



UOHSX003BS1R

## PŘEDESEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R83/2010/VZ-18677/2010/310/JHr

V Brně dne: 13. 12. 2010

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 2. 7. 2010 vybraným uchazečem společnostmi

- COMPAG CZ, s. r. o., IČ 62241630, se sídlem V Lukách 95/IV, 471 24 Mimoň, za niž jednájí Ing. Jiří Blecha a Radek Lizec, jednatelé,
- COMPAG MLADÁ BOLESLAV s. r. o., IČ 47551984, se sídlem Vančurova 569, 293 05 Mladá Boleslav, za niž jednájí Miloslav Neuman a Radek Lizec, jednatelé,
- BRANTNER Slovakia, s. r. o., IČ 31698336, se sídlem Vietnamská 22, 821 04 Bratislava, Slovenská republika, za niž jednájí Ing. Dušan Magula a Ing. Ladislav Procházka, jednatelé,

kteřé podaly společnou nabídku, a jejichž nabídka byla vybrána jako nejvhodnější, ve správním řízení zastoupené společným zmocněncem společností COMPAG CZ, s. r. o., IČ 62241630, se sídlem V Lukách 95/IV, 471 24 Mimoň, za niž jednájí Ing. Jiří Blecha a Radek Lizec, jednatelé,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S4/2010/VZ-6920/2010/520/DŘÍ ze dne 21. 6. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele

Město Břeclav, IČ 00283061, se sídlem náměstí T. G. Masaryka 3, 690 81 Břeclav, za něhož jedná Ing. Dymo Piškula, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 22. 12. 2009 společností ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s. r. o., IČ 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4, za niž jedná JUDr. Vilém Podešva, advokát a jednatel,

učiněných ve veřejné zakázce „Komplexní zajištění komunálních služeb pro město Břeclav“, zadávané formou jednacího řízení s uveřejněním na základě výzvy k jednání ze dne 10. 7. 2009, jehož dalším účastníkem je navrhovatel, společnost

- TEMPOS Břeclav, a. s., IČ 48911941, se sídlem Sovadinova 2, 690 94 Břeclav, za niž jedná Pavel Iványi, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 8. 1. 2010 JUDr. Igorem Velebou, advokátem, se sídlem Soběšická 151, 638 00 Brno,

jsem podle § 152 odst. 5, písm b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S4/2010/VZ-6920/2010/520/DŘÍ ze dne 21. 6. 2010

**potvrzuji**

a podaný rozklad

**zamítám:**

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Město Břeclav, IČ 00283061, se sídlem náměstí T. G. Masaryka 3, 690 81 Břeclav (dále jen „zadavatel“) uveřejnilo podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 16. 5. 2008 pod evid. čís. 60016748 oznámení o zahájení otevřeného zadávacího řízení ve veřejné zakázce „Komplexní zajištění komunálních služeb pro město Břeclav“ (dále také „původní veřejná zakázka“). Základním hodnotícím kritériem byla stanovena ekonomická výhodnost nabídky a dílčími hodnotícími kritérii pak „Nabídková cena“, „Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací, VO“, „Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření“, „Splatnost faktur a pokut“ a „Cena za správu akcií za zadavatele ve společnostech TEMPOS a. s. a Hantály a. s.“ Zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek

celkem 6 nabídek. Rozhodnutím ze dne 22. 5. 2009 však zadavatel zrušil zadávací řízení podle ust. § 84 odst. 3 písm b) zákona, neboť byly podány pouze nepřijatelné nabídky ve smyslu § 22 odst. 1 zákona, vzhledem k tomu, že návrhy smluv o dílo všech uchazečů vykazovaly podstatné nedostatky a zavazovaly zadavatele nad rámec podmínek zadávací dokumentace. Dne 10. 7. 2009 vyzval zadavatel uvedených šest uchazečů k jednání v jednacím řízení s uveřejněním. Ve lhůtě pro podání žádosti o účast v tomto jednání obdržel zadavatel celkem 4 žádosti, včetně žádosti společností COMPAG CZ s. r. o., IČ 62241630, se sídlem V Lukách 95/IV, 471 24 Mimoň, společnosti COMPAG MLADÁ BOLESLAV s. r. o., IČ 47551984, se sídlem Vančurova 569, 293 05 Mladá Boleslav a společnosti BRANTNER Slovakia s. r. o., IČ 31698336, se sídlem Vietnamská 22, 821 04 Bratislava, Slovenská republika, které podaly společnou nabídku, ve správním řízení zastoupených společným zmocněncem společností COMPAG CZ s. r. o., IČ 62241630, se sídlem V Lukách 95/IV, 471 24 Mimoň (dále jen „vybraný uchazeč“) a žádosti společnosti TEMPOS Břeclav, a. s., IČ 148911941, se sídlem Sovadinova 2, 690 94 Břeclav ( dále jen „navrhovatel“).

2. Zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky dne 5. 11. 2009. Proti tomuto rozhodnutí podal navrhovatel dne 24. 11. 2009 námitky, kterým však zadavatel nevyhověl. Navrhovatel proto podal dne 18. 12. 2009 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, který byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) doručen téhož dne a tímto dnem bylo podle zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
3. V úvodu návrhu navrhovatel zejména uvádí, že při zadání předmětné veřejné zakázky došlo k řadě porušení zákona, která zásadně ovlivnila přístup k zakázce i výběr nejvhodnější nabídky, který nebyl uskutečněn podle skutečné ekonomické výhodnosti nabídky. Návrh směřuje proti nemožnosti změny nabídek u některých dílčích hodnotících kritérií. Již ve výzvě k jednání v jednacím řízení s uveřejněním ze dne 10. 7. 2009 bylo totiž navrhovateli sděleno, že dílčí hodnotící kritéria, konkrétně „Lhůta rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací, VO“, „Smluvní pokuty a lhůty náhradních plnění“ a „Splatnost faktur a pokut“ nemohou být ze strany uchazečů měněna. Navrhovatel k tomu uvedl, že zadavatel byl vázán ust. § 22 odst. 2 zákona, podle něhož musí zadavatel poskytnout lhůtu k úpravě či doplnění nabídek. Tímto postupem tedy zadavatel uchazečům znemožnil podat ekonomicky výhodnější nabídku oproti předchozí nabídce podané v původním otevřeném řízení. Takový postup zadavatele označil navrhovatel za diskriminační a za porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení. Navrhovatel rovněž poukázal na to, že dílčí hodnotící kritéria navržená v původním otevřeném řízení, v němž nebyl závazně stanoven návrh smlouvy, nemohou být transparentně porovnávána s kritérii v jednacím řízení s uveřejněním (dále rovněž „JŘSU“), neboť zde zadavatel naopak stanovil závazný text návrhu smlouvy o dílo „Smlouva o komplexním zajištění komunálních služeb“ (dále jen „Smlouva“). Vzhledem k tomu byly k smluvním povinnostem, které byly definovány jednotlivými uchazeči v otevřeném řízení odlišně, dosazeny smluvní pokuty, jejichž výše byla stanovena uchazečem původně za zcela jiných podmínek. To platí nejen u kritéria vyjadřujícího výši smluvní pokuty, ale i u kritéria upravujícího lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení. K diskriminaci tedy podle navrhovatele došlo u těch uchazečů, kteří s ohledem na nově předložený text návrhu smlouvy v rámci JŘSU navrhli jinou výši hodnotících kritérií.

