

Č. j.: R93,95,97/2006/02-22232/2006/300-Šp

Brně dne 18. prosince 2006

Ve správním řízení o rozkladech podaných

dne 21. 8. 2006 navrhovatelem – společnost **Technické služby Litvínov, s.r.o.**, IČ: 25423835, Rooseveltova 2148, 436 01 Litvínov, za niž jedná Ing. Karel Linhart, jednatel,

dne 28. 8. 2006 společností **MOP Litvínov, s.r.o.**, IČ: 25461745, se sídlem areál Chemopetrol, a.s., DS 18, 436 70 Litvínov, za niž jedná Josef Pražák, jednatel, která podala společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 20. 4. 2006 společně se společností **Marius Pedersen, a.s.**, IČ: 42194920, se sídlem Malé náměstí 124, 500 03 Hradec Králové, za niž jedná na základě plné moci ze dne 20. 9. 2005 Jiří Hodač, a společností **IPODEC-ČISTÉ MĚSTO, a.s.**, IČ: 40764877, Bešťákova 457, 182 00 Praha, za niž jedná Ing. Milan Páv, předseda představenstva,

a dne 29. 8. 2006 zadavatelem – **Město Litvínov**, IČ: 00266027, se sídlem nám. Míru 11, 436 91 Litvínov, za něhož jedná PaedDr. Karel Zdražil, starosta,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 8. 2006, č.j. S101/2006-12989/2006/520-Pr, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Města Litvínov, učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Čištění místních komunikací**“ zadávané v otevřeném řízení podle § 25 odst. 2 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., jehož oznámení bylo zveřejněno na centrální adrese dne 28. 2. 2006 pod evidenčním číslem 50018194 a dne 1. 3. 2006 v Úředním věstníku Evropské unie č. 2006/S41-043923,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, s přihlédnutím k ustanovení § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 8. 2006, č.j. S101/2006-12989/2006/520-Pr,

r u š í m

a věc

v r a c í m

k novému projednání Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

O d ů v o d n ě n í**I. Zadávací řízení a prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Město Litvínov, IČ: 00266027, se sídlem nám. Míru 11, 436 91 Litvínov, za něhož jedná PaeDr. Karel Zdražil, starosta (dále jen „zadavatel“), uveřejnilo podle § 84 odst. 1 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „zákon“) dne 28. 2. 2006 na centrální adrese pod evidenčním číslem 50018194 a dne 1. 3. 2006 v Úředním věstníku Evropské unie č. 2006/S41-043923, oznámení zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Čištění místních komunikací“. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Úřad obdržel dne 10. 4. 2006 od dodavatele Technické služby Litvínov s. r. o., IČ: 25423835, se sídlem Rooseveltova 2148, 436 01 Litvínov, za niž jedná Ing. Karel Linhart, jednatel (dále jen „navrhovatel“) návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, neboť na jeho včas podané námítky neobdržel od zadavatele sdělení o jejich vyřízení. Ke dni 10. 4. 2006 proto bylo zahájeno správní řízení, za jehož účastníky označil Úřad zadavatele, navrhovatele a uchazeče, jemuž byla veřejná zakázka přidělena, tj. společnosti: Marius Pedersen a. s., IČ: 42194920, se sídlem Malé náměstí 124, 500 03 Hradec Králové, za niž jedná na základě plné moci ze dne 20. 9. 2005 Jiří Hodač, společnost MOP Litvínov, s. r. o., IČ: 25461745, areál Chemopetrol, a. s., DS 18, 436 70 Litvínov, za niž jedná Josef Pražák, jednatel (dále jen „MOP Litvínov, s. r. o.“) a společnost IPODEC-ČISTÉ MĚSTO a. s., IČ: 40764877 Beštáková 457, 182 00 Praha, za niž jedná Ing. Milan Páv, předseda představenstva, které podaly v předmětné veřejné zakázce společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 20. 4. 2006, a které jsou ve správním řízení zastoupené společným zmocněncem k zastupování – MOP Litvínov, s. r. o., na základě přípisu ze dne 15. 6. 2006 (dále jen „vítězný uchazeč“).
3. Navrhovatel spatřoval porušení zákona v požadavku zadavatele na předložení vyjádření banky či bank uchazeče o tom, že uchazeč byl vždy schopen plnit včas svoje finanční závazky, a které navrhovatel považoval za netransparentní, neboť dle jeho názoru toto vyjádření bankovním ústavům nepřísluší. Zadavatel dále mj. formuloval svůj požadavek na to, aby veškerý majetek, případně součet veškerého majetku uchazečů, na konci

