



UOHSX008MEIS

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R336/2012/VZ-30331/2016/322/DJa

Brno 21. července 2016

V řízení o rozkladu ze dne 15. 11. 2012 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 19. 11. 2012 navrhovatelem –

- **Becker Umweltdienste GmbH**, se sídlem Sandstraße 116, 09114, Chemnitz, Spolková republika Německo, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 23. 1. 2012 JUDr. Martinem Nedelkou, Ph.D., advokátem, se sídlem Olivova 2096/4, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S289/2012/VZ-20323/2012/512/ABr ze dne 29. 10. 2012 vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Sběr, přeprava (svoz) a využívání (odstraňování) vybraných druhů odpadů na území stat. M. Plzeň**“ v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 29. 12. 2011 pod evidenčním číslem 7000000004323, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 10. 1. 2012 pod evidenčním číslem 2023/S 5-00759, jehož dalším účastníkem je zadavatel –

- **Čistá Plzeň, s.r.o.**, IČO 28046153, se sídlem Eduarda Beneše 430/23, 301 00 Plzeň, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 23. 5. 2012 JUDr. Robertem Vargou, advokátem, se sídlem Zbrojnická 229/1, 301 00 Plzeň,

jsem podle § 152 odst. 4 ve spojení s § 90 odst. 4 a § 66 odst. 1 písm. g) 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-S289/2012/VZ-20323/2012/512/ABr ze dne 29. 10. 2012

r u š í m

a správní řízení ve věci návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Sběr, přeprava (svoz) a využívání (odstraňování) vybraných druhů odpadů na území stat. M. Plzeň“ v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 29. 12. 2011 pod evidenčním číslem 700000004323, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 10. 1. 2012 pod evidenčním číslem 2023/S 5-00759

z a s t a v u j i.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 29. 12. 2011 uveřejnil zadavatel – Čistá Plzeň, s.r.o., IČO 28046153, se sídlem Eduarda Beneše 430/23, 301 00 Plzeň, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 23. 5. 2012 JUDr. Robertem Vargou, advokátem, se sídlem Zbrojnická 229/1, 301 00 Plzeň (dále jen „**zadavatel**“) v Informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 700000004323 oznámení o veřejné zakázce s názvem „Sběr, přeprava (svoz) a využívání (odstraňování) vybraných druhů odpadů na území stat. M. Plzeň“ a dne 10. 1. 2012 v Úředním věstníku Evropské unie pod evidenčním číslem 2023/S 5-00759 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Zadavatel zvolil pro zadávání veřejné zakázky užší řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹. Předmětem veřejné zakázky byl „*závazek dodavatele zajistit nakládání s komunálním odpadem s prioritním zajišťováním materiálového využívání využitelných složek komunálního odpadu uvedených v jednotlivých bodech čl. 3 této kvalifikační dokumentace definovaných svozových oblastech na území statutárního města Plzně v souladu s platnými právními předpisy České republiky, Plzeňského kraje a obecně závázanými vyhláškami statutárního města Plzně v následujícím rozsahu činností:*
 - a. *sběr, přeprava (svoz) a zajištění využívání nebo odstraňování směsného komunálního odpadu,*
 - b. *sběr, přeprava (svoz), úprava (dotřídění), zajištění odpovídajícího využívání objemného odpadu a zajištění odstraňování nevyužitelného objemného odpadu,*
 - c. *sběr, přeprava (svoz), úprava (dotřídění) a zajištění materiálového využití:*

¹Pokud 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.

papíru a lepenky

skla

plastů

nápojových kartonů,

- d. sezónní sběr, přeprava (svoz) a zajištění využívání nebo odstraňování vánočních stromků (20 02 01)*
- e. sběr, přeprava (svoz) a zajištění využívání nebo odstraňování nebezpečných odpadů blíže neurčených,*
- f. zajištění činností spočívajících v pořízení harmonogramů svozů a jejich aktualizaci do SW města Plzně,*
- g. zajištění vedení všech potřebných statistik a evidencí odpadů vyplývajících z platných a účinných právních norem na úseku odpadů, zejména pak vyplývající ze zákona o odpadech“.*

- 3. Dne 25. 4. 2012 uplatnil navrhovatel proti zadávacím podmínkám námitky; z těchto námitek Úřad zjistil, že navrhovatel – Becker Umweltdienste GmbH, se sídlem Sandstraße 116, 09114, Chemnitz, Spolková republika Německo, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 23. 1. 2012 JUDr. Martinem Nedelkou, Ph.D., advokátem, se sídlem Olivova 2096/4, 110 00 Praha 1 (dále jen „**navrhovatel**“) v nich argumentuje, že požadavky na kvalifikaci jsou diskriminující a nesouvisí s předmětem veřejné zakázky. Zadavatel uplatněným námitkám nevyhověl rozhodnutím ze dne 4. 5. 2012, které bylo doručeno navrhovateli dne 7. 5. 2012.
- 4. Dne 17. 5. 2012 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona k dohledu nad dodržováním zákona (dále jen „**Úřad**“) návrh navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**návrh**“). V návrhu se navrhovatel domáhal, aby Úřad zrušil zadávací řízení. Navrhovatel v návrhu jako újmu, která mu vznikla na jeho právech, uvedl, že se nemůže účastnit zadávacího řízení veřejné zakázky, přestože je plně způsobilý veřejnou zakázku plnit.

