

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ



UOHSX001FMP3

Č. j.: ÚOHS-S212/2009/VZ-13550/2009/510/MCh

V Brně dne 8. února 2010

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 31. 7. 2009 na návrh ze dne 29. 7. 2009, jehož účastníkem jsou

- zadavatel – město Znojmo, se sídlem Obrokova 10/12, 669 22 Znojmo, IČ 00293881, zastoupené Ing. Petrem Nezvedou, starostou,
- navrhovatel – ACTIV s. r. o., se sídlem Chodská 614, 272 01 Kladno, IČ 61675199, za niž jedná Ing. Petr Odrobina, jednatel, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 18. 8. 2009, JUDr. Petrou Buzkovou, advokátkou ve společnosti Vyroubal Krajhanzl Školout, advokátní kancelář, s. r. o., se sídlem Na Příkopě 859/22, 110 00 Praha 1,
- vybraný uchazeč – Versia Holding GmbH Himberg, Hans-Hruschka-Gasse 9, PSČ 2325 Rakouská republika, podnikající v ČR prostřednictvím organizační složky s označením Versia Holding GmbH – organizační složka, se sídlem Líšeňská 2755/35, 636 00 Brno, IČ 28269675, zastoupené Ing. Martinem Itterheimem, vedoucím organizační složky,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Vybudování a provoz parkovacího systému na území města Znojma“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod ev. č. 60029743 dne 3. 4. 2009, opraveno dne 13. 5. 2009 a v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2009/S67–096736 dne 7. 4. 2009, opraveno dne 15. 5. 2009, **rozhodl** takto:

I.

Zadavatel – město Znojmo – nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený v § 40 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že provedl úpravy v uveřejněném oznámení o zakázce, aniž by přiměřeně prodloužil

lhůtu pro podání nabídek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 citovaného zákona o veřejných zakázkách **ruší zadání veřejné zakázky** „Vybudování a provoz parkovacího systému na území města Znojma“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod ev. č. 6009743 dne 3. 4. 2009, opraveno dne 13. 5. 2009 a v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2009/S67–096736 dne 7. 4. 2009, opraveno dne 15. 5. 2009.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – město Znojmo – **ukládá uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč** (třicet tisíc korun českých). Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2120950001.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jako orgán příslušný dle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel návrh na přezkoumání úkonů zadavatele – město Znojmo, se sídlem Obrokova 10/12, 669 22 Znojmo, IČ 00293881, zastoupené Ing. Petrem Nezvedou, starostou (dále jen „zadavatel“), při zadávání veřejné zakázky „Vybudování a provoz parkovacího systému na území města Znojma“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod ev. č. 60029743 dne 3. 4. 2009, opraveno dne 13. 5. 2009 a v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2009/S67–096736 dne 7. 4. 2009, opraveno dne 15. 5. 2009 (dále jen „veřejná zakázka“).

Zadavatel v zadávacích podmínkách požadoval v souladu s podmínkami definovanými v oznámení o zahájení zadávacího řízení mimo jiné prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 odst. 1 písm. c) zákona doložením údaje o celkovém obratu dodavatele zjištěného podle zvláštních právních předpisů za poslední 3 účetní období; limit (minimální úroveň) pro splnění tohoto kvalifikačního předpokladu zadavatel stanovil na 50 mil. Kč/rok bez DPH pro celkový dosažený obrat za poslední 3 účetní období.

Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 26. 5. 2009 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel 2 nabídky. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 16. 6. 2009 vyplývá, že hodnotící komise vyřadila z dalšího hodnocení nabídku uchazeče ACTIV s. r. o. z důvodu neprokázání splnění minimální úrovně ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů stanoveným způsobem, a že po provedeném hodnocení se v prvním pořadí umístila nabídka uchazeče Versia Holding GmbH Himberg, Hans-Hruschka-Gasse 9, PSČ 2325 Rakouská republika, podnikající v ČR prostřednictvím organizační složky

s označením Versia Holding GmbH – organizační složka, se sídlem Líšeňská 2755/35, 636 00 Brno, IČ 28269675, zastoupené Ing. Martinem Itterheimem, vedoucím organizační složky (dále jen „vybraný uchazeč“). Zadavatel dne 18. 6. 2009 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky.

Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení ze dne 18. 6. 2009, které uchazeč ACTIV s. r. o., se sídlem Chodská 614, 272 01 Kladno, IČ 61675199, za niž jedná Ing. Petr Odrobina, jednatel, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 18. 8. 2009, JUDr. Petrou Buzkovou, advokátkou ve společnosti Vyroubal Krajhanzl Školout, advokátní kancelář, s. r. o., se sídlem Na Příkopě 859/22, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“), obdržel dne 25. 6. 2009, podal navrhovatel námitky ze dne 7. 7. 2009, které zadavatel obdržel dne 8. 7. 2009, a kterým po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl rozhodnutím ze dne 16. 7. 2009, které navrhovatel obdržel dne 21. 7. 2009.

Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 29. 7. 2009 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

Úřad obdržel návrh dne 31. 7. 2009 a tímto dnem bylo podle zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel návrh téhož dne.

V návrhu navrhovatel uvádí, že splnění ekonomických kvalifikačních předpokladů prokazoval ve své nabídce ve svazku č. 3, strana 9 formuláře pro prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů – výkaz obratu – z nichž vyplývá, že celkový obrat uchazeče v roce 2006 činil 48 668 467,-Kč bez DPH, v roce 2007 činil 60 435 781,-Kč bez DPH a v roce 2008 činil 72 639 715,-Kč bez DPH. V průměru tedy celkový obrat uchazeče činil za poslední 3 účetní období 60 581 321,-Kč/rok bez DPH. Z obsahu rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení vyplývá, že důvodem vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení je dosažení celkového obratu v prvním sledovaném účetním období ve výši 48,6 mil. Kč bez DPH, a tím nesplnění minimální úrovně ekonomických kvalifikačních předpokladů vymezené zadavatelem, tj. nejméně 50 mil. Kč bez DPH pro dosažený celkový obrat v každém ze tří předchozích období. Navrhovatel se však domnívá, že z definice limitu pro splnění ekonomických kvalifikačních předpokladů tak, jak byla stanovena v zadávací dokumentaci, tedy že by celkový dosažený obrat uchazeče měl činit nejméně 50 mil. Kč/rok bez DPH pro celkový dosažený obrat za poslední 3 účetní období, v žádném případě nevyplývá, že by celkový dosažený obrat uchazeče měl činit nejméně 50 mil. Kč bez DPH v každém z posledních 3 účetních období. Dle názoru navrhovatele nelze uvedenou definici vykládat jinak, než že se jedná o průměrný roční obrat z celkového obratu dosaženého za poslední 3 účetní období. Navrhovatel je přesvědčen, že doložením dosažení průměrného ročního obratu nejméně 50 mil. Kč bez DPH v letech 2006, 2007 a 2008 splnil požadavky zadavatele na splnění ekonomických kvalifikačních předpokladů. V daném případě došlo k různé interpretaci limitu ekonomických kvalifikačních předpokladů ze strany zadavatele a ze strany navrhovatele. V této souvislosti navrhovatel poukázal na rozhodnutí Úřadu čj. S291/2006 ze dne 2. 3. 2007. Navrhovatel má za to, že zadavatel jej vyloučil z účasti v zadávacím řízení neoprávněně v rozporu s § 60 zákona, jelikož nabídka navrhovatele byla podána v souladu se zadávacími podmínkami, přičemž tento úkon zadavatele mohl ovlivnit pořadí úspěšnosti nabídek. Vyloučením z účasti v zadávacím řízení tak zadavatel znemožnil navrhovateli dále se ucházet

