

Výrok II. prvostupňového rozhodnutí byl změněn rozhodnutím předsedy ÚOHS č. j. 2R 30/02-Hr ze dne 13. 9. 2002

Č. j. VZ/S66/02-153/1791/02-Št

V Brně dne 24. 5. 2002

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jako orgán dohledu nad dodržováním 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. a zákona č. 142/2001 Sb., ve správním řízení zahájeném na základě návrhu ze dne 21. 3. 2002 uchazeče Zlínstav a. s. Zlín, tř. T. Bati 385, 763 02 Zlín, za niž jedná Luděk Macháček, předseda představenstva, proti rozhodnutí zadavatele – Česká republika, Okresní soud ve Zlíně, Soudní 3, 761 30 Zlín, zastoupený předsedou JUDr. Jiřím Dufkem – ze dne „8. 3. 2000“, o námitkách ze dne 28. 2. 2002 proti jeho rozhodnutí ze dne „18. 10. 2001“ o vyloučení jmenovaného uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži na zhotovení stavby "Rekonstrukce objektu Okresního soudu ve Zlíně - Loukách č. 351" vyhlášené podle části druhé cit. zákona o zadávání veřejných zakázek v Obchodním věstníku č. 30/2001 pod zn. 128378-30/01 dne 25. 7. 2001, **rozhodl takto:**

I.

Rozhodnutím zadavatele – Česká republika, Okresní soud ve Zlíně – ze dne „18. 10. 2001“ o vyloučení uchazeče Zlínstav a. s. Zlín, tř. T. Bati 385, 763 02 Zlín, z další účasti v obchodní veřejné soutěži na zhotovení stavby "Rekonstrukce objektu Okresního soudu ve Zlíně - Loukách č. 351" nedošlo k porušení zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů.

Podle § 60 písm. a) cit. zákona se návrh uchazeče Zlínstav a. s. Zlín, tř. T. Bati 385, 763 02 Zlín, ze dne 21. 3. 2002 **z a m í t á .**

II.

Zadavatel – Česká republika, Okresní soud ve Zlíně – porušil ustanovení § 4 odst. 1 cit. zákona tím, že v průběhu zadávací lhůty dodatečně upřesnil podmínky soutěže, neboť dopisem ze dne 13. 2. 2002 vyzval uchazeče o veřejnou zakázku „k předložení věrohodných dokladů o nejméně pěti zakázkách, které se uskutečnily dle zadávacích podmínek soutěže uvedených pod bodem 2.4 písm. e), a dodatečně stanovil, že se jedná se o zakázky, na které byly uzavřeny smlouvy o dílo“, přičemž vyzvaní uchazeči upřesněnému požadavku zadavatele dostáli, čímž rovněž porušil ustanovení § 11 odst. 1 cit. zákona, jelikož zvýhodnil proti ostatním účastníkům soutěže uchazeče MiTTaG spol. s r. o. pozemní a průmyslové stavitelství, který nepředložil v nabídce údaje o nejméně pěti zakázkách obdobného

charakteru jím uskutečněných v posledních pěti letech o objemu plnění minimálně 150 mil. Kč s uvedením objednatele, místa plnění, doby plnění a ceny zakázky, ale pouze údaje o 4 zakázkách požadovaného charakteru, neboť v době podání nabídek, nebyla dosud pátá zakázka jmenovaného uchazeče, na kterou však již byla uzavřena smlouva o dílo, uskutečněna.

Podle § 60 písm. b) cit. zákona se zadavateli – Česká republika, Okresní soud ve Zlíně – ukládá provést náprava, a to opětovné posouzení nabídek z hlediska prokázání splnění původních zveřejněných, tedy dodatečně neupravených, dalších kvalifikačních předpokladů, resp. bodu 2.4 písm.e) podmínek soutěže, do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

O d ů v o d n ě n í

Zadavatel Česká republika, Okresní soud ve Zlíně, Soudní 3, 761 30 Zlín, zastoupený předsedou JUDr. Jiřím Dufkem (dále jen „zadavatel“), vyhlásil dne 25. 7. 2001 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. a zákona č. 142/2001 Sb. (dále jen „zákon“), v Obchodním věstníku č. 30/2001 pod zn. 128378-30/01 obchodní veřejnou soutěž na zhotovení stavby „Rekonstrukce objektu Okresního soudu ve Zlíně – Loukách č. 351“ (dále jen „soutěž“).