II. Napadené rozhodnutí

- 5. Dne 29. 10. 2012 rozhodl Úřad o návrhu navrhovatele rozhodnutím č.j. ÚOHS-S289/2012/VZ-20323/2012/512/ABr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
- 6. Výrokem napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že návrh navrhovatele zamítl s odkazem na ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle ustanovení § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.

III. Rozklad navrhovatele

- 7. Navrhovatel uplatnil dne 15. 11. 2012 faxem rozklad proti napadenému rozhodnutí; tento rozklad potvrdil, resp. doplnil, písemným podáním ve smyslu ustanovení § 37 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) dne 19. 11. 2012, tj. ve lhůtě do 5 dnů. Ze správního spisu vyplývá, že navrhovateli bylo napadené rozhodnutí doručeno dne 31. 10. 2012. Navrhovatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

8. Navrhovatel v podaném rozkladu vytýká Úřadu, že odůvodnění napadeného rozhodnutí neobsahuje žádné vlastní argumenty Úřadu; některé pasáže odůvodnění napadeného rozhodnutí se zcela shodují s vyjádřeními zadavatele, která učinil v průběhu správního řízení.
INDEX IN 01 jako finanční a ekonomický kvalifikační předpoklad
9. Navrhovatel vytýká Úřadu, že se nevypořádal s převážnou většinou námitek, které se týkaly indexu IN 01.
10. Navrhovatel v podaném rozkladu napadá dále závěr Úřadu o tom, že index IN 01 představuje vývojové zlepšení indexu IN 95. Dle navrhovatele tento závěr nemá oporu v odborné literatuře, přičemž tento závěr Úřadu považuje zadavatel za neopodstatněný a nelogický. Žádný ze zdrojů, známý navrhovateli, nepopisuje index IN 01 jako vývojové zlepšení indexu IN 95, nýbrž jako kombinaci indexů IN 95 a IN 99.
11. Navrhovatel má dále za to, že tvrzení zadavatele o zlepšení indexu IN 95 je čistě účelové, kterým se zadavatel snaží Úřad přesvědčit o tom, že „*doporučení v posudku doc. Ing. Holečkové se vztahuje i na ve skutečnosti nevhodný index IN 01*“. Navrhovatel v souvislosti s posudkem doc. Ing. Holečkové uvádí, že je přílohou č. 7 jeho návrhu na zahájení tohoto správního řízení, přičemž tento posudek předložil zadavatel Úřadu v řízení o přezkoumání zadavatele pod spisovou značkou S223,225/2010/VZ. Navrhovatel konstatuje, že indexem, vhodným pro posouzení schopnosti podniku dostát svým závazkům, je dle citovaného posudku index IN 95 a nikoliv IN 01. Navrhovatel vytýká, že Úřad se s tímto argumentem vůbec nevypořádal.
12. Navrhovatel napadá také závěr Úřadu o tom, že služby odpadového hospodářství jsou velmi specifické, a dále že pokud nebude vybrán dostatečně finančně stabilní zájemce, mohou statutárnímu městu Plzni a jeho obyvatelům hrozit značná rizika. Navrhovatel poukazuje na to, že v oblasti zdravotnictví a energetiky jsou podmínky mnohem specifičtější, přesto v těchto oblastech jsou veřejné zakázky zadávány zcela běžně. Navrhovatel dále uvádí, že ve statutárním městě Plzeň dlouhodobě chybí vyhláška pro nakládání s odpady, přesto probíhá toto nakládání s odpady hladce. Žádné z rizik dosud nenastalo, a závěr o tom, že mohou nastat, je tak zcela nereálný. Sám zadavatel dokonce dle navrhovatele popírá onu nezbytnost prokázat vysokou finanční stabilitu zájemce, když vůbec nepožaduje, aby zájemci předložili doklady, na základě nichž by si zadavatel mohl ověřit správnost poskytnutých údajů. Jestliže skutečně hrozí předmětná rizika, zadavatel by se nemohl přece spolehnout pouze na prostá prohlášení zájemců.
13. Navrhovatel v podaném rozkladu dále uvádí, že použití indexu IN 01 jako ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu není věcně odůvodněno, předmětný kvalifikační předpoklad je dle navrhovatele v rozporu s ustanovením § 50 odst. 3 zákona, je diskriminační a způsobuje netransparentnost v postupu zadavatele. Navíc dle navrhovatele v aktuálně účinném znění zákona byly ekonomické a kvalifikační předpoklady dle ustanovení § 55 zákona zrušeny.
14. Navrhovatel v podaném rozkladu uvádí, že zadavatelem zvolený index IN 01 jako ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad není standardní ekonomický ukazatel, neboť nemá žádnou vypovídací hodnotu o schopnosti zájemce plnit veřejnou zakázku. Vzhledem

k tomu, že v praxi a odborné literatuře se objevuje index IN 01 velmi zřídka, přičemž zahraniční literatuře je zcela neznámý, nemůže být dle navrhovatele považován za standardní. V této souvislosti navrhovatel uvádí, že index IN 01 není ani ukazatelem, naopak citovaný index představuje metodu pro zjednodušenou finanční analýzu podniku.