4. Navrhovatel dále konstatuje, že užití vah a bodových hodnocení tak, jak bylo provedeno zadavatelem v rozhodnutí o výběru nevhodnější nabídky, neodráží ekonomickou výhodnost nabídky. Zákon dává při stanovení těchto hodnotících kritérií zadavateli značnou volnost, která však dle názoru navrhovatele nemůže vést k tomu, že kritérium nabídkové ceny bude při celkovém hodnocení ztrácet svůj význam a o výsledku hodnocení rozhodnou kritéria, která nemají příliš velký vliv na skutečnou ekonomickou výhodnost. Navrhovatel uvádí, že hodnota jednoho bodu promítnutá do nabídkové ceny je cca 5 mil. Kč. Podle hodnotících kritérií mimo nabídkovou cenu je rozděleno 40% bodů tj. 40 bodů, jejichž zisk vyjádřený v položce nabídková cena může tedy znamenat hodnotu cca 200 mil. Kč. Na základě toho tedy navrhovatel shrnul, že ekonomická výhodnost je zadavatelem stanovena tak, že pokud některý uchazeč stanoví v dílčích hodnotících kritériích nereálné hodnoty a ostatní uchazeče, k nabídce přistupující reálně tedy porazí, mohla by být jeho nabídková cena až o 200 mil. Kč vyšší, a přesto by mohl být hodnocen jako ekonomicky nevhodnější.
5. Absurdní je dle navrhovatele bodové hodnocení dílčího hodnotícího kritéria „Cena za správu akcií za zadavatele ve společnostech TEMPOS a. s. a Hantály a.s.“. V poměru k velikosti veřejné zakázky představuje toto kritérium okrajovou položku, u níž způsob hodnocení nevyjadřuje ekonomickou výhodnost. Navrhovatel zde zdůrazňuje, že správa akcií, zadávaná jako část veřejné zakázky je činnost zcela odlišná a s předmětem zakázky nesouvisí, neboť předmětem zakázky je komplexní zajištění komunálních služeb. Jediným pojítkem mezi těmito dvěma předměty veřejné zakázky je dle navrhovatele skutečnost, že společnost Hantály a. s. a společnost TEMPOS Břeclav a. s., jejichž akcie mají být spravovány, se rovněž zabývají činnostmi v oblasti komunálních služeb, není zde však žádný jiný relevantní důvod tyto činnosti spojovat v jedné veřejné zakázce.
6. Navrhovatel v návrhu dále napadá koncepci smluvních pokut, kdy některé návrhy uchazečů jdou podle jeho názoru nad rámec přiměřenosti a jsou v praxi naprosto neuplatnitelné. Navrhovatel uvádí, že u smluvních pokut obecně platí, že kdo nabídne nesmyslně vysokou pokutu, získá v bodovém hodnocení výhodu oproti ostatním účastníkům, která však se skutečnou ekonomickou výhodností nijak nesouvisí. Je tedy třeba, aby v ujednáních o smluvní pokutě byla dostatečně určitě popsána povinnost, která má být touto pokutou zajištěna, což však v závazném textu návrhu smlouvy, který byl připojen k výzvě k jednání v JŘSU chybí. Uvedené výtky vůči koncepci smluvních pokut navrhovatel shrnuje konstatováním, že návrh smlouvy byl připraven neprofesionálně.
7. Ve vztahu k hodnotícímu kritériu „Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací, VO“ navrhovatel uvádí, že vybraný uchazeč uvedl příliš krátký a nereálný termín rekonstrukce (182 dní) a měl být tedy vyzván k jeho zdůvodnění. Nereálností tohoto termínu se však hodnotící komise nezabývala a tím podle navrhovatele došlo k diskriminaci ostatních uchazečů, kteří v nabídkách uvedli reálné lhůty.
8. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem má navrhovatel za to, že zadávací dokumentace trpí zásadními vadami, neboť u dílčích hodnotících kritérií zadavatel nestanovil rozmezí limitů a v závazném návrhu smlouvy ani jasné povinnosti a jejich zajištění smluvními pokutami. Navrhovatel tedy sice předložil levnější nabídku než vybraný uchazeč, avšak na základě

chybně formulovaných kritérií byla jako ekonomicky nejvýhodnější vybrána nabídka vybraného uchazeče. Navrhovatel je přitom přesvědčen, že ekonomicky nejvýhodnější je právě jeho nabídka.

