



UOHSX003EROO

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R81,82/2010/VZ-1829/2011/310/EKu

V Brně dne: 22. března 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 23. 6. 2010 podaném navrhovatelem –

- společností **SIVRES, a. s.**, IČ 25183265, se sídlem Palackého 12, 301 16 Plzeň, za niž jedná Kamil Mašek, předseda představenstva, ve správním řízení zast. JUDr. Radkem Jurčíkem, Ph.D., advokátem se sídlem Čápkova 44, 602 00 Brno,

a o rozkladu ze dne 29. 6. 2010 podaném navrhovatelem –

- společností **Alfa – COM, s. r. o.**, IČ 25325451, se sídlem Moravské nám. 12/753, 602 00 Brno, za niž jedná Václav Krajíček, jednatel, ve správním řízení zast. Mgr. Tomášem Rydvanem, advokátem se sídlem AK ŘANDA HAVEL LEGAL, s. r. o., Truhlářská 13-15, 110 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S8,11/2010/VZ-5502/2010/540/LZa ze dne 10. 6. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **Správy vojenského bytového fondu Praha, p. o.**, IČ 60460580, se sídlem U Prioru 1047/8, 161 00 Praha, za niž jedná Ing. Dagmar Kynclová, MBA, ředitelka, při zadávání veřejné zakázky „**Zajištění provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla**“, zadávané formou otevřeného řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 18. 9. 2009 pod ev. č. 60036357 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 9. 2009 pod ev. č. 2009/S182-261969,

jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **STAEG, spol. s r. o.**, IČ 25520059, se sídlem Průmyslová 738/8F, 682 01 Vyškov, ve správním řízení zast. Mgr. Ondřejem Lakomým, advokátem se sídlem Koblížná 19, 602 00 Brno,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

#### I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S8,11/2010/VZ-5502/2010/540/LZa ze dne 10. 6. 2010

**potvrzuji**

a podaný rozklad

**zamítám.**

#### II.

Správní řízení o rozkladu navrhovatele – společnosti Alfa – COM, s. r. o., IČ 25325451, se sídlem Moravské nám. 12/753, 602 00 Brno, ze dne 29. 6. 2010 se podle § 90 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 91 odst. 3 a § 152 odst. 4 téhož zákona, na základě podaného zpětvzetí rozkladu ze dne 28. 7. 2010

**zastavuje.**

### ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Správa vojenského bytového fondu Praha, IČ 60460580, se sídlem U Prioru 1047/8, 161 00 Praha (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen

„zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 18. 9. 2009 pod ev. č. 60036357 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 9. 2009 pod ev. č. 2009/S182-261969 oznámení otevřeného řízení podle § 27 zákona, a to za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Zajištění provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla“. 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 29. 12. 2009 návrh společnosti Alfa – COM, s. r. o., IČ 25325451, se sídlem Moravské nám. 12/753, 602 00 Brno (dále jen „navrhovatel Alfa - COM“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť jeho námitkám podaným proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zadavatel nevyhověl. Z podaného návrhu vyplynulo, že navrhovatel Alfa – COM nabyl přesvědčení, že nabídky některých uchazečů obsahují smluvní pokutu v nepřiměřené výši, a dále v návrhu napadal i vymezení dílčího hodnotícího kritéria „Smluvní pokuta“, které dle jeho názoru nemá objektivní dopad na ekonomickou výhodnost nabídky a ze kterého není zřejmé, jaké parametry smluvní pokuty bude zadavatel považovat za přiměřené. Konečně napadal také skutečnost, že zadavatel část jeho námitek odmítl pro opožděnost s odůvodněním, že jsou podány nikoli proti výběru nejvhodnější nabídky, ale proti zadávacím podmínkám.
3. Dále Úřad obdržel dne 8. 1. 2010 návrh společnosti SIVRES, a. s., IČ 25183265, se sídlem Palackého 12, 301 16 Plzeň (dále jen „navrhovatel SIVRES“), neboť zadavatel nevyhověl jím podaným námitkám. Ty směřovaly proti klasifikaci CPV kódu č. 98390000-3 „Jiné služby“, která způsobila, že navrhovatel SIVRES nezjistil oznámení o zadání veřejné zakázky včas, a proto se soutěže nezúčastnil. Navrhovatel SIVRES je přesvědčen, že kdyby byl kód CPV stanoven správně (přičemž v návrhu uvádí příklady vhodnějších CPV kódů), nemusel být v soutěži o veřejnou zakázku diskriminován.
4. K výše uvedeným datům tedy Úřad oznámil zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele Alfa – COM, navrhovatele SIVRES a uchazeče, kterému byla veřejná zakázka přidělena – společnost STAEG, spol. s r. o., IČ 25520059, se sídlem Průmyslová 738/8F, 682 01 Vyškov (dále jen „vybraný uchazeč“).

## II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 10. 6. 2010 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S8,11/2010/VZ-5502/2010/540/LZa (dále jen „napadené rozhodnutí“), jehož prvním výrokem rozhodl, že se správní řízení podle § 118 zákona zastavuje. Pokud jde o část návrhu navrhovatele Alfa – COM, která se týká přezkoumání postupu zadavatele při stanovení požadavku na plnění části veřejné zakázky pouze vlastními zaměstnanci uchazeče, požadavku na certifikát OHSAS 18001 a zadávání veřejné zakázky jako celku pro čtyři regiony, rozhodl Úřad ve výroku druhém, že se správní řízení zastavuje podle § 114 odst. 3 zákona, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

6. Orgán dohledu v odůvodnění napadeného rozhodnutí poté, co odkázal na znění § 47 zákona a bod č. 2 zadávací dokumentace, v němž zadavatel definoval předmět veřejné zakázky mj. jako „(...) poskytování služeb při provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla v rozsahu povinností obsluhy (...)“, uvedl, že zadavatel klasifikoval služby zmíněné v bodu č. 2 zadávací dokumentace pomocí CPV kódu č. 98390000-3 „Jiné služby“. S ohledem na skutečnost, že jednotná klasifikace CPV kódů neobsahuje přesný kód, který by plně vystihoval předmět plnění veřejné zakázky, zadavatel podřadil předmět plnění veřejné zakázky pod CPV kód pro „Jiné služby“, pod který je umožněno podřadit služby širšího obsahu. Učinil tak především s ohledem na skutečnost, že předmět plnění veřejné zakázky není určen výhradně pro uchazeče podnikající v oblasti výroby a rozvodu tepelné energie, teplotní nebo topenářství. Předmět plnění veřejné zakázky mohou provádět uchazeči, kteří vlastní živnostenské listy pro živnosti volné v rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky, a z tohoto důvodu považoval za nutné zařadit předmětnou veřejnou zakázku do takové kategorie CPV kódů, jež umožní širšímu okruhu uchazečů dozvědět se o jejím zadávání. Současně Úřad vysvětlil, proč nepřistoupil na argumentaci navrhovatele SIVRES, který navrhovatel předmět veřejné zakázky podřadit pod některý z CPV kódů č. 71314000-2 „Energetické služby“, č. 71314000-3 „Služby v oblasti elektrické energie“, č. 71314310-8 „Poradenství v oblasti energetické účinnosti topných zařízení budovy“, č. 71314200-4 „Správní služby při zabezpečování energie“ nebo č. 09300000-2 „Elektrická energie, vytápění, solární a jaderná energie“, atp.; žádný z těchto CPV kódů totiž s předmětem veřejné zakázky nesouvisí, a tedy takové označení by bylo zavádějící a mohlo by ve svém důsledku vést k omezení počtu dodavatelů. Úřad závěrem konstatoval, že se přiklání k argumentaci zadavatele v tom ohledu, že poptávané plnění v rámci předmětné veřejné zakázky je činností běžnějšího charakteru, jelikož jde pouze o obsluhu a minimální údržbu zadavatelem provozovaného zařízení. Přestože některé navrhovatelem SIVRES nabízené CPV kódy jsou směřovány k téže hospodářské oblasti, v níž má být požadované plnění prováděno, jsou tyto nabízené alternativy kategoriemi ze slovníku CPV kódu, které jsou svým obsahem zaměřeny na mnohem sofistikovanější činnosti spojené s provozováním energetických zařízení. Spektrum dodavatelů, kteří mají zájem o veřejné zakázky s takovými CPV kódy, je velmi zúženo právě jejich specifičností a požadavky na odbornost dodavatelů. Lze proto předpokládat, že dodavatelé, kteří by byli schopni zrealizovat předmět poptávaného plnění, tj. dodavatelé s mnohem menšími odbornými předpoklady, by jeho zveřejnění pod navrhovatelem SIVRES nabízenými CPV kódy, právě s ohledem na jejich „náročnější“ zaměřenost, neočekávali. Použitý CPV kód „Jiné služby“ lze považovat za univerzální kategorii pro taková plnění, pro něž neexistuje odpovídající označení jiným CPV kódem. Skutečnost, že navrhovatel SIVRES veřejné zakázky zadávané v rámci této obecnější kategorie, pod níž mohou být zveřejněny veřejné zakázky týkající se jeho podnikatelských aktivit, avšak pro které neexistuje jiný odpovídající CPV kód, nesleduje, pak nelze přičítat k tíži zadavatele. Z uvedených důvodů proto nevyhodnotil Úřad postup zadavatele při stanovení CPV kódu za učiněný v rozporu se zákonem.
7. Co se týče dalších namítaných porušení zákona, s odkazem na § 44 odst. 1, § 44 odst. 3 písm. f) a § 78 odst. 4 a 6 zákona, uvedl Úřad, že pokud se zadavatel rozhodne, že bude nabídky hodnotit podle kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, je povinen stanovit taková dílčí kritéria, která se výhradně týkají nabídky a její ekonomické výhodnosti, tzn. její kvality.

Zadavatel tak hodnotí vlastní ekonomickou výhodnost nabídky uchazeče, tj. zabývá se hodnocením konkrétních podmínek obsažených v nabídce, za nichž uchazeč zadavateli nabízí splnění dané veřejné zakázky. Výsledkem tohoto procesu je tedy hodnocení konkrétního obsahu dané nabídky ve vztahu k její ekonomické výhodnosti a zjištění míry této ekonomické výhodnosti pro zadavatele. Základním hodnotícím kritériem v přezkoumávaném případě byla ekonomická výhodnost nabídky. Zadavatel stanovil následující dílčí hodnotící kritéria a jejich váhy: „nabídková cena“ (váha 65%) a „smluvní pokuty“ (váha 35%). K namítaným nepřiměřeným hodnotám uvedených v nabídkách uchazečů v hodnotícím kritériu „smluvní pokuty“ Úřad konstatoval, že zadavatel je povinen hodnotit nabídky způsobem, který byl předem zveřejněn, v tomto případě uveden v zadávací dokumentaci. Zadavatel v šetřeném případě nestanovil maximální hodnotu, kterou mohou uchazeči nabízet a ani si nevyhradil možnost přiřadit nulovou hodnotu nabídce, kterou bude v kritériu „smluvní pokuty“ považovat za zjevně nepřiměřenou. Úřad dále podotkl, že případné uzavření smlouvy v rozporu s nabídkou vybraného uchazeče nebo neuplatnění smluvních sankcí by bylo považováno za nepřijatelnou podstatnou změnu smlouvy. Smlouva s vybraným uchazečem byla v tomto případě uzavřena v souladu se zněním nabídky vybraného uchazeče. Uplatnění smluvních sankcí nebylo možné ověřit, neboť předmět plnění veřejné zakázky nebyl doposud vybraným uchazečem realizován. Zadavatel hodnotil nabídky 5 uchazečů, ze kterých vyplynulo, že obsahují hodnoty, na základě kterých zadavatel mohl provést objektivní hodnocení, tj. zvolil hodnotící kritéria v souladu se zákonem a při hodnocení nabídek podle nich také postupoval, a proto nelze považovat provedené hodnocení za učiněné v rozporu se zákonem. Současně Úřad dospěl k závěru, že oznámení o výběru nejvhodnější nabídky obsahuje všechny náležitosti stanovené v § 81 odst. 3 zákona. Vzhledem k výše uvedenému rozhodl Úřad tak, že se správní řízení podle § 118 zákona zastavuje.

8. Co se týče návrhu navrhovatele Alfa-COM, s odkazem na § 110, § 113 odst. 2 a 3 a § 114 odst. 2 a 3 zákona, uvedl, že se v první řadě zabýval otázkou oprávnění k podání návrhu, jejíž vyřešení je rozhodné pro to, zda se bude Úřad zabývat návrhem navrhovatele v meritu věci či nikoliv. Bylo tedy nutné posoudit, zda navrhovatel Alfa – COM skutečně podal námitky proti výběru nejvhodnější nabídky či jeho námitky směřovaly proti jiným úkonům zadavatele v zadávacím řízení. Námitky navrhovatele týkající se stanovení požadavku na plnění části veřejné zakázky pouze vlastními zaměstnanci uchazeče, požadavku na certifikát OHSAS 18001 a zadávání veřejné zakázky jako celku pro čtyři regiony se vztahují k zadávacím podmínkám veřejné zakázky, a nikoli k úkonu hodnocení nabídek. Z uvedeného důvodu je měl navrhovatel uplatnit dříve, a to ve lhůtě do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona postupem zadavatele dozvěděl, jak stanoví ust. § 110 odst. 3 zákona. Vzhledem ke skutečnosti, že námitky vztahující se k předmětným záležitostem byly zadavateli doručeny dne 11. 12. 2009 a poslední den lhůty pro podání nabídek, který lze považovat za poslední den, kdy se navrhovatel o domnělém porušení zákona zadavatelem ve vztahu k zadávacím podmínkám mohl dozvědět, byl 3. 11. 2009, Úřad dospěl k závěru, že tyto námitky byly podány opožděně. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepodal ve výše uvedených skutečnostech řádné námitky ve smyslu § 110 odst. 5 zákona, nedodržel zákonem stanovenou podmínku pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Návrh tak nebyl podán k tomu oprávněnou osobou, a z uvedeného důvodu Úřad správní řízení v těchto částech návrhu podle § 114 odst. 3 zákona zastavil.

### III. Námitky rozkladů

#### Rozklad navrhovatele Alfa-COM

9. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad rozklad navrhovatele Alfa-COM. Ten v podaném rozkladu předně nesouhlasí se závěrem Úřadu, že zadavatelem stanovené dílčí hodnotící kritérium „Smluvní pokuta“ a váha tomuto kritériu přidělená je v souladu se zákonem. Navrhovatel Alfa-COM trvá na tom, že toto kritérium nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, nevztahuje se k nabízenému plnění, nic nevyovídá o schopnosti uchazeče plnit předmět veřejné zakázky a nelze na základě něj určit, která z nabídek představuje nejlepší poměr kvality a ceny. V této souvislosti poukazuje navrhovatel Alfa-COM na skutečnost, že podal nabídku s nejnižší nabídkovou cenou, a přesto se umístil až na třetím místě. K tomu dle jeho názoru došlo právě v důsledku pochybného nastavení dílčích hodnotících kritérií. Smluvní pokuta je pouhá sankce v případě nekvalitního plnění a bezpochyby dodavatele motivuje, ale samotné poskytování služby v odpovídající kvalitě nezajistí. Porušení povinností by mohl zadavatel odhalit pouze na základě kontroly; tu však je zadavatel oprávněn provést jen po dohodě se zástupcem vybraného uchazeče a za podmínky nenarušení provozu zařízení. Navíc s ohledem na rozptýlenost zařízení je nepravděpodobné, že by byl efektivně, pravidelně a průběžně schopen provádět kontrolu plnění povinností, a smluvní pokuta by se musela vztahovat na povinnosti, jejichž porušení je zadavatel schopen poměrně snadno zjistit. V další části podaného rozkladu navrhovatel Alfa-COM brojí proti obsahu oznámení o výběru nejvhodnější nabídky, které dle jeho mínění také nesplňuje všechny zákonem stanovené náležitosti, neboť postrádá bodové hodnocení nabídek. Konečně podaný rozklad míří i proti dalším porušením zákona zadavatelem, jimiž se však Úřad odmítl zabývat s odůvodněním, že byly namítnuty opožděně. Navrhovatel Alfa-COM se domnívá, že se Úřad měl zabývat i těmito pochybeními, a to případně i z moci úřední. Jednalo se konkrétně o požadavek na plnění předmětu veřejné zakázky pouze prostřednictvím vlastních zaměstnanců, který je v rozporu s § 44 odst. 6 zákona, přičemž zadavatel vymezil i konkrétní požadavky na jejich kvalifikaci, což představuje neoprávněné rozšíření technické kvalifikace uchazečů podle § 56 odst. 2 písm. e) zákona. Není navíc pravdou, že se tento požadavek vztahoval pouze na část veřejné zakázky. K nepřípustnému rozšiřování požadavků na kvalifikaci došlo i požadavkem zadavatele na certifikát OHSAS, který není vyjmenován v § 56 zákona. Zadání veřejné zakázky pro čtyři regiony dále představuje diskriminaci menších dodavatelů, neboť došlo ke zvýšení hodnoty a objemu veřejné zakázky. Z výše uvedených důvodů tedy navrhovatel požaduje, aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno, případně změněno tak, že Úřad zadání veřejné zakázky zruší.

#### Rozklad navrhovatele SIVRES

10. Úvodem podaného rozkladu odkazuje navrhovatel SIVRES na judikaturu Vrchního soudu v Olomouci i Nejvyššího správního soudu, podle níž platí, že vede-li Úřad řízení o návrhu, pak přezkoumává postup zadavatele i nad jeho rámeč. Úřad proto pochybil, když se odmítl některými namítanými porušeními zákona zabývat. Zdůrazňuje, že zahájení paralelního řízení brání překážka litispendence, jak vyplývá i z judikatury Nejvyššího správního soudu, resp. překážka věci pravomocně rozhodnuté.

11. Jako v pořadí další námitku vznáší navrhovatel SIVRES nesprávně vymezený předmět veřejné zakázky, spočívající v nesprávně uvedeném CPV kódu, který slouží ke standardizování poptávaného plnění. Zadavatel použil CPV kód pro „Jiné služby“ (obsahující subkategorie jako „Stěhovací služby“, „Krejčovské služby“, „Čalounické služby“, „Zámečnické služby“ nebo „Ladění hudebních nástrojů“), přestože se s ohledem na předmět přezkoumávané veřejné zakázky nabízí spíše CPV kódy pro „Správu majetku“, „Správu objektů“, nebo „Správu nemovitého majetku za odměnu nebo na základě smlouvy“. Jelikož dodavatelé podle výše uvedených CPV kódů potenciální veřejné zakázky vyhledávají, byl navrhovatel poškozen tím, že se nemohl ve lhůtě o veřejné zakázce dozvědět. Zařazení předmětu veřejné zakázky do CPV kódu „Jiné služby“ dále vede k tomu, že se veřejná zakázka nemusí zveřejňovat na Evropské úrovni, a proto zadavatel má neomezenou možnost použití jednacímho řízení s uveřejněním. Zadavatel se tedy správnému CPV kódu ani zdaleka nepřiblížil. Napadené rozhodnutí, kterým Úřad postup zadavatele aproboval, činí ostatní skupiny CPV kódů de facto zbytečnými. V souvislosti s diskriminací namítá také centralizaci regionálních veřejných zakázek do zakázky jedné, a tím vyloučení drobnějších dodavatelů a zvýhodnění vybraného uchazeče.
12. Další námitka míří proti procesnímu postupu orgánu dohledu, a to proti nedodržení desetidenní lhůty pro nařízení předběžného opatření podle § 61 odst. 2 správního řádu. V důsledku této prodlevy došlo k uzavření smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, a tedy ke zmaření možnosti uložit ve věci opatření k nápravě. Pochybení Úřadu napravil až Okresní soud ve Vyškově, když předběžné opatření nařídil sám. Navrhovatel SIVRES poukázal i na to, že nebyla dodržena ani třicetidenní lhůta pro vydání rozhodnutí. S odkazem na principy předvídatelnosti, legality, proporcionality a zákazu libovůle při rozhodování správního orgánu tak navrhovatel SIVRES shrnuje, že došlo k zásahu do jeho práv ve smyslu zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem, ve znění pozdějších předpisů. Procesní pochybení spatřuje navrhovatel SIVRES také v neumožnění nahlédnout do spisu, resp. do části týkající se kvalifikace vybraného uchazeče (za účelem zjištění, zda prokázal základní kvalifikační požadavky, zda disponuje příslušnými referencemi a zda předložil účetní závěrku ověřenou auditorem). Tím bylo navrhovateli SIVRES znemožněno podat řádně návrh (námitky) a uvést všechny relevantní skutečnosti. Na tomto místě odkazuje navrhovatel SIVRES na judikaturu Vrchního soudu v Olomouci a Nejvyššího správního soudu, podle níž nelze odmítnout nahlédnutí do spisu s odkazem na obchodní tajemství.
13. V další části rozkladu brojí navrhovatel SIVRES proti zjevně diskriminačnímu a nerovnému přístupu zadavatele. Vybraný uchazeč nesplnil kvalifikační předpoklady, neboť nedisponuje koncesí ve smyslu živnostenského zákona, resp. energetickou licenci, a přesto nebyl z účasti v zadávacím řízení vyloučen. Jiní uchazeči naproti tomu z týchž důvodů (navíc formálního charakteru) vyloučení byli. Navrhovatel SIVRES zpochybňuje i tvrzení, že na předmět veřejné zakázky postačuje volná živnost. S odkazem na §§ 7 a 10 zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „živnostenský zákon“) uvádí navrhovatel SIVRES, že se musí jednat o živnost koncesovanou nebo o energetickou licenci a že živnostenské oprávnění nemůže být přeneseno na jinou osobu. Uchazeč tedy

nemůže podnikat na živnost zadavatele, a to dokonce ani na jeho energetickou licenci. Závěrem vyjádřil navrhovatel SIVRES mínění, že na zdroj nad 50 kW musí být koncese dle živnostenského zákona, a proto neoprávněně podniká jak zadavatel, tak vybraný uchazeč.

14. Navrhovatel dále poukazuje na zákaz zadat veřejnou zakázku ve dvou zadávacích řízeních, resp. k porušení zákazu uzavření smlouvy se zadavatelem. S odkazem na § 26 odst. 1 a § 84 odst. 6 zákona uvádí, že jestliže zadavatel v otevřeném řízení s názvem „Zajištění provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla“ uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, a v jednacím řízení bez uveřejnění s tímž názvem taktéž uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, jedná se nejen o porušení § 84 odst. 6 zákona, ale i o vědomé obcházení zákona. O tom svědčí i to, že zadavatel uzavřel smlouvu i přes nařízené předběžné opatření, resp. i přes probíhající správní řízení.
15. V závěrečné části rozkladu zmiňuje navrhovatel SIVRES nezákonnost požadavku na certifikát OHSAS 18001, což je v rozporu se zákonem i dosavadní judikaturou Nejvyššího správního soudu. Dále zadavatel požadoval jistotu podle § 67 zákona ve výši 7 mil. Kč, ale kromě toho i skrytou jistotu ve formě závazného příslibu banky o vystavení bankovní záruky na kvalitu díla ve výši 1 mil. Kč.
16. Dne 18. 8. 2010 doplnil navrhovatel SIVRES svůj rozklad o obsáhlé odborné stanovisko JUDr. Stanislava Kadečky (dále jen „odborné stanovisko“), zpracované na žádost navrhovatele, jehož rozkladovou argumentaci má podpořit. Cílem tohoto stanoviska bylo podat odborný výklad k postupu Úřadu, a to zejména ke třem oblastem: k rozsahu přezkumu postupu zadavatele při zadání veřejné zakázky, k oprávnění k podnikání, které je nezbytné k provedení veřejné zakázky, a k případným dalším vadám, které by mohly mít vliv na zákonnost výroku napadeného rozhodnutí. V uvedeném odborném stanovisku dospěl zpracovatel k následujícím závěrům: Pokud jde o rozsah přezkumu, dospívá zpracovatel k závěru, že se Úřad měl zabývat i body návrhu směřujícími proti požadavku na plnění zakázky pouze vlastními zaměstnanci dodavatele, požadavku na předložení certifikátu OHSAS a proti centralizovanému zadání zakázky pro čtyři regiony. Nijak se nevypořádal s tím, proč se odchýlil od své dosavadní praxe, a proč vypořádal i skutečnosti, proti kterým nebyly podány námitky (např. CPV kódy, nevyločení vybraného uchazeče) a neoznačil je jako neprojednatelné. K prokázání profesních kvalifikačních předpokladů uvedl, že uchazeč by musel být přinejmenším držitelem koncese na koncesovanou živnost „výroba tepelné energie a rozvod tepelné energie, nepodléhající licenci, realizovaná ze zdrojů tepelné energie s instalovaným výkonem jednoho zdroje nad 50 kW“. Jestliže byla z tepelných zdrojů odváděna energie do nejméně dvou objektů, pak uchazeč musel být držitelem licence dle energetického zákona. Uživatelské právo k zařízení bylo smlouvou o dílo převedeno na vítězného uchazeče, který musí předložit potřebnou profesní kvalifikaci. Prokázání kvalifikace lze samozřejmě řešit i subdodavatelsky, ale k tomu je třeba předložit příslušnou smlouvu se subdodavatelem (nikoli tedy jen smlouvu o dílo se zadavatelem). Dodavatel, který potřebnou kvalifikaci neprokáže, musí být z účasti v zadávacím řízení vyloučen, což se však v přezkoumávaném případě nestalo. K otázce subdodatelství zpracovatel poukázal na rozpor zadávací dokumentace, v níž zadavatel vyloučil možnost subdodávek, přestože do její části zahrnul i ustanovení, která možnost spolupráce se subdodavatelem předpokládají. Stejně