15. Navrhovatel rovněž uvádí, že index IN 01 jako analýza je zcela nevhodná jako kvalifikační předpoklad. Zákon neumožňuje dle navrhovatele, aby zadavatel požadoval předložit analýzy či jakkoliv dále zpracované údaje k prokázání jakéhokoliv kvalifikačního předpokladu. Dle navrhovatele kvalifikační předpoklad může spočívat výlučně v jednoduchém údaji, který je bezprostředně zjištělný a neobsahuje žádné subjektivní elementy.
16. Navrhovatel uvádí, že zadavatel nepřipustil, aby zájemci prokázali své finanční zdraví jinou finanční analýzou nebo jakýmkoliv vhodným prostředkem než indexem IN 01. Zájemci, kteří nedosáhli minimální hodnoty 1,15 indexu IN 01, avšak jsou finančně zdraví a způsobilí plnit veřejnou zakázku, nemají možnost své finanční zdraví prokázat.
17. Dle navrhovatele autoři indexu při jeho tvorbě vycházeli pouze z průzkumu a dat, který se týká společnosti působících v průmyslu. Z tohoto důvodu dle navrhovatele není možné zaručit spolehlivost indexu IN 01 při jeho použití na společnosti, které působí v oblasti služeb odpadového hospodářství. Navrhovatele dále uvádí, že index IN 01 je nevhodný pro zahraniční společnosti, neboť je určen výhradně pro české společnosti; dokonce samotní autoři tohoto indexu určili index IN 01 výhradně pro aplikaci na české společnosti. Dle navrhovatele je tak index IN 01 diskriminační vůči zahraničním dodavatelům.
18. Navrhovatel v podaném rozkladu uvedl, že index IN 01 je diskriminační vůči těm zájemcům, kteří investují do svého rozvoje, což v porovnání s pasivními zájemci, kteří neinvestují, zhoršuje některé jeho vstupní hodnoty pro výpočet index IN 01. Navrhovatel uvedl, že jeho investiční činnosti jsou možné prokázat tím, že v roce 2011 byla hodnota jeho dlouhodobého majetku a vlastní kapitál nejvyšší v celé jeho historii. Navrhovatel v souvislosti s tvrzeními o vývoji svých hospodářských výsledků připojil důkaz listinu označenou jako „*Přehled vývoje hospodářských výsledků navrhovatele*“. Navrhovatel uvádí, že představa zadavatele, že každá investice musí bezprostředně vést ke zvýšení zisku společnosti, aby taková společnost mohla být považována za finančně zdravou, je naprosto nesprávná. Navrhovatel pak Úřadu vytýká, že tato nepodložená tvrzení nekriticky přejal do odůvodnění rozhodnutí.
19. Navrhovatel dále v podaném rozkladu uvádí, že i zadavatelem zvolená minimální výše indexu IN 01 jako minimální úroveň předmětného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu je zcela neodůvodněná, resp. dle navrhovatele neexistuje žádný objektivní důvod, který zadavatele vedl ke stanovení právě minimální výše 1,15 indexu IN 01. Úřad dle navrhovatele v napadeném rozhodnutí zcela rezignoval o věcné zdůvodnění zadavatelem stanovené minimální úrovně předmětného kvalifikačního předpokladu.

SEZNAM VÝZNAMNÝCH SLUŽEB jako technický kvalifikační předpoklad

20. Navrhovatel v podaném rozkladu uvádí, že „*podmínky pro sčítání hodnot dílčích významných služeb však zadavatel stanovil diskriminačně*“. Navrhovatel spatřuje porušení zákona zadavatelem v tom, že zadavatel připustil sčítání jen takových služeb, které obsahují všechny tři složky komplexního nakládání s komunálním odpadem a zároveň nestanovil ani žádnou minimální přípustnou hodnotu takto sčítaných služeb.

21. Takové zadávací podmínky dle navrhovatele umožňují, aby předmětný kvalifikační předpoklad splnili pouze ti zájemci, kteří prokážou, že poskytli „*velké množství dílčích významných služeb o malé hodnotě*“. Předmětný kvalifikační předpoklad však dle navrhovatele nesplní ti zájemci, kteří poskytovali dílčí služby o vysoké hodnotě (např. 15 – 20 mil. Kč), pokud každá z těchto dílčích služeb současně neobsahovala všechny tři složky komplexního nakládání s komunálním odpadem. Zadavatel tak dle navrhovatele činí mezi oběma těmito skupinami zájemců rozdíl, aniž by pro takové rozdílné zacházení byly dány objektivní důvody.

PROVOZNÍ A TECHNICKÉ ZAŘÍZENÍ jako technický kvalifikační předpoklad

22. Požadavek zadavatele na předložení technického průkazu vozidel v rámci technických kvalifikačních předpokladů navrhovatel považuje v podaném rozkladu v rozporu se zásadou rovného zacházení a zákazem diskriminace. Navrhovatel v rozkladu uvádí, že takový požadavek zadavatele je diskriminační právě pro ty zájemce, kteří před podáním žádosti o účast v užším řízení uzavřeli pouze smlouvu o smlouvě budoucí, přičemž vozidlo nebylo dosud vyrobeno. Navrhovatel uvádí, že zadavatel vůbec nepřipustil (ani v kvalifikační dokumentaci a ani v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám), že by bylo možné technické průkazy nahradit jakýmkoliv jiným dokladem. Dle navrhovatele výčet požadovaných dokladů v článku 4. 5. písm. b) kvalifikační dokumentace má kumulativní charakter s výjimkou kupní smlouvy, a proto ze zadávacích podmínek dle navrhovatele vyplývá, že technické průkazy není možné ničím nahradit.
23. Navrhovatel v této souvislosti také odkazuje na konstantní rozhodovací praxi Úřadu (např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S135/2008/VZ-12435/2008/530/BM ze dne 12. 5. 2008), dle které je zadavatel oprávněn k prokázání splnění technické kvalifikace požadovat předložení jen ty doklady, které jsou výslovně uvedeny v ustanovení § 56 zákona.

POČET ZAMĚSTNANCŮ jako technický kvalifikační předpoklad

24. Navrhovatel v podaném rozkladu vytýká Úřadu, že se při posouzení požadavku zadavatele na minimální počet zaměstnanců a vedoucích pracovníků jako technického kvalifikačního předpokladu zcela ztotožnil s listinou předloženou zadavatelem, označenou jako „*Kalkulace potřebných zaměstnanců*“. Navrhovatel uvádí, že tato listina neobsahuje žádné věcné odůvodnění, a proto ji není možné považovat za důkaz.
25. Navrhovatel v podaném rozkladu uvádí, že tento technický kvalifikační předpoklad je zjevně nepřiměřený předmětu veřejné zakázky a dále je v rozporu s ustanovením § 50 odst. 3 zákona, dle kterého je veřejný zadavatel povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Zadavatel dle navrhovatele předmětným kvalifikačním předpokladem zvýhodňuje ty zájemce, kteří mají více zaměstnanců, přestože zadavatelem stanovený průměrný roční počet zaměstnanců není pro plnění této veřejné zakázky potřeba.

OBRAT jako ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad

26. Navrhovatel uvádí, že se Úřad při posouzení požadavku zadavatele na předložení dokladu údaji o celkovém obratu zájemců v rámci ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů neztotožnil ani s argumentem navrhovatele o tom, že předmětný kvalifikační

předpoklad zvýhodňuje zájemce, kteří nedosahují požadované výše obratu, avšak jsou plně kvalifikovaní k plnění veřejné zakázky.

27. Dle navrhovatele nemá oporu v judikatuře závěr Úřadu o tom, že „*cílem kvalifikačního kritéria na doložení obratu by mělo být zajištění, aby dodavatel není [sic] závislý na plnění veřejné zakázky*“. Navrhovatel v této souvislosti uvádí, že jestliže je určitý dodavatel ekonomicky závislý na plnění veřejné zakázky, tak z této skutečnosti nevyplývají žádné negativní následky. I kdyby byl na začátku plnění veřejné zakázky některý dodavatel na jejím plnění ekonomicky závislý, tak to dle navrhovatele neznamená, že by v budoucnosti nemohl své podnikatelské aktivity rozšířit.
28. Navrhovatel uvádí, že nadále trvá na tom, že výše obratu v rámci ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů je nepřiměřená předmětu veřejné zakázky.

Celková nepřiměřenost všech kvalifikačních předpokladů

29. Navrhovatel v uplatněném rozkladu uvádí, že „*kvalifikační předpoklady, tak jak byly stanoveny v kvalifikační dokumentaci, představují ve svém souhrnu pro zájemce nepřiměřeně vysokou překážku*“. Samotná nepřiměřenost kvalifikačních předpokladů pak dle navrhovatele vyplývá i z toho, že všichni nebo téměř všichni zájemci se zadávacího řízení účastní společně se subdodavatelem nebo v rámci dodavatelského konsorcia.
30. Navrhovatel dále odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 9/2007-104 ze dne 11. 10. 2007, dle kterého „*představují případy, kdy zadavatel nastaví úroveň kvalifikačních předpokladů tak vysoko, že tím vhodným uchazečům znemožní účast v zadávacím řízení, nepřímou diskriminací*“.
31. Navrhovatel dále v podaném rozkladu nesouhlasí s tvrzením, že zadávací podmínky umožňují přístup k veřejné zakázce i menším regionálním společnostem; tvrzení zadavatele, že společnost Becker Bohemia a Rumpold jsou regionální, nelze dle navrhovatele brát vážně.
32. Navrhovatel v rozkladu dále uvádí, že se zadávacího řízení v žádné části veřejné zakázky neúčastní žádná regionální společnost, a proto i z tohoto důvodu požadavky na kvalifikační předpoklady představují neodůvodněnou překážku.

Závěr rozkladu

33. Navrhovatel v rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil k novému projednání a rozhodnutí věci, případně aby napadené rozhodnutí změnil tak, aby návrhu navrhovatele v plném rozsahu vyhověl a zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku zrušil.

IV. Původní rozhodnutí o rozkladu a soudní přezkum

34. Dne 12. 8. 2013 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j. ÚOHS-R336/2012/VZ-15156/2013/310/MLr (dále jen „**původní rozhodnutí předsedy Úřadu**“), kterým napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítnul.
35. Následně podal navrhovatel žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“), kterou se domáhal zrušení původního rozhodnutí předsedy Úřadu.

36. Dne 10. 12. 2015 vydal krajský soud rozsudek č. j. 30 Af 102/2013 - 165 (dále jen „**rozsudek krajského soudu**“), jímž původní rozhodnutí předsedy Úřadu zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.
37. Krajský soud ve svém rozsudku konstatoval, že žalobou napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné, neboť se předseda Úřadu v napadeném rozhodnutí s námitkami navrhovatele nevypořádal vůbec, nebo způsobem, který nelze považovat za řádné odůvodnění.

INDEX IN 01 jako finanční a ekonomický kvalifikační předpoklad

38. Krajský soud vytýká předsedovi Úřadu, že neobsahuje konkrétní zdůvodnění, proč je možno index IN 01 pokládat za kvalifikační předpoklad stanovený v souladu se zákonem. Na základě odborných článků a publikací krajský soud dospěl k závěrům, že hodnota indexu v intervalu 0,75 až 1,77 skutečně představuje tzv. šedou zónu, nevyhraněné výsledky a situace podniku, resp. nedostatečnou indikaci, kdy nelze určit, zda podnik tvoří hodnotu či nikoli. Krajský soud považuje zadavatelem zvolenou výslednou hodnotu indexu 1,15 jako nedostatečný obraz o solventnosti uchazeče.
39. Dále krajský soud konstatuje, že přistoupí-li zadavatel ke stanovení takového kvalifikačního předpokladu (zde indexu IN 01), jehož výše se odvíjí od výpočtu a dosazování vstupních proměnných do složitějšího vzorce, je nutno, aby zadavatel disponoval prostředky, díky kterým následně může ověřit a přezkoumat, zda uchazeči hodnotu indexu IN 01 vypočetli správně. Je přitom nepochybné, že jednotlivé proměnné indexu IN 01 jsou zjištělné pouze z rozvahy, jejíž předložení ovšem zadavatel od uchazečů v zadávacím řízení nepožadoval a spoléhal toliko na obsah předložených čestných prohlášení. U zahraničních zájemců by pak zadavatel nemohl jednotlivé proměnné indexu ověřit ani z rozvahy, neboť z důvodu odlišnosti vedených účetních výkazů rozvaha navrhovatele vzorcem upravené vstupní proměnné vůbec neobsahuje. Poukazuje-li v této souvislosti zadavatel na existenci mezinárodního účetního standardu, který je totožný pro všechny rozvinuté státy a který je (pokud jde o jednotlivé proměnné) v indexu IN 01 obsažen, není možno ani tato tvrzení zadavatele přezkoumat. Zadavatel neuvádí, o jaký konkrétní mezinárodní účetní standard se jedná, co je jeho obsahem a jakým způsobem je zajištěna srovnatelnost ekonomicko-finančního postavení domácích a zahraničních uchazečů. Krajský soud přitom není povinen bez uvedení konkrétních skutečností sám z vlastní iniciativy zjišťovat a ověřovat, zda vůbec a jakým způsobem je srovnatelnost domácích a zahraničních uchazečů zajištěna, a dohledávat k tomu relevantní důkazy.
40. Krajský soud uzavírá, že nemožnost přezkoumat správnost vypočtené hodnoty indexu snižuje věrohodnost a vypovídací hodnotu, a ačkoli zákon tuto kontrolu zadavateli explicitně nestanoví, nelze opomínat povinnost zadavatele volit taková kvalifikační kritéria, jimiž bude zajištěn nediskriminační a transparentní výběr dodavatele. S ohledem na výše uvedené se tedy nelze spokojit s argumentací předsedy Úřadu, že dostatečnou zárukou pravdivosti obsahu čestných prohlášení představuje ustanovení § 120a odst. 1 písm. a) zákona, které jako správní delikt sankcionuje jednání dodavatele, jestliže předloží k prokázání splnění kvalifikace informace nebo doklady, které nedopovídají skutečnosti a měly nebo by mohly mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele v zadávacím řízení.

41. Krajský soud se neztotožňuje ani s postupem předsedy Úřadu, který s odkazem na koncentraci řízení nepřipustil možnost prokázat finanční zdraví navrhovatele či ostatních uchazečů jinou finanční analýzou než předmětným indexem IN 01, s čímž navrhovatel také již v podaném rozkladu a následně i v žalobě nesouhlasil. Krajský soud ve vztahu k uplatněné žalobní námitce, že s ohledem na nespolehlivost a zpochybnění vypovídací hodnoty a nediskriminačního charakteru zvoleného kvalifikačního předpokladu v podobě indexu IN 01, a to nejen ve vztahu k zahraničním uchazečům, bylo na místě zvolit k prokázání finančního zdraví uchazečů jiný vhodný a transparentní způsob, např. prostřednictvím přehledu vývoje dosažených hospodářských výsledků jakožto exaktně zjiřitelných veličin, které nepřipouští prostor pro jakékoli ovlivňování zadávacího řízení. Přestože navrhovatel provedení tohoto důkazu navrhoval již v prvostupňovém řízení, a to v již dříve zmiňovaném podání ze dne 24. 7. 2012, Úřad tuto skutečnost v prvostupňovém rozhodnutí vůbec nereflektoval. Krajský soud hodnotí závěr předsedy Úřadu o nepřipustnosti námítky s odkazem na § 82 odst. 2 správního řádu a omezení se na ničím nepodložené a nepřezkoumatelné tvrzení předsedy Úřadu, že provedení předmětného důkazu bylo nadbytečné, za nepřijatelné.

SEZNAM VÝZNAMNÝCH SLUŽEB jako technický kvalifikační předpoklad

42. Krajský soud se neztotožňuje se závěrem předsedy Úřadu, že zájemce, který nebyl schopen prokázat splnění kvalifikačního předpokladu sám, mohl tento kvalifikační předpoklad prokázat jinak, např. ve spolupráci s jiným subjektem nebo prostřednictvím subdodavatele.
43. Krajský soud se přitom ztotožňuje se závěry zadavatele a správních orgánů obou stupňů do té míry, že s ohledem na předmět plnění předmětné veřejné zakázky bylo nutno, aby uchazeči prokázali, že jsou schopni z komplexního hlediska nakládání s odpady zajistit. Krajský soud se však již nemůže ztotožnit se způsobem, jakým k naplnění tohoto cíle přistoupil zadavatel. Naopak je ve shodě s navrhovatelem toho názoru, že zde ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a zajištění jeho plnění neexistuje ospravedlnitelný důvod, pro který by poskytování dílčích služeb tvořících ve svém souhrnu komplexní nakládání s komunálním odpadem, byť v rámci samostatných smluvních vztahů s různými původci odpadu, nemělo a nemohlo být považováno za „komplexní“ stejně jako u uchazečů, kteří podmínku komplexního nakládání splnili v úhrnu předmětů několika smluvních vztahů se stejným původcem odpadu. Není totiž zřejmé, v čem konkrétně by měl spočívat rozdíl v kvalifikaci u uchazeče, který by předmětný kvalifikační předpoklad „komplexnosti“ splnil sečtením dílčích významných služeb poskytnutých v rámci samostatných smluvních vztahů, od uchazeče, který dílčí významné služby poskytne „komplexně“ v rámci smluvního vztahu jediného, byť rovněž na podkladě několika uzavřených smluv.
44. Krajský soud k tomu konstatuje, že stanovení předmětného kvalifikačního kritéria, zejména co do nastavení možnosti sčítání jednotlivých dílčích významných služeb, shledal pro svou diskriminační povahu v rozporu s § 6 zákona. Takto nastavené kvalifikační kritérium totiž z účasti v zadávacím řízení neodůvodněně vyloučilo či znevýhodnilo ty uchazeče, kteří sice neměli zkušenost s „komplexním“ nakládáním s odpady v rámci jednoho smluvního vztahu, resp. jednoho původce odpadu, avšak přesto by nepochybně byli schopni veřejnou zakázku splnit, neboť požadovaného „komplexního“ nakládání s odpady dosáhli, byť v rámci různých smluvních vztahů. Pro zmíněné rozlišování a takto nastavené kvalifikační kritérium zde, jak bylo uvedeno výše, neexistovaly objektivní okolnosti, čímž došlo k porušení § 6 zákona.

Kvalifikační požadavek tak dle krajského soudu nepochybně zasáhl do konkurenčního prostředí mezi dodavateli a jeho diskriminační charakter nemohl být eliminován ani dalšími stanovenými požadavky, které se k předmětné veřejné zakázce vztahovaly, ani argumentací předsedy Úřadu, že uchazeči mohli splnění předmětného kritéria prokázat subdodavatelskou formou.

POČET ZAMĚSTNANCŮ jako technický kvalifikační předpoklad

45. Krajský soud souhlasí se závěry navrhovatele, že listina nazvaná jako „*Kalkulace potřebné svozové techniky a počtu pracovníků pro potřeby veřejné zakázky na svoz vybraných složek odpadů na území města Plzeň*“ ve skutečnosti obsahuje prostý přehled bez jakýchkoli výpočtů výsledných hodnot jednotlivých položek, z něhož není patrné, jak zadavatel dospěl ke vstupním i výsledným hodnotám a na základě čeho výsledný počet zaměstnanců stanovil.
46. Dále krajský soud v plném rozsahu přisvědčuje názorům navrhovatele, že transparentní postup zadavatele se měl při stanovení tohoto kvalifikačního kritéria opírat a měl být podložen relevantní zpracovanou analýzou či jiným vhodným prostředkem, z něhož by vyplývaly věcné důvody pro stanovení konkrétního počtu požadovaných zaměstnanců, potřebných k plnění veřejné zakázky.

Celková nepřiměřenost všech kvalifikačních předpokladů

47. Krajský soud nesouhlasí se závěrem předsedy Úřadu, že by kvalifikační předpoklady ve svém souhrnu nepředstavovaly rozpor se zásadou zákazu diskriminace a k tomu uvádí, že i v případě, kdy kvalifikační předpoklady každý jednotlivě jsou shledány v souladu se zákonem, mohou ve svém souhrnu přesto představovat nepřiměřenou překážku bránící účasti v zadávacím řízení jinak kvalifikovaným dodavatelům.
48. Dne 19. 5. 2016 vydal Nejvyšší správní soud rozsudek č. j. 9 As 301/2015 - 45 (dále jen „**rozsudek Nejvyššího správního soudu**“), jímž zamítl kasační stížnost Úřadu směřující proti rozsudku krajského soudu, kterým bylo rozhodnutí předsedy Úřadu zrušeno, jako nedůvodnou. Tedy Nejvyšší správní soud potvrdil závěry krajského soudu a konstatuje, že rozsudek krajského soudu je přezkoumatelný, srozumitelný a vyčerpávajícím způsobem odůvodněn.

V. Další řízení o rozkladu

49. Po vrácení správního spisu Nejvyšším správním soudem Úřadu pokračuje předseda Úřadu v řízení o rozkladu proti napadenému rozhodnutí. Předseda Úřadu je v dalším řízení vázán právním názorem vysloveným v rozsudku krajského soudu a zároveň právním názorem vysloveným v rozsudku Nejvyššího správního soudu.
50. Nicméně během dalšího řízení o rozkladu předseda Úřadu zjistil, že zadavatel zadávací řízení veřejné zakázky zrušil. Oznámení zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky bylo zadavatelem dne 26. 9. 2014 uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách pod ev. č. formuláře 7451011004323 a dne 1. 10. 2013 v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2014/S 188-331972.

Vyjádření zadavatele

51. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 29. 6. 2016 uvádí, že dne 15. 9. 2014 podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona rozhodl o zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky.
52. Dále zadavatel uvádí, že jestliže bylo zrušeno zadávací řízení, důvod tohoto správního řízení odpadl. Navrhovateli bylo fakticky postupem zadavatele vyhověno. Tím bylo podle názoru zadavatele naplněno ustanovení § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, protože „*se toto správní řízení stalo bezpředmětným*“. Proto zadavatel navrhuje, aby bylo toto správní řízení zastaveno.

Stanovisko předsedy Úřadu

53. 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 s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
54. Jelikož jsem v průběhu tohoto řízení o rozkladu zjistil, že ve smyslu § 90 odst. 4 správního řádu nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího jsem napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.
55. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.

VI. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení

56. Podle § 118 odst. 1 zákona, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
57. Podle § 118 odst. 5 správního řádu Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odstavce 1 nebo 2.
58. Podle § 152 odst. 1 správního řádu proti rozhodnutí, které vydal ústřední správní úřad, ministr nebo vedoucí jiného ústředního správního úřadu v prvním stupni, lze podat rozklad.
59. Podle § 152 odst. 4 správního řádu nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání.
60. Podle § 90 odst. 4 správního řádu jestliže odvolací správní orgán zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího zruší napadené rozhodnutí a řízení zastaví, ledaže jiné rozhodnutí o odvolání může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků.
61. Podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu správní orgán řízení o žádosti usnesením zastaví, jestliže se žádost stala zjevně bezpředmětnou.
62. Bepředmětnost ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu je podle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 20/2011-52 ze dne 16. 8. 2012, proti němuž směřující kasační stížnost byla rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 79/2012-37 ze dne 26. 6. 2013

zamítnuta, nutno vnímat jako „stav, kdy jakýmkoliv rozhodnutím o žádosti, ať už kladným nebo záporným, nedojde k žádné změně v právním postavení žadatele“.

63. K bezpředmětnosti žádosti, jakožto k důvodu pro zastavení správního řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, se vyjádřil např. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 As 62/2009-68 ze dne 14. 10. 2010, v rozsudku č. j. 8 As 103/2011-92 ze dne 19. 3. 2012 a v rozsudku č. j. 7 Afs 79/2012-37 ze dne 26. 6. 2013 v nichž uvedl, že *„důvod pro zastavení řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu je dán tehdy, pokud v průběhu řízení o žádosti dojde k takové změně okolností, že rozhodnutí správního orgánu o žádosti již nebude mít pro žadatele význam.“* Takový navrhovatelem sledovaný význam je potřeba vnímat jako právě ten zamýšlený význam, který by mělo pro navrhovatele eventuální budoucí rozhodnutí Úřadu, nikoli význam jiný. Tento význam přitom vždy vyplývá již z původního obsahu návrhu a v zásadě se kryje s předmětem řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky, tj. s cílem uložit konkrétní nápravné opatření, tj. právě to, kterého se navrhovatel v návrhu domáhal.
64. K předmětu správního řízení se rozšířený senát Nejvyššího správního soudu vyjádřil v usnesení č. j. 8 As 47/2005-86 ze dne 21. 10. 2008, kde uvedl, že *„V obecné rovině lze předmět řízení definovat za pomoci dvou kritérií: subjektivního nebo objektivního. Subjektivní vymezení předmětu řízení je určeno hospodářským či společenským cílem, který subjekt vyvoláním řízení sleduje. Objektivní vymezení předmětu řízení je pak odvislé od veřejného zájmu a okruhu chráněných zájmů, o které se v tom či onom typu řízení jedná (...). Tyto dva typy vymezení předmětu řízení se přirozeně mohou a nemusí překrývat; sledování a naplnění jednoho (subjektivního) hospodářského cíle však může typicky zahrnovat posouzení několika okruhů veřejných zájmů, které mohou být upraveny celou řadou tzv. složkových zákonů.“*
65. Úřad zahájil toto správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 113 zákona na základě návrhu navrhovatele. V době podání návrhu bylo cílem navrhovatele zrušení zadávacího řízení. V průběhu vedení tohoto správního řízení však došlo ke zrušení zadávacího řízení, čímž bylo zadávací řízení veřejné zakázky skončeno.
66. V tomto správním řízení tak v průběhu řízení o rozkladu došlo k takové změně okolností, která zapříčinila, že návrh, který v době svého podání bezpředmětným nebyl, se jím stal, neboť po zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky již nelze dosáhnout cíle, ke kterému návrh směřoval, tj. *„zrušení zadávacího řízení nebo soutěže o návrh nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele“*, o návrh v zadávacím řízení veřejné zakázky pravomocným meritorním rozhodnutím Úřadu ve smyslu § 118 odst. 1 zákona.
67. K tomu dodávám, že je vyloučeno i použití § 118 odst. 5 zákona, neboť to je možné pouze po meritorním posouzení návrhu navrhovatele, tj. ve správním řízení, u něhož jsou vůbec dány procesní předpoklady po jeho (další) vedení. To však v případě tohoto správního řízení již dány nejsou. Současně dodávám, že žádný jiný právní důvod pro zastavení tohoto správního řízení vybývající přímo ze zákona, coby speciálního právního předpisu ve vztahu k důvodům zastavení řízení, nenastal.
68. I kdyby bylo možné v rámci tohoto správního řízení docílit pravomocného meritorního výroku Úřadu ve věci návrhu navrhovatele, nedošlo by ke změně v právním postavení navrhovatele a rozhodnutí Úřadu o návrhu navrhovatele by pro navrhovatele nemělo

význam, neboť naplnění významu navrhovatelem zamýšleného v době podání návrhu by již nebylo v důsledku rozhodnutí o návrhu objektivně možné. Prvotního cíle, kterého chtěl navrhovatel podáním návrhu dosáhnout (uložení nápravného opatření), tedy již dosáhnout nelze a návrh navrhovatele se tak stal bezpředmětnou žádostí ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu.

69. Zastavením řízení pro zjevnou bezpředmětnost žádosti, tj. návrhu podaného podle § 114 odst. 1 zákona tehdy, bylo-li zadávací řízení zrušeno v průběhu vedení správního řízení před Úřadem, se zabýval i Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 7 As 101/2014-76 ze dne 29. 5. 2015, ve kterém uvedl, že *„v případě, že zadávací řízení bylo po podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zrušeno, nelze aplikovat ust. § 118 odst. 5 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Proto stěžovatel a) [Úřad - pozn. předsedy Úřadu] postupoval správně, pokud řízení podle ust. § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu zastavil, neboť zákon o veřejných zakázkách neobsahuje vlastní úpravu zastavení řízení zahájeného na návrh a podle ust. § 118 odst. 5 lze postupovat pouze v případech zamítnutí návrhu z věcných důvodů nebo tehdy, je-li návrh podán neoprávněnou osobou.“*
70. Podle § 90 odst. 4 správního řádu jestliže odvolací správní orgán zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího zruší napadené rozhodnutí a řízení zastaví, ledaže jiné rozhodnutí o odvolání může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků.
71. Jelikož jsem z obsahu správního spisu zjistil, že rozklad směřuje proti rozhodnutí, které ukládá zadavateli nápravné opatření týkající se zadávacího řízení, jež však již bylo zadavatelem zrušeno, dospěl jsem k závěru, že tím došlo k naplnění hypotézy § 90 odst. 4 správního řádu. Proto jsem napadené rozhodnutí zrušil a řízení o rozkladu bez dalšího zastavil.
72. Vzhledem k tomu, že je z obsahu spisu tohoto správního řízení zřejmé, že žádný z účastníků netvrdil ani neprokázal, že by jiné rozhodnutí o rozkladu mohlo mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků nezbývá, než postupem dle § 90 odst. 4 správního řádu napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení ve věci vymezené návrhem navrhovatele zastavit.

VII. Závěr

73. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že zadavatel zrušil zadávací řízení veřejné zakázky, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.
74. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Martin Nedelka, Ph.D., advokát, Olivova 2096/4, 110 00 Praha 1
2. JUDr. Robert Varga, advokát, Zbrojnická 229/1, 301 00 Plzeň

Vypraveno dne:

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