

Č. j.: 2R 105/05, 002/06 – Hr

V Brně dne 3. února 2006

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 30.12.2005 společností MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL, stavební firma, výroba prefabrikátů a kamenolomy, Plzeň-Dobřany, kom. spol., se sídlem lom Hamr, 342 01 Sušice, zast. Josefem Krýslem, jednatelem komplementáře GRANIT-ŠUMAVA, spol. s r. o., společností Chládek & Tintěra, a. s., se sídlem Nerudova 16, 412 01 Litoměřice, zast. předsedou představenstva Jaroslavem Tintěrou, a společností Max Bögl Bauunternehmung GmbH & Co. KG, se sídlem Max-Bögl-Str. 1, 92369 Sengenthal, Spolková republika Německo, zast. jednatelem Johannem Böglem a Johannem Hessem, takto účastníky sdružení s názvem **SDRUŽENÍ MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL – CHLÁDEK & TINTĚRA**, založeného smlouvou o sdružení č. 05/PB/2005 ze dne 11. 7. 2005, podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem podání společné nabídky na provedení předmětu veřejné zakázky, zastoupenými podle smlouvy o sdružení vedoucím účastníkem sdružení, a to společností MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL, stavební firma, výroba prefabrikátů a kamenolomy, Plzeň – Dobřany, kom. spol., se sídlem lom Hamr, 342 01 Sušice,

a dále ve správním řízení o rozkladu podaném dne 4.1.2006 **Správou železniční dopravní cesty, státní organizací, se sídlem Prvního pluku 367/5, 186 00 Praha 8**, zast. generálním ředitelem Ing. Janem Komárkem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8.12.2005 č. j. VZ/S194/05-152/5706/05-KV ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **Správy železniční dopravní cesty, státní organizace, se sídlem Prvního pluku 367/5, 186 00 Praha 8**, zast. generálním ředitelem Ing. Janem Komárkem, učiněných při zadání veřejné zakázky „**Optimalizace trati Plzeň – Stříbro**“ formou otevřeného řízení podle § 25 odst. 2 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb. a zákona č. 124/2005 Sb., jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 15.6.2005 pod ev. č. 50003838 a dne 18.6.2005 v Úředním věstníku Evropské unie,

m ě n í m

podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona, napadené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S194/05-152/5706/05-KV ze dne 8.12.2005 takto:

Správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Správy železniční dopravní cesty, státní organizace, se sídlem Prvního pluku 367/5, 186 00 Praha 8, učiněných při zadání veřejné zakázky „Optimalizace trati Plzeň – Stříbro“, se podle ustanovení § 101 odst. 5 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb. **zastavuje**, neboť nebylo shledáno porušení zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb. a zákona č. 124/2005 Sb.

O d ů v o d n ě n í

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

1. Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, se sídlem Prvního pluku 367/5, 186 00 Praha 8, zast. generálním ředitelem Ing. Janem Komárkem (dále jen „zadavatel“), vyhlásil veřejnou zakázku „Optimalizace trati Plzeň – Stříbro“ formou otevřeného řízení podle § 25 odst. 2 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb. a zákona č. 124/2005 Sb. (dále jen „zákon“), jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 15.6.2005 pod ev. č. 50003838 a dne 18.6.2005 v Úředním věstníku Evropské unie. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel nabídky čtyř uchazečů o veřejnou zakázku.
2. Při hodnocení nabídek zadavatel vyloučil mimo jiné i nabídku uchazeče č. 1 – SDRUŽENÍ MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL – CHLÁDEK & TINTĚRA, jehož účastníky jsou právnické osoby – společnost MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL, stavební firma, výroba prefabrikátů a kamenolomy, Plzeň-Dobřany, kom. spol., se sídlem lom Hamr, 342 01 Sušice, zast. Josefem Krýslem, jednatelem komplementáře GRANIT-ŠUMAVA, spol. s r. o., společnost Chládek & Tintěra, a. s., se sídlem Nerudova 16, 412 01 Litoměřice, zast. předsedou představenstva Jaroslavem Tintěrou a společností Max Bögl Bauunternehmung GmbH & Co. KG, se sídlem Max-Bögl-Str. 1, 92369 Sengenthal, Spolková republika Německo, zast. jednatelem Johannem Böglem a Johannem Hessem (dále jen „navrhovatel“), z důvodu, že v nabídce nepředložil doklad o odborné zkoušce úředně oprávněného zeměměřického inženýra podle předpisu ČD Ok 2/2, což jmenovanému uchazeči sdělil dopisem ze dne 13.9.2005. Proti uvedenému rozhodnutí o svém vyloučení podal navrhovatel námítky a následně dne 19.10.2005 návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Tímto dnem bylo zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele a navrhovatele.

Prvostupňové rozhodnutí Úřadu

3. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 8.12.2005 rozhodnutí č. j. VZ/S194/05-152/5706/05-KV, kterým v postupu zadavatele konstatoval porušení ustanovení § 30 odst. 2 písm. d) zákona tím, že požadoval po uchazečích prokázání odborné způsobilosti podle vnitřního předpisu Českých drah, a. s., který není právním předpisem. Z důvodu nesplnění uvedené povinnosti uložil Úřad zadavateli podle § 101 odst. 1 zákona zrušit zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.

Prokazování kvalifikačních předpokladů

4. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že zadavatel v bodu 9.5. oznámení zadávacího řízení „Kritéria a doklady pro prokazování odborné způsobilosti nebo členství v profesní organizaci“ uvedl: „zkouška pro vedoucí prací na dopr. cestě dle předp. ČD OK2/2; oprávnění dle 360/92 Sb.; způsobilost dle 200/94 Sb.; velký průkaz způsobilosti dle ČSN 732601-Z2 čl. 205; ověřenou kopii licence k provozu drážní dopr. dle § 24 zákona č. 266/94 Sb. nebo orig. prohláš. o neprovozování“. V prvním díle části první zadávací dokumentace jsou pak stanoveny požadavky a podmínky pro zpracování nabídky uchazeči. V čl. 4.2.8. zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že uchazeč předloží originál nebo ověřenou kopii dokladu o odborné zkoušce podle předpisu ČD Ok 2/2, kterým prokáže, že každý člen jeho personálu, který bude vykonávat vedoucí práce, je oprávněn provádět činnosti na železniční dopravní cestě.
5. Úřad konstatuje, že České dráhy jakožto provozovatel dráhy jsou podle § 22 odst. 1 písm. b) zákona č. 299/1994 Sb., o dráhách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o drahách“), povinny vydat vnitřní předpis, který bude upravovat odbornou způsobilost osob zajišťujících provozování dráhy. Požadavek na prokázání odborné způsobilosti je tedy stanoven podle vnitřního předpisu Českých drah, a. s., který nemůže být považován za zvláštní právní předpis. Existence zvláštního právního předpisu (tj. předpisu obecně závazného vydaného příslušným orgánem státní správy či samosprávy), je nezbytnou podmínkou pro uplatnění požadavku na odbornou způsobilost ve smyslu § 30 odst. 2 písm. d) zákona.
6. Podle § 25 odst. 1 zákona je zadavatel povinen v zadávacím řízení dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči s výjimkami uvedenými v § 87 zákona, zásady transparentnosti a zákazu diskriminace. V případě, že zadavatel požaduje, aby uchazeč prokázal absolvování odborné zkoušky podle vnitřního předpisu Českých drah, a. s., musí tím vzít v úvahu i tu skutečnost, že nabídku mohou podat i zahraniční uchazeči, kteří se však s ustanovením vnitřního předpisu Českých drah, a. s. v praxi běžně nesetkávají. Tito uchazeči jsou tedy v okamžiku uveřejnění oznámení zadávacího řízení v nevýhodném postavení, neboť nemusí mít požadovaný doklad o absolvování odborné zkoušky. Může tak dojít k jejich diskriminaci. Zadavatel dle názoru Úřadu porušil § 30 odst. 2 písm. d) zákona, když požadoval po uchazečích prokázání odborné způsobilosti podle vnitřního předpisu Českých drah, a. s., který není právním předpisem. Tím současně porušil i zásadu zákazu diskriminace ve vztahu k zahraničním uchazečům.
7. V této souvislosti Úřad uvádí, že zadavatel měl předložení příslušných dokladů o odborné způsobilosti požadovat v rámci jiných požadavků na realizaci veřejné zakázky podle § 48 odst. 3 zákona a případně umožnit zahraničním uchazečům, aby se v nabídkách zavázali, že v případě přidělení veřejné zakázky tyto doklady v požadované lhůtě předloží. Tato lhůta by pak měla vybranému uchazeči dát dostatečné množství času na složení požadovaných odborných zkoušek.

Hodnocení nabídek

8. Úřad dále konstatoval, že ze zápisu provedeného na třetím jednání hodnotící komise mimo jiné vyplývá, že se komise zaměřila na dílčí kritéria hodnocení nabídek, přičemž v rámci kritéria „komplexnost řešení, technickou úroveň nabízených prací“ hodnotila rovněž strojní vybavení, řízení stavby a reference. Tím zadavatel dle názoru Úřadu

zařadil mezi podkritéria dílčího kritéria i kvalifikační kritéria, jejichž splnění je předpokladem hodnocení nabídek v otevřeném řízení a tím porušil § 55 odst. 3 zákona.

II. Námitky rozkladů

Rozklad navrhovatele

9. Proti uvedenému rozhodnutí Úřadu podal navrhovatel dne 30.12.2005 rozklad, ve kterém uvádí, že dle ustanovení § 88 odst. 1 zákona mohl v případě šetřené veřejné zakázky podat zadavateli zdůvodnění námitky kterýkoliv, tedy byť i jen potenciální dodavatel, pokud by usoudil, že zadávací podmínky v tomto konkrétním případě nejsou nastaveny v souladu se zákonem. Tuto možnost měli i zahraniční potenciální zadavatelé. Ze skutečnosti, že tohoto svého práva podat námitky žádný z potenciálních dodavatelů (ani zahraničních) nevyužil, dovozuje navrhovatel, že zadávací řízení až dosud probíhalo transparentně a zásada stejného zacházení s uchazeči byla zachována. Požadavek na prokázání odborné způsobilosti podle vnitřního předpisu ČD, a. s. tak dle názoru navrhovatele nelze chápat jako požadavek diskriminační, ale pouze jako požadavek nezákonný, když tuto nezákonnost mohl každý napadnout. Vzhledem k tomu, že návrh podal uchazeč, který předložil nabídku, není dle názoru navrhovatele žádný obhajitelný důvod zadávací řízení rušit, ale je třeba nařídít zadavateli, aby nabídku takového uchazeče jako způsobilou dále hodnotil. Důvod pro zrušení zadávacího řízení by byl dán pouze tedy, kdyby návrh podal potenciální dodavatel, neboť by nebylo možné vyloučit, že právě tento uchazeč by v zadávacím řízení podal nejvýhodnější nabídku. V šetřeném případě měl tedy Úřad uložit zadavateli jako opatření k nápravě povinnost zařadit nabídku navrhovatele zpět mezi nabídky plně způsobilé k dalšímu hodnocení a dále ji hodnotit.
10. K dalšímu zjištění napadeného rozhodnutí Úřadu navrhovatel uvádí, že předběžným opatřením ze dne 22.11.2005 bylo zadavateli uloženo pozastavit zadávací řízení do doby nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu. Je proto ze strany Úřadu předčasné věnovat se v napadeném rozhodnutí přezkoumávání průběhu hodnocení nabídek, neboť v dané chvíli je hodnocení nabídek jednoznačně neukončeným právním úkonem, který bude dokonán až okamžikem doručení rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky uchazečům. V této souvislosti navrhovatel uvádí, že není důvod vyjadřovat se ke skutečnostem, které právně ještě nenastaly.
11. Navrhovatel se rovněž domnívá, že Úřad pochybil, když neuložil sankci podle § 102 zákona. Uložení dostatečně vysoké finanční sankce by dle názoru navrhovatele vedlo zadavatele k tomu, aby přípravě zadávacích podmínek dalších připravovaných veřejných zakázek věnoval dostatečnou odbornou péči. Navrhovatel dále poukazuje na to, že již v minulosti proběhlo několik veřejných zakázek, kde byla použita totožná nezákonná pravidla.
12. Navrhovatel žádá o změnu napadeného rozhodnutí v rozsahu jeho původního požadavku, tedy zrušit rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele.

Rozklad zadavatele

13. Proti rozhodnutí Úřadu podal dne 4.1.2006 rozklad rovněž zadavatel a uvádí, že k porušení § 30 odst. 2 písm. d) zákona nedošlo a napadené rozhodnutí je proto chybné a navíc v rozporu s relevantní evropskou praxí i předchozí rozhodovací činností Úřadu. Za nesprávný označuje zadavatel názor vyjádřený v napadeném rozhodnutí, že požadavek na prokázání odborné způsobilosti byl stanoven na základě vnitřního předpisu Českých drah, a. s., který nemůže být považován za zvláštní právní předpis. Úřad dle názoru zadavatele zcela opomíjí, že práva a povinnosti provozovatele dráhy a povinnosti osob nacházejících se na dráze a v obvodu dráhy jsou upraveny v ustanoveních § 22 až 23b zákona o drahách. Provozovatel dráhy je mimo jiné povinen zajistit, aby provozování dráhy prováděly osoby, které jsou zdravotně a odborně způsobilé. Podle ustanovení § 22 odst. 1 písm. b) zákona o drahách je pak provozovatel dráhy povinen vydat vnitřní předpis o provozování dráhy a o odborné způsobilosti a znalosti osob zajišťujících provozování dráhy a způsob jejich ověřování. Zadavatel uvádí, že právní řád, byť vnitřně diferencovaný, tvoří jednotu a je proto namístě závěr, že požadavek na prokázání odborné způsobilosti odvozený z vnitřního předpisu Českých drah a. s., je primárně stanoven v § 22 písm. b) a c) zákona o drahách a na základě tohoto zákona a v jeho mezích je pak blíže vymezen v předpisu č. ČD Ok 2/2.
14. S ohledem na charakter zakázky tedy měli uchazeči prokázat odbornou způsobilost u vedoucích prací, tedy prokázat, že v daném případě je geodet oprávněn jako vedoucí prací geodetických činností k vedení prací a vyvíjení pracovní činnosti na železniční dopravní cestě.
15. K závěru napadeného rozhodnutí, že požadavek na prokázání odborné způsobilosti je rovněž diskriminační vůči zahraničním uchazečům zadavatel uvádí, že zákon stojí na principu, že dodavatel prokazuje splnění kvalifikačních kritérií ve své nabídce nebo při podání žádosti o účast a k pozdějšímu průkazu zadavatel přihlížet nesmí. Pokud by připustil dodatečné splnění příslušného kvalifikačního kritéria, porušil by tím zásadu stejného zacházení vůči tuzemským dodavatelům, kteří musí stanovené doklady předložit spolu s nabídkou. Takové zvýhodnění dle názoru zadavatele nemá rozumný důvod, neboť za tímto účelem může dle § 30 odst. 6 zákona dodavatel splnit kvalifikaci předložením dokladů třetí osoby spolu s jejím závazným prohlášením o budoucí spolupráci. Právě tímto způsobem pak postupoval i navrhovatel, když předložil „závazné prohlášení o budoucí spolupráci“ s geodetem Ing. Zdeňkem Krylem. Tvrzení napadeného rozhodnutí, že postupem zadavatele mohlo dojít k ovlivnění okruhu potenciálních uchazečů a tedy k jejich diskriminaci, označuje zadavatel za nepodloženou spekulaci a připomíná, že nikdo ze zahraničních účastníků se diskriminován necítí a i navrhovatel uvedl, že příslušný předpis ČD Ok 2/2 „samozřejmě zná“.
16. Ke kritériím pro zadání veřejné zakázky zadavatel uvádí, že zákon nemůže obsahovat vyčerpávající katalog dílčích kritérií a zadavatel má proto možnost volbou dílčích kritérií v zákoně uvedených a nebo vlastních reagovat na své vlastní potřeby a představy o předmětu veřejné zakázky a podmínkách její realizace. Zadavatel zvolená dílčí kritéria hodnocení „nabídková cena“, „komplexnost řešení, technická úroveň“, „nabídnutá zvýhodnění, poskytnutí vyšších záruk za jakost“ a „účelné snížení požadavků na omezení provozu“ vyjadřují ekonomickou výhodnost nabídky a jsou tak plně v souladu se zákonem. K porušení ustanovení § 55 odst. 3 zákona dle názoru zadavatele nedošlo.

17. V závěru svého rozkladu zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu vydal rozhodnutí, kterým se napadené rozhodnutí zrušuje a správní řízení se zastavuje.

III. Řízení o rozkladech

Vyjádření společnosti Chládek & Tintěra a. s.

18. K rozkladu podanému navrhovatelem se samostatně vyjádřila dne 10.1.2006 společnost Chládek & Tintěra, a. s., Litoměřice, a s jeho obsahem se plně ztotožnila, když rovněž považuje kvalifikační kritéria za nezákonná, ale nikoliv diskriminační s poukazem na to, že tento diskriminační charakter nikdo nenamítal, ačkoliv mohl. Podporuje proto žádost o změnu napadeného rozhodnutí tak, aby předmětné zadávací řízení mohlo pokračovat.

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

19. K rozkladu navrhovatele se dne 16.1.2006 vyjádřil zadavatel a uvádí, že se s podaným rozkladem ztotožňuje v části, která průběh zadávacího řízení označuje za transparentní a nediskriminační. Argumentaci navrhovatele, kterou tento brojí proti svému vyloučení, však označuje za účelovou a navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

Doplnění rozkladu zadavatele

20. Dne 20.1.2005 pak zadavatel doručil Úřadu doplnění svého rozkladu, ve kterém uvádí k postupu hodnotící komise při hodnocení nabídek, že dílčí kritéria hodnocení byla zadavatele zvolena správně a zadavatel není dle § 65 odst. 2 zákona zprávou hodnotící komise vázán a může přidělit veřejnou zakázku bez ohledu na výsledek hodnocení provedené komisí, respektive může podle § 65 odst. 4 zákona rozhodnout o novém hodnocení. Porušení zákona se tak zadavatel nedopustil a to i s ohledem na to, že ještě nerozhodl, zda bude závěry komise respektovat či rozhodne o novém hodnocení.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele

21. Navrhovatel doručil Úřadu dne 23.1.2006 své vyjádření k rozkladu zadavatele a uvádí v něm, že zadavatel v rámci své argumentace záměrně vytrhl z kontextu větu z nálezu Ústavního soudu č. 564/2000, která praví, že právní řád, byť vnitřně diferencovaný, tvoří jednotu a jako s takovým je třeba s ním zacházet při aplikaci jednotlivých ustanovení a institutů. Navrhovatel však odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6A 173/2002, podle kterého nelze takový vnitřní předpis, kterým předpis ČD OK 2/2 je, povyšovat nad zákon, a dokonce ani na podzákoný všeobecně závazný právní předpis. Zákon o drahách uložil zadavateli jako provozovateli jedné konkrétní dráhy vydat vnitřní předpis o provozování dráhy a o odborné způsobilosti a znalosti osob zajišťujících provozování dráhy. Dále mu bylo tímto zákonem uloženo zajistit, aby provozování dráhy prováděly osoby, které jsou zdravotně a odborně způsobilé a na jiném místě zákona o drahách ukládá určité konkrétní povinnosti i osobám nacházejícím se na dráze a v obvodu dráhy. Je tedy dle názoru navrhovatele zřejmé, že zákon zřetelně rozlišuje mezi osobami zajišťujícími provozování dráhy a osobami pouze se v obvodu dráhy nacházejícími. Právní vývody napadeného rozhodnutí Úřadu tedy navrhovatel považuje za zcela správné.

22. Navrhovatel dále uvádí, že jednotlivé požadavky zadavatele na splnění kvalifikačních předpokladů beze zbytku a v požadovaném rozsahu naplnil, a není proto možné nabídku navrhovatele z důvodu údajného nesplnění kvalifikace jako nezpůsobilou vyloučit. V této souvislosti navrhovatel odkazuje na svou dřívější argumentaci v námitkách a návrhu. V případě šetřené veřejné zakázky není předmětem plnění provozování dráhy a navrhovatel odbornou způsobilost zeměměřického inženýra dle zákona č. 200/1994 Sb., o zeměměřictví, požadovaným způsobem prokázal. Zadavatel dle názoru navrhovatele chybně odkazuje na znění § 22 odst. 1 zákona o drahách, ačkoliv tyto povinnosti se vztahují výhradně k osobám zajišťujícím právě a pouze provozování dráhy a pro případ šetřené veřejné zakázky bylo nutno vycházet z ustanovení § 22 odst. 3 písm. b) a § 22 odst. 4 zákona o drahách. Zadavatel dle názoru navrhovatele chybně a zavádějícím způsobem zaměňuje osoby zajišťující provozování dráhy za osoby nacházející se na dráze a v obvodu dráhy.
23. Navrhovatel rovněž opakuje, že zadavatel ani v oznámení zadávacího řízení ani v zadávací dokumentaci nepožadoval doložení dokladu o vykonání zkoušky dle předpisu ČD Ok 2/2 konkrétně od úředně oprávněného zeměměřického inženýra.
24. Dle názoru navrhovatele je tvrzení zadavatele o nezbytnosti požadavku na prokázání výše uvedené odborné způsobilosti v šetřené veřejné zakázce nesprávné a zavádějící, jak dovozuje i ze skutečnosti, že zadavatel nepožadoval po uchazečích prokázat rovněž zdravotní způsobilost ve smyslu § 22 odst. 1 písm. c) zákona o drahách. Tím si zadavatel dle názoru navrhovatele počínal vědomě nezákonně.
25. Navrhovatel opakuje svůj požadavek na změnu napadeného rozhodnutí tak, aby zadávací řízení mohlo pokračovat a zadavatel byl povinen zařadit nabídku zpět do soutěže.

Stanovisko předsedy Úřadu

26. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:
27. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S194/05-152/5706/05-KV ze dne 8.12.2005 konstatoval v postupu zadavatele nesplnění povinnosti dle § 30 odst. 2 písm. d) zákona, na základě kterého uložil zadavateli jako opatření k nápravě zrušit zadání veřejné zakázky, nerozhodl správně a v souladu se zákonem.

IV. Odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu a k jednotlivým námitkám rozkladu

K oprávněnosti požadavku zadavatele na prokázání odborné způsobilosti

28. Zadavatel v oznámení zadávacího řízení požadoval jako součást „Prokazování finanční, ekonomické, technické a odborné způsobilosti a prokazování jakosti a splnění požadavků systému řízení podniku“ pod bodem 9.5 „Kritéria a doklady pro prokazování odborné způsobilosti nebo členství v profesní organizaci“ rovněž „zkoušku pro vedoucí prací na dopr. cestě dle předp. ČD OK 2/2;...“. Úřad v napadeném rozhodnutí

konstatoval, že tímto požadavkem zadavatel nedodržel dikci ustanovení § 30 odst. 2 písm. d) zákona, podle kterého je možno prokázání odborné způsobilosti nebo členství v určité profesní organizaci požadovat pouze tehdy, je-li pro plnění veřejné zakázky vyžadována podle zvláštních právních předpisů. Vnitřní předpis vydaný Českými drahami, a. s., dle názoru Úřadu nesplňuje definici „zvláštního právního předpisu“ ve smyslu posledně citovaného ustanovení zákona.

29. Požadavek zadavatele na prokázání odborné způsobilosti byl formulován na základě vnitřního předpisu Českých drah, a. s. ČD Ok 2/2, který upravuje prokazování odborné způsobilosti a znalostí osob zajišťujících provozování dráhy. Tento vnitřní předpis je pak prováděcím předpisem ve smyslu § 22 odst. 5 zákona o drahách, vydaný na základě přímého zmocnění obsaženého v ustanovení § 22 odst. 1 písm. b) zákona o drahách, který říká, že „provozovatel dráhy je povinen vydat ke dni zahájení provozování dráhy vnitřní předpis o provozování dráhy a o odborné způsobilosti a znalosti osob zajišťujících provozování dráhy a způsobu jejich ověřování včetně systému pravidelného školení“. Z uvedeného je jednoznačně zřejmé, že zákon o drahách v posledně citovaném ustanovení předpokládá, a tedy stanovuje, že osoby zajišťující provozování dráhy mají k této své činnosti odbornou způsobilost a tím jim ukládá povinnost tuto odbornost získat a následně prokazovat stanoveným způsobem. Zadavatel tak v bodě 9.5 oznámení zadávacího řízení požadoval po uchazečích prokázání odborné způsobilosti, která je vyžadována přímo ustanovením § 22 odst. 1 písm. b) zákona o drahách. Vnitřní předpis ČD Ok 2/2 v této souvislosti pouze upravuje nabytí, případně prokázání této zákonem o drahách vyžadované odborné způsobilosti, a je tak v této souvislosti prováděcím předpisem k zákonu o drahách, a nikoliv normou, která by ukládala subjektům práva a povinnosti.
30. K tomu dále uvádím, že právní řád je nutno chápat komplexně, a proto stanovení pravidel pro získání zákonem předepsané odbornosti podzákonným právním předpisem vydaným na základě zákona vyhovuje konstrukci čl. 4 Listiny základních práv a svobod. V tomto duchu je zvláštním právním předpisem i zákon o drahách, včetně prováděcího předpisu, kterým lze v této souvislosti chápat i vnitřní předpis, vydaný Českými drahami, a. s., jakožto provozovatelem drah ve smyslu § 22 odst. 1 zákona o drahách, v mezích a na základě jejich zákonného zmocnění dle § 22 odst. 1 písm. b) zákona o drahách.
31. Vzhledem k výše uvedenému lze tedy uzavřít, že požadavek na odbornou způsobilost vyplývá přímo ze zákona o drahách, konkrétně z jeho ustanovení § 22 odst. 1 písm. b). Zadavatel tak při stanovení podmínek splnění kvalifikace uchazečů o veřejnou zakázku postupoval v souladu s ustanovením § 30 odst. 2 písm. d) zákona, neboť požadoval prokázání odborné způsobilosti vyžadované zvláštním právním předpisem. Z uvedeného důvodu proto nelze uložit zadavateli jako opatření k nápravě zrušit zadávací řízení, když se zadavatel nedopustil porušení povinnosti plynoucí z ustanovení zákona.

Otázka diskriminačního charakteru požadavku zadavatele

32. Úřad v napadeném rozhodnutí rovněž dovozuje diskriminační charakter předmětného požadavku zadavatele vůči potenciálním zahraničním uchazečům, kteří se dle názoru Úřadu ve své běžné praxi nesetkávají s vnitřním předpisem Českých drah, a. s., a tedy v okamžiku uveřejnění oznámení zadávacího řízení nemusí mít požadovaný doklad o absolvování odborné zkoušky.

33. K tomu uvádím, že požadavek na příslušnou odbornou způsobilost vyplývá přímo ze zákona o drahách, jak uvedeno výše, a tedy všichni potenciální uchazeči o veřejnou zakázku jsou tímto zákonným požadavkem vázáni. Žádný uchazeč se této své vázanosti nemůže zbavit poukazem na neznalost či nedostatečnou osobní praxi s právním řádem ČR, právními předpisy ČR a dalšími podzákonnými normativně právními akty. Některé skutečnosti, jako například odlišnost právních norem tuzemských a zahraničních, tvoří přirozenou bariéru obchodního styku, které není možno se vyhnout, a zákon v této souvislosti obsahuje dostatek institutů na odstranění potenciálně diskriminačního charakteru těchto bariér. Jedním z takových zákonných nástrojů je i ustanovení § 30 odst. 6 zákona, podle kterého může dodavatel splnit kvalifikaci předložením dokladů třetí osoby spolu s jejím závazným prohlášením o budoucí spolupráci. Úřadem uvedené skutečnosti tak nelze považovat za diskriminaci zahraničních uchazečů, o čemž svědčí i skutečnost, že všechny čtyři nabídky podávají rovněž zahraniční právnické osoby, z nichž žádná tento domněle diskriminační charakter zadání veřejné zakázky nenamítala, ba právě naopak, jak mimo jiné vyplývá i z vyjádření navrhovatele v rozkladu. Ani tento právní závěr Úřadu tak nemůže být důvodem pro uložení opatření k nápravě, spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení.

K hodnocení nabídek

34. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí rovněž další zjištěné nesplnění zákonné povinnosti, kterého se měl zadavatel dopustit tím, že hodnotící komise v rámci dílčího kritéria hodnocení „komplexnost řešení, technickou úroveň nabízených prací“ hodnotil rovněž strojní vybavení uchazečů a jejich reference, což považuje Úřad za rozpor s ustanovením § 55 odst. 3 zákona. Uvedené zjištění Úřad neoznačil jako důvod pro zrušení zadání veřejné zakázky.
35. K tomu uvádím, že hodnocení nabídek podle dílčích podkritérií „strojní vybavení“ a „reference“ provedla až hodnotící komise na svém jednání. Nejedná se proto o vadu vyhlášení zadávacího řízení a pochybení komise může zadavatel napravit například tím, že se neztotožní s jejím doporučením dle § 65 odst. 2 zákona, případně podle § 62 odst. 4 zákona rozhodne o provedení nového hodnocení v souladu se zákonem. V této souvislosti je rovněž významné, že hodnocení nabídek dosud de iure nebylo provedeno, neboť Úřad svým rozhodnutím ze dne 22.11.2005 č. j. VZ/S194/05-152/5453/05-KV uložil zadavateli pozastavit otevřené řízení do doby nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu ve věci. Zadávací proces se tak stále nachází ve fázi rozhodnutí zadavatele o vyloučení těch uchazečů, kteří nesplnili kvalifikační předpoklady. Z uvedeného je zřejmé, že v této fázi nelze konstatovat porušení povinnosti dle ustanovení § 55 odst. 3 zákona.

Závěr řízení o rozkladu

36. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem, když nebyly splněny předpoklady pro uložení opatření k nápravě podle § 101 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., postupoval jsem podle § 101 odst. 5 posledně citovaného zákona a správní řízení zastavil, neboť nebylo shledáno porušení zákona.

K námitkám rozkladu navrhovatele

Prokázání odborné způsobilosti oprávněného zeměměřického inženýra

37. Navrhovatel ve svém rozkladu opakuje námitku návrhu, že zadavatel v oznámení zadávacího řízení ani v zadávací dokumentaci nepožadoval doložení dokladu o vykonání odborné zkoušky dle předpisu ČD Ok 2/2.
38. K tomu uvádím, že požadavek bodu 9.5 oznámení zadávacího řízení na předložení dokladů o zkoušce pro vedoucí prací na dopravní cestě dle vnitřního předpisu ČD Ok 2/2 byl rozveden v bodu 4.1.5. dílu 1. části 1. zadávací dokumentace tak, že informace o odborné způsobilosti uchazeče budou zahrnovat „Přehled personálu předpokládaného pro plnění předmětu veřejné zakázky – managementu pro řízení stavby. V tomto případě se bude jednat o následující členy personálu: stavbyvedoucí, zástupci stavbyvedoucího, osoba odpovědná za bezpečnost a ochranu zdraví při práci, osoba odpovědná za ochranu životního prostředí, úředně oprávněný zeměměřický inženýr.“ Zadavatel tedy jednoznačně stanovil, že zkoušku o odborné způsobilosti podle příslušného vnitřního předpisu musí mít všichni vedoucí prací, tedy „management pro řízení stavby“, a následně podrobně definoval okruh takto dotčených osob, mezi nimi i úředně oprávněného zeměměřického inženýra. Okruh osob, u kterých má uchazeč prokázat odbornou způsobilost, tak byl vymezen jednoznačně, o čemž svědčí i skutečnost, že u všech ostatních členů managementu řízení stavby nevznikly navrhovateli pochybnosti a příslušné doklady předložil.
39. Z uvedeného je zřejmé, že navrhovatel neprokázal splnění kvalifikačních předpokladů v souladu s požadavky zadavatele, neboť nepředložil doklad prokazující odbornou způsobilost úředně oprávněného zeměměřického inženýra podle vnitřního předpisu ČD Ok 2/2. Zadavatel tedy postupoval v souladu se zákonem, když navrhovatele vyloučil z další účasti v otevřeném řízení.

K definici „osob zajišťujících provozování dráhy“

40. Navrhovatel ve svém rozkladu rovněž dovozuje, že povinnost prokázat odbornou způsobilost ve smyslu ustanovení § 22 odst. 1 písm. b) zákona o drahách se na něj nemůže vztahovat, neboť v případě jeho zaměstnanců se nejedná o „osoby zajišťující provozování dráhy“ ve smyslu posledně citovaného ustanovení zákona o drahách, ale že se jedná o „osoby nacházející se v obvodu dráhy“ ve smyslu ustanovení § 22 odst. 3 písm. b) a odst. 4 zákona o drahách.
41. K tomu pouze uvádím, že předmětem plnění veřejné zakázky je dle bodu 5.5 oznámení zadávacího řízení optimalizace trati Plzeň – Stříbro, rekonstrukce železničního svršku a spodku, trakčního vedení, úprava TV, rekonstrukce mostů a propustků, rekonstrukce sdělovacího a zabezpečovacího. Je mylné se domnívat, že zaměstnanci dodavatele, který realizuje na základě smlouvy o dílo předmět plnění veřejné zakázky, kterým jsou obecně práce na modernizaci a rozvoji dráhy, tedy práce na zajištění provozuschopnosti železniční dopravní cesty (která je nepochybně součástí dráhy), nejsou osobami podílejícími se na provozování dráhy.
42. Provozování dráhy zákon o drahách definuje jako činnosti, kterými se zabezpečuje a obsluhuje dráha a organizuje drážní doprava, přičemž platí, že pod zabezpečení dráhy

patří zejména stanovení a dodržování jednotných podmínek technické vybavenosti a provozuschopnosti dráhy, pravidelná kontrola a zajišťování provozuschopnosti dopravní cesty dráhy. V zákoně o drahách není nikde stanoveno, že zadavatel jakožto provozovatel dráhy musí zajistit provozování dráhy pouze svými zaměstnanci. Zadavatel tedy může provozování dráhy zajistit nejen svými zaměstnanci, ale i zaměstnanci jiných právních subjektů, nebo prostřednictvím fyzických osob. Tito zaměstnanci, případně fyzické osoby, samozřejmě musí splňovat podmínky dané zákonem o drahách, popř. podmínky stanovené zadavatelem, k jejichž uložení zmocnil zadavatele jakožto provozovatele dráhy zákon o drahách ve svém ustanovení § 22 odst. 1 písm. b).

43. Ustanovení § 22 odst. 3 písm. b) a odst. 4) zákona o drahách nelze v žádném případě vztahovat na odbornou způsobilost a znalost osob zajišťujících provozování dráhy, ať již jsou těmito osobami zaměstnanci provozovatele dráhy, nebo zaměstnanci jiného právního subjektu, kteří se podílí na provozování dráhy na základě smluvního vztahu (např. při provádění modernizace a rozvoje). Znění posledně citovaných ustanovení zákona o drahách se vztahuje na osoby nacházející se v obvodu dráhy, typicky cestující veřejnost, osoby pohybující se na železničních přejezdech a přechodech, a podobně. Ustanovením § 22 odst. 3 písm. b) zákona o drahách je dáno zadavateli jako provozovateli drah oprávnění dávat těmto osobám pokyny (např. k zajištění jejich bezpečnosti), a odst. 4 téhož ustanovení zákona o drahách pak ukládá osobám nacházejícím se v obvodu dráhy povinnost těchto pokynů provozovatele dráhy dbát. Argumentaci navrhovatele tedy v tomto bodě považuji za bezpředmětnou.

K judikátu Nejvyššího správního soudu

44. Navrhovatel ve svém vyjádření k rozkladu zadavatele odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soud sp. zn. 6A 173/2002, podle kterého předpis ČD Ok 2/2 nelze povyšovat na zákon, a dokonce ani na podzákonný všeobecně závazný právní předpis.
45. K tomu uvádím, že citovaný judikát řeší charakter předmětného vnitřního předpisu z hlediska možnosti vyslovit výrok o vině a trestu za správní delikt pouze na základě výkladu tohoto interního předpisu, jestliže zákon nestanoví v této souvislosti žádné meze ani podmínky. Citovaný judikát nelze v případě šetřené veřejné zakázky použít, neboť otázka řešená Nejvyšším správním soudem v tomto případě je zásadním způsobem odlišná od případu šetřené veřejné zakázky, kdy zadavatel vyžadoval od uchazečů o veřejnou zakázku doložení průkazu odborné způsobilosti, která je vyžadována na základě zákona o drahách a předmětný vnitřní předpis pouze upravuje proces jejího získání a prokazování.

V. Závěr

46. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí změnit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

Poučení

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

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

Obdrží:

1. Správa železniční dopravní cesty, s. o., se sídlem Prvního pluku 367/5, 186 00 Praha 8, zast. Ing. Janem Komárkem,
2. MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL, stavební firma, výroba prefabrikátů a kamenolomy, Plzeň – Dobřany, kom. Spol, se sídlem lom Hamr, 342 01 Sušice
3. Chládek & Tintěra, a. s., se sídlem Nerudova 16, 412 01 Litoměřice,
4. Max Bāgl Bauunternehmung GmbH & Co. KG, se sídlem Max-Bögl-Str. 1, 92369 Sengenthal, Spolková republika Německo,
5. spis.