

Č. j.: R099/2007/02-12331/2007/310-Šp

Brně dne 2. července 2007

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 2. 5. 2007 navrhovatelem – společností **Technické služby Litvínov, s.r.o.**, IČ: 25423835, Rooseveltova 2148, 436 01 Litvínov, za niž jedná Ing. Karel Linhart, jednatel,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 4. 2007, č.j. S101/2006-04676/2007/520-Pr, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **Města Litvínov**, se sídlem náměstí Míru 11, 436 91 Litvínov, za něhož jedná PaedDr. Karel Zdražil, starosta, učiněných ve veřejné zakázce „**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, jehož dalšími účastníky jsou

společnost **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, a

společnost **IPODEC-ČISTÉ MĚSTO a. s.**, IČ: 40764877 Bešťákova 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,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) 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, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 4. 2007, č.j. S101/2006-04676/2006/520-Pr,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

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 námitky 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 Bešťákova 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. 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, Dábská 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.: 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.

4. V odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad mj. uvedl, že pokud 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. 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. Absence takového zdůvodnění znemožňuje následné přezkoumání její činnosti ze strany zadavatele při vyřizování námitek podle § 88 zákona či ze strany orgánu dohledu.
5. K dalším kvalifikačním kritériím Úřad uvedl, že požadavek zadavatele na výši zůstatku v řádu milionů je z ekonomického hlediska neopodstatněný. 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 potencionální dodavatel. S přihlédnutím ke všem okolnostem případu dospěl orgán dohledu k závěru, že dané pochybení zadavatele v předmetném 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.
6. K vyloučení uchazeče .A.S.A., spol. s r. o., uvedl Úřad, že zadavatel 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 vytýkat uchazeči, že doklady, které zadavatel nespécifikoval v zadávací dokumentaci, ani v podmínkách zadávacího řízení, ve své nabídce nedoložil. 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.
7. Proti citovanému rozhodnutí orgánu dohledu podali všichni účastníci řízení rozklady (spis. zn. R93,95,97/2006/02). Bylo poukázáno na to, že v jiných správních řízeních o

přezkoumání úkonů zadavatele při zadání veřejné zakázky „Údržba veřejné zeleně“ a veřejné zakázky „Údržba místních komunikací“ Úřad zadavateli uložil provést nové posouzení a hodnocení nabídek. Orgán dohledu tedy nepostupoval 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 nad rámec výše uvedeného dodal, 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. Závěrem rozkladů vítězného uchazeče a navrhovatele tedy byl návrh, 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. Zadavatel požadoval, aby řízení bylo zastaveno.

8. Dne 18. 12. 2006 vydal předseda Úřadu rozhodnutí pod č.j. R93,95,97/2006/02-22232/2006/300-Šp, v němž došel k závěru, že všichni účastníci řízení nebyli 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. V průběhu správního řízení obdržel orgán dohledu podnět dalšího dodavatele, z něhož vyplývalo, 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 měl 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), byl povinen s nimi seznámit účastníky správního řízení. Z uvedeného důvodu bylo napadené rozhodnutí zrušeno a věc vrácena orgánu dohledu k novému projednání. Z tohoto důvodu nebylo nutné zabývat se skutkovými okolnostmi případu, přestože bylo vysloveno, že by se Úřad měl při vydání nového rozhodnutí ve věci vyjádřit ke všem námitkám podaného návrhu, zejména opětovně posoudit vhodnost zvolených dílčích kvalifikačních předpokladů.

Napadené rozhodnutí

9. S ohledem na citované rozhodnutí předsedy Úřadu pokračoval orgán dohledu ve správním řízení, ve kterém vydal dne 12. 4. 2007 rozhodnutí č.j. S101/2006-04676/2007/520-Pr, kterým rozhodl, že zadavatel
 - nesplnil povinnost stanovenou v § 30 odst. 2 písm. b) zákona tím, že v bodu 9.2 oznámení zadávacího řízení blíže upřesněném v zadávací dokumentaci článku I bod 2) písm. a) požadoval prokázání finanční a ekonomické způsobilosti podle § 32 odst. 1 písm. a) zákona předložením potvrzení o zůstatku na běžném účtu uchazeče

v období IV/Q 2005-I/Q 2006 ve výši 5 mil. Kč, čímž nevymezil odpovídající úroveň uvedené způsobilosti podle druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky, přičemž nesplnění této povinnosti mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek (výrok I.), a dále, že