9. V dalších námitkách navrhovatel uvádí, že dle jeho názoru nebyly naplněny zákonné podmínky pro zahájení JŘSU, které bylo zahájeno v rozporu se zákonem také z toho důvodu, že podle něj JŘSU nebylo zahájeno bezodkladně po zrušení předchozího otevřeného řízení. Zadavatel totiž rozhodl o zrušení otevřeného řízení dne 22. 5. 2009 a JŘSU bylo zahájeno až dne 10. 7. 2009. V daném případě se tedy podle navrhovatele nejednalo o bezodkladný postup. Pokud se týká formální stránky výzvy k jednání, poukázal navrhovatel na její nedostatky, neboť výzva k jednání nebyla vůbec podepsaná a samotné zahájení jednacího řízení s uveřejněním je tedy formálně vadné.
10. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel se k většině jeho argumentů, uvedených v námitkách nevyjadřuje s tím, že námitky byly podány opožděně, s čímž navrhovatel nesouhlasí. V předmětné zakázce se podle navrhovatele až při rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky projevil, že ze strany vybraného uchazeče bylo účelově manipulováno s netransparentními hodnotícími kritérii. Navrhovatel až po seznámení se zprávou o hodnocení nabídek zjistil, že hodnotící komise ani zadavatel se nereálnými parametry uvedenými v dílčích hodnotících kritériích nezabývali a bodové hodnocení bylo tedy počítáno pouze mechanicky. Až po oznámení výběru nejvhodnější nabídky bylo tedy zřejmé, že hodnotící kritérium celkové nabídkové ceny má pro hodnocení nabídek pouze marginální význam a naopak ostatním dílčím hodnotícím kritériím byla stanovena nepřiměřeně vysoká váha.
11. Vzhledem k výše uvedeným argumentům má navrhovatel za to, že nezákonný postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a domáhá se uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, popřípadě zrušení celého zadávacího řízení. Současně navrhovatel žádá uložit zadavateli předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu.
12. Dne 7. 1. 2010 oznámil Úřad zahájení správního řízení účastníkům řízení, tedy zadavateli, navrhovateli a vybranému uchazeči. Dne 8. 1. 2010 vydal Úřad rozhodnutí o předběžném opatření, kterým zakázal zadavateli uzavřít smlouvu v zadávacím řízení až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno. Dne 15. 1. 2010 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče k podanému návrhu, v němž vybraný uchazeč uvedl, že veřejná zakázka byla zadána v souladu se zákonem a oproti původní veřejné zakázce neshledal žádnou změnu zadávacích podmínek. Pokud tedy měl navrhovatel pochybnosti o správnosti podmínek zadávací dokumentace, měl tyto pochybnosti uplatnit ještě před odevzdáním své nabídky, nikoliv až po provedeném hodnocení nabídek. S tvrzením navrhovatele, že správa akcí nesouvisí s předmětem veřejné zakázky vybraný uchazeč nesouhlasí. Dle jeho názoru neměl zadavatel jinou možnost, než správu akcí předmětných společnost (Tempos a. s. Břeclav a Hantály a. s.) do veřejné zakázky zakomponovat, neboť jen tak si mohl zajistit, že vítězný uchazeč využije nesporného potenciálu uvedených společností a plněním veřejné zakázky nebudou znehodnoceny

majetkové podíly zadavatele v těchto společnostech. V závěru svého vyjádření vybraný uchazeč navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele v plném rozsahu zamítl.

13. K návrhu podal dne 18. 1. 2010 své vyjádření rovněž zadavatel, který uvedl, že návrh je třeba považovat za nedůvodný a zjevně opožděný, tudíž podaný neoprávněnou osobou. Zadavatel uvádí, že v jednacím řízení s uveřejněním stanovil zadávací podmínky v úzké vazbě na původní veřejnou zakázku, technická specifikace byla fakticky identická, nezměnil ani podmínky hodnocení nabídek a umožnil úpravu či doplnění nabídek v potřebném rozsahu. Námitky byly podány navrhovatelem až proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Z toho je dle zadavatele nepochybné, že pokud návrh směřuje proti obsahu výzvy k jednání, případnému porušení závazného postupu zadavatele při použití druhu zadávacího řízení a nedostatku písemné formy výzvy k jednání, pak je tento návrh nepřijatelný, opožděný a podaný neoprávněnou osobou. Včasné námitky podal navrhovatel podle zadavatele výlučně proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, v němž však zadavatel zákon neporušil a je tedy přesvědčen, že jsou dány podmínky pro zastavení řízení.
14. K jednotlivým bodům návrhu se přesto zadavatel vyjádřil v tom smyslu, že navrhovatel proti zadávacím podmínkám nic nenamítal až do obdržení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. K otázce nemožnosti úpravy některých dílčích hodnotících kritérií zadavatel uvedl, že smyslem JŘSU je umožnit uchazečům provedení dílčích doplnění a úprav nabídek, které případně zhojí nedostatky nabídek z předchozího otevřeného řízení. Podle § 22 odst. 1 zákona může být dle zadavatele jednacím řízením s uveřejněním použito pouze v případě, že podstatně nezmění zadávací podmínky, a proto zadavatel ani nemohl podstatně měnit dílčí hodnotící kritéria a zejména jejich váhy. Zadavatel dále tvrdí, že při stanovení kritérií a jejich vah nijak nepochybil. Snahu navrhovatele zpochybnit dílčí hodnotící kritérium, jímž je „cena za správu akcií“ z důvodu, že toto kritérium nesouvisí s předmětem zakázky, označuje zadavatel za nedůvodnou a naopak uvádí, že se jeví jako ekonomicky výhodné, aby správu akcií ve společnostech, které si navzájem konkurují vykonával jeden subjekt, který dle názoru zadavatele nemusí mít ani povolení k činnosti obchodníka s cennými papíry od ČNB, neboť toto povolení je potřebné pouze k obchodování na kapitálovém trhu ve smyslu zákona o podnikání na kapitálovém trhu. Příslušné akcie však na tomto trhu obchodovány nejsou.
15. Dále se ve svém vyjádření zadavatel věnoval námitkám navrhovatele, které se týkaly ustanovení o smluvních pokutách a otázce rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Ke stanovení smluvních pokut zadavatel uvedl, že se domnívá, že pokuty nabídnuté uchazeči jsou přiměřené a poukazuje rovněž na to, že zadavateli ani Úřadu nepřísluší posuzovat přiměřenost výše smluvních pokut, ani platnost jednotlivých ustanovení smlouvy, která smluvní pokuty upravují. K námitkám navrhovatele o výběru nejvhodnější nabídky zadavatel pouze uvedl, že hodnotící komise postupovala zákonným způsobem a námitky navrhovatele tedy považuje za zcela nedůvodné. Zadavatel rovněž uvedl, že ke zrušení předchozího otevřeného zadávacího řízení došlo z důvodu podání nepřijatelných nabídek a tedy zcela v souladu se zákonem. Zadavatel se rovněž pozastavuje nad tím, proč navrhovatel nevyužil svého práva podat námitky proti svému vyloučení v původním otevřeném řízení nebo proti zrušení otevřeného řízení. K navrhovatelem zmiňovanému nesplnění podmínky bezodkladnosti zahájení jednacím řízením s uveřejněním po zrušení předchozího otevřeného

řízení zadavatel uvedl, že tento požadavek neznamena, že je třeba takové řízení zahájit ihned poté, co zadavatel zruší předchozí otevřené řízení. Zadavatel uvedl, že je naopak povinen vyčkat na uplynutí lhůty pro podání námitek a teprve následně může začít projednávat znění zadávacích podmínek JŘSU.