posledního účetního období byl minimálně ve výši 40 mil. Kč. Rovněž tento požadavek shledal navrhovatel jako netransparentní, neboť nerozlišuje, o jaký majetek se jedná a má-li vztah k zajištění předmětu veřejné zakázky. Taktéž navrhovatel označil za diskriminující (resp. neúměrně vysoký a neodůvodněný) požadavek zadavatele na doložení výkazu celkového obrátu uchazeče, případně součet obrátů jednotlivých uchazečů za účetní období 2003 až 2005 s tím, že takový obrát musí být za každé jednotlivé období ve výši minimálně 60 mil. Kč a výše obrátu v jednotlivých účetních obdobích, musí narůstat. Dále byl podle názoru navrhovatele diskriminující požadavek, aby průměrný roční počet zaměstnanců uchazeče, případně součtu celkového počtu zaměstnanců jednotlivých uchazečů, byl alespoň 70, stejně jako požadavek, že předložení seznamu významných služeb poskytnutých v posledních třech letech je možné pouze od veřejných objednatelů.

Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 7. 8. 2006 rozhodnutí č.j. S101/2006-12989/2006/520-Pr, kterým rozhodl, že zadavatel
 - nesplnil povinnost stanovenou v § 25 odst. 1 zákona v návaznosti na § 61 odst. 1 zákona postupovat transparentním způsobem při posuzování výše nabídkových cen ve vztahu k předpokládané ceně předmětu veřejné zakázky, při vyžádání zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny u tří uchazečů a při posuzování jejich jednotlivých zdůvodnění, přičemž toto porušení zákona mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek;
 - nesplnil povinnost stanovenou v § 30 odst. 2 písm. b) zákona, neboť v bodu 9.2 podmínek zadávacího řízení blíže upřesněném v zadávací dokumentaci článku I bod 2) písm. a) nevymezil odpovídající úroveň finanční a ekonomické způsobilosti v rozsahu § 32 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž tento úkon zadavatele mohl podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek;
 - porušil ustanovení § 39 odst. 1 a 2 v návaznosti na ustanovení § 38 odst. 2 zákona tím, že vyloučil ze zadávacího řízení uchazeče .A. S. A., spol. s r. o., IČ 45809712, Dáblická 791/89, 182 00 Praha 8, aniž by prokázal nesplnění kvalifikace tímto uchazečem, přičemž tento úkon zadavatele mohl podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek;

Z důvodu nesplnění povinností uvedených pod bodem II. výroku rozhodnutí (pozn.: výše uveden pod druhou odrážkou) bylo zadavateli uloženo podle § 101 odst. 1 zákona zrušit zadávací řízení veřejné zakázky, a to ve lhůtě do jednoho měsíce od nabytí právní moci rozhodnutí.

5. Orgán dohledu v odůvodnění citovaného rozhodnutí k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny mj. uvedl, že zadavatel ve výzvě ze dne 12. 5. 2006, kterou si vyžádal od navrhovatele a uchazeče COMPAG MLADÁ BOLESLAV s.r.o, německy COMPAG MLADÁ BOLESLAV GmbH, IČ: 47551984, se sídlem Vančurova 569, 293 05 Mladá Boleslav (dále jen „COMPAG MLADÁ BOLESLAV s. r. o.“), zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny pouze uvedl, že hodnotící komise pro posouzení a hodnocení nabídek v předmětném zadávacím řízení při posuzování nabídkových cen zjistila, že nabídky obou uchazečů obsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, a proto vyzývá uchazeče o písemné zdůvodnění výše nabídkové ceny. Jestliže hodnotící komise při posouzení nabídek shledá určitou

nabídkovou cenu mimořádně nízkou, musí být z dokumentace o zadání veřejné zakázky patrné, proč byla tato nabídková cena zadavatelem posouzena jako mimořádně nízká. Posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny hodnotící komisí, tj. proč se domnívá, že se v určitém případě jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, musí předcházet vlastnímu vyžádání písemného stanoviska od příslušného uchazeče. V žádostech hodnotící komise o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny zcela chybí důvody, pro které byly nabídkové ceny uchazečů označeny za mimořádně nízké. Pokud hodnotící komise vyžaduje zdůvodnění, měla by v žádosti poukázat na to, v čem spatřuje nereálnost nabídkové ceny, aby se uchazeči mohli k žádosti zadavatele konkrétně vyjádřit. Z hlediska transparentnosti a přezkoumatelnosti úkonů zadavatele nestačí uvést do záznamu z jednání hodnotící komise, resp. do zprávy o posouzení nabídek, že komise shledala či neshledala zdůvodnění uchazeče za objektivní, nýbrž i důvody, které k tomuto závěru vedly. Argumenty hodnotící komise se musí promítnout do zprávy o posouzení nabídek podle § 63 zákona. Absence takového zdůvodnění znemožňuje následné přezkoumání její činnosti ze strany zadavatele při vyřizování námitek podle § 88 zákona či ze strany orgánu dohledu. Smyslem ustanovení § 61 odst. 1 zákona je chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč ve své nabídce uvede cenu, za níž není možné z objektivních důvodů realizovat plnění veřejné zakázky, která by během realizace předmětu plnění veřejné zakázky vedla k navyšování původní nabídkové ceny uchazeče. Jestliže má být postup zadavatele transparentní, je nutné, aby žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny obsahovala kvalifikovaný rozbor skutečností uvedených v nabídce uchazeče, které v zadavateli vyvolávají pochybnosti o realizovatelnosti předložené nabídky. Jedině tak může uchazeč poskytnout adekvátní informace, ze kterých bude patrné, zda je nabídka za uvedených finančních podmínek realizovatelná. Nemá-li zadavatel dostatek informací, nemůže ani kvalifikovaně rozhodnout o tom, zda je mimořádně nízká nabídková cena zdůvodněna objektivními příčinami, zejména z důvodu výjimečné hospodárnosti realizace nebo výrobní metody, originality, případně objevnosti technického řešení nebo příznivých podmínek u uchazeče.

6. Dále se Úřad vyjádřil k dalším kvalifikačním kritériím. Uvedl, že skutečnost, že se navrhovatel společně s dalším dodavatelem účastní této veřejné zakázky, dokládá, že je schopen splnit podmínky zadavatele a nebyl diskriminován. Rozhodně nelze přijmout argument, že byl diskriminován tím, že se pro podání nabídky musel sdružit s dalším dodavatelem. Není-li schopen dodavatel plnit předmět plnění veřejné zakázky sám, či není-li schopen poukázat sám kvalifikaci v rozsahu stanoveném zadavatelem, je běžné, že podá nabídku s jedním či více dodavateli. Pokud jde o požadavek zadavatele na vyšší zůstatku v řádu milionů je z ekonomického hlediska neopodstatněný. Orgán dohledu k uvedené problematice dále uvádí, že společnosti se snaží optimalizovat uložení svých dočasně volných finančních prostředků, a proto je přesouvají na jiné účty či jinak investují, aby dosáhly vyššího výtěžku než na běžném účtu. Z uvedeného důvodu není žádoucí, aby na běžných účtech firem zůstávaly volné finanční prostředky, které firma nepotřebuje k uhrazení (umoření) nejbližších splatných závazků. Úřad doplnil, že obdržel rovněž v průběhu správního řízení podnět, z něhož vyplývá, že v důsledku nezákonně stanovené úrovně dalšího kvalifikačního kritéria nepodal nabídku potenciaální dodavatel. S přihlédnutím ke všem okolnostem případu dospěl orgán dohledu k závěru, že dané pochybení zadavatele v předmětném zadávacím řízení ovlivnilo okruh osob, které by se do výběrového řízení přihlásily za předpokladu, že by zadavatel stanovil požadavky na způsobilost dodavatelů v souladu se zákonem.

7. K vyloučení uchazeče .A.S.A., spol. s r. o. a k porušení ustanovení § 33 odst. 2 zákona (vymezení odpovídající úrovně technické způsobilosti včetně vedení dokladů pro její prokázání), Úřad uvedl, že z předložené dokumentace nevyplývá, že by zadavatel stanovil, která osvědčení o vzdělání a profesní kvalifikaci osob, odpovědných za poskytnutí služby, jsou nezbytná pro prokázání předmětného dalšího kvalifikačního kritéria, stejně tak nestanovil, jakými konkrétními doklady, osvědčeními má být citované kritérium prokázáno. Zadavatel tedy v zadávací dokumentaci nestanovil odpovídající úroveň technické způsobilosti dodavatele, neboť neuvedl, která osvědčení o vzdělání a profesní kvalifikaci požaduje pro plnění této konkrétní veřejné zakázky doložit, ani kterých konkrétních osob se má týkat. Nelze tedy vytykat uchazeči, že doklady, které zadavatel nespécifikoval v zadávací dokumentaci, ani v podmínkách zadávacího řízení, ve své nabídce nedoložil. Zadavatel v oznámení zadávacího řízení nevymezil, zda zájemci mají jako doklady k prokázání technické způsobilosti předložit stejnopis nebo ověřenou kopii osvědčení o vzdělání a profesní kvalifikaci, ani jednoznačně a konkrétně nevymezil odpovídající úroveň způsobilosti zájemců pro provedení veřejné zakázky. Vymezení odpovídající úrovně v rámci zvoleného způsobu prokazování způsobilosti zájemců, tj. stanovení určité minimální úrovně způsobilosti, kterou musí zájemce při podání žádosti o účast doložit, je zadavatel povinen uvést konkrétně a jednoznačně v oznámení zadávacího řízení. Pokud zadavatel tuto hranici způsobilosti konkrétně nestanovil, včetně dokladů nutných k prokázání, nemůže logicky způsobilost zájemce objektivně a transparentně posoudit, případně jej odůvodněně odmítnout z důvodu nesplnění kvalifikace (§ 39 odst. 2 zákona).
8. Závěrem Úřad ověřil, že zadavatel odeslal sdělení o vyřízení námitek v zákonem stanovené lhůtě 10 dnů. Námitku proti úkonu zadavatele ze dne 21. 3. 2006 obdržel zadavatel dne 22. 3. 2006 (10 den, stanovený zákonem zadavateli k odeslání námitek připadl na sobotu 1. 4. 2006). Sdělení o vyřízení námitek ze dne 3. 4. 2006, odeslané téhož dne, navrhovatel obdržel dne 4. 4. 2006.
9. Po posouzení šetřeného případu dospěl orgán dohledu k závěru, že pochybení, kterého se zadavatel dopustil zejména v souvislosti s nezákonně stanovenou úrovní ekonomického kvalifikačního kritéria, nelze dále napravit pouze provedením nového posouzení a hodnocení nabídek, neboť bylo prokázáno, že v šetřené veřejné zakázce měl nezákonný postup zadavatele vliv na účast dodavatelů na veřejné zakázce. Orgán dohledu proto zadavateli uložil zrušit zadávací řízení pro předmětnou veřejnou zakázku.

II. Námitky rozkladu

Rozklad navrhovatele

10. Proti citovanému rozhodnutí orgánu dohledu podal dne 21. 8. 2006 navrhovatel rozklad (spis. zn. R093/2006/02). Navrhovatel poukazuje na to, že je účastníkem i dalších správních řízení, konkrétně správních řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadání veřejné zakázky „Údržba veřejné zeleně“ a veřejné zakázky „Údržba místních komunikací“. V těchto případech Úřad zadavateli uložil provést nové posouzení a hodnocení nabídek. Navrhovatel poukazuje, že orgán dohledu v rozhodnutích nepostupuje jednotně, ačkoli porušení zákona ze strany zadavatele bylo ve všech třech veřejných zakázkách podobné, se stejnou měrou a snahou o diskriminaci nepohodlných účastníků a netransparentním přístupem při vyhodnocení zadávacího řízení všech tří veřejných zakázek. Navrhovatel dodává, že se jako uchazeč účastnil zadávacího řízení

pro veřejnou zakázku „Čištění místních komunikací“ (zveřejněnou dne 6. 6. 2005 pod evidenčním číslem 50008416), kterou zadavatel zrušil s tím, že neodpovídá jeho prioritním požadavkům, v souvislosti s čímž vyjadřuje obavu, že ze strany zadavatele dojde opětovně k úniku informací týkajících se navrhovatelovy nabídky (únik je skladby a výše nabídkových cen, včetně vyzaření jeho know-how).

Závěr rozkladu

11. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a nahradil jej rozhodnutím o zrušení vyloučení navrhovatele ve sdružení se společností COMPAG MLADÁ BOLESLAV, s.r.o., a o provedení nového posouzení a hodnocení nabídek.

Rozklad vítězného uchazeče

12. Proti citovanému rozhodnutí orgánu dohledu podal dne 28. 8. 2006 rozklad vítězný uchazeč (spis. zn. R095/2006/02). Vítězný uchazeč podobně jako navrhovatel taktéž poukazuje na související zadávací řízení veřejné zakázky „Údržba veřejné zeleně“ nebo veřejné zakázky „Údržba místních komunikací“, v nichž orgán dohledu uložil zadavateli zrušit rozhodnutí o vyloučení uchazečů a rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky a následně povinnost provést nové posouzení a hodnocení nabídek. Naopak v šetřeném případě bylo zadavateli uloženo zrušit celé zadávací řízení. Takový postup považuje vítězný uchazeč za nelogický, nesystematický a nepochopitelný, neboť v šetřeném zadávacím řízení se nedopustil žádného dalšího pochybení, jehož by se nedopustil v rámci zbývajících dvou zadávacích řízení. Jediným novým argumentem je naprosto nepodložené a vágní tvrzení, že v průběhu správního řízení obdržel orgán dohledu podnět dalšího dodavatele, z něhož vyplývá, že tento dodavatel nepodal nabídku, neboť zadavatel stanovil požadavek, aby uchazeč doložil, že měl na běžném účtu za poslední čtvrtletí roku 2005 a v prvním čtvrtletí roku 2006 průměrný zůstatek alespoň 5 mil. Kč. Vítězný uchazeč dále poukazuje na další pasáže z odůvodnění rozhodnutí, z nichž je patrné, že ze zmíněného podnětu Úřad při posouzení věci vycházel. Výše uvedený postup je dle názoru vítězného uchazeče zcela zarážející, neboť je v příkrém rozporu s příslušnými ustanoveními zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. („správní řád“). Úřad je především povinen konkrétně uvést, o jaký podnět jakého konkrétního dodavatele se jedná a jak si tento podnět opatřil. Tento podnět navíc nebyl účastníkům řízení předložen k vyjádření a zaujetí stanoviska, ačkoli měl zásadní vliv na posouzení celého případu. Nestandardnost tohoto postupu vyvolává u vítězného uchazeče podezření, zda citovaný podnět vůbec existuje, popř. zda byl opatřen a proveden zákonným způsobem. Důvodně lze pochybovat o tvrzení „potencionálního dodavatele“, že jediným důvodem, pro který nepodal svou nabídku na účast v předmětném zadávacím řízení, bylo nezákonné stanovení jediného kvalifikačního kritéria, a že tak došlo k negativnímu ovlivnění účasti možných dodavatelů v zadávacím řízení (pro takový závěr chybí jakékoliv seriózní důkazy).

Závěr rozkladu

13. Vítězný uchazeč navrhuje, aby předseda Úřadu výrok IV. napadeného rozhodnutí změnil tak, že uloží zadavateli podle ustanovení § 101 odst. 1 zákona zrušit rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky a provést nové posouzení a hodnocení nabídek, a to ve lhůtě jednoho měsíce od nabytí právní moci rozhodnutí.

Rozklad zadavatele

14. Proti citovanému rozhodnutí orgánu dohledu podal dne 29. 8. 2006 rozklad zadavatel (spis. zn. R097/2006/02). Úvodem namítá, že orgán dohledu nesprávně považuje podnět neznámé osoby k zahájení správního řízení za důkaz, který je použit ve správním řízení, neboť minimálně jeden účastník o něm neměl až do rozhodnutí žádnou informaci. Orgán dohledu tedy nesplnil povinnost, aby účastníkům řízení byla před vydáním rozhodnutí ve věci dána možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Na tom nemění nic ani formální poučení o právech účastníka. Taktéž zadavatel upozorňuje na nesprávné poučení, které říká, že proti uvedenému rozhodnutí je možno podat *odvolání*, že *odvolání proti rozhodnutí o předběžnému opatření nemá* podle § 61 odst. 2 správního řádu *odkladný účinek a v jakém počtu stejnopisů se podává rozklad*. Poučení je tedy nesrozumitelné.
15. K tvrzenému nesplnění povinnosti stanovené v § 25 odst. 1 zákona v návaznosti na § 61 zákona, zadavatel trvá na závěru, že požadavky orgánu dohledu jsou kladeny nad rámec zákona, neboť skutečnosti evidentní (jako např. nízkou nabídkovou cenu) není třeba odůvodňovat. V uvedeném případě je totiž nabídková cena výrazně nižší než očekávaná cena plnění a současně se výrazně liší od ceny, za kterou navrhovatel poskytoval obdobné plnění ve druhém pololetí roku 2005 a prvním pololetí roku 2006 (a která je zadavateli známa z předchozích obchodních vztahů). Hodnotící komise posoudila nabízenou cenu navrhovatele jako mimořádně nízkou, neboť objektivní důvody předpokládané ustanovením § 61 odst. 1 zákona pro objasnění nabídkové výše ceny zadavateli nesdělil. Zadavatel pak navrhovateli vyloučení ze zadávacího řízení písemně a bezodkladně oznámil včetně důvodů. V odůvodnění uvedl zadavatel skutečnosti, které byly obsaženy ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek a takto odůvodněné rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení považuje za dostatečné a naplňující dikci ustanovení § 61 odst. 5 zákona, které navíc blíže nespecifikuje, jak podrobné zdůvodnění uchazeče má být. Výklad orgánu dohledu je tak nepřipustně extenzivní.
16. Pokud jde o požadavek na úroveň finanční a ekonomické způsobilosti, domnívá se zadavatel, že jeho požadavek je oprávněný. Orgán dohledu ani nikde nekonstatuje, že zákon předmětný požadavek zadavatele neumožňuje. Úřad se nevypořádal se zásadní právní otázkou, zda zadavatel může zůstatky na účtech požadovat či nikoli, z čehož zadavatel dovozuje, že ji připustil, ale za porušení zákona považuje výši tohoto požadavku, kterou označuje za nezákonnou. Zadavatel objasňuje, že vycházel ze zásady, že služby v zájmu občanů musí poskytovat zaručeně solventní subjekt. Pokud požadavek zadavatele (jako ostatně i některé další požadavky, např. požadavek na pojištění odpovědnosti za škodu) zasáhne do hospodaření uchazečů, nejedná se o záležitost, který by měla být předmětem hodnocení ve správním řízení. Argumentace o způsobu zhodnocování volných finančních prostředků není tudíž právně relevantní.
17. K porušení ustanovení § 39 odst. 1 a 2 zákona uvedl zadavatel, že trvá na názoru, že společnost .A.S.A., spol. s r.o. vyloučil po právu. Zadavatel považuje za nevyhovující náhradu osvědčení prohlášením uchazeče, protože kvalifikaci pro plnění nadlimitní veřejné zakázky nelze prokázat pouhým prohlášením. Obsah pojmu osvědčení považuje zadavatel za notorietu a vnímá jej v souladu s právní teorií a i v souladu s definicemi obsaženými ve směrnici Evropské unie jako doklad potvrzující vzdělání nebo odbornou přípravu, který může platně vyhotovit pouze subjekt, který vzdělání nebo

odbornou přípravu poskytl. I v případě souhlasu s výkladem orgánu dohledu by mělo jeho pochybení jediný důsledek: že musí přijmout jakákoliv osvědčení o vzdělání a profesní kvalifikaci osob odpovědných za poskytnutí služby.

18. Závěrem zadavatel upozorňuje, že napadené rozhodnutí je stíženo významnou procesní vadou, neboť zadávací řízení není orgánem dohledu rušeno pro porušení povinnosti uvedené ve výroku I. a/nebo III., ale pouze pro porušení povinnosti uvedené ve výroku II.

Závěr rozkladu

19. Z výše uvedených důvodů zadavatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

Vyjádření účastníků řízení k podaným rozkladům

20. Dne 12. 9. 2006 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu vítězného uchazeče. Doplnuje, že podobně jako vítězný uchazeč je přesvědčen o nezákonnosti důkazu (podnět neznámé osoby), o kterém minimálně jeden z účastníků nevěděl. Jinak setrvává na důvodech a návrzích obsažených ve svém rozkladu.
21. Dne 12. 9. 2006 se k rozkladu zadavatele vyjádřil navrhovatel. Uvádí, že zadavatel přehlíží několikrát opakovanou skutečnost, že předložená nabídka na zajištění předmětu plnění této zakázky není cenou mimořádně nízkou, ale že se jedná o obdobné ceny, za které tyto služby účastník řízení zadavateli poskytoval v minulém období. Ceny byly pouze uvedeny v jednotkách, které zadavatel požadoval v zadávací dokumentaci. Dále zadavatel neustále porovnává cenu plnění veřejné zakázky a nabídkovou cenu. Tyto číselné údaje jsou však neporovnatelné, neboť vyjadřují ceny zcela rozličných úkonů a objemů. Navrhovatel souhlasí s výší ceny této veřejné zakázky v úrovni cca 35 000 000,- Kč za období 3 let. Nesouhlasí však s tím, že zadavatel neustále podsouvá orgánu dohledu to, že navrhovatel předložil mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve výši 8 126 389,- Kč za tříleté plnění veřejné zakázky. Navrhovatel odkazuje na tabulku uvedenou v Příloze č. 4 zadávací dokumentace, na základě níž zadavatel nemůže dle jeho názoru vydávat součet jím požadovaných dílčích cen prací, služeb, vybraných úkonů a výkonů v nereálném objemu za nabídkovou cenu. Cenová nabídka však ukazuje na cenovou relaci měrných jednotek poptávaných úkonů, výkonů, prací a služeb jednotlivých dodavatelů, ze kterých lze nejvýhodnější nabídku při transparentním způsobu posuzování nabídek objektivně vybrat. Z tohoto důvodu považuje navrhovatel za nepřijatelnou argumentaci zadavatele o tom, že „*Takovou evidentní skutečností, která nevyžaduje podrobné zdůvodnění, je předložení nabídkové ceny, která je výrazně nižší než očekávaná cena plnění a současně se výrazně liší od ceny, za kterou uchazeč-navrhovatel poskytoval obdobné plnění ve druhém pololetí roku 2005 a v prvním pololetí roku 2006.*“ Navrhovatel opakuje, že nabídkové ceny doplněné do tabulky v Příloze č. 4 zadávací dokumentace jsou jeho cenami obvyklými v místě a čase plnění a že se v nich odráží příznivé podmínky, kterých požívá díky svému sídlu, zázemí a technickému vybavení v místě plnění předmětu veřejné zakázky.
22. Dále se navrhovatel vyjádřil k rozkladu vítězného uchazeče, a to taktéž dne 12. 9. 2006. Znovu poukazuje na rozdílné sankcionování prakticky shodného chování zadavatele. Pro navrhovatele je záhadou, jak se vítězný uchazeč mohl dostat k dokumentacím všech

tří veřejných zakázek, aby mohl porovnat postup orgánu dohledu v jejich vzájemné souvztáznosti. Výše uvedená skutečnost potom potvrzuje obavy navrhovatele, že ze strany zadavatele není jistota, že informace týkající se veřejné zakázky zůstanou v bezpečí a případné zrušení zadávacího řízení a její opakování nebude mít neblahý vliv minimálně na výši navrhovatelovy cenové nabídky.

III. Řízení o rozkladu

23. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
24. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru:
25. Úřad tím, že svým rozhodnutím č.j. S101/2006-12989/2006/520-Pr ze dne 7. 8. 2006 rozhodl, že zadavatel nesplnil povinnost stanovenou v § 25 odst. 1 v návaznosti na § 61 odst. 1 zákona, povinnost stanovenou v § 30 odst. 2 písm. b) zákona, a že porušil ustanovení § 39 odst. 1 a 2 v návaznosti na ustanovení § 38 odst. 2 zákona tak, jak bylo v podrobnostech rozvedeno výše, a když mu za nesplnění povinností uvedených pod bodem II. výroku rozhodnutí bylo uloženo zrušit zadávací řízení veřejné zakázky, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. Z uvedeného důvodu jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí, neboť správní řízení před orgánem dohledu bylo zatíženo závažnou procesní vadou. V odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech uvedeny důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí a současně zde bude vysloven právní názor, jímž je orgán dohledu při novém projednání věci vázán.

IV. K námitkám rozkladu

K důvodu pro zrušení rozhodnutí

26. Dávám za pravdu námitkám rozkladu, podle kterých nebyli všichni účastníci řízení seznámeni s obsahem podnětu anonymního dodavatele tak, jak jej zmínil orgán dohledu na straně 6 odůvodnění napadeného rozhodnutí, přestože tento podnět nepochybně představoval podklad pro vydání rozhodnutí. Podle § 36 odst. 3 správního řádu, nestanoví-li zákon jinak, musí být účastníkům před vydáním rozhodnutí ve věci dána možnost vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí.
27. Jak vyplývá z odůvodnění napadeného rozhodnutí, v průběhu správního řízení obdržel orgán dohledu podnět dalšího dodavatele, z něhož vyplývá, že tento dodavatel nepodal nabídku do předmětného zadávacího řízení, neboť zadavatel stanovil požadavek, aby uchazeč doložil, že měl na běžném účtu za poslední čtvrtletí roku 2005 a první čtvrtletí roku 2006 průměrný zůstatek alespoň 5 mil. Kč, což je podle tohoto dodavatele diskriminační požadavek. Předmětné správní řízení však nebylo zahájeno na základě zmíněného podnětu, ale na základě návrhu navrhovatele. Úřad v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 17. 5. 2006 stanovil účastníkům řízení usnesením lhůtu do 31. 5. 2006, ve které se podle § 36 odst. 3 správního řádu v návaznosti na § 39 odst. 1

správního řádu mohou vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí. Účastníci správního řízení tedy mohli oprávněně předpokládat, že Úřad bude v rámci zahájeného správního řízení zkoumat pouze ty skutečnosti a ta domnělá porušení zákona, která byla uvedena v návrhu na zahájení správního řízení. Pakliže má Úřad za to, že existují i jiné skutečnosti či jiná porušení zákona, kterých se zadavatel dopustil (ať se již o jejich existenci dozvěděl sám, nebo na základě podnětu jiných osob), je povinen s nimi seznámit účastníky správního řízení.

28. Úřad je povinen s obsahem podnětu účastníky řízení seznámit, aby tito mohli uplatnit své právo zakotvené ve výše citovaném § 36 odst. 3 zákona. Pokud se Úřad o existenci podnětu dozví teprve po zahájení správního řízení, a proto nemůže obsah podnětu zahrnout do oznámení o zahájení správního řízení (případně do jiného oznámení o podaném podnětu), pak je povinen vyzvat účastníka, aby ve stanovené lhůtě realizoval své právo seznámit se se skutečnostmi uvedenými v podnětu jako s podkladem pro vydání rozhodnutí, a taktéž se k nim vyjádřit. K žádnému takovému seznámení však nedošlo. Uzavírám tedy, že v průběhu správního řízení byla účastníkům správního řízení odepřena práva, která jim přiznává ustanovení § 36 odst. 3 správního řádu v návaznosti na § 4 odst. 4 správního řádu.
29. V této souvislosti poukazují také na výrok IV. napadeného rozhodnutí, podle kterého se zadavateli ukládá zrušit zadávací řízení předmětné veřejné zakázky pouze za porušení povinnosti uvedené ve výroku II. rozhodnutí, tj. za porušení ustanovení § 39 odst. 1 a 2 zákona v návaznosti na § 38 odst. 2 zákona, kterého se zadavatel dopustil tím, že vyloučil ze zadávacího řízení uchazeče .A.S.A., spol. s .r.o., aniž by prokázal nesplnění kvalifikace tímto uchazečem. Ačkoli je zřejmé, že i jen jedno porušení zákona je dostačujícím důvodem pro zrušení zadávacího řízení, Úřad by měl zjištěná porušení a jejich závažnost hodnotit jako celek, tedy ve vzájemné souvislosti. Tomu by pak měl odpovídat výrok rozhodnutí.
30. Pro úplnost dávám za pravdu námitkám týkajících se vad poučení o opravném prostředku proti předmětnému rozhodnutí orgánu dohledu, tj. *rozkladu*, místo něhož je v poučení uvedeno *odvolání*. Není také jasné, proč se v poučení hovoří o rozhodnutí o předběžném opatření, když se napadené rozhodnutí předběžného opatření vůbec netýká.

Ke skutkovým okolnostem případu

31. Výše zmíněné opomenutí práv účastníků řízení zakotvené v § 36 odst. 3 správního řádu je dostačujícím důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému rozhodnutí orgánu dohledu. Z uvedeného důvodu již není nutné zabývat se skutkovými okolnostmi případu. Pouze uvádím, že Úřad by se měl při vydání nového rozhodnutí ve věci vyjádřit ke všem námitkám podaného návrhu, zejména opětovně posoudit vhodnost zvolených dílčích kvalifikačních předpokladů.

V. Závěr

32. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když v průběhu správního řízení před orgánem dohledu byla účastníkům řízení odepřeno právo seznámit se s podklady pro vydání rozhodnutí podle § 36 odst. 3 správního řádu, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

33. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

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

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Technické služby Litvínov, s.r.o., Rooseveltova 2148, 436 01 Litvínov. za niž jedná Ing. Karel Linhart, jednatel
2. MOP Litvínov, s.r.o., se sídlem areál Chemopetrol, a.s., DS 18, 436 70 Litvínov, za niž jedná Josef Pražák, jednatel
3. Město Litvínov, se sídlem nám. Míru 11, 436 91 Litvínov, za něhož jedná PaedDr. Karel Zdražil, starosta
4. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce