PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 23.7.2007 a stalo se vykonatelným dne
Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

ROZHODNUTÍ

Č. j.: R039/2007/02-13087/2007/310-Hr V Brně dne 18. července 2007

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 31.1.2007 společností

- **.A.S.A., spol. s r. o., IČ 45809712,** se **sídlem Ďáblická 791/89, 182 00 Praha,** zast. jednateli Ing. Petrem Vokřálem a Ing. Arnoštem Kastnerem, právně zast. na základě plné moci ze dne 11.1.2006 advokátem JUDr. Tomášem Vrchlabským, se sídlem AK Balbínova 30, 120 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 11.1.2007 č. j. S305/2006-801/2007/510-če, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Statutárního města Brna, městské části Brno – střed, zast. starostou Mgr. Michalem Bortelem, se sídlem Dominikánská ulice 2, 601 69 Brno,** v zadávacím i ve správním řízení zast. na základě mandátní smlouvy č. 1318/2006 ze dne 5.6.2006 společností RTS, a. s., IČ 25533843, se sídlem Lazaretní 13, 615 00 Brno, zast. Ing. Petrem Vrbkou,

učiněných při zadání veřejné zakázky **„Údržba čistoty a zimní údržba místních komunikací správního území MČ Brno – střed, lokalita Veveří – Trnitá“**, formou užšího řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 31.5.2006, s opravou oznámení uveřejněnou tamtéž dne 16.6.2006 pod ev. č. 50022400, a v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2006/S104-111558 dne 2.6.2006, s opravou oznámení uveřejněnou tamtéž dne 17.6.2006 pod ev. č. 2006/S114-121026, ve kterém je dalším účastníkem správního řízení uchazeč, kterému byla přidělena veřejná zakázka, a to společnost

- **ŠIMEK 96, spol. s r. o., IČ 64509931, se sídlem Herčíkova 17, 612 00 Brno,** zast. jednatelem Ing. Romanem Šimkem, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 11.6.2007 advokátem JUDr. Richardem Tománkem, se sídlem AK Hlinky 142a, 603 00 Brno,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S305/2006-801/2007/510-če ze dne 11.1.2007

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

O d ů v o d n ě n í

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

1. Statutární město Brno, městská část Brno – střed, zast. starostou Mgr. Michalem Bortelem, se sídlem Dominikánská ulice 2, 601 69 Brno, v zadávacím i ve správním řízení zast. na základě mandátní smlouvy č. 1318/2006 ze dne 5.6.2006 společností RTS, a. s., IČ 25533843, se sídlem Lazaretní 13, 615 00 Brno, zast. Ing. Petrem Vrbkou (dále jen „zadavatel"), uveřejnil dne 31.5.2006 na centrální adrese, s opravou uveřejněnou tamtéž dne 16.6.2006 pod ev. č. 50022400, a v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2006/S104-111558 dne 2.6.2006, s opravou uveřejněnou tamtéž dne 17.6.2006 pod ev. č. 2006/S114-121026, oznámení užšího zadávacího řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon"), na zadání nadlimitní veřejné zakázky „Údržba čistoty a zimní údržba místních komunikací správního území MČ Brno – střed, lokalita Veveří – Trnitá". Zadavatel jako jediné kritérium pro zadání veřejné zakázky stanovil nejnižší nabídkovou cenu a současně omezil počet zájemců na 5, přičemž jako kritérium pro omezení počtu stanovil los.

2. Zadavatel obdržel 16 žádostí o účast v užším řízení a všichni zájemci dle názoru zadavatele prokázali splnění kvalifikačních podmínek. Zadavatel následně za přítomnosti notáře provedl omezení počtu zájemců losem a pět takto vylosovaných zájemců vyzval k podání nabídek, a to zájemce ŠIMEK 96, spol. s r. o., IČ 64509931, se sídlem Herčíkova 17, 612 00 Brno, zast. jednatelem Ing. Romanem Šimkem, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 11.6.2007 advokátem JUDr. Richardem Tománkem, se sídlem AK Hlinky 142a, 603 00 Brno (dále jen „Šimek 96"), zájemce FALCON, spol. s r. o., se sídlem Komenského 558, 697 01 Kyjov (dále jen „Falcon"), zájemce PARK, v. o. s., se sídlem Košínova 103, 612 00 Brno (dále jen „Park"), zájemce INGE Brno, s. r. o., se sídlem Hviezdoslavova 41, 627 00 Brno a zájemce Ing. Miroslav Krčál, se sídlem Prusinovského 816, 664 42 Modřice. Účast zbývajících zájemců zadavatel odmítl rozhodnutím ze dne 16.8.2006. Rozhodnutím ze dne 14.9.2006 pak zadavatel rozhodl o přidělení veřejné zakázky uchazeči Šimek 96. Proti úkonům zadavatele podala společnost .A.S.A., spol. s r. o., IČ 45809712, se sídlem Ďáblická 791/89, 182 00 Praha, zast. jednateli Ing. Petrem Vokřálem a Ing. Arnoštem Kastnerem, právně zast. na základě plné moci ze dne 11.1.2006 advokátem JUDr. Tomášem Vrchlabským, se sídlem AK Balbínova 30, 120 00 Praha (dále jen „navrhovatel"), námitky a následně dne 20.10.2006 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, navrhovatele a uchazeče Šimek 96. Rozhodnutím ze dne 25.10.2006 č. j. S305/2006-18943/2006/510-če uložil Úřad zadavateli jako předběžné opatření zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení.

Napadené rozhodnutí

3. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 11.1.2007 rozhodnutí č. j. S305/2006-801/2007/510-če, kterým správní řízení zastavil, neboť v postupu zadavatele neshledal porušení zákona.

Postup zadavatele při hodnocení kvalifikace

4. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad k postupu zadavatele při hodnocení kvalifikace zájemců uvedl, že zadavatel jako způsob prokazování kvalifikace stanovil pod bodem 9.3 – Kritéria a doklady pro prokazování technické způsobilosti „§ 33 odst. 1 písm. c) bod 2 seznam obdobných služeb v posledních 3 letech s limitem pro splnění kvalifikace nejméně 1 zakázka na zimní údržbě komunikací v rozsahu minimálně 48 km". Z protokolu o výběru zájemců při omezení jejich počtu v užším řízení ze dne 10.8.2006 je dle Úřadu zřejmé, že všichni zájemci kritéria kvalifikace stanovené v zadávacích podmínkách splnili. Úřad srovnal obsah „referencí", které předložili ve svých nabídkách ti zájemci, jejichž způsobilost napadal navrhovatel ve svém návrhu, tedy mimo jiné i uchazeči Šimek 96, Falcon a Park, s požadavkem zadavatele na technickou způsobilost dodavatele podle předmětného bodu 9.3 oznámení zadávacího řízení a konstatoval, že dotčení zájemci požadavky zadavatele na prokázání kvalifikace splnili. K otázce, zda-li je zadavatel povinen zkoumat nejen „formální správnost předložených listin, ale posuzovat z hlediska věcné správnosti i její obsah", resp. ověřovat skutečnosti uváděné zájemci v žádosti o účast, Úřad uvádí, že zákon nijak nevylučuje, aby zadavatel v případě pochybností mohl kvalifikaci dodavatele ověřit, neboť jak jinak by mohl zadavatel prokázat uchazeči nesplnění kvalifikace ve smyslu § 38 odst. 1 a 2 zákona. Současně však Úřad konstatuje, že pokud zadavatel na základě vyhodnocení předložených informací nemá pochybnosti o kvalifikaci dodavatele, není ze zákona obecně povinen tyto údaje ověřovat.

Postup zadavatele při losování

5. Při posuzování regulérnosti omezení počtu zájemců losem, kterou navrhovatel rovněž ve svém návrhu napadal, vycházel Úřad z několika skutečností, a to že losování provádělo více osob pověřených zadavatelem, přičemž každá z nich učinila před losováním čestné prohlášení o své nepodjatosti ve vztahu k předmětné veřejné zakázce, dále že průběh losování je zdokumentován v „protokolu o výběru zájemců při omezení jejich počtu v užším řízení" ze dne 14.8.2006, přičemž losování proběhlo za účasti notáře a vlastní akt losování je tak osvědčen příslušným notářským zápisem, z protokolu ani z notářského zápisu nevyplývají žádné skutečnosti, které by zpochybňovaly jeho transparentnost, a konečně Úřad vycházel z toho, že notář přítomný losování při výslechu jako předvolaný svědek Úřadu sdělil, že „pokud by došlo k okolnostem, že by se někdo z losujících osob zrakem poznatelným způsobem pokusil manipulovat nebo jiným způsobem ovlivnit losování, svědek by na to upozornil a tato skutečnost by byla zaznamenána i v notářském zápise". Po vyhodnocení uvedených skutečností Úřad

dospěl k závěru, že předmětné losování bylo v šetřeném případě provedeno transparentním způsobem. K výsledkům matematicko-statistické analýzy, kterou předložil navrhovatel, pak Úřad uvádí, že výsledek losování (posuzováno v komplexu s dalšími třemi podobnými veřejnými zakázkami, které zadavatel zadával souběžně s šetřenou veřejnou zakázkou) je možný, třebaže málo pravděpodobný. Úřad proto nemohl přijmout závěry této analýzy jako důkaz o nekorektnosti předmětného losování.

II. Námitky rozkladu

6. Proti předmětnému rozhodnutí Úřadu podal navrhovatel dne 31.1.2007 rozklad, přičemž z velké části v něm opakuje argumentaci dříve uplatněnou v rámci námitek a návrhu. Navrhovatel nesouhlasí se závěrem napadeného rozhodnutí, že mimo jiné i společnosti Šimek 96, Falcon a Park splnily předmětné kvalifikační kritérium technické způsobilosti. Především pak navrhovatel označuje za nepřijatelný názor Úřadu, že když zadavatel nemá o dokumentaci k dosavadním zakázkám pochybnost, není povinen ze zákona obecně tyto údaje ověřovat. Takovým názorem Úřad podle navrhovatele umožňuje zadavateli, aby věcnou správnost dokumentace, kterou uchazeč prokazuje svou kvalifikaci, ač reálně neodpovídá skutečnosti, přijal s tím, že o ní nemá pochybnosti a tím umožnil, aby se zadávacího řízení zúčastnil účastník, který vůbec kvalifikační kritéria nesplňuje. Navrhovatel má za to, že pokud zadavatel stanovil další kvalifikační kritérium (kromě obecných požadavků), pak takové kritérium postavil na úroveň základních kvalifikačních předpokladů a tedy musí splnění takového předpokladu podrobit rozumnému kritickému zhodnocení. Zadavatel nemůže pouze po formální stránce posoudit obsah listiny, kterou je dokazováno splnění kvalifikačního kritéria, ačkoliv z jeho obsahu je na první pohled nepochybné, že potvrzované skutečnosti nemohou být splněny, to vše zejména při zadavatelově zkušenosti v dané oblasti. Zadavatel tak dle názoru navrhovatele absurdně požaduje splnění poměrně náročného kritéria, avšak pravdivost a správnost dokumentů, které potvrzují splnění tohoto kritéria, nehodlá zkoumat, když o ní nemá pochybnosti. Postup zadavatele tak podle navrhovatele popírá základní zásadu zadávacího řízení, spočívající v poctivosti při nakládání s veřejnými prostředky, neboť poctiví uchazeči, kteří nesplňují požadavky na kvalifikaci, přihlášku nepodají, a naproti tomu uchazeči, kteří si obstarají nějaké potvrzení, jehož obsah se nezakládá na objektivních skutečnostech, se stanou řádnými uchazeči jenom proto, že zadavatel prohlásí, že o jejich dokumentaci nemá pochybnosti.

Námitky ohledně pravdivosti referencí

7. Navrhovatel následně opakuje konkrétní skutečnosti, které jej vedou k pochybnostem ohledně splnění předmětného kvalifikačního kritéria některými uchazeči, přičemž v této souvislosti vychází především ze své odborné znalosti předmětného trhu a dále ze skutečností veřejně dostupných, např. na internetu.

8. V případě uchazeče Šimek 96 navrhovatel konstatuje, že tento se zabývá především správou nemovitostí a nikdy nezajišťoval údržbu komunikací jako celku, a to ani zimní ani letní. K uchazečem Šimek 96 předložené referenci od Vojenské ubytovací a stavební správy Brno (dále jen „VUSS Brno"), navrhovatel uvádí, že totožnou činnost pro ni provádí od dubna 2004, přičemž tato spočívá v údržbě veškerých ploch komunikací v areálech, kterými VUSS Brno disponuje, přičemž jejich výměra není srovnatelná s 48 km komunikací. Navrhovatel uvádí, že požadovaný rozsah reference je možné získat pouze při údržbě komunikací ve městě s asi 50 tis. obyvateli. Této skutečnosti si

musel být zadavatel při svých zkušenostech se správou městských komunikací vědom a měl si tak být vědom nereálnosti předložené reference. Tyto obecné závěry pak dle názoru navrhovatele platí i u dalších uchazečů.

9. K uchazeči Falcon navrhovatel uvádí, že tento je především provozovatelem autosalonu a pokud jde o předmět veřejné zakázky, působí pouze v Kyjově, kde vzhledem k velikosti města nemůže dosáhnout zadavatelem požadovaných 48 km zimní údržby komunikací. Uchazeč předložil referenci od společnosti AVE CZ odpadové hospodářství, s. r. o., která je dalším z úspěšných uchazečů v jednom ze čtyř současně probíhajících zadávacích řízení a jejíž potvrzení je dle názoru navrhovatele naprosto nekonkrétní, když zde není uvedeno v jakých místech či městech uchazeč Falcon předmětnou činnost na 52,8 km vozovek prováděl.

10. K uchazeči Park navrhovatel uvádí, že nikdy neprováděl činnost zimní údržby vozovek pro nějakou městskou část v Brně ani pro nějaké větší město v okolí. Reference společnosti Brněnské vodovody a kanalizace na provádění celoroční údržby v celkovém rozsahu 52 km pak dle tvrzení navrhovatele neodpovídá skutečnosti, neboť dceřiná organizace navrhovatele prováděla totožnou činnost pro téhož objednatele v letech 2004 až 2006 a jednalo se cca o 5,1 km.

11. Navrhovatel zpochybňuje reference předložené i jinými zájemci, kteří se účastnili losování, avšak nebyli vylosováni, a to konkrétně reference zájemce Technické služby Hustopeče, s. r. o. a zájemce PET group a. s.

Neurčitost zadání veřejné zakázky

12. Zadavatel dle názoru navrhovatele vymezil svůj požadavek na prokázání technické způsobilosti neurčitě, a to použitím termínu „komunikace", neboť někteří uchazeči vůbec nemají zakázky na běžné komunikace, které zadavatel podle navrhovatele předpokládal, tedy na městské ulice sestávající se z vozovky a chodníku po obou stranách vozovky. Navrhovatel dále cituje ze zákona o pozemních komunikacích, který vymezuje čtyři druhy komunikací a pro každou z nich platí jiné technické normy na jejich šíři a vybavení. Jestliže tedy zadavatel neurčil, jakého druhu komunikací se potvrzení o provádění zimní údržby v délce 48 km má týkat, umožnil, aby uchazeči předkládali i potvrzení o údržbě účelových komunikací a ploch, tedy komunikací nesouměřitelných s technikou a potřebami údržby místních veřejných komunikací. Zadavatel se pak vyhýbá potížím spojeným s touto neurčitostí tím, že nepřezkoumává správnost dokladů předložených uchazeči a Úřad mu toto v napadeném rozhodnutí toleruje, ačkoliv sám měl z úřední povinnosti otázku určitosti přezkoumat, když je to v dosavadní rozhodovací praxi Úřadu naprosto běžné.

Námitky ohledně porušení korektnosti losování

13. Navrhovatel napadá způsob, kterým si Úřad opatřil důkazy o průběhu předmětného losování, tedy především svědeckou výpověď pověřeného zaměstnance notářky Liběny Pernicové, notářského kandidáta Mgr. Andrey Hrabánkové, neboť v správním spise není uvedeno, že by byla notářka zproštěna mlčenlivosti ve smyslu § 56 odst. 1 zákona č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „notářský řád"). Tento důkaz tak byl dle názoru navrhovatele získán v rozporu s právními předpisy. Současně navrhovatel podotýká, že notářka vypověděla pouze to,

že si na postavení poháru v průběhu losování nepamatuje, a tedy nebyla odstraněna pochybnost o tom, že losování proběhlo skutečně bez vad. Nelze tedy dle navrhovatele dospět k závěru, že losování je v pořádku. Navrhovatel dále zpochybňuje prohlášení o nepodjatosti osob, které prováděly losování a označuje je za formální. Všechny tyto okolnosti ve spojení se závěry matematicko-statistické analýzy, podle kterého je existující výsledek losování možný, i když málo pravděpodobný, pak dle názoru navrhovatele znamenají, že Úřad hodnotil jednotlivé důkazy samostatně, avšak nikoliv v jejich souhrnu, což je v rozporu se zásadami hodnocení důkazů v rámci správního řízení. Podle navrhovatele je možný jediný závěr, a to že losování trpělo neobjektivitou a vadami, které vedly k nekorektnímu výsledku. Zadavatel tedy nedostál své povinnosti postupovat v zadávacím řízení objektivně a pro takovou vadu musí být zadávací řízení zrušeno.

Petit rozkladu

14. Navrhovatel v závěru svého rozkladu navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo zrušeno či změněno tak, že se vyhovuje v plném rozsahu jeho návrhu na přezkum úkonů zadavatele.

III. Řízení o rozkladu

Stanovisko zadavatele

15. Zadavatel se k podanému rozkladu vyjádřil dne 8.2.2007, přičemž i nadále trvá na tom, že z dokladů předložených všemi zájemci pro prokázání kvalifikace vyplývalo splnění jejich kvalifikace v rozsahu požadovaném zadavatelem a že kvalifikaci posoudil a vyhodnotil řádně. Zadavateli dále není zřejmé, v čem spatřuje navrhovatel nejasnost pojmu „komunikace“, když dle názoru zadavatele správně odvozuje jeho definici ze zákona o pozemních komunikacích. Získání důkazů v rámci správního řízení zadavateli nepřísluší posuzovat a k průběhu losování sděluje, že po prověření všech okolností výběru, po kontrole všech dokumentů a zápisů neshledal porušení zákona a jakkoliv může výsledek výběru působit „nepravděpodobně“, byl proveden objektivně a transparentně.

Zjištění nových skutečností

16. Předseda Úřadu v rámci řízení o rozkladu sp. zn. R016/2007/02 proti rozhodnutí Úřadu č. j. S306/2006-22135/2006/510-če, získal na základě vlastního dotazu vyjádření subjektů, jejichž referencemi prokazovali uchazeči Šimek 96, Park a PET Group splnění kvalifikačního předpokladu podle bodu 9.3 oznámení zadávacího řízení, tedy existence minimálně 1 zakázky za poslední tři roky na zimní údržbu v rozsahu minimálně 48 km. Úřad získal vyjádření VUSS Brno, společnosti Brněnské vodárny a kanalizace, a .s. a statutárního města Brna, městské části Brno-sever.

17. VUSS Brno ve svém vyjádření ze dne 2.5.2007 uvádí konkrétní společnosti, od kterých odebírala služby na zimní údržbu komunikací, přičemž společnost Šimek 96 mezi těmito společnostmi výslovně neuvádí. Současně však uvádí, že v zimní sezóně 2003/2004 pro ně v objektech v Brně a Mikulově prováděli tyto služby „různí dodavatelé“, a to v celkové délce udržovaných komunikací 19,6 km.

18. Společnost Brněnské vodárny a kanalizace a. s. ve svém oznámení ze dne 26.4.2007 uvádí, že „firma Park v. o. s. provádí na vodárenských objektech – vodojem Čebín, Holé hory, Žlutý kopec, úpravna vody Švařec, Stránská skála a Palacký vrch zimní údržbu vozovky a chodníků v celkové délce 5,2 km a to již od roku 1996".

19. Z vyjádření statutárního města Brna, městské části Brno-sever ze dne 4.5.2007 vyplynulo, že tato eviduje výměry udržovaných komunikací zvlášť pro silnice a zvlášť pro chodníky, což je v rozporu se základní domněnkou navrhovatele. Z předmětného vyjádření tedy nevyplynuly skutečnosti, které by pochybnosti navrhovatele o pravdivosti údajů obsažených v žádosti zájemce PET Group potvrzovaly.

20. Úřad dopisem ze dne 4.6.2007 č. j. R039/2007/02-10675/2007/310-Hr seznámil účastníky správního řízení s těmito skutečnostmi a předseda Úřadu jim usnesením č. j. R039/2007/02-10631/2007/310-Hr ze dne 4.6.2007 stanovil lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhovat důkazy, činit jiné návrhy, vyjádřit v řízení své stanovisko a vyjádřit se k podkladům řízení a k novým skutečnostem, které byly v řízení o rozkladu zjištěny.

Stanovisko uchazeče Šimek 96

21. Dne 12.6.2007 doručil uchazeč Šimek 96 Úřadu své stanovisko a uvádí, že údaje ve vyjádření VUSS Brno nejsou úplné, neboť jsou zde uváděny pouze údaje o „klasických" vozovkách, nikoliv však o dalších druzích komunikací (tj. chodníky, parkoviště, nástupiště apod.). Pro účely rozhodování v rámci správního řízení je tedy tato odpověď dle názoru uchazeče Šimek 96 nepoužitelná.

22. Předmět šetřené veřejné zakázky byl v bodě 5.5 oznámení zadávacího řízení vymezen jako „údržba čistoty a zimní údržba místních komunikačních ploch tj. vozovek, chodníků, parkovišť a ploch silniční vegetace včetně manipulace s odpadkovými koši...". Z uvedeného je dle názoru uchazeče Šimek 96 patrná definice pojmů pro tuto zakázku, tedy že zadavatel rozlišuje mezi pojmy vozovka, parkoviště (či jinými), avšak pro účely této veřejné zakázky je považuje za komunikační plochy (komunikace). Pokud je tedy v oznámení zadávacího řízení definován pojem komunikace odlišně od zákonné terminologie, je nutno použít definici zadávacího řízení a v tomto smyslu označuje uchazeč Šimek 96 argumentaci navrhovatele za bezpředmětnou. Ze skutečnosti, že zadavatel rozlišuje mezi pojmem vozovka a např. chodník uchazeč Šimek 96 dovozuje, že pokud by měl uchazeč v bodě 9.3 oznámení zadávacího řízení na mysli pouze vozovku a nikoli další typy komunikací, pak by tento pojem použil. Jelikož však použil širší pojem komunikace, může technickou způsobilost prokázat uchazeč nejen tím, že uklízel vozovku, ale i tím, že uklízel chodníky, parkoviště a plochy silniční vegetace v odpovídající délce.

23. Uchazeč Šimek 96 dále uvádí, že v roce 2003 vykonával pro VUSS Brno údržbu komunikací tak, jak jsou definovány v oznámení zadávacího řízení a jednalo se o údržbu chodníků, vnitřních komunikací v objektech a nástupiště v objektu kasáren o celkové výměře 60 tis. m^2. Jako důkaz této skutečnosti přikládá ke svému stanovisku kopie příslušných smluv o poskytování služeb ze dne 1.1.2003 a 21.1.2003. V této souvislosti uchazeč Šimek 96 uvádí, že není jeho vinou, že někteří zákazníci měří plochy na kilometry a jiní na metry čtvereční. Uchazeč v souvislosti s jím poskytovanými službami požádal o potvrzení jejich rozsahu a metodika přepočtu obhospodařovaných komunikací na kilometry není věcí uchazeče a nemůže to být ani věcí vedeného

správního řízení. Uchazeč dle svého přesvědčení nemůže být diskriminován za to, že poskytoval služby zákazníkům a ve smlouvě neměl obhospodařovanou délku komunikací uvedenou v kilometrech, nýbrž v metrech čtverečních.

24. Přílohou stanoviska uchazeče Šimek 96 je kopie Smlouvy o poskytování služeb č. 2/2003 ze dne 21.1.2003 mezi uchazečem Šimek 96 a VUSS Brno, jejímž předmětem je provádění zimní údržby veřejných komunikací (chodníků) a vnitřních komunikací ve vojenských objektech v celkovém rozsahu 58 390 m^2. Dále je přílohou jeho stanoviska kopie Smlouvy o poskytování služeb bez uvedení čísla této smlouvy ze dne 1.1.2003, jejíž celý předmět plnění se však kryje s předmětem plnění smlouvy č. 2/2003

Stanovisko zadavatele

25. Zadavatel doručil Úřadu své stanovisko k nově zjištěných skutečnostem dne 18.6.2007 a uvádí, že v rámci posuzování kvalifikace vycházel z dokumentů, předložených v žádostech. Při posuzování kvalifikace ve smyslu § 59 zákona nemá zadavatel právo ani povinnost prověřovat obsah jemu sdělených údajů. Zadavatel dále konstatuje, že veškerá dokumentace je v držení Úřadu, proto nemůže zjištěné skutečnosti konfrontovat s obsahem žádostí zájemců a tedy ponechává posouzení a rozhodnutí na Úřadu.

Vyjádření navrhovatele

26. Dle vyjádření navrhovatele, které doručil Úřadu dne 19.6.2007, potvrzují nově zjištěné skutečnosti jeho tvrzení a jím předložené důkazy, že doklady o rozsahu prováděných zakázek, předložené ostatními uchazeči, neobsahovaly údaje o skutečném rozsahu zakázek, ale údaje vykazující vyšší objemy dosud plněných zakázek, než byla skutečnost. Dotčení uchazeči tedy nepochybně nesplnili kvalifikační předpoklady. Navrhovatel proto trvá na svém původním návrhu a všech námitkách již uvedených a navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo zrušeno a změněno tak, že se v plném rozsahu vyhovuje jeho návrhu na přezkum úkonů zadavatele.

Doplnění vyjádření uchazeče Šimek 96

27. Na základě nahlížení do spisu provedeného dne 13.6.2007 doručil uchazeč Šimek 96 Úřadu dne 19.6.2007 doplnění svého vyjádření. Uvádí v něm, že VUSS Brno zjevně nechápe jako komunikaci pouze vozovky, nýbrž i další druhy komunikací a pouze výměru těchto druhů komunikací neeviduje v délkových jednotkách, nýbrž v metrech čtverečních. VUSS Brno proto musel zjevně pro účely svého vyjádření délku těchto komunikací přepočítat na kilometry a není věcí uchazeče Šimek 96 zjišťovat matematický algoritmus, který při tom VUSS Brno použil. Uchazeč Šimek 96 opětovně polemizuje s argumentací navrhovatele, který dle něj ztotožňuje pojem „komunikace" s pojmem „vozovka" či „silnice" a zdůrazňuje, že pro zadavatele byl významný zjevně celek, který měl být uklízen, a nikoliv pouze jeho dílčí část – vozovka, neboť uchazeči museli prokázat, že disponují nejenom stroji na úklid vozovek, nýbrž i stroji na úklid chodníků. Uchazeč Šimek 96 proto předpokládá, že Úřad bude pod termínem „komunikační plocha" rozumět veškeré komunikační plochy uvedené pod bodem 5.5. oznámení zadávacího řízení, a tedy bude respektovat, že prokázání technické způsobilosti jednotlivých uchazečů bylo možné i zakázkou na zimní údržbu jakékoli komunikační plochy uvedené v předmětném bodě 5.5.

Doplnění vyjádření VUSS Brno

28. Na základě výzvy Úřadu ze dne 18.6.2007 VUSS Brno dne 3.7.2007 doplnila své vyjádření ze dne 2.5.2007 a uvedla, že „zimní údržba komunikací (tj. chodníků, veřejných komunikačních a vnitřních komunikací ve vojenských objektech) byla prováděna firmou Šimek 96 s. r. o. Brno v roce 2003 v celkovém rozsahu 13,56 km. Mimo tyto komunikace byl prováděna údržba nástupiště v celkové výměře 12 604 m^2."

Stanovisko předsedy Úřadu

29. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

30. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 11.1.2007 č. j. S305/2006-801/2007/510-če konstatoval, že se zadavatel při zadání veřejné zakázky nedopustil porušení zákonné povinnosti, a správní řízení proto zastavil, nerozhodl správně a v souladu se zákonem.

IV. K námitkám rozkladu

Posouzení splnění kvalifikace

31. Navrhovatel již v rámci svých námitek a následně i návrhu a rozkladu proti napadeného rozhodnutí Úřadu zdůrazňoval své pochybnosti ohledně splnění požadavku zadavatele na prokázání technické způsobilosti, který formuloval v bodě 9.3 oznámení zadávacího řízení, tedy konkrétně prokázání jedné zakázky v posledních třech letech na zimní údržbu komunikací v rozsahu min. 48 km, některými zájemci. Navrhovatel zpochybňoval splnění tohoto požadavků u uchazečů Šimek 96, Technické služby Hustopeče s. r. o., PET group a. s., Falcon a Park, přičemž s využitím odborných znalostí trhu ať svých, a nebo svých dceřiných či sesterských společností, a dále s využitím informací, které o činnosti těchto uchazečů získal z veřejně přístupných zdrojů (internetu), uváděl konkrétní skutečnosti, které jej k jeho pochybnostem vedly.

32. Zadavatel tuto konkrétní věcnou argumentaci navrhovatele žádným způsobem nezohlednil, když v rozhodnutí o námitkách ze dne 9.10.2006 pouze bez dalšího konstatoval, že napadení zájemci ve svých žádostech o účast prokázali požadovanou technickou způsobilost. Tento svůj právní názor pak rozvádí zadavatel ve svém stanovisku k podanému návrhu ze dne 31.10.2006, když uvádí, že zákon ukládá zadavateli hodnotit kvalifikaci podle stanovených kritérií, avšak zadavatel v zákoně nenalezl svou povinnost prověřovat objektivní údaje z předložených listin, ani zadavatel nemá možnost požadovat po uchazečích vyjasnění kvalifikace. S názorem zadavatele se následně částečně ztotožnil rovněž Úřad, když v napadeném rozhodnutí konstatoval, že zadavatel není ze zákona obecně povinen ověřovat údaje o kvalifikaci jednotlivých uchazečů, pokud o nich nemá pochybnosti. Na základě tohoto právního názoru pak Úřad v postupu zadavatele při ověřování splnění kvalifikace jednotlivými zájemci nezjistil porušení zákonné povinnosti.

33. Se závěry napadeného rozhodnutí Úřadu v tomto bodě není možno se ztotožnit. Dle ustanovení § 38 odst. 1 zákona kvalifikaci nesplňuje mimo jiné uchazeč nebo zájemce, který poskytl údaje a informace o kvalifikaci včetně dokladů požadovaných zadavatelem, které jsou neúplné nebo nepravdivé. Uvedené ustanovení tedy zjevně předpokládá situaci, kdy uchazeč či zájemce předloží k prokázání kvalifikace doklady, které sice byly v rozsahu a formě stanovené zadavatelem či předepsané zákonem, avšak o kterých následně vyjde najevo, že jsou nepravdivé. Pokud zákon předpokládá takovouto situaci, pak je logické, že předpokládá a tedy připouští i takovou činnost zadavatele, kterou zadavatel případnou nepravdivost předložených údajů zjistí, a nebo ověří. Není tedy pravdivé tvrzení zadavatele, že mu zákon neumožňuje přezkoumávat správnost a pravdivost údajů, obsažených v listinách prokazujících splnění kvalifikačních předpokladů. Tento názor ostatně vyvrátil již Úřad v napadeném rozhodnutí.

34. Úřad však nesprávně zužuje možnost ověřit správnost či pravdivost údajů prokazujících splnění kvalifikace pouze na případy, kdy sám zadavatel má pochybnost o jejich pravdivosti. Tento výklad by však umožnil zadavateli i v případě, že jiní uchazeči či třetí osoby objektivním způsobem doloží nepravdivost předmětným údajů, tyto doklady bez dalšího pominout s odůvodněním, že zadavatel sám subjektivně žádné pochybnosti nepociťuje. Takový postup by pak zcela jistě odporoval zásadě transparentnosti a rovného přístupu k uchazečům, a proto jej nelze přijmout. Zadavatel je povinen k ověření pravdivosti předmětných údajů přistupovat objektivně, tedy pokud jsou mu předloženy kvalifikované a konkrétní námitky, které důvodně zpochybňují či přímo popírají pravdivost údajů o kvalifikaci některého z uchazečů a zadavatel je schopen si je adekvátním způsobem ověřit, pak nemůže tyto kvalifikované námitky bez dalšího přejít, ale je povinen takto kvalifikovaně zpochybňovanou pravdivost dokladů prokazujících splnění kvalifikace přezkoumat a ověřit, zda příslušní uchazeči či zájemci splňují kvalifikaci i ve smyslu § 38 odst. 1 zákona in fine. Pokud zájemce či uchazeč nesplňuje kvalifikaci, má zadavatel ve smyslu § 38 odst. 2 zákona povinnost jim tuto skutečnost prokázat a této své povinnosti se zadavatel nemůže zbavovat tvrzením, že necítil potřebu nesplnění kvalifikace prokazovat, když o pravdivosti předložených dokladů subjektivně neměl pochybnost.

35. V šetřeném případě navrhovatel již v rámci námitek uváděl konkrétní skutečnosti, které nasvědčovaly tomu, že údaje uvedené v referencích některých uchazečů ohledně existence zakázky na zimní údržbu komunikací v rozsahu minimálně 48 km nemohou odpovídat objektivní skutečnosti. Kvalifikovaným způsobem tedy zpochybňoval pravdivost údajů obsažených v žádostech některých zájemců. Zadavatel měl možnost pravdivost těchto námitek ověřit, a to minimálně v rozsahu, v jakém to učinil předseda Úřadu v rámci řízení o rozkladu, tedy dotazem na subjekty, které reference poskytly a u kterých s ohledem na jejich veřejnoprávní charakter (městská část statutárního města Brna v případě společnosti PET group, VUSS Brno jako organizační složka Ministerstva obrany ČR či Brněnské vodárny a kanalizace jako akciová společnost, kde většinovým vlastníkem je statutární město Brno) lze očekávat objektivní a neovlivněné sdělení. Zadavatel však tyto kvalifikované námitky navrhovatele bez dalšího zamítl, aniž by se pravdivostí dokladů dotčených uchazečů jakkoliv zabýval. Jak následně vyplynulo z řízení o rozkladu, doklady k prokázání technické způsobilosti podle bodu 9.3 oznámení zadávacího řízení, předložené uchazečem Šimek 96 a Park nebyly pravdivé (jak bude podrobně rozvedeno dále), a tedy tito uchazeči nesplnili kvalifikaci ve smyslu § 38 odst. 1 zákona. Zadavatel porušil svou povinnost dle § 39 odst. 2 zákona tyto

zájemce o účast v užším řízení odmítnout pro nesplnění kvalifikace, ale naopak jejich žádosti dále hodnotil, přičemž následně dokonce rozhodl o přidělení zakázky jednomu z nich, uchazeči Šimek 96. Tento úkon zadavatele, kdy byla veřejná zakázka přidělena někomu, kdo vůbec nesplnil kvalifikační podmínky, měl podstatný vliv na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek ve smyslu § 101 odst. 1 zákona. Úřad proto v dalším řízení uloží zadavateli jako opatření k nápravě zrušit rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky a rozhodnutí o omezení počtu zájemců a následně nově posoudit splnění kvalifikačních předpokladů dotčenými zájemci.

Nepravdivé údaje v žádostech uchazečů Šimek 96 a Park

36. Předseda Úřadu v rámci řízení o rozkladu sp. zn. R016/2007/02 přistoupil k ověření skutečností obsažených v žádostech o účast v užším řízení uchazečů Park, Šimek 96 a PET group, jejichž pravdivost zpochybňoval navrhovatel ve svých podáních včetně rozkladu. Ve vztahu k uchazeči PET group z vyjádření Statutárního města Brna, městské části Brno-sever ze dne 4.2.2007 nevyplynuly skutečnosti, které by potvrzovaly navrhovatelem namítané skutečnosti.

37. Ve vztahu k uchazeči Park předseda Úřadu zjistil z vyjádření společnosti Brněnské vodárny a kanalizace ze dne 26.4.2007, že rozsah zimní údržby komunikací prováděný uchazečem Park pro tohoto objednatele byl pouze 5,2 km, a nikoliv 52 km, jak uváděl tento uchazeč ve své žádosti o účast. Údaje obsažené v žádosti tohoto uchazeče tak byly zjevně nepravdivé, jak namítal navrhovatel, a tento uchazeč měl být zadavatelem odmítnut, neboť neprokázal splnění kvalifikace.

38. Ve vztahu k uchazeči Šimek 96 předseda Úřadu zjistil z vyjádření VUSS Brno ze dne 2.5.2007 a 29.6.2007, že pro tohoto objednatele prováděl uchazeč Šimek 96 v roce 2003 zimní údržbu komunikací v celkovém rozsahu 13,56 km a údržbu nástupiště o výměře 12 604 m^2, což rovněž neodpovídá údaji obsaženému v žádosti uchazeče Šimek 96, který se prokazoval prováděním prací v rozsahu 48 km. I v této souvislosti tedy lze konstatovat, že údaje obsažené v žádosti tohoto uchazeče nebyly pravdivé a uchazeč Šimek 96 měl být odmítnut pro nesplnění kvalifikace podle § 39 odst. 2 zákona.

39. K tvrzení uchazeče Šimek 96, že není jeho věcí zjišťovat matematický algoritmus, kterým VUSS Brno převáděla plošnou výměru udržovaných ploch na délkové kilometry, pro úplnost uvádím, že zjišťovat tento algoritmus není ani úkolem Úřadu. Je však zřejmé, že pokud bylo potvrzení obsažené v žádosti uchazeče Šimek 96 vystaveno týmž subjektem jako v rámci správního řízení, tedy VUSS Brno, pak jeden subjekt zřejmě pro totožný převod hodnot používá stejný algoritmus. Úřad se nezabýval důvody a okolnostmi, které způsobily, že údaje uvedené v žádosti uchazeče Šimek 96 byly nesprávné, neboť toto není předmětem řízení o rozkladu. K argumentaci uchazeče Šimek 96, že pro splnění kvalifikace bylo možno použít zakázku na zimní údržbu chodníků a dalších komunikačních ploch, a nikoliv pouze vozovek, pak pouze uvádím, že referenční zakázka uchazeče Šimek 96 prokazatelně nesplňovala požadavek zadavatele na minimální rozsah 48 km a již z toho důvodu k ní není možno přihlížet. Je proto nadbytečné zkoumat, zda odpovídala požadavku zadavatele po stránce věcného vymezení.

Namítaná neurčitost požadavku zadavatele

40. Navrhovatel ve svém rozkladu napadá rovněž neurčitost požadavku zadavatele na prokázání technické způsobilosti zájemců doložením 1 zakázky na zimní údržbu komunikací v rozsahu 48 km, když namítá, že použitím blíže nedefinovaného termínu „komunikace" umožnil zadavatel zájemcům předkládat reference na vzájemně nesrovnatelné druhy komunikací.

41. V této souvislosti odkazuji na celé znění bodu 9.3 oznámení zadávacího řízení, podle kterého měla být tato referenční zakázka součástí seznamu dalších služeb „obdobných" jako je šetřená veřejná zakázka. Z toho lze dovodit, že referenční zakázka měla svým předmětem odpovídat šetřené veřejné zakázce. Při vymezení pojmu „komunikace" je proto nutno vycházet z definice samotného předmětu plnění šetřené veřejné zakázky a tuto aplikovat obdobně. Ve formulaci požadavku zadavatele na prokázání technické způsobilosti zájemců proto nelze shledávat neurčitost.

42. Současně lze v této souvislosti poukázat na to, že zadavatel požadoval v rámci prokazování technické způsobilosti rovněž doložení „seznamu strojního vybavení – min. 2 stroje na čištění vozovek a 2 stroje pro čištění chodníků". Úroveň technické způsobilosti uchazečů tak zadavatel formuloval ve vzájemném vztahu splnění obou těchto způsobilostních kritérií, která ve vzájemné kombinaci mají v tomto směru nepochybně objektivnější vypovídací hodnotu.

Průběh losování

43. V tomto bodě svého rozkladu navrhovatel po věcné stránce pouze opakuje svou dřívější argumentaci, přičemž vyjadřuje názor, že Úřad hodnotil jednotlivé skutečnosti osvědčující průběh losování pouze samostatně a nikoliv v jejich vzájemné souvislosti. Současně navrhovatel napadá důkaz výslechem svědka – notáře přítomného losování, jako nezákonný, neboť notář touto výpovědí dle názoru navrhovatele porušil svou zákonnou povinnost mlčenlivosti podle § 56 odst. 1 písm. d) notářského řádu.

44. Po přezkoumání důkazů, které byly v rámci správního řízení pořízeny ohledně průběhu předmětného losování, kterým bylo provedeno omezení počtu zájemců v šetřeném zadávacím řízení, a současně po přezkoumání způsobu, jakým prvostupňový orgán tyto důkazy hodnotil, konstatuji, že jsem v postupu Úřadu v tomto směru neshledal porušení zákona ani správního řádu. Úřad hodnotil všechny shromážděné důkazy v jejich vzájemné souvislosti a na základě vlastního správního uvážení dospěl k závěru, který je uveden v napadeném rozhodnutí. Přihlédl při tom především ke skutečnosti, že byly zadavatelem dodrženy veškeré náležitosti, které zadavateli v této souvislosti předepisuje zákon a zadavatel proto v této souvislosti neporušil žádnou svou zákonnou povinnost. Matematicko-statistická analýza, předložená navrhovatelem v rámci správního řízení, dokládá pouze vysokou míru nepravděpodobnosti existujícího výsledku tohoto losování, avšak nevylučuje jeho reálnost.

45. K tvrzení navrhovatele, že provedený důkaz svědeckou výpovědí byl nezákonný uvádím, že důkaz svědeckou výpovědí je jednou z možností provedení důkazu, kterou umožňuje správní řád. Výslech notáře přitom nebyl jediným podkladem, ze kterého Úřad vycházel při posouzení korektnosti průběhu omezení počtu zájemců, ale byl pouze doplňujícím ověřením, kterým Úřad reagoval na vyjádření účastníka řízení v jeho

průběhu. Svědek byl před provedením výslechu poučen ve smyslu § 55 odst. 5 správního řádu mimo jiné o důvodech, pro které nesmí být vyslýchán, a přesto poskytl svou výpověď. Úřad by překračoval svou pravomoc, pokud by posuzoval, zda notář poskytnutím své výpovědi porušil ustanovení notářského řádu. Námitka navrhovatele je tedy v tomto smyslu bezdůvodná.

V. Závěr

46. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když nesprávně posoudil postup zadavatele při kontrole splnění kvalifikace všemi zájemci o účast v užším řízení, dospěl jsem k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

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

Poučení

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

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

Obdrží:

1. RTS, a. s., se sídlem Lazaretní 13, 615 00 Brno
2. JUDr. Tomáš Vrchlabský, advokát se sídlem AK Balbínova 30, 120 00 Praha 2
3. JUDr. Richard Tománek, advokát se sídlem AK Hlinky 142a, 603 00 Brno
4. spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce