



UOHSX004SPOJ

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R257/2012/VZ-2967/2013/310/IPs

Brno 15. února 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 7. 9. 2012 podaném zadavatelem -

- obcí **Moravany**, IČ 00282120, se sídlem Střední 28, 664 48 Moravany, zast. na základě plné moci JUDr. Radkem Ondrušem, advokátem, se sídlem Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S351/2012/VZ-16026/2012/514/PVé ze dne 27. 8. 2012, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů zadavatelem, při zadávání veřejné zakázky „**Poskytování komplexních služeb v odpadovém hospodářství pro obec Moravany**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 8. 4. 2011 pod ev. č. 60058416 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 4. 2011 pod číslem 2011/S 71-116395,

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-S351/2012/VZ-16026/2012/514/PVé ze dne 27. 8. 2012

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele - obce Moravany, IČ 00282120, se sídlem Střední 28, 664 48 Moravany (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky „Poskytování komplexních služeb v odpadovém hospodářství pro obec Moravany“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 8. 4. 2011 pod ev. č. 60058416 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 4. 2011 pod číslem 2011/S 71-116395.
2. Na základě podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele kompletní zadávací dokumentaci související se zadáním předmětné veřejné zakázky, z níž zjistil, že v bodě 7.4.1 písm. e) zadávací dokumentace je uvedeno, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů požaduje předložení platného certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO, vydaný akreditovanou osobou. Na základě provedeného posouzení a hodnocení nabídek zadavatel rozhodl dne 13. 6. 2012 o výběru nejvhodnější nabídky a s vybraným uchazečem uzavřel smlouvu o dílo na realizaci předmětu veřejné zakázky.
3. Úřad na základě předložené zadávací dokumentace získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem a zahájil správní řízení z moci úřední, což zadavateli oznámil dopisem č. j. ÚOHS-S351-2012/VZ-1126/2012/540/PVé ze dne 22. 6. 2012.

---

<sup>1</sup> Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

## II. Napadené rozhodnutí

4. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění vydal dne 27. 8. 2012 rozhodnutí č. j.: ÚOHS-S351/2012/VZ-16026/2012/514/PVé (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že zadavatel porušil ust. § 6 zákona v návaznosti na § 50 odst. 3 zákona, když k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů v předmětné veřejné zakázce požadoval předložení platného certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO, vydaného akreditovanou osobou, přičemž tento doklad bezprostředně nesouvisí s předmětem veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli za spáchání uvedeného správního deliktu pokutu ve výši 200.000,- Kč.
5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad posoudil, zda zadavatel svým požadavkem nevytvářel neopodstatněnou překážku pro podání nabídek uchazečem, který by byl jinak schopen svoji způsobilost pro plnění předmětu veřejné zakázky prokázat. Z veřejně dostupných informací Úřad zjistil, že zadavatelem požadovaný certifikát je vydáván Sdružením pro udělování certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ (dále jen „**SUCO nebo Sdružení**“). Jde o neziskovou organizaci, která je zřízena za účelem přípravy, poskytování informací, přezkušování a propůjčování certifikátu Odborný podnik pro nakládání s odpady svým společenstvem, činným v odpadovém hospodářství. Dále se Úřad zabýval způsobem, jakým je možné stát se členem SUCO a tím i získat předmětný certifikát.
6. Z provedeného šetření vyplynulo, že udělení předmětného certifikátu je vázáno na členství v SUCO a současně ze stanov Sdružení vyplývá, že některé subjekty mohou být členy sdružení bez úplaty, zatímco jiní až po zaplacení zápisného, přičemž představenstvo Sdružení může přijetí člena odmítnout bez udání důvodu. Úřad konstatoval, že s ohledem na podmínky získání členství v SUCO nelze považovat přístup k požadovanému certifikátu za rovný a transparentní a taktéž nelze považovat dostupnost tímto certifikátem za nezbytnou pro řádný výkon činnosti v odpadovém hospodářství a i dodavatelé, kteří jej nevlastní, mohou být schopni splnit předmět veřejné zakázky. Zadavatelův požadavek na předložení daného certifikátu pro účely posouzení kvalifikace je tedy neakceptovatelný a v rozporu se zákonem.
7. Úřad pak daný požadavek vyhodnotil jako skrytou diskriminaci tak, jak ji definoval Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008-166 ze dne 5. 6. 2008. Na neoprávněnost výše uvedeného požadavku upozorňovali zadavatele již v průběhu zadávacího řízení někteří dodavatelé, kteří jej považovali za diskriminační. Úřad výše uvedený postup zadavatele vyhodnotil jako způsobilý podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
8. Pokud jde o výši uložené sankce, pak Úřad konstatoval, že cena veřejné zakázky byla koncipována jako jednotková a na základě tohoto zjištění stanovil horní hranici možné pokuty. Dále zjistil, zda nezanikla odpovědnost zadavatele za správní delikt, posoudil závažnost spáchaného správního deliktu a přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, přičemž uložil pokutu při její spodní hranici.

### III. Námitky rozkladu

9. Dne 7. 9. 2012 obdržel Úřad v zákonné lhůtě od navrhovatele rozklad proti napadenému rozhodnutí, přičemž tento jej napadá v celém rozsahu. Jako důvod rozkladu uvedl rozpor napadeného rozhodnutí s právními předpisy a také jeho nesprávnost a současně i nesprávnost řízení, ve kterém bylo napadené rozhodnutí vydáno.
10. K výroku I. napadeného rozhodnutí vybral zadavatel některé výroky v bodech 19., 20. a 23. odůvodnění a konstatoval, že jím vybrané důvody jsou věcně a právně nesprávné, přičemž neuvedl, z jakého důvodu. Dále pak cituje některé pasáže odůvodnění, vztahující se k výroku II. napadeného rozhodnutí (body 28., 30., 36., 33., 37. a 39.), a napadá tyto důvody pro jejich věcnou a právní nesprávnost, přičemž ani v tomto případě neuvádí, v čem spatřuje tuto nesprávnost.
11. Dále výroku I. vytýká nedostatečnou specifikaci veřejné zakázky a označuje napadené rozhodnutí z tohoto důvodu za nepřezkoumatelné.
12. V bodu VI. rozkladu namítá, že Úřad byl dlouhou dobu po podání podnětu nečinný, přičemž mohl nařídit předběžné opatření, kterým by zakázal zadavateli uzavřít smlouvu, případně rozhodnout před uzavřením smlouvy, avšak neučinil tak. Napadené rozhodnutí tedy z výše uvedeného důvodu označuje zadavatel za nezákonné.
13. V bodu VII. rozkladu zadavatel nezákonnost napadeného rozhodnutí, jelikož v době, kdy Úřad zahájil řízení z moci úřední, nabyl účinnosti zákon č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon a uvedenou novelou byl do zákona vložen odst. 9 § 110, dle kterého stěžovatel, který nevyužil možnosti podat námitky, není oprávněn podat podnět k Úřadu v téže věci. Jelikož Úřad nezahájil správní řízení před účinností této novely, nebyl již, dle zadavatele, na základě tohoto ustanovení oprávněn zahájit řízení.
14. V bodu VIII. napadá zadavatel postup Úřadu, kdy dle § 51 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), je správní orgán povinen vyrozumět účastníky řízení o provedení důkazů mimo ústní jednání. Oznámení Úřadu, kterého se dostalo účastníku řízení, a dle něhož s přihlédnutím k obligatornímu písemnému průběhu zadávání veřejných zakázek Úřad podle § 49 správního řádu nenařizuje ústní jednání, je podle zadavatele zmatečné a nedůvodné.
15. V bodu IX. namítá zadavatel nezjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Dle jeho tvrzení ze spisového přehledu správního spisu ke dni vydání napadeného rozhodnutí byly obsahem spisu pouze: dokumentace o veřejné zakázce, výpis z ISVZ, oznámení o zahájení správního řízení a usnesení o lhůtách a napadené rozhodnutí. Proto dle zadavatele spis neobsahuje jediný důkaz, listinu či odkaz na konkrétní důkaz, dle něhož by bylo možné zjistit stav dané věci. Tuto námitku dále rozvádí v bodě X., kdy uvádí, že podle „spisového přehledu spisu“ sám spis obsahuje pouze dva dokumenty, které neemitoval sám Úřad, a to dokumentaci o veřejné zakázce a výpis z ISVZ a podnět, na základě kterého bylo zahájováno správní řízení, ani obsah internetových stránek, na které odkazuje Úřad v napadeném rozhodnutí, není obsahem spisu. Z tohoto důvodu zadavatel uvádí, že

napadené rozhodnutí a jeho odůvodnění nemá oporu v řádně provedeném dokazování a v obsahu spisu.

16. V bodu XI. zadavatel vytýká Úřadu, že neužil k provedení důkazu všechny prostředky, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci, konkrétně, že neprovedl důkaz listinou – vyjádřením účastníka k podnětu, kterou tento uplatnil k výzvě Úřadu ze dne 4. 7. 2011. Zadavatel namítá, že Úřad v napadeném rozhodnutí toto vyjádření nijak nezpracoval.
17. Další námitkou je dle zadavatele skutečnost, že Úřad vzal bez dalšího za prokázané tvrzení společnosti Kaiser servis, spol. s r. o., IČ 26274906, se sídlem, Bezručova 608, 678 01 Blansko (dále je „**Kaiser servis, spol. s r.o.**“), že by se zadávacího řízení zúčastnila, kdyby nebylo předmětného „diskriminačního“ kvalifikačního předpokladu. Dle tvrzení zadavatele však existence předmětného kvalifikačního předpokladu vůbec nebyla překážkou pro uplatnění nabídky v předmětném zadávacím řízení, neboť zadavatel byl připraven v rámci institutu písemného vysvětlení nabídky ve smyslu § 76 odst. 3 zákona posoudit konkrétní podmínky společnosti Kaiser servis, spol. s r.o., avšak mohl tak učinit až v zadávacím řízení, tj. po podání nabídky. Dále Úřad nezkoumal, zda společnost Kaiser servis, spol. s r.o. byla vůbec kvalifikovaným dodavatelem ve smyslu § 17 odst. 1 písm. a) zákona.
18. V bodě XIII. zadavatel namítá, že Úřad nezjistil obsah, resp. předmět certifikace „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO a neporovnal jej s obsahem, resp. předmětem certifikace ISO, resp. ČSN EN ISO, které dopadají především na průmyslové výrobní podniky, ale s ohledem na specifika odpadového hospodářství certifikace „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO více garantuje všestrannou kvalitu nabízených služeb. Úřad tak nezjistil úplný stav věci. Výše uvedenými procesními pochybeními dle zadavatele Úřad porušil zásadu nezávislosti a nestrannosti při svém rozhodování. Dále je pak napadené rozhodnutí zadavatelem posouzeno jako vnitřně rozporné, a proto nepřezkoumatelné.
19. Zadavatel dále namítá, že pokud dodavatelé měli zadávací podmínky za diskriminační, pak měli vznést námitky proti zadávacím podmínkám, což žádný z nich neučinil. Výše uvedené jednání tedy může být kvalifikováno nanejvýše jako pokus o diskriminaci a zákon se stádii pokusu o správní delikt žádné právní následky nespojuje.
20. Další námitka směřuje proti závěru Úřadu, že zápisné ve vztahu k členství ve Sdružení se vztahuje pouze na ty, kdo se chtějí stát členy, nikoliv však již na členy stávající, což svědčí o selektivnosti poplatku. Dle zadavatele není v rozhodnutí uvedeno, co se tímto „poplatkem“ myslí a odkud Úřad dovodil jeho selektivnost.
21. V bodu XVIII. rozkladu zadavatel opět nesouhlasí s posouzením certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO a napadá rozhodnutí jako neodůvodněné, neboť z něj není patrné, proč je certifikát ISO důvěryhodný, zatímco certifikát „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO nikoliv. Zároveň uvádí, že oba certifikáty vydávají stejné osoby, resp. „certifikační authority“. Dále zadavatel namítá, že Úřad nezpochybnil důvodnost požadavku zadavatele na certifikáty ČSN EN ISO na rozdíl od certifikátu „Odborný podnik pro nakládání

s odpady“ SUCO, jehož požadování je diskriminační. Dle názoru zadavatele je tato rozdílnost v napadeném rozhodnutí nedostatečně odůvodněná.

22. V bodu XX. rozkladu zadavatel uvádí, že Úřad nesprávně stanovil základ pro výpočet výše sankce. Především zcela nesrozumitelně konstatoval svá zjištění, že *„cena veřejné zakázky ... byla smluvně koncipována jako jednotková“*. Zadavatel konstatuje, že zjištění Úřadu, že *„rozsah služeb nebyl přesně stanoven“* je zcela účelové. Podle něj lze celkovou cenu zakázky zjistit z dokumentace předmětné veřejné zakázky. Pokud by tomu tak nebylo, musel by Úřad posoudit zadávací řízení jako netransparentní, neboť nabídková cena byla jediným hodnotícím kritériem. Úřad tedy, dle názoru zadavatele, porušil § 3 správního řádu tím, že nedůvodně stanovil celkovou cenu veřejné zakázky na základě zákonné fikce.
23. V bodu XXII. namítá zadavatel opět rozpornost napadeného rozhodnutí, když Úřad v bodu 33. napadeného rozhodnutí uvedl, že *„šetřeném případě zadavatel transparentně vyhlásil zadávací řízení“* a v bodu 36. uvedl, že *„v předmětném zadávacím řízení byly hodnoceny čtyři nabídky a proto lze konstatovat, že v daném případě byla zajištěna určitá minimální míra hospodářské soutěže“*. V bodu 34. pak Úřad uvedl, že mohlo dojít *„k významnému omezení konkurenčního prostředí v daném zadávacím řízení a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“*. Dále vytýká zadavatel nepřiměřenost uložené sankce s ohledem na jiné správní řízení. Namítá, že z napadeného rozhodnutí nijak nevyplývá, proč Úřad uložil rozdílné sankce v předmětném správním řízení a ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S239/2008/VZ.
24. V bodě XXIV. rozkladu namítá zadavatel, že Úřad nesprávně neoznačil za účastníka správního řízení také vybraného uchazeče, ačkoliv tak standardně činí a omezil tím jeho procesní práva. V následujícím bodu pak zadavatel uvádí, že Úřad nesprávně posoudil a nevyhodnotil vliv na jeho rozhodování skutkové okolnosti, která vyplývá ze zadávací dokumentace, a to, že ačkoliv se podle předpokládané hodnoty veřejné zakázky jednalo o podlimitní zakázku, zadavatel postupoval postupem platným pro zadávání nadlimitní veřejné zakázky.

#### **Závěr rozkladu**

25. Navrhovatel s ohledem na výše uvedené žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

26. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

27. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného

rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

28. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S351/2012/VZ-16026/2012/514/PVé ze dne 27. 8. 2012, rozhodl tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že zadavatel porušil ust. § 6 zákona v návaznosti na § 50 odst. 3 zákona, když k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů v předmětné veřejné zakázce požadoval předložení platného certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO, vydaného akreditovanou osobou, přičemž tento doklad bezprostředně nesouvisí s předmětem veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V následující části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech uvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námitkám rozkladu**

29. V prvních dvou námitkách rozkladu zadavatel napadl důvody, které vedly k vydání napadeného rozhodnutí, aniž by k nim uvedl důvody, pro které je spatřuje nesprávnými, ať už věcně, či právně. K takovýmto námitkám se tedy nemohu vyjádřit.
30. Další námitkou je neurčitost výroku I. napadeného rozhodnutí, a to nedostatečnou specifikací veřejné zakázky. K tomu uvádím, že nedílnou součástí výroku je i návětí výroku, ve kterém jsou specifikováni jak účastníci řízení, tak veřejná zakázka, ve které se vedeno správní řízení a při jejímž zadávání došlo k pochybení zadavatele. V tomto případě bylo jasně uvedeno, že jde o veřejnou zakázku „Poskytování komplexních služeb v odpadovém hospodářství pro obec Moravany“. Bylo zde uvedeno, kdy bylo uveřejněno oznámení daného zadávacího řízení v Informačním systému o veřejných zakázkách a v Úředním věstníku Evropské unie a pod jakými evidenčními čísly. Jak slovní označení předmětné veřejné zakázky, tak ostatní údaje se shodují s údaji uvedenými jak v zadávací dokumentaci k veřejné zakázce, tak ve shora uvedených informačních systémech. Námitka je tedy nedůvodná.
31. Zadavatel namítá nečinnost Úřadu při šetření podnětu, ale i při samotném správním řízení. Nadto konstatoval, že Úřad mohl rozhodnout ve věci samé ještě před uzavřením smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku, případně mohl vydat předběžné opatření. Tato tvrzení jsou ryze účelová. Jak bylo správně v rozkladu uvedeno, Úřad obdržel podnět 29. 6. 2011. Dne 4. 7. 2011 vyzval zadavatele, aby se k podnětu vyjádřil a dal mu tam možnost vyjádřit své stanovisko. Toto vyjádření bylo doručeno Úřadu 15. 7. 2011, přičemž zadavatel již 20. 7. 2011 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Z výše uvedených údajů vyplývá, že tvrzení zadavatele jsou účelová, neboť výše uvedená data nasvědčují spíše tomu, že zadavatel po zjištění, že byl podán podnět k prošetření dané veřejné zakázky, urychleně uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Úřad, který dal zadavateli možnost vyjádřit své postoje a odůvodnit postup v zadávacím řízení, neměl faktickou možnost ani zadavatelem namítané předběžné opatření vydat, neboť ten doručil své vyjádření v pátek 15. 7. 2011 a již ve středu 20. 7. 2011 uzavřel smlouvu. Vydání takového předběžného opatření by tedy bylo neúčelné. Stejně tak námitka, týkající se správního řízení jako takového, je nedůvodná, neboť

meritorní rozhodnutí bylo vydáno dva měsíce po zahájení správního řízení. Ani zde nelze tedy Úřadu přičítat nečinnost. Je pravdou, že doba mezi obdržáním podnětu a zahájením správního řízení je poměrně dlouhá, avšak s ohledem na skutečnost, že smlouva s vybraným uchazečem byla uzavřena krátce po obdržení podnětu, pak již nemohlo touto prodlevou dojít ke škodě, které by mohlo být okamžitým zahájením správního řízení předejito. Tato námitka je tedy účelová a nedůvodná. Pokud jde o lhůty pro vydání předběžného opatření, pak správní řád vztahuje lhůtu pro vydání předběžného opatření ke dni, kdy o jeho vydání požádal účastník správního řízení. Jelikož zde nebylo vedeno návrhové řízení, ve kterém by o vydání předběžného opatření požádal návrhovatel, ale byl podán podnět, na základě kterého bylo zahájeno řízení z moci úřední, pak se nelze dovolávat ani těchto lhůt. A tvrzení účelovosti telefonického ověřování si stavu zadávacího řízení pracovníky Úřadu odmítám zcela, neboť jde o tvrzení ničím nepodložená a nedůvodná. Z výše uvedeného naopak vyplývá spíše účelovost postupu zadavatele.

32. Pokud jde o námitku, ve které zadavatel uvádí, že dle § 110 odst. 9 zákona ve znění zákona č. 55/2012 Sb. stěžovatel, který nevyužil možnosti podat námitky, není oprávněn podat podnět k Úřadu v téže věci, konstatuji, že i tato je nedůvodná, neboť podnět byl podán před účinností výše uvedené novely a zákon hovoří o oprávnění podat podnět, nikoliv zahájit správní řízení. Podnět byl tedy podán před účinností novely a ta se tedy nevztahuje na oprávnění stěžovatele k podání podnětu v tomto konkrétním případě a správní řízení bylo zahájeno ex offio a zde zákon možnost zahájení nijak neomezuje.
33. Následující námitka se týká provádění důkazů mimo ústní jednání. Zadavatel vytýká, že nebyl Úřadem vyzooměn v souladu s § 51 odst. 2 správního řádu o provedení důkazů mimo ústní jednání. Zároveň označuje jako zmatečné a nezákonné oznámení Úřadu, dle kterého se nenařizuje ústní jednání. Zadavatel opět neuvádí, v čem spatřuje onu zmatečnost, avšak při řádném prostudování správního řádu, konkrétně § 49 je zřejmé, že ústní jednání nařizuje správní orgán pouze v případech, kdy to stanoví zákon, a dále tehdy, jestliže je to ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné. Zákon Úřadu při vykonávání dohledu nad zadáváním veřejných zakázek neukládá povinnost nařizovat ústní jednání, a jak správně Úřad uvedl v dopise ze dne 22. 6. 2012, č. j. ÚOHS-S351/2012/VZ-11266/2012/540/PVé, kterým bylo oznámeno zahájení správního řízení, není toto ústní jednání nařizováno i s ohledem na povahu samotného zadávacího řízení, které je značně formalizované a vedené, až na výjimky, výlučně písemnou formou. Stejně tak i Úřad při přezkoumávání postupu zadavatele vychází z písemných podkladů, zejména ze zadávací dokumentace a podání účastníků správního řízení. I v tomto správním řízení Úřad vycházel ze zadávací dokumentace a, jak bylo uvedeno v napadeném rozhodnutí, z obecně dostupných informací. Ze správního spisu ani z žádného vyjádření zadavatele nevyplývaly okolnosti, které by naplňovaly druhou podmínku, uvedenou v § 49 odst. 1 správního řádu, na jejímž základě by bylo třeba nařídít ústní jednání. Tvrzení zadavatele, že je výše uvedené oznámení Úřadu zmatečné, nedůvodné a proto nezákonné tedy není podloženo žádnými zákonnými důvody.
34. Pokud jde o samotné provádění důkazů, pak v daném správním řízení byly jako důkazní prostředky uvedeny zadávací dokumentace a veřejně dostupné informace, jež jsou všechny založeny ve spise. Z těchto písemností pak byly zjištěny důkazy, na základě kterých bylo



vydáno napadené rozhodnutí. V tomto případě tedy bylo prováděno dokazování listinou. Dne 22. 6. 2012 bylo účastníku správního řízení usnesením č. j. ÚOHS-S351/2012/VZ-11267/2012/540/PVé oznámeno, že je ve lhůtě v něm uvedené podle § 36 odst. 1 správního řádu oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 správního řádu oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko. Dále mu byla tamtéž stanovena lhůta, ve které se podle § 36 odst. 3 citovaného zákona mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavateli tedy nijak nebyla upřena možnost nahlížení do spisu (což také učinil) a seznámení se s podklady rozhodnutí a v souvislosti s tím i s důkazy, které Úřad shromáždil v průběhu správního řízení. Samotné provádění důkazu listinou pak v případě, kdy nejde o provádění důkazu při ústním jednání, probíhá tak, že se úřední osoba seznámí s obsahem listiny. Dle správního řádu je o tomto úkonu třeba učinit záznam do spisu. Zároveň však dle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 42/2007-337 ze dne 17. 9. 2008 neprovedení tohoto formálního záznamu neatakuje zákonnost daného rozhodnutí. I v případě, kdy by Úřad o provádění důkazu listinami pořídil záznam, důkazní situace by se nijak nezměnila a vycházel by z týchž důkazů, z jakých vycházel, a v napadeném rozhodnutí by bylo obsaženo stejné odůvodnění, jako v případě, kdy by byl úřední záznam proveden. Shrnuji tedy, že ani po důkladném přezkoumání této nekonkrétní námitky jsem ji neshledal důvodnou.

35. S touto námitkou úzce souvisí námitka další, která směřuje do zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Dle zadavatele Úřad nezjistil žádné okolnosti, které svědčí ve prospěch zadavatele. Zároveň namítá, že spis, vedený Úřadem ve věci neobsahuje jedinou listinu, jediný důkaz, či odkaz na konkrétní důkaz, z něhož by bylo možné zjistit stav dané věci. Dále uvádí, že v době nahlížení do spisu nebyl spis řádně veden. K tomu odkazují na výše uvedené, pokud jde o dokazování, které vycházelo z listin uvedených ve spise, a jak bude dále rozvedeno, tyto důkazní materiály byly dostačující k tomu, aby z nich byly vyvozeny závěry a důkazy, z nichž byl zjištěn skutkový a skutečný stav věci. Pokud jde o otázku nahlížení do spisu a vedení spisu, pak jak z rozkladu, tak ze spisu vyplývá, že spis byl v době nahlížení veden řádně a byly v něm založeny všechny listiny, které byly podkladem pro rozhodnutí. Součástí spisu byla v době nahlížení nejen dokumentace o veřejné zakázce (dále také „VZ“), výpis z informačního systému o veřejných zakázkách, oznámení o zahájení správního řízení, usnesení o lhůtách a rozhodnutí ve věci samé, ale jak ze spisu vyplývá, jeho nedílnou součástí je i kompletní zadávací dokumentace. Současně je třeba uvést, že pod pojmem „dokumentace o VZ“ se v daném spisu rozumí jak kopie těch písemností ze zadávací dokumentace, které příslušný referent považoval za zásadní, tak např. ony veřejně dostupné informace, které (jak je patrné z data, ke kterému byly vytisknuty z příslušných webových stránek), byly do spisu zařazeny před vydáním rozhodnutí (27. 6. 2012). Jediným pochybením, které bylo okamžitě napraveno, je skutečnost, že ve spisovém archu nebyl uveden počet listů „dokumentace o VZ“. Tato skutečnost však nemohla mít, a ani neměla, vliv na správnost vydaného rozhodnutí. Pokud jde o tvrzení, že Úřad nezjišťoval okolnosti, svědčící ve prospěch zadavatele, pak ani zde nemohu souhlasit, neboť sám zadavatel v rozkladu uvádí pasáže z napadeného rozhodnutí, ze kterých je patrné, že Úřad posuzoval zadatelův postup objektivně a přihlédl např. ke skutečnosti, že zadání veřejné zakázky neproběhlo zcela mimo režim zákona. Skutečnost, že postup zadavatele nebyl shledán v souladu se zákonem, nemůže být chápán jako nezjištění okolností, které hovoří ve prospěch zadavatele. Dále je třeba uvést, že zadavatel v průběhu celého správního řízení

nepodal sám žádné vyjádření, neoznačil jediný důkaz, který by mohl Úřad posoudit jako svědčící v jeho prospěch a z důkazního materiálu nelze vyvodit jiný závěr, než jaký uvedl Úřad. Námitka je s ohledem na shora uvedené nedůvodná.

36. S výše uvedeným souvisí i námitka uvedená v bodu X. rozkladu, že nebyly řádně identifikovány podklady rozhodnutí a že např. „veřejně dostupné informace“ nebyly součástí spisu. Jak vyplývá ze shora uvedeného, toto tvrzení nemá oporu ve spisovém materiálu, naopak mu odporuje.
37. Dle zadavatele Úřad neprovedl důkaz listinou – vyjádřením účastníka k podnětu. K tomu uvádím, že předmětné vyjádření, jak sám zadavatel uvádí, bylo zadavatelem poskytnuto v době, kdy byl šetřen podnět, podaný Úřadu. Dle správního řádu správní orgán přijímá podněty, aby bylo zahájeno řízení z moci úřední. Do doby, než je zahájeno samotné správní řízení (pokud tak správní orgán rozhodne), není vedeno samostatné správní řízení a jakékoli podklady, které správní orgán do doby zahájení správního řízení obdrží, jsou podklady, na základě kterých se rozhoduje, zda zahájí správní řízení z moci úřední, či nikoliv. Vyjádření podaná Úřadu během šetření podnětu nemohou být posuzována v rámci následně zahájeného správního řízení, neboť dle § 113 zákona se řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahajuje na písemný návrh stěžovatele nebo z moci úřední. Toto ustanovení je ustanovením speciálním k obecným ustanovením správního řádu, řešícím zahájení správního řízení. Teprve okamžikem zahájení správního řízení je správní orgán povinen vést spis a uvádět v něm všechny skutkové okolnosti. Tento závěr se opírá o rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 Afs 74/2007-149 ze dne 31. 8. 2009. Dále opakuji, že zadavateli byla Úřadem stanovena lhůta, ve které je oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy. Zadavatel této možnosti nijak nevyužil. Námitka je tedy nedůvodná.
38. Námitka, uvedená v bodu XII. rozkladu, že Úřad uvěřil bez dalšího tvrzením uvedeným v podnětu, není ničím podložena a je nedůvodná, neboť z odůvodnění napadeného rozhodnutí nijak nevyplývá, že by Úřad vzal tento podnět jako důkaz, což vyplývá i se samotných tvrzení uvedených v rozkladu, neboť tento podnět není součástí správního spisu a není v napadeném rozhodnutí jako důkaz označen, ani z něj nejsou vyvozovány žádné závěry.
39. Následně tvrzení zadavatele, že existence předmětného kvalifikačního předpokladu vůbec nebyla překážkou pro uplatnění nabídky, neboť zadavatel byl připraven posoudit v rámci institutu písemného vysvětlení nabídky konkrétní podmínky společnosti Kaiser servis, spol. s r. o., což však mohl zadavatel učinit až po podání nabídky, je zcela účelové. Z bodu 7.4.1 písm. e) zadávací dokumentace jasně vyplývá, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby zadavatel požaduje předložení platného certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO, vydaný akreditovanou osobou. Z bodu 7.4.2 písm. d) zadávací dokumentace vyplývá, že technické kvalifikační předpoklady splňuje dodavatel, který prokáže, že je držitelem platného certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO, vydaného akreditovanou osobou. Dle § 60 zákona dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení. Zadavatel by tedy v případě,

kdy by společnost Kaiser servis, spol. s r. o. podala svou nabídku, musel tohoto dodavatele vyloučit, pokud by měl dodržet zákon. Zkoumat, zda společnost Kaiser servis, spol. s r. o. byla kvalifikovaným dodavatelem ve smyslu § 17 odst. 1 písm. a) zákona, jak tvrdí zadavatel, Úřad nebyl povinen, neboť společnost Kaiser servis, spol. s r. o. nepodala nabídku a nepodala ani návrh na zahájení správního řízení. Všechny námitky uvedené v bodě XII. rozkladu jsou nedůvodné.

40. Další soubor námitek se věnuje certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO a jeho posouzení Úřadem. Obsah těchto námitek lze shrnout tak, že daný certifikát má své specifikace oproti normám ISO, resp. ČSN EN ISO, které neodpovídají zcela potřebám v odpadovém hospodářství. Úřad dle zadavatele vůbec nezjistil předmět této certifikace a neporovnal jej s předmětem certifikace ISO, resp. ČSN EN ISO. Dále v rozkladu zadavatel namítá, že Úřadem nebylo odůvodněno, proč není certifikát „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO důvěryhodný, zatímco ostatní, zadavatelem požadované certifikáty ano.
41. Úřad na základě zadávací dokumentace, posouzení požadovaného certifikátu, způsobu, jakým je vydáván a kým je vydáván konstatoval, že přístup k certifikátu není rovný a transparentní a dostupnost tímto certifikátem nelze považovat za nezbytnou pro řádný výkon činnosti v odpadovém hospodářství. Schopnost dodavatelů realizovat předmět veřejné zakázky v požadované kvalitě není vázána na získání certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO. Úřad v požadavku na prokázání kvalifikace tímto certifikátem dovedl skrytou diskriminaci a tím porušení § 6 zákona v návaznosti na § 50 odst. 3 zákona.
42. Se závěry Úřadu se ztotožňuji, ačkoliv po důkladném posouzení daného certifikátu považuji za nutné rozšířit odůvodnění o další skutečnosti. V § 56 odst. 4 zákona je uvedeno: *„Je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, může veřejný zadavatel v rámci prokázání technických kvalifikačních předpokladů požadovat předložení certifikátu systému řízení jakosti vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou. Veřejný zadavatel uzná rovnocenné doklady vydané v členském státě Evropské unie. Veřejný zadavatel uzná rovněž jiné doklady o rovnocenných opatřeních k zajištění jakosti.“* Ze zadávací dokumentace v bodu 7.4.1. vyplývá, že zadavatel požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů:
  - a. *Seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech ...*
  - b. *Předložení platného certifikátu systému řízení kvality/jakosti vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou*
  - c. *Předložení platného dokladu o registraci v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí (EMAS) nebo platného certifikátu řízení z hlediska ochrany životního prostředí vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou*
  - d. *Předložení platného certifikátu systému řízení OHSAS vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou*
  - e. *Předložení platného certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO vydaného akreditovanou osobou*

Předložení těchto dokladů bylo podmínkou splnění technických kvalifikačních předpokladů a jejich nepředložení, jak již bylo uvedeno výše, je důvodem pro vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení.

43. Při hodnocení certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO jsem posoudil předmětné certifikáty „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO, které předložili dodavatelé v této veřejné zakázce a vycházel jsem z dokumentace založené ve správním spise, neboť v době vydání tohoto rozhodnutí již informace ohledně poskytování předmětného certifikátu, jeho obsahu či bližších informací o Sdružení, které tento certifikát vydává, již nebyly na webových stránkách Sdružení pro udělování certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ dostupné, stejně jako na stránkách České asociace odpadového hospodářství.<sup>2</sup>
44. Z předložených certifikátů vyplývá, že je vydává *Sdružení pro udělování certifikátu Odborný podnik pro nakládání s odpady dle norem Entsorgungsfachbetrieb na základě odborného auditu Sdružením akceptované auditorské společnosti*. Z tohoto certifikátu není patrná žádná identifikace Sdružení, kterým je vydáván, ani bližší identifikace normy, kterou musí společnost, již je propůjčován, splňovat. Dále je uvedeno, že je nositel certifikátu oprávněn užívat značku kvality Odborný podnik pro nakládání s odpady.
45. Z výše uvedeného vyplývá, že předmětný certifikát není certifikátem systému řízení jakosti, vydaný podle českých technických norem akreditovanou osobou. Nejde ani o rovnocenný doklad vydaný v členském státě Evropské unie a dále dle komentářové literatury (JUDr. David Raus, Ph.D., JUDr. Robert Neruda, Zákon o veřejných zakázkách, komentář, LINDE PRAHA, a.s., 2007) se možnost použití jiného rovnocenného dokladu vztahuje na ty dodavatele, kteří nemají možnost si předmětné osvědčení opatřit nebo je získat v dané lhůtě, avšak vždy musí jít o certifikát systému řízení jakosti vydaný akreditovanou osobou. Ani tuto podmínku § 56 odst. 4 zákona poslední věty tento certifikát nesplňuje.
46. Z informací, které byly zpřístupněny na stránkách Sdružení pro udělování certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ ke dni 27. 6. 2011, a které jsou součástí spisu, nelze konstatovat, že by proces, jehož zakončením je vydání předmětného certifikátu odpovídal požadavkům na vydávání certifikátu podle zákona č. 22/1997 Sb. o technických požadavcích na výrobky a o změně a doplnění některých zákonů, v platném znění (dále jen „**zákon č. 22/1997 Sb.**“). Důsledkem všech těchto zjištění je konstatování, že zadavatel v dané veřejné zakázce požadoval k prokázání technických kvalifikačních předpokladů doklad, který není oprávněn v souladu s § 56 odst. 4 zákona požadovat.
47. Zjištění učiněná Úřadem v napadeném rozhodnutí jsou správná, pokud jde o tvrzení, že i dodavatelé, kteří daný certifikát nevlastní, jsou schopni řádně realizovat předmět veřejné zakázky a požadavek zadavatele na předložení tohoto certifikátu jako podmínky splnění kvalifikačních kritérií je skrytou diskriminací. Na základě těchto zjištění považuji za

---

<sup>2</sup> <http://www.suco.cz/suco.php?clanek=kontakty.htm>

<http://www.caoh.cz/suco/suco.php>

bezpředmětné zabývat se rovností přístupu k certifikátu, neboť nejde o certifikát, který by zadavatel byl podle zákona oprávněn požadovat.

48. Závěr Úřadu, že zadavatel tím, že požadoval ke splnění technických kvalifikačních předpokladů certifikát „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO, postupoval v rozporu s § 6 zákona v návaznosti na § 50 odst. 3 zákona je tedy správný, neboť zadavatel požadoval předložení dokladu, který není oprávněn dle zákona požadovat a neomezil tím rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky a požadavek na předložení certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO byl diskriminační.
49. Ani další námitka zadavatele, týkající se vnitřní rozpornosti napadeného rozhodnutí není důvodná, neboť zadavatel porovnává tvrzení, která spolu vzájemně nekolidují. Skutečnost, že certifikát „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO zahrnuje specifika odpadového hospodářství, neznamená, že požadováním certifikátu nedošlo k omezení možnosti potenciálních dodavatelů zúčastnit se zadávacího řízení. I kdyby obsahem tohoto certifikátu bylo ověření kvality služeb poskytovaných společnostmi v odpadovém hospodářství, nic to nemění na skutečnosti, že nejde o certifikát podle § 56 odst. 4 zákona.
50. Zadavatel v rozkladu dále uvádí, že žádný z potenciálních dodavatelů nepodal námitky proti zadávací dokumentaci, a proto je závěr Úřadu, že zadávacími podmínkami zadavatel znemožnil dodavatelům účast v zadávacím řízení, nepravdivý a nesouladný se zákonem. Tato skutečnost však nemůže mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, neboť samotný fakt, že nikdo nepodal námitky proti zadávací dokumentaci, neznamená, že zadávací dokumentace byla v souladu se zákonem. Nadto zdůrazňuji, že dodavatelé se proti předmětnému kvalifikačnímu požadavku ohrazovali v průběhu zadávacího řízení a žádali jeho odstranění ze zadávací dokumentace, což je jasným indikátorem toho, že zde byli dodavatelé, kteří měli zájem podat nabídku v dané veřejné zakázce, avšak předmětný kvalifikační předpoklad pro ně byl překážkou, kterou považovali za diskriminační požadavek. Námitka je proto nedůvodná.
51. Výtka, že Úřad zjistil správně název veřejné zakázky, avšak nezjistil předmět plnění předmětné veřejné zakázky je neopodstatněná a s ohledem na věcné posouzení správního deliktu nedůvodná.
52. V bodu XVIII. rozkladu zadavatel namítá, že Úřad neposoudil okolnosti a podmínky pro vydávání certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO a okolnosti a podmínky pro vydávání certifikátů ISO, resp. ČSN EN ISO. K této námitce jsem se vyjádřil již výše a jen opakuji, že certifikát „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO není certifikátem, který by mohl zadavatel požadovat podle § 56 odst. 4 zákona, a není vydáván v souladu se zákonem č. 22/1997 Sb. Námitka je proto nedůvodná. S tím souvisí i námitka, že Úřad nedovodil, proč je předmětný certifikát nedůvěryhodný, zatímco ostatní, zadavatelem požadované certifikáty ano, a proč je zadavatel oprávněn ostatní certifikáty požadovat, zatímco certifikát „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO nikoliv. Odůvodnění je zřejmé – ostatní certifikáty zákon umožňuje požadovat a jejich využití pro prokázání

kvalifikace presumuje, zatímco posuzovaný certifikát nikoliv. Zároveň absolutně nelze souhlasit s tvrzením, že všechny požadované certifikáty vydávají stejné osoby, a to s ohledem na podmínky vydávání certifikátů podle zákona č. 22/1997 Sb. a s ohledem na skutečnost, že u Sdružení pro udělování certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ nebylo prokázáno, že by byla autorizovanou osobou podle výše uvedeného zákona. Úřadu není známo, že by toto sdružení bylo autorizovanou osobou, oprávněnou vydávat certifikáty podle zákona č. 22/1997 Sb., jelikož není v seznamu autorizovaných osob vedeným Českým institutem pro akreditaci.

53. Dále nesouhlasím s tvrzením zadavatele, že Úřad při svých úvahách vycházel z presumpce, že schopnost dodavatelů realizovat předmět veřejné zakázky v požadované kvalitě je vázána na získání certifikátu ISO. Takovéto tvrzení nemá oporu v napadeném rozhodnutí. To, jaké doklady bude požadovat zadavatel k prokázání kvalifikačních předpokladů, záleží pouze na jeho zvážení (pokud nejde o zákonem požadované doklady) a je tedy pouze a jen na jeho úsudku, jak budou dodavatelé v dané veřejné zakázce prokazovat, že jsou „schopni“ splnit předmět veřejné zakázky. Úřad pak pouze posuzuje, zda zadavatelovy požadavky byly či nebyly v souladu se zákonem. Pokud se Úřad nezabýval odůvodněním toho, proč nerozporuje požadavek zadavatele na ostatní certifikáty, jak namítá zadavatel, pak je to logicky proto, že ostatní požadavky týkající se technických kvalifikačních předpokladů nevyhodnotil jako rozporné se zákonem. Je zcela proti smyslu dohledu, aby se Úřad v rozhodnutí zabýval posouzením každého požadavku v zadávací dokumentaci a vysvětloval, proč je ten který požadavek v pořádku, pokud to nebylo namítáno návrhovatelem v návrhovém řízení, či pokud nebylo zjištěno pochybení Úřadem v řízení zahájeném ex offa.
54. Poslední soubor námitek se týká pokuty. Zadavatel nesouhlasí s tím, že Úřad konstatoval, že cena veřejné zakázky byla smluvně koncipována jako jednotková, přičemž rozsah služeb nebyl pevně stanoven a nelze tedy zjistit celkovou cenu veřejné zakázky. Na základě tohoto konstatování Úřad stanovil dle zákona horní hranici možné pokuty částkou 10.000.000,- Kč. Zadavatel označuje zjištění Úřadu, že „rozsah služeb nebyl pevně stanoven“ za účelové. Dále namítá, že celkovou cenu zakázky lze zjistit ze zadávací dokumentace jednoduchou matematickou operací. Dle tohoto vyjádření *zjišťuje účetní vybraného uchazeče každý měsíc při fakturaci ceny plnění předmětné veřejné zakázky a finanční orgán zadavatele ji zjišťuje každý měsíc při kontrole oprávněnosti fakturace a důvodnosti výše fakturace ceny plnění předmětné veřejné zakázky*. Pokud by nebylo možné zjistit celkovou cenu veřejné zakázky, musel by Úřad konstatovat, že zadávací řízení proběhlo netransparentně, neboť nabídková cena byla jediným hodnotícím kritériem předmětné veřejné zakázky.
55. K těmto námitkám uvádím. Ze zadávací dokumentace - Příloha č. 2 vyplývá, že uchazeč je povinen vyplnit ve smyslu čl. 10 zadávací dokumentace tabulku, ve které jsou uvedeny ceny za jednotlivé druhy odpadu, jež jsou předmětem odvozu. Jednotlivé ceny v tabulkách jsou dle vysvětlení uvedeného v dané příloze nabídkovou cenou za plnění dle jednotlivých článků Smlouvy při určitém počtu kusů SON (speciální odpadové nádoby). Nabídkovou cenou, která bude hodnocena zadavatelem jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky, vypočítá zadavatel podle vzorce uvedeného ve výše uvedené příloze. Ze Smlouvy o poskytování komplexních služeb v odpadovém hospodářství (dále jen „Smlouva“) v bodu

10.2. a dále vyplývá, že odměna např. za odpady uvedené pod bodem 10.2.1 je dána částkou za každý kalendářní měsíc, ve kterém byla tato služba poskytnuta. Tato odměna bude navýšena o částku, která bude vypočtena jako součin Poskytovatelem (vybraným uchazečem) doložené jednotkové ceny ekologické likvidace odpadu a skutečné tonáže odpadu, vyúčtována a zaplacená za podmínek dle této Smlouvy.

56. Z dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 23. 5. 2011, které zadavatel poskytl, konkrétně k žádosti č. 24 zadavatel uvedl: *Odměna Poskytovatele, jak je koncipována ve Smlouvě, není za 1 tunu ani za dopravu, a to v žádné části Smlouvy, ale za splnění závazku Poskytovatele převzít od dodavatele a jeho obyvatel ze SON nebo mobilním vozem určené druhy odpadu a odvést je za účelem využití nebo odstranění. Tato odměna bude navýšena o částku, která bude vypočtena jako součin Poskytovatelem doložené jednotkové ceny ekologické likvidace odpadu a skutečné tonáže odpadu, vyúčtována a zaplacená za podmínek dle této Smlouvy.* Z Dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 20. 5. 2012 v odpovědi na dotaz č. 20 je uvedeno: *„Celková nabídková cena“ dle žádosti uchazeče není ve Smlouvě ani v ZD nikde uvedena, ani nemá být uvedena nikde v nabídkách.*
57. Z výše uvedeného lze dovodit, že uchazeči byli povinni uvést jednotkové ceny za jednotlivé druhy odpadu, přičemž tyto ceny byly předmětem hodnocení jako základní hodnotící kritérium. Nejde však o celkovou cenu zakázky ve smyslu § 120 odst. 2 písm. a) zákona, podle níž se vypočítává výše pokuty, neboť dle zadávací dokumentace i Smlouvy bude k těmto cenám přičtena částka, která bude vypočtena jako součin Poskytovatelem doložené jednotkové ceny ekologické likvidace odpadu a skutečné tonáže odpadu. Toto odpovídá i tvrzení zadavatele v rozkladu, kdy cena se zjišťuje každý měsíc při fakturaci. Nadto z bodu 3.2. zadávací dokumentace a z bodu 13.1. Smlouvy vyplývá, že smlouva je uzavřena na dobu čtyř let, přičemž byla uzavřena 20. 7. 2011. Jde tedy o probíhající smlouvu, u které nelze ani vycházet z celkové zaplacené ceny za celé plnění. Lze tedy uzavřít, že Úřad postupoval správně, když postupoval při stanovení horní hranice pokuty za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 2 písm. a) věty za čárkou, neboť nelze stanovit celkovou cenu veřejné zakázky.
58. Pokud jde o námitku hodnocení závažnosti správního deliktu, pak tvrzení, uvedená v napadeném rozhodnutí a namítaná v rozkladu jako rozporná, takovými nejsou. Pokud Úřad uvedl, že došlo k významnému omezení konkurenčního prostředí, avšak minimální úroveň hospodářské soutěže byla zachována, nejde o rozpor v těchto tvrzeních, ale o posouzení stupně závažnosti spáchaného správního deliktu, přičemž Úřad zde přihlédl k tomu, že zadavatel nepostupoval zcela mimo režim zákona, proběhlo zadávací řízení, ačkoliv nastavením požadavků na kvalifikaci došlo ze strany zadavatele ke skryté diskriminaci, která je zákonem zakázána (ke skryté diskriminaci viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152).
59. Zadavatel napadá rozhodnutí také pokud jde o výši sankce s přihlédnutím k jiným, Úřadem posuzovaným případům. Dle jeho názoru Úřad obecná kritéria pro posuzování přiměřenosti sankce aplikuje svévolně a výše pokuty je nedostatečně odůvodněna. K tomu uvádím, že při

ukládání výše pokuty má správní orgán volnost správního uvážení a je vázán základními principy správního rozhodování, což judikoval i Nejvyšší správní soud např. v rozhodnutí č. j. 8 As 5/5005-53 ze dne 29. 6. 2005. Úřad při ukládání pokuty posoudil stupeň závažnosti spáchání správního deliktu, přihlédl k polehčujícím okolnostem, zabýval se tím, zda odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla a přihlédl ke ekonomické situaci zadavatele. Z pohledu odůvodnění výše pokuty jsem tedy neshledal pochybení ze strany Úřadu.

60. S ohledem na zjištění, vzešlá v průběhu druhostupňového posouzení věci dodávám, že jsem nezjistil žádné polehčující okolnosti, které by Úřad nevzal v napadeném rozhodnutí v úvahu, a které by odůvodňovaly změnu výše pokuty, naopak, okolnost, že zadavatel požadoval k prokázání technického kvalifikačního předpokladu doklad, který nejenže byl diskriminační způsobem přístupu k jeho získání, ale také tím, že jeho požadování zákon vůbec neumožňoval a zároveň byl zadavatel na toto pochybení již v průběhu zadávacího řízení upozorňován dodavateli, zdůrazňuje stupeň závažnosti spáchaného správního deliktu.
61. Pokud jde o jiné rozhodnutí Úřadu, na kterém zadavatel demonstruje nekonzistenčnost rozhodování Úřadu je třeba uvést, že rozhodnutí č. j. S 239/2008/VZ-24107/2008/530/RA ze dne 28. 11. 2008 je rozhodnutím, které formulovalo určitý precedens ve vztahu k postupu zadavatelů při sjednávání elektronických aukcí, a tudíž v tomto případě měla pokuta spíše preventivní charakter. Naopak v tomto případě jde o poměrně rozsáhle judikovanou oblast diskriminačních požadavků na kvalifikační předpoklady a také pojem skrytá diskriminace není pojmem neznámým. Zde již pokuta musí plnit nejen funkci preventivní, ale i represivní. A to i za situace, kdy byla stanovena při spodní hranici. Dále připomínám, že uváděné rozhodnutí je již 3 roky staré a výše pokut ukládaných v současné době se již podstatně změnila. S ohledem na pokuty ukládané Úřadem v současné době nelze souhlasit s tvrzením, že výše pokuty, udělená v napadeném rozhodnutí je vysoká, naopak, za obdobné delikty jsou ukládány i pokuty vyšší, např. v rozhodnutí týkající rozhodnutí č. j. ÚOHS-S160/2011/VZ-15072/2011/540/PVé ze dne 3. 2. 2012, potvrzeného předsedou Úřadu rozhodnutím č. j. R33/2012/VZ-8820/2012/310/ASc. Námitka je proto nedůvodná.
62. Také další námitka, týkající se údajného omezení procesních práv vybraného uchazeče tím, že jej Úřad neoznačil jako účastníka řízení a nejednal s ním takto, je nedůvodná. Dle § 116 zákona, ve kterém je upraveno účastenství ve správním řízení před Úřadem, a který je ustanovením speciálním, k ustanovením ve správním řádu, je uvedeno, že *účastníkem řízení je zadavatel a v řízení zahájeném na návrh též navrhovatel; je-li předmětem řízení přezkoumání rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo rozhodnutí o výběru nejvhodnějšího návrhu, je účastníkem řízení též vybraný uchazeč nebo vybraný účastník soutěže o návrh. V řízení o spáchání správního deliktu je účastníkem osoba podezřelá z jeho spáchání.* Z dikce zákona tedy jasně plyne, že účastníkem řízení o spáchání správního deliktu, v tomto případě mohl být pouze zadavatel, neboť Úřad šetřil postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky, konkrétně diskriminačně stanovené požadavky v zadávací dokumentaci a vybraný uchazeč nebyl podezřelý ze spáchání správního deliktu a Úřad nepřezkoumával výběr nejvhodnější nabídky. Tento postup je v souladu s konstantní judikaturou, konkrétně rozhodnutím Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 29/2010-89 ze dne 25. 11. 2011.



63. Poslední námitkou zadavatele je tvrzení, že Úřad nevyhodnotil vliv skutkové okolnosti, že zadavatel zadal předmětnou veřejnou zakázku postupem platným pro zadávání nadlimitních veřejných zakázek, ačkoliv šlo o zakázku podlimitní. Je pravdou, že zadavatel tímto krokem mohl rozšířit okruh potenciálních dodavatelů a přispět tak k transparentnosti dané veřejné zakázky, avšak zároveň nastavil technické kvalifikační požadavky tak, že, jak již bylo shora uvedeno, mohlo dojít a fakticky i došlo k omezení počtu uchazečů, neboť min. jeden dodavatel, který měl zájem o předmětnou veřejnou zakázku, nepodal svou nabídku z důvodu diskriminačního požadavku zadavatele, přičemž dle zákona postačí, aby nedodržení postupu stanoveného zákonem mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Jak již bylo uvedeno, pokuta byla uložena při spodní hranici a ani uvedení případné další polehčující okolnosti by nemohlo mít vliv na její výši. Námitka je s ohledem na shora uvedené nedůvodná.

#### **VI. Závěr**

64. 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.
65. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

### **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

#### **Obdrží**

JUDr. Radek Ondruš, advokát, Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno

#### **Vypraveno dne**

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