16. Shora uvedené vyjádření tedy zadavatel shrnul tak, že dle jeho názoru byl návrh v podstatné části podán neoprávněnou osobou ve smyslu § 114 odst. 3 zákona a bez podání řádných námitek. Návrh směřující proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky považuje tedy zadavatel za nedůvodný a navrhuje, aby správní řízení bylo zastaveno.
17. V dalším průběhu zadávacího řízení Úřad usnesením ze dne 3. 5. 2010 stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí a současně jim sdělil skutečnosti, na základě nichž má pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem. Konkrétně se jednalo o podmínky návrhu smlouvy, body 13.5 „Účinnost a ukončení smlouvy“, bod 11 „Ochrana informací“ a bod 9.3 „Smluvní pokuty“, které byly součástí výzvy k jednání v jednacím řízení s uveřejněním, avšak v zadávací dokumentaci uvedeny nejsou. Výše uvedeným usnesením Úřad seznámil účastníky řízení s některými dalšími skutečnostmi uvedenými v bodech 5. a 6. zadávací dokumentace k původní veřejné zakázce, které obsahují hodnotící kritéria a návrh smlouvy. V původní výzvě k jednání v jednacím řízení s uveřejněním ze dne 10. 7. 2009 se uvádí, že údaje, které mají být hodnoceny v rámci dílčích hodnotících kritérií „Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizace komunikací, VO“, „Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření“ a „Splatnost faktur a pokut“, nemohou být ze strany uchazečů měněny, neboť závazné jsou údaje vyplývající z nabídek podaných v předchozím otevřeném řízení. Tyto údaje jsou zapracovány do jednotného vzoru smlouvy o komplexním zajištění komunálních služeb.
18. K výše uvedeným skutečnostem obdržel Úřad dne 11. 5. 2010 vyjádření zadavatele, v němž zadavatel konstatuje, že zadávací podmínky ve formě výše uvedených článků 9.3, 11 a 13.5 návrhu smlouvy, nenapadl žádný z uchazečů námitkami a všichni uchazeči návrh smlouvy obsahově odsouhlasili. Jednotný návrh smlouvy vyhotovil zadavatel v jednacím řízení s uveřejněním a jeho smyslem bylo odstranění formálně právních vad, které se vyskytly v návrzích smluv jednotlivých uchazečů v původním otevřeném řízení. Návrh smlouvy zadavatel vypracoval v návaznosti na zadávací podmínky plynoucí z předchozího otevřeného řízení, aniž by došlo k jejich podstatné změně. Pro zadavatele bylo rozhodné, aby smluvní podmínky v návrhu smlouvy korespondovaly se smyslem a účelem původní veřejné zakázky. Zadavatel dále uvedl, že pouze upřesnění smluvních podmínek původní veřejné zakázky provedené formou stanovení závazného návrhu smlouvy, nelze považovat za podstatnou změnu zadávacích podmínek, a to ani z hlediska rozhodnutí soudních orgánů EU. Zadavatel konstatuje, že zadávací podmínky podstatným způsobem nezměnil a nedošlo ke změně základních náležitostí smlouvy ani účelu veřejné zakázky. Uvedené články smlouvy upravující podmínky smluvní pokuty, ochrany informací, účinnost a ukončení smlouvy považuje zadavatel za standardní a odvoditelné z platného právního řádu (viz instituty na ochranu obchodního tajemství, ochranu proti nekalé soutěži atd). Zadavatel tedy považuje článek 9.3 ve spojení s článkem 11 a článek 13. 5 smlouvy, které se tuto problematiku upravují, za ustanovení nediskriminující žádného uchazeče.

### Napadené rozhodnutí

19. Úřad přezkoumal případ ve všech vzájemných souvislostech a na základě vlastního zjištění vydal dne 21. 6. 2010 rozhodnutí č.j. ÚOHS-S4/2010/VZ-6920/520/Dří jímž rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 22 odst. 1 zákona, neboť v zadávacích podmínkách JŘSU u dílčích hodnotících kritérií „Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací, VO“, „Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření“ a „Splatnost faktur a pokut“ neumožnil dodavatelům nabídnout nové hodnoty a vložil bod 13.5 „Účinnost a ukončení smlouvy“ návrhu smlouvy do zadávacích podmínek JŘSU a tímto postupem podstatně změnil zadávací podmínky oproti předchozímu otevřenému řízení a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako opatření k nápravě Úřad podle § 118 zákona zrušil zadávací řízení. Správní řízení ve věci návrhu navrhovatele v částech týkajících se naplnění podmínek použití JŘSU, zadávacích podmínek a písemné výzvy k jednání, obsažených ve výroku II. napadeného rozhodnutí, bylo v souladu s § 114 odst. 3 zákona zastaveno, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou. Podle § 119 odst. 2 zákona a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele byla zadavateli uložena povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30. 000,- Kč.
20. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad v otázce naplnění podmínek použití JŘSU konstatuje, že podle § 22 odst. 1 zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v JŘSU, jestliže v předchozím otevřeném řízení byly podány pouze neúplné nebo nepřijatelné nabídky, podstatně nezmění zadávací podmínky a JŘSU zahájí bezodkladně po zrušení předchozího zadávacího řízení. Zadavatel může aplikovat ust. § 22 odst. 1 zákona pouze za předpokladu, že všechny v něm uvedené podmínky budou naplněny kumulativně. V daném případě z předložené dokumentace zejména plyne, že v původním zadávacím řízení zadavatel umožnil dodavatelům předložit hodnoty, které jsou hodnoceny v rámci dílčích hodnotících kritérií „Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací, VO“, „Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření“ a „Splatnost faktur a pokut“, vypracované podle své úvahy, s cílem být v předmětném hodnotícím kritériu vyhodnocen jako nejvýhodnější. V tomto smyslu bylo tedy výlučně na úvaze uchazečů, jaké hodnoty v nabídkách uvedou a jaké hodnoty budou tedy hodnoceny. Zadávací podmínkou pak ve smyslu výše uvedeného § 22 odst. 1 zákona je kromě jiného také zadavatelem stanovená možnost dispozice s podobou předkládané nabídky ze strany uchazečů. V JŘSU naproti tomu byly hodnoty v rámci uvedených dílčích hodnotících kritérií zadavatelem stanoveny pevně, a to na základě údajů uvedených v původních nabídkách. Z toho tedy plyne, že v JŘSU možnost uchazečů předložit předmětné hodnoty podle své úvahy absentovala. Rozhodující tedy je, že ze strany zadavatele byla v zadávacích podmínkách JŘSU stanovena zcela odlišná pravidla pro přístup uchazečů k tvorbě svých nabídek v části, která byla předmětem hodnocení. Právě v tom tedy Úřad spatřuje podstatnou změnu zadávacích podmínek JŘSU oproti původní veřejné zakázce.
21. S výše konstatovanou nemožností uchazečů předložit v nabídkách hodnoty uvedených předmětných kritérií podle své úvahy, souvisí dle Úřadu také zadavatelem vložený bod 13. 5 „Účinnost a ukončení smlouvy“ návrhu smlouvy o komplexním zajištění komunálních služeb



pro město Břeclav, podle něhož je dodavatel oprávněn odstoupit od smlouvy pouze v případě prodlení odběratele se zaplacením částky vyšší než 10 mil. Kč po dobu delší než tři měsíce. V zadávací dokumentaci k původní veřejné zakázce přitom výše uvedená podmínka uvedena není. Na základě tohoto ujednání tedy dodavatel nebude vzhledem k předpokládané hodnotě veřejné zakázky moci odstoupit od smlouvy i v případě prodlení zadavatele s placením ceny díla provedeného za dobu tří měsíců. Takto koncipované smluvní ujednání, představuje dle Úřadu zadávací podmínku, která může mít zásadní vliv na přístup uchazeče k podání a tvorbě nabídky ve srovnání s původním zadávacím řízením, kde taková zadávací podmínka uvedena nebyla. S ohledem na výše zmíněnou nemožnost uchazečů předložit v nabídkách nové hodnoty tedy Úřad v napadeném rozhodnutí konstatoval, že vložení bodu 13. 5 „Účinnost a ukončení smlouvy“ návrhu smlouvy do zadávacích podmínek JŘSU došlo ze strany zadavatele k zásadní změně zadávacích podmínek oproti předchozímu otevřenému řízení. Úřad proto v napadeném rozhodnutí konstatoval, že ze strany zadavatele došlo k závažnému pochybení při stanovení podmínek zadání zadávacího řízení formou jednacího řízení s uveřejněním, a Úřad proto musel zadávací řízení zrušit.

22. V další části odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad podává vyjádření k těm částem návrhu, které se týkají zadávacích podmínek a písemné výzvy k jednání. Úřad konstatoval, že v případě námitek navrhovatele se námitky svým obsahem týkají zejména podmínek zadávacího řízení. Z ustanovení § 110 odst. 3 zákona vyplývá, že lhůta pro podání námitek činí 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozví o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele. Úřad v této věci uvedl, že již v době seznámení se se zadávacími podmínkami si navrhovatel musel být vědom případné hrozící újmy a byl tedy aktivně legitimován k podání námitek. Z hlediska posouzení běhu uvedené 15-ti denní subjektivní lhůty je pak nepochybně nutno považovat za počátek běhu lhůty k podání námitek nejpozději den podání nabídek, kdy zadávací podmínky již musely být navrhovateli známy. Úřad konstatoval, že námitky navrhovatele proti podmínkám zadávacího řízení zadavatel obdržel, až po uplynutí lhůty 15 dnů podle § 110 odst. 3 zákona a námitky v této části tak nelze považovat za řádné. Ustanovení § 110 odst. 5 zákona současně omezuje okruh osob oprávněných podat návrh na zahájení řízení pouze na ty osoby, které podaly řádné námitky a součástí návrhu je doklad o doručení námitek Úřadu.
23. Úřad se v napadeném rozhodnutí dále vyjádřil k navrhovatelem napadeným váhám jednotlivých dílčích hodnotících kritérií. V bodě 11 výzvy k jednání nazvané „Hodnocení konečných nabídek a výběr nejvhodnější konečné nabídky“ tato kritéria vyjmenoval, včetně základního hodnotícího kritéria, jímž byla ekonomická výhodnost nabídky a přidělených vah a popsal podrobně bodovací metodu hodnotící komise při hodnocení nabídek. Navrhovatel byl ve výzvě k jednání seznámen s rozložením vah jednotlivých dílčích hodnotících kritérií a byla mu rovněž známa bodovací metoda hodnotící komise. Navrhovatel si tedy již v době seznámení se se zadávacími podmínkami JŘSU mohl učinit vlastní závěry ohledně vzájemných vazeb vah jednotlivých dílčích hodnotících kritérií. Nejedná se tedy o skutečnosti, které by vyšly najevo až po provedeném hodnocení nabídek a vzhledem k tomu jsou i v tomto případě v této části námitky navrhovatele opožděné.

24. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad v napadeném rozhodnutí konstatoval, že vzhledem k opožděnému podání námitek v části týkající se podmínek zadávacího řízení i vzhledem k tomu, že v části návrhu týkající se nedostatků písemné formy výzvy k jednání námítka nebyly podány vůbec, nelze navrhovatele dle § 114 odst. 3 zákona považovat za osobu oprávněnou k podání návrhu v části týkající se stanovení vah dílčích hodnotících kritérií, v části týkající se vadnosti definování smluvních pokut v návrhu smlouvy, v části týkající se nemožnosti změny nabídek v příslušných dílčích hodnotících kritériích a v části týkající se nenaplnění zákonných podmínek pro zahájení JŘSU. Úřad tedy považuje návrh v uvedených částech za podaný neoprávněnou osobou, a proto rozhodl ve výroku II. napadeného rozhodnutí o zastavení správního řízení.
25. V poslední části napadeného rozhodnutí Úřad podává stanovisko k problematice hodnocení lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a pasportizace. Navrhovatel totiž napadá v návrhu termín rekonstrukce (182 dní), uvedený v nabídce vybraného uchazeče, jako příliš rychlý a nerealizovatelný. Navrhovatel má za to, že hodnotící komise měla na tuto skutečnost adekvátně reagovat a postupovat analogicky jako v případě mimořádně nízké nabídkové ceny, tedy vyloučit vybraného uchazeče z účasti v zadávacím řízení, pokud by uchazeč svůj termín neobhájil. K tomu Úřad v napadeném rozhodnutí poukázal na ust. § 77 odst. 1 zákona podle něhož obsahuje-li nabídka mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro stanovení výše nabídkové ceny podstatné. Z tohoto ustanovení je tedy zřejmé, že se vztahuje výlučně na institut výše nabídkové ceny. K otázce zjevně nepřiměřených hodnot u jiných dílčích hodnotících kritérií, může zadavatel v zadávacích podmínkách stanovit, že posoudí-li hodnotící komise hodnotu jiného hodnotícího kritéria, než je nabídková cena, jako zjevně nepřiměřenou, nabídce v rámci tohoto dílčího hodnotícího kritéria přiřadí 0 bodů. Úřad však zdůraznil, že možnost takového postupu musí zadavatel výslovně uvést v zadávacích podmínkách, což však neučinil. Výše uvedený postup, kdy by hodnotící komise určité hodnotě v rámci hodnocení nabídek přiřadila nulovou hodnotu, tedy nemohl být aplikován a hodnotící komise tedy v souladu s § 79 odst. 1 zákona podle vah jednotlivých dílčích hodnotících kritérií přiřadila jednotlivým nabídkám bodové hodnocení a na základě něj stanovila pořadí nabídek za použití bodovací metody dle bodu 11. výzvy k jednání.

## II. **Námítka rozkladu**

26. Dne 2. 7. 2010 podal vybraný uchazeč proti napadenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen dne 7. 7. 2010. Vybraný uchazeč v rozkladu uvedl, že je přesvědčen, že výroky I. a III. napadeného rozhodnutí jsou nesprávné. K těmto výroky vybraný uchazeč konkrétně uvedl, že dle jeho názoru zadavatel v JŘSU podstatně nezměnil zadávací podmínky oproti předchozímu otevřenému řízení a všechny zákonné podmínky uvedené v § 22 odst. 1 zákona pro použití JŘSU byly naplněny. Vybraný uchazeč uvedl, že zadavatel původní zadávací řízení zrušil výhradně z toho důvodu, že byly podány pouze neúplné nebo nepřijatelné nabídky, v důsledku čehož musel zadavatel všechny uchazeče ze zadávacího řízení vyloučit. Zadavatel

tedy zrušil zadávací řízení v souladu s ust. § 84 odst. 3 písm. b) zákona. Proti vyloučení ze zadávacího řízení ani proti zrušení tohoto zadávacího řízení nepodal námitky žádný uchazeč.

27. Dále vybraný uchazeč v rozkladu uvedl, že zadavatel v JŘSU stanovil fakticky identickou technickou specifikaci předmětu plnění veřejné zakázky, nepožadoval žádné jiné či další služby a nikterak nezměnil podmínky hodnocení nabídek. Zadavatel pouze vyhotovil jednotný vzor smlouvy zpracovaný v souladu se zadávacími podmínkami předchozího otevřeného řízení. Obchodní podmínky tohoto řízení tedy zadavatel pouze formálně přetvořil do podoby závazného vzoru smlouvy. Taková úprava obchodních podmínek, včetně doplnění bodu 13. 5 „Účinnost a ukončení smlouvy“ formou jednotného vzoru smlouvy, není dle vybraného uchazeče podstatnou změnou zadávacích podmínek. Uchazeči ani navrhovatel rovněž neuplatnili žádnou připomínku k návrhu smlouvy. Samotné JŘSU bylo zahájeno bezodkladně po zrušení předchozího zadávacího řízení. Vybraný uchazeč v rozkladu uvedl, že jednací řízení bylo zahájeno na základě výzvy k jednání cca po třech týdnech, což podle něj nepochybně splňuje podmínku bezodkladnosti.
28. Vybraný uchazeč dále uvádí, že byly splněny rovněž další podmínky pro řádný průběh JŘSU podle § 22 odst. 2 zákona, neboť zadavatel zaslal výzvu ze dne 10. 7. 2009 všem šesti uchazečům, kteří podali nepřijatelné nabídky v předchozím otevřeném řízení. Zadavatel namítá, že sám zákon nepředpokládá, že by v JŘSU měli uchazeči předkládat zcela nové, podstatně změněné nabídky. Vybraný uchazeč je tedy přesvědčen, že zadavatel postupoval správně, když pro uchazeče stanovil závazný vzor smlouvy a současně umožnil pouze doplnění a úpravy nabídek, nikoliv však podání nabídek zcela nových. Kritéria pro hodnocení nabídek ani jejich váhy nedoznaly v JŘSU změn a nebyly tedy dány žádné důvody pro změnu uchazeči nabízených hodnot. Vybraný uchazeč má tedy za to, že podmínky pro zadání veřejné zakázky v JŘSU byly splněny a výrok I. a tím i výrok III. napadeného rozhodnutí tak vybraný uchazeč považuje za nesprávný.
29. S výrokem II. napadeného rozhodnutí, tedy zastavení správního řízení z důvodu podání návrhu neoprávněnou osobou, se vybraný uchazeč ztotožňuje. Vybraný uchazeč však namítá, že napadené rozhodnutí, které v jednom výroku říká, že návrh nebyl podán oprávněnou osobou, a proto řízení zastavuje a v dalším výroku současně konstatuje porušení zákona a ukládá nápravné opatření, považuje za zmatečné. Dále vybraný uchazeč uvedl, že Úřad ve výroku II. rozhodnutí sice správní řízení zastavil, nicméně současně ve výroku I. rozhodnutí rozhodl, že zadavatel pochybil, a to přesto, že správní řízení bylo zahájeno na návrh, který nebyl podán oprávněnou osobou. Takový procesní postup tedy vybraný uchazeč považuje za nesprávný. Vybraný uchazeč dále v rozkladu uvádí, že z ust. § 114 odst. 3 zákona jednoznačně vyplývá, že není-li návrh podán oprávněnou osobou, musí Úřad správní řízení bez dalšího zastavit a nemůže současně rozhodovat o případném pochybení zadavatele, aniž by před tím zahájil správní řízení z moci úřední.

### **Závěr rozkladu**

30. Vybraný uchazeč v závěru rozkladu uvedl, že je přesvědčen, že zadavatel zákon neporušil, a zahájení správního řízení proto podle něj nepřichází v úvahu. S ohledem na tyto skutečnosti vybraný uchazeč navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

### **III. Řízení o rozkladu**

#### **Vyjádření navrhovatele**

31. Dne 12. 7. 2010 bylo právnímu zástupci navrhovatele doručeno usnesení Úřadu z téhož dne, ve kterém byla navrhovateli uložena lhůta 5-ti dnů k podání vyjádření k rozkladu. Navrhovatel se k rozkladu vyjádřil dopisem ze dne 13. 7. 2010, který Úřad obdržel dne 19. 7. 2010. Navrhovatel nesouhlasí se závěrem vybraného uchazeče, že v JŘSU zadavatel podstatně nezměnil zadávací podmínky. Podle názoru navrhovatele již samotná skutečnost, že pokud v předmětné veřejné zakázce, která je značně složitá a sestává z řady činností, na rozdíl od předchozího otevřeného řízení stanoví zadavatel závazný návrh smlouvy, znamená zásadní změnu podmínek. Navrhovatel uvádí, že vložený bod 13. 5 „Účinnost a ukončení smlouvy“ je pouze nejflagrantnějším příkladem, jak nově doplněný závazný text smlouvy podstatně mění zadávací podmínky. Navrhovatel tedy souhlasí s názorem Úřadu, že vložení bodu 13. 5 do návrhu smlouvy spolu s faktickou nemožností reagovat na tuto změnu je podstatnou změnou zadávacích podmínek.
32. Dle navrhovatele není rovněž důvodná námitka vybraného uchazeče, že Úřad rozhodl „nad rámec návrhu“, neboť navrhovatel se v návrhu zmiňuje o tom, že změna spočívající ve stanovení závazného textu smlouvy činí nabídky učiněné v otevřeném řízení na jedné straně a v JŘSU na straně druhé vzájemně neporovnatelnými, neboť v každém tomto řízení zadavatel stanovil jiné podmínky.
33. V další části vyjádření navrhovatel uvádí, že nesouhlasí s názorem vybraného uchazeče prezentovaným v části ad f) rozkladu ve věci možných úprav nebo doplnění nabídek. Navrhovatel považuje za nesprávný názor vybraného uchazeče, že v „JŘSU nelze podstatně měnit nabídky oproti předchozímu otevřenému řízení“. Tento názor vybraného uchazeče nemá dle navrhovatele oporu v zákoně, neboť podle § 22 odst. 2 zákona stanoví zadavatel lhůtu k úpravě či doplnění nabídek. Postup zadavatele, který v zadávacím řízení většinu dílčích kritérií zakonzervoval a stanovil tak uchazečům pevně jaké hodnoty zde mají doplnit, považuje tedy navrhovatel za diskriminační, neboť omezil uchazeče v jejich možnosti předložit nabídku, která je dle názoru uchazeče co nevhodnější. Navrhovatel tedy i z tohoto důvodu považuje závěr Úřadu, že zadavatel uvedeným postupem zásadně změnil zadávací podmínky, za zcela správný.
34. Navrhovatel má za to, že při zadání veřejné zakázky došlo k řadě porušení zákona, která zásadním způsobem ovlivnila přístup uchazečů k veřejné zakázce i výběr nejvhodnější nabídky. K tvrzení vybraného uchazeče o nesprávně zvoleném postupu Úřadu, kdy vybraný

uchazeč uvádí, že s ohledem na skutečnost, že návrh byl podán neoprávněnou osobou, měl Úřad řízení zastavit a poté zahájit správní řízení z moci úřední navrhovatel uvádí, že pro takový postup není ekonomický ani procesní důvod.

35. Navrhovatel ve svém vyjádření shrnuje, že rozklad vybraného uchazeče se jeví jako opakování dříve uvedených tvrzení zadavatele a vybraného uchazeče a nepřináší žádné nové závěry. Navrhovatel tedy považuje rozhodnutí Úřadu za věcně správné a navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

36. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 2 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 jsem dospěl k níže uvedenému závěru.
37. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 21. 6. 2010 č.j. ÚOHS-S4/2010/VZ-6920/2010/520Dří rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 22 odst. 1 zákona, neboť v zadávacích podmínkách JŘSU u dílčích hodnotících kritérií „Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací ,VO“, „Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření“ a „Splatnost faktur a pokut“ stanovil hodnoty uvedené v nabídkách dodavatelů k předchozímu otevřenému řízení a vložil bod 13.5 „Účinnost a ukončení smlouvy“ návrhu smlouvy do zadávacích podmínek JŘSU, a tímto postupem podstatně změnil zadávací podmínky oproti předchozímu otevřenému řízení a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a za tento delikt Úřad podle § 118 zákona uložil nápravné opatření tím, že zrušil zadávací řízení a správní řízení ve věci návrhu navrhovatele v částech, které se týkají naplnění podmínek použití JŘSU, zadávacích podmínek veřejné zakázky a písemné výzvy k jednání podle § 114 odst. 3 zákona zastavil, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

#### **IV. K námitkám rozkladu**

38. S rozkladovou námitkou vybraného uchazeče, že výroky I. a III. napadeného rozhodnutí, tedy deklarované porušení ust. § 22 odst. 1 zákona a s tím související povinnost úhrady nákladů řízení, jsou nesprávné, neboť zadavatel v JŘSU podstatně nezměnil zadávací podmínky oproti předchozímu otevřenému řízení, nemohu souhlasit. Z napadeného rozhodnutí i ze zadávací dokumentace jednoznačně vyplývá, že podstatnou změnou zadávacích podmínek oproti původnímu otevřenému řízení byla zejména nemožnost uchazečů předložit v nabídkách hodnoty, které byly předmětem hodnocení u dílčích hodnotících kritérií „Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací,VO“, „Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření“ a „Splatnost faktur a pokut“, a to na základě své úvahy. Již ve výzvě k jednání v JŘSU ze dne 10. 7. 2009, k níž byl rovněž připojen i závazný text návrhu smlouvy,

bylo totiž stanoveno, že uchazeči nemohou hodnoty v uvedených kritériích měnit, čímž bylo uchazečům znemožněno podat ekonomicky výhodnější nabídku oproti nabídce podané v původním otevřeném řízení. Uvedená změna zadávacích podmínek JŘSU ve srovnání s původním otevřeným řízením byla tedy významným limitujícím faktorem uchazečů, který měl rozhodující vliv na obsah samotných nabídek. V důsledku existence návrhu smlouvy v jednacím řízení, jímž byli uchazeči vázáni, došlo tedy k zásadní změně obou řízení, tedy původního otevřeného zadávacího řízení na jedné straně a následného jednacím řízení s uveřejněním. Tato změna měla negativní vliv na transparentnost zadávacího řízení a měla přímý dopad rovněž na hodnotové vyjádření dílčích hodnotících kritérií a tím i na výběr nejvhodnější nabídky, což je podrobněji popsáno v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Z uvedených důvodů nemohu akceptovat názor vybraného uchazeče ani zadavatele, že nedošlo k podstatné změně zadávacích podmínek.