jako navrhovatel SIVRES je i zpracovatel odborného posudku toho názoru, že došlo k nesprávnému označení předmětu veřejné zakázky CPV kódem (§ 47 zákona), které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Pokud jde o požadovaný certifikát OHSAS, který zadavatel požadoval v obchodních podmínkách, uvedl zpracovatel dokumentace, že mohl být zmíněn pouze v rámci technických kvalifikačních předpokladů. Konečně k problematice jistoty a bankovní záruky dospěl zpracovatel k závěru, že oba instituty plní poněkud jiný účel (zajišťují plnění různých povinností) a uplatňují se v různých fázích zadávacího řízení. Proto je možné o nepřiměřenosti bankovní záruky uvažovat pouze samostatně a nelze ji přičítat do limitu jistoty (tj. do 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky).

17. Dne 27. 12. 2010 zaslal navrhovatel SIVRES Úřadu další doplnění podaného rozkladu. Navrhovatel provedení důkazu – ústního jednání za přítomnosti všech účastníků řízení ve smyslu § 49 správního řádu, neboť ho pokládá za potřebné k řádnému projednání věci a uplatnění práv účastníků a ke zdůraznění merita sporu, které by se v četných podkladech mohlo ztratit. Během ústního jednání navrhuje navrhovatel SIVRES provést důkazy články z médií, v nichž se poukazuje na nekalé praktiky zadavatele, dotazem na subjekt, který podal reference ve prospěch vítězného uchazeče, neboť tyto reference se pravděpodobně nezakládají na pravdě, a konečně důkaz stanoviskem Ministerstva průmyslu a obchodu, z něhož plyne, že vybraný uchazeč nemá oprávnění k podnikání ve vztahu k předmětu přezkoumávané veřejné zakázky. Podaný rozklad následně navrhovatel SIVRES doplnil ještě podáním ze dne 26. 1. 2011, ve kterém navrhuje nad rámec dříve uvedených skutečností ještě provedení důkazu kontrolou úplnosti účetních závěrek vybraného uchazeče, ze kterých podle něj plyne, že vybraný uchazeč nedisponoval v předmětné veřejné zakázce referencemi požadovanými zadavatelem.
18. Dne 4. 3. 2011 obdržel Úřad opětovné doplnění podaného rozkladu, ve kterém navrhovatel SIVRES připojuje obecné vyjádření ke sporné problematice CPV kódů, které k dotazu navrhovatele SIVRES sepsal zaměstnanec Evropské komise Jaroslav Kračún. V odpovědi na dotaz navrhovatele SIVRES je zde uvedeno, že otázka důsledků použití nesprávného CPV kódu může teoreticky vyústit v diskriminaci některých uchazečů, je však třeba vždy přesně zhodnotit skutkové okolnosti daného případu.
19. Ze všech výše uvedených důvodů navrhovatel SIVRES navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil nebo změnil tak, že podanému rozkladu plně vyhoví.

#### **IV. Řízení o rozkladech**

20. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S8,11/2010/VZ-12861/2010/540/PVé ze dne 26. 8. 2010 ostatním účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podaným rozkladům.
21. K podaným rozkladům se vyjádřil vybraný uchazeč, který se s napadeným rozhodnutím plně ztotožňuje a rozklad navrhovatele SIVRES označuje za nedůvodný. Poukazuje zejména na skutečnost, že navrhovatelem SIVRES doporučovaná kategorie CPV kódů byla v každém podání poněkud odlišná, což podle vybraného uchazeče nasvědčuje tomu, že poptávanou

službu není možné jednoznačně konkretizovat. Vybraný uchazeč trvá na tom, že žádný z nabízených CPV kódů neodpovídá podstatě poptávaného plnění, a také podrobně vysvětluje, proč. Co se týče předběžného opatření vydaného Okresním soudem ve Vyškově, upozorňuje vybraný uchazeč, že ve věci podal odvolání z důvodu absence předpokladů pro jeho vydání, a tedy pro nezákonný postup jmenovaného soudu. K nezbytnosti energetické licence, stejně jako k požadavku na certifikát OHSAS odkazuje vybraný uchazeč na odůvodnění napadeného rozhodnutí. K námitce, týkající se neumožnění nahlédnout do spisu, rekapituluje vybraný uchazeč, že využil svého práva na ochranu obchodního tajemství a nesouhlasil se zpřístupněním své nabídky jinému podnikatelskému subjektu, nacházejícímu se navíc v přímém konkurenčním postavení. Poté, co navrhovatel SIVRES svůj rozklad doplnil o odborné stanovisko, doplnil své vyjádření též vybraný uchazeč. Poukazuje předně na skutečnost, že se jedná pouze o rozvedení dosavadních argumentů navrhovatele SIVRES, které do věci nevnaší nic nového a které s ohledem na množství odkazů na právní závěry právního zástupce navrhovatele SIVRES lze stěží označit za nezávislé a objektivní. Vybraný uchazeč proto trvá na tom, že navrhovatel nepodal řádné námitky, a proto jeho návrh musel být v příslušném rozsahu zamítnut; jiná interpretace § 110 odst. 3 a 5 zákona není možná. Vybraný uchazeč odmítá i námitku nezbytností energetické licence, potažmo koncese na živnost „výroba tepelné energie a rozvod tepelné energie, nepodléhající licenci, realizovaná ze zdrojů tepelné energie s instalovaným výkonem jednoho zdroje nad 50kW“ a opětovně poukazuje na to, že se s ní Úřad přesvědčivě vypořádal v napadeném rozhodnutí. Totéž lze stručně uvést i k označení předmětu veřejné zakázky CPV kódem „Jiné služby“. Co se týče požadavku na plnění veřejné zakázky vlastními zaměstnanci, upozorňuje vybraný uchazeč, že dovětek „pouze vlastními zaměstnanci“ poprvé použil navrhovatel Alfa-COM, avšak v zadávací dokumentaci se tento požadavek v takto striktní formě neobjevuje. Lze proto hovořit pouze o omezení subdodavatelského plnění, jak správně podotkl Úřad ve svém rozhodnutí. K požadavku na certifikát OHSAS uvádí vybraný uchazeč, nad rámec výše uvedeného, že z citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu nelze vyvodit závěry, které navrhovatel SIVRES a zpracovatel odborného stanoviska předestírá. Konečně k poslednímu požadavku na zajištění smluvních podmínek bankovní jistotou vybraný uchazeč uvádí, že závěr odborného stanoviska nasvědčuje tomu, že tento požadavek není v rozporu se zákonem.

