a tedy nápravy nelze dosáhnout jiným způsobem (například zrušením zadávacího řízení či uložením povinnosti provést nový výběr), a také s ohledem na skutečnost, že prokazatelně došlo k porušení zákona, které zároveň mohlo mít vliv na pořadí úspěšnosti nabídek, ponechávám pokutu ve stejné výši, jak ji uložil orgán dohledu v napadeném rozhodnutí.

## **V. Závěr**

19. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
20. 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 § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Nemocnice Znojmo, se sídlem MUDr. Jana Janského 2675/11, 669 02 Znojmo
2. SCHIESTL, spol. s r.o., se sídlem K Zámecké oboře 334, 252 41 Dolní Břežany
3. spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce