

Č. j.: VZ/S 244/04-153/715/05-Kr

V Brně dne 11. února 2005

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 10.12.2004 podle § 96 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb. a zákona č. 437/2004 Sb., na základě návrhu ze dne 13.12.2004 uchazeče Jiřího Pežgy, Český Těšín, na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele města Český Těšín, Náměstí ČSA 1, 737 01 Český Těšín, zastoupeného Ing. Jindřichem Sznapkou, starostou, učiněných při zadávání veřejné zakázky „Nakládání s komunálním odpadem ve městě Český Těšín“ v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 27.7.2004 pod ev. č. 50000378., rozhodl **takto**:

Podle § 101 odst. 5 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb. a zákona č. 60/2005 Sb., se **řízení** o přezkoumání úkonů zadavatele města Český Těšín, učiněných při zadávání veřejné zakázky „Nakládání s komunálním odpadem ve městě Český Těšín“ **zastavuje**, neboť nebylo shledáno porušení cit. zákona.

### **O d ů v o d n ě n í**

Město Český Těšín, Náměstí ČSA 1, 737 01 Český Těšín, zastoupené Ing. Jindřichem Sznapkou, starostou (dále jen „zadavatel“), uveřejnilo podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb. a zákona č. 437/2004 Sb. (dále jen „zákon“), na centrální adrese dne 27.7.2004 pod ev. č. 50000378, oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Nakládání s komunálním odpadem ve městě Český Těšín“.

Zadavatel si jako kritérium pro zadání předmětné veřejné zakázky zvolil dle bodu 5.6. oznámení zadávacího řízení nejnižší nabídkovou cenu.

V předmětném užším řízení zadavatel v oznámení zadávacího řízení v bodu 9.2. kritéria a podklady pro prokázání finanční a ekonomické způsobilosti mj. po uchazečích požadoval „výkaz celkového obrátu (30 mil. Kč/ ročně) za poslední 3 roky“.

Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel 5 nabídek. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 8.11.2004 vyplývá, že komise posuzovala 5 nabídek s tím, že jedna z nabídek byla vyřazena, neboť byla doručena v rozporu s § 53 zákona. Následně pak komise seřadila nabídky dle nabídkové ceny, s tím, že byla vybrána nabídka uchazeče .A.S.A., spol. s r. o., Praha, který nabídl nejnižší cenu. Zadavatel rozhodl o přidělení veřejné zakázky jmenovanému uchazeči, což oznámil uchazečům dopisem ze dne 15.11.2004.

Dodavatel Jiří Pežga, ul Lipová 111, Horní Žukov, 737 01 Český Těšín (dále jen „navrhovatel“), který nepodal nabídku, využil svého práva vyplývajícího z § 88 zákona, a podal dopisem ze dne 29.11.2004 námitky zadavateli, který jim nevyhověl, což Jiřímu Pežgovi oznámil dopisem ze dne 2.12.2004. Jiří Pežga podal dopisem ze dne 9.12.2004 návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) obdržel návrh dne 10.12.2004 a tímto dnem bylo podle § 96 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Součástí návrhu byl i výpis z účtu ze dne 15.12.2004 prokazující, že Jiří Pežga uhradil dne 14.12.2004 správní poplatek ve výši 30 000,- Kč.

Ve svém návrhu navrhovatel mj. uvedl, že porušení zákona spočívá v tom, že už zadání veřejné zakázky bylo diskriminační, když jednou z podmínek zadání bylo doložení obratu ve výši nejméně 30 mil. Kč ročně. Navrhovatel provozoval služby pro zadavatele nepřetržitě od roku 1991 a dle jeho názoru kvalitě zajišťovaných služeb nevadila skutečnost, že obrat jeho firmy nedosahoval 30 mil. Kč. Domnívá se, že podklady k uvedenému kritériu získal zadavatel v předchozím výběrovém řízení vyhlášeném v dubnu 2004, které bylo zrušeno: „Původní výběrové řízení zrušil hlavně z toho důvodu, že informace získané zadavatelem v tomto výběrovém řízení pomohly zadavateli stanovit nová kritéria, které nebylo možno ze strany mojí firmy splnit. Nové zadávací podmínky, tedy diskriminační ukazatel s 30 mil. obratem, moji další účast v předmětné soutěži vyloučily“. Dále poukazuje na údajně mimořádně nízkou nabídkovou cenu uchazeče, kterému byla přidělena předmětná veřejná zakázka: „Na období 10 let lze určit cenu profesním odhadem, který však nelze akceptovat jako odbornou kalkulaci.“ Dále za diskriminaci navrhovatel považuje, že byl z hodnotících kritérií oproti zmíněnému zrušenému výběrovému řízení vyřazen rozsah a způsob využití místních zdrojů. Navrhovatel se také domnívá, že hodnotící odborná komise neměla dostatečnou odbornou způsobilost, kdy v daném případě v komisi pracovali osoby s odbornou způsobilostí ve stavebnictví a k posuzování neměly dostatečnou kvalifikaci. Navrhovatel žádá o zrušení zadání veřejné zakázky.

Dne 12.1.2005 orgán dohledu obdržel od zadavatele dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky a nedatované stanovisko k obsahu návrhu. V uvedeném stanovisku k otázce ukazatele týkajícího se obratu zadavatel uvedl, že nakládání s komunálním odpadem je významnou zakázkou zadavatele a smlouva s vybraným uchazečem bude uzavřena na deset let. K tvrzení, že samostatné podklady k údajně diskriminačnímu limitu získal z předchozího výběrového řízení uvádí, že možnost zrušení původní veřejné zakázky si vyhradil v podmínkách zadání původní zakázky a rozhodnutí o zrušení učinil před tím než otevřel obálky s nabídkovými cenami. K údajně mimořádně nízké nabídkové ceně zadavatel uvedl, že ta „je názorem navrhovatele, jinak ostatní uchazeči mají cenové nabídky srovnatelné“. Podmínka odborné způsobilosti hodnotící komise byla splněna vzděláním a zkušeností v daném oboru. Dále se vyjádřil k hodnotícím kritériím v tom smyslu, že stanovením kritéria „využití místních zdrojů“ by zvýhodnil firmy se sídlem v regionu Český Těšín.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu účastníkům řízení dopisem č. j. VZ S 244/04-153/351/05-Kr ze dne 24.1.2005, ve kterém účastníkům řízení poskytl lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí, popř. navrhnout doplnění šetření.

Účastníky správního řízení jsou podle § 99 zákona:

- zadavatel
- navrhovatel
- .A.S.A., spol. s r. o., Ďáblická 791/89, 182 00 Praha, za niž jedná Ing. Arnošt Kastner a Ing. Tomáš Antal, jednatele, které byla veřejná zakázka přidělena, ve správním řízení právně zastoupená na základě plné moci ze dne 25.1.2005 JUDr. Tomášem Vrchlabským, advokátem.

Dne 25.1.2005 orgán dohledu vydal předběžné opatření č. j. VZ/S 244/04-153/375/04-Kr jímž zakázal uzavřít smlouvu na plnění předmětné zakázky do doby než bude případ řádně prošetřen. Proti předběžnému opatření podala společnost .A.S.A. , spol. s r. o., Praha dopisem ze dne 10.2.2005 rozklad, o kterém bude samostatně rozhodnuto v rozkladovém řízení předsedou ÚOHS.

Dne 26.1.2005 orgán dohledu obdržel doplnění návrhu od Jiřího Pežgy v němž navrhovatel sděluje, že zadavatel uzavřel se společností .A.S.A, spol. s r. o., smlouvu, jež byla předmětem veřejné zakázky, před uplynutím 60 dnů od podání námitek a dále, že rozhodnutí zadavatele o námitkách nemá úplné náležitosti rozhodnutí dle zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů. Následně se orgán dohledu obrátil na zadavatele dopisem č. j. VZ S 244/04/462/05-153/Kr ze dne 28.1.2005 ve kterém ho požádal o vyjádření k uvedenému sdělení.

Dne 1.2.2005 orgán dohledu obdržel vyjádření zadavatele k zahájení správního řízení v němž stanovování kritérií a podkladů pro prokázání technické, finanční a ekonomické způsobilosti odůvodnil délkou plnění zakázky, předpokládanými vysokými náklady (cca 18 mil. Kč ročně), rozsahem zakázky a kladením vysokých nároků na zkušenosti s prováděním služeb obdobného charakteru. Dále se zadavatel vyjádřil v tom smyslu, že důvodem k „vyhlášení nové veřejné zakázky“ byla skutečnost, že ceny za jím poskytované služby byly oproti cenám obvyklým vysoké.

Dne 1.2.2005 orgán dohledu obdržel vyjádření od společnosti .A.S.A., spol. s r. o. Ke stanovení minimálního obratu jmenovaný účastník správního řízení uvedl, že zadavatel tímto stanovuje kritérium jistoty, že uchazeč je nejenom ekonomicky způsobilý zakázku plnit, ale i do budoucna zakázku realizovat. Jde totiž nepochybně o právo zadavatele zajistit si trvalého partnera. Jestliže v daném případě jde o zakázku v trvání 10 let, je na místě požadovat po uchazečích ekonomickou solidnost. Nelze v této situaci přehlédnout, že nejnižší vítězná nabídka činila 157 miliónů, takže to znamená roční obrat 15,7 miliónu Kč, tedy více jak polovinu zadavatelem povoleného limitu. Zadavatel předpokládal, že při dlouhodobém plnění v uvažovaných obrotech je třeba žádat záruky přiměřeně vyšší než je předpokládaný obrat zadávané zakázky. Postup zadavatele stanovením limitu 30 mil Kč je přiměřený. Limit nebyl diskriminační, jelikož o diskriminaci lze hovořit jedině tehdy, jestliže by limit vyloučil podstatnou většinu uchazečů. K mimořádně nízké ceně uchazeč uvedl, že uchazeči podali nabídky v rozdílech, které lze vyjádřit v jednotkách procent, kdežto navrhovatel podal v předchozí veřejné zakázce „podle informací které má .A.S.A., spol. s r. o.“ nabídku, která se od ostatních lišila v desítkách procent. Co se týká uzavřené smlouvy zadavatel uvedl, že

k uzavření smlouvy na předmět veřejné zakázky zatím nedošlo. Uchazeč uzavřel smlouvu „v časově a cenově“ omezeném rozsahu.. Takovou smlouvu má zadavatel právo zadavatel nepochybně uzavřít, neboť předmět činnosti svoz odpadu musí být plněn soustavně. Společnost .A.S.A. navrhuje, aby návrh byl zamítnut a rozhodnutí zadavatele potvrzeno.

Orgán dohledu obdržel dne 3.2.2005 odpověď zadavatele týkající se uzavření smlouvy před uplynutím 60 dnů po obdržení námitek. Zadavatel uvedl, že uzavřel smlouvu se společností .A.S.A., spol. s r. o., na dobu do vydání pravomocného rozhodnutí ÚOHS, a to v souladu s § 6 odst. 3 zákona v max. výši 2 mil. Kč. K rozhodnutí o námitkách uvedl, že má všechny zákonné náležitosti.

Po přezkoumání případu na základě ustanovení § 96 a násl. zákona, v jeho vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů orgán dohledu rozhodl o zastavení řízení, přičemž ke svému rozhodnutí uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### 1. Diskriminační podmínka zadání – celkový obrat uchazeče

Z § 30 odst. 3 zákona vyplývá, že je zadavatel povinen omezit rozsah požadovaných informací o kvalifikaci dodavatelů pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.

V § 32 odst. 1 písm c) zákona je stanoveno, že uchazeč nebo zájemce může finanční a ekonomickou způsobilost prokázat výkazem celkového obratu uchazeče nebo zájemce a obratem dosaženým za provedené práce, dodávky zboží nebo poskytnutí služeb za předcházející 3 účetní období.

V předmětném užším řízení zadavatel v oznámení zadávacího řízení v bodu 9.2. kritéria a podklady pro prokázání finanční a ekonomické způsobilosti mj. po uchazečích požadoval „výkaz celkového obratu (30 mil. Kč/ ročně) za poslední 3 roky“.

Z výše uvedených ustanovení zákona je zřejmé, že při stanovení úrovně finanční a ekonomické způsobilosti není zadavatel oprávněn jít nad rámec § 32 zákona, který stanovuje předložením jakých dokladů se cit. způsobilost prokazuje, což zadavatel v šetřeném případě dodržel, neboť k prokázání finanční a ekonomické způsobilosti podle § 32 odst. 1 písm. c) zákona požadoval pouze doklady zde uvedené, totiž konkrétně doložení celkového obratu uchazeče.

V této souvislosti pak orgán dohledu konstatuje, že zadavatel nesmí pouze volit taková kvalifikační kritéria, která zejména neodpovídají charakteru veřejné zakázky, nevztahují se k předmětu veřejné zakázky nebo jdou nad rámec zákona, popř. odporují zákazu diskriminace.

Dále k této záležitosti orgán dohledu uvádí, že z hlediska posouzení oprávněnosti stanovení minimálního obratu je rozhodná souvislost s předmětem šetřené veřejné zakázky (viz § 30 odst. 3 zákona), zejména s jeho charakterem, výší plnění a dlouhodobou délkou závazku. Minimálním obratem zadavatel tedy stanoví předpokládanou „velikost firmy“, která bude provádět požadovanou službu, avšak musí tak učinit s ohledem na rozsah činnosti stanovený předmětem veřejné zakázky. Zadavatelem zvolený minimální obrat potom snižuje pravděpodobnost, že by k realizaci díla byl vybrán subjekt jehož finanční situace je do značné míry závislá na realizaci předmětné veřejné zakázky.

Orgán dohledu neshledal, že by požadavek doložení obratu ve výši nejméně 30 mil. Kč ročně, když předpokládaná částka plnění za rok činila 15 mil. Kč (za deset let plnění byla 150 mil. viz bod. 7.2.2 oznámení zadávacího řízení) za nepřiměřený a neodpovídající předmětu zakázky.

## 2. Mimořádně nízká nabídková cena

V § 61 odst. 1 zákona je mj. stanoveno, že pokud nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění ve lhůtě podle odstavce 4. Hodnotící komise může vzít v úvahu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, jestliže je tato cena zdůvodněna objektivními příčinami, zejména z důvodu výjimečné hospodárnosti realizace nebo výrobní metody, originality, případně objektivnosti technického řešení nebo příznivých podmínek u uchazeče. Neodůvodnil-li uchazeč mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve stanovené lhůtě nebo posoudila-li hodnotící komise jeho zdůvodnění jako neopodstatněné, nabídku vyřadí.

Zadavatel v bodu 7 oznámení zadávacího řízení stanovil předpokládanou cenu předmětu plnění veřejné zakázky na 150 mil. Kč.

Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 8.11.2004 vyplývá, že zadavatel stanovil pořadí nabídek dle výše nabídkové ceny následovně:

Pořadí nabídky	Uchazeč	Nabídková cena v Kč
1.	.A.S.A., spol. s r. o., Praha	156 994 587,-
2.	Marius Pedersen a. s.	170 141 288,33
3.	Depos Horní Suchá, a. s., Horní Suchá	178 436 067,80
4.	Nehlsen Třinec, s. r. o.	227 259 906,-

Z uvedeného přehledu je zřejmé, že všechny nabídkové ceny převýšily zadavatelem předpokládanou cenu předmětu zakázky 150 mil. Kč. Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že nabídkové ceny uchazečů, kteří se umístili na první třech místech .A.S.A., spol. s r. o., Marius Pedersen, a. s., a Depos Horní Suchá, a. s., se výrazně neodlišují (výjimkou je nabídková cena uchazeče Nehlsen Třinec, s. r. o., která výrazně převyšuje ceny ostatních uchazečů i předpokládanou cenu předmětu plnění).

## 3. Odborná způsobilost hodnotící komise

Dle § 57 odst. 1 zákona pro posouzení a hodnocení nabídek v otevřeném nebo užším řízení jmenuje zadavatel hodnotící komisi. Hodnotící komise musí být minimálně pětičlenná a musí mít nejméně jednu třetinu členů s odbornou způsobilostí podle zvláštních právních předpisů. V poznámce pod čarou je pak uveden jako příklad zvláštního právního předpisu zákon č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů. Vzhledem k tomu, že se jedná o demonstrativní výčet, je třeba odbornou způsobilost člena hodnotící komise vždy vztahovat k předmětu konkrétní veřejné zakázky.

V šetřeném případě zadavatel v souladu s bodem 5.6. jako kritérium pro zadání veřejné zakázky stanovil nejnižší cenovou nabídku. Další skutečností je, že zadavatel vymezil

předmět plnění jako nakládání s komunálním odpadem, přičemž z předložené dokumentace vyplývá, že členem komise byla jmenována i vedoucí odboru výstavby a životního prostředí.

Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem, zejména k tomu, že členové hodnotící komise mezi sebou porovnávali nabídky pouze dle výše nabídkových cen, orgán dohledu považuje uvedené složení komise za dostatečné.

#### 4. Uzavření smlouvy v 60 denní lhůtě po podání námitek

Z § 88 odst. 4 zákona vyplývá, že pokud zadavatel podaným námitkám vůči domnělému porušení zákona nevyhoví, nesmí do 60 dnů od jejich obdržení uzavřít smlouvu, jinak je smlouva neplatná. Tato lhůta může být předběžným opatřením orgánu dohledu prodloužena na dobu nezbytně nutnou k vydání rozhodnutí podle § 101 zákona.

Veřejnou zakázkou je dle § 6 odst. 1 zákona zakázka na dodávky, služby nebo stavební práce, jejímž zadavatelem je osoba uvedená v § 2 zákona a u níž předpokládaná cena předmětu veřejné zakázky přesáhne 2 000 000 Kč. Zadavatel však musí v souladu s § 6 odst. 3 zákona dodávky, služby nebo stavební práce, jejichž předpokládaná cena nepřesáhne limit 2 mil Kč, zadat transparentním a nediskriminačním postupem za cenu obvyklou v místě plnění.

Zadavatel dne 9.12.2004 uzavřel smlouvu o dílo se společností .A.S.A., spol. s r. o., Praha s dobou plnění od 1.1.2005 do 28.2.2005 s tím, že dle článku VI. je cena díla stanovena dohodou stran ve výši 1 997 767,- Kč bez DPH a je nejvýše přípustná. V souladu s článkem V. smlouvy byla smlouva uzavřena na dobu určitou od 1.12.2005 do 28.2.2005.

Orgán dohledu shledal, že se tedy nejedná o veřejnou zakázku ve smyslu zákona, neboť závazek vyplývající ze smlouvy nepřesahuje 2 mil. Kč. Smlouva o dílo byla uzavřena pouze na dobu do vydání pravomocného rozhodnutí ÚOHS (bylo nutno zajistit plynulý svoz a nakládání s komunálním odpadem ve městě Český Těšín).

#### 5. Náležitosti rozhodnutí o námitkách

Dle § 88 odst. 3 zákona je zadavatel povinen do 10 dnů od obdržení námitek odeslat stěžovateli písemné sdělení, zda námitkám vyhovuje či nikoliv a zdůvodnit způsob jejich vyřízení.

V šetřeném případě zadavatel dne 29.11.2004 obdržel námitky od dodavatele Jiřího Pežgy, kterým nevyhověl a na které odpověděl dopisem ze dne 2.12.2004, v němž zdůvodňuje i způsob vyřízení námitek, který Jiří Pežga obdržel dne 9.12.2004.

K argumentu navrhovatele, že rozhodnutí zadavatele o námitkách nemá náležitosti rozhodnutí dle zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, orgán dohledu uvádí, že rozhodnutí o námitkách není rozhodnutím ve smyslu správního řádu (použití správního řádu je subsidiárně stanoveno v § 107 zákona, a to pouze ve smyslu postupu při správním řízení před orgánem dohledu a nikoliv při vyřizování námitek).

Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že v předchozí zrušené veřejné zakázce „NAKLÁDÁNÍ S KOMUNÁLNÍM ODPADEM VE MĚSTĚ ČESKÝ TĚŠÍN“ zadávané ještě jako obchodní veřejná soutěž dle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek,

ve znění pozdějších předpisů, si zadavatel zrušení veřejné zakázky vyhradil v podmínkách soutěže a veřejnou zakázku zrušil ještě před otevřením obálek s nabídkovými cenami.

Na základě posouzení všech důkazů, a to jak jednotlivě, tak i v jejich vzájemné souvislosti, rozhodl orgán dohledu tak, jak je uvedeno ve výroku.

**Poučení:** Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Miroslav Šumbera  
vrchní ředitel

**Obdrží:**

Město Český Těšín, Náměstí ČSA 1, 737 01 Český Těšín, zast. Ing. Jindřichem Sznapkou

Jiří Pežga, ul. Lipová 111 Horní Žukov, 737 01 Český Těšín

JUDr. Tomáš Vrchlabský – advokát, Balbínova 30, 120 00 Praha 2

**Na vědomí:**

.A.S.A., spol. s r. o., Ďáblická 791/89, 182 00 Praha, zast. Ing. Arnoštem Kastnerem