Jako kritéria pro hodnocení nabídek zadavatel v podmínkách soutěže uvedl:

- a) výše nabídkové ceny za předmět plnění dle bodu 2.1 včetně DPH.....70 %,
- b) doba plnění veřejné zakázky.....25 %,
- c) použití výrobku s ochrannou známkou „ekologicky šetrný výrobek“.....5 %.

V soutěžní lhůtě zadavatel obdržel 8 nabídek, přičemž nabídky dvou uchazečů o veřejnou zakázku nevyhověly kontrole úplnosti, jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek ze dne 3. 9. 2001, a zadavatel tyto uchazeče vyloučil z další účasti v soutěži, což jim oznámil dopisem ze dne 3. 9. 2001.

Komise pro posouzení a hodnocení nabídek (dále jen „komise“) ustavená zadavatelem se sešla na svém jednání ve dnech 6. 9. 2001, 24. 9. 2001 a 8. 10. 2001, nabídky uchazečů posoudila (komise konstatovala, že nabídky dvou uchazečů nespĺňují podmínky zadání soutěže a zadavatel uchazeče, jejichž nabídky komise v souladu s § 34 odst. 4 zákona vyřadila, vyloučil z další účasti v soutěži dopisem ze dne 7. 9. 2001) a provedla jejich hodnocení, přičemž stanovila dvě různá pořadí uchazečů umístěných na prvních třech místech. Zadavatel se k jednomu pořadí přiklonil (po zdůvodnění) a dne 18. 10. 2001 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky. Proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky podal uchazeč MiTTaG spol. s r. o. pozemní a průmyslové stavitelství dopisem ze dne 23. 10. 2001, námitky, kterým zadavatel nevyhověl. Jmenovaný uchazeč využil svého práva a podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Orgán dohledu jmenovanému uchazeči vyměřil správní poplatek, který uchazeč ve stanovené lhůtě ani později nezaplátil, a proto orgán dohledu správní řízení zastavil, a to rozhodnutím č. j. S 215/01-153/4930/01-Št ze dne 12. 12. 2001. Po přezkoumání dokumentace získal orgán dohledu pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele učiněných v průběhu výběrového řízení a jeho dosavadním postupu, a proto zahájil správní řízení z vlastního podnětu ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele učiněných při zadávání předmětné veřejné zakázky. V postupu zadavatele bylo shledáno porušení zákona, a proto rozhodnutím č. j. S 235/01-

153/25/02-Št ze dne 3. 1. 2002 orgán dohledu rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 18. 10. 2001 zrušil a zadavateli uložil provést nové posouzení a hodnocení nabídek. Citované rozhodnutí orgánu dohledu nabylo právní moci dne 23. 1. 2002.

Zadavatel, resp. komise se sešla na svém jednání dne 12. 2. 2002 a při posuzování nabídek navrhla zadavateli vyloučení uchazeče Zlínstav a. s. Zlín, tř. T. Bati 385, 763 02 Zlín, na niž jedná Luděk Macháček, předseda představenstva (dále jen „Zlínstav a. s. Zlín“), pro nedodržení bodu 3.3 h) podmínek soutěže. Zadavatel uchazeče Zlínstav a. s. Zlín vyloučil z další účasti v soutěži, a to rozhodnutím č. j. Spr 675/2001 ze dne „18. 10. 2001“, které jmenovaný uchazeč obdržel podle doručky dne 22. 2. 2002. Uchazeč Zlínstav a. s. Zlín podal proti rozhodnutí zadavatele námitky, kterým zadavatel nevyhověl, což uchazeči oznámil dopisem ze dne „8. 3. 2000“, který jmenovaný uchazeč obdržel podle doručky dne 12. 3. 2002.

Uchazeč Zlínstav a. s. Zlín využil svého práva a podal u orgánu dohledu návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách.

Předmětný návrh obdržel orgán dohledu dne 21. 3. 2002, a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení. Zadavatel obdržel návrh jmenovaného uchazeče tentýž den jako orgán dohledu. Zadavatel zaslal orgánu dohledu dokumentaci o zadání veřejné zakázky spolu se svým stanoviskem ze dne 27. 3. 2002 k návrhu.

Ve svém návrhu uchazeč Zlínstav a. s. Zlín uvádí (zkráceno), že spatřuje v postupu zadavatele porušení § 2h odst. 3, neboť v zadávací dokumentaci, kterou zadavatel předložil uchazečům, chybí podstatné údaje vymezující standard. Pokud podle uchazeče není rozhodující označení položky podle třídníku stavebních prací a konstrukcí (v současné době neplatného), pak je pro uchazeče ze zadávací dokumentace závazný pouze popis položek, kde však není dodržen požadavek na podrobný popis standardů (u položek YTONG není v popise uvedena pevnost tvárnic, druh spojovací malty, u tepelných izolací chybí údaje vztahující se k objemové hmotnosti použitého druhu izolace, v některých případech chybí i tloušťka izolace atd.), a nelze tedy uchazeči vyčítat podmínku soutěže bod 3.3 písm. h), že uchazeč ve své nabídce na plnění podle bodu 2.1, pokud nabídne jiné (obdobné) výrobky a technologie, doložil doklady (příslušné certifikáty) prokazující, že tyto výrobky a technologie mají stejné (nebo lepší) parametry jako výrobky uvedené v zadávací dokumentaci. Uchazeč namítá, že odlišnost v popisech položek je dána obsahem datových souborů, které jsou pro vypracování cenové nabídky (u zadavatele pro vypracování výkazu výměr) použity, přičemž tyto datové soubory se různí ve struktuře popisu, počtu znaků i v číselném zařazení položek, protože v České republice neexistuje jednotný závazný popis stavební práce či konstrukce. Uchazeč rovněž dodává, že pokud neexistuje žádný závazný předpis pro popisovník stavebních prací a konstrukcí, pak nelze považovat užití jiného názvu položky za nesplnění obsahových podmínek soutěže (zdivo z tvárnic YTONG = zdivo z tvárnic pórobetonových). Uchazeč Zlínstav a. s. Zlín navrhuje, aby se orgán dohledu zaměřil na skutečnost, zda při kontrole číselného označení položek a jejich názvů postupoval zadavatel ke všem uchazečům stejně. Poslední část návrhu jmenovaného uchazeče se netýká vyloučení uchazeče z další účasti na veřejné zakázce, ale splnění dalšího kvalifikačního předpokladu stanoveného zadavatelem v podmínkách soutěže pod bodem 2.4 písm. e), který uchazeči prokazují údaji „o nejméně pěti zakázkách obdobného charakteru jím uskutečněných v posledních pěti letech o objemu plnění minimálně 150 mil. Kč s uvedením objednatele, místa plnění, doby plnění a ceny zakázky“.

Svým návrhem se jmenovaný uchazeč domáhá zrušení rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení z další účasti v soutěži a zařazení jeho nabídky do hodnocení, nebo zrušení celého zadání veřejné zakázky.

Účastníkům řízení, kterými jsou podle § 58 zákona:

- zadavatel,
- Zlínstav a. s. Zlín,

orgán dohledu oznámil zahájení řízení dopisem č. j. VZ/S66/02-153/1592/02-Št ze dne 29. 3. 2002 a současně je seznámil s možností vyjádřit se ke skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí, navrhnout doplnění šetření či nahlédnout do správního spisu. Orgán dohledu rozhodnutím č. j. VZ/S66/02-153/1607/02-Št ze dne 29. 3. 2002, vyzval uchazeče Zlínstav a. s. Zlín k zaplacení správního poplatku, který jmenovaný uchazeč uhradil dne 4. 4. 2002. V této souvislosti orgán dohledu uvádí, že podle § 6 odst. 4 zákona č. 368/1992 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, lhůty pro vydání rozhodnutí stanovené zvláštními předpisy neběží v období od zaslání výzvy k zaplacení správního poplatku až po jeho zaplacení.

Se zjištěnými skutečnostmi dále orgán dohledu seznámil účastníky správního řízení dopisem č. j. VZ/S66/02-153/2097/02-Št ze dne 26. 4. 2002.

Dne 26. 4. 2002 obdržel orgán dohledu stanovisko zadavatele ze dne 23. 4. 2002 k návrhu uchazeče Zlínstav a. s. Zlín, ve kterém zadavatel uvádí, že návrh nemá náležitosti, resp. v návrhu není uvedeno, v čem je spatřováno porušení zákona, neboť uchazeč ve svém návrhu poukazuje na porušení § 2h odst. 3 zákona, avšak podle ustanovení § 53 odst. 2 zákona uchazeč, který byl z účasti na veřejné zakázce vyloučen, může námitky směřovat pouze proti rozhodnutí o svém vyloučení. Zadavatel proto navrhuje návrh uchazeče pro nedostatek náležitostí zamítnout. Dále zadavatel sdělil, že je orgán dohledu vázán návrhem uchazeče, a nemůže přezkoumávat rozhodnutí zadavatele nad rámec, s výjimkou situace, kdyby orgán dohledu zahájil správní řízení z vlastního podnětu.

Dne 29. 4. 2002 nahlédl po předchozí dohodě do správního spisu zaměstnanec zadavatele (pověřený zadavatelem na základě plné moci ze dne 26. 4. 2002), přičemž předložil orgánu dohledu pro srovnání výkazy výměr ostatních uchazečů o veřejnou zakázku, jejichž nabídky byly komisí ustavenou zadavatelem posuzovány.

Dne 3. 5. 2002 nahlédl po předchozí dohodě do správního spisu zaměstnanec uchazeče Zlínstav a. s. Zlín (pověřený uchazečem na základě plné moci ze dne 2. 5. 2002) a pořídil si výpisy.

Jmenovaný uchazeč zaslal orgánu dohledu své vyjádření, které orgán dohledu obdržel dne 6. 5. 2002 faxem (7. 5. 2002 poštou). Ve vyjádření uchazeč Zlínstav a. s. Zlín uvádí, že porušení ustanovení § 2h odst. 3 zákona zadavatelem je skutkovou podstatou důvodu vyloučení uchazeče z další účasti v soutěži. Uchazeč spatřuje porušení zákona v citovaném ustanovení, neboť bylo přímou příčinou pro jeho vyloučení. Jmenovaný uchazeč rovněž sdělil, že pokud by skutečnosti rozšiřující obsah námítky uvedené v návrhu orgán dohledu nemohl uplatnit ve správním řízení, žádá orgán dohledu, aby byly posuzovány jako podnět uchazeče Zlínstav a. s. Zlín pro porušení zákona.

Po přezkoumání spisového materiálu a stanovisek účastníků řízení uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

Náležitosti návrhu

Orgán dohledu se nejprve zabýval otázkou, zda návrh uchazeče Zlínstav a. s. Zlín má všechny náležitosti a splňuje podmínky stanovené v § 57 zákona a rovněž, zda námitky uchazeče byly podány proti rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z další účasti na veřejné zakázce ve smyslu § 53 odst. 2 zákona. Orgán dohledu se obvykle o této skutečnosti v odůvodnění svého rozhodnutí nezmiňuje, avšak vzhledem ke stanovisku zadavatele ze dne 23. 4. 2002, že návrh uchazeče Zlínstav a. s. Zlín neobsahuje náležitosti podle § 57 zákona, je třeba se v souladu se správním řádem s argumentem zadavatele vypořádat.

Podle § 53 odst. 2 zákona námitky nemůže podat uchazeč, který byl z účasti na veřejné zakázce vyloučen, s výjimkou námitek proti rozhodnutí o jeho vyloučení. Pokud by orgán dohledu akceptoval názor zadavatele, že jmenovaný uchazeč tím, že spatřuje pochybení zadavatele v porušení § 2h odst. 3 zákona, nesměřuje námitky proti rozhodnutí o svém vyloučení, byl by nucen konstatovat, že pochybil již zadavatel, a to ve fázi rozhodování o námitkách uchazeče, když o nich rozhodl ve smyslu § 56 odst. 2 zákona.

Námitky uchazeče Zlínstav a. s. Zlín jsou reakcí uchazeče na rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z další účasti na veřejné zakázce. Uchazeč Zlínstav a. s. Zlín ve svých námitkách (posléze i v návrhu) argumentuje, že pokud by zadavatel zpracoval zadávací dokumentaci v souladu s ustanovením § 2h odst. 3 zákona, uchazeč by rovněž svou nabídku zpracoval v souladu se stanovenými podmínkami zadavatele, a nebyl by tedy důvod pro jeho vyloučení z další účasti v soutěži. Návrh je třeba posuzovat podle obsahu v souladu s obecně platnými předpisy a ne pouze účelově vyčlenit určitou část. Z výše uvedeného je zřejmé, že případné porušení § 2h odst. 3 zákona (resp. případné pochybení zadavatele při zpracování podmínek soutěže či zadávací dokumentace) zadavatelem má přímý vliv na vyloučení uchazeče z další účasti v soutěži. Posouzení, zda názor uchazeče Zlínstav a. s. Zlín uvedený v návrhu ze dne 21. 3. 2002 je oprávněný či nikoliv, přináleží orgánu dohledu.

Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že návrh uchazeče Zlínstav a. s. Zlín obsahuje náležitosti stanovené v § 57 odst. 2 zákona, neboť je v něm uvedeno, kdo jej podává (Zlínstav a. s. Zlín), proti kterému úkonu zadavatele směřuje (rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče), v čem je spatřováno porušení zákona (v porušení § 2h odst. 3 zákona) a čeho se uchazeč domáhá (zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v soutěži a zařazení jeho nabídky do hodnocení nebo zrušení celého zadání veřejné zakázky). Součástí návrhu je rovněž přesné označení a adresa zadavatele a doklad o složení jistoty. Dále byla splněna podmínka § 57 odst. 2 zákona, neboť návrh byl podán do 10 kalendářních dnů od doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách jak k zadavateli, tak k orgánu dohledu. Kromě námitek směřujících proti rozhodnutí o vyloučení uchazeče, obsahuje návrh i názor uchazeče týkající se dalšího postupu zadavatele (viz k tomu uvedeno níže).

Zadávací dokumentace

Náležitosti obsahu zadávací dokumentace pro veřejné stavební zakázky jsou stanoveny v § 2h odst. 3 zákona takto: „Zadávací dokumentace pro veřejné stavební zakázky se stanoví v rozsahu projektové dokumentace nutné ke stavebnímu řízení, rozšířené o výkaz výměr, soupis prací a dodávek s podrobným popisem požadovaných standardů, které jednoznačně vymezují použité položky“.

Obsah některých pojmů, se kterými zákon o zadávání veřejných zakázek pracuje, je uveden v § 2 zákona – Pojmy. Obsah pojmů, které jsou uvedeny v ustanovení § 2h odst. 3 zákona, však zákon v obecné části ani jiné části nevysvětluje.

Při výkladu pojmů „rozsah projektové dokumentace nutné ke stavebnímu řízení“, která je v ustanovení § 2h odst. 3 uvedena jako součást zadávací dokumentace nejdříve, je nezbytné podpůrně vycházet ze zákona č. 50/1976 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „stavební zákon“), a z vyhlášky č. 132/98 Sb. ministerstva pro místní rozvoj ze dne 29. května 1998, kterou se provádějí některá ustanovení stavebního zákona (dále jen „vyhláška“). Z uvedených předpisů lze dovodit, že rozsah projektové dokumentace stavby se bude přiměřeně řídit druhem (velikostí) stavby (§§ 54, 55 stavebního zákona v návaznosti na §§ 10, 13 a 18 vyhlášky).

Obsahy ostatních pojmů, které uvádí § 2h odst. 3 zákona (výkaz výměr, soupis prací a dodávek s podrobným popisem požadovaných standardů, které jednoznačně vymezují použité položky), však nejsou v našem právním řádu objasněny, a je tedy pouze na zadavateli veřejné zakázky, aby stanovil standard a vymezil použité položky.

V šetřeném případě zadavatel jako součást zadávací dokumentace předal zájemcům místo projektu nutného ke stavebnímu řízení projekt realizační (zpracovaný spol. Centroprojekt Zlín a. s.), který je mnohem podrobněji zpracován, než projekt nutný ke stavebnímu řízení, z čehož lze dovodit, že již samotnému zpracování zadávací dokumentace věnoval zadavatel náležitou pozornost. Dále zadavatel předložil zájemcům o veřejnou zakázku výkaz výměr, ve kterém uvedl položky jednotlivých objektů apod., a rovněž popis jednotlivých položek. V rámci popisu jednotlivých položek v některých případech zadavatel uvedl přímo obchodní jméno výrobku (např. položka č. 17, 31127-0040.AB, popis položky: ZDIVO Z TVÁRNIC YTONG TL. 20CM M3, Z TVÁRNIC PERO-DRÁŽKA 599/200/249, množství: 2.84). V technické zprávě v bodu 7.4. „Dělicí příčky“ na str. 9 zadavatel dále uvedl, že: „Dozdívky v nenosných konstrukcích a nové zděné dělicí příčky tl. 50, 100 a 150 mm budou vyzděny z tvárnic YTONG na maltu YTONG.“ atd.

Uvedením obchodního jména výrobku tedy zadavatel v předmětné položce vymezil standard, který požaduje, neboť konkrétní výrobek dané značky má specifické technické vlastnosti.

Tam, kde zadavatel položky blíže nespecifikoval obchodním jménem výrobku, je zřejmé, že na předmětné položky nemá zadavatel takové nároky, a standard je zde zadavatelem stanoven nižším stupněm. Je tedy na uchazečích, co zadavateli za dodržení jeho základních požadavků (nižšího stupně standardu) uvedených v příslušné položce nabídnou. Pokud zadavatel stanovil nižší stupeň standardu, je také jeho rizikem, pokud uchazeči nabídnou zadavateli něco, co nepředpokládal, ale co splňuje požadavky zadavatele popsané nižším standardem. Požadavky zadavatele byly stanoveny pro všechny zájemce shodně, a žádný zájemce nebyl zvýhodněn proti ostatním zájemcům o veřejnou zakázku.

Zadávací dokumentace, kterou zadavatel předložil zájemcům o veřejnou zakázku, je zpracovaná v souladu se zákonem a splňuje i podmínky stanovené v § 2h odst. 3 zákona. Zadavatel dokonce zájemcům předal realizační projekt, čemuž odpovídá i předložený výkaz výměr. Pokud by zadavatel předal zájemcům jako součást zadávací dokumentace pouze projekt nutný pro stavební povolení, odpovídal by předmětnému projektu i výkaz výměr (tzn. ne tak podrobně zpracovaný), a i takový postup by byl v souladu se zákonem.

Splnění bodu 3.3 písm. h) stanoveného v podmínkách soutěže

Zadavatel v podmínkách soutěže umožnil uchazečům o veřejnou zakázku v souladu s ustanovením § 2h odst. 2 zákona použití i obdobných řešení, pokud zadavatelem požadované technické podmínky obsahují požadavky nebo odkazy na jednotlivá obchodní jména, zvláštní označení podniku, zvláštní označení výrobků, výkonů anebo obchodních materiálů, které platí pro určitý podnik nebo organizační jednotku za příznačné, patenty a užité vzory, a to dokonce výslovně v bodu 3.3 písm. g) podmínek soutěže.

Aby měl zadavatel jistotu, že uchazečem nabídnuté např. jiné výrobky a technologie, mají stejné (nebo lepší) parametry jako výrobky v zadávací dokumentaci, požadoval po uchazečích o veřejnou zakázku doložit v nabídce v takovém případě doklady (příslušné certifikáty), které prokazují požadovanou skutečnost (viz bod 3.3 písm. h) podmínek soutěže).

Uchazeč Zlínstav a. s. Zlín ve své nabídce mj. k výše zmiňované položce zadavatele č. 17 (1127-0040.AB, popis položky: ZDIVO Z TVÁRNIC YTONG TL. 20CM M3, Z TVÁRNIC PERO-DRÁŽKA 599/200/249, množství: 2.84) uvedl následující položku č. 16 (011 311270040, popis položky: Zdivo porobetonové tvár. hladké tl. 20 cm, množství 2.84). Je však nutno konstatovat, že na základě takto zpracovaného výkazu výměr uchazečem v nabídce nemůže mít zadavatel jistotu, že uchazeč dodržel standard, který zadavatel požadoval a vymezil.

Dále je třeba pro příklad uvést, že uchazeč Zlínstav a. s. Zlín zaměnil v případě vzduchotechniky zařízení chladicí jednotku SPLIT od firmy DAIKON za jednotku od firmy AIRWEL. Samotné nedodržení značky výrobku není v rozporu se zákonem, naopak zadavatel musí připustit použití obdobných řešení (viz výše), avšak zadavatel v podmínkách soutěže požadoval pod bodem 3.3 písm. h), aby uchazeči při změně výrobku v nabídce doložili provedenou změnu příslušným dokladem (certifikátem), který prokazuje, že uchazečem nabídnutý výrobek má stejné (nebo lepší) parametry jako výrobky uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci. Uchazeč Zlínstav a. s. Zlín takové doklady nepředložil, tudíž nesplnil podmínku soutěže danou zadavatelem v bodě 3.3 písm. h) a byl tedy zadavatelem vyloučen z další účasti v soutěži oprávněně. Pro úplnost je třeba uvést, že zadavatel si vyžádal před svým rozhodnutím o námitkách uchazeče Zlínstav a. s. Zlín v případě předmětné chladicí jednotky odborné stanovisko, zda chladicí jednotka od firmy AIRWEL má stejné technické vlastnosti jako chladicí jednotka od firmy DAIKIN. Ze znaleckého posudku ze dne 7. 3. 2002 č. j. 43/2002, znalce Mgr. Ing. Karla Trojana vyplývá, že chladicí jednotka, kterou nabídl jmenovaný uchazeč ve své nabídce, nemá stejné parametry jako zadavatelem požadovaná jednotka od firmy DAIKIN, ale naopak její parametry jsou horší.

Pokud jde o třídník stavebních prací a konstrukcí, nelze než souhlasit s uchazečem Zlínstav a. s. Zlín, že se jedná o neplatný dokument. Rozhodující je proto popis položky, jak již bylo vysvětleno výše v části odůvodnění zabývající se zadávací dokumentací a zadavatelem požadovaný standard. Pokud uchazeč zpracuje výkaz výměr včetně popisu položek odlišným způsobem, než jako podklad připravil zadavatel, zadavatel nemá jistotu, že nabídka uchazeče skutečně odpovídá jeho požadavkům a tudíž uchazeče vyloučí z další účasti na veřejné zakázce. Je proto na uchazeči o veřejnou zakázku, jakou pozornost věnuje zpracování své nabídky podle podmínek a podkladů předložených zadavatelem.

Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že ostatní uchazeči o veřejnou zakázku, kteří nebyli vyloučeni z další účasti v soutěži, zpracovali sporné části položkového rozpočtu v souladu s požadavky zadavatele. Zadavatel předložil pro srovnání dne 29. 4. 2002 fotokopie částí výkazů výměr zbývajících tří uchazečů o veřejnou zakázku, s vyznačením sporných položek.

Námitkami uchazeče Zlínstav a. s. Zlín, které nesměřují proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v soutěži, se orgán dohledu nebude zabývat, neboť uchazeč může své námitky podávat ve smyslu § 53 odst. 2 zákona pouze proti rozhodnutí o jeho vyloučení z další účasti na veřejné zakázce, a tudíž i návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele u orgánu dohledu pak musí této podmínce odpovídat. Uvedená skutečnost však nebrání orgánu dohledu, aby v rámci vlastního šetření zkoumal i dosavadní průběh zadávacího procesu. Vede ho k tomu zásada hospodárnosti zakotvená v ustanovení § 3 odst. 3 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů.

Zjištění orgánu dohledu z moci úřední

V podmínkách soutěže v bodě 2.4 zadavatel stanovil požadavky na prokázání dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky. Mezi požadovanými předpoklady je i předpoklad uvedený pod písm. e), který měl uchazeč o veřejnou zakázku ve své nabídce prokázat „údaji o nejméně pěti zakázkách obdobného charakteru jím uskutečněných v posledních pěti letech o objemu plnění minimálně 150 mil. Kč s uvedením objednatele, místa plnění, doby plnění a ceny zakázky“.

Orgán dohledu při přezkoumávání úkonů zadavatele učiněných v předmětné veřejné zakázce zjistil, že zadavatel ve fázi posuzování nabídek vyzval dopisem ze dne 13. 2. 2002 tři uchazeče o veřejnou zakázku (UNISTAV a. s., MiTTaG spol. s r. o. pozemní a průmyslové stavitelství, a Pozemní stavitelství Zlín a. s.), citujeme: „k předložení věrohodných dokladů o nejméně pěti zakázkách, které se uskutečnily dle zadávacích podmínek soutěže uvedených pod bodem 2.4 písm. e). **Jedná se o zakázky, na které byly uzavřeny Smlouvy o dílo.**“

Zadavatel ve svém požadavku ze dne 13. 2. 2002 specifikoval uskutečněné zakázky jako zakázky, na které byly uzavřeny smlouvy o dílo, přičemž tato skutečnost v podmínkách obchodní veřejné soutěže ani v zadávací dokumentaci uvedena nebyla. Oslovení uchazeči v zadavatelem stanovené lhůtě (nejpozději do 22. 2. 2002) požadované doklady předložili.

V této souvislosti je třeba rovněž uvést názor zadavatele (stanovisko k návrhu) ze dne 27. 3. 2002 ve vztahu k požadavku zadavatele uvedeném právě v bodu 2.4 písm. e) podmínek soutěže, že „státní zakázku tohoto finančního objemu nelze nabídnout začínajícím subjektům, ale subjektům, které s realizací tohoto významu mají zkušenosti.“

Z podmínek šetřené obchodní veřejné soutěže i ze stanoviska zadavatele ze dne 27. 3. 2002 lze tedy logicky dovodit, že zadavatel stanovil uvedený další předpoklad pro plnění veřejné zakázky pod bodem 2.4 písm. e) podmínek soutěže proto, aby měl jistotu, že firma, kterou zadavatel za splnění podmínek soutěže po provedeném hodnocení nabídek podle stanovených kritérií vybere, bude mít s realizací zakázek tohoto typu a rozsahu zkušenosti, a zadavatel bude mít tedy relativně vysokou jistotu, že dojde ke zdárnému ukončení realizace i v případě této veřejné zakázky a ve svém důsledku tedy k hospodárnému vynaložení státních prostředků.

Tím, že zadavatel v zadávací lhůtě dopisem ze dne 13. 2. 2002 vyzval tři uchazeče o veřejnou zakázku „k předložení věrohodných dokladů o nejméně pěti zakázkách, které se uskutečnily dle zadávacích podmínek soutěže uvedených pod bodem 2.4 písm. e). Jedná se o zakázky, na které byly uzavřeny Smlouvy o dílo“, postupoval v rozporu s § 4 odst. 1 zákona, neboť změny podmínek soutěže, tedy i jejich upřesnění, lze provést pouze v soutěžní lhůtě, a to zveřejněním v Obchodním věstníku a na centrální adrese. Zadavatel rovněž porušil i ustanovení § 11 odst. 1 zákona, neboť změnou, resp. upřesněním požadavku na prokázání dalšího kvalifikačního předpokladu uvedeného pod bodem 2.4 písm. e) podmínek soutěže o to, že se jedná o zakázky, na které byly uzavřeny smlouvy o dílo, a tím, že vyzvaní uchazeči upřesněnému požadavku zadavatele dostáli, zvýhodnil proti ostatním účastníkům soutěže uchazeče MiTTaG spol. s r. o. pozemní a průmyslové stavitelství, který nepředložil v nabídce údaje **o nejméně pěti zakázkách** obdobného charakteru jím uskutečněných v posledních pěti letech o objemu plnění minimálně 150 mil. Kč s uvedením objednatele, místa plnění, doby plnění a ceny zakázky, ale pouze údaje o 4 zakázkách požadovaného charakteru, neboť v době ukončení soutěžní lhůty, nebyla dosud pátá zakázka (výstavba polyfunkčního domu v lokalitě Brno-Řečkovice, kterou na důkaz svých odborných schopností v nabídce uvedl) jmenovaného uchazeče, na kterou však již byla uzavřena smlouva o dílo, uskutečněna, tedy realizována.

Je nutno konstatovat, že zakázky, zadavatelem požadovaného charakteru, na které byly uzavřeny smlouvy o dílo, avšak nebyly dosud uchazeči uskutečněny (realizovány), nevypovídají o tom, že uchazeči mají s realizací obdobných zakázek zkušenosti a že jsou schopni dostát všem obdobným požadavkům zadavatele a že se nejedná o „začínající“ subjekty. Teoreticky nelze vyloučit ani možnost, že pokud by stanovisko zadavatele (jeho akceptace již uzavřených smluv, ale dosud nerealizovaných staveb) bylo zájemcům známo předem (tj. v soutěžní lhůtě), mohli by podat nabídky uchazeči, kteří by měli např. uzavřeno pět smluv o dílo s požadovaným objemem prací atd., ale žádná ze staveb by dosud nemusela být realizována. V takovém případě by však zadavatel neměl záruku, že dílo bude realizováno uchazečem s odpovídajícími zkušenostmi.

Na základě všech zjištěných skutečností orgán dohledu rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

Zadavatel bude dále postupovat tak, že uloží komisi pro posouzení a hodnocení nabídek nabídky předložené uchazeči, kteří nebyli dosud vyloučeni z další účasti na veřejné zakázce, znovu posoudit, a pokud některá nabídka nevyhoví kontrole úplnosti a obsahovým podmínkám zadání, musí být vyřazena a uchazeč vyloučen ze soutěže (§ 34 odst. 4 zákona). Komise při posuzování nabídek však nesmí přihlížet k údajům, které tři uchazeči o veřejnou zakázku zadavateli předložili v době zadávací lhůty na jeho žádost ze dne 13. 2. 2002, neboť jakékoli upřesňování a doplňování nabídek uchazeči po ukončení soutěžní lhůty zákon nepřipouští, a jedná se o porušení principu rovného přístupu. Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že nelze vyloučit ani možnost, že zadavatel veřejnou zakázku zruší, poněvadž si takovou možnost vyhradil v bodě 4. podmínek soutěže, a zvolí nové zadání veřejné zakázky. Uvedený postup by nebyl v rozporu se zákonem ani s rozhodnutím orgánu dohledu, jelikož proces zadávání veřejné zakázky zůstává tímto rozhodnutím ve fázi posuzování nabídek a zadavateli v tomto stadiu výběrového řízení nelze upřít právo na zrušení zadání soutěže.

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. Petr Hanák
ředitel odboru

Obdrží:

Zlínstav a. s. Zlín, tř. T. Bati 385, 763 02 Zlín, zast. Luděkem Macháčkem

Okresní soud ve Zlíně, Soudní 3, 761 30 Zlín, zast. JUDr. Jiřím Dufkem