o získání předmětné veřejné zakázky, ačkoliv navrhovatel na jejím získání měl a má i nadále zájem, a tak zkrátil navrhovatele na jeho právech stanovených zákonem o veřejných zakázkách. Zadávacího řízení se kromě navrhovatele účastnil pouze jediný další uchazeč a navrhovatel se domnívá, že jeho vyloučením z účasti v zadávacím řízení bylo ovlivněno stanovení pořadí nabídek, neboť nebylo možné porovnávat nabídku navrhovatele s nabídkou dalšího uchazeče. V důsledku nepřesného vymezení kvalifikačních předpokladů ze strany zadavatele a následného vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení vznikla navrhovateli škoda představující náklady vynaložené na získání zadávací dokumentace a náklady na vypracování nabídky. Kdyby zadavatel vyznačil kvalifikační předpoklady jasně a jednoznačně, byl by si navrhovatel již od uveřejnění oznámení o veřejné zakázce vědom, že nespĺňuje ekonomické kvalifikační předpoklady a nevynakládal by prostředky na zpracování své nabídky. Z uvedených důvodů navrhovatel navrhuje Úřadu zrušení rozhodnutí zadavatele ze dne 18. 6. 2009 o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, a taktéž zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nevhodnější nabídky.

Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel zřejmě porušil zákaz diskriminace stanovený v § 6 zákona, a to změnou ekonomických kvalifikačních předpokladů na základě žádosti navrhovatele o poskytnutí dodatečných informací, když zadavatel dále nepožadoval prokázání obratu uchazeče dosaženého za stavební práce za poslední 3 účetní období. Navrhovatel odkazuje na rozhodovací praxi Nejvyššího správního soudu, dle které nemůže být postupem podle § 49 zákona měněna zadávací dokumentace. Porušení zákazu diskriminace navrhovatel spatřuje v případě zmírnění požadavků na splnění ekonomických kvalifikačních předpokladů ve vyloučení, popřípadě znevýhodnění těch uchazečů, kteří nespĺňovali původní „přísnější“ kvalifikační předpoklady uvedené v oznámení o veřejné zakázce, ale kteří by vyhovovali novým „mírnějším“ kvalifikačním předpokladům. Případní zájemci o veřejnou zakázku by se nemuseli o změně zadávací dokumentace vůbec dozvědět, přičemž změna zadávací dokumentace byla zveřejněna 14. 5. 2009, čímž byla podstatně zkrácena lhůta pro uchazeče, kteří by spĺňovali změněné kvalifikační předpoklady a měli by zájem na získání předmětné veřejné zakázky.

Navrhovatel dále ve svém návrhu vytýká zadavateli porušení zákonné úpravy při volbě formy zadávacího řízení pro výběr nevhodnější nabídky pro realizaci veřejné zakázky. Dle názoru navrhovatele předmět veřejné zakázky spadá do kategorie vztahů subjektů veřejně-soukromých partnerství, tzv. Public Private Partnership. Navrhovatel se domnívá, že předmět smlouvy, která má být uzavřena s vybraným uchazečem, odpovídá definici koncesní smlouvy stanovené v § 16 odst. 1, 2 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), v platném znění (dále jen „koncesní zákon“). Zadavatel měl v souladu s § 1 odst. 1 koncesního zákona postupovat při zadávání předmětné veřejné zakázky dle koncesního zákona a místo řízení o veřejné zakázce zahájit koncesní řízení. S ohledem na uvedené navrhovatel požaduje, aby Úřad posoudil, zda v daném případě zadavatel porušil zákon o veřejných zakázkách či koncesní zákon.

Dnem 31. 7. 2009, kdy Úřad návrh obdržel, bylo podle § 113 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele.

Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- navrhovatel,
- vybraný uchazeč.

Dne 11. 8. 2009 obdržel Úřad od zadavatele dokumentaci k šetřené veřejné zakázce včetně stanoviska, ve kterém uvádí, že námitka navrhovatele, že zadavatel poskytnutím dodatečných informací k zadávací dokumentaci změnil obsah zadávací dokumentace, je irelevantní. Zadavatel u ekonomického a finančního předpokladu upřesnil, o jaký druh obratu se jedná – původní požadavek formulovaný jako „obrat za stavební práce“ nahradil „celkovým obratem“, tedy hodnotou, která je pro dodavatele lépe dosažitelná, jelikož zahrnuje obrat ze všech činností dodavatele. V případě akceptace názoru navrhovatele by pak bylo téměř vyloučeno jakékoliv dodatečné vyjasnění zadávací dokumentace. Rovněž argumentace navrhovatele, že v případě účasti některého jiného dodavatele, který by vyhověl požadavku zadavatele na celkový obrat a dodatečně se přihlásil do zadávacího řízení a měl tak kratší lhůtu na podání nabídek, je účelová. K takové situaci v průběhu zadávacího řízení nedošlo a pokud by došlo, měl zadavatel dostatek zákonných prostředků jak prodloužit lhůtu pro podání nabídek tak, aby všichni zájemci měli rovné podmínky.

K požadavku na prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů zadavatel ve svém stanovisku uvedl, že popis požadavku odpovídá standardnímu vymezení kvalifikace a z žádného údaje zadávací dokumentace nelze vyvodit, že se jedná o požadavek na průměrnou hodnotu.

K otázce provedení zadávacího řízení podle koncesního zákona navrhovatel uvedl, že po přezkoumání svého postupu a charakteru zadávané zakázky připouští, že některé části veřejné zakázky mají znaky koncese. Jelikož koncesní zákon využívá ustanovení zákona o veřejných zakázkách, jde až na výjimky o shodný postup směřující k výběru nejvhodnější nabídky. Použití zákona o veřejných zakázkách jako řídicí normy pro postup zadavatele při výběru nejvhodnější nabídky nemůže být dle zadavatele porušením zákona.

Zahájení správního řízení Úřad oznámil účastníkům řízení dopisem č.j. ÚOHS-S212/2009/VZ-10351/2009/510/MCh ze dne 19. 8. 2009.

Rozhodnutím č.j. ÚOHS-S212/2009/VZ-10659/2009/510/MCh ze dne 19. 8. 2009 Úřad zadavateli uložil jako předběžné opatření zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

Usnesením č.j. ÚOHS-S212/009/VZ-10350/2009/510/MCh ze dne 19. 8. 2009 Úřad stanovil účastníkům správního řízení lhůtu, ve které jsou oprávněni se v řízení vyjádřit a zadavateli stanovil lhůtu k provedení úkonu – doložení koncesního projektu vypracovaného podle § 21 koncesního zákona, pokud jej zadavatel vypracoval. Na žádost navrhovatele byla lhůta, ve které jsou účastníci správního řízení oprávněni se v řízení vyjádřit, usnesením č.j. ÚOHS-S212/009/VZ-11369/2009/510/MCh ze dne 3. 9. 2009 prodloužena.

Stanovisko zadavatele Úřad obdržel dne 27. 8. 2009. Zadavatel zde sděluje, že koncesní projekt nemůže předložit, neboť nebyl zpracován. Vybudování a provozování navrženého parkovacího systému (bez výstavby parkovacích domů) je veřejnou zakázkou na služby ve smyslu zákona o veřejných zakázkách. Skutečnost, že se jedná o veřejnou zakázku dle zadavatele vyplývá ze sdělení Úřadu o vyřízení podnětu ze dne 5. 7. 2008, č.j. P204/2008/VZ-08682/2008/530/Va.

K problematice vymezení ekonomického kvalifikačního předpokladu zadavatel mimo jiné uvedl, že pokud by skutečně měla nějaká předpokládaná hodnota představovat aritmetický průměr všech ročních hodnot celkového obratu za tříleté období, muselo by být výslovně stanoveno, že se jedná o celkový průměrný obrat, což se však nestalo. Zadavatel

výslovně stanovil jako ekonomický kvalifikační předpoklad celkový roční obrat, nikoli celkový průměrný roční obrat.

Dle názoru zadavatele upřesněním kvalifikačních předpokladů, tj. že zadavatel nebude nadále požadovat uvedení zvláštního údaje o obratu uchazeče za stavební práce, ve skutečnosti nebyly nijak modifikovány ekonomické kvalifikační předpoklady. Pouhým uvedením nebo neuvedením určitého údaje o obratu za stavební práce nejsou dotčeny kvalifikační ekonomické předpoklady, které zůstávají neměnné. Napadený ekonomický kvalifikační předpoklad zůstal shodný, neměnný. Samotná skutečnost, že údaj o obratu uchazeče za stavební práce nebyl potom vyžadován, nemohla nikoho ze soutěže ani vyloučit ani někoho jakkoli zvýhodnit. Tímto úkonem nebylo žádnému uchazeči ani znemožněno ani ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku.

K zahájení správního řízení se vyjádřil vybraný uchazeč dopisem ze dne 26. 8. 2009. Vybraný uchazeč ve svém stanovisku uvádí, že navrhovatel se ve svém výkladu stanoveného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu mýlí a vyložil jej zcela nesprávně. Zadavatelem zvolená formulace doslovně odpovídá formulaci uvedené v § 55 odst. 1 písm. c) zákona. Ani prostým jazykovým výkladem nelze dospět k interpretaci zadavatelem stanoveného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu, k němuž dospěl navrhovatel. Podle vybraného uchazeče výraz „50 mil. Kč/rok“ je nutno vykládat tak, že tato výše obratu musí být dosažena za každý jeden kalendářní rok. Navíc v sousloví „celkový dosažený obrat 50 mil. Kč/rok za poslední 3 účetní období“ se nikde neobjevuje výraz „průměrný“ nebo jiný pojem totožného nebo obdobného slovního významu. Pokud nebyl navrhovateli zcela zřejmý obsah ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu, mohl se v průběhu zadávacího řízení domáhat jeho objasnění, což však neučinil.

Ve věci změny zadávacích podmínek vybraný uchazeč konstatoval, že opravným oznámením, které bylo zveřejněno dne 14. 5. 2009, nedošlo ke změně té části formulace minimálního ekonomického a kvalifikačního předpokladu, které se návrh týká. Vybraný uchazeč se domnívá, že zadavatel jednal v průběhu celého zadávacího řízení v souladu se zákonem

K otázce zadání veřejné zakázky formou otevřeného řízení vybraný uchazeč uvedl, že zadavatel zvolil tuto formu řízení poté, co jej Úřad svým sdělením čj. P204/2008/VZ-08682/2008/530/Va ze dne 7. 5. 2008 informoval o tom, že předmětnou veřejnou zakázku není možné zadat v rámci jednacího řízení bez uveřejnění. Dále je vybranému uchazeči známo, že zadavatel oznámil Úřadu svůj záměr zadat předmětnou veřejnou zakázku formou otevřeného řízení a ten na toto oznámení nereagoval. Podle vybraného uchazeče Úřad tak vyslovil souhlas s postupem navrženým zadavatelem. Úřad ani v rámci šetření podnětu čj. P204/2008 neupozornil zadavatele na skutečnost, že by veřejná zakázka měla být zadána jinou formou než právě v otevřeném řízení. Proto zadavatel postupoval tímto způsobem. Dle názoru vybraného uchazeče, kdyby Úřad v současné době posoudil věc jinak, došlo by k nespravedlivému přičítání takto zvoleného postupu k tíži zadavatele, potažmo vybraného uchazeče.

Na závěr svého stanoviska vybraný uchazeč upozorňuje, že navrhovatel je ve správním řízení zastoupen JUDr. Petrou Buzkovou, advokátkou, která je zároveň členkou rozkladové komise Úřadu. Vybraný uchazeč má za to, že tímto se právní zástupkyně navrhovatele dostává do střetu zájmů, když může být v budoucnu osobou, která se bude na rozhodování v této věci podílet.

