

Č. j. VZ/S 152/02-152/5321/02-jl

V Brně dne 23. října 2002

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 19.8.2002 podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb. a zákona č. 320/2002 Sb., v návaznosti na § 18 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu ze dne 15.8.2002 na přezkoumání rozhodnutí o vyloučení z účasti na veřejné zakázce a podmínek zadání veřejné zakázky uchazeče PRAGOPROJEKT, a. s., K Ryšánce 1668/16, 147 54 Praha 4, za niž jedná Ing. Marek Svoboda, předseda představenstva, ve správním řízení právně zastoupené na základě plné moci ze dne 19.8.2002 JUDr. Karlem Čermákem, advokátem, Advokátní a patentová kancelář, Národní třída 32, 110 00 Praha, na přezkoumání rozhodnutí zadavatele České dráhy, státní organizace, nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1, za niž jedná Ing. Dalibor Zelený, generální ředitel, ze dne 7.8.2002, o námitkách ze dne 25.7.2002, proti jeho rozhodnutí ze dne 22.7.2002 o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži „ČD DDC, Optimalizace trati Benešov u Prahy – Strančice“ vyhlášené v Obchodním věstníku č. 21/2002 dne 22.5.2002 pod zn. 148895-21/02 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., **rozhodl takto:**

Zadavatel – České dráhy, státní organizace – porušil ustanovení § 29 odst. 4 v návaznosti na § 2f odst. 2 a § 11 odst. 1 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. tím, že v důsledku nejednoznačně a diskriminačně stanovených podmínek soutěže vyloučil uchazeče PRAGOPROJEKT, a. s., Praha, z další účasti v předmětné soutěži.

Podle § 60 písm. b) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb. a zákona č. 424/2002 Sb., se zadání veřejné zakázky vyhlášené v Obchodním věstníku č. 21/2002 dne 22.5.2002 pod zn. 148895-21/02 ruší.

O d ů v o d n ě n í

Zadavatel České dráhy, státní organizace, nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1, za niž jedná Ing. Dalibor Zelený, generální ředitel (dále jen „zadavatel“), vyhlásil 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. v Obchodním věstníku č. 21/2002 dne 22.5.2002 pod zn. 148895-21/02 obchodní veřejnou soutěž „ČD DDC, Optimalizace trati Benešov u Prahy – Strančice“ (dále jen „soutěž“).

Z dokumentace o zadání veřejné zakázky vyplývá, že zadavatel do konce soutěžní lhůty obdržel čtyři nabídky a že dvě z nich byly vyřazeny a příslušní uchazeči vyloučeni z další účasti v soutěži. Rozhodnutí o vyloučení bylo uchazečům oznámeno dopisy ze dne 22.7.2002.

Proti rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení ze soutěže a proti podmínkám soutěže podal uchazeč PRAGOPROJEKT, a. s., K Ryšánci 1668/16, 147 54 Praha 4, za niž jedná Ing. Marek Svoboda, předseda představenstva, ve správním řízení právně zastoupená na základě plné moci ze dne 19.8.2002 JUDr. Karlem Čermákem, advokátem, Advokátní a patentová kancelář, Národní třída 32, 110 00 Praha (dále jen „uchazeč PRAGOPROJEKT“), dopisem ze dne 25.7.2002 námitky, které zadavatel obdržel dne 30.7.2002 a kterým po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl, což uchazeči PRAGOPROJEKT oznámil podle § 56 odst. 2 zákona dopisem ze dne 7.8.2002, který jmenovaný uchazeč obdržel podle doručení dne 15.8.2002. Vzhledem k tomu, že uchazeč PRAGOPROJEKT nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za správné, podal dopisem ze dne 15.8.2002 návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) obdržel výše uvedený návrh dne 19.8.2002 a tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb. zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb. a zákona č. 320/2002 Sb., zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání rozhodnutí zadavatele o námitkách.

Účastníky tohoto správního řízení jsou podle § 58 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zadavatel a uchazeč PRAGOPROJEKT.

V návrhu na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách uchazeč uvedl, že:

1. Zadavatel požadoval v podmínkách soutěže prokázání dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky ve smyslu § 2f zákona, avšak tyto další požadavky neformuloval dostatečně jasně a srozumitelně. Zejména pojem „nositel zakázky (zhotovitel zakázky)“ se uchazeči jeví jako nejasný, přičemž zadavatel neuvedl v podmínkách zadání nic konkrétního o tom, jakým způsobem musí uchazeči splnění tohoto kvalifikačního předpokladu doložit. Podle ustálené rozhodovací praxe úřadu musí zadavatel stanovit další požadované podmínky zcela konkrétně, tak, aby uchazeči mohli zpracovat konkrétní vzájemně porovnatelné nabídky (v této souvislosti uchazeč odkazuje např. na rozhodnutí č. j. S 132/2000-152/3247/2000-jl).

Zadavatel v podmínkách obchodní veřejné soutěže odkazuje na srovnatelné projekty modernizace železničních koridorů. Tyto srovnatelné projekty běžně probíhají tak, že se na nich podílí celá řada subjektů v různých právních vztazích s objednatelem, popř. s dalšími osobami a mezi sebou navzájem. Může se jednat o smlouvy o dílo, ale i o jiné druhy smluv. Tyto smlouvy nemusejí být uzavírány přímo s objednatelem modernizace trati, nýbrž i s jinými subjekty v rámci vztahů mezi jednotlivými dodavateli a subdodavateli. Rovněž konkrétní fyzické osoby, které zpracovávají projekt, se na srovnatelných projektech podílejí v různém právním postavení, ať již se jedná o pracovněprávní vztah k dodavateli, resp. jednomu z dodavatelů nebo subdodavatelů, smlouvou o dílo, nebo jinou smlouvou s některým z těchto subjektů. V rámci těchto složitých smluvních vztahů není možné jednoznačně identifikovat „nositele zakázky“, a to tím spíše, že se nejedná o právní termín s přesným obsahem.

Uchazeč příslušnou část zadávacích podmínek interpretoval tak, že jejich smyslem je doložit, že disponuje potřebnými znalostmi a zkušenostmi s prováděním podobných projektů. Z povahy věci přitom vyplývá, že těmito znalostmi a zkušenostmi mohou disponovat pouze fyzické osoby, které budou projekt konkrétně zpracovávat. Tyto fyzické osoby jsou k uchazeči v pracovním poměru. Z tohoto důvodu předložil uchazeč přehled významných zakázek na srovnatelných projektech, na kterých se podíleli jeho pracovníci. Z materiálů předložených uchazečem jednoznačně vyplývá, že uchazeč prostřednictvím svých pracovníků, kteří budou projekt zpracovávat, disponuje potřebnými znalostmi a zkušenostmi pro provedení předmětu veřejné zakázky.

2. Pokud by podmínky soutěže bylo možno interpretovat restriktivně tak, jak to činí zadavatel ve svých rozhodnutích a podmínkou účasti v soutěži by byla skutečnost, že se uchazeč v přímém smluvním vztahu s objednatelem podílel na realizaci projektů na modernizaci železničních koridorů, jednalo by se o interpretaci nepřípustnou ve smyslu ust. § 11 zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť by došlo k diskriminaci uchazečů a omezení okruhu osob, které přicházejí v úvahu jako uchazeči pro danou veřejnou zakázku. Podmínky soutěže musí být stanoveny tak, aby žádný z uchazečů nebyl v obchodní veřejné soutěži zvýhodněn proti ostatním účastníkům. To mimo jiné znamená, že podmínky obchodní veřejné soutěže nesmějí být stanoveny tak, aby omezily přístup do soutěže jen na několik uchazečů a neumožňovaly účast na soutěži ostatním subjektům.

V tomto směru uchazeč PRAGOPROJEKT poukazuje na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, např. na rozhodnutí č.j. S 103/2000-152/2804/2000-Te, ve kterém Úřad považoval za diskriminující požadavek zadavatele na předložení soupisů zakázek nad 30.000.000,- Kč realizovaných v roce 1999 v daném regionu. Stanovením tohoto požadavku totiž zadavatel diskriminoval všechny subjekty, které nespĺňovaly požadavek na realizaci zakázek ve stanoveném objemu v určitém roce a orgán dohledu jej považoval za porušení ust. § 11 zákona o zadávání veřejných zakázek. Požadavky ve smyslu bodu 4. c) předmětné soutěže mají v daném případě stejně diskriminační charakter jako v případě popsaném výše, zejména pokud připustíme jejich interpretaci způsobem jaký používá zadavatel. Tyto požadavky jsou diskriminační zejména z těchto důvodů:

Stanovením uvedených požadavků zadavatel nepřípustně zužuje okruh v úvahu přicházejících uchazečů. Srovnatelné zakázky na modernizaci železničních koridorů v přímém smluvním vztahu s objednatelem prováděl v České republice v uplynulých

letech jen velmi úzký okruh subjektů. Tyto subjekty musely být při stanovování podmínek předmětné obchodní veřejné soutěže zadavateli známy, neboť zadavatel je jediným objednatelům srovnatelných zakázek na území České republiky. Stanovením uvedených požadavků na prokázání základních kvalifikačních předpokladů zadavatel omezuje okruh osob, které přicházejí v úvahu jako uchazeči o veřejnou zakázku, pouze na osoby, které se již z pověření zadavatele na obdobných projektech v minulosti podílely. V důsledku toho hrozí, že v uvedeném segmentu trhu dojde ke konzervaci dosavadního stavu a do této oblasti bude zamezen přístup jakýmkoliv dalším soutěžitelům, kteří se dosud na srovnatelných zakázkách nepodíleli. Uvedená situace nastane bez ohledu na to, že tito další potenciální uchazeči disponují potřebnými znalostmi a zkušenostmi, a to např. z toho důvodu, že převzali část podniku nebo zaměstnanců společností, které se v minulosti na modernizaci železničních koridorů podílely.

Jak bylo již výše uvedeno, veškeré subjekty, které v minulosti jako „nositelé zakázky“ (v interpretaci prováděné zadavatelem) prováděly modernizaci železničních koridorů, byly již dříve vybrány zadavatelem. Pokud v současné době a případně v budoucnu bude zadavatel účast na obchodních veřejných soutěžích na srovnatelné zakázky podmiňovat tím, že se uchazeči v minulosti v tomto právním postavení na realizaci srovnatelných zakázek podíleli, znamená to, že zadavatel může na neomezenou dobu petrifikovat současný stav, kdy se hospodářské soutěže na daném segmentu trhu účastní jen velmi omezený okruh soutěžitelů. Stanovením podmínek soutěže, tak jak byla zadavatelem vyhlášena dne 22. 5. 2002, byl okruh možných uchazečů opět zúžen na ty subjekty, které již v uplynulých letech podobné zakázky prováděly. Pokud by podobným způsobem byly formulovány podmínky dalších obchodních veřejných soutěží na podobné projekty v budoucnu, mohly by se jich opět účastnit jako uchazeči pouze ty subjekty, které již dříve srovnatelné zakázky realizovaly. Jednalo by se tedy o nepřekonatelnou překážku vstupu na trh v daném odvětví, což je nepřijatelné s ohledem na zájem na udržení zdravého soutěžního prostředí.

Diskriminační interpretace podmínek soutěže provedená zadavatelem je v rozporu se smyslem a účelem zadávání veřejných zakázek a jeho právní úpravy. Cílem právní úpravy zadávání veřejných zakázek je zajistit efektivní distribuci prostředků z veřejných zdrojů a zároveň zachovat na příslušných segmentech trhu zdravé konkurenční prostředí. Smyslem a účelem prokazování kvalifikace je doložit, že uchazeč disponuje potřebnými znalostmi a zkušenostmi, personálním, věcným a finančním zázemím nutným pro úspěšnou realizaci veřejné zakázky. Požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů uchazeče nemohou sloužit k tomu, aby okruh v úvahu přicházejících uchazečů byl zúžen na osoby, které jsou již zadavateli známy z minulých projektů.

V závěru svého návrhu uchazeč PRAGOPROJEKT žádá, aby rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení bylo zrušeno, resp. aby bylo zrušeno zadání veřejné zakázky.

Zadavatel se k návrhu uchazeče vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 3.9.2002, ve kterém mj. uvádí následující.

1. Zadavatel uvedl ve smyslu § 2f) zákona v podmínkách soutěže, v části 4. b) požadavek na doložení přehledu významných srovnatelných zakázek uchazeče jako nositele zakázky (zhotovitele zakázky) na modernizaci železničních koridorů v posledních pěti letech s uvedením objednatele, místa a doby plnění a doložení referencí objednatelů o spokojenosti s kvalitou prací a v části 4. c) doložení, že

uchazeč provedl jako nositel zakázky (zhotovitel zakázky) projektové práce na modernizacích železničních koridorů v délce min. 20 km. Účelem výše uvedených požadavků je osvědčit zadavateli technickou, odbornou a kapacitní schopnost uchazečů ke splnění veřejné zakázky. K pojmu „nositel zakázky“ zadavatel uvedl, že vždy za tímto pojmem v závorce uvedl pojem „zhotovitel zakázky“, čímž zcela jasně i z hlediska právního definoval svůj požadavek pro všechny uchazeče, kteří kromě uchazeče PRAGOPROJEKT uvedené požadavky splnili.

2. K bodu 1. návrhu zadavatel uvádí, že uchazeč PRAGOPROJEKT ve své nabídce doložil přehled obdobných zakázek, realizovaných pracovníky uchazeče PRAGOPROJEKT, ale zadavatel ze své dokumentace zjistil, že žádnou z uvedených projektových prací na modernizacích železničních koridorů uchazeč sám nerealizoval a nesouhlasí s tvrzením uchazeče, že uvedené soutěžní podmínky splňuje tím, že někteří jeho pracovníci se na srovnatelných zakázkách podíleli jako zaměstnanci u jiné právnické osoby.
3. K bodu 2. návrhu zadavatel uvádí, že požadavky uvedené v bodu 4. c) plně odpovídají charakteru budoucí stavby a nelze je považovat za diskriminující, a to vzhledem k nutnosti zajištění maximální bezpečnosti železniční dopravy v daných traťových úsecích, kde se jedná o profesní záležitosti specifických železničních oborů a práce za provozu, je nutno vyžadovat od uchazeče technologické a dopravní znalosti a zkušenosti, prověřené realizací obdobných zakázek na železničních tratích. K argumentu uchazeče PRAGOPROJEKT, že požadavek uvedený v bodu 4. c) podmínek soutěže brání vytvoření konkurenčního prostředí a neumožňuje novým subjektům účastnit se soutěže zadavatel uvádí, že každý uchazeč se může s úspěchem účastnit soutěže jako člen sdružení, případně participovat na subdodávkách a následně po získání potřebné praxe s úspěchem se zúčastnit soutěže u koridorových staveb.
4. K návrhu zadavatel dále uvádí, že v nabídce, v části reference nebyla uvedena skutečnost, že zaměstnanci uchazeče získali potřebnou praxi jako pracovníci společnosti INPROCON, spol. s r. o., a dále odkazuje na bod 2. svého stanoviska.

V závěru svého stanoviska zadavatel navrhuje, aby orgán dohledu návrh uchazeče PRAGOPROJEKT zamítl a rozhodnutí zadavatele potvrdil.

Zahájení řízení oznámil orgán dohledu jeho účastníkům dopisem č. j. VZ/S 152/02-152/4556/02-ji ze dne 19.9.2002 a stanovil lhůtu, ve které se účastníci řízení mohli vyjádřit ke skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí. V průběhu správního řízení uchazeč PRAGOPROJEKT doložil doklad o opětovném poskytnutí uvolněné jistoty, a tudíž orgán dohledu vyzval uchazeče k úhradě správního poplatku, který uchazeč uhradil dne 2.10.2002 [v této souvislosti orgán dohledu poznamenává, že podle § 6 odst. 4 zákona č. 368/1992 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, lhůty pro vydání rozhodnutí stanovené zvláštními předpisy (tedy v daném případě správním řádem) neběží v době od zaslání platebního výměru k zaplacení správního poplatku až do prokázání jeho zaplacení].

Dopisem ze dne 8.10.2002 požádal orgán dohledu zadavatele o zaslání seznamu všech veřejných zakázek zadaných od doby zahájení „modernizace železničních koridorů“ formou obchodní veřejné soutěže, jejichž předmětem byly „projektové práce na modernizacích železničních koridorů“ včetně uvedení subjektů, s nimiž byly uzavřeny smlouvy o plnění předmětných veřejných zakázek, a to za účelem získání přehledu o subjektech, které realizovaly zakázky, jejichž předmětem byly projektové práce na modernizacích železničních koridorů. Požadovaný seznam orgán dohledu obdržel dne 15.10.2002 faxem (18.10.2002 poštou). Z předloženého seznamu vyplývá, že projektové práce na modernizacích

železničních koridorů (zadavatel uvedl celkem 53 zakázek) provádělo celkem sedm subjektů, z nichž jeden realizoval 28 zakázek, další 14 zakázek a ostatní zbývajících 11 zakázek.

Dále dopisem ze dne 16.10.2002 požádal orgán dohledu uchazeče PRAGOPROJEKT o zaslání o zaslání jmenovitého seznamu subjektů, které by podle jeho názoru byly schopny realizovat předmět plnění šetřené veřejné zakázky. Příslušný seznam orgán dohledu obdržel faxem dne 21.10.2002 a poštou dne 23.10.2002. Uchazeč PRAGOPROJEKT v něm uvedl pět subjektů; s výjimkou uchazeče PRAGOPROJEKT se jedná opět o uchazeče, kterým již zadavatel v minulosti veřejné zakázky na projektové práce na modernizacích železničních koridorů zadal.

Po přezkoumání dokumentace o zadání veřejné zakázky včetně podání účastníků správního řízení uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

Ke způsobu posouzení splnění dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky orgán dohledu uvádí následující.

V bodu 4. písm. c) podmínek soutěže zadavatel požadoval ve smyslu § 2f zákona prokázání dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky, a to doložení, že uchazeč provedl jako nositel zakázky (zhotovitel zakázky) projektové práce na modernizacích železničních koridorů v délce min. 20 km.

Ke zmíněnému dalšímu předpokladu pro plnění veřejné zakázky uchazeč PRAGOPROJEKT ve své nabídce na str. 88 doložil „Přehled obdobných zakázek pracovníků Pragoprojekt“, ve kterém uvedl šest zakázek.

Zadavatel uchazeče PRAGOPROJEKT vyloučil ze soutěže z důvodu nesplnění požadavku uvedeného v bodu 4. písm. c) podmínek soutěže. V této souvislosti se však orgánu dohledu jeví jako nelogické, že zadavatel jako další důvod vyloučení neuvedl nesplnění podmínek soutěže uvedených v bodu 4. písm. b), kde požadoval doložení přehledu významných srovnatelných zakázek uchazeče jako nositele zakázky (zhotovitele zakázky) na modernizaci železničních koridorů v posledních pěti letech s uvedením objednavatele, místa a doby plnění a doložení referencí objednavatelů o spokojenosti s kvalitou prací. Pokud však uchazeč PRAGOPROJEKT podle zadavatele nesplnil bod 4. písm. c) podmínek soutěže, nemohl splnit ani bod 4. písm. b) podmínek soutěže. V tomto směru tedy orgán dohledu shledává rozpor v konání zadavatele.

K pojmům „nositel zakázky“ a „zhotovitel zakázky“, které zadavatel použil v podmínkách soutěže, orgán dohledu uvádí, že se neztotožňuje s názorem zadavatele, že uvedením pojmu „zhotovitel zakázky“ v závorce za pojmem „nositel zakázky“ jasným a srozumitelným způsobem formuloval požadavky uvedené v bodu 4. písm. b) a c) z hlediska subjektů, které měly projektové práce na modernizacích železničních koridorů provést. Podle Slovníku spisovné češtiny pro školu a veřejnost (Academia, nakladatelství AV ČR, Praha 1994) ani podle Slovníku českých synonym (NLN, s. r. o., Nakladatelství Lidové noviny, Praha 1996) nejsou termíny nosit (nositel) stejného významu jako termíny zhotovit (zhotovitel). To, že zadavatel považuje pojem zhotovitel za upřesnění pojmu nositel (viz výše) ještě neznamená, že takto text podmínek soutěže chápali všichni zájemci, resp. uchazeči o veřejnou zakázku. Další možná interpretace příslušné části podmínek soutěže, jejichž smyslem je doložení potřebných znalostí a zkušeností s realizací srovnatelných zakázek, totiž může spočívat v tom, že je možno předložit zakázky provedené nositelem (orgán dohledu tento termín považuje z hlediska požadavků na transparentní a jednoznačné formulování

podmínek soutěže za velmi nejasný) **nebo** zhotovitelem, neboť zadavatel žádné bližší upřesnění použitých pojmů (nositel, zhotovitel), či způsob jejich interpretace v podmínkách soutěže neuvedl. V tomto smyslu se tedy orgán dohledu zcela ztotožňuje s argumenty uchazeče PRAGOPROJEKT, který mj. poukazuje na nejasně stanovené požadavky na prokázání dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky. Skutečnost, že uchazeč PRAGOPROJEKT ve své nabídce reagoval na požadavek zadavatele uvedený v bodě 4. písm. c) podmínek soutěže způsobem jiným, než předpokládal zadavatel, nemůže být v daném případě důvodem pro jeho vyloučení ze soutěže.

Stanovení přesných a transparentních podmínek zadání veřejné zakázky i transparentnost všech postupů zadavatele považuje za prioritní rovněž Vrchní soud v Olomouci např. ve svém rozsudku č. j. 2 A 4/2000 ze dne 29.6.2000 (viz správní spis), ve kterém je mj. uvedeno, že při úvahách orgánu dohledu o zákonnosti rozhodnutí zadavatele by mělo být vůdčí směřování k co největší průhlednosti aplikovaných postupů, které nemohou abstrahovat od požadavku transparentnosti procesu zadávání. V posuzovaném případě to znamená, že zadání soutěžních podmínek musí být jednoznačné a srozumitelné.

K části návrhu, ve které uchazeč PRAGOPROJEKT zpochybňuje objektivitu podmínek soutěže orgán dohledu uvádí, že další předpoklady pro plnění veřejné zakázky stanovené v bodu 4. písm. b) a c) podmínek soutěže byly zadavatelem stanoveny diskriminačním způsobem a v tomto směru se ztotožňuje s argumentací uchazeče PRAGOPROJEKT.

Zadavatel totiž výše uvedené podmínky formuloval (a posléze i aplikoval, jak vyplývá z kroků, které učinil v dosavadním průběhu soutěže) natolik restriktivním způsobem, že účast na veřejné zakázce fakticky omezil pouze na subjekty, s nimiž již v minulosti uzavřel smlouvu na provedení projektových prací v souvislosti s modernizací železničních koridorů. Teoreticky sice nabídku mohl podat každý zájemce o veřejnou zakázku (viz § 2 písm. c) zákona), avšak reálnou šanci na výběr své nabídky jako nejvhodnější měli pouze uchazeči, kteří již na základě dřívějšího smluvního vztahu s objednatelem prováděli srovnatelné zakázky na modernizaci železničních koridorů, a to i s ohledem na první ze dvou kritérií hodnocení:

(a) technické vyhodnocení nabídky (60 %)

díličí kritéria:

- zkušenosti uchazeče v obdobných projektech
- technické řešení (návrh postupů, doporučení)
- zkušenosti navrženého týmu pracovníků
- technické a materiální vybavení uchazeče k plnění veřejné zakázky.

Zejména první díličí kritérium (ale do značné míry i třetí) staví s ohledem na požadované další předpoklady pro plnění veřejné zakázky do role jednoznačných favoritů na výběr nejvhodnější nabídky uchazeče, s nimiž již zadavatel v minulosti uzavřel smlouvy na provedení projektových prací v souvislosti s modernizací železničních koridorů. Zadavatel prokazatelně disponuje informacemi o tom, se kterými subjekty v minulosti uzavřel smlouvy na provedení projektových prací v souvislosti s modernizací železničních koridorů, jak rovněž vyplývá z jeho vyjádření ze dne 14.10.2002, přičemž dva z těchto subjektů realizovaly z celkového počtu 53 zadavatelem uvedených zakázek 28, resp. 14 zakázek. S ohledem na zadavatelem požadované další předpoklady pro plnění veřejné zakázky (bod 4. písm. b) a c) podmínek soutěže), jejich interpretaci zadavatelem a stanovená kritéria hodnocení, tak byla negována jedna ze základních zásad při zadávání veřejných zakázek, a to zásada rovnosti uchazečů.

Pokud by navíc bylo možné uchazeče, kteří dosud jako zhotovitelé (podle bodu I. stanoviska zadavatele) neprováděli práce na provedení projektových prací v souvislosti s modernizací železničních koridorů vyloučit z účasti na veřejné zakázce, je nepochybné, že zadavatel, jak uvádí rovněž uchazeč PRAGOPROJEKT, by v uvedeném segmentu trhu konzervoval dosavadní stav a do této oblasti by zamezil přístup jakýmkoliv dalším soutěžitelům, kteří se dosud na srovnatelných zakázkách, jak je v podmínkách této soutěže pojmá zadavatel, nepodíleli. Uvedená situace by mohla nastat bez ohledu na to, že tito další potenciální zájemci by disponovali potřebnými znalostmi a zkušenostmi, a to např. z toho důvodu, že převzali část podniku nebo zaměstnanců společností, které se v minulosti na modernizaci železničních koridorů podílely.

V této souvislosti orgán dohledu uvádí, že zadavatel ve svém stanovisku ze dne 3.9.2002 k návrhu uvádí vzájemně si odporující argumenty. V části 1. uvádí, že v bodu 4. písm. b) a c) podmínek soutěže za slovy nositel zakázky v závorce uvedl pojem zhotovitel zakázky, čímž podle svého názoru „z právního hlediska jasně a srozumitelně formuloval svůj požadavek pro všechny uchazeče“. Oproti tomu v části 3. stanoviska uvádí (k argumentu uchazeče o omezování konkurenčního prostředí) „že každý uchazeč se může s úspěchem účastnit soutěže jako člen sdružení, případně participovat na subdodávkách a následně po získání potřebné praxe s úspěchem se zúčastnit soutěže u koridorových staveb“. K uvedenému je však nutno uvést, že podle části 1. stanoviska zadavatele by jako zhotovitel mohl být považován pouze člen sdružení, neboť subdodavatel ve smyslu zákona není uchazečem a tedy ani nemůže být považován za zhotovitele, neboť neuzavírá smlouvu se zadavatelem. V této souvislosti však orgán dohledu považuje za nezbytné podotknout, že jak účast ve sdružení, tak i eventuelní vznik subdodavatelského vztahu nezávisí pouze na vůli subjektu, který by se těmito formami hodlal účastnit projektových prací na koridorových stavbách, nýbrž i na vůli konkurenčních subjektů podnikajících v dané oblasti, jelikož pokud se tyto tzv. „konkurenční subjekty“ postaví záporně ke snaze, např. uchazeče PRAGOPROJEKT, podílet se na plnění veřejné zakázky jako subdodavatelé, nemá možnost jmenovaný či jiný subjekt získat potřebnou praxi, jak uvádí zadavatel (viz výše). Pokud se jedná o argument zadavatele k bodu 4. písm. c) podmínek soutěže ohledně nutnosti zajištění „bezpečnosti železniční dopravy v daných traťových úsecích“ orgán dohledu zastává názor, že bezpečnost železniční dopravy je nutno zajistit nejen u koridorových staveb, ale na všech železničních traťových úsecích, a rovněž u ostatních druhů dopravy, a tudíž z tohoto pohledu nevidí důvod pro omezování „srovnatelných staveb“ výhradně na „koridorové stavby“.

S ohledem na výše uvedené skutečnosti orgán dohledu po přezkoumání všech podkladů konstatuje, že podmínky soutěže v bodu 4. písm. b) a c) v souvislosti se zvolenými kritérii hodnocení (viz výše) jsou stanoveny diskriminačním způsobem, což je v rozporu se zásadou rovnosti uchazečů o veřejnou zakázku. Stanovené podmínky soutěže, navíc aplikované zadavatelem velmi omezujícím způsobem, zcela nepochybně a neopodstatněně zvýhodňovaly uchazeče, kteří již v minulosti pro zadavatele realizovali jako zhotovitelé projektové práce související s modernizací železničních koridorů.

Zadavatel svým postupem při stanovení podmínek soutěže a následně i svým jednáním při vlastním posuzování nabídek nenaplnil zásadu rovnosti uchazečů o veřejnou zakázku, jejíž nerespektování je porušením zákona ze strany zadavatele a která se do kogentního ustanovení § 11 odst. 1 zákona promítá formulací „Žádný z uchazečů nesmí být v obchodní veřejné soutěži zvýhodněn proti ostatním účastníkům soutěže s výjimkami uvedenými v odstavcích 2 a 3“. Zadavatel je povinen zachovávat rovný přístup ke všem zájemcům a uchazečům o veřejnou zakázku a spoluvytvářet tak právní jistotu uchazečů o veřejnou zakázku. Zákaz zvýhodnění je základním předpokladem objektivitu výběrového řízení.

Vzhledem k tomu, že uchazeč PRAGOPROJEKT se ve svém návrhu domáhá alternativně buď zrušení rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení z další účasti v obchodní veřejné soutěži nebo zrušení zadání veřejné zakázky, posoudil orgán dohledu všechny okolnosti případu ve vztahu k oběma navrženým alternativám rozhodnutí a dospěl k závěru, že stanovené podmínky soutěže jsou natolik diskriminující, že zadavateli neumožňují provést výběr nejvhodnější nabídky transparentním a nediskriminačním způsobem, a tudíž rozhodl o zrušení zadání veřejné zakázky. Rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče PRAGOPROJEKT není nutno samostatně zrušit, neboť byl zrušen již prvotní úkon zadavatele v rámci jeho postupu směřujícímu k uzavření smlouvy (§ 1 odst. 1 písm. a) zákona), a to zadání veřejné zakázky provedené formou obchodní veřejné soutěže, jejíž podmínky byly stanoveny v rozporu se zákonem. Vzhledem k této skutečnosti je i rozhodnutí o vyloučení uchazeče PRAGOPROJEKT úkonem učiněným v rozporu se zákonem. Po posouzení důvodnosti návrhu a postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky a na základě zhodnocení všech důkazů, a to jak jednotlivě, tak i v jejich vzájemné souvislosti, rozhodl orgán dohledu, jak je uvedeno ve výroku.

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.

JUDr. Miroslav Šumbera
vrchní ředitel

Obdrží:

České dráhy, státní organizace, nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1, zast.
Ing. Daliborem Zeleným

JUDr. Karel Čermák, advokát, Advokátní a patentová kancelář, Národní třída 32, 110 00
Praha

Na vědomí:

PRAGOPROJEKT, a. s., K Ryšánce 1668/16, 147 54 Praha 4, zast. Ing. Markem Svobodou