39. Změna zadávacích podmínek se rovněž projevuje i začleněním bodu 13. 5 „Účinnost a ukončení smlouvy“ návrhu smlouvy do zadávacích podmínek JŘSU. Uvedený bod totiž upravuje podmínky odstoupení od smlouvy ze strany dodavatele příliš volně a to tak, že dodavatel je oprávněn odstoupit od smlouvy pouze v případě prodloužení odběratele (zadavatele) s placením ceny díla provedeného až za dobu tří měsíců. V tomto případě se ztotožňuji se stanoviskem Úřadu, že takto benevolentně nastavená podmínka, která nebyla obsažena v zadávací dokumentaci k původní veřejné zakázce, může mít nepochybně značný vliv na přístup uchazeče k podání a tvorbě nabídky, neboť umožňuje zadavateli, značně dlouhou dobu prodloužení, což se z ekonomického hlediska jeví pro dodavatele jako nepřiměřené. Ve spojení s výše popsanou nemožností uchazečů předložit v nabídkách nové hodnoty, je třeba souhlasit se stanoviskem Úřadu, že rovněž vložením nového bodu „Účinnost a ukončení smlouvy“ návrhu smlouvy do zadávacích podmínek JŘSU, došlo ze strany zadavatele k zásadní změně zadávacích podmínek, neboť obě nové podmínky, které spolu věcně souvisí, jistě mohou významným způsobem omezit uchazeče při tvorbě jejich nabídek.
  
40. Na základě výše uvedených objektivně existujících podstatných rozdílů zjištěných Úřadem v obsahové náplni jednotlivých obchodních podmínek zadávací dokumentace původního otevřeného řízení a návrhu smlouvy o dílo v JŘSU, které měly zcela jistě podstatný vliv na postavení dodavatelů v obou uvedených řízeních, Úřad správně shledal jako zásadní změnu zadávacích podmínek vedle shora uvedené nemožnosti uchazečů předložit v JŘSU hodnoty podle svého uvážení také výše uvedené ustanovení bodu 13. 5., upravující podmínky účinnosti a ukončení smlouvy a tedy i možnosti odstoupení od smlouvy. Se závěry Úřadu, učiněnými ve výroku I. napadeného rozhodnutí ohledně nedodržení postupu stanoveného v ustanovení § 22 odst. 1 zákona, kdy zadavatel podstatným způsobem změnil zadávací podmínky JŘSU oproti předchozímu otevřenému řízení, čímž mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky tedy v plné míře souhlasím. K uvedenému dále dodávám, že podmínky použití JŘSU uvedené v ust. § 22 odst. 1 zákona nebyly zadavatelem splněny, neboť veškeré podmínky, stanovené v citovaném ustanovení, musí být naplněny kumulativně a k porušení tohoto ustanovení postačí tedy nesplnění jedné z podmínek, včetně nedodržení zákazu změny zadávacích podmínek. Ani případné naplnění ostatních podmínek pro použití JŘSU, uvedených v ust. § 22 odst. 1 zákona tedy na porušení uvedeného ustanovení nemá vliv.

41. K procesnímu postupu Úřadu napadenému v rozkladu, kdy podle vybraného uchazeče měl Úřad zastavit správní řízení z toho důvodu, že návrh nebyl podán oprávněnou osobou a následně zahájit správní řízení z moci úřední uvádím, že v daném případě nebyl návrh navrhovatele podán v celém rozsahu neoprávněnou osobou, neboť navrhovatel byl neoprávněnou osobou pouze v těch částech návrhu, vyjmenovaných ve výroku II. napadeného rozhodnutí (naplnění podmínek použití JŘSU, zadávacích podmínek veřejné zakázky a písemné výzvy k jednání ze dne 10. 7. 2009). Úřad se tedy musel v rámci napadeného rozhodnutí vypořádat s ostatními částmi návrhu, k jejichž podání byl navrhovatel naopak oprávněn, zejména tedy se způsobem hodnocení lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a pasportizace. Vzhledem k tomu, že Úřad v průběhu správního řízení shledal současně pochybení i v postupu zadavatele v části návrhu podané neoprávněnou osobou, rozhodl v rámci napadeného rozhodnutí s ohledem na základní zásadu činnosti správních orgánů, uvedenou v ust. § 6 odst. 2 z. č. 500/2004 Sb. (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, podle níž správní orgán postupuje tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady, a na skutečnost, že při svém rozhodování není vázán výlučně obsahem návrhu, i o nedodržení postupu stanoveného v § 22 odst. 1 zákona ze strany zadavatele, o uložení nápravného opatření a o úhradě nákladů řízení. Rovněž s tímto procesním postupem Úřadu se tedy ztotožňuji.
42. Pro úplnost podávám rovněž stanovisko k problematice hodnocení přiměřenosti délky lhůty v případě rekonstrukce veřejného osvětlení a zpracování pasportizace veřejného osvětlení a komunikací. I v případě, že délka doby rekonstrukce je skutečně nereálná, jak uvádí navrhovatel (blíže viz bod 25 tohoto rozhodnutí), může zadavatel tomuto kritériu přiřadit hodnotu nula bodů, jak rovněž plyne i z odůvodnění Nejvyššího správního soudu č.j. 5 Afs 75/2009-105 ze dne 6. 11. 2009. V případě takového postupu u jiných kritérií, než je nabídková cena, tedy přidělení nulové hodnoty určitému kritériu, musí však zadavatel tuto možnost výslovně uvést v zadávacích podmínkách, což však neučinil. Úřad tedy správně dovodil, že v takovém případě nemohl zadavatel analogicky postupovat podle § 77 odst. 1 zákona, které se vztahuje výhradně na mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Při hodnocení bylo tedy správně postupováno na základě použití bodovací metody uvedené ve výzvě k jednání. V plném rozsahu tedy souhlasím se stanoviskem, které Úřad v této věci zaujal.

## **V. Závěr**

43. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
44. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

## **Poučení**

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

Otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu  
pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží:**

1. COMPAG CZ, s. r. o., se sídlem V Lukách 95/IV, 471 24 Mimoň
2. ROWAN LEGAL, AK s. r. o., se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4
3. JUDr. Igor Veleba, advokát, se sídlem Soběšická 151, 638 00 Brno

Vypraveno dne:

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