Vybraný uchazeč své stanovisko doplnil dopisem ze dne 27. 8. 2009, ve kterém uvedl, že veškeré úkony navrhovatele učiněné v této věci jsou ryze účelové a jsou vedeny snahou vynutit si účast v předmětném zadávacím řízení, a to i přes jeho vědomí, že nesplňuje veškeré předpoklady nutné pro účast ve výběrovém řízení. Dle vybraného uchazeče veškeré úkony navrhovatele směřují ke zmaření výběru nejvhodnější nabídky.

Navrhovatel ve svém stanovisku, které Úřad obdržel dne 16. 9. 2009, uvádí, že porušení zákona ze strany zadavatele spatřuje v následujících skutečnostech:

- a) vyloučení navrhovatele v rozporu se zákonem,
- b) provedení změny požadavků na prokázání splnění kvalifikace v rozporu se zákonem,
- c) zadavatel nepostupoval v souladu s ustanoveními koncesního zákona.

Ad a)

Podle navrhovatele jazykovým výkladem přísudku „celkový“ lze dospět k jedinému závěru, a to, že zadavatel požadoval informace o obratu v součtu za všechna 3 předchozí účetní období s tím, že v každém roce měl tento obrat činit průměrně minimálně 50 mil. Kč. S ohledem na spor o interpretaci předmětného požadavku zadavatele je zřejmé, že zadavatel tento požadavek nevymezil řádně, nýbrž neurčitě, nejednoznačně a způsobem, který umožňuje dvojí výklad. Podle § 44 zákona zadavatel odpovídá za správnost a úplnost zadávací dokumentace, přičemž nepřesně formulované požadavky nelze využít k postihu uchazečů (viz rozhodnutí Úřadu čj. S098/2008-09119/2008/530/JW). Dle názoru navrhovatele není požadavek zadavatele na doložení obratu uchazečů minimálně ve výši 50 mil. Kč v každém roce v posledních třech účetních obdobích odůvodněn ani druhem, rozsahem a složitostí předmětu veřejné zakázky ve smyslu § 55 odst. 3 písm. c) zákona.

Ad b)

Navrhovatel zde odkazuje na judikaturu Nejvyššího správního soudu, který změnu zadávacích podmínek nepřipouští, a na judikaturu Evropského soudního dvora, podle níž postup, kdy zadavatel stanovil dodatečná kritéria nebo kvalifikační předpoklady účasti ve veřejné zakázce těsně před odevzdáním, případně až po odevzdání nabídky, je obecně považovaný za nedovolený. Nedostatek úplných informací o podmínkách výběrového řízení představuje nedostatek veřejnosti a může vyloučit potencionální uchazeče. Zadavatel v souvislosti se změnou oznámení o zakázce neprodloužil přiměřeně lhůtu k podání nabídek.

Ad c)

Z oznámení o zakázce a ze zadávací dokumentace vyplývá, že vybraný uchazeč nese ekonomická rizika spojená s realizací veřejné zakázky, a to rizika spojená s braním užitků vyplývajících z provozování parkovacího systému na území města Znojma, a to po dobu 30 let. Smlouva, která má být uzavřena s vybraným uchazečem naplňuje dle navrhovatele definici koncesní smlouvy, resp. minimálně jsou naplněny obě podmínky vymezené v § 1 odst. 2 písm. a) a b) koncesního zákona.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž s odkazem na zásadu procesní ekonomie upravenou v § 6 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) podle níž správní orgán postupuje tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady a aby dotčené osoby zatěžoval co nejméně, posoudil Úřad z moci úřední rovněž skutečnosti, které v podaném návrhu nebylo možno uplatnit. Po zhodnocení všech podkladů, zejména zadávací dokumentace, nabídek uchazečů, vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K námitkám navrhovatele proti podmínkám zadání veřejné zakázky

Dle § 114 odst. 2 zákona musí návrh vedle obecných náležitostí podání obsahovat přesné označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, příslušné důkazy, a čeho se navrhovatel domáhá. Součástí návrhu zasílaného Úřadu je doklad o doručení námitek zadavateli a doklad o složení kauce podle § 115 zákona.

Ustanovení § 110 odst. 1 zákona stanoví, že při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh může zadavateli podat zdůvodněné námitky kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.

Podle ustanovení § 110 odst. 3 zákona musí stěžovatel doručit námitky zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy. Do doby doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách nesmí zadavatel uzavřít smlouvu či zrušit zadávací řízení.

Námitky se podávají písemně. Podání řádných námitek je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci (viz § 110 odst. 5 zákona).

Ustanovení § 114 odst. 1 zákona stanoví, že návrh lze podat proti všem úkonům zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady stanovené v § 6 zákona a v jejichž důsledku hrozí nebo vznikla újma na právech navrhovatele, a to zejména proti

- a) zadávacím podmínkám,
- b) obsahu oznámení nebo výzvy o zahájení zadávacího řízení,
- c) vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení,
- d) rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky,
- e) použití druhu zadávacího řízení.

Jestliže návrh nemá předepsané náležitosti podle § 114 odst. 2 zákona a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplní nebo nebyl doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtách podle § 113 odst. 2 nebo 3 zákona nebo nebyl podán oprávněnou osobou nebo není-li Úřad věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu, Úřad zahájené řízení zastaví; pokud má důvodné podezření, že došlo k porušení tohoto zákona, zahájí správní řízení z moci úřední (viz § 114 odst. 3 zákona).

Z výše uvedeného vyplývá, že ustanovení § 110 odst. 1 zákona stanoví okruh dodavatelů, kteří jsou oprávněni podávat zdůvodněné námitky zadavateli. Ustanovení § 110 odst. 5 zákona dále zužuje tento okruh dodavatelů, kteří jsou oprávněni podat návrh u Úřadu, přičemž jako nutnou podmínku pro podání návrhu u Úřadu dodavatelům stanoví předchozí podání řádných námitek u zadavatele.

Úřad zjistil, že součástí předložené dokumentace jsou pouze námitky navrhovatele ze dne 7. 7. 2009, které zadavatel obdržel dne 8. 7. 2009, označené jako „Námitky proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení ze dne 18. 6. 2009“, jejichž obsahem jsou námitky navrhovatele týkající se změny ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů v oznámení o zakázce a vymezení ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu, resp. neoprávněného vyloučení navrhovatele z další účasti

v zadávacím řízení. Obsahem námitek není námitka směřující proti způsobu zadání veřejné zakázky, kterou navrhovatel namítá v rámci podaného návrhu.

Úřad uvádí, že navrhovatel se mohl o provedených úpravách v oznámení o veřejné zakázce, neprodloužení lhůty pro podání nabídek a nedodržení postupu dle koncesního zákona dozvědět nejpozději při podání nabídky, tj. 26. 5. 2009. Posledním dnem 15-ti denní lhůty pro podání námitek vůči výše uvedeným skutečnostem by byl nejpozději 10. 6. 2009. Navrhovatel k uvedenému datu žádné námityky zadavateli nedoručil.

Z výše uvedeného vyplývá, že navrhovatel ve smyslu § 110 odst. 3 zákona nepodal žádné námityky směřující proti podmínkám zadání a není tedy oprávněnou osobou pro podání návrhu v uvedených bodech, kterou by byla pouze osoba, jež by podala námityky proti podmínkám zadání řádně a včas, jak stanoví § 114 odst. 3 zákona v návaznosti na § 110 odst. 5 zákona.

V souvislosti s výše uvedeným však Úřad uvádí, že s odkazem na zásadu procesní ekonomie upravenou v § 6 správního řádu posoudil rovněž skutečnosti, které v podaném návrhu nebylo možno uplatnit, a to zejména otázku neprodloužení lhůty pro podání nabídek po provedení úprav v oznámení o zakázce.

K neprodloužení lhůty pro podání nabídek po provedení úprav v oznámení o zakázce

Podle § 40 odst. 6 zákona provede-li veřejný zadavatel úpravy v uveřejněném vyhlášení podle § 147 odst. 8, je povinen současně přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení nebo lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy.

Podle ustanovení § 147 odst. 8 zákona zadavatel může při respektování zásad uvedených v § 6 provést úpravy v uveřejněném vyhlášení; v takovém případě je povinen provedené úpravy uveřejnit podle odstavců 1 až 3 a oznámit provedení úpravy do 5 dnů ode dne jejího odeslání k uveřejnění všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu.

Podle § 39 odst. 3 písm. a) zákona lhůta pro podání nabídek nesmí být u nadlimitních veřejných zakázek

1. kratší než 52 dny v otevřeném řízení,
2. kratší než 40 dnů v užším řízení, nebo
3. kratší než 10 dnů v užším řízení, pokud z naléhavých objektivních důvodů nelze stanovit lhůtu podle bodu 2.

Z předložené dokumentace Úřad zjistil, že v řádném oznámení o zakázce zveřejněném v informačním systému o veřejných zakázkách dne 3. 4. 2009 zadavatel –

- 1) k ekonomickým a finančním kvalifikačním kritériím uvedl, že k prokázání jejich splnění požaduje dle „§ 55 odstavec 1 písmeno c) údaj o celkovém obratu dodavatele zjištěný podle zvláštních právních předpisů a obrat dosažený **za stavební práce** za poslední 3 účetní období.“
- 2) k požadavku na prokázání technické způsobilosti uvedl, že požaduje dle „**§ 56 odst. 1 písmeno a) seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací**“.

Lhůtu pro doručení žádostí o dokumentaci zadavatel v oznámení o zakázce stanovil do 14. 5. 2009 a lhůtu pro podání nabídek do 26. 5. 2009.

Dne 13. 5. 2009 zadavatel v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejnil změnu požadavku na prokázání –

- 1) ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, kdy uvedl, že k prokázání jejich splnění požaduje dle „§ 55 odstavec 1 písmeno c) údaj o celkovém **obratu dodavatele zjištěného podle zvláštních právních předpisů** za poslední 3 účetní období.“
- 2) technické způsobilosti, kdy uvedl, že požaduje „**§ 56 odst. 2 písmeno a) seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech**“.

Úřad se neztotožňuje s tvrzením zadavatele, že u ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu pouze upřesnil, o jaký druh obratu se jedná – původní požadavek formulovaný jako „obrat za stavební práce“ nahradil „celkovým obratem“, tedy hodnotou, která je pro dodavatele lépe dosažitelná, jelikož zahrnuje obrat ze všech činností dodavatele. Dle zadavatele nemohla skutečnost, že údaj o obratu uchazeče za stavební práce nebyl poté vyžadován, nikoho ze soutěže vyloučit ani jakkoli zvýhodnit. Úřad při zkoumání předložené dokumentace, kdy zjistil, že došlo i ke změně požadavku na prokázání technických kvalifikačních předpokladů, dospěl k závěru, že uveřejněné změny měly být důvodem pro prodloužení lhůty pro podání nabídek, neboť mohly mít zásadní vliv na okruh dodavatelů.

Zadavatelem provedenou změnou v oznámení o zakázce došlo de facto k ulehčení způsobu prokázání kvalifikace, ale v souvislosti s tím došlo zejména k tomu, že změnou kvalifikace se podstatně změnil okruh dodavatelů, kteří by byli schopni prokázat splnění uvedených ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů a technických kvalifikačních předpokladů.

Zadavatel dne 3. 4. 2009 uveřejnil oznámení o zakázce, jehož ekonomickou a finanční kvalifikaci a technickou kvalifikaci splňoval určitý okruh dodavatelů. Dne 13. 5. 2009 zadavatel podstatným způsobem mění své požadavky na uvedené kvalifikační předpoklady, kterou je schopen širší okruh dodavatelů. Lhůtu pro doručení žádostí o dokumentaci v oznámení o zakázce však zadavatel ponechal do 14. 5. 2009 a lhůtu pro podání nabídek do 26. 5. 2009. Tím, že zadavatel přiměřeně neprodloužil lhůtu pro podání nabídek a odpovídajícím způsobem neprodloužil lhůtu pro doručení žádostí o dokumentaci, mohl omezit okruh možných dodavatelů, kteří by mohli podat svoji nabídku. Úřad upozorňuje, že např. ti dodavatelé, kteří nesplňovali „původní“ zadavatelem požadované ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady a technické kvalifikační předpoklady, avšak kteří by je po uveřejněné změně splňovali, mohli být výrazným způsobem omezeni na svém právu podat svoji nabídku. S ohledem na základní zásady vymezené v § 6 zákona je zcela nepřijatelná a nepřiměřená lhůta 1 den pro doručení žádosti o dokumentaci i lhůta 13 kalendářních dnů pro doručení nabídek po provedení opravy, která mohla rozšířit okruh dodavatelů. Prakticky tedy dodavatel, aby mohl zareagovat na změnu zveřejněných podmínek, musel by se bezodkladně o změně v informačním systému veřejných zakázek dozvědět, bezodkladně požádat zadavatele o doručení dokumentace (a současně zaplatit úhradu za dokumentaci) a ve značně zkrácené lhůtě zpracovat a doručit nabídku. Ještě výrazně horší situace nastala pro ty dodavatele, kteří by chtěli podat svoji nabídku na základě opraveného oznámení uveřejněného v Úředním věstníku Evropské unie až dne 15. 5. 2009 (zejména se jedná o zahraniční dodavatele ze států Evropské unie). Tito dodavatelé již nemohli požádat zadavatele o poskytnutí dokumentace, jelikož lhůta pro podání žádostí o dokumentaci skončila dne 14. 5. 2009, a lhůta pro doručení nabídek se pak zkrátila na pouhých 11 kalendářních dnů.

Tím, že zadavatel provedl úpravy v uveřejněném oznámení o zakázce aniž by přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek, nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený v § 40 odst. 6 zákona, přičemž tímto postupem mohl omezit okruh dodavatelů, kteří by mohli podat svoji nabídku. Úřad proto tento postup zadavatele posoudil jako postup, který mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Ostatní skutečnosti namítané v návrhu

1. K vymezení minimální úrovně ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu dle § 55 odst. 1 písm. c) zákona

Navrhovatel ve svém návrhu uvádí, že zadavatelem zvolená formulace požadavku na prokázání splnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu, tj. požadavku na doložení „50 mil. Kč/rok bez DPH pro celkový dosažený obrat za poslední 3 účetní období“, umožňuje různou interpretaci. Podle navrhovatele lze tento požadavek zadavatele vykládat pouze tak, že se jedná o průměrný roční obrat z celkového obratu za poslední účetní období a tudíž považuje své vyloučení z účasti v zadávacím řízení zadavatelem z důvodu nesplnění předmětného kvalifikačního předpokladu za neoprávněné.

Otázku jednoznačnosti zadavatelem vymezené minimální úrovně výše uvedeného kvalifikačního předpokladu Úřad dále nezkoumal, neboť zadávací řízení bylo nutno zrušit z důvodů specifikovaných ve výroku I. rozhodnutí.

2. K nedodržení postupu dle koncesního zákona

Podle § 16 odst. 1 koncesního zákona koncesní smlouvou se koncesionář zavazuje poskytovat služby nebo i provést dílo a zadavatel se zavazuje umožnit koncesionáři brát užítky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích.

Podle § 16 odst. 2 koncesního zákona podstatnou část rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář; rozdělení ostatních rizik mezi zadavatele a koncesionáře stanoví koncesní smlouva.

Podle § 4 koncesního zákona před zahájením koncesního řízení zadavatel zjistí předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy a předpokládaný celkový příjem koncesionáře, který vyplývá z realizace koncesní smlouvy (dále jen "předpokládaný příjem koncesionáře"); způsob výpočtu předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy a předpokládaného příjmu koncesionáře stanoví prováděcí právní předpis.

V ustanoveních § 20 až § 23 koncesního zákona jsou upraveny tzv. významné koncesní smlouvy, přičemž podle této části koncesního zákona postupuje obec nad 25 000 do 100 000 obyvatel, příspěvková organizace, u níž vykonává funkci zřizovatele, nebo jiná právnická osoba podle § 2 odst. 1 písm. d), je-li tato obec ve vztahu k této osobě v postavení podle § 2 odst. 1 písm. d) bodu 2, jestliže předpokládaný příjem koncesionáře činí nejméně 100 000 000 Kč (viz dle § 20 odst. 2 písm. d) koncesního zákona).

Podle § 5 odst. 1 koncesního zákona zadavatel vybere koncesionáře pro uzavření koncesní smlouvy v koncesním řízení.

Podle § 5 odst. 2 koncesního zákona zadavatel nemusí postupovat podle této části zákona, činí-li předpokládaný příjem koncesionáře méně než 20 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty.

V zadávací dokumentaci, konkrétně v předmětu veřejné zakázky, zadavatel požaduje: „realizaci a provoz komplexního systému parkování na území města Znojma, jehož cílem je optimální řešení pro parkování automobilů na území města Znojma, tak aby bylo město auty dostupné, ale nebylo auty přeplněné.....Nabídka musí obsahovat řešení, jak zajistit další rozvoj parkovacího systému ve městě Znojmo vedoucího ke zkvalitnění dopravně technického řešení systému placeného parkování v zónách placeného stání (ZPS) Znojmo....“

Návrh smlouvy o vybudování systému parkování pro město Znojmo a jeho následném provozu (dále jen „návrh smlouvy“), který je součástí zadávací dokumentace k šetřené veřejné zakázce, obsahuje závazek dodavatele „vybudovat a provozovat parkovací systém a zajistit další rozvoj tohoto parkovacího systému po dobu stanovenou smlouvou a po uplynutí stanovené doby se zavazuje parkovací systém převést do vlastnictví zadavatele, to vše za podmínek dále stanovených touto smlouvou, zadávací dokumentací, nabídkou dodavatele a technickým projektem“ (viz čl. I. „Předmět smlouvy“ návrhu smlouvy).

Podle čl. II „Vybudování parkovacího systému“ návrhu smlouvy „veškeré náklady na vybudování parkovacího systému nese dodavatel, zadavatel se na těchto nákladech nijak nebude podílet, ledaže v souladu s podmínkami zadávací dokumentace (příloha č. 2) požádá dodavatel zadavatele o finanční spoluúčast a ta bude v souladu se zadávacími podmínkami po dohodě se zadavatelem dodavatelí poskytnuta. Dodavatel je povinen zajistit si na své náklady veškeré dokumenty, povolení, rozhodnutí, nebo jakékoli jiné skutečnosti potřebné pro vybudování parkovacího systému“.

Podle článku IV. „Provozování parkovacího systému“, bod. 4.3. návrhu smlouvy „dodavatel je povinen na své náklady provozovat parkovací systém a udržovat parkovací systém, včetně parkovacích ploch zadavatele, v provozuschopném stavu tak, aby tento řádně plnil účel této smlouvy“. Dále podle článku V. „Finanční podmínky“, bod 5.1. návrhu smlouvy „dodavatelé po dobu trvání této smlouvy náleží za vybudování a provozování parkovacího systému veškeré poplatky za parkování vybrané v rámci provozování parkovacího systému. Dodavatelé dále náleží cena za odtah dle této smlouvy.... Poplatky za parkování a náklady odtahu vozidel vybírá a vymáhá od uživatelů parkovacího systému dodavatel sám, na svůj účet a na vlastní náklady a nebezpečí, není tedy oprávněn se v této souvislosti domáhat jakéhokoliv finančního či jiného plnění po zadavatelích...“

Doba trvání smlouvy je upravena v čl. VI návrhu smlouvy, podle kterého „smlouva se uzavírá na dobu určitou, a to do 1. 6. 2039“.

Z oznámení o zakázce vyplývá, že zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu ve výši 170 000 000,- Kč bez DPH včetně opce, přičemž předpokládaná hodnota na dobu trvání smlouvy, tj. za 360 měsíců, činí 120 000 000,- Kč a předpokládaná hodnota opce činí 50 000 000,- Kč.

V případě naplnění znaků charakteristických pro koncese je rozhodující zejména forma protiplnění, kdy dochází ze strany koncesionáře k braní užitků z předmětu koncese a dále k přenosu podstatné části rizik souvisejících s braním užitků. Koncesní smlouvy mají

dlouhodobý charakter a jsou jednou z možností jak zajistit realizaci úkolů veřejné správy a poskytování služeb veřejnosti prostřednictvím soukromých subjektů.

Pokud srovnáme veřejné zakázky na straně jedné a koncesní smlouvu na straně druhé, tak v případě veřejných zakázek jsou výdaje za poskytnutí plnění hrazeny v plné výši veřejným zadavatelem, dodavatel nevyužívá dále předmět veřejné zakázky a nedostává žádnou úplatu např. formou poplatků placených uživateli předmětu zakázky a úplatu od veřejného zadavatele obdrží dodavatel bez toho, aby tato úplata byla závislá na ekonomických rizicích. U veřejných zakázek dodavatel nese obvyklá rizika upravená obchodním právem, jako je odpovědnost za vady, nedodělký, poskytnutí záruky apod. Riziko poptávky je na straně veřejného zadavatele, přičemž předpokládanou výši úplaty ve prospěch dodavatele neovlivňuje skutečnost, zda jsou naplněny plánované ukazatele využívání veřejné služby v praxi tak, jak předpokládal zadavatel. Na druhé straně v případě koncesních smluv koncesní zákon předpokládá využívání předmětu koncese koncesionářem s tím, že koncesionář ponese podstatnou část „ekonomických rizik“ s tím spojených a samotné využívání předmětu koncese po určitou dobu je zdrojem jeho příjmů (např. vybírání poplatků od uživatelů služeb). Podstatná část předpokládaných příjmů koncesionáře je závislá především na riziku poptávky. Doba, po kterou je koncese zaručena je důležitou součástí odměny koncesionáře. Jsou-li naplněny znaky koncesní smlouvy ve smyslu koncesního zákona je nutno realizovat koncesní řízení. Před zahájením koncesního řízení musí zadavatel zjistit předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy a současně také předpokládaný celkový příjem koncesionáře z realizace koncesní smlouvy (způsob výpočtu stanoví vyhláška č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon). Dosáhne-li předpokládaný příjem koncesionáře částky 20 000 000,- Kč bez DPH, je zadavatel povinen při udělování koncese postupovat podle koncesního zákona.

Výše uvedené skutečnosti nasvědčují tomu, že se v šetřeném případě jedná o koncesi ve smyslu koncesního zákona, neboť předmětem návrhu smlouvy, kterou hodlá zadavatel uzavřít, je závazek dodavatele na své náklady vybudovat, provozovat a zajistit další rozvoj parkovacího systému a na druhé straně právo dodavatele po dobu trvání předmětné smlouvy využívat vybudovaný systém a za užívání tohoto parkovacího systému vybírat od uživatelů poplatky. S ohledem na výši předpokládané hodnoty stanovené zadavatelem v oznámení o zakázce, tj. 170 000 000,- Kč bez DPH včetně opce, by se mohlo v uvedeném případě jednat o významnou koncesní smlouvu, u které je koncesním zákonem vyžadováno po zadavateli, aby před zahájením koncesního řízení nebo v případě postupu podle § 7 odst. 5 písm. b) před podáním výzvy k podání nabídek, zajistil vypracování koncesního projektu (viz § 21 odst. 1 koncesního zákona).

V této souvislosti lze rovněž poukázat na Rozsudek Soudního dvora (prvního senátu) ze dne 13. října 2005 ve věci C-458/03 (žádost o rozhodnutí o předběžné otázce Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen): Parking Brixen GmbH proti Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG, ve kterém je mimo jiné uvedeno že, „v případě koncese na služby nese podnikatel rizika spojená se službou a dostává odměnu – alespoň částečně – od uživatelů této služby, třeba v podobě vybírání úplaty. Existuje tedy trojstranný vztah mezi zadavatelem, poskytovatelem služby a jejím uživatelem. Naproti tomu veřejná zakázka na služby zakládá jen dvojstranný právní vztah, ve kterém hradí odměnu za poskytnutou službu samotný zadavatel, který také ostatně nese riziko spojené s pořízením.“

K námitce zadavatele a vybraného uchazeče, že zadavatel zvolil zadání veřejné zakázky formou otevřeného řízení na základě sdělení Úřadu čj. P204/2008/VZ-08682/2008/530/Va ze dne 7. 5. 2008, ve kterém Úřad informoval o tom, že předmětnou veřejnou zakázku není možné zadat v rámci jednacího řízení bez uveřejnění, ale neupozornil zadavatele na skutečnost, že by veřejná zakázka měla být zadána jinou formou než právě v otevřeném řízení, Úřad uvádí následující.

V pravomoci Úřadu je dohlížet nad již učiněnými úkony zadavatelů v zadávacích řízeních či koncesních řízeních a nikoliv stanovovat postupy zadavatelům při zadávání veřejných zakázek případně uzavírání koncesních smluv předem. Úřad nemůže nahrazovat funkci zadavatele při řešení jednotlivých problémů v procesu zadávání veřejných zakázek či uzavírání koncesních smluv a předem schvalovat či dokonce určovat postupy zadavatelů, neboť by se v pozdější době mohl dostat do situace, kdy by sám přezkoumával svá vlastní doporučení. Konkrétní závěr, zda došlo či nedošlo k porušení zákona může Úřad vyslovit pouze v rámci správního řízení dle zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), přičemž proces šetření podnětu není správním řízením.

