

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 22. 11. 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., zákona č. 320/2002 Sb. a zákona č. 424/2002 Sb., na návrh uchazeče obchodních společností VCES PREMING, a. s., Masarykovo náměstí 1544, 530 02 Pardubice, za niž jedná Ing. Jan Novotný, člen představenstva, SOSTAF Heřmanův Městec, spol. s r. o., Heřmanův Městec, VCES PRAHA, a. s., Praha 8, a VCES OLOMOUC, spol. s r. o., Olomouc, které dne 6. 9. 2002 uzavřely smlouvu o sdružení podle § 829 až § 841 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem podání společné nabídky, a které jsou ve správním řízení zastoupeny Ing. Janem Novotným, jednatelem společnosti VCES PREMING, a. s., Pardubice, na základě jejich společného vyjádření ze dne 2. 1. 2003, na přezkoumání rozhodnutí zadavatele Nemocnice Chrudim, Václavská 570, 537 27 Chrudim, zastoupené MUDr. Vojtěchem Němečkem, ředitelem, ze dne 11. 11. 2002, o námitkách ze dne 31. 10. 2002 proti jeho rozhodnutí ze dne 17. 10. 2002 o vyloučení výše označeného uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži „Výstavba pavilonu LDN a odstranění havarijního stavu křídel lůžkových oddělení A, C“, vyhlášené 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., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb. a zákona č. 278/2002 Sb., v Obchodním věstníku č. 28/02 dne 10. 7. 2002 pod zn. 153094-28/02, jejíž podmínky byly upraveny v Obchodním věstníku č. 30/02 dne 24. 7. 2002 pod zn. 154559-30/02 a v Obchodním věstníku č. 35/02 ze dne 28. 8. 2002 pod zn. 157210-35/02, **rozhodl takto:**

Zadavatel – Nemocnice Chrudim – porušil:

- § 5 odst. 2 písm. a) v návaznosti na § 10 a 11 odst. 1 posledně cit. zákona tím, že diskriminačně stanovil další podmínky soutěže natolik restriktivním způsobem, který fakticky vylučuje účast dalšího blíže neurčeného počtu uchazečů,
- § 34 odst. 4 téhož zákona tím, že nesprávně posoudil společnou nabídku jmenovaných společností z hlediska obsahového splnění podmínek soutěže a v důsledku toho vyloučil jmenovaného uchazeče z další účasti v 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., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., se zadání veřejné zakázky vyhlášené v Obchodním věstníku č. 28/02 dne 10. 7. 2002 pod zn. 153094-28/02, v Obchodním věstníku č. 30/02 ze dne 24. 7. 2002 pod zn. 154559-30/02 a v Obchodním věstníku č. 35/02 ze dne 28. 8. 2002 pod zn. 157210-35/02, ruší.

O d ů v o d n ě n í

Zadavatel Nemocnice Chrudim, Václavská 570, 537 27 Chrudim, za niž jedná MUDr. Vojtěch Němeček, 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., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb. a zákona č. 278/2002 Sb. (dále jen „zákon“), v Obchodním věstníku č. 28/02 dne 10. 7. 2002 pod zn. 153094-28/02 obchodní veřejnou soutěž „Výstavba pavilonu LDN a odstranění havarijního stavu křídel lůžkových oddělení A, C“ (dále jen „soutěž“), jejíž podmínky byly upraveny v Obchodním věstníku č. 30/02 ze dne 24. 7. 2002 pod zn. 154559-30/02 a v Obchodním věstníku č. 35/02 ze dne 28. 8. 2002 pod zn. 157210-35/02.

Z dokumentace o zadání veřejné zakázky vyplývá, že zadavatel do konce soutěžní lhůty obdržel dvě nabídky a že jedna z nich byla komisí pro posouzení a hodnocení nabídek vyřazena z dalšího posuzování a hodnocení. Komise pro posouzení a hodnocení nabídek vyřadila společnou nabídku účastníků sdružení VCES PREMING, a. s., Masarykovo náměstí 1544, 530 02 Pardubice, za niž jedná Ing. Jan Novotný, člen představenstva, SOSTAF Heřmanův Městec, spol. s r. o., Nový Dvůr 908, 583 03 Heřmanův Městec, za niž jedná Ing. Zdeněk Bulíček, jednatel společnosti, VCES PRAHA, a. s., Sokolovská 16/45A, 186 00 Praha 8, za niž jedná Ing. Jaroslav Novotný, člen představenstva, a VCES OLOMOUC, spol. s r. o., Fibichova 2, 772 00 Olomouc, za niž jedná Ing. Jaroslav Novotný, jednatel společnosti, kteří uzavřeli smlouvu o sdružení podle § 829 až § 841 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem podání společné nabídky, a za něž jedná Ing. Jan Novotný, jednatel VCES PREMING, a.s., Pardubice (dále jen „uchazeč“). Následně zadavatel svými rozhodnutími ze dne 17. 10. 2002 vyloučil členy sdružení ze soutěže.