22. K podaným rozkladům se vyjádřil také zadavatel, jenž se s napadeným rozhodnutím a jeho závěry rovněž plně ztotožnil a dále odkázal na svá dříve podaná vyjádření. Ohledně podaných rozkladů uvádí, že do věci nevnaší žádné nové skutečnosti a argumenty, a proto je označuje za ryze účelové.
23. Navrhovatel Alfa-COM vzal podáním ze dne 28. 7. 2010 doručeným Úřadu dne 29. 7. 2010 svůj rozklad v plném rozsahu zpět.
24. 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.

25. Po projednání rozkladů a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladech a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
26. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S8,11/2010/VZ-5502/2010/540/LZa ze dne 10. 6. 2010 rozhodl, že se správní řízení podle § 118 zákona zastavuje, a dále, pokud jde o část návrhu navrhovatele Alfa – COM, která se týká přezkoumání postupu zadavatele při stanovení požadavku na plnění části veřejné zakázky pouze vlastními zaměstnanci uchazeče, požadavku na certifikát OHSAS 18001 a zadávání veřejné zakázky jako celku pro čtyři regiony, rozhodl ve výroku druhém, že se správní řízení zastavuje podle § 114 odst. 3 zákona, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.
27. Co se týče rozkladu navrhovatele Alfa-COM, který byl tímto účastníkem řízení dne 29. 7. 2010 vzat zpět, nezbylo mi, než správní řízení o tomto rozkladu zastavit podle § 90 odst. 4 správního řádu, v návaznosti na § 91 odst. 3, § 66 odst. 1 písm. a) a § 152 odst. 4 správního řádu, námitky v tomto rozkladu vnesené tedy nebyly při přezkumu napadeného rozhodnutí vzaty do úvahy a další část odůvodnění tohoto rozhodnutí se tudíž týká pouze rozkladu podaného navrhovatelem SIVRES.

#### **V. K námitkám rozkladu**

28. K podřazení předmětu veřejné zakázky pod CPV kód „Jiné služby“ uvádím, že dle § 47 zákona má zadavatel povinnost při vymezení předmětu veřejné zakázky v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení použít klasifikaci zboží, služeb a stavebních prací podle referenční klasifikace platné pro veřejné zakázky na základě přímo použitelného předpisu Evropských společenství. Smyslem této referenční klasifikace je nejen popis předmětu veřejné zakázky, ale i sjednocení klasifikace, která umožňuje dodavatelům z různých zemí se snadněji orientovat v zadávacích řízeních uveřejněných nejen v informačním systému veřejných zakázek ale především v Úředním věstníku Evropské unie. Cílem uvedení klasifikace veřejné zakázky dle CPV kódů je identifikace veřejné zakázky dodavatelem, který má tak možnost posoudit, zda daná veřejná zakázka spadá do jeho zájmové oblasti a zda má zpracovat nabídku. Tato klasifikace je základním údajem pro vyhledávání relevantních veřejných zakázek, a proto by měl CPV kód maximálně odpovídat předmětu veřejné zakázky. Chybná klasifikace veřejné zakázky tak může mít za následek diskriminaci potenciálních uchazečů, kteří byli uvedeni v omyl právě chybným CPV kódem, přičemž u zahraničních dodavatelů je jediným srozumitelným a rozlišujícím vodítkem v databázi veřejných zakázek právě tento CPV kód. Úřad tedy správně své zkoumání zaměřil na otázku, zda byla klasifikace veřejné zakázky provedena chybně, jak opakovaně uváděl navrhovatel SIVRES ve svém návrhu a v rozkladu, a pokud ano, zda toto chybné zařazení mohlo k diskriminaci uchazečů skutečně vést.

29. Jak vyplývá ze zadávací dokumentace, zadavatel poptával služby při provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla v rozsahu povinnosti obsluhy. Tento předmět veřejné zakázky zadavatel podřadil pod CPV kód s č. 9839000-3 „Jiné služby“. Jak vyplývá z jednotné referenční klasifikace, neexistuje žádný CPV kód, který by plně vystihoval předmět plnění veřejné zakázky tak, jak byl vymezen v zadávacích podmínkách; tuto skutečnost přitom nelze klást zadavateli k tíži. Nelze přímo říci, že by CPV kód „Jiné služby“ představoval jakousi „univerzální sběrnou kategorii“, kterou lze využít vždy, pokud neexistuje žádný CPV kód, který by přesně popisoval poptávaný předmět plnění, jak se pokusil v napadeném rozhodnutí naznačit orgán dohledu, a lze současně připustit, že zadavatel mohl zvolit i jiný CPV kód, kterým by se poptávanému předmětu plnění mohl přiblížit více. Mám nicméně zato, že veřejná zakázka byla určena pro poměrně široký okruh dodavatelů, a to nejen dodavatelů, kteří podnikají v oblasti výroby a rozvodu tepelné energie, a proto bylo ve svém důsledku pro dodavatele výhodnější, byl-li předmět plnění zařazen do méně specializované kategorie služeb, jejichž výkon není podmíněn zvláštními odbornými předpoklady. Nedošlo tedy k omezení okruhu potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, jak se navrhovatel SIVRES domnívá, naopak účast v zadávacím řízení byla umožněna širšímu okruhu dodavatelů.
30. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel neporušil ustanovení § 47 zákona. Pro úplnost dodávám, že žádný z navrhovatelem SIVRES zmiňovaných CPV kódů nepředstavuje přesvědčivou alternativu ke zvolenému CPV kódu „Jiné služby“, neboť žádný z nich nevystihuje předmět plnění o nic výstižněji (v podrobnostech plně odkazují na bod 27. napadeného rozhodnutí, v němž se orgán dohledu této otázce podrobněji věnoval). Na rozdíl od navrhovatele SIVRES se přikláním k závěru orgánu dohledu, že všechny navrhované alternativní CPV kódy, právě s ohledem na jejich specifickou a méně běžnou zaměření, mohly paradoxně k omezení okruhu potenciálních dodavatelů vést spíše než podřazení poptávaných služeb pod obecnější kategorii „Jiné služby“. Závěr orgánu dohledu o zastavení správního řízení tak nelze než potvrdit.
31. V podaném rozkladu vznáší dále navrhovatel SIVRES řadu námitek procesního charakteru. Řada z nich míří přímo do způsobu vedení správního řízení a k rozsahu, v jakém je povinen Úřad postup zadavatele přezkoumat, resp. do jaké míry je omezen pouze obsahem návrhu. Z napadeného rozhodnutí nevyplývá, že by Úřad popřel princip rozhodování nad rámec návrhu z moci úřední tak, jak byl opakovaně potvrzen platnou judikaturou vrcholných soudních instancí. Je ale třeba vždy zkoumat, zda jsou k takovému postupu dány důvody, přičemž ale nelze (teoreticky i prakticky) vyloučit situaci, kdy orgán dohledu žádné pochybení nad rámec (přípustné části) návrhu neshledá. Tak tomu také bylo v přezkoumávaném případě, kdy se Úřad, ačkoli s ohledem na nepřijatelnost (části) návrhu vůbec nebyl povinen se některými otázkami věcně zabývat, uvedl stručný, avšak z mého pohledu dostačující komentář v části odůvodnění napadeného rozhodnutí, která se týkala důvodů pro zastavení správního řízení ve věci návrhu navrhovatele Alfa-COM. Pokud důvody pro přezkoumání postupu zadavatele z moci úřední dány nejsou, plně postačí, když orgán dohledu své stanovisko vyjádří v části odůvodnění rozhodnutí, která se týká nepřijatelnosti návrhu.

32. Co se týče odmítnutí žádosti navrhovatele SIVRES o nahlédnutí do části spisu, s odkazem na § 38 odst. 6 správního řádu uvádím, že z nahlížení do spisu jsou vyloučeny jeho části, které obsahují utajované informace nebo skutečnosti, na něž se vztahuje zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti; to neplatí o částech spisu, jimiž byl nebo bude prováděn důkaz, do takových částí spisu však může nahlížet pouze účastník řízení nebo jeho zástupce za předpokladu, že jsou předem seznámeni s následky porušení povinnosti mlčenlivosti o těchto skutečnostech a že o poučení je sepsán protokol, který podepíší. Obchodní tajemství je nepochybně „utajovanou informací“, se kterou citované ustanovení počítá. Navíc navrhovatel SIVRES nemohl být z hlediska své pozice ve správním řízení nikterak poškozen tím, že mu byl do části spisu, obsahující obchodní tajemství (nabídku vybraného uchazeče), přístup odepřen. Ze způsobu, jakým byly jeho námitky formulovány, bylo zřejmé, že má pochybnosti o tom, zda vybraný uchazeč splnil požadovanou kvalifikaci, a tedy Úřadu, který je povinen postupovat v souladu s § 3 správního řádu, muselo být zřejmé, jakým směrem má v přezkoumávaném případě zaměřit svou pozornost a jak vést dokazování. Preciznější formulace rozkladových či návrhových námitek, o kterou podle svých slov navrhovatel SIVRES nahlédnutím do spisu usiloval, by nemohla mít vliv na provedené šetření a jeho výsledek.
33. K námitkám směřujícím proti nedodržení desetidenní lhůty podle § 61 odst. 2 správního řádu pro rozhodnutí o návrhu na vydání předběžného opatření, stejně jako třicetidenní lhůty podle § 71 správního řádu pro vydání rozhodnutí ve věci samé, uvádím, že vzhledem k absentující sankci za jejich překročení se jedná pouze o lhůty pořádkové (pro úplnost dodávám, že použití institutu opatření proti nečinnosti podle § 80 správního řádu je omezeno na nečinnost správního orgánu při rozhodování ve věci samé). Důsledky nedodržení lhůty podle § 61 odst. 2 a § 71 správního řádu kromě toho nelze ani v případě předběžného opatření, ani v případě meritorního rozhodnutí, které již vydáno (byť opožděně) bylo, jakkoli zhojit.
34. Co se týče návrhu na provedení ústního jednání, uvádím, s odkazem na § 49 odst. 1 správního řádu, že toto ústní jednání správní orgán provede v případě, kdy je to nezbytné ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků. Z doplnění rozkladu nevyplývá, jaké okolnosti by mohly být při ústním jednání zjištěny nad rámec těch, které by bylo možné zjistit během jednání písemného. Všechny nové skutečnosti, důkazy a argumenty, které navrhovatel SIVRES v doplnění svého rozkladu nově vznesl, jasně vyplývají již z předložených listin, stejně jako postoje jednotlivých účastníků řízení a dalších subjektů jsou z těchto písemných vyjádření patrné. Není ani zřejmé, v čem konkrétně je ústní jednání k uplatnění práv účastníků řízení nezbytné; pouhá zmínka o tom, že ústní jednání zaručí, že se Úřad při posuzování věci neodchýlí od jádra sporu, nelze jako důvod akceptovat, neboť správné uchopení podstaty věci je bezpochyby možné i v řízení písemném. Vzhledem k tomu, že konkrétní přínos ústního jednání je v tomto případě přinejmenším sporný, neshledal jsem důvod pro postup podle § 49 odst. 1 správního řádu. Závěrem upozorňuji, že § 49 odst. 4 správního řádu počítá s vydáním usnesení jen v případech, kdy účastník řízení žádá, aby bylo ústní jednání veřejné. O nařízení ústního jednání, které by probíhalo veřejně, však navrhovatel SIVRES v doplnění rozkladu neusiloval, a tedy jsem neshledal ani důvody pro vydání usnesení podle § 49 odst. 4 správního řádu.

35. Ve vztahu k otázce potřebného živnostenského oprávnění jsem toho názoru (který se shoduje s vyjádřením vybraného uchazeče), že předmětem uzavřené smlouvy není převod práv k výrobě, rozvodu a dodávání tepelné energie, ale pouze obsluha zařízení, bez postoupení užívacích práv. Vybraný uchazeč nebere z provozu zařízení užítky, tj. tepelnou energii, ale pouze inkasuje odměnu za obsluhu uvedeného zařízení. Provozovatelem zařízení zůstává zadavatel, a proto požadavek na splnění kvalifikace formou dispozice koncesí na předmětnou činnost není opodstatněný, jelikož se jedná o běžnou činnost, na níž není navrhovatelem SIVRES zmiňovaná koncesovaná živnost na „výrobu tepelné energie a rozvod tepelné energie, nepodléhající licenci, realizovanou ze zdrojů tepelné energie s instalovaným výkonem jednoho zdroje nad 50 kW“ zapotřebí. Z uvedeného důvodu není na místě hovořit o zvýhodnění vybraného uchazeče a diskriminačním postupu zadavatele.
36. Ke stanovisku Ministerstva průmyslu a obchodu, které bylo předloženo v doplnění rozkladu ze dne 27. 12. 2010, uvádím, že ministerstvo nezohlednilo skutečnost, že vybraný uchazeč nebere z provozu zařízení užítky, ale pouze inkasuje odměnu za obsluhu uvedeného zařízení, a že provozovatelem zařízení zůstává zadavatel. Pro úplnost dodávám, že přestože závěr Ministerstva průmyslu a obchodu se liší od závěru orgánu dohledu, samotné ministerstvo upozornilo, že se jedná pouze o jeho právní názor, který není nijak závazný; závazný výklad zákona náleží pouze soudu. Taktéž názor médií na postup zadavatele je z pohledu správního řízení irelevantní.
37. K požadavku na plnění části veřejné zakázky pouze vlastními zaměstnanci uchazeče, konstatuji, že se jednalo pouze o část předmětu veřejné zakázky (obsluhu a údržbu a nikoliv např. o kontrolu chodu zařízení), a proto tímto požadavkem zadavatel omezil pouze částečně subdodavatelské plnění, což § 44 odst. 6 zákona umožňuje. V případě zařazení požadavku na certifikát OHSAS 18001 do obchodních podmínek uvádím, že závěry z předmětného rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 8. 2007, č. j. 7 Afs 27/2007-707, je nezbytné chápat v jeho celkovém kontextu. Na rozdíl od navrhovatele SIVRES jsem v citovaném rozsudku nenašel jednoznačný a obecně platný závěr o tom, že požadavek na certifikát OHSAS je nutno vždy stíhat nápravným opatřením. Dle názoru Úřadu, který jsem shledal jako správný, nemělo zařazení požadavku na certifikát OHSAS 18001 do obchodních podmínek vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Co je však podstatnější, Úřad správní řízení o návrhu v této části zastavil, jelikož předmětná námitka byla podána opožděně. Pokud jde o požadavek na zajištění závazku ve formě bankovní záruky, a to nad rámec jistoty ve smyslu § 67 zákona, upozorňuji, že zpracovatel odborného stanoviska dospěl k odlišnému právnímu názoru než navrhovatel SIVRES v podaném rozkladu, tj. v požadavku na bankovní záruku vedle jistoty ve smyslu § 67 zákona neshledal porušení zákona, neboť oba instituty se uplatňují v jiných fázích zadávacího řízení. Z uvedeného důvodu považuji tuto námitku za irelevantní. Další výhradu, která se poprvé objevuje až v doplnění podaného rozkladu, že vybraný uchazeč předložil nepravdivé reference týkající se jeho kvalifikace, je nutno odmítnout, neboť námitky podané v průběhu zadávacího řízení navrhovatelem SIVRES ve smyslu § 110 zákona vůči této skutečnosti nebyly uplatněny.

38. K poslednímu doplnění rozkladu ze strany navrhovatel SIVRES uvádím, že i s ohledem na všechny argumenty uvedené již dříve v odůvodnění tohoto rozhodnutí, se nepřikláním k právnímu závěru uvedenému v odpovědi pracovníka Evropské komise na dotaz navrhovatele SIVRES. Ostatně i v tomto podkladu je uvedeno, že bez znalostí přesných skutkových okolností daného případu nelze k němu zaujmout spolehlivé stanovisko a i tento dokument hovoří o sporné problematice výlučně v teoretické rovině, protože jsem jej neshledal natolik přesvědčivým, aby vyvrátil všechny závěry shora učiněné.
39. Konečně námitku týkající se údajného vyhlášení jiného zadávacího řízení na týž předmět veřejné zakázky a v této souvislosti vzniklého podezření navrhovatele SIVRES, že zadavatel porušil ust. § 84 odst. 6 zákona, když před zrušením zadávacího řízení vyhlásil zadávací řízení jiné s obdobným předmětem plnění, je rovněž třeba odmítnout. Ustanovení § 84 odst. 6 zákona se totiž vztahuje výhradně na postup zadavatele při zrušení zadávacího řízení a striktně upravuje podmínky pro tento úkon, přičemž však v daném případě otevřené zadávací řízení nejen že nebylo zrušeno, nýbrž na realizaci veřejné zakázky byla i uzavřena smlouva s vybraným uchazečem. Z uvedeného plyne, že aplikace citovaného ustanovení zákona není ve vztahu k argumentaci navrhovatele SIVRES na místě.

#### **VI. Závěr**

40. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu navrhovatele SIVRES. Co se týče rozkladu navrhovatele Alfa-COM, ten byl vzat zpět, a proto mi nezbývalo, než o něm správní řízení zastavit.
41. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

### **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží:**

1. Správa vojenského bytového fondu Praha, p. o., U Prioru 1047/8, 161 00 Praha
2. Doc. JUDr. Ing. Radek Jurčík, Ph.D., Čápkova 44, 602 00 Brno
3. Mgr. Ondřej Lakomý, Kobližná 19, 602 00 Brno
4. Mgr. Tomáš Rydvan, Truhlářská 13-15, 110 00 Praha

**Vypraveno dne:**

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