- nesplnil povinnost stanovenou v § 25 odst. 1 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 dvou uchazečů a při posuzování jejich jednotlivých zdůvodnění, přičemž toto porušení zákona mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek (bod 1 výroku II.), a dále že
- nesplnil povinnost stanovenou v § 30 odst. 2 písm. b) v návaznosti na § 33 odst. 2 zákona tím, že požadoval prokázat technickou způsobilost podle § 33 odst. 1 písm. c) bod 1. zákona, aniž by současně vyznačil odpovídající úroveň způsobilosti uchazečů podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky, a současně nevymezil způsob, jakým má být způsobilost prokázána, přičemž nesplnění této povinnosti mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť zároveň nesplnil povinnost stanovenou v § 39 odst. 1 a 2 v návaznosti na § 38 odst. 2 zákona, když 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 podle § 33 odst. 1 písm. c) bod 1. citovaného zákona o veřejných zakázkách tímto uchazečem (bod 2 výroku II.).

Z důvodu nesplnění povinnosti uvedené v bodu I. výroku rozhodnutí uložil Úřad zadavateli podle § 101 odst. 1 zákona zrušit zadávací řízení veřejné zakázky, a to ve lhůtě do jednoho měsíce od nabytí právní moci rozhodnutí.

10. Úřad byl při novém rozhodování vázán právním názorem vysloveným v rozhodnutí ze dne 18. 12. 2006, č.j. R93,95,97/2006/02-22232/2006/300-Šp. Jak vyplynulo z posledně zmíněného rozhodnutí Úřadu ze dne 12. 4. 2007, č.j. S101/2006-04676/2007/520-Pr, orgán dohledu zaslal všem účastníkům řízení kopii výše zmíněného podaného podnětu, se kterým v původním řízení před orgánem dohledu nebyli účastníci seznámeni. V tomto podnětu ze dne 10. 4. 2006 dodavatel Technické služby města Mostu, a. s., IČ: 64052265, se sídlem Dělnická 164, 434 62 Most – Velebudice, za něhož jedná Ing. Petr Klimecký, mj. uvádí, že požadavek zadavatele, aby uchazeč doložil, že měl uchazeč na běžném účtu v posledním čtvrtletí roku 2005 a v prvním čtvrtletí roku 2006 průměrný zůstatek ve výši 5 mil, je dle jeho názoru diskriminační a jdoucí nad rámec zákona, a dále že mu tento požadavek zabránil účastnit se předmětného výběrového řízení. Důvodem je skutečnost, že volné prostředky na běžném účtu tato firma nenechává. K uvedenému podnětu se následně vyjádřil navrhovatel i zadavatel, kteří shodně uvedli, že se dodavatel Technické služby města Mostu, a. s. mohl za účelem podání nabídky sdružit s jiným dodavatelem.
11. Pokud jde o námitky uvedené v návrhu, Úřad obdobně jako ve svém původním rozhodnutí uvedl, že zadavatel ve výzvě ke 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 vyzvala uchazeče o písemné zdůvodnění výše nabídkové ceny. V žádostech hodnotící komise o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny však 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. Zadavatel totiž musí postupovat tak, aby jeho úkony i rozhodnutí byly přezkoumatelné, přičemž musí být dostatečně průhledné, aby vylučovaly možnou diskriminaci uchazeče o veřejnou zakázku. Toto porušení zákona mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

12. K vyloučení uchazeče .A.S.A., spol. s r. o. orgán dohledu uzavřel, že 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 (např. určitou konkrétní výši dosaženého obrátu ve vztahu k předpokládané ceně předmětu veřejné zakázky, dispozicí určitého technického zařízení pro provedení předmětu veřejné zakázky, dispozicí profesně vzdělaných osob odpovědných za provádění předmětu veřejné zakázky, apod.). Pokud zadavatel tuto hranici způsobilosti konkrétně nestanovil, včetně dokladů nutných k prokázání, nemůže logicky způsobilost zájemce objektivně a transparentně posoudit – případně zájemce odůvodněně odmítnout z důvodu nesplnění kvalifikace (§ 39 odst. 2 zákona). Zjištěné porušení zákona mohlo podstatně ovlivnit stanovení úspěšnosti nabídek.

13. Ke stanovení úrovně dalších kvalifikačních kritérií bylo uvedeno, že zadavatel stanovil v bodu 9.2. oznámení zadávacího řízení pod písmenem a) požadavek na „vyjádření banky plnit řádně finanční požadavky a potvrzení o zůstatku na běžném účtu uchazeče v období IV/Q 2005-I/Q 2006 ve výši 5 mil. Kč“, dále rozvedený v zadávací dokumentaci požadavkem zadavatele na „předložení originálu nebo úředně ověřené kopie vyjádření banky či bank uchazeče, které vedou běžné účty o tom, že uchazeč byl doposud vždy schopen plnit řádně a včas svoje finanční závazky a vyjádření o průměrném měsíčním zůstatku na běžných účtech uchazeče, případně součtu průměrných měsíčních zůstatků jednotlivých uchazečů, za poslední čtvrtletí roku 2005 a první čtvrtletí roku 2006, tedy za období šesti kalendářních měsíců, s tím, že průměrný měsíční zůstatek sečteno na všech běžných účtech uchazeče nebo jednotlivých uchazečů, musí být alespoň 5 mil. Kč.“ Obdobně jako v předchozím rozhodnutí orgán dohledu konstatoval, že požadavek zadavatele na výši 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 ekonomicky žádoucí, aby na běžných účtech firem zůstávaly volné finanční prostředky, které firma nepotřebuje k uhrazení (umoření) nejbližších splatných závazků. Co se týče obsahu podaného podnětu a reakcí účastníků na něj uvedl Úřad, že citované ekonomické kvalifikační kritérium nebylo zadavatelem stanoveno v souladu se zákonem, neboť nevyjadřuje finanční a ekonomickou způsobilost dodavatelů podle druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky (§ 30 odst. 2 písm. b) zákona), a je tedy bezpředmětné, zda jej mohl dodavatel

splnit sám či ve sdružení s jiným dodavatelem. Obdobně jako u předchozích porušení zákona i v tomto případě Úřad shledal, že mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

14. Ke zvolenému nápravnému opatření Úřad uvedl, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky svým postupem neumožnil orgánu dohledu nařídit provedení nového hodnocení nabídek, neboť zadavatel závažně pochybil již při stanovení podmínek zadání zadávacího řízení formou otevřeného řízení, a to při stanovení úrovně finančního a ekonomického kvalifikačního kritéria na předložení potvrzení o zůstatku na běžném účtu uchazeče v období IV/Q 2005-I/Q 2006 ve výši 5 mil. Kč, a bylo prokázáno, že v šetřené veřejné zakázce měl nezákonný postup zadavatele vliv na účast dodavatelů na veřejné zakázce. Z uvedeného důvodu musel orgán dohledu přistoupit ke zrušení zadávacího řízení. Další uvedená pochybení zadavatele orgán dohledu nepovažoval za důvod pro zrušení zadávacího řízení, neboť tato pochybení by případně bylo možné napravit novým posouzením splnění kvalifikace uchazečem .A.S.A., spol. s r. o., či opětovným posouzením nabídkových cen sdružení společností Technické služby Litvínov s. r. o. a COMPAG MLADÁ BOLESLAV s. r. o. a sdružení společností Marius Pedersen a. s., MOP Litvínov, s. r. o., a IPODEC-ČISTÉ MĚSTO a. s.

II. Námitky rozkladu

15. Proti rozhodnutí orgánu dohledu ze dne 12. 4. 2007, č.j. S101/2006-04676/2006/520-Pr, podal navrhovatel rozklad. Úvodem rekapituluje dosavadní průběh zadávacího a správního řízení. Úřadu pak vytýká nedůsledný postup, který spočíval jednak v nepoužití navrženého institutu předběžného opatření v únoru 2006, v důsledku čehož došlo k otevření nabídek a zahájení diskriminačního a netransparentního posuzování nabídek, jednak nepoužití ustanovení § 104 zákona v dubnu, resp. v květnu roku 2006. Dále Úřad podle názoru navrhovatele umožnil zadavateli nedostatečné a pozdní předání vyžádaných podkladů. Výčet nedostatků postupu Úřadu navrhovatel uzavírá tvrzením, že zadavatel byl utvrzen v přesvědčení o své nepostihnutelnosti.
16. Navrhovatel se domnívá, že deklarovaná porušení zákona zadavatelem nedosahují takové intenzity, aby vyžadovala postup podle § 101 odst. 1 zákona. Dále uvádí, že v případě, kdy by bylo nařízeno zrušení napadeného rozhodnutí a zadavateli by bylo uloženo, aby provedl nové hodnocení nabídek, nebylo by možné uvedená nesplnění povinností zadavatele klasifikovat jako ta, která by mohla podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. O tom, že orgán dohledu v nesplnění povinností uvedených ve výroku napadeného rozhodnutí nespátřuje taková závažná pochybení, navrhovatele utvrzuje i skutečnost, že zadavateli nebyla uložena pokuta za správní delikt. V této souvislosti navrhovatel vyslovuje obavu, že došlo ke zveřejnění nabídkových cen, a proto budou uchazeči nuceni své nabídkové ceny v případném dalším zadávacím řízení patřičným způsobem upravit.
17. Závěrem upozorňuje navrhovatel na závěrečnou pasáž odůvodnění napadeného rozhodnutí, kterou byl orgán dohledu zavázán k tomu, aby zjištěná porušení a jejich závažnost posoudil jako celek, tedy ve vzájemné souvislosti. Tomu by pak měl odpovídat i výrok nového rozhodnutí.

Závěr rozkladu

18. Z výše uvedených důvodů navrhovatel žádá, aby napadené rozhodnutí bylo zrušeno a aby zadavateli bylo nařízeno provést nové posouzení a hodnocení nabídek.

III. Řízení o rozkladu

19. 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.
20. 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 napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru:
21. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 12. 4. 2007, č.j. S101/2006-04676/2006/520-Pr, rozhodl, že se zadavatel dopustil porušení ustanovení zákona tak, jak bylo v podrobnostech rozvedeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, za což mu uložil zrušit zadávací řízení k šetřené veřejné zakázce, rozhodl správně a v souladu se zákonem a rovněž v souladu s rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 18. 12. 2006, č.j. R93,95,97/2006/02-22232/2006/300-Šp, jehož závěry byl při novém projednání věci vázán. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

K porušení zákona zadavatelem

22. Předně uvádím, že rozklad navrhovatele neobsahuje žádné nové skutečnosti či námitky, které by již nebyly vzneseny v předchozích fázích správního řízení. Úřad respektoval právní názor, jímž byl zavázán druhostupňovým rozhodnutím ze dne 18. 12. 2006, č.j. R93,95,97/2006/02-22232/2006/300-Šp, a v souladu s tímto rozhodnutím seznámil všechny účastníky řízení s obsahem podaného podnětu, k němuž při vydání svého rozhodnutí přihlížel jako k jeho podkladu podle § 36 odst. 3 správního řádu. K tomuto podnětu následně zadavatel a navrhovatel zaslali svá vyjádření.
23. Po věcné stránce se plně ztotožňuji s orgánem dohledu, který zadavatelovo porušení zákona v napadeném rozhodnutí detailně odůvodnil. Dávám za pravdu Úřadu v tom, že požadavek na minimální zůstatek na běžném účtu uchazeče v období IV/Q 2005-I/Q 2006 ve výši 5 mil. Kč, je z ekonomického hlediska neopodstatněný, neboť není objektivním ukazatelem úspěšnosti uchazečova podnikání. Obchodní společnosti se totiž v rámci své obchodní strategie snaží své peněžní prostředky investovat tak, aby dosáhly vyššího výtěžku, než jaký jim banky nabízejí z uložení peněžních prostředků na běžném účtu. Z uvedeného důvodu není ekonomicky žádoucí ani opodstatněné, aby na běžných účtech firem zůstávaly volné finanční prostředky, které firma nepotřebuje k uhrazení (umoření) nejbližších splatných závazků. Výše uvedený požadavek zadavatele na prokázání finanční a ekonomické způsobilosti podle § 32 zákona tak nebyl stanoven podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky, jak požaduje § 30 odst. 2