Proti rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení ze soutěže podal uchazeč dopisem ze dne 31. 10. 2002 námitky, které zadavatel obdržel dne 4. 11. 2002 a kterým po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl, což uchazeči oznámil podle § 56 odst. 2 zákona rozhodnutím ze dne 11. 11. 2002, které uchazeč obdržel podle doručky dne 14. 11. 2002. Vzhledem k tomu, že uchazeč nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za správné, podal dopisem ze dne 22. 11. 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 22. 11. 2002 a tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání rozhodnutí zadavatele o námitkách. Zadavatel obdržel návrh dne 25. 11. 2002.

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

V návrhu na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách uchazeč vyjadřuje nesouhlas s rozhodnutím zadavatele o svém vyloučení, neboť se domnívá, že podmínky veřejné obchodní soutěže splnil. Uchazeč odkazuje na své stanovisko uvedené v námitkách proti rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení.

1.

Uchazeč nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že z harmonogramu výstavby, který byl uchazečem předložen v nabídce, vyplývá provádění komplexní výstavby pavilonu LDN a komplexní rekonstrukce stávajících křídel A a C, a to s důsledkem uvolnění objektů na celou dobu výstavby, resp. že harmonogram výstavby nerespektuje po obsahové stránce zadávací dokumentaci (podmínku etapovitosti realizace výstavby). Podle názoru uchazeče jsou naopak konkrétní termíny nezbytné odstavky vstřícně podmíněny dohodou s uživatelem a jsou vymezeny obdobím maximálně možného začátku a maximálně možného konce tak, aby uchazeč byl schopen garantovat navrhovanou dobu celkové realizace v navrhovaném termínu 60-ti týdnů. Takto koncipovaný harmonogram umožňuje skloubit požadavek zadavatele na co nejkratší lhůtu výstavby (stanovený v soutěžním kritériu) s možností co nejkratších odstavek provozů v objektech A a C, a to při respektování provozních potřeb zadavatele.

2.

Uchazeč rovněž nesouhlasí se závěry zadavatele ve smyslu nedodržení požadovaných standardů v rámci stanovení nabídkové ceny, resp. neocenění položky výkazu výměr v souladu se zadávací dokumentací. Uchazeč trvá na tom, že pouze využil ustanovení § 2h zákona, které umožňuje použití obdobných řešení. Tuto skutečnost příkladmo dokladuje u položky I. Vodorovné konstrukce (obdobné řešení uvedené v nabídce uchazeče zajišťuje jednotný pohled vyžadovaný zadavatelem a při samozřejmém dodržení technologické kázně nedochází ke vzniku uváděných trhlin) a položky VI. Zdravotní technika (tepelná izolace potrubí pod obchodním označením MIRELON uvedená v nabídce uchazeče naplňuje požadavek energetického zákona stejně jako projektovaná izolace pod obchodním názvem ARMSTRONG SH/Armaflex).

3.

Požadavek zadavatele, aby podíl cizích zdrojů na aktivech uchazeče za rok 2001 byl menší než 0,25 (čl. XIV. 5 podmínky soutěže), označuje uchazeč za účelové vytržení jedné ekonomické kategorie z celkové ekonomické analýzy, a to ze dvou zásadních důvodů:

- okamžitá situace vycházející z údajů vztažených k roku 2001 je pro dobu podání nabídky a zejména pro dobu požadované realizace stavby zjevně irelevantní, protože vychází z údajů minulého období a pro skutečnou okamžitou situaci nemá žádný význam;
- ukazatel stanovený zadavatelem v podmínkách zadání, vytržený z kontextu všech ostatních ukazatelů, nemá žádnou vypovídací hodnotu, protože mimo závazky uchazeče zahrnuje i cizí zdroje (bankovní úvěry a výpomoci); každý subjekt pohybující se na trhu stavebních prací, který preferuje dlouhodobou rozšířenou reprodukci a investuje do svého rozvoje a nových technologií, používá pro financování zejména cizí zdroje jako nejlevnější zdroje financí; uchazeč své

tvrzení dokládá uvedením 10-ti stavebních společností, které na stavebním trhu vykazují dlouhodobě pozitivní výsledky a které rovněž zmíněný ukazatel neplní.

V závěru svého návrhu uchazeč žádá zrušení celého zadání veřejné zakázky a vyhlášení nové soutěže.

Dne 20. 1. 2003 obdržel orgán dohledu dopis uchazeče, kterým doplnil svůj návrh ze dne 22. 11. 2002 (kopie dopisu byla zaslána zadavateli dne 23.1.2003 k případnému vyjádření) o další skutečnosti, které podle něj obsahují znaky diskriminace některých zájemců nebo uchazečů. Zadavatel v podmínkách soutěže stanovil jako hodnotící kritérium č. 1: Počet zaměstnanců v hlavním pracovním poměru u uchazeče nebo osob předkládajících nabídku společně nebo jiných osob, s jejichž pomocí uchazeč předpokládá splnění zakázky, s uvedením počtu zaměstnanců v hlavním pracovním poměru s místem trvalého bydliště v okrese Chrudim.

Z hlediska obsahového jde o zvýhodnění uchazečů, jejichž sídlo, resp. jejichž pracovníci mají trvalé bydliště v okrese Chrudim, což mohou nejlépe splnit a být tak nejlépe hodnoceni právě uchazeči se sídlem v předmětném regionu. Zvýhodnění těchto uchazečů je spatřováno zejména v tom, že je hodnocena skutečnost, kterou žádný z uchazečů nemůže v době podání nabídky ovlivnit (nábor zaměstnanců z daného regionu je dlouhodobá záležitost vyžadující přezkoumání odbornosti, kvalifikace a pověsti osob, před jejich přijetím do pracovního poměru) a nelze jej provést v době, která byla stanovena pro podání nabídky. Tedy nikoliv kvalita uchazeče, jeho výsledky ve stavební činnosti či profesní struktura a odbornost jeho pracovníků, ale pouze místo trvalého bydliště je základním prvkem pro rozhodování. Přitom podle daného kritéria nemuseli tito pracovníci s trvalým bydlištěm v okrese Chrudim být osobami, které budou předmětnou zakázku realizovat. Hodnocen je již pouhý fakt, že je pracovník v hlavním pracovním poměru a přitom může jít o administrativní pracovníky, pracovníky z jiného oboru podnikání uchazeče, než je předmět veřejné zakázky, čímž se vytrácí i možný efekt řešení regionální politiky zaměstnanosti. Takto postavené kritérium naprosto jednoznačně předurčuje za jediného možného vítěze právě společnost z uvedeného okresu.

Uchazeč ve výše citovaném doplnění návrhu navíc uvedl dalších pět společností, které nenaplní požadavek zadavatele, aby podíl cizích zdrojů na aktivech uchazeče za rok 2001 byl menší než 0,25.

Zadavatel se k návrhu uchazeče vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 29. 11. 2002, ve kterém mj. uvádí následující.

1.

Zadavatel stanovil v podmínkách soutěže v bodě I. Vymezení plnění veřejné zakázky (§ 5 odst. 1 písm. a) zákona) takto: „Plnění je popsáno v projektové dokumentaci v rozsahu dle § 2h zákona, zpracované projektovým ateliérem CENTRUM Pardubice, spol. s r. o., sídlem Boženy Němcové 2625, 530 02 Pardubice, IČ: 48172669, která je součástí zadávací dokumentace. Dodávka bude uchazečem zabezpečena v rozsahu zadávací dokumentace.“

Součástí zadávací dokumentace je Průvodní zpráva Nemocnice Chrudim – LDN, kde je v části B1 stanoveno: „Pavilon LDN bude budován po etapách, přičemž po kolaudaci I. etapy výstavby – objektu SO 03 – bude tento sloužit pro přemístění zdravotnických provozů z projektované rekonstrukce křídla A popř. C hlavního pavilonu.“

Zadavatel dále stanovil v Pokynech pro zpracování nabídky v oddíle II. Závazné pořadí, ve kterém bude nabídka členěna v bodě 9. Harmonogram výstavby, návrh platebního kalendáře následující: „V nabídce uchazeč předloží harmonogram výstavby, který bude součástí návrhu smlouvy o dílo, včetně návrhu platebního kalendáře v členění po měsících. Harmonogram musí obsahovat začátky a konce odstávek provozů a týdenní časový harmonogram prací správců a vlastníků inženýrských sítí (tyto termíny budou se správci inženýrských sítí zhotovitelem projednány a budou pro ně závazné).“

Podle zadavatele harmonogram výstavby předložený uchazečem nerespektuje po obsahové stránce podmínky soutěže a zadávací dokumentaci, která je pro uchazeče závazná, neboť uchazeč v nabídce předložil zjednodušený harmonogram výstavby. Zadavatel stanovil podmínky postupu výstavby hlavních stavebních objektů s ohledem na provoz lůžkových oddělení a jejich postupné přemísťování. Vzhledem k charakteru zdravotnického provozu v části lůžkových oddělení v křídlech A, C nelze připustit zahájení komplexní rekonstrukce před jejich přestěhováním do náhradních prostor.

2.

Zadavatel požadoval v podmínkách soutěže v bodě V. Požadavky na jednotný způsob zpracování nabídkové ceny, včetně platebních podmínek (§ 5 odst. 1 písm. e) zákona) mimo jiné: „Nabídková cena bude zpracována po položkách v souladu s výkazem výměr obsaženým v zadávací dokumentaci a v souladu se zadávací dokumentací. Oceněný výkaz výměr bude součástí nabídky...“

Součástí zadávací dokumentace je přesný popis požadovaných standardů, které byl uchazeč v souladu s výše uvedeným povinen dodržet.

Zadavatel dokládá svá tvrzení uvedením položek obhajovaných uchazečem v návrhu na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách, včetně důvodů projektantem navrženého a uživatelem odsouhlaseného řešení:

- položka I. Vodorovné konstrukce – stropní konstrukce tohoto typu se skládá z desek, které tvoří současně bednění pro monolitickou dobetonávku a je třeba pouze montážně podepřít; po zmonolitnění se vytvoří spojitá staticky neurčitá konstrukce, která vykazuje menší deformace než konstrukce staticky určitá a má nižší konstrukční výšku; konstrukce vykazuje ze spodní podhledové strany vysokou rovinatost a nedochází u ní k nestejně deformaci sousedících prvků jako je tomu u prefabrikovaných panelových stropů; jednotlivé desky mohou mít téměř libovolný tvar a není problém vytvořit prostup téměř jakéhokoliv tvaru a velikosti, což je u běžných panelových stropů nepoměrně složitější;
- položka VI. Zdravotní instalace – výhody projektantem navrženého použití tepelné izolace ARMSTRONG spočívají ve vysoké tepelné vodivosti při stejných tepelných parametrech a za použití menší tloušťky tepelné izolace, vysoké požární odolnosti, vysoké odolnosti vůči difúzi vodní páry; uchazeč ve své nabídce zaměňuje požadovanou tepelnou izolaci potrubí ARMSTRONG SH/Armaflex, v položkově specifikovaných tloušťkách, za izolaci MIRELON, bez uvedení rozměrového parametru.

Zadavatel ve svém stanovisku rovněž uvádí, že uchazeč nedodržel standardy předepsané projektovou dokumentací i v dalších částech a položkách stavby a provedl změny materiálů rozdílných standardů. Zadavatel dále zmiňuje, že se zadávací dokumentace pro veřejné stavební zakázky 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. Stanovení požadované úrovně standardů je nedílnou součástí dokumentace pro výběr dodavatele. Zajišťuje dodržení koncepce a projektovaných parametrů stavby, shodné výchozí podmínky pro uchazeče.

Zadavatel ve svém stanovisku dále poukazuje na skutečnost, že v podmínkách soutěže v bodě XV. Práva zadavatele vyloučil možnost variantního řešení ve smyslu § 2g zákona. V daném případě došlo podle zadavatele k záměně (variantnímu řešení) materiálů a technologií, které byly zcela odlišné svými technickými vlastnostmi od požadovaných materiálů a výkonů.

3.

Zadavatel uvedl v podmínkách soutěže v oddíle Další podmínky soutěže (§ 5 odst. 2 zákona) v bodě XIV. Ostatní údaje, které uchazeči ve svých nabídkách doloží, v čl. XIV. 5 následující: „Zadavatel požaduje, aby uchazeč splňoval podmínku, že podíl cizích zdrojů (B. II. Dlouhodobé závazky + B. III. Krátkodobé závazky + B. IV. Bankovní úvěry a výpomoci) na aktivech (aktiva celkem) uchazeče za rok 2001 je menší než 0,25. Uchazeč je povinen v nabídce předložit rozvahu sestavenou k 31. 12. 2001 v plném rozsahu, ověřenou auditorem.“

A) Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele v tom smyslu, že finanční situace uchazeče o veřejnou zakázku ke konci roku 2001 je irelevantním údajem v případě zadání veřejné zakázky v září 2002, a to především z níže uvedených důvodů.

Účetní výkazy za rok 2001, ze kterých čerpá zadavatel při vyhodnocení zvoleného kritéria Podílu cizích zdrojů na aktivech uchazeče ve vztahu k termínu vyhlášení obchodní veřejné soutěže, jsou těmi nejaktuálnějšími. Vzhledem ke skutečnosti, že účetním a daňovým obdobím je pro podnikatelské subjekty rok, nebylo možné stanovit za rozhodující období například stav k 30. 6. 2002. Zadavatel soutěže rovněž s cílem vycházet z objektivních hospodářských výsledků zakotvil do podmínek soutěže povinnost doložit účetní výkazy ověřené auditorem. Účetní a daňový audit se taktéž provádí za účetní období, kterým je rok. Finanční situace uchazeče o veřejnou zakázku na konci roku 2001 má vypovídací schopnost pro bezprostředně následná účetní období, v jejichž průběhu je uvažována doba výstavby.

B) Zadavatel nesouhlasí s argumentací navrhovatele, že Podíl cizích zdrojů na aktivech uchazeče (ukazatel lze rovněž nazývat mírou zadlužení) nemá naprosto vypovídací schopnost, a to včetně námitky proti zařazení úvěrů do cizích zdrojů. Ekonomická kategorie úvěrů patří mezi cizí zdroje, protože bezpochyby není ničím jiným než dluhem. Zadavatel považuje za přínosné zaměřit se na výběr uchazeče ekonomicky stabilního.

C) Zadavatel uvádí, že uchazečem použitý demonstrativní výčet stavebních firem je účelový. Množství firem stavebního trhu v ČR uvedené kritérium bez větších obtíží splňuje.

Na podporu zadavatelem zvoleného ukazatele Podílu cizích zdrojů na aktivech uchazeče je ve stanovisku uvedeno, že tento ukazatel představuje převrácenou hodnotu agregátního ukazatele podílu vlastních prostředků na aktivech společnosti a vzhledem

k obsahu ukazatele se jedná o postižení stupně samofinancovatelnosti, resp. minimalizaci míry zadluženosti. Zadavatel se orientuje na firmy optimálně využívající vlastní zdroje s minimální mírou jejich zadlužení jak vůči státu, tak i bankám a dodavatelům. Podle stanoviska zadavatele nižší úroveň zadlužení v současné době (auditovaná účetní závěrka k 31. 12. 2001) znamená lepší finanční situaci dodavatele a nižší riziko odběratele. Zadavatel považuje zmíněný ukazatel za legitimní a srovnatelný s požadavkem na předložení potvrzení o neexistenci dluhů vůči správě sociálního zabezpečení.

Zadavatel k návrhu uchazeče konstatuje, že v souladu s ustanovením § 5 odst. 2 zákona má zadavatel právo vymezit další podmínky soutěže, které vyhlásí současně s podmínkami podle odst. 1, přičemž zákon tyto podmínky taxativně nevymezuje. V závěru svého stanoviska zadavatel žádá, aby nebylo návrhu uchazeče vyhověno.

Ke skutečnostem a úvahám, které uchazeč uvedl ve svém doplnění návrhu (dopis ze dne 20. 1. 2003), se zadavatel ve stanovené lhůtě vyjádřil, přičemž ve svém vyjádření trval na skutečnostech uvedených již ve svých stanoviscích ze dne 29. 11. 2002 a 21. 1. 2003.

Zahájení řízení oznámil orgán dohledu jeho účastníkům dopisem č. j. VZ/S 217/02-152/5959/02-SH ze dne 16. 12. 2002 a stanovil lhůtu, ve které se účastníci řízení mohli vyjádřit ke skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí. V průběhu správního řízení uchazeč „Sdružení pro výstavbu LDN v Chrudimi“ doložil doklad o opětovném poskytnutí uvolněné jistoty, a tudíž orgán dohledu vyzval uchazeče k úhradě správního poplatku, který uchazeč uhradil dne 27. 12. 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 2. 1. 2003 byl orgánu dohledu sdělen způsob zastupování uchazeče ve správním řízení tak, že k zastupování uchazeče (účastníků „Sdružení pro výstavbu LDN v Chrudimi“) ve správním řízení je oprávněn účastník sdružení – společnost VCES PREMING, a. s., Masarykovo náměstí 1544, 530 02 Pardubice, zast. Ing. Jaroslavem Novotným.

Dopisem č. j. S 217/02-152/212/02-SH ze dne 15. 1. 2003 orgán dohledu seznámil zadavatele s dalšími zjištěnými skutečnostmi, které budou rovněž podkladem pro rozhodnutí, a stanovil lhůtu pro případné vyjádření účastníka řízení k uvedeným skutečnostem. V tomto dopisu orgán dohledu mj. uvedl:

1. Zadavatel v rámci dalších podmínek soutěže v bodě XIV. 1. písm. a) stanovil požadavek na uvedení údaje o celkovém počtu zaměstnanců v hlavním pracovním poměru u uchazeče nebo osob předkládajících nabídku společně nebo jiných osob, s jejichž pomocí uchazeč předpokládá splnění zakázky, s uvedením počtu zaměstnanců v hlavním pracovním poměru s místem trvalého bydliště v okrese Chrudim (cit. bod byl upraven v Obchodním věstníku č. 30/02 dne 24. 7. 2002 pod zn. 154559-30/02).

2. V nabídce uchazeče PRVNÍ STAVEBNÍ CHRUDIM, a. s., se na straně č. 164 (příloha k harmonogramu stavebních prací) nachází text tohoto znění: „Po dohodě s technickým oddělením Nemocnice Chrudim (p. Broulík) bylo stanoveno následující...“.

Zadavatel se ke skutečnostem uvedeným ve výše označeném dopisu písemně vyjádřil dopisem ze dne 21. 1. 2003 v tomto smyslu:

K bodu 1. Zadavatel je oprávněn v souladu s § 5 odst. 2 zákona vymežit v podmínkách zadání veřejné zakázky další podmínku zadání veřejné zakázky tak, aby dosáhl cíle veřejné zakázky. Mimo jiné je v demonstrativním výčtu možných dalších podmínek zadání veřejné zakázky (§ 5 odst. 2 zákona) uvedena možnost stanovení tzv. zvláštních podmínek pro provedení veřejné zakázky.

Zadavatel v souladu s ustanovením § 10 zákona stanovil jako další podmínku zadání veřejné zakázky podmínku, kterou řešil problém zaměstnanosti v daném regionu. Zvláštními podmínkami provedení veřejné zakázky se rozumějí zejména požadavky na řešení ekologických problémů, zaměstnanosti a na využití místních zdrojů a surovin v určitém regionu (§ 10 zákona).

Uvedené ustanovení nelze považovat za zvýhodnění uchazečů nad rámec ustanovení § 11 zákona. Zadavatel pouze využil možnost stanovenou zákonem. Zadavatel neomezil účast subjektů při zadání veřejné zakázky, např. povinností mít sídlo v okrese Chrudim. Naopak tato podmínka se týkala výhradně zaměstnanců, nikoli firem (zájemců a budoucích uchazečů o veřejnou zakázku), kteří mají trvalé bydliště v okrese Chrudim a tudíž spadají pod příslušný Úřad práce. Kromě toho zadavatel stanovil podmínku tak, aby umožnil co nejširšímu okruhu uchazečů, aby se zúčastnili na zadání veřejné zakázky, když rozšířil možnost dokladovat tyto zaměstnance v rámci společně podané nabídky (tudíž i lepšího postavení uchazeče při hodnocení nabídek) a připustil, že uvedenou skutečnost mohou dokladovat i jiné osoby, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky (neomezené další množství subdodavatelů, kteří mohou mít zaměstnance s místem trvalého pobytu v okr. Chrudim)...

K bodu 2. Uvedení p. Broulíka v nabídce uchazeče zcela odpovídá požadavku zadavatele uvedenému v Pokynech pro zpracování nabídky v bodě 9. Harmonogram výstavby, návrh platebního kalendáře, kde zadavatel uvedl následující požadavek, který měl být ze strany uchazečů splněn: „Harmonogram musí obsahovat začátky a konce odstávek provozů a týdenní časový harmonogram prací správců a vlastníků inženýrských sítí (tyto termíny budou se správci inženýrských sítí zhotovitelem projednány a budou pro ně závazné).“

Pan Broulík je vedoucím technického odboru nemocnice a mimo jiné má ve své pracovní náplni správu a údržbu inženýrských sítí a areálu nemocnice. V žádném případě tedy nedošlo ke zvýhodnění některého z uchazečů, neboť pokyny pro zpracování nabídky byly součástí dokumentace o zadání veřejné zakázky a byly shodné pro všechny uchazeče.

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

Zadavatel stanovil v Pokynech pro zpracování nabídky v oddíle II. Závazné pořadí, ve kterém bude nabídka členěna v bodě 9. Harmonogram výstavby, návrh platebního kalendáře: „V nabídce uchazeč předloží harmonogram výstavby, který bude součástí návrhu smlouvy o dílo, včetně návrhu platebního kalendáře v členění po měsících. Harmonogram musí obsahovat *začátky a konce odstávek provozů* a týdenní časový harmonogram prací správců a vlastníků inženýrských sítí (tyto termíny budou se správci inženýrských sítí zhotovitelem projednány a budou pro ně závazné).“

Uchazeč ve své nabídce předložil harmonogram výstavby, ve kterém jsou uvedeny začátky a konce odstávek provozů křídel A a C, přičemž konkrétní termíny odstávek jednotlivých provozů křídel A a C by měly být podle harmonogramu projednány při podpisu smlouvy o dílo.

V Pokynech pro zpracování nabídky zadavatel požaduje jako obsahovou součást harmonogramu výslovně „začátky a konce odstávek provozů“, což uchazeč ve svém harmonogramu uvedl. Skutečnost, že konkrétní termíny odstávek jednotlivých provozů (provozů lůžkových oddělení křídel A a C) uchazeč v souladu s podmínkami soutěže, resp. zadávací dokumentací, vymezil obdobím maximálně možného začátku a maximálně možného konce, nelze považovat za nenaplnění požadavku zadavatele, pokud jej zadavatel nevymezil podrobněji. Není tedy možné připustit argumentaci v tom smyslu, že harmonogram výstavby předložený uchazečem nerespektuje po obsahové stránce zadávací dokumentaci.

K požadavku zadavatele uvedenému v podmínkách soutěže v bodě XIV. 5. Podíl cizích zdrojů na aktivech uchazeče do 0,25 orgán dohledu konstatuje, že podle ustanovení § 5 odst. 2 zákona zadavatel může vymezit další podmínky soutěže, které vyhlásí současně s podmínkami podle odstavce 1, přičemž tyto podmínky jsou v zákoně uvedeny demonstrativně, čímž je ponechán prostor pro jejich stanovení zadavatelem, a to dle charakteru veřejné zakázky. Zadavatel však při vymezení dalších podmínek soutěže musí postupovat v souladu se zákonem tak, aby svým postupem při stanovení podmínek soutěže a následně i svým jednáním při vlastním posuzování nabídek naplnil zásady vyplývající ze zákona. V kogentním ustanovení § 11 odst. 1 zákona je vymezena zásada rovnosti uchazečů o veřejnou zakázku, jejíž nerespektování je porušením zákona ze strany zadavatele. Žádný z uchazečů nesmí být v obchodní veřejné soutěži zvýhodněn proti ostatním účastníkům soutěže s výjimkami uvedenými v odstavcích 2 a 3 cit. ustanovení.

Orgán rovněž nedospěl k závěru, že by ukazatel podílu cizích prostředků na aktivech společnosti tak, jak byl zadavatelem vymezen, jednoznačně charakterizoval společnost z hlediska ekonomické stability. K prokázání ekonomické stability společnosti by bylo zcela nepochybně nutno provést komplexnější hodnocení více ukazatelů v rozsáhlejší časovém horizontu. Vzhledem k uvedenému považuje orgán dohledu odůvodnění zadavatele za neopodstatněné.

Pokud zadavatel zvolí takový postup při stanovení podmínek soutěže, který by ve svém konečném důsledku v podstatě vedl k eliminování jednoho uchazeče, ať už zadavatel zvolí tento postup záměrně či nikoliv, jedná v rozporu se zákonem. Z uvedených důvodů považuje orgán dohledu takto vymezenou další podmínku soutěže za diskriminační.

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, 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 na zadavateli veřejné zakázky, aby stanovil standard a vymezil použité položky.

V šetřeném případě zadavatel v rámci zadávací dokumentace stanovil „požadovanou úroveň standardů“. V rámci popisu jednotlivých položek v některých případech zadavatel uvedl přímo obchodní jméno výrobku, čímž v předmětné položce vymezil standard, který požaduje, neboť konkrétní výrobek dané značky má určité technické vlastnosti.

Orgán dohledu k výše uvedenému konstatuje, že nedodržení značky výrobku ze strany uchazeče není v rozporu se zákonem, neboť zadavatel musí podle § 2h odst. 2 zákona připustit použití obdobných řešení, tzn. výrobek stejné jakosti a se stejnými technickými vlastnostmi jako má výrobek uvedený zadavatelem v zadávací dokumentaci. V zájmu zajištění objektivního a jednoznačného posouzení skutečnosti, zda se jedná o výrobek stejné kvality, by mohl zadavatel v podmínkách soutěže např. stanovit, aby uchazeči při změně výrobku v nabídce doložili provedenou změnu příslušným dokladem, který prokazuje, že uchazečem nabídnutý výrobek má stejné (nebo lepší) parametry jako výrobky uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci. Pokud zadavatel specifikuje předmětné položky pouze odkazem na obchodní jméno výrobku s uvedením konkrétních technických parametrů (aniž by stanovil požadavek na doložení technických parametrů v případech, kdy uchazeč nabídne jiný výrobek – značku) a uchazeč použije výrobek jiného obchodního jména s určitými technickými parametry, musí sám zadavatel provést srovnání požadovaných technických parametrů a technických parametrů uvedených uchazečem, což v daném případě zadavatel neprovedl, jak vyplývá z předložené dokumentace.

Zadavatel v podmínkách soutěže v bodě XV. Práva zadavatele sice vyloučil možnost variantního řešení podle § 2g zákona, nicméně v šetřeném případě se nejedná o variantní řešení ve smyslu zákona, neboť nedochází k záměně předmětných položek (VI. Zdravotní instalace: uchazeč v rámci jedné položky tepelná izolace potrubí uvedl místo zadavatelem požadovaného výrobku značky ARMSTRONG SH/Armaflex výrobek značky MIRELON). Jde tedy o obdobné technické řešení podle § 2h odst. 2 zákona, které zadavatel musí umožnit, a rozhodující je dále naplnění konkrétních technických parametrů výrobku (rozměrový parametr) se zřetelem na požadovanou úroveň standardu.

Zadavatel dále v rámci dalších podmínek soutěže v bodě XIV. 1. a) požadoval „údaj o celkovém počtu zaměstnanců v hlavním pracovním poměru u uchazeče nebo osob předkládajících nabídku společně nebo jiných osob, s jejichž pomocí uchazeč předpokládá splnění zakázky, s uvedením počtu zaměstnanců v hlavním pracovním poměru s místem trvalého bydliště v okrese Chrudim“.

Zadavatel v podmínkách soutěže v bodě IV. Způsob hodnocení nabídek (§ 6 zákona) písm. A. stanovil následující kritérium hodnocení: „počet zaměstnanců v hlavním pracovním poměru u uchazeče nebo osob předkládajících nabídku společně nebo jiných osob, s jejichž pomocí uchazeč předpokládá splnění zakázky, s místem trvalého bydliště v okrese Chrudim, váha 26 %“.

Stanovení kritérií hodnocení nabídek, resp. dalších podmínek soutěže, je výsledkem odpovědné úvahy zadavatele tak, aby byla usnadněna volba mezi nabídkami. Zadavatel nesmí volit taková kritéria hodnocení nabídek, resp. stanovit takové podmínky zadání veřejné zakázky, které by předem zvýhodňovaly či diskriminovaly některého z uchazečů (nelze tedy zvýhodňovat uchazeče např. z hlediska jejich sídla). Navíc výše uvedené kritérium, resp. další

podmínka soutěže, charakterizuje přímo osobu uchazeče a nesouvisí přímo s vlastním plněním veřejné zakázky.

Argumentace zadavatele v tom smyslu, že stanovením výše uvedených podmínek soutěže sledoval podporu zaměstnanosti v regionu, a to i nepřímým způsobem, neboť umožnil splnění zakázky s pomocí jiných osob, které si uchazeč mohl smluvně zajistit v daném regionu, nelze považovat za opodstatněnou. Pokud je uchazeč schopen splnit celý rozsah veřejné zakázky bez pomoci jiných osob (subdodavatelů), nemůže být zadavatelem motivován k plnění veřejné zakázky s pomocí jiných osob (byť na základě smluvního zajištění) tak, že zadavatel mu (i když nepřímo) v podstatě vymezí okruh subdodavatelů sídlem, příp. místem trvalého bydliště jeho zaměstnanců. V konečném důsledku lze konstatovat, že uchazeč je takto nepřímo omezen ve výběru smluvního partnera.

Podle výše cit. ustanovení § 11 odst. 1 zákona nesmí být žádný z uchazečů v obchodní veřejné soutěži zvýhodněn (reciprocně taktéž platí, že nesmí být ani znevýhodněn), což nebylo v daném případě ve vztahu k mimoregionálním subjektům dodrženo.

V nabídce jmenovaného uchazeče se na straně č. 164 (příloha harmonogramu stavebních prací) nachází text ve znění: „Po dohodě s technickým oddělením Nemocnice Chrudim (p. Broulík) bylo stanoveno následující...“ (konec citace).

Zadavatel stanovil v Pokynech pro zpracování nabídky v oddíle II. Závazné pořadí, ve kterém bude nabídka členěna v bodě 9. Harmonogram výstavby, návrh platebního kalendáře: „...Harmonogram musí obsahovat začátky a konce odstávek provozů a týdenní časový harmonogram prací *správce a vlastníků inženýrských sítí* (tyto termíny budou se správci inženýrských sítí *zhotovitelem* projednány a budou pro ně závazné).“

K výše uvedenému orgán dohledu konstatuje, že konkrétní termíny odstávek provozů je nutno projednat se „správci inženýrských sítí“, tj. provozovateli přísl. energetického odvětví – elektrárny, vodárny, teplárny, plynárny, neboť tito zajišťují dodávku daného druhu energie. Nelze tudíž akceptovat tvrzení zadavatele, který za správce inženýrských sítí ve výše uvedeném smyslu označuje vedoucího technického oddělení zadavatele (p. Broulík), jenž má v náplni pracovní činnosti mj. správu a údržbu inženýrských sítí v areálu zadavatele.

Zadavatel navíc stanovil, že konkrétní termíny odstávek provozů budou projednány zhotovitelem (zhotovitel se zavazuje k provedení určitého díla na základě smlouvy o dílo). Smluvní stranou je tedy zhotovitel, nikoliv uchazeč, resp. zájemce, tzn. subjekt, který se uchází o to stát se zhotovitelem k okamžiku, kdy s ním bude uzavřena smlouva o plnění veřejné zakázky. Pokud tedy vedoucí technického oddělení zadavatele projednal výše uvedené skutečnosti s uchazečem PRVNÍ STAVEBNÍ CHRUDIM, a. s., před podáním nabídky, není jednání zadavatele v souladu se zásadou rovného přístupu ke všem uchazečům.

S ohledem na výše uvedené skutečnosti orgán dohledu po přezkoumání všech podkladů konstatuje, že podmínky soutěže v bodu XIV. 5 a XIV. 1 písm. a) v souvislosti se zvoleným kritériem hodnocení v bodu IV. písm. A. jsou stanoveny diskriminačním způsobem, což je v rozporu se zásadou rovnosti uchazečů o veřejnou zakázku. Stanovené podmínky soutěže zcela nepochybně zvýhodňovaly uchazeče, který má sídlo ve stejném regionu jako zadavatel v rozporu se zákonem, neboť zadavatel výše uvedené podmínky formuloval natolik restriktivním způsobem, že účast na veřejné zakázce fakticky neumožnil mimoregionálním subjektům.

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.

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.

Orgán dohledu 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. Vzhledem ke skutečnosti, že 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, je i rozhodnutí o vyloučení uchazeče úkonem učiněným v rozporu se zákonem a není nutno je samostatně rušit.

Závěrem orgán dohledu uvádí, že pokud se týká solidární odpovědnosti za nabídku podanou sdružením osob (konsorciem), je třeba upozornit na to, že z právní povahy sdružení podle § 829 a násl. občanského zákoníku vyplývá solidarita účastníků sdružení vůči třetím osobám. Solidární odpovědnost za podanou nabídku vzniká v důsledku toho, že právní úkony, učiněné navenek jménem všech účastníků sdružení, ať již jednají společně či prostřednictvím zástupce, jsou závazné pro všechny členy konsorcia a mají právní následky pro všechny členy konsorcia. Pro princip solidarity a solidárního vystupování sdružení vůči třetím osobám nemá vliv velikost podílů konkrétních účastníků sdružení. Ze solidární odpovědnosti uchazeče za podanou nabídku vyplývá, že v případě, pokud by i jeden z členů konsorcia podávajícího nabídku neprokázal za svoji osobu některý z požadavků zadavatele, má zadavatel právo tohoto člena sdružení vyloučit.

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:

Nemocnice Chrudim, Václavská 570, 537 01 Chrudim, zast. MUDr. Vojtěchem Němečkem

VCES PREMING, a. s., Masarykovo nám. 1544, 530 02 Pardubice, zast. Ing. Jaroslavem Novotným

Na vědomí:

SOSTAF Heřmanův Městec, spol. s r. o., Nový Dvůr 908, 583 03 Heřmanův Městec, zast. Ing. Zdeňkem Bulíčkem

VCES PRAHA, a. s., Vážní 456, 503 41 Hradec Králové, zast. Ing. Jaroslavem Novotným

VCES OLOMOUC, spol. s r. o., Fibichova 2, 772 00 Olomouc, zast. Ing. Jaroslavem Novotným