Shora specifikovaný podnět vedený Úřadem pod čj. P204/200 se týkal oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění na poskytnutí služeb při správě, provozu a údržbě parkovacího systému města Znojma vybudovaného v souladu s vítězným návrhem v návaznosti na soutěž o návrh „Návrh rozvoje systému parkování na území města Znojma“. V této věci Úřad vyslovil stanovisko, že „v šetřeném případě není možné, aby na předmětnou soutěž o návrh, jejímž předmětem je „návrh rozvoje systému parkování na území města“ navazovalo jednací řízení bez uveřejnění, jehož předmětem plnění bude poskytování služeb při správě, provozu a údržbě parkovacího systému města“ (viz sdělení o vyřízení podnětu ze dne 7. 5. 2008, čj. P204/2008/VZ-08682/530/Va). Otázku formy zadání v budoucnu poptávaných služeb Úřad v rámci šetření podnětu neřešil. Úřad v této souvislosti pouze vyzval zadavatele ke sdělení informace o jeho dalším postupu ve věci zajištění poskytování předmětných služeb, přičemž zadavatel dopisem ze dne 15. 12. 2009 informoval Úřad, že „výběrové řízení na poskytnutí služeb při správě, provozu a údržby parkovacího systému na území města Znojma bude otevřené. Návrh rozvoje systému parkování vybraný ve veřejné soutěži o návrh bude použit jako zadávací dokumentace“.

Vzhledem k tomu, že bylo nutno zrušit zadávací řízení z důvodů specifikovaných ve výroku I. rozhodnutí, Úřad považoval za nadbytečné zabývat se dále otázkou nedodržení postupu dle koncesního zákona.

K námitce vybraného uchazeče týkající se střetu zájmů u právního zástupce navrhovatele

Vybraný uchazeč ve svém stanovisku mimo jiné upozornil na skutečnost, že navrhovatel je ve správním řízení zastoupen JUDr. Petrou Buzkovou, advokátkou, která je zároveň členkou rozkladové komise předsedy Úřadu. Vybraný uchazeč má za to, že tímto se právní zástupkyně navrhovatele dostává do střetu zájmů, když může být v budoucnu osobou, která se bude na rozhodování v této věci podílet.

JUDr. Petra Buzková je členkou rozkladové komise, která je zvláštním poradním orgánem předsedy Úřadu. Rozkladová komise podle § 152 odst. 3 správního řádu předkládá předsedovi Úřadu návrh na rozhodnutí o rozkladu (viz. § 152 odst. 2 správního řádu).

Řízení o rozkladu je zvláštním druhem odvolacího řízení, tedy řádného opravného prostředku, který se uplatňuje v případě, kdy ve správním řízení rozhodoval ústřední správní úřad, ministr, státní tajemník ministerstva, nebo vedoucí jiného ústředního správního úřadu v prvním stupni.

Podle § 152 odst. 3 správního řádu rozkladová komise má nejméně 5 členů. Předsedu a ostatní členy rozkladové komise jmenuje ministr nebo vedoucí jiného ústředního správního úřadu. Většinu členů rozkladové komise tvoří odborníci, kteří nejsou zaměstnanci zařazení do ústředního správního úřadu. Ustanovení § 14 a 134 platí obdobně s tím, že rozkladová komise může jednat a přijímat usnesení v nejméně pětičlenných senátech a že většina přítomných členů musí být odborníci, kteří nejsou zaměstnanci ústředního správního úřadu.

Z výše uvedeného vyplývá, že v rámci předmětného správní řízení, které je správním řízením v prvním stupni, nemůže nastat u JUDr. Petry Buzkové, právní zástupkyně navrhovatele a členky rozkladové komise, střet zájmů, neboť do řízení může jako členka rozkladové komise vstoupit až v případě podání rozkladu, a to v rámci správního řízení ve druhém stupni. Pokud však v praxi člen rozkladové komise vystupuje jako právní zástupce účastníků řízení, případně jiným způsobem zastupuje účastníky řízení, pak na jednání rozkladové komise nehlasuje, ani se k případu nevyjadřuje a nepodílí se na jeho projednávání. V rámci správního řízení v prvním stupni nemůže JUDr. Petra Buzková jakožto členka rozkladové komise žádným způsobem ovlivnit výsledek správního řízení.

Uložení nápravného opatření

Podle ustanovení § 118 zákona uloží Úřad nápravné opatření tím, že zruší zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, jinak řízení zastaví.

Úřad v průběhu správního řízení zjistil, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 40 odst. 6 zákona tím, že provedl úpravy v uveřejněném oznámení o zakázce týkající se způsobu prokázání kvalifikačních předpokladů a technických kvalifikačních předpokladů, aniž by přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek

Nedodržení zákonem stanoveného postupu ze strany zadavatele mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jelikož nelze vyloučit skutečnost, že pokud by zadavatel po úpravách učiněných v oznámení o veřejné zakázce, na základě kterých se podstatně změnil okruh dodavatelů, postupoval v souladu se zákonem a přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek, mohl by obdržet jiný počet nabídek a jejich výsledné pořadí mohlo být jiné.

Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a tento postup specifikovaný v bodu I. výroku rozhodnutí mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad o zrušení zadávacího řízení, jak je uvedeno pod bodem II. výroku tohoto rozhodnutí.

Úřad dále uvádí, že při rozhodování podle § 118 zákona je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky.

Vzhledem k tomu, že zadavatel závažně pochybil již při úpravách podmínek zadání, musel Úřad zadávací řízení zrušit.

Pro úplnost Úřad uvádí, že podle § 84 odst. 7 zákona zadavatel odešle oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění v informačním systému podle § 157 do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí; tato povinnost neplatí pro jednacím řízení bez uveřejnění a řízení na základě rámcové smlouvy. Dále je zadavatel podle § 84 odst. 8 zákona povinen doručit písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 5 dnů ode dne přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu.

Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

Náklady řízení

Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.

Vzhledem k tomu, že zadávací řízení bylo tímto rozhodnutím zrušeno, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

Pro úplnost Úřad uvádí, že podle čl. II odst. 1 zákona č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, se zadávání veřejných zakázek, soutěže o návrh a řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

Město Znojmo, Obrokova 10/12, 669 22 Znojmo

JUDr. Petra Buzková, Vyroubal Krajhanzl Školout, advokátní kancelář, s. r. o., Na Příkopě
859/22, 110 00 Praha 1

Versia Holding GmbH – organizační složka, Líšeňská 2755/35, 636 00 Brno

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce, časový údaj na obálce datové zprávy