- písm. b) zákona. Vzhledem k tomu, že je výše zmíněný požadavek na minimální zůstatek na běžném účtu uchazeče stanoven v rozporu se zákonem, stává se argument, že by tento požadavek mohl být splněn ve sdružení s jiným dodavatelem, zcela bezpředmětným. Mám tedy za prokázané, že výše popsany postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit pořadí úspěšnosti nabídek, neboť existoval minimálně jeden dodavatel, který v důsledku nesprávně stanoveného požadavku na splnění ekonomické a finanční způsobilosti nepodal nabídku.
24. Obdobně souhlasím se závěrem, že uchazeč .A.S.A., spol. s r. o. byl ze soutěže vyloučen v rozporu se zákonem. Jestliže zadavatel v oznámení zadávacího řízení nevymezil odpovídající úroveň v rámci zvoleného způsobu prokazování způsobilosti zájemců, tj. nestanovil určitou minimální úroveň způsobilosti, kterou musí zájemce při podání žádosti o účast doložit, a to včetně dokladů nutných k prokázání, nemůže pak logicky účast některého z uchazečů v zadávacím řízení odmítnout právě z důvodu nesplnění kvalifikace, které spočívalo v nedoložení určitých dokladů. Zadavatelův postup tak podstatně ovlivnil pořadí úspěšnosti nabídek, neboť nabídka vyloučeného uchazeče mohla být hodnocena jako nejvhodnější.
25. Pokud jde o námitky týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny, jestliže zadavatel shledá, že nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si od uchazeče vyžádat písemné zdůvodnění (§ 61 odst. 1 zákona). Aby uchazeč mohl nabídkovou cenu opravdu dostatečně zdůvodnit, musí mu být známo, proč zadavatel nabídkovou cenu za mimořádně nízkou považuje. Takové zdůvodnění pak musí být obsaženo i ve výzvě ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. V opačném případě by uchazeč nevěděl, jaké konkrétní skutečnosti či nedostatky týkající se nabídkové ceny jsou mu vytýkány, a proto by následně nemohl na tyto výhrady ani reagovat ve svém zdůvodnění. Postup zadavatele by se tak stal nepřezkoumatelným. V šetřeném případě zadavatel ve výzvě ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny neuvedl důvody, pro které byly nabídkové ceny uchazečů označeny za mimořádně nízké. S ohledem na to, že navrhovatel byl následně vyloučen ze zadávacího řízení právě proto, že zadavatel neakceptoval zdůvodnění jím nabídnuté mimořádně nízké nabídkové ceny, mohl tento úkon zadavatele pořadí úspěšnosti nabídek podstatně ovlivnit, neboť nabídková cena navrhovatele byla ze všech nabídkových cen nejnižší.
26. Jak dále uvedl Úřad v napadeném rozhodnutí, uvedené zadavatelovo pochybení by bylo zhojitelné uložením nápravného opatření ve formě zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele, případě uložením povinnosti provést nové posouzení a hodnocení nabídek. Nicméně Úřad zjistil porušení zákona zadavatelem již při stanovení podmínek zadávacího řízení, neboť zadavatel nevymezil úroveň finanční a ekonomické způsobilosti podle § 32 odst. 1 písm. a) zákona podle druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky, přičemž nesplnění této povinnosti mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Z tohoto důvodu nebylo možné zhojit nedostatky zadávacího řízení jinak než zrušením celého zadávacího řízení. Úřad proto rozhodl správně a v souladu se zákonem i s rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 18. 12. 2006, č.j. R93,95,97/2006/02-22232/2006/300-Šp, a při svém rozhodování o formě uloženého nápravného opatření zohlednil všechna porušení zákona ve vzájemné souvislosti.

K uloženému nápravnému opatření

27. Úvodem upozorňuji, že uložení nápravného opatření podle § 101 odst. 1 zákona představuje alternativu k uložení sankce formou peněžité pokuty podle § 101 odst. 2 zákona. Nápravné opatření ve formě zrušení rozhodnutí zadavatele či zrušení celého zadávacího řízení je možné uložit v případě, kdy ještě nedošlo k uzavření smlouvy na realizaci předmětu veřejné zakázky podle § 66 zákona, jak tomu bylo i v šetřeném případě. Naproti tomu k uložení peněžité sankce Úřad přistupuje až tehdy, pokud k uzavření smlouvy již došlo a kdy již nelze dosáhnout nápravy jiným účinným způsobem. Nesouhlasím proto se závěrem navrhovatele, podle kterého je forma uložené sankce odvislá od závažnosti spáchaného porušení. Zákon uložení jak nápravného opatření podle § 101 odst. 1 zákona, tak peněžité pokuty podle § 101 odst. 2 zákona, váže pouze na zjištění, zda porušení zákona podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit pořadí úspěšnosti nabídek. Úřad správně konstatoval, že k podstatnému ovlivnění pořadí úspěšnosti nabídek v daném případě dojít mohlo.

Ke zbývajícím námitkám rozkladu

28. K zamítnutí návrhu na vydání rozhodnutí, jímž se nařizuje předběžné opatření spočívající v pozastavení šetřeného zadávacího řízení, uvádím, že Úřad ke dni obdržení tohoto návrhu neměl k dispozici od zadavatele žádné bližší informace a dokonce ani příslušnou zadávací dokumentaci, neboť zadavateli stále ještě běžela lhůta k předložení těchto dokumentů (tuto lhůtu mu Úřad stanovil usnesením ze dne 18. 4. 2006, které zadavatel obdržel 20. 4. 2006). Z uvedeného důvodu nebylo možné objektivně posoudit, zda jsou pro uložení předběžného opatření důvody, a taktéž ani nebyl důvod pro uložení pořádkového opatření podle § 104 zákona. To uvedl Úřad i v odůvodnění rozhodnutí, jímž byl návrh na vydání předběžného opatření zamítnut (rozhodnutí Úřadu ze dne 20. 4. 2006, č.j. S101/2006-07575/2006/520-Pr). Orgán dohledu v tomto rozhodnutí rovněž uvedl, že pozastavení zadávacího řízení je možné provést pouze zveřejněním změny např. lhůty podání nabídek, eventuálně zrušením zadávacího řízení, a to zveřejněním na centrální adrese, což není s ohledem na lhůtu pro podání nabídek reálné. Současně v tomto rozhodnutí Úřad uvedl, že není dotčeno právo Úřadu vydat předběžné opatření ve smyslu § 100 odst. 1 písm. a) až c) zákona z vlastního podnětu v případě následného zjištění rozhodných skutečností pro toto vydání. Úřad následně vydal předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu do nabytí právní moci rozhodnutí ve věci samé, a to rozhodnutím ze dne 5. 6. 2006, č.j. S101/2006-10189/2006/520-Pr.
29. K otázce zveřejnění nabídkových cen uvádím, že ke zveřejnění nabídkových cen dodavatelů v průběhu výběrových řízení běžně dochází a s takovou situací musí uchazeči podávající nabídku počítat. Stejně tak je třeba počítat s tím, že zadávací řízení může být ze strany Úřadu či samotného zadavatele zrušeno. Již proběhlé zveřejnění nabídkových cen proto nelze považovat za důvod, pro který by nebylo možné uložit zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

V. Závěr

30. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, veden závěry vyslovenými v rozhodnutí předsedy Úřadu

ze dne 18. 12. 2006, č.j. R93,95,97/2006/02-22232/2006/300-Šp, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

31. 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.

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. Město Litvínov, se sídlem náměstí Míru 11, 436 91 Litvínov, za něhož jedná PaedR. Karel Zdražil, starosta,
3. MOP Litvínov, s. r. o., areál Chemopetrol, a. s., DS 18, 436 70 Litvínov, za niž jedná Josef Pražák, jednatel, a
4. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce