



UOHSX001QV8Q

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S4/2010/VZ-6920/2010/520/DŘÍ

V Brně dne: 21. června 2010

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 18. 12. 2009 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – 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 níž jedná JUDr. Vilém Podešva, advokát a jednatel,
- navrhovatel – TEMPOS Břeclav, a. s., IČ 48911941, se sídlem Sovadinova 2, 690 94 Břeclav, za níž jedná Pavel Iványi, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 8. 1. 2010 JUDr. Igorem Velebou, advokátem, se sídlem Soběšická 151, 638 00 Brno,

vybraný uchazeč:

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

kteří 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 jedná Ing. Jiří Blecha a Radek Lizec, jednatele,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele 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, rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Břeclav, IČ 00283061, se sídlem náměstí T. G. Masaryka 3, 690 81 Břeclav – nedodržel postup stanovený v ustanovení § 22 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, neboť v zadávacích podmínkách jednacího řízení s uveřejněním 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 jednacího řízení s uveřejněním, 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 pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší** zadávací řízení.

II.

Správní řízení ve věci návrhu navrhovatele v částech, které se týkají naplnění podmínek použití jednacího řízení s uveřejněním, zadávacích podmínek veřejné zakázky a písemné výzvy k jednání ze dne 10. 7. 2009, se podle § 114 odst. 3 citovaného zákona zastavuje, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 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 – městu Břeclav, IČ 00283061, se sídlem náměstí T. G. Masaryka 3, 690 81 Břeclav – **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

ODŮVODNĚNÍ

1. 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 (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 evidenčním číslem 60016748 oznámení o zahájení otevřeného zadávacího řízení „Komplexní zajištění komunálních služeb pro Město Břeclav“ (dále jen "původní veřejná zakázka").

2. Základním hodnotícím kritériem byla stanovena ekonomická výhodnost nabídky. Dílčími hodnotícími kritérii byla „Nabídková cena“ (60 %), „Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací, VO“ (20 %), „Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření“ (10 %), "Splatnost faktur a pokut" (5 %) a "Cena za správu akcí za zadavatele ve společnostech TEMPOS a. s. a Hantály a. s." (5 %).
3. Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel nabídky od šesti uchazečů. Rozhodnutím ze dne 22. 5. 2009 zadavatel zrušil zadávací řízení podle ustanovení § 84 odst. 3 písm. b) zákona, neboť byly podány pouze nepřijatelné nabídky podle § 22 odst. 1 zákona, protože "návrhy smluv o dílo všech uchazečů vykazují podstatné nedostatky a zavazují zadavatele nad rámec podmínek stanovených v zadávací dokumentaci."
4. Zrušení zadávacího řízení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 22. 6. 2009.
5. Výzvou v jednacím řízení s uveřejněním ze dne 10. 7. 2009 vyzval zadavatel výše uvedených šest uchazečů k jednání. Lhůta pro podání žádosti o účast byla stanovena do 12,00 hodin dne 24. 8. 2009. V této lhůtě zadavatel obdržel 4 žádosti o účast v jednacím řízení s uveřejněním: žádost společnosti COMPAG CZ s. r. o., IČ 62241630, se sídlem V Lukách 95/IV, 471 24 Mimoň, za níž jedná Ing. Jiří Blecha a Radek Lizec, jednatelé, společnosti COMPAG MLADÁ BOLESLAV s. r. o., IČ 47551984, se sídlem Vančurova 569, 293 05 Mladá Boleslav, za níž jedná Ing. Miloslav Neuman a Radek Lizec, jednatelé, a společnosti BRANTNER Slovakia s. r. o., IČ 31698336, se sídlem Vietnamská 22, 821 04 Bratislava, Slovenská republika, za níž jedná Ing. Dušan Magula a Ing. Ladislav Procházka, jednatelé, které 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 (dále jen "vybraný uchazeč"), žádost společnosti TEMPOS Břeclav, a. s., IČ 48911941, se sídlem Sovadinova 2, 690 94 Břeclav, za níž jedná Pavel Iványi, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 8. 1. 2010 JUDr. Igorem Velebou, advokátem, se sídlem Soběšická 151, 638 00 Brno (dále jen "navrhovatel"), žádost společnosti SITA CZ a. s., IČ 25638955, se sídlem Španělská 10/1073, 120 00 Praha 2 (dále jen "společnost SITA CZ a. s."), a žádost společnosti AVE CZ odpadové hospodářství s. r. o., IČ 49356089, se sídlem Pražská 1321/38a, 102 00 Praha 10 (dále jen "společnost AVE CZ odpadové hospodářství s. r. o.").
6. Rozhodnutím ze dne 16. 9. 2009 vyloučil zadavatel společnost AVE CZ odpadové hospodářství s. r. o. z účasti v zadávacím řízení, z důvodu, že její žádost o účast v jednacím řízení s uveřejněním nebyla podána v souladu se zadávacími podmínkami obsaženými ve výzvě k jednání a společnost AVE CZ odpadové hospodářství s. r. o. nezjedнала nápravu ani ve lhůtě tří pracovních dnů ode dne doručení výzvy zadavatele k nápravě nedostatků žádosti o účast v jednacím řízení s uveřejněním.
7. Jednání o nabídkách proběhlo dne 7. 10. 2009.

8. Rozhodnutím zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 5. 11. 2009 byla jako nejvhodnější vybrána nabídka vybraného uchazeče. Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky obdržel navrhovatel dne 11. 11. 2009.
9. Dne 25. 11. 2009 podal navrhovatel dopisem ze dne 24. 11. 2009 námitky proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky.
10. Zadavatel rozhodnutím ze dne 2. 12. 2009, které navrhovatel obdržel dne 10. 12. 2009, námitkám navrhovatele nevyhověl.
11. Vzhledem k tomu, že zadavatel svým rozhodnutím nevyhověl námitkám navrhovatele, podal navrhovatel dopisem ze dne 18. 12. 2009 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“), který byl doručen Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "Úřad") téhož dne.
12. V úvodu návrhu navrhovatel uvádí, že má za to, že při zadání předmětné veřejné zakázky došlo k řadě porušení zákona. Tato porušení zákona zásadním způsobem ovlivnila jak přístup k veřejné zakázce tak i výběr nejvhodnější nabídky, neboť výběr nejvhodnější nabídky nebyl uskutečněn podle skutečné ekonomické výhodnosti nabídky a v zadávacím řízení došlo k porušení základních zásad stanovených v § 6 zákona.
13. Návrh navrhovatele směřuje proti nemožnosti změny nabídek u některých dílčích hodnotících kritérií. Navrhovatel uvádí, že v průvodním dopise ze dne 10. 7. 2009, který zaslala navrhovateli osoba pověřená k výkonu zadavatelských činností v jednacím řízení s uveřejněním, bylo navrhovateli sděleno, že dílčí hodnotící kritéria "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 měněny. Tato skutečnost byla uchazečům sdělena rovněž ve výzvě k jednání ze dne 10. 7. 2009.
14. Navrhovatel je toho názoru, že byl zadavatel vázán ustanovením § 22 odst. 2 zákona, podle kterého musí zadavatel poskytnout uchazečům přiměřenou lhůtu k úpravě či doplnění nabídek. Tímto postupem zadavatele bylo uchazečům znemožněno podat ekonomicky výhodnější nabídku oproti předchozí nabídce v původním otevřeném řízení. Takový postup zadavatele je porušením zásady transparentnosti zadávacího řízení a je diskriminační. Navrhovatel také poukazuje na to, že dílčí hodnotící kritéria (především smluvní pokuty, ale i lhůty k rekonstrukci) navržená v otevřeném řízení (kde zadavatel nestanovil závazný návrh smlouvy), nemohou být transparentně porovnávána s kritérii v jednacím řízení s uveřejněním (kde zadavatel stanovil závazný text návrhu smlouvy). Při zvažování výše nabízené smluvní pokuty každý zodpovědný uchazeč jistě zvažuje nejen samotnou výši smluvní pokuty, ale také definici smluvní povinnosti, kterou má smluvní pokuta zajišťovat. Vzhledem k tomu, že v otevřeném řízení pracoval každý z uchazečů s vlastním návrhem smlouvy a tím i s vlastními definicemi zajišťovaných smluvních povinností, nastavil každý z uchazečů nabídku výše smluvní pokuty i s ohledem na uchazečem definovanou smluvní povinnost. Pokud zadavatel v jednacím řízení s uveřejněním změnil zadávací podmínky v tom smyslu, že součástí výzvy k jednání se stal závazný text návrhu smlouvy, došlo k tomu, že se k mnohdy jinak definovaným zajišťovaným povinnostem do textu smlouvy dosadila výše smluvní pokuty nabízená uchazečem původně za jiných podmínek. Obdobně může výše uvedené platit např. i u kritéria lhůty k rekonstrukci.

15. Podle navrhovatele může být např. neporovnatelná nabídka lhůty k rekonstrukci za smluvních podmínek, které umožňují případné prodloužení lhůty např. s odkazem na nevhodné klimatické podmínky, ve srovnání se smluvní úpravou, která nic takového neumožňuje a nevhodné klimatické podmínky musí uchazeč jako své riziko zakalkulovat do nabízené lhůty. Tímto postupem zadavatele došlo v předmětném zadávacím řízení k diskriminaci uchazečů, kteří by s ohledem na nově předložený text návrhu smlouvy navrhli jinou výši těchto hodnotících kritérií.
16. Dále navrhovatel v návrhu konstatuje, že užití vah a bodových hodnocení tak, jak bylo provedeno zadavatelem v rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, nijak neodráží ekonomickou výhodnost nabídky, neboť rozhodující roli v bodovém hodnocení hrají naprosto marginální kritéria a reálně nesplnitelné lhůty.
17. Navrhovatel si je vědom, že zákon obecně dává zadavateli poměrně značnou volnost jak ve stanovení hodnotících kritérií, tak ve stanovení jejich váhy. Tato volnost ale nesmí být v rozporu se smyslem zákona, a pokud neexistují objektivní důvody, nemůže vést postup zadavatele k tomu, že kritérium nabídkové ceny je pro celkové hodnocení téměř bezvýznamné a o výsledku hodnocení rozhodují kritéria, která nemají se skutečnou ekonomickou výhodností nic společného. Takový postup je v rozporu s § 78 odst. 1 písm. a) zákona. Z celkových výsledků hodnocení podle počtu přidělených bodů jednotlivým uchazečům a z nabízených cen vyplývá, 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 v položce nabídková cena může znamenat cca 200 mil. Kč. Navrhovatel tedy shrnuje, že ekonomická výhodnost je zadavatelem stanovena tak, že pokud některý uchazeč stanoví v dílčích hodnotících kritériích nereálné účelové hodnoty a ostatní k nabídce reálně přistupující uchazeče v těchto parametrech naprosto výrazně porazí, mohla by být jeho nabídková cena i o 200 mil. Kč vyšší, a přesto by mohl být podle stanoveného matematického výpočtu hodnocen jako ekonomicky nejvhodnější.
18. Podle navrhovatele je nejabsurdnější bodové hodnocení dílčího hodnotícího kritéria "Cena za správu akcií za zadavatele ve společnostech TEMPOS a. s. a Hantály a. s.". Z nabídek je podle navrhovatele zřejmé, že v poměru k velikosti veřejné zakázky se jedná o naprosto okrajovou položku, která má hodnotu v haléřích (nabídka vybraného uchazeče), korunách (nabídka navrhovatele) či v tisíci korunách (nabídka společnosti SITA CZ a. s.). V dané případě nabídl vybraný uchazeč cenu 0,16 Kč měsíčně, což je 8 % nabízené ceny navrhovatele, což v bodovém hodnocení činí rozdíl 4,6 bodu, jejichž zisk v dílčím hodnotícím kritériu nabídková cena by představoval cenu nižší o cca 23 mil. Kč. Takovýto způsob hodnocení nabídek nijak nevyjadřuje ekonomickou výhodnost.
19. Navrhovatel dále zdůrazňuje, že správa akcií zadávaná jako dílčí část veřejné zakázky je činnost zcela odlišná, nesouvisející s předmětem veřejné zakázky, kterým je komplexní zajištění komunálních služeb. Jediným pojítkem mezi těmito dvěma předměty veřejné zakázky je skutečnost, že společnost Hantály a. s. a TEMPOS Břeclav a. s., jejichž akcie mají být spravovány, se zabývají činností v oblasti komunálních služeb. Není zde podle navrhovatele žádný důvod tyto činnosti spojovat v jedné veřejné zakázce. Podle závazného návrhu smlouvy o správě cenných papírů má správce povinnost obhospodařovat cenné papíry s cílem jejich dlouhodobého zhodnocování. Zadavateli jako akcionáři těchto dvou společností je známo, že působí v regionu Břeclavska a zabývají se činností v oblasti

komunálních odpadů, tedy činností konkurenční vůči uchazečům, kteří mohou mít potenciální zájem o poskytování komunálních služeb pro město Břeclav. Z tohoto je zřejmé, že kterýkoliv vybraný uchazeč se jako správce akcí dostane do konfliktu zájmů.

20. Podle navrhovatele je zařazení správy akcí vadné i z důvodu, že činnosti, které jsou předmětem veřejné zakázky, uchazeči obecně vykonávají v rámci své podnikatelské činnosti, ke které mají příslušné podnikatelské oprávnění. Podle ustanovení § 4 odst. 3 písm. a) zákona č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o podnikání na kapitálovém trhu"), je správa akcí doplňkovou investiční službou. Podle ustanovení § 4a zákona o podnikání na kapitálovém trhu nesmí nikdo poskytovat doplňkovou investiční službu bez povolení vydaného Českou národní bankou, přičemž příslušným povolením je povolení k činnosti obchodníka s cennými papíry. Tímto povolením žádný z uchazečů nedisponuje a uchazeči, kteří podali nabídky, jsou vědomě či nevědomě nuceni k provozování doplňkové investiční činnosti v rozporu se zákonem o podnikání na kapitálovém trhu.
21. Tím, že zadavatel spojil komunální služby se správou akcí, jsou potenciální uchazeči – společnost Hantály, a. s. a společnost Tempos Břeclav a. s. – nuceni uzavřít smlouvu o správě vlastních akcí. Taková smlouva je zcela zjevně právně vadná. Společnost Hantály, a. s. nabídku vůbec nepodala, navrhovatel se zadávacího řízení nakonec účastnil, zmiňované vady smlouvy o správě akcí, stejně jako potenciální hrozbu sankce ze strany České národní banky za neoprávněný výkon doplňkové investiční služby, však musel při zpracování nabídky zahrnout do svého podnikatelského rizika.
22. Navrhovatel dále rovněž poukazuje na rozdílnost ostatních předmětů veřejné zakázky (nakládání s komunálním odpadem, údržba a rekonstrukce veřejného osvětlení, údržba místních komunikací a veřejně přístupných účelových ploch).
23. Navrhovatel v návrhu dále napadá smluvní pokuty, kdy některé návrhy uchazečů jsou naprosto nad rámec přiměřenosti, v praxi naprosto neuplatnitelné nebo zcela neplatné. U smluvních pokut platí, že kdo nabídne nesmyslně vysokou, nevymahatelnou smluvní pokutu, získá v bodovém hodnocení výhodu oproti ostatním účastníkům, která nijak nesouvisí se skutečnou ekonomickou výhodností. V souladu s ustálenou judikaturou je třeba, aby v ujednání o smluvní pokutě byly dostatečně určité popsány povinnosti, které mají být zajištěny smluvní pokutou. Navrhovatel poukazuje na to, že podle závazného textu návrhu smlouvy, chybí u řady smluvních pokut dostatečně formulovaná povinnost, která má být smluvní pokutou zajištěna.
24. Navrhovatel v návrhu uvádí jednotlivé povinnosti u smluvních pokud uvedených v návrhu smlouvy o dílo, který byl přílohou výzvy k jednání v jednacím řízení s uveřejněním.
25. U smluvní pokuty za nedodržení termínu lhůty sjednaného svozu podle bodu 9.1.1 návrhu smlouvy chybí podle navrhovatele dostatečně určité stanovení zajišťované povinnosti a zejména dostatečně určité stanovení lhůty.
26. U smluvní pokuty za nedodržení dohodnutého termínu pro odstranění vad plnění podle přílohy č. 1 ke smlouvě o dílo navrhovatel konstatuje neurčitost tohoto ujednání. Navíc povinnost není stanovena smlouvou, ale předpokládá předchozí dohodu stran, u které ale chybí určení, jakým způsobem má být dosažena.

27. Navrhovatel dále napadá smluvní pokutu v případě předčasného ukončení smlouvy zhotovitelem z důvodů na straně zhotovitele. Smlouva je podle navrhovatele sjednána na dobu určitou a nezná "předčasné ukončení". Od smlouvy může zhotovitel odstoupit pouze v případě, kdy zadavatel nebude plnit své finanční závazky. Pokud tato situace nastala, jednal by uchazeč v souladu se smlouvou a takový postup samozřejmě nemůže být sankcionován smluvní pokutou.
28. U smluvní pokuty podle článku 9.1.4 návrhu smlouvy, která sankcionuje nedodržení termínu přistavení sběrných nádob ke dni účinnosti smlouvy, navrhovatel konstatuje nejasnost definice smluvní povinnosti.
29. Navrhovatel napadá nejasnost smluvní povinnosti i v případě smluvní pokuty za nedodržení termínu odstranění zjištěných nedostatků v údržbě veřejného osvětlení.
30. V případě smluvní pokuty za nedodržení termínu pro modernizaci veřejného osvětlení a termínu pro zavedení pasportizace veřejného osvětlení navrhovatel upozorňuje na výši pokuty nabídnutou vybraným uchazečem ve výši 1 000 Kč za každý den prodlení, což je pro navrhovatele marginální částka oproti ostatním smluvním pokutám v nabídce vybraného uchazeče.
31. U smluvní pokuty za nedodržení termínu pro odstranění zjištěných nedostatků v čištění, zimní údržbě a údržbě komunikací navrhovatel opět konstatuje nejasnost smluvních povinností.
32. Smluvní pokuta za nedodržení termínu dohodnutého pro odstranění vad plnění podle přílohy č. 3 smlouvy je podle navrhovatele pro neurčitost neplatná.
33. Výše uvedené výtky vůči smluvním pokutám navrhovatel shrnuje konstatováním neprofesionální přípravy návrhu smlouvy, který trpí právními vadami a neurčitě formulovanými zajišťovacími prostředky.
34. Ve vztahu k hodnotícímu kritériu „Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací, VO“ navrhovatel upozorňuje, že vybraný uchazeč uvedl ve své nabídce termín rekonstrukce veřejného osvětlení 182 dní. Podle navrhovatele je tento termín nerealizovatelný a 7x kratší než druhý nejvýhodnější nabízený termín. Naprostou nereálnost termínu vybraného uchazeče pro rekonstrukci veřejného osvětlení dokládá navrhovatel vyjádřením externího, nezávislého subjektu – společnost DATmoLUX s. r. o.
35. Navrhovatel má za to, že tuto zjevnou nepřiměřenost měla hodnotící komise posuzovat analogicky jako mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Vybraný uchazeč měl být vyzván ke zdůvodnění tohoto termínu. Pokud by vybraný uchazeč řádně nezdůvodnil tento termín objektivními příčinami, měla být jeho nabídka vyřazena. Takto krátký termín realizace, pokud nebude náležitě zdůvodněn, je třeba podle navrhovatele interpretovat tak, jako by uchazeč v tomto kritériu žádnou nabídku nepodal, jeho nabídka je tedy neúplná a měl být vyloučen. Tím, že se hodnotící komise nijak nezabývala nereálností termínu rekonstrukce veřejného osvětlení v nabídce vybraného uchazeče došlo k diskriminaci ostatních uchazečů, kteří ve svých nabídkách uvedli lhůty reálné. Výše uvedené výtky navrhovatele se týkají rovněž nereálnosti navrženého termínu vybraným uchazečem pro zpracování pasportizace veřejného osvětlení a pasportizace komunikací.

36. Navrhovatel má za to, že s ohledem na výše uvedené zadávací dokumentace trpí zásadními vadami. Tím, že zadavatel nestanovil minimální či maximální limity u dílčích hodnotících kritérií, ani nestanovil v závazném návrhu smlouvy jasné povinnosti a jejich dostatečné, efektivní zajištění smluvními pokutami, připustil situaci, kdy rozhodující vliv při matematickém výpočtu bodového hodnocení uchazečů hrají čísla nevyjadřující skutečnou ekonomickou výhodnost nabídek.
37. Navrhovatel předložil cenovou nabídku o více jak 8,7 mil. Kč levnější než vybraný uchazeč. Na základě irelevantních, chybně formulovaných dílčích hodnotících kritérií s nevhodnou vahou, po zcela formálním postupu hodnotící komise, která pouze formálně provedla výpočet bodů, byla jako ekonomicky nejvýhodnější vybrána nabídka vybraného uchazeče. Navrhovatel je přesvědčen, že jeho nabídka je ekonomicky nejvýhodnější.
38. Dále navrhovatel konstatuje, že nebyly naplněny zákonné podmínky pro zahájení jednacího řízení s uveřejněním. Navrhovatel poukazuje na to, že důvodem pro jeho vyloučení v původním otevřeném řízení bylo údajné kladení nepřiměřených nároků na zadavatele v návrhu smlouvy. Tyto nepřiměřené nároky spočívaly v tom, že podle smluvních podmínek návrhu navrhovatele zadavatel "musí připravit odpady vždy tak, aby ve stanoveném termínu a na stanoveném místě byly způsobilé k odvozu." Tímto ustanovením se navržená smlouva o dílo měla dostat do rozporu s obecně závaznou vyhláškou města Břeclav č. 2/2006, o nakládání s komunálním a stavebním odpadem, která stanovuje povinnost tak, aby odpady byly ve stanoveném termínu a na stanoveném místě způsobilé k odvozu fyzickým osobám.
39. Navrhovatel má dále za to, že jednací řízení s uveřejněním bylo zahájeno v rozporu se zákonem také proto, že nebylo zahájeno bezodkladně po zrušení předchozího otevřeného řízení. Navrhovatel poukazuje na to, že zadavatel rozhodl o zrušení otevřeného řízení dne 22. 5. 2009 a jednací řízení s uveřejněním bylo zahájeno dne 10. 7. 2009. Podle navrhovatele je tedy zřejmé, že se v žádném případě nejednalo o bezodkladný postup.
40. Navrhovatel dále poukazuje na nedostatky formy výzvy k jednání. V případě předmětného zadávacího řízení s uveřejněním výzva k jednání nebyla vůbec podepsaná. Výzva k jednání tedy nemá žádnou písemnou formu. Samotné zahájení jednacího řízení s uveřejněním je tedy formálně vadné; nicotným úkonem zadavatele.
41. Dále navrhovatel uvádí, že se zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách k většině argumentů navrhovatele nevyjadřuje s odůvodněním, že námitky byly podány opožděně. S tímto navrhovatel nesouhlasí. V případě předmětné veřejné zakázky podle navrhovatele se až při rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky projevilo, jakým způsobem bylo ze strany vybraného uchazeče účelově manipulováno s netransparentními hodnotícími kritérii. Až po seznámení se se zprávou o posouzení a hodnocení nabídek navrhovatel zjistil, že hodnotící komise ani zadavatel se účelovými a nereálnými parametry v dílčích hodnotících kritériích vůbec nezabývali a bylo pouze mechanicky počítáno bodové hodnocení. Až po oznámení o výběru nejvhodnější nabídky se stalo zřejmé, jakou marginální roli pro hodnocení nabídek má kritérium celkové nabídkové ceny a jaká nepřiměřeně vysoká a rozhodující váha byla stanovena ostatním dílčím hodnotícím kritériím.
42. Vzhledem k výše uvedenému má navrhovatel za to, že nezákonný postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Navrhovatel se proto domáhá, aby Úřad uložil zadavateli nápravné opatření, kterým rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zruší, popř.

aby s ohledem na celou řadu dalších neodstranitelných vad řízení celé zadávací řízení zrušil. Současně navrhovatel žádá, aby Úřad uložil zadavateli předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu.

43. Dne 28. 12. 2009 Úřad obdržel od zadavatele dokumentaci o veřejné zakázce. Téhož dne Úřad obdržel od zadavatele plnou moc ze dne 22. 12. 2009 udělenou společností ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s. r. o., IČ 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4, za níž jedná JUDr. Vilém Podešva, advokát a jednatel, spolu s žádostí o prodloužení lhůty k zaslání vyjádření k návrhu nejméně do 15. 1. 2010.
44. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
zadavatel,
navrhovatel, a
vybraný uchazeč.
45. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č.j. ÚOHS-S4/2010/VZ-285/2010/520/DŘÍ ze dne 7. 1. 2010. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č.j. ÚOHS-S4/2010/VZ-306/2010/520/DŘÍ ze dne 7. 1. 2010 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Uvedeným usnesením Úřad stanovil vybranému uchazeči lhůtu k určení společného zmocněnce k zastupování k usnadnění správního řízení. Dále Úřad zadavateli stanovil lhůtu k zaslání dokumentace o původní veřejné zakázce a lhůtu k zaslání vyjádření k návrhu.
46. Rozhodnutím o předběžném opatření č.j. ÚOHS-S4/2010/VZ-317/2010/520/DŘÍ ze dne 8. 1. 2010 Úřad zakázal zadavateli uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.
47. Dne 14. 1. 2010 Úřad obdržel dokumentaci o původní veřejné zakázce.
48. Dne 14. 1. 2010 Úřad obdržel od navrhovatele plnou moc ze dne 8. 1. 2010 udělenou JUDr. Igoru Velebovi, advokátovi, se sídlem Soběšická 151, 638 00 Brno.
49. Úřad obdržel dne 15. 1. 2010 vyjádření vybraného uchazeče k návrhu. Vybraný uchazeč konstatuje, že předmětná veřejná zakázka byla zadána v souladu se zákonem. Vybraný uchazeč neshledal žádnou změnu zadávacích podmínek oproti původní veřejné zakázce. Dále konstatuje, že v případě pochybností navrhovatele s podmínkami zadávací dokumentace měl navrhovatel tyto připomínky vznést ve lhůtě k tomu dané, tedy před odevzdáním své nabídky, nikoliv po provedeném hodnocení nabídek. Vybraný uchazeč k výtce navrhovatele v návrhu, že lhůta rekonstrukce veřejného osvětlení uvedená v nabídce vybraného uchazeče je nereálná, přikládá referenční vyjádření společnosti Brantner Slovakia s. r. o., které konstatuje, že u podobné rekonstrukce pro město Nové Zámky, avšak v daleko větším rozsahu, byla lhůta 182 dní dostatečná.
50. Vybraný uchazeč dále nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že správa akcií nesouvisí s předmětem plnění veřejné zakázky. V případě vyhlášení předmětné veřejné zakázky neměl podle názoru vybraného uchazeče zadavatel jinou možnost, než správu akcií předmětných společností do veřejné zakázky zakomponovat. Pouze tímto způsobem si mohl s velkou pravděpodobností zajistit, že vítěz veřejné zakázky bude usilovat o využití potenciálu těchto společností a plněním veřejné zakázky nebudou znehodnoceny majetkové podíly zadavatele

v těchto společnostech. Zároveň je logické, že zadavatel má zájem na tom, aby správu akcí a výkon práv z nich vyplývajících vykonával subjekt, který svou odborností dává předpoklad, že tyto společnosti budou řízeny s péčí řádného hospodáře.

51. V závěru svého vyjádření vybraný uchazeč prohlašuje, že jeho nabídka byla míněna zcela vážně a byla předložena na základě jeho zkušeností a s plným vědomím jeho závazků z nabídky vyplývajících. Dále konstatuje, že podmínky návrhu smlouvy považuje za dostatečně určité a veškeré podmínky v ní uvedené za splnitelné. Vybraný uchazeč tedy navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl v plném rozsahu.
52. Vybraný uchazeč dne 15. 1. 2010 doručil Úřadu oznámení, ve kterém sděluje, že dne 8. 1. 2010 byla Krajským soudem v Ústí nad Labem zapsána do obchodního rejstříku fúze společnosti COMPAG CZ s. r. o., IČ 64580121, se sídlem V Lukách 95/IV, 471 24 Mimoň, a společnosti COMPAG SEVER s. r. o., IČ 62241630, se sídlem V Lukách 95/IV, 471 24 Mimoň, s tím, že společnost COMPAG SEVER s. r. o. převzala v souvislosti s fúzí sloučením jmění zanikající společnosti COMPAG CZ s. r. o., IČ 64580121 a společnost COMPAG SEVER s. r. o., IČ 62241630 změnila obchodní firmu na COMPAG CZ s. r. o.
53. Dne 15. 1. 2010 doručil Úřadu vybraný uchazeč plnou moc udělenou společnému zmocněnci společnosti COMPAG CZ s. r. o., IČ 62241630, se sídlem V Lukách 95/IV, 471 24 Mimoň.
54. Dopisem ze dne 18. 1. 2010, které bylo Úřadu doručeno téhož dne, se zadavatel vyjádřil k návrhu. Zadavatel konstatuje, že návrh je třeba považovat za nedůvodný a v celé řadě případů i za zjevně opožděný, tudíž podaný neoprávněnou osobou.
55. Zadavatel v úvodu návrhu rekapituluje svůj postup v jednacím řízení s uveřejněním. Zadavatel uvádí, že v jednacím řízení s uveřejněním stanovil zadávací podmínky v úzké vazbě na původní veřejnou zakázku. Zadavatel stanovil fakticky identickou technickou specifikaci a nikterak nezměnil podmínky hodnocení nabídek. Zadavatel stanoveným způsobem umožnil úpravu či doplnění nabídek nebo kvalifikace v potřebném rozsahu, podstatně nezměnil zadávací podmínky.
56. Zadavatel poukazuje na zjevnou účelovost procesní aktivity navrhovatele. Časové prodlužování zadávacího řízení je v ekonomickém zájmu navrhovatele, neboť tento stále získává ekonomickou výhodu, čerpá ekonomické přínosy a poskytuje komunální služby zadavateli na základě existujících smluvních vztahů.
57. Zadavatel dále uvádí, že v průběhu jednacích řízení s uveřejněním žádný z dodavatelů proti jakémukoliv úkonu zadavatele nepodal námitky, vyjma navrhovatele, který podal pouze námitky až proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Z výše uvedeného je podle zadavatele nepochybné, že pokud návrh směřuje proti obsahu výzvy k jednání, tvrzenému porušení závazného postupu zadavatele při použití druhu zadávacího řízení, nedostatku písemné formy výzvy k jednání, pak je tento návrh nepřipustný, opožděný a podaný neoprávněnou osobou.
58. Včasné námitky podal navrhovatel podle zadavatele výlučně proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel jak rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky, tak ani jakýmkoliv jiným úkonem neporušil žádná ustanovení zákona. Zadavatel je tedy přesvědčen, že jsou dány důvody pro zastavení řízení.

59. Přesto však se z důvodu procesní opatrnosti zadavatel dále vyjadřuje k jednotlivým bodům návrhu.
60. Obecně zadavatel konstatuje, že všechny zadávací podmínky byly navrhovatelí známy již ke dni doručení výzvy k jednání, tj. ke dni 14. 7. 2009. Navrhovatel proti zadávacím podmínkám v průběhu zadávacího řízení nic nenamítal, a to až do doby po obdržení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Navrhovatel nic nenamítal ani na jednání se zadavatelem dne 7. 10. 2009.
61. K otázce nemožnosti úpravy některých dílčích hodnotících kritérií oproti původní veřejné zakázce zadavatel uvádí, že z účelu úpravy jednacího řízení s uveřejněním v žádném případě neplyne povinnost zadavatele, aby uchazečům umožnil celkovou změnu veškerých aspektů jejich nabídek nebo kompletní změnu nabídek v rozsahu, který je předmětem hodnocení. Smyslem jednacího řízení s uveřejněním je podle zadavatele, aby bylo všem uchazečům umožněno provést pouze dílčí doplnění a úpravy nabídek, které zhojí nedostatky nepřijatelných nabídek z předchozího otevřeného řízení a které případně umožní reflektovat posun nabídkových cen za plnění či podobných ukazatelů v čase, je-li to pro zadavatele výhodné. Zadavatel postupoval naprosto zákonně, transparentně a nediskriminačně.
62. K navrhovatelem uvedeným výtkám týkajících se váhy jednotlivých dílčích hodnotících kritérií zadavatel uvádí, že podle ustanovení § 22 odst. 1 zákona může zadavatel daný druh jednacího řízení s uveřejněním použít pouze v případě, že podstatně nezmění zadávací podmínky předchozího otevřeného řízení. Zadavatel proto v jednacím řízení s uveřejněním ani nemohl jakkoliv podstatně měnit dílčí hodnotící kritéria a zejména pak jejich váhy.
63. Zadavatel již v předchozím otevřeném řízení stanovil dílčí hodnotící kritéria a jejich relativní váhy v úzkém vztahu k požadovanému plnění veřejné zakázky a s ohledem na jím požadovanou ekonomickou výhodnost. Zadavatel při stanovení dílčích hodnotících kritérií a jejich vah nijak nepochybil a k nedůvodným a opožděným výhradám navrhovatele nelze přihlížet.
64. Zadavatel dále konstatuje, že se navrhovatel snaží zpochybnit dílčí hodnotící kritérium, jímž je cena za správu akcií. Převážně však navrhovatel nerozporuje dané dílčí hodnotící kritérium jako takové, ale pouze způsob, jakým přistupovali k podání nabídek ostatní uchazeči. Argumentace navrhovatele je proto nedůvodná. Zadavatel rovněž nesouhlasí s názorem, že postup hodnotící komise byl v rozporu se zásadou transparentnosti. Bodovací metoda byla stanovena jako exaktní a objektivní. Výhrady navrhovatele, že správa akcií je zcela odlišná a nesouvisející s předmětem veřejné zakázky jsou nedůvodné a opět opožděné. Tyto výhrady navrhovatel dokonce neuvedl ani ve svých námitkách proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky.
65. Zadavatel uvádí, že se jeví ekonomicky výhodné, aby správu akcií v předmětných společnostech, které si vzájemně konkurují a které nespolupracují, vykonával jeden subjekt – dodavatel, který může zajistit dosažení maximálního synergického efektu a ekonomických přínosů pro zadavatele. Zahrnutím správy akcií do veřejné zakázky navíc bylo možné umožnit to, že nabídkové ceny za správu akcií alespoň teoreticky dosáhnou nízké úrovně. Další argument navrhovatele, že osoba spravující akcie musí mít povolení k činnosti obchodníka s cennými papíry od České národní banky, je rovněž nedůvodný a opožděný. Uvedené povolení je potřebné pouze pro obchodování na kapitálovém trhu ve smyslu zákona o

podnikání na kapitálovém trhu. Příslušné akcie však nejsou na kapitálovém trhu obchodovány a veřejnou zakázku nemusí plnit osoba s uvedeným povolením České národní banky.

66. K otázce smluvních pokut uvádí zadavatel, že ustanovení o smluvních pokutách i smluvní pokuty nabídnuté jinými uchazeči jsou dostatečně určité, přiměřené, vymahatelné a platné. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že zadavateli, Úřadu či správním soudům nepřísluší posuzovat přiměřenost výše smluvních pokut nebo platnost či neplatnost jednotlivých smluvních ustanovení. I zde zadavatel konstatuje, že žádný uchazeč v průběhu jednacího řízení s uveřejněním neurčitost či neplatnost ustanovení o smluvních pokutách v závazném vzoru smlouvy nenamítal a nevzněl ani žádnou související žádost o dodatečné informace. Zadavatel navíc ani nemohl na základě jakékoliv nabídnuté smluvní pokuty kteréhokoliv uchazeče vyloučit. Zadavatel proto postupoval v souladu se zákonem.
67. Dále se zadavatel vyjadřuje k navrhovatelem napadené lhůtě rekonstrukce a pasportizace veřejného osvětlení a komunikací nabídnuté vybraným uchazečem. Zadavatel nesouhlasí s názorem, že tato lhůta je nepřiměřeně krátká. Podle zadavatele nelze ani přihlídnout ke stanovisku společnosti DATmoLUX s. r. o. Tento dokument nebyl zpracován soudním znalcem ani znaleckým ústavem formou znaleckého posudku a tento dokument nesplňuje základní požadavky na příslušnou odbornost a nestrannost.
68. Zadavatel rovněž odmítá tvrzení navrhovatele, že v případě lhůty nabídnuté vybraným uchazečem měl postupovat analogicky podle ustanovení o mimořádně nízké nabídkové ceně. Zákon zadavateli neumožňuje, aby vybraného uchazeče za jím nabídnutou lhůtu jakkoliv znevýhodnil nebo dokonce vyloučil ze zadávacího řízení.
69. Dále se zadavatel vyjadřuje k námitkám navrhovatele k rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Hodnotící komise podle zadavatele postupovala zákonným způsobem. V postupu hodnotící komise zadavatel nespátňuje jakékoliv pochybení. I v tomto případě je tedy návrh podle zadavatele zjevně nedůvodný.
70. K nesplnění podmínek použití jednacího řízení bez uveřejnění zadavatel uvádí, že zrušení předchozího otevřeného řízení bylo provedeno z důvodu podání pouze nepřijatelných nabídek a zcela v souladu se zákonem. Zadavatel se pozastavuje nad tím, proč navrhovatel nevyužil svého práva podat proti svému vyloučení v původním otevřeném řízení či proti zrušení předchozího otevřeného řízení v zákonné lhůtě námítky. Zadavatel k navrhovatelem zmiňovanému nesplnění podmínky bezodkladnosti zahájení jednacího řízení s uveřejněním po zrušení původní veřejné zakázky uvádí, že požadavek bezodkladnosti neznamená, že lze takové řízení zahájit ihned poté, co zadavatel učiní rozhodnutí o zrušení předchozího otevřeného řízení. Zadavatel je naopak povinen vyčkat na uplynutí lhůty pro podání námitek a až následně může začít ve svých orgánech projednávat znění zadávacích podmínek jednacího řízení s uveřejněním tak, aby byly zajištěny veškeré požadavky vyplývající z obecně závazných právních předpisů upravujících výkon samosprávy v obcích a městech.
71. K nedostatkům písemné formy výzvy k jednání zadavatel uvádí, že uchazečům byl zaslán průvodní dopis podepsaný osobou oprávněnou jednat za osobu pověřenou výkonem zadavatelských činností po řádném schválení jejího znění radou města Břeclav. Výzva byla přiložena k řádně podepsanému průvodnímu dopisu, samostatný podpis na ní nebyl pochopitelně nezbytný a písemná forma výzvy k jednání byla dodržena.

72. Zadavatel výše uvedené shrnuje konstatováním, že návrh byl z podstatné části ve smyslu § 114 odst. 3 zákona podán neoprávněnou osobou, neboť hlavní část výhrad navrhovatele byla podána opožděně a bez opory v řádně a včas podaných námitkách. Návrh směřující přímo proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky je nedůvodný. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil.
73. Dne 20. 1. 2010 navrhovatel nahlédl do spisu prostřednictvím osoby navrhovatelem k tomu zmocněné na základě plné moci ze dne 8. 1. 2010.
74. Dopisem č.j. ÚOHS-S4/2010/VZ-2977/2010/520/DŘÍ ze dne 2. 3. 2010 Úřad zaslal Ministerstvu financí, se sídlem Letenská 15, 118 10 Praha 1 (dále jen "Ministerstvo financí"), žádost o stanovisko, zda investičními cennými papíry podle § 3 odst. 2 zákona o podnikání na kapitálovém trhu, tj. cennými papíry obchodovatelnými na kapitálovém trhu, jsou obecně všechny akcie jako druh cenného papíru, nebo zda akcie musí splňovat ještě další požadavky na svoji podobu, druh nebo formu.
75. Úřad obdržel dne 5. 3. 2010 vyjádření Ministerstva financí, ve kterém je uvedeno, že není nutné, aby předmětné akcie byly např. přijaty k obchodování na regulovaném trhu nebo aby v daném čase probíhaly jejich úplatné převody. Ke splnění definice obchodovatelnosti postačí, že akcie lze obchodovat, tedy že jejich obchodovatelnost není vyloučena na kapitálovém trhu jako takovém. Ministerstvo financí konstatuje, že pokud akcie společností HANTÁLY, a. s. a společnosti TEMPOS Břeclav, a. s., kterých se dotaz týkal, jsou obchodovatelné, tj. zejména že jejich převoditelnost není vyloučena, jedná se o investiční cenné papíry.
76. Usnesením č.j. ÚOHS-S4/2010/VZ-6248/2010/520/DŘÍ ze dne 3. 5. 2010 Úřad stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Současně tímto usnesením Úřad sdělil účastníkům řízení následující skutečnosti, na základě kterých má pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem:
77. V bodu 13.5 "Účinnost a ukončení smlouvy" návrhu smlouvy o komplexním zajištění komunálních služeb pro město Břeclav, který byl součástí výzvy k jednání v jednacím řízení s uveřejněním ze dne 10. 7. 2009, je uvedeno: "Zhotovitel je oprávněn odstoupit od smlouvy pouze v případě, že je objednatel v prodlení se zaplacením částky vyšší než 10 000 000 Kč (slovy: deset miliónů korun českých) bez příslušenství po dobu delší než tři měsíce."
78. V bodu 11 "Ochrana informací" návrhu smlouvy jsou praveny povinnosti smluvních stran ve vztahu k důvěrným informacím. V bodu 9.3 "Smluvní pokuty" návrhu smlouvy je uvedeno: "Smluvní strana, která poruší povinnosti vyplývající z čl. 11 této smlouvy týkající se ochrany informací, je povinna zaplatit druhé smluvní straně smluvní pokutu ve výši 50 000 Kč (slovy: padesát tisíc korun českých) za každé nikoli nepodstatné porušení takové povinnosti, a to do 15 dnů ode dne doručení písemné výzvy oprávněné smluvní strany."
79. V zadávací dokumentaci k veřejné zakázce "Komplexní zajištění komunálních služeb pro Město Břeclav" zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 16. 5. 2008 pod evidenčním číslem 60016748 (dále jen "původní veřejná zakázka"), ani v žádném jiném dokumentu, který je součástí dokumentace o původní veřejné zakázce, podmínky bodu 9.3, 11 a 13.5 návrhu smlouvy uvedeny nejsou.

80. Dále výše uvedeným usnesením Úřad seznámil účastníky řízení s následujícími novými skutečnostmi:
81. V bodu 6. "Hodnotící kritéria pro zadání veřejné zakázky" zadávací dokumentace k původní veřejné zakázce jsou uvedena dílčí hodnotící kritéria: Nabídková cena (60 %), Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizace komunikací, VO (20 %), Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření (10 %), Splatnost faktur a pokut (5 %), Cena za správu akcí za zadavatele ve společnostech TEMPOS a. s. a Hantály a. s. (5 %).
82. V bodu 5 "Návrh smlouvy o dílo" části 1., 2. a 3. zadávací dokumentace k původní veřejné zakázce je uvedeno: "Součástí této zadávací dokumentace není vzor smlouvy o dílo. Uchazeč vytvoří návrh smlouvy o dílo, součástí tohoto návrhu smlouvy o dílo budou veškeré podmínky uvedené v této zadávací dokumentaci."
83. V průvodním dopisu k výzvě k jednání v jednacím řízení s uveřejněním ze dne 10. 7. 2009 je uvedeno: "Ostatní údaje, které mají být hodnoceny v rámci dílčích hodnotících kritérií, tj. Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizace komunikací, VO, Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření, Splatnost faktur a pokut, nemohou být ze strany uchazečů měněny. Závazné jsou údaje vyplývající z nabídek podaných v předchozím otevřeném řízení. Tyto údaje jsou zapracovány do jednotného vzoru smlouvy o komplexním zajištění komunálních služeb, který tvoří přílohu č. 1 výzvy."
84. Dne 11. 5. 2010 Úřad obdržel vyjádření zadavatele k výše uvedeným novým skutečnostem. Zadavatel v úvodu vyjádření konstatuje, že zadávací podmínky ve formě návrhu smlouvy, resp. článku 9.3, 11 a článku 13.5 návrhu smlouvy, nenapadl žádný z uchazečů námitkami nebo jiným procesním úkonem. Všichni uchazeči byly s návrhem smlouvy řádně seznámeni zasláním výzvy k jednání. Dále zadavatel zdůrazňuje, že všichni uchazeči v jednacím řízení s uveřejněním na jednání se zadavatelem dne 7. 10. 2009 po projednání návrhu smlouvy učinili prohlášení, kterým návrh smlouvy obsahově odsouhlasili a písemně potvrdili.
85. Zadavatel odkazuje na své vyjádření ze dne 18. 1. 2010, ve kterém uvedl, že v jednacím řízení s uveřejněním stanovil zadávací podmínky v úzké vazbě na předchozí otevřené řízení. S cílem eliminovat opakování právní závadnosti návrhů smluv ze strany uchazečů zadavatel v jednacím řízení s uveřejněním vyhotovil jednotný návrh smlouvy, jehož smyslem bylo odstranění formálně právních vad vyskytnuvších se v návrzích smluv jednotlivých uchazečů v původním otevřeném řízení a zabránění účelové interpretace původních obchodních podmínek. Návrh smlouvy zadavatel zpracoval v přísné návaznosti na zadávací podmínky plynoucí z předchozího otevřeného řízení, aniž by došlo k jejich podstatné změně. Úpravy byly realizovány pouze za účelem prevence interpretačních problémů při plnění smlouvy a s cílem zajištění účelu veřejné zakázky.
86. Zadavatel inkorporoval všechny podstatné náležitosti požadavků na plnění a smluvních podmínek z předchozího otevřeného řízení do návrhu smlouvy. Ostatní (vedlejší či nahodilé) náležitosti smlouvy zadavatel převzal a systematicky začlenil ze zadávací dokumentace původní veřejné zakázky do návrhu smlouvy nebo nepodstatným způsobem v návrhu smlouvy konkretizoval tak, aby smlouva mohla sloužit k důslednému a řádnému plnění veřejné zakázky. Rozhodné podle zadavatele bylo, aby smluvní podmínky v návrhu smlouvy korespondovaly se smyslem a účelem původní veřejné zakázky a nedošlo k podstatné změně zadávacích podmínek.

87. Následně se zadavatel vyjadřuje k článku 9.3 a 11 návrhu smlouvy. Podle zadavatele se jedná o standardní ustanovení obchodních smluv a upřesňuje pouze povinnost stran chránit vzájemně důvěrné informace. Povinnost ochrany důvěrných informací je přitom podle zadavatele odvoditelná z různých částí celého právního řádu (instituty na ochranu obchodního tajemství, na ochranu proti nekalé soutěži apod.). Ustanovení čl. 9.3 návrhu smlouvy, které stanoví smluvní pokutu 50 000 Kč za každé nikoli nepodstatné porušení povinnosti chránit důvěrné informace, pouze akcentuje a konkretizuje význam ochrany důvěrných informací. Zadavatel zdůrazňuje, že v běžném obchodním styku se sjednávají ve smlouvách obdobné hodnoty pokuty mnohonásobně vyšší.
88. K článku 13.5 návrhu smlouvy zadavatel uvádí, že veřejná zakázka má být plněna po dobu 8 let. Účelem původních i stávajících zadávacích podmínek, potažmo pak smlouvy je, aby bylo plnění dodavatelem zadavateli poskytováno po celou stanovenou dobu. Pro zamezení vzniku budoucích sporů se zadavateli jevílo jako vhodné, aby strany smluvně vymezily podmínky odstoupení od smlouvy. Z povahy věci plyne, že jednostranné odstoupení od smlouvy je nejzazším nástrojem v případě problémů s plněním smlouvy a může být snadno zneužitelným nástrojem. Z toho důvodu musí být zaručeny takové limity, které omezí zbavování se nevýhodné smlouvy a porušování závaznosti smluv. Stanovení částky 10 mil. Kč prodloužení je podle zadavatele rozumnou ochranou před nepřiměřeným a neúčelným vznikem sporů o případném jednostranném ukončení smlouvy. Pro úplnost zadavatel dodává, že všechna uvedená ustanovení smlouvy, tj. článek 9.3 ve spojení s článkem 11 a článek 13.5 nediskriminují žádného uchazeče. Z výše uvedeného podle zadavatele vyplývá, že je nutné posuzovat postup zadavatele jako souladný se zákonem.
89. Zadavatel poukazuje dále na skutečnost, že zákon pojem podstatné změny zadávacích podmínek nedefinuje. Zadavatel má za to, že podstatnou změnou zadávacích podmínek ve smyslu § 22 odst. 1 zákona lze rozumět pouze takovou změnu zadávacích podmínek, která by zásadně změnila charakter veřejné zakázky (například významnou změnou požadovaného plnění, zásadním prodloužením či zkrácením doby plnění apod.). Za podstatnou změnu zadávacích podmínek podle zadavatele nelze považovat převzetí či upřesnění smluvních podmínek plynoucích z původní veřejné zakázky, které bylo provedeno formou stanovení závazného návrhu smlouvy. Podstatnou změnou zadávacích podmínek pak není ani upřesnění obecných právních a smluvních pravidel, které týkají ochrany důvěrných informací či odstoupení od smlouvy, to vše s cílem posílení účelu smlouvy a veřejné zakázky.
90. Dále zadavatel uvádí, že ustanovení § 22 odst. 1 zákona vychází z čl. 30 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004. Ze žádného z dostupných rozhodnutí soudních orgánů Evropské unie nevyplývá, že by precizace smluvních ustanovení o odstoupení od smlouvy nebo o ochraně důvěrných informací mohla být považována za podstatnou změnu zadávacích podmínek. Za podstatné změny lze podle Evropské komise považovat změny cenových ujednání, doby poskytování služeb, technické specifikace atd.
91. Uvedený právně nezávazný názor Evropské komise je třeba podle zadavatele vykládat tak, že Evropská komise nepřipouští zásadní změny, které se týkají podstatných náležitostí smlouvy. Podstatnými náležitostmi předmětného návrhu smlouvy jsou podle zadavatele identifikace smluvních stran, předmět smlouvy a technická specifikace, cenová ujednání a doba a místo plnění. Ostatní ujednání jsou nepodstatné a vedlejší. Zadavatel výklad pojmu podstatné změny opírá rovněž o výklad pojmu podstatné změny v analogickém případě jako je změna

podmínek veřejné zakázky po dobu jejího plnění. V tomto odkazuje na rozhodnutí Soudního dvora ve věci C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur GmbH proti Republik Österreich (Bund).

92. Zadavatel výše uvedené shrnuje konstatováním, že zadávací podmínky nezměnil podstatným způsobem. Nedošlo totiž ke změně základních nebo podstatných náležitostí smlouvy nebo účelu veřejné zakázky. Zadavatel tedy postupoval v souladu se zákonem.
93. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 22 odst. 1 zákona, neboť v zadávacích podmínkách jednacího řízení s uveřejněním 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 jednacího řízení s uveřejněním, a tímto postupem podstatně změnil zadávací podmínky oproti předchozímu otevřenému řízení. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Naplnění podmínek použití jednacího řízení s uveřejněním

94. Podle ustanovení § 22 odst. 1 zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení s uveřejněním, jestliže v předchozím otevřeném řízení, užším řízení nebo soutěžním dialogu byly podány pouze neúplné nebo nepřijatelné nabídky, podstatně nezmění zadávací podmínky a zahájí jednací řízení s uveřejněním bezodkladně po zrušení předchozího zadávacího řízení.
95. Zadávacími podmínkami jsou podle § 17 písm. l) zákona veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky.
96. Výše uvedené ustanovení § 22 odst. 1 zákona představuje jednu z možností použití jednacího řízení s uveřejněním. Zadavatel jej ale může aplikovat pouze za předpokladu kumulativního naplnění všech v něm uvedených podmínek.
97. V původní veřejné zakázce byla jako základní hodnotící kritérium stanovena v bodu 6. "Hodnotící kritéria pro zadání veřejné zakázky" zadávací dokumentace ekonomická výhodnost nabídky. Dílčími hodnotícími kritérii byla „Nabídková cena“ (60 %), „Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací, VO“ (20 %), „Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření“ (10 %), "Splatnost faktur a pokut" (5 %) a "Cena za správu akcií za zadavatele ve společnostech TEMPOS a. s. a Hantály a. s." (5 %).
98. V jednacím řízení s uveřejněním zadavatel ponechal základní hodnotící kritérium i dílčí hodnotící kritéria identická jako v původní veřejné zakázce. V průvodním dopisu k výzvě k jednání je však uvedeno: "Ostatní údaje, které mají být hodnoceny v rámci dílčích hodnotících kritérií, tj. lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací, VO, smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření a splatnost faktur a pokut, nemohou být ze strany uchazečů měněny. Závazné jsou údaje vyplývající z nabídek podaných

v předchozím otevřeném řízení. Tyto údaje jsou zpracovány do jednotného vzoru smlouvy o komplexním zajištění komunálních služeb, který tvoří přílohu č. 1 výzvy."

99. Hodnocení nabídek je proces, při kterém dochází k porovnání hodnot, které jsou předmětem hodnocení, uvedených v jednotlivých nabídkách uchazečů. Tyto hodnoty uchazeči předkládají podle své úvahy při zohlednění rozličných subjektivních a objektivních faktorů, které ovlivňují možnost konkrétního uchazeče předložit v určitém zadávacím řízení právě danou specifickou hodnotu, s cílem být v předmětném hodnotícím kritériu vyhodnocen jako nejvýhodnější.
100. V původním zadávacím řízení zadavatel stanovil výše uvedená dílčí hodnotící kritéria, na základě kterých uchazeči předkládali požadované hodnoty. Stanovení těchto předkládaných hodnot bylo ponecháno výlučně na úvaze jednotlivých uchazečů.
101. V jednacím řízení s uveřejněním zadavatel předmětné hodnoty pevně stanovil, když použil v zadávacích podmínkách jednacího řízení s uveřejněním hodnoty nabídnuté uchazeči v původní veřejné zakázce.
102. Zadávací podmínkou je kromě jiného také zadavatelem stanovená možnost dispozice s podobou předkládané nabídky ze strany uchazečů. Jak je již výše uvedeno, v původním zadávacím řízení zadavatel umožnil dodavatelům předložit podle své úvahy hodnoty, které jsou hodnoceny v rámci dílčích hodnotících kritérií „Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací, VO“, „Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření“ a "Splatnost faktur a pokut". V tomto smyslu tedy bylo výlučně na úvaze uchazečů, jaké hodnoty v nabídkách uvedou a jaké hodnoty tedy budou hodnoceny. V jednacím řízení s uveřejněním naproti tomu byly hodnoty, které jsou hodnoceny v rámci těchto dílčích hodnotících kritérií, zadavatelem pevně stanoveny na základě údajů uvedených v původních nabídkách. V jednacím řízení s uveřejněním tedy absentovala možnost uchazečů předložit předmětné hodnoty podle své úvahy.
103. Ve světle výše uvedeného není z hlediska posouzení podstatné změny zadávacích podmínek jednacího řízení s uveřejněním oproti původnímu zadávacímu řízení důležité, že se věcně nezměnily zadávací podmínky, ze kterých uchazeči při stanovení předmětných hodnot v původních nabídkách vycházeli (podmínky rekonstrukce a pasportizace, smluvní povinnosti zajišťované smluvními pokutami). Rozhodující je, že ze strany zadavatele byla v zadávacích podmínkách jednacího řízení s uveřejněním stanovena zcela odlišná pravidla pro přístup uchazečů k tvorbě svých nabídek v části, která byla předmětem hodnocení. V tomto Úřad spatřuje podstatnou změnu zadávacích podmínek jednacího řízení s uveřejněním oproti původní veřejné zakázce.
104. S výše konstatovanou nemožností uchazečů předložit podle své úvahy v nabídkách hodnoty, které byly předmětem hodnocení v rámci dílčích hodnotících kritérií uvedených v odstavci 102 tohoto rozhodnutí, souvisí také zadavatelem vložený bod 13.5 "Účinnost a ukončení smlouvy" návrhu smlouvy o komplexním zajištění komunálních služeb pro město Břeclav, který byl součástí výzvy k jednání v jednacím řízení s uveřejněním ze dne 10. 7. 2009.
105. V bodu 13.5 "Účinnost a ukončení smlouvy" návrhu smlouvy je uvedeno: "Zhotovitel je oprávněn odstoupit od smlouvy pouze v případě, že je objednatel v prodlení se zaplacením

částky vyšší než 10 000 000 Kč (slovy: deset miliónů korun českých) bez příslušenství po dobu delší než tři měsíce."

106. V zadávací dokumentaci k původní veřejné zakázce, ani v žádném jiném dokumentu, který je součástí dokumentace o původní veřejné zakázce, výše uvedená podmínka bodu 13.5 návrhu smlouvy o komplexním zajištění komunálních služeb pro město Břeclav uvedena není.
107. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky je 270 000 000 Kč. Doba plnění předmětu veřejné zakázky je 8 let (tj. 33 750 000 Kč za 1 rok plnění).
108. Částka 10 000 000 Kč, jejíž nezaplacení po dobu delší než tři měsíce ze strany zadavatele je důvodem pro odstoupení od smlouvy ze strany zhotovitele, tedy s ohledem na výše uvedené představuje hodnotu vyšší, než je předpokládaná hodnota veřejné zakázky za dobu tří měsíců. Na základě tohoto ujednání zhotovitel bude muset dále plnit povinnosti vyplývající z předmětné smlouvy a nemoci od ní odstoupit i v případě, kdy zadavatel bude v prodlení se zaplacením celé ceny díla provedeného za dobu tří měsíců. Takto ve vztahu k zadavatelově smluvní povinnosti platit za provedené práce benevolentně koncipované smluvní ujednání představuje zadávací podmínku, která může mít zásadní vliv na přístup uchazeče k podání, resp. tvorbě nabídky, oproti původnímu zadávacímu řízení, kde tato zadávací podmínka uvedena nebyla.
109. S ohledem na nemožnost uchazečů předložit v nabídkách nové hodnoty, které byly předmětem hodnocení v rámci dílčích hodnotících kritérií „Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací, VO“, „Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření“ a "Splatnost faktur a pokut", Úřad konstatuje, že vložení bodu 13.5 "Účinnost a ukončení smlouvy" návrhu smlouvy do zadávacích podmínek jednacího řízení s uveřejněním došlo ze strany zadavatele k zásadní změně zadávacích podmínek oproti předchozímu otevřenému řízení.
110. S ohledem na uvedené tedy Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval v rozporu s § 22 odst. 1 zákona, neboť při zahájení jednacího řízení s uveřejněním podstatně změnil zadávací podmínky oproti předchozímu otevřenému řízení. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že v případě, kdy by podstatně nezměnil zadávací podmínky, mohl obdržet nabídku, která by byla vybrána jako nejvhodnější namísto nabídky vybraného uchazeče, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
111. Při rozhodování podle § 118 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy protiprávního 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 stanovení podmínek zadání (resp. při naplnění podmínek použití jednacího řízení s uveřejněním) zadávacího řízení formou jednacího řízení s uveřejněním, musel Úřad zrušit zadávací řízení.
112. 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 jednací 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.

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

K částem návrhu, které se týkají zadávacích podmínek a písemné výzvy k jednání

114. Návrh musí podle § 114 odst. 2 zákona 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.
115. Jestliže podle § 114 odst. 3 zákona návrh nemá předepsané náležitosti podle odstavce 2 a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplní nebo nebyl doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtách podle § 113 odst. 2 nebo 3 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.
116. Námitky se podávají písemně. Podání řádných námitek je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci (viz § 110 odst. 5 zákona).
117. Podle § 110 odst. 3 zákona musí námitky stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do uzavření smlouvy.
118. Zákon v § 110 odst. 4 stanoví, že námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení musí stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky podle § 81 nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení. Před uplynutím lhůty pro podání námitek podle tohoto odstavce, a jsou-li námitky podány včas, do doručení rozhodnutí o námitkách nesmí zadavatel uzavřít smlouvu či zrušit zadávací řízení.
119. Podle ustanovení § 110 odst. 5 zákona se námitky podávají písemně. Podání řádných námitek je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci.
120. Součástí návrhu navrhovatele byly rovněž námitky ze dne 24. 11. 2009, které byly zadavateli doručeny dne 25. 11. 2009. Námitky navrhovatele byly označeny jako námitky proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Svým obsahem směřovaly proti stanovení váhy jednotlivých dílčích hodnotících kritérií, proti dílčímu hodnotícímu kritériu "Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření" z hlediska nedostatečnosti a neurčitosti smluvních povinností těmito smluvními pokutami zajišťovanými. Námitky dále směřují proti termínu nabídnutému vybraným uchazečem v nabídce u dílčího hodnotícího kritéria "Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací, VO" a následně proti postupu hodnotící komise při hodnocení tohoto dílčího hodnotícího kritéria. V námitkách navrhovatel dále napadal nemožnost změny nabídek v dílčích hodnotících kritériích „Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací, VO“, „Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření“ a "Splatnost faktur a pokut" a nenaplnění zákonných podmínek pro zahájení jednacího řízení s uveřejněním.

121. K výše uvedenému Úřad uvádí, že podání řádných námitek je podle ustanovení § 110 odst. 5 zákona podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci. V případě námitek navrhovatele se námitky svým obsahem kromě námítky proti výši smluvních pokut nabídnutých u dílčího hodnotícího kritéria "Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření" jinými uchazeči a kromě námítky proti termínu nabídnutému vybraným uchazečem u dílčího hodnotícího kritéria "Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací, VO" a následnému postupu hodnotící komise ve vztahu k tomuto termínu týkají podmínek zadávacího řízení.
122. Lhůta pro podání žádosti o účast v jednacím řízení s uveřejněním byla stanovena do 12,00 hodin dne 24. 8. 2009. Jednání o nabídkách proběhlo dne 7. 10. 2009. Námitky navrhovatele byly zadavateli doručeny dne 25. 11. 2009.
123. Jak z výše uvedeného ustanovení § 110 odst. 3 zákona vyplývá, je lhůta pro podání námitek 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozví o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele. Úřad v této věci uvádí, že již v době seznámení se zadávacími podmínkami si musel být navrhovatel vědom případné hrozící újmy a byl aktivně legitimován k podání námitek. Z hlediska posouzení běhu této subjektivní lhůty je pak nepochybně nutné považovat za počátek běhu lhůty k podání námitek nejpozději den lhůty k podání nabídek, kdy zadávací podmínky musely být navrhovateli známy. Účelem předmětné lhůty je pak především bránit tomu, aby dodavatelé čekali s námitkami proti postupu zadavatele až na výsledek zadávacího řízení.
124. Námitky navrhovatele proti podmínkám zadávacího řízení tedy zadavatel obdržel až po uplynutí lhůty 15 dnů podle § 110 odst. 3 zákona a námitky v této části tak nelze považovat za řádné. Přitom § 110 odst. 5 zákona výslovně omezuje okruh osob oprávněných podat návrh na zahájení řízení pouze na ty, kdo podali řádné námitky.
125. Úřad považuje za nutné se blíže vyjádřit k navrhovatelem napadeným vahám jednotlivých dílčích hodnotících kritérií, neboť vadnost dílčích hodnotících kritérií se může projevit až po provedeném hodnocení nabídek a výběru nejvhodnější nabídky.
126. V bodu 11. "Hodnocení konečných nabídek a výběr nejvhodnější konečné nabídky" výzvy k jednání byla jako základní hodnotící kritérium stanovena ekonomická výhodnost nabídky. Dílčími hodnotícími kritérii byla „Nabídková cena“ (60 %), „Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací, VO“ (20 %), „Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření“ (10 %), "Splatnost faktur a pokut" (5 %) a "Cena za správu akcií za zadavatele ve společnostech TEMPOS a. s. a Hantály a. s." (5 %).
127. Následně byla v tomto bodu výzvy k jednání podrobně popsána bodovací metoda hodnotící komise při hodnocení nabídek.
128. Navrhovatel v námitkách uvádí: "Kritérium nabídkové ceny je pro celkové hodnocení téměř bezvýznamné a o výsledku rozhodují kritéria, která nemají s ekonomickou výhodností nic společného. Z celkových výsledků hodnocení podle počtu bodů přidělených jednotlivým uchazečům a z nabízených cen vyplývá, že hodnota jednoho bodu promítnutá do nabídkové ceny je cca 5 mil. Kč (tj. aby navrhovatel, který nabídl nejnižší nabídkovou cenu, dosáhl v hodnotícím kritérium nabídková cena oproti vybranému uchazeči bodového zisku ve svůj prospěch, musel by pro zisk každého bodu snížit celkovou nabídkovou cenu vždy o cca 5 mil.

Kč). Mezi ostatní dílčí hodnotící kritéria vyjma nabídkové ceny je rozděleno 40 % bodů, tj. 40 bodů, jejichž zisk v položce nabídková cena může znamenat cca 200 mil. Kč. Jinými slovy, pokud některý uchazeč stanoví v ostatních hodnotících kritériích naprosto úžasné, nereálné nebo účelové hodnoty a ostatní k nabídce reálně přistupující uchazeče v těchto parametrech naprosto výrazně porazí, mohla by jeho nabídková cena být třeba o cca 200 mil. vyšší, a přesto by mohl být hodnocen jako ekonomicky nejvýhodnější."

129. Úřad k výše uvedenému uvádí, že navrhovatel byl ve výzvě k jednání seznámen s rozložením vah jednotlivých dílčích hodnotících kritérií. Rovněž mu byla známa ve výzvě k jednání podrobně popsána bodovací metoda hodnotící komise. Výše citované závěry navrhovatele týkající se vzájemných vazeb vah jednotlivých dílčích hodnotících kritérií si tedy navrhovatel mohl učinit již v době seznámení se se zadávacími podmínkami jednacímho řízení s uveřejněním. Nejedná se o skutečnosti, které by vyšly najevo až po provedeném hodnocení nabídek (viz rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 55/2008-63 a rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 75/2009-100). I v tomto případě jsou tedy v této části námítky navrhovatele opožděné.
130. Navrhovatel v návrhu napadal nedostatek písemné formy výzvy k jednání. Tato výtka nebyla součástí námitek navrhovatele ze dne 24. 11. 2009.
131. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že vzhledem k opožděnému podání námitek v části týkající se podmínek zadávacího řízení a vzhledem k tomu, že v části návrhu týkající se nedostatků písemné formy výzvy k jednání námítky nebyly podány vůbec, nelze navrhovatele v souladu s § 114 odst. 3 zákona považovat za osobu oprávněnou k podání návrhu v části týkající se stanovení váhy jednotlivých dílčích hodnotících kritérií, v části týkající se vadnosti definování smluvních pokut v návrhu smlouvy, v části týkající se nemožnosti změny nabídek v dílčích hodnotících kritériích „Lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a zavedení pasportizací komunikací, VO“, „Smluvní pokuty a lhůty náhradních opatření“ a "Splatnost faktur a pokut" a v části týkající se nenaplnění zákonných podmínek pro zahájení jednacímho řízení s uveřejněním a nedostatků písemné formy výzvy k jednání.
132. Z tohoto důvodu Úřad považuje návrh v uvedených bodech za podaný neoprávněnou osobou, a proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

Hodnocení lhůty rekonstrukce veřejného osvětlení a pasportizace

133. Navrhovatel v návrhu napadá termín rekonstrukce veřejného osvětlení uvedený v nabídce vybraného uchazeče (182 dní). Termín je podle navrhovatele nerealizovatelný a sedmkrát rychlejší než druhý nejvýhodnější nabízený termín (více jak 3 a půl roku). Navrhovatel má za to, že hodnotící komise měla na tuto skutečnost reagovat analogickým postupem jako v případě mimořádně nízké nabídkové ceny. Pokud by vybraný uchazeč řádně svůj termín neobhájil, měl být z účasti v zadávacím řízení vyloučen. Stejná výtka se vztahuje rovněž na termín zpracování pasportizace veřejného osvětlení a komunikací.
134. Úřad k tomuto uvádí následující.
135. Ustanovení § 79 odst. 1 zákona uvádí, že hodnocení nabídek provede hodnotící komise podle hodnotících kritérií uvedených v dokumentech podle § 78 odst. 6 zákona. Je-li základním hodnotícím kritériem ekonomická výhodnost nabídky, je hodnotící komise povinna hodnotit nabídky a stanovit jejich pořadí podle jednotlivých dílčích hodnotících kritérií a jejich vah.

136. Podle ustanovení § 77 odst. 1 při posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek posoudí hodnotící komise též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje 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 výši nabídkové ceny podstatné; zdůvodnění musí být uchazečem doručeno ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti uchazeči, pokud hodnotící komise nestanoví lhůtu delší.
137. Jak je z výše uvedeného ustanovení patrné, vztahuje se toto výlučně na institut nabídkové ceny. K otázce zjevně nepřiměřených hodnot u jiných dílčích hodnotících kritérií než je nabídková cena, Úřad konstatuje, že zadavatel může v zadávacích podmínkách stanovit, že posoudí-li hodnotící komise hodnotu jiného dílčího hodnotícího kritéria, než je nabídková cena, jako zjevně nepřiměřenou, nabídce v rámci tohoto dílčího hodnotícího kritéria přiřadí 0 bodů (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 5 Afs 75/2009-105). Možnost takového postupu musí ale zadavatel výslovně uvést v zadávacích podmínkách.
138. V zadávacích podmínkách předmětné veřejné zakázky si tuto možnost zadavatel nevyhradil. Výše uvedený postup, kdy by hodnotící komise určité hodnotě v rámci hodnocení nabídek přiřadila 0 bodů, tedy nemohl být aplikován.
139. Hodnotící komise tedy nemohla postupovat jinak než v souladu s výše uvedeným § 79 odst. 1 zákona podle vah jednotlivých dílčích hodnotících kritérií přiřadit jednotlivým nabídkám bodové hodnocení a na základě něj stanovit pořadí nabídek. Hodnotící komise tímto způsobem postupovala za použití bodovací metody uvedené v bodu 11. "Hodnocení konečných nabídek a výběr nejvhodnější konečné nabídky" výzvy k jednání.
140. Pro úplnost Úřad doplňuje, že podle § 158 odst. 1 zákona zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se dokončí podle dosavadních právních předpisů.

Náklady řízení

141. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí 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.
142. 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. 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 0041050001.

POUČENÍ

143. Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – 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.

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

otisk úředního razítka

Obdrží:

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

Vypraveno dne:

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