

Toto rozhodnutí a rozhodnutí předsedy ÚOHS č.j. R215/2007/02-09506/2008/310-Hr ze dne 12.5.2008 nabyla právní moci dne 16.5.2008.

Č. j.: S305/2006-19756/2007/510-če

V Brně dne 5. listopadu 2007

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 94 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., ve správním řízení zahájeném dne 20.10.2006 podle § 96 téhož zákona na návrh ze dne 18.10.2006, jehož účastníky jsou:

- statutární město Brno – městská část Brno-střed, IČ 44992785, se sídlem Dominikánská ulice 2, 601 69 Brno, zastoupená Mgr. Michalem Bortelem, starostou, v zadávacím i ve správním řízení zastoupená na základě mandátní smlouvy č. 1318/2006 ze dne 5.6.2006 společností RTS, a. s., IČ 255 33 843, se sídlem Lazaretní 13, 615 00 Brno, za niž jedná Ing. Petr Vrbka, jako zadavatel,
- .A.S.A., spol. s r. o., IČ 458 09 712, se sídlem Ďáblická 791/89, 182 00 Praha, za niž jedná Ing. Petr Vokřál a Ing. Arnošt Kastner, jednatelé, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 11.1.2006 JUDr. Tomášem Vrchlabským, advokátem, se sídlem Balbínova 30, 120 00 Praha, jako zájemce o veřejnou zakázku a navrhovatel,
- ŠIMEK 96, spol. s r. o., IČ 645 09 931, Herčíkova 17, 612 00 Brno, za niž jedná Ing. Roman Šimek, jednatel, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 11.6.2007 JUDr. Richardem Tománkem, advokátem, se sídlem AK Hlinky 142a, 603 00 Brno, uchazeč, kterému byla veřejná zakázka přidělena,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Údržba čistoty a zimní údržba místních komunikací správního území MČ Brno-střed, lokalita Veveří – Trnitá“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 31.5.2006 pod ev.č. VZ 50022400 a v Úředním věstníku Evropské unie pod ev.č. 2006/S104-111558 dne 2.6.2006, rozhodl podle § 101 výše citovaného zákona o veřejných zakázkách **takto:**

I.

Zadavatel statutární město Brno – městská část Brno-střed, při zadávání veřejné zakázky „Údržba čistoty a zimní údržba místních komunikací správního území MČ Brno-střed, lokalita Veveří – Trnitá“ nesplnil povinnost stanovenou v § 39 odst. 2 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když neodmítl zájemce ŠIMEK 96, spol. s r. o., Brno, PET group, a. s., Brno, a PARK, v. o. s., Brno, kteří podali žádost o účast v předmětném užším řízení a nesplnili kvalifikaci. Tento úkon zadavatele podstatně ovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť nabídka uchazeče ŠIMEK 96, spol. s r. o., Brno, byla zadavatelem vybrána jako nabídka s nejnižší nabídkovou cenou, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako

opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 101 odst. 1 citovaného zákona o veřejných zakázkách **ruší**:

- rozhodnutí zadavatele ze dne 16.8.2006 o odmítnutí zájemců vzhledem k omezení počtu v užším řízení,
- rozhodnutí zadavatele ze dne 14.9.2006, kterým zadavatel uchazeči ŠIMEK 96, spol. s r. o., Brno, přidělil předmětnou veřejnou zakázku.

II.

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., a podle § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, se zadavateli statutární město Brno – městská část Brno-střed ukládá uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč (slovy jeden tisíc korun českých). Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 3050615001.

Odůvodnění

Statutární město Brno – městská část Brno-střed, IČ 44992785, se sídlem Dominikánská ulice 2, 601 69 Brno, zastoupená Mgr. Michalem Bortelem, starostou, ve správním řízení zastoupená na základě mandátní smlouvy č. 1317/2006 ze dne 5.6.2006 společností RTS, a. s., IČ 255 33 843, se sídlem Lazaretní 13, 615 00 Brno, za niž jedná Ing. Petr Vrbka (dále jen „zadavatel“), uveřejnila podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), na centrální adrese dne 31.5.2006 pod ev.č. VZ 50022400 a v Úředním věstníku Evropské unie pod ev.č. 2006/S104-111558 dne 2.6.2006 v oznámení užšího zadávacího řízení úmysl zadat nadlimitní veřejnou zakázku „Údržba čistoty a zimní údržba místních komunikací správního území MČ Brno-střed, lokalita Veveří – Trnitá“.

Pozn. Podle přechodného ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., který nabyl účinnosti dnem 1.7.2006, se zadávání veřejných zakázek, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Podle odst. 2 se v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a v řízení o uložení sankce, která byla zahájena po nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek podle odst. 1 navazují, postupuje podle dosavadních právních předpisů.

Jako kritérium pro zadání veřejné zakázky stanovil zadavatel nejnižší nabídkovou cenu a současně omezil počet zájemců na 5, přičemž kritériem pro omezení počtu zájemců stanovil los. Jak vyplývá z dokumentace o zadání veřejné zakázky (dále jen „dokumentace“), zadavatel ve lhůtě pro podání žádostí o účast obdržel 16 žádostí. Zadavatel následně provedl výběr ze zájemců, kteří všichni splnili kvalifikaci, losem. Z „Protokolu o výběru zájemců při omezení jejich počtu“ ze dne 10.8.2006 vyplývá, že průběhu losování byl přítomen také notář, který osvědčil průběh losování notářským zápisem č. NZ 666/2006, jež je nedílnou součástí protokolu. Jako zájemci, kteří byli vyzváni k podání nabídek, byli vylosováni:

- ŠIMEK 96, spol. s r. o., Herčíkova 17, 612 00 Brno,
- FALCON, spol. s r. o., Komenského 558, 697 01 Kyjov,
- PARK, v. o. s., , Košínova 103, 612 00 Brno,
- INGE Brno, s. r. o., Hviezdoslavova 41, 627 00 Brno,
- Ing. Miroslav Krčál, Prusinovského 816, 664 42 Modřice.

Účast zbývajících zájemců v zadávacím řízení zadavatel rozhodnutím ze dne 16.8.2006 odmítl. Ve lhůtě stanovené pro podání nabídek zadavatel obdržel 4 nabídky. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 13.9.2006, hodnotící komise po posouzení nabídkových cen ve smyslu § 61 zákona, seřadila nabídky podle výše nabídkové ceny s tím, že jako nabídku s nejnižší nabídkovou cenou předložil uchazeč ŠIMEK 96, spol. s r. o., Brno. Zadavatel rozhodnutím ze dne 14.9.2006 přidělil veřejnou zakázku jmenovanému uchazeči.

Proti domnělému porušení zákona zadavatelem podala společnost .A.S.A., spol. s r. o., IČ 458 09 712, Dáblická 791/89, 182 00 Praha, za níž jedná Ing. Petr Vokřál a Ing. Arnošt Kastner, jednatelé, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 11.1.2006 JUDr. Tomášem Vrchlabským, advokátem, Balbínova 30, 120 00 Praha (dále jen „navrhovatel“), dopisem ze dne 22.9.2006 námitky, kterým zadavatel nevyhověl. Uvedenou skutečnost sdělil navrhovateli dopisem ze dne 9.10.2006, který ho převzal dne 12.10.2006. Navrhovatel následně dopisem ze dne 18.10.2006 podal u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) návrh na přezkoumání úkonů zadavatele a uhradil dne 18.10.2006 na účet Úřadu správní poplatek. Navrhovatel v návrhu napadl dva momenty zadávacího řízení, a to:

A) Zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil jako kritérium pro prokazování technické způsobilosti požadavek na doložení seznamu obdobných služeb v posledních třech letech, s limitem nejméně 1 zakázka na zimní údržbě komunikací v rozsahu min. 48 km. Navrhovatel již v námitkách zpochybnil technickou způsobilost týkající se zimní údržby u zájemců ŠIMEK 96, spol. s r. o., Brno, Technické služby Hustopeče, s. r. o., Hustopeče, PET group, a . s., Brno, FALCON, spol. s r. o., Kyjov, a PARK, v. o. s., Brno (dále jen „ŠIMEK, TS Hustopeče, PETgroup, FALCON a PARK“), neboť podle jeho znalostí tyto subjekty nikdy zimní údržbu komunikací v požadovaném rozsahu neprováděly. Pokud předložily doklady osvědčující tuto skutečnost, nemohly být zřejmě reálné a zadavatel je měl ověřit. Zadavatel k námitkám pouze uvedl, že vycházel z obsahu podaných žádostí. Podle názoru navrhovatele je však zadavatel povinen zkoumat nejen formální správnost listin, ale posuzovat věcně i jejich obsah. Tím by muselo dojít k omezení počtu zájemců z důvodů jejich nezpůsobilosti, a šance při losování by byla pro navrhovatele podstatně vyšší. Navrhovatel, shodně s námitkami, uvádí u jmenovaných zájemců vlastní údaje, ze kterých vyvozuje, že nemohli splnit technickou způsobilost dle požadavků zadavatele pro zimní údržbu komunikací. Na základě těchto údajů vyvozuje navrhovatel v souvislosti s hodnocením kvalifikace porušení § 38, resp. § 39 zákona zadavatelem.

B) Zadavatel stanovil jako kritérium pro omezení počtu zájemců v užším řízení los. Zadavatel současně zadává 4 veřejné zakázky na údržbu čistoty a zimní údržbu komunikací ve 4 lokalitách. Zadávací podmínky jsou totožné a žádost o účast podalo 16 stejných zájemců. Ve všech těchto zadávacích řízeních provedl omezení počtu zájemců losem, přičemž ve všech losováních byla neúspěšná stejná skupina zájemců v počtu 9 ze 16 zúčastněných. Zájemci ŠIMEK a FALCON uspěli v každém ze 4 losování, zájemci AVE CZ a TS Hustopeče pak ve 3 losováních. Na základě této skutečnosti nechal navrhovatel zpracovat „Matematicko statistickou analýzu výsledků 1. kola výběrového řízení“ pracovníky Matematicko-fyzikální fakulty UK v Praze. Analýza podle jeho názoru potvrdila, že „statisticky nemohlo proběhnout losování korektně, když pravděpodobnost, že by výsledek losování byl takový, jaký vykazuje zadavatel, činí pouze 6 miliontin a tento výsledek odmítá hypotézu korektního losování se spolehlivostí 99,9994 %. Analýza byla provedena za různých předpokladů možných výsledků, přičemž ve všech případech potvrdila, že korektnost losování je vyloučena se spolehlivostí 99,9 %“. Z analýzy navrhovatel vyvozuje, že losování

neproběhlo korektně, a to buď tím, že do osudí nebyly vloženy „losovací lístky neprivilegovaných zájemců“ anebo byly „losovací lístky“ nějak označeny. Podle názoru navrhovatele to bylo umožněno tím, že losování bylo neveřejné. Případné ověření losování formou notářského zápisu může podle názoru navrhovatele potvrdit některou z nekorektností v losování.

Na základě výše uvedeného navrhovatel požaduje, aby bylo rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, resp. celé zadávací řízení, zrušeno. Současně požaduje, aby byl předběžným opatřením zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu.

Dnem 20.10.2006, kdy orgán dohledu návrh obdržel, bylo podle § 96 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu. Účastníky správního řízení jsou podle § 99 zákona:

- zadavatel,
- navrhovatel,
- ŠIMEK 96, spol. s r. o., IČ 645 09 931, Herčíkova 17, 612 00 Brno, za niž jedná Ing. Roman Šimek, jednatel, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 11.6.2007 JUDr. Richardem Tománkem, advokátem, se sídlem AK Hlinky 142a, 603 00 Brno, uchazeč, kterému byla veřejná zakázka přidělena (dále jen „ŠIMEK“).

Orgán dohledu rozhodnutím č.j. S305/2006-18943/2006/510-če ze dne 25.10.2006, které nabylo právní moci dne 14.11.2006, zadavateli uložil předběžné opatření zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

Zadavatel ve stanovisku ze dne 31.10.2006 k návrhu uvedl, že přezkoumáním podaných žádostí zjistil, že zájemci, jejichž kvalifikace je v návrhu napadána, technickou způsobilost prokázali. K námitce, že údaje neověřil uvádí, že podle § 39 zákona je zadavatel povinen kvalifikaci hodnotit, ale v zákoně není stanovena povinnost údaje z předložených listin ověřovat. Zadavatel ze zákona tedy nemá možnost vyjasnění kvalifikace požadovat. Zadavatel dále poukazuje na to, že kromě navrhovatele podaly žádost o účast i další tři subjekty, u nichž lze předpokládat provázanost s navrhovatelem. Zadavatel se domnívá, že navrhovatel chtěl takto získat výhodu. K průběhu losování zadavatel uvádí, že výkonem zadavatelských činností byla pověřena společnost RTS, a. s., Brno, která organizačně zabezpečila průběh výběru zájemců pomocí vícečlenné komise (každý člen učinil čestné prohlášení o nepodjatosti) za přítomnosti notáře. To je doloženo protokolem o výběru zájemců při omezení jejich počtu a notářským zápisem, osvědčujícím průběh výběru zájemců. Zadavatel zadával současně 4 obdobné zakázky, přičemž výběr zájemců proběhl ve 2 fázích z důvodu velkého počtu žádostí. Výběrová komise nebyla zcela totožná a v každé fázi byl přítomen jiný notář. Matematická analýza nemůže se stoprocentní jistotou dosažený výsledek vyloučit.

Navrhovatel v dopise ze dne 21.11.2006 uvedl, že každá ze společností skupiny .A.S.A. je samostatný právní subjekt, oprávněný podat nabídku. K výběru zájemců uvedl, že popis losování a odkaz na obsah protokolů pouze potvrzuje, že losování neproběhlo korektně. Podstatu vidí v tom, že žetony, jejichž pomocí bylo losováno, byly označeny pořadovými čísly. Jestliže losující osoba losuje pomocí žetonů, na kterých jsou čísla, odpovídající konkrétním zájemcům, pak má možnost podle čísla žetonu zvolit koho vylosuje.

Uchazeč ŠIMEK požádal o možnost nahlédnout do spisu, což mu bylo umožněno dne 23.11.2006, viz protokol o nahlížení založený ve spisu.

Navrhovatel v dopise ze dne 24.11.2006 označeném jako „návrh na provedení důkazu“ uvedl, že zájemci TS Hustopeče a PARK byli v předcházejících veřejných zakázkách se stejným plněním zadavatelem vyloučeni pro nesplnění kvalifikace. Proto navrhl, aby orgán dohledu záležitost přezkoumal na základě materiálu, který má zadavatel k dispozici v souvislosti se zadáním předchozích veřejných zakázek na obdobné služby.

V souvislosti s ověřením průběhu losování požádal orgán dohledu dopisem ze dne 24.11.2006 notářského kandidáta Mgr. Andreou Hrabánkovou, přítomnou při losování o vyjádření, zda při losování nemohlo dojít k situaci, kdy by losující osoba měla možnost zjistit jaká čísla při losování vybírá. Mgr. Hrabánková odpověděla v této věci dopisem ze dne 30.11.2006, jehož obsah je uveden dále v části II. odůvodnění. Se stanoviskem notáře seznámil orgán dohledu dopisem ze dne 5.12.2006 účastníky řízení.

Navrhovatel ve stanovisku ze dne 14.12.2006 konstatoval, že vyjádření notáře na osvětlení způsobu losování nic nemění, neboť neuvádí žádné další rozhodné okolnosti. Jedná se pouze o úvahy, které nemohou být považovány za důkaz. Z notářského zápisu je zřejmé, že do „losovacího poháru“ byly vloženy žetony s čísly, která mohl losující vidět a podle nich vybírat uchazeče. Navrhovatel proto trvá na své námitce, že losujícímu v popsané situaci postačovalo pohledem kontrolovat, jaká čísla při losování vybírá. V ostatním odkazuje navrhovatel na svá předchozí vyjádření, na kterých trvá.

Vzhledem k tomu, že nepovažoval sdělení notáře za dostatečné, orgán dohledu notáře předvolal k podání svědecké výpovědi. Dne 20.12.2006 provedl orgán dohledu protokolárně výslech svědka, jeho obsahem se orgán dohledu zabývá podrobně v části II. odůvodnění. S výsledkem výslechu seznámil orgán dohledu dopisem ze dne 20.12.2006 účastníky řízení.

Po přezkoumání případu vydal orgán dohledu rozhodnutí ve věci č.j. S305/2006-801/2007/510-če ze dne 11.1.2007 (dále jen „rozhodnutí orgánu dohledu“), kterým podle § 101 odst. 5 zákona správní řízení o přezkoumání úkonů zastavil, neboť neshledal porušení zákona. Proti tomuto rozhodnutí podal navrhovatel dopisem ze dne 26.1.2007 rozklad.

Po projednání rozkladu předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže rozhodnutím č.j. R039/2007/02-13087/2007/310-Hr ze dne 18.7.2007, které nabylo právní moci dne 23.7.2007 (dále „předseda Úřadu“ a „rozhodnutí předsedy Úřadu“), rozhodnutí orgánu dohledu zrušil a věc vrátil k novému projednání. K odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu viz dále v částech I. a II. odůvodnění. Podle § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“), je orgán dohledu právním názorem vysloveným v rozhodnutí předsedy Úřadu při novém projednání věci vázán.

Orgán dohledu po vrácení věci k novému projednání, dopisem ze dne 30.7.2007 vyrozuměl účastníky řízení o jeho pokračování. Současně jim usnesením z téhož dne stanovil lhůty pro vyjádření se k podkladům pro rozhodnutí.

Navrhovatel dopisem ze dne 13.8.2007 navrhl provedení nových důkazů, a to ve věci ověření referencí předložených v žádostech o účast zájemci PETgroup, TS Hustopeče a FALCON. Vzhledem k tomu, že ověření reference provedené v rámci řízení o rozkladu vůči zájemci PETgroup u objednatele Městská část Brno-sever, nebylo vztaženo přímo na tohoto dodavatele, resp. reference zájemců TS Hustopeče a FALCON nebyly v rámci řízení o rozkladu ověřeny vůbec, provedl orgán dohledu, neboť považoval za nutné zjistit všechny

rozhodné okolnosti, týkající se šetřeného případu, ve smyslu § 50 odst. 3 správního řádu, v této věci další šetření (viz dále část I. odůvodnění).

Pozn. Orgán dohledu současně s tímto správním řízením vede na návrh navrhovatele další tři správní řízení pod č.j. S304/2006, S306/2006 a S307/2006, a to ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejných zakázkách „Údržba čistoty a zimní údržba místních komunikací správního území MČ Brno-střed, lokalita Historické jádro“, „Údržba čistoty a zimní údržba místních komunikací správního území MČ Brno-střed, lokalita Staré Brno – Štýřice“ a „Údržba čistoty a zimní údržba místních komunikací správního území MČ Brno-střed, lokalita Masarykova čtvrť – Staré Brno“, majících věcně obdobný předmět plnění (liší se pouze lokalitou zadávané služby) a stejný okruh zájemců. Rovněž předmět šetření orgánu dohledu je ve všech těchto správních řízeních prakticky stejný, tedy posouzení technické způsobilosti zájemců Šimek, TS Hustopeče, PETgroup, FALCON a PARK, resp. průběh losování zájemců za účelem omezení jejich počtu.

Uchazeč ŠIMEK ve stanovisku ze dne 14.8.2007 namítá, že předseda Úřadu při rozhodování vycházel ze dvou důkazů, které prokazovaly, že uchazeč prováděl zimní údržbu komunikací pro Vojenskou ubytovací a stavební správu Brno (VUSS Brno), a to z potvrzení tohoto subjektu ze dne 31.8.2005 a smluv ze dne 1.1.2003 a 21.1.2003 a dále z obsahu dopisu VUSS Brno ze dne 29.6.2007, nepopírajícího, že uchazeč ŠIMEK prováděl pro VUSS Brno zimní údržbu komunikací, ale v jiném rozsahu než je uvedeno v potvrzení ze dne 31.8.2005. Podle názoru uchazeč tak předseda Úřadu bez jakékoliv úvahy či logických argumentů „nadřadil“ obsah dopisu VUSS Brno ze dne 29.6.2007 všem ostatním důkazům. V této souvislosti uchazeč cituje z rozhodnutí Ústavního soudu ČR sp.zn. III. ÚS 299/06, poukazujícím na nutnost kritického zkoumání obsahu znaleckého posudku v rámci důkazních prostředků. Uchazeč dále namítá, že pokud není známo v jaké logice byly přepočteny metry čtvereční na kilometry pro účely vyjádření VUSS Brno ze dne 29.6.2007, pak se nemůže v této věci vyjádřit a proto je tento důkaz pro další řízení nepoužitelný. Uchazeč předpokládá, že VUSS Brno bude v této souvislosti znovu požádána o sdělení jak k údajům uvedeným v dopise ze dne 29.6.2007 dospěla.

Navrhovatel požádal o možnost nahlédnout do spisu správního řízení, což mu bylo umožněno dne 3.10.2007 (viz protokol o nahlížení, založený ve spisu správního řízení).

Po skončení dalšího šetření ve věci věcného ověření referencí zájemců o veřejnou zakázku, seznámil orgán dohledu s jeho výsledkem dopisem ze dne 5.10.2007 účastníky řízení a adekvátně jim prodloužil lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

Zadavatel v dopise ze dne 10.10.2007 uvedl, že ke skutečnostem zjištěným orgánem dohledu nemá žádné relevantní informace. Zadavatel opakovaně uvádí, že v zákoně nenalezl žádné ustanovení, které by mu umožňovalo kontrolovat věcný obsah předložených referencí, pokud jsou řádně doloženy. Pochybnosti vyslovené navrhovatelem v této věci pokládal pouze za součást konkurenčního boje. Zadavatel nemá žádnou zákonnou možnost a pravomoc domáhat se vyjádření třetích subjektů a jakékoliv jiné než písemné ověření je v případě zadávacího řízení irelevantní. Zadavatel orgán dohledu proto žádá, aby při rozhodování vzal tuto věc v úvahu.

Navrhovatel v dopise ze dne 16.10.2007 k výsledkům šetření orgánu dohledu uvedl následující (pozn. pro vysvětlení věcných souvislostí – navrhovatel v tomto dopise navazuje na údaje o výsledcích šetření orgánu dohledu, podrobně rozvedené v části I. odůvodnění na str. 10 až 12 tohoto rozhodnutí):

- Sdělení MČ Brno-sever potvrzuje námitku navrhovatele, že zájemce PETgroup nesplnil kvalifikaci a proto měl být zadavatelem vyloučen z dalšího řízení.
- Ke sdělení města Hustopeče navrhovatel uvádí, že město Hustopeče sice není účastníkem řízení, ale podle jeho názoru mělo na dotaz orgánu dohledu povinnost odpovědět (viz § 35 a násl. správního řádu). Na základě sdělení města Hustopeče navrhovatel vyvozuje, že názor předsedy Úřadu, uvedený v rozhodnutí o rozkladu, týkající se objektivního a neovlivněného sdělení veřejnoprávního vlastníka společnosti, je pochybný, když ani veřejnoprávní vlastník nemá přehled o činnosti společnosti, které je výhradním vlastníkem. Navrhovatel trvá na provedení důkazu v jakém rozsahu prováděla společnost TS Hustopeče subdodávky pro společnost EKOLTES, a navrhuje v této věci znovu vyzvat vlastníky těchto společností, aby bylo možno s konečnou platností rozhodnout, zda společnost TS Hustopeče splnila kvalifikaci. V případě, že rozhodné skutečnosti není možno zjistit provedením dotazu u veřejnoprávních osob, je nutno rozhodné skutečnosti zjistit jakýmkoli jiným přípustným způsobem, tj. i provedením dotazu u soukromoprávního subjektu, neboť bez zjištění takových rozhodných skutečností není možno ve věci rozhodnout. Ke sdělení společnosti EKOLTES navrhovatel uvádí, že považuje za podivné, že tato společnost není schopna specifikovat jaké činnosti a v jakém rozsahu prováděla společnost TS Hustopeče v rámci smluvních subdodavatelských vztahů. Není potom jasné, jak proběhlo plnění subdodavatelské smlouvy, tj. provedení služeb a následná fakturace a úhrada provedených služeb. O všech těchto skutečnostech jsou přitom obě společnosti povinny vést záznamy a po příslušnou dobu je uchovávat. Stejnou námitku navrhovatel vztahuje i ke sdělení společnosti EKOLTES, týkající se nedostatku podkladů pro bližší specifikaci veřejných prostranství. Z uvedených důvodů proto není zřejmé v jakém rozsahu prováděla společnost TS Hustopeče subdodávky pro společnost EKOLTES, a nelze tak splnění kvalifikace ověřit. Navrhovatel proto navrhuje opakovat dotaz na společnost EKOLTES, týkající se rozsahu subdodávek společnosti TS Hustopeče, aby bylo jasné, zda společnosti TS Hustopeče splnila kvalifikaci.
- Ke sdělení společnosti AVE CZ navrhovatel uvádí, že jmenovaný subjekt dotaz orgánu dohledu ve věci potvrzení, resp. ověření referencí společnosti FALCON, nesprávně pochopil jako výzvu k zaslání potvrzení vydané reference, avšak bez konkrétních údajů, ze kterých by bylo zřejmé, zda společnost FALCON splnila kvalifikaci. Navrhovatel trvá na opětovném provedení důkazu a navrhuje vydat znovu usnesení s uložením povinnosti společnosti AVE CZ k písemnému vyjádření pro které subjekty, kdy a v jakém rozsahu, vykonávala společnost FALCON zimní údržbu komunikací. V případě, že společnost AVE CZ nesplní uloženou povinnost, je podle názoru navrhovatele na místě uložit pořádkovou pokutu, pro ztěžování postupu správního orgánu, resp. navrhovatel navrhuje v takovém případě k potvrzení společnosti AVE CZ vůbec nepřihlížet.
- Ke sdělení uchazeče ŠIMEK navrhovatel uvádí, že neobsahuje žádné relevantní skutečnosti, které by měly pro řízení jakýkoliv význam.

Uchazeč ŠIMEK ve stanovisku ze dne 19.10.2007 odkazuje na své podání ze dne 14.8.2007, resp. uvádí, že za situace, kdy existují dvě listiny potvrzující, že uchazeč ŠIMEK prováděl pro VUSS Brno zimní údržbu komunikací, ale každá uvádí její jiný rozsah, nelze bez dalších skutkových zjištění dovodit, která z těchto listin obsahuje pravdivé skutečnosti. Tento rozpor pak nelze přičítat k tíži účastníka řízení. Uchazeč je proto názoru, že dopis VUSS Brno ze dne 29.6.2007 není důkazem, jež by vyvracel obsah potvrzení, které uchazeč v této souvislosti doložil ve své žádosti o účast v zadávacím řízení. Proto navrhuje, aby orgán dohledu správní řízení opětovně zastavil.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 96 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů a s přihlédnutím ke skutečnosti, že je podle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu při novém projednání věci vázán právním názorem vysloveným v rozhodnutí předsedy Úřadu konstatuje, že zadavatel při zadávání

veřejné zakázky nesplnil povinnost stanovenou v § 39 odst. 2 zákona, přičemž tento úkon zadavatele podstatně ovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. K tomu uvádí následující rozhodné skutečnosti.

I. Postup zadavatele při hodnocení kvalifikace

Podle § 30 odst. 1 zákona je předpokladem účasti dodavatele v užším řízení splnění kvalifikace. Podle odst. 2 písm. b) téhož ustanovení zákona se splněním kvalifikace rozumí splnění dalších kvalifikačních kritérií stanovených zadavatelem, jimiž zadavatel vymezí odpovídající úroveň finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele a zabezpečení jakosti podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky. Podle § 33 odst. 1 písm. c) bodu 2 zákona prokazuje zájemce technickou způsobilost, jde-li o veřejné zakázky na služby, seznamem významných služeb poskytnutých v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu, doby plnění a připojením osvědčení o řádném poskytnutí služby vyhotoveného veřejným nebo soukromým objednatelem, případně prohlášením dodavatele o poskytnutí služby, není-li možno takovéto osvědčení od soukromého dodavatele získat.

Podle § 38 odst. 1 zákona kvalifikaci nesplňuje zájemce, který neposkytl údaje a informace o kvalifikaci v rozsahu stanoveném zadavatelem, včetně dokladů podle ustanovení zákona, nebo poskytl údaje a informace o kvalifikaci včetně dokladů požadovaných zadavatelem, které jsou neúplné nebo nepravdivé. Podle odst. 2 téhož ustanovení zákona prokazuje nesplnění kvalifikace podle odst. 1 zájemci zadavatel.

Podle § 39 odst. 1 zákona zadavatel vyhodnotí kvalifikaci zájemců podle kritérií stanovených v oznámení zadávacího řízení. Podle odst. 2 téhož ustanovení zákona zájemci, kteří podali žádost o účast v užším řízení a nesplnili kvalifikaci, musí být zadavatelem odmítnuti.

Výčet dalších kvalifikačních kritérií je v zákoně specifikován v §§ 32, 33 a 37. Zadavatel na jeho základě volí konkrétní kritéria, kterými vymezuje úroveň způsobilosti dodavatele, adekvátně předmětu veřejné zakázky. Vymezení minimální způsobilosti, kterou musí zájemce při podání žádosti o účast doložit, zadavatel uvede konkrétně a jednoznačně v oznámení zadávacího řízení.

V šetřeném případě zadavatel v oznámení zadávacího řízení stanovil požadavek na kvalifikaci zájemců mj. následovně: pod bodem 9.3 – Kritéria a doklady pro prokazování technické způsobilosti uvedl požadavek „§ 33 odst. 1 písm. c) bod 2 seznam obdobných služeb v posledních 3 letech s limitem pro splnění kvalifikace nejméně 1 zakázka na zimní údržbě komunikací v rozsahu minimálně 48 km.“ Zadavatel ve lhůtě pro podání žádostí o účast obdržel 16 žádostí. Z protokolu o výběru zájemců při omezení jejich počtu v užším řízení ze dne 10.8.2006, je zřejmé, že zadavatel kvalifikaci všech 16 zájemců vyhodnotil jako splňující kvalifikační kritéria.

Navrhovatel v námitkách a následně i v návrhu zpochybnil technickou způsobilost v souvislosti s poskytnutými službami v rámci zimní údržby komunikací u zájemců ŠIMEK, TS Hustopeče, PETgroup, FALCON a PARK, neboť podle jeho znalostí nikdy neprováděli zimní údržbu komunikací v požadovaném rozsahu. Z podaných žádostí orgán dohledu zjistil, že zájemci, jejichž způsobilost navrhovatel napadá, prokázali technickou způsobilost stanovenou zadavatelem v bodě 9.3 oznámení v žádostech následovně.

Zájemce ŠIMEK v žádosti o účast doložil seznam významných služeb v posledních 3 letech s připojením osvědčení (ověřená kopie) vydaným dne 31.8.2005 Vojenskou

ubytovací a stavební správou Brno (VUSS Brno), ve kterém tento subjekt osvědčuje, že jmenovaná společnost ŠIMEK prováděla v posledních 3 letech pro VUSS Brno komplexní zimní údržbu komunikací v rozsahu 48 km řádně, včas, v požadované kvalitě a bez připomínek objednatele.

Zájemce TS Hustopeče v žádosti o účast doložil referenční list (originál) ze dne 29.6.2006, vydaný společností EKOLTES Hranice a. s., ve kterém tento subjekt uvádí, že společnost TS Hustopeče pro něj zajišťuje pravidelnou údržbu komunikací v rozsahu cca 55 km, mj. v zimním období, to je komplexní zimní údržba komunikací, včetně zajištění posypového materiálu, přičemž reaguje velmi operativně a práce jsou prováděny vždy do smlouveného termínu spolehlivě a bez závad.

Zájemce PETgroup v žádosti o účast doložil seznam významných služeb poskytnutých v posledních 3 letech, ve kterém je mimo jiné výslovně uvedeno, že v roce 2005/2006 činila zimní údržba komunikací prováděná pro MČ Brno–sever, vč. chodníků, přes 48 km. V žádosti je doložen originál referenčního listu ze dne 10.7.2006, vydaný statutárním městem Brno – městská část Brno-sever, odbor ŽPMH, ve kterém je mj. uvedeno, že společnost PETgroup zvítězila ve výběrovém řízení na čištění komunikací a ve výběrovém řízení na zabezpečení zimní údržby komunikací a chodníků, kde po dobu působení firmy nedocházelo k vážným reklamacím.

Zájemce FALCON v žádosti o účast doložil seznam významných služeb poskytnutých v posledních 3 letech s připojením referenčního listu (originál) ze dne 30.6.2006, vydaným společností AVE CZ odpadové hospodářství s. r. o., Praha, ve kterém tento subjekt uvádí, že společnost FALCON pro něj vykonává služby na pravidelné údržbě komunikací, vč. zimní údržby v délce cca 52,8 km, přičemž spolupráce probíhá v oboustranné spokojenosti v řádných termínech a odpovídající kvalitě po dobu 2 let.

Zájemce PARK v žádosti o účast doložil seznam významných služeb poskytnutých v posledních 3 letech s připojením referenčního listu (ověřená kopie) ze dne 4.7.2006 vydaným Brněnskými vodárnami a kanalizacemi, a. s., Brno, ve kterém tento subjekt osvědčuje, že společnost PARK pro něj provádí celoroční údržbu komunikací v celkovém rozsahu 52 km.

Z uvedených informací, jako v této věci relevantních, které není vzhledem k doloženým osvědčením dále nutno ověřovat, vycházel při hodnocení kvalifikace zadavatel, a následně při posouzení úkonů zadavatele i orgán dohledu v rozhodnutí č.j. S305/2006-801/2007/510-če ze dne 11.1.2007, napadeném rozkladem navrhovatele.

V rozhodnutí předsedy Úřadu, kterým citované rozhodnutí orgánu dohledu zrušil, vyslovil předseda Úřadu právní názor, že se neztotožňuje se závěrem, učiněným orgánem dohledu ve věci ověřování informací o kvalifikaci zájemců v napadeného rozhodnutí. Podle § 38 odst. 1 zákona nesplňuje kvalifikaci mj. i uchazeč nebo zájemce, který poskytl údaje a informace o kvalifikaci, vč. dokladů požadovaných zadavatelem, které jsou neúplné nebo nepravdivé. Uvedené ustanovení tak předpokládá situaci, kdy uchazeč či zájemce předloží k prokázání kvalifikace doklady, které sice byly v rozsahu a formě stanovené zadavatelem či předepsané zákonem, o kterých však následně vyjde najevo, že nejsou pravdivé. Pokud zákon takovouto situaci předpokládá, je logické, že předpokládá a připouští i takovou činnost zadavatele, kterou pravdivost předložených údajů zjistí nebo ověří. Orgán dohledu nesprávně zúžil možnost ověřit správnost či pravdivost údajů prokazujících splnění kvalifikace pouze na případy, kdy o nich sám zadavatel má pochybnost. Tento výklad by však umožnil zadavateli i v případě, že jiní uchazeči či třetí osoby objektivním způsobem doloží nepravdivost

předmětným údajů, toto bez dalšího pominout s odůvodněním, že zadavatel sám subjektivně žádné pochybnosti nemá. Takový postup by odporoval zásadě transparentnosti a rovného přístupu k uchazečům, a proto jej nelze přijmout. Zadavatel je povinen k ověření pravdivosti předmětných údajů přistupovat objektivně. Pokud jsou mu předloženy konkrétní námitky, které důvodně zpochybňují či přímo popírají pravdivost údajů o kvalifikaci některého z uchazečů a zadavatel je schopen je adekvátním způsobem ověřit, pak nemůže tyto námitky přejít, ale je povinen kvalifikovaně zpochybňovanou pravdivost dokladů, prokazujících splnění kvalifikace, přezkoumat a ověřit, zda příslušní uchazeči či zájemci splňují kvalifikaci i ve smyslu § 38 odst. 1 zákona in fine. Pokud zájemce či uchazeč kvalifikaci nesplňuje, má zadavatel ve smyslu § 38 odst. 2 zákona povinnost jim tuto skutečnost prokázat. Těto povinnosti se zadavatel nemůže zbavovat tvrzením, že necítil potřebu nesplnění kvalifikace prokazovat, když o pravdivosti předložených dokladů subjektivně pochybnost neměl.

Předseda Úřadu v rámci řízení o rozkladu přistoupil k ověření skutečností obsažených v žádostech o účast zájemců Park, Šimek a PETgroup, jejichž pravdivost zpochybňoval navrhovatel. Úřad získal vyjádření Vojenské ubytovací a stavební správy Brno (VUSS Brno), společnosti Brněnské vodárny a kanalizace a. s. (BVaK) a statutárního města Brna, městské části Brno-sever (MČ Brno-sever), a zjistil následující skutečnosti.

Ve vztahu k zájemci PETgroup z vyjádření ÚMČ Brno-sever ze dne 4.2.2007 vyplynulo, že tato eviduje výměry udržovaných komunikací zvláště pro silnice a zvláště pro chodníky, což je v rozporu se základní domněnkou navrhovatele. Z předmětného vyjádření tedy nevyplývaly skutečnosti, které by pochybnosti navrhovatele o pravdivosti údajů obsažených v žádosti zájemce PETgroup potvrzovaly.

Ve vztahu k zájemci Park předseda Úřadu zjistil z vyjádření společnosti BVaK ze dne 26.4.2007, že rozsah zimní údržby komunikací prováděný zájemcem Park pro tohoto objednatele byl pouze 5,2 km, a nikoliv 52 km, jak uváděl tento zájemce v žádosti o účast (BVaK ve sdělení uvedla, že „firma Park provádí na vodárenských objektech – vodojem Čebín, Holé hory, Žlutý kopec, úpravna vody Švařec, Stránská skála a Palacký vrch zimní údržbu vozovky a chodníků v celkové délce 5,2 km a to již od roku 1996“). Údaje obsažené v žádosti tohoto zájemce tak byly zjevně nepravdivé a proto měl být zadavatelem odmítnut pro nesplnění kvalifikace podle § 39 odst. 2 zákona.

Ve vztahu k zájemci Šimek předseda Úřadu zjistil z vyjádření VUSS Brno ze dne 2.5.2007 a ze dne 29.6.2007, že pro tohoto objednatele prováděl zájemce Šimek v roce 2003 zimní údržbu komunikací v celkovém rozsahu 13,56 km a údržbu nástupiště o výměře 12 604 m², což rovněž neodpovídá údajům obsaženým v žádosti zájemce Šimek, který se prokazoval prováděním prací v rozsahu 48 km. (VUSS Brno ve svém vyjádření ze dne 2.5.2007 uvedla konkrétní společnosti, od kterých odebírala služby na zimní údržbu komunikací, přičemž společnost Šimek mezi nimi výslovně neuvádí. Současně však uvedla, že v zimní sezóně 2003/2004 pro ni v objektech v Brně a Mikulově prováděli tyto služby „různí dodavatelé“, a to v celkové délce udržovaných komunikací 19,6 km. Na základě výzvy Úřadu VUSS Brno dne 3.7.2007 své vyjádření doplnila a uvedla, že „zimní údržba komunikací, tj. chodníků, veřejných komunikačních a vnitřních komunikací ve vojenských objektech, byla prováděna firmou Šimek v roce 2003 v celkovém rozsahu 13,56 km. Mimo tyto komunikace byl prováděna údržba nástupiště v celkové výměře 12 604 m²“). I v této souvislosti tedy lze konstatovat, že údaje obsažené v žádosti tohoto uchazeče nebyly pravdivé a zájemce Šimek měl být zadavatelem odmítnut pro nesplnění kvalifikace podle § 39 odst. 2 zákona.

Na základě těchto zjištění zrušil předseda Úřadu rozhodnutí orgánu dohledu a věc mu vrátil k dalšímu projednání.

Po vyrozumění účastníků řízení o pokračování řízení navrhl navrhovatel provedení důkazů, a to ve věci ověření referencí předložených zájemci PETgroup, TS Hustopeče a FALCON. Vzhledem k tomu, že ověření reference provedené v rámci řízení o rozkladu vůči zájemci PETgroup u objednatele MČ Brno-sever, nebylo vztaženo přímo na tohoto dodavatele, resp. reference zájemců TS Hustopeče a FALCON nebyly v rámci řízení o rozkladu ověřeny vůbec, provedl orgán dohledu, neboť ve smyslu § 50 odst. 3 správního řádu považoval za nutné zjistit všechny rozhodné okolnosti týkající se šetřeného případu, další šetření ve smyslu návrhu navrhovatele na provedení nových důkazů.

K ověření „reference“ doložené v žádosti o účast zájemce PETgroup učinil orgán dohledu písemný dotaz na MČ Brno-sever, který předmětnou referenci zájemci poskytl. Ze sdělení ÚMČ Brno-sever ze dne 27.8.2007 vyplývá, že společnost PETgroup prováděla pro tohoto objednatele následující objemy prací na zimní údržbě:

- v sezoně 2003/2004: 6,475 km komunikací a 0,240 km chodníků,
 - v sezoně 2004/2005: 6,475 km komunikací a 0,240 km chodníků,
 - v sezoně 2005/2006 a dále až do roku 2010: 21,668 km komunikací a 5,344 km chodníků.
- Z porovnání údajů sdělených objednatelem MČ Brno-sever vůči požadavku zadavatele na technickou způsobilost dodavatele – viz „limit pro splnění kvalifikace nejméně 1 zakázka na zimní údržbě komunikací v rozsahu minimálně 48 km“ – vyplývá, že společnost PETgroup nesplnila požadavek zadavatele na prokázání technické způsobilosti a zájemce tedy měl být zadavatelem odmítnut pro nesplnění kvalifikace podle § 39 odst. 2 zákona.

K ověření „reference“ doložené v žádosti o účast zájemce TS Hustopeče učinil orgán dohledu písemné dotazy na společnost EKOLTES, která uchazeči TS Hustopeče poskytla příslušné osvědčení na služby zimní údržby komunikací, na město Hustopeče, jako vlastníka společnosti TS Hustopeče, a na město Hranice, jako vlastníka obchodní společnosti EKOLTES. Společnost EKOLTES v dopise ze dne 26.9.2007 uvedla, že „společnost TS Hustopeče pro ni zajišťovala subdodávkou na přelomu let 2005/2006 zimní a jarní očistu komunikací, veřejných prostranství, parkovišť a účelových komunikací města a firem, vč. Armády ČR, služby byly poskytovány v rámci smluvních závazků společnosti EKOLTES subdodavately pro město Hranice, Armádu ČR a společnosti Hypernova, Albert, LIDL, Billa, Sigma a. s., CEMENT a. s., SCHAFFER apod., v rozsahu cca 76 km běžných komunikací, cca 5 500 m² parkovišť a 280 tis. m² prostorů Armády ČR, s tím, že veřejná prostranství nelze vzhledem k nedostatku podkladů vyspecifikovat“. Město Hranice (dopisem ze dne 17.9.2007) a město Hustopeče (dopisem ze dne 14.9.2007) se v této věci písemně vyjádřily tak, že k poskytnutí relevantní odpovědi nemají vůči ověřovaným skutečnostem k dispozici požadované údaje.

K ověření „reference“ doložené v žádosti o účast zájemce FALCON orgán dohledu usnesením ze dne 7.9.2007 účastníku správního řízení vedeného pod č.j. S304/2006 společnosti AVE CZ odpadové hospodářství s. r. o., Praha, která zájemci FALCON poskytla příslušné osvědčení na služby zimní údržby komunikací, uložil zaslat písemné vyjádření ve věci ověření služeb, které zájemce FALCON, jako partnerská firma společnosti AVE CZ pro ni vykonával při zimní údržbě komunikací. Společnost AVE CZ dopisem ze dne 14.9.2007 potvrdila poskytování předmětných služeb v rámci vzájemných smluvních závazků v rozsahu 52,8 km zimní údržby komunikací v termínu 2005-2006.

Na základě údajů uvedených ve sděleních společností EKOLTES a AVE CZ, považoval orgán dohledu reference zájemců TS Hustopeče a FALCON za ověřené. Ve věci ověření, resp. pravdivosti referencí zájemců Park a Šimek vycházel orgán dohledu ze zjištění získaných v řízení o rozkladu.

Z výsledků šetření provedených Úřadem je tedy zřejmé, že zájemci Park, PETgroup a Šimek ve svých žádostech o účast v užším řízení uvedli údaje o kvalifikaci, týkající se technické způsobilosti dodavatele prokazované osvědčením o provedení obdobných služeb v posledních 3 letech s limitem pro splnění kvalifikace nejméně 1 zakázka na zimní údržbě komunikací v rozsahu minimálně 48 km, které byly nepravdivé.

V šetřeném případě navrhovatel již v rámci námitek uváděl konkrétní skutečnosti, které nasvědčovaly, že údaje uvedené v referencích některých zájemců ohledně existence zakázky na zimní údržbu komunikací v rozsahu minimálně 48 km nemohou odpovídat objektivní skutečnosti. Kvalifikovaným způsobem tedy zpochybňoval pravdivost údajů obsažených v žádostech některých zájemců. Zadavatel měl možnost pravdivost těchto námitek ověřit, a to minimálně v rozsahu, v jakém to učinil předseda Úřadu v rámci řízení o rozkladu, tedy dotazem na subjekty, které reference poskytly a u kterých s ohledem na jejich veřejnoprávní charakter lze očekávat objektivní a neovlivněné sdělení. Zadavatel však tyto kvalifikované námítky navrhovatele bez dalšího zamítl, aniž by se jimi jakkoliv zabýval. Jak následně vyplynulo z šetření provedeném v této věci Úřadem, doklady k prokázání technické způsobilosti podle bodu 9.3 oznámení zadávacího řízení, předložené zájemci Park, PETgroup a Šimek nebyly pravdivé. Tito zájemci tedy nesplnili kvalifikaci ve smyslu § 38 odst. 1 zákona. Zadavatel proto porušil svou povinnost podle § 39 odst. 2 zákona tyto zájemce o účast v užším řízení odmítnout pro nesplnění kvalifikace. Vzhledem k tomu, že tento úkon zadavatele podstatně ovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť nabídka uchazeče ŠIMEK byla zadavatelem vybrána jako nabídka s nejnižší nabídkovou cenou, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, orgán dohledu jako opatření k nápravě uložené zadavateli zrušil podle § 101 odst. 1 zákona:

- rozhodnutí zadavatele ze dne 16.8.2006 o odmítnutí zájemců vzhledem k omezení počtu v užším řízení,
- rozhodnutí zadavatele ze dne 14.9.2006, kterým zadavatel uchazeči ŠIMEK přidělil předmětnou veřejnou zakázku.

Postup zadavatele při výběru zájemců při omezení jejich počtu /při losování/

Podle § 40 odst. 1 zákona pokud zadavatel omezil počet zájemců pro účast v užším řízení provede výběr ze zájemců, kteří splnili kvalifikaci, podle kritérií stanovených v oznámení zadávacího řízení. Zákon nespécifikuje o jaká kritéria se jedná. Je proto nutno vycházet z kontextu zákonných ustanovení jako celku a ze základních zásad vyjádřených v § 25 odst. 1 zákona. S ohledem na to musí být výběr zájemců při omezení jejich počtu proveden podle kritérií stanovených v oznámení zadávacího řízení, při dodržení transparentnosti celého úkonu. Pokud zadavatel stanovil pro výběr zájemců jako kritérium los, musí zajistit, aby losování proběhlo za dodržení uvedených zásad způsobem, při kterém je zajištěna nezávislá kontrola, např. přítomností notáře, nebo účastí zájemců o veřejnou zakázku.

Jak vyplývá z dokumentace, zadavatel obdržel 16 žádostí o účast, přičemž na základě jejich vyhodnocení konstatoval, že všichni zájemci kvalifikaci splnili. Zadavatel následně – v souladu se zadávacími podmínkami – provedl výběr zájemců losem. Vlastní výběr je popsán v „Protokolu o výběru zájemců při omezení jejich počtu“ ze dne 10.8.2006 (dále jen „protokol“), ve kterém je uvedeno, že „vzhledem k tomu, že počet zájemců, kteří doručili ve stanovené lhůtě svoji žádost o účast a prokázali kvalifikaci je vyšší, než počet zájemců, na který zadavatel omezil účast v užším řízení, použila komise pro výběr zájemců kritérium výběru uvedené v oznámení zadávacího řízení, tedy los. Do osudí byly za dohledu komise a notáře vloženy žetony s čísly žádostí 1 až 16 a za přítomnosti uvedených osob byla z osudí

vytažena následující čísla žádostí těch zájemců, kteří budou osloveni k podání nabídky. V uvedeném pořadí byla vylosována čísla: 10, 16, 5, 6 a 1. Kontrolou zbývajících žetonů v osudí bylo potvrzeno, že v osudí zbyly žetony s čísly žádostí 2, 3, 4, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14 a 15“. Předmětná čísla žádostí identifikují zájemce a odpovídají pořadí podání žádostí tak, jak byly podány a zapsány v seznamu podaných žádostí.

Průběhu losování byla přítomen notářský kandidát Mgr. Hrabánková, která průběh losování osvědčila notářským zápisem, který je součástí protokolu. Správnost údajů uvedených v protokolu osvědčili podpisem rovněž členové komise, zmocněné zadavatelem pro výběr zájemců, tedy osoby provádějící losování. Přílohou protokolu je čestné prohlášení ze dne 10.8.2006 o nepodjatosti členů komise pro výběr zájemců a předmětný notářský zápis. Jak dále vyplývá z protokolu, jako zájemci, které zadavatel následně vyzval k podání nabídek byli vylosováni:

- ŠIMEK 96, spol. s r. o., Brno (pořadové číslo žádosti 1),
- PARK, v. o. .s., , Brno (pořadové číslo 5),
- Ing. Miroslav Krčál, Modřice (pořadové číslo 6),
- FALCON, spol. s r. o., Kyjov (pořadové číslo 10),
- INGE Brno, s. r. o., Brno (pořadové číslo 16).

Účast zbývajících zájemců v užším řízení zadavatel odmítl a tuto skutečnost jim sdělil dopisem ze dne 16.8.2006.

Z notářského zápisu č. NZ 666/2006 přiloženého k protokolu vyplývá, že byl sepsán jménem Liběny Pernicové, notářky, se sídlem v Brně, notářským kandidátem Mgr. Andreou Hrabánkovou, zástupcem notářky, v kanceláři Jezuitská 13, Brno (dále jen „notář“ nebo „Mgr. Hrabánková“), za účelem „osvědčení o průběhu losování zájemců pro účast v užším řízení veřejné zakázky podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění, označené „Údržba čistoty a zimní údržba místních komunikací správního území MČ Brno - střed, lokalita Veveří – Trnitá“. V předmětném notářském zápisu je v této souvislosti konstatováno, že se Mgr. Hrabánková dostavila dne 10.8.2006 ve 13,00 hod. na žádost společnosti RTS, a. s., Brno, zastoupené Ing. Vrbkou, do sídla této společnosti, kde byli přítomni 4 členové hodnotící komise, jejichž totožnost ověřila. Poté Ing. Vrbka jako člen komise seznámil přítomné s postupem losování, konstatoval že zadavateli bylo ve stanovené lhůtě doručeno 16 žádostí, přičemž jejich seznam s pořadovými čísly, údaji o uchazečích, časem a způsobem doručení, tvoří přílohu tohoto notářského zápisu. Dále Ing. Petr Vrbka oznámil, že z 16 zájemců bude vybráno losováním za přítomnosti notáře 5 zájemců pro účast v užším řízení. Ve 13,16 vložil Ing. Petr Vrbka do osudí – kovového poháru – 16 žetonů s pořadovými čísly 1 až 16. Dále sdělil, že jeden člen komise bude losovat dva zájemce. Poté bylo přistoupeno k losování, přičemž postupně byly vylosována čísla 10, 16, 5, 6 a 1. Následně Ing. Petr Vrbka vyprázdnil osudí a členy komise byla provedena kontrola čísel žetonů, která nebyla vylosována, přičemž v osudí zbyla čísla 2, 3, 4, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14 a 15.

Vzhledem k tomu, že navrhovatel ve stanovisku ze dne ze dne 16.11.2006 vyslovil podezření, že pokud je los prováděn pomocí žetonů, na kterých jsou čísla odpovídající konkrétnímu subjektu, má losující možnost podle čísel volit koho vylosuje, požádal orgán dohledu notáře přítomného losování o vyjádření k otázce, zda při losování nemohlo dojít k situaci, kdy by losující osoba měla možnost zjistit jaká čísla při losování vybírá. Notář se v této věci vyjádřil dopisem ze dne 30.11.2006, ve kterém uvedl, že notářský zápis č. NZ 666/2006 sepsaný za účelem „osvědčení o průběhu losování zájemců pro účast v užším řízení veřejné zakázky „Údržba čistoty a zimní údržba místních komunikací správního území MČ Brno - střed, lokalita Veveří – Trnitá“ je notářským zápisem sepsaným ve smyslu ustanovení § 72 a dále § 79 notářského řádu. Ustanovení § 79 odst. 1 notářského řádu uvádí,

že notář osvědčuje jiné skutkové děje, např. losování, jestliže s nimi mohou být spojeny právní následky a jestliže se skutkový děj udál v přítomnosti notáře. Jedná se tedy o osvědčení, ve kterém notář nemůže v žádném případě zasahovat do děje, být jeho třeba jen i pasivní součástí nebo děj hodnotit. Smyslem zápisu je pořídit písemný záznam děje dokumentující to, že vůbec děj nastal a jak proběhl. Jakékoliv zásahy notáře v době takového skutkového děje nebo i před ním či po něm, jsou v rozporu s hlavním smyslem takového osvědčení. S ohledem na uvedené notář odkázal v plném rozsahu na text notářského zápisu.

Vzhledem k tomu, že nepovažoval sdělení notáře za dostatečné, provedl orgán dohledu v rámci opatrování důkazů dne 20.12.2006 protokolárně výslech svědka. Předvolaný svědek – Mgr. Hrabánková – na otázky orgánu dohledu uvedl, že losováno bylo z kovového poháru (charakteru sportovní trofeje) o výšce 35 až 40 cm, přičemž výška vlastního kalichu činila asi třetinu z této výšky, průměr kalichu činil 10 až 15 cm. Žetony pro losování byly kulaté a na pohled všechny stejné, na vzhled a materiál si svědek nepamatuje. Pohár byl při vkládání a při kontrole nevylovaných žetonů umístěn na pracovním stole člena komise Ing. Vrbky. Skutečnosti, zda byly žetony vkládány do poháru opravdu všechny a dále pak kontrolu čísel žetonů, které zůstaly nevylované v osudí a po ukončení losování byly vysypány na stůl Ing. Vrbky, svědek pohledem kontroloval, aby je mohl přesně zapsat do notářského zápisu. Kde byl pohár umístěn při losování a jakým způsobem losující osoby losovali si svědek už nevybavil. Pokud by však došlo k okolnostem, že by se někdo z losujících osob zrakem poznatelným způsobem pokusil manipulovat nebo jiným způsobem ovlivnit losování, svědek uvedl, že by na to upozornil a tato skutečnost by byla zaznamenána i v notářském zápise. Celé losování proběhlo velmi rychle.

Podle § 50 odst. 4 správního řádu hodnotí správní orgán podklady, zejména důkazy, podle své úvahy, přitom pečlivě přihlíží ke všemu, co vyšlo v řízení najevo, včetně toho, co uvedli jeho účastníci. Při posuzování otázky transparentnosti losování, kterým bylo v šetřeném případě provedeno omezení počtu zájemců, vycházel orgán dohledu z následujících zjištěných skutečností:

- losování provádělo více osob pověřených zadavatelem, přičemž každá z nich učinila před losováním čestné prohlášení o své nepodjatosti ve vztahu k předmětné veřejné zakázce,
- průběh losování je zdokumentován v protokolu ze dne 10.8.2006, přičemž losování proběhlo za účasti notáře a vlastní akt losování je tak osvědčen příslušným notářským zápisem, z protokolu ani z notářského zápisu nevyplývají žádné skutečnosti, které by zpochybňovaly jeho netransparentnost,
- notář přítomný losování při výslechu jako předvolaný svědek orgánu dohledu sdělil, že „pokud by došlo k okolnostem, že by se někdo z losujících osob zrakem poznatelným způsobem pokusil manipulovat nebo jiným způsobem ovlivnit losování, svědek by na to upozornil a tato skutečnost by byla zaznamenána i v notářském zápise“.

Na základě vyhodnocení výše uvedených podkladů a zjištění dospěl orgán dohledu k závěru, že losování, kterým byl proveden výběr ze zájemců při omezení jejich počtu, bylo v šetřeném případě provedeno v souladu se zákonem.

K „Matematicko statistické analýze výsledků 1. kola výběrového řízení“, zpracované na objednávku navrhovatele pracovníky Matematicko-fyzikální fakulty UK v Praze k 18.10.2006 orgán dohledu uvádí, že z obsahu analýzy vyplývá, že zpracovatel vychází z počtu 16 firem, které vstoupily do každého ze 4 zadavatelem provedených losování, přičemž v každém z nich bylo vylosováno 5 firem.

K tomu poznámka orgánu dohledu. Zmiňovanými „4 losováními“ je zde míněn úkon zadavatele – omezení počtu zájemců formou losování – v této a v dalších 3 veřejných

zakázkách, zadávaných současně zadavatelem a šetřených orgánem dohledu ve správních řízeních vedených pod č.j. S304/2006, S306/2006 a S307/2006 (viz pozn. na str. 6 odůvodnění). Ve skutečnosti losování z 16 zájemců proběhlo pouze v jednom z těchto losování, v ostatních 3 zadavatel losoval pouze z 15 zájemců. Podle názoru orgánu dohledu však tato skutečnost nemá na závěry analýzy podstatný vliv.

Analýza je členěna na dvě části. Část A. obsahuje Formulace a závěry, část B. Tabulky a grafy. Zpracovatel v části A. bodě I. analyzuje pravděpodobnost skutečnosti, že 9 firem nebylo úspěšných ani v jednom ze 4 losování. Tato pravděpodobnost činí podle jeho výpočtu přibližně 6 miliontin, ale nevyvrací, že v uskutečněném losování mohlo být 9 firem neúspěšných. Zpracovatel v části A. bodě II. analyzuje, jaká je pravděpodobnost toho, že počet „úspěchů firem .A.S.A.“ je nulový. Pravděpodobnost tohoto jevu je 0,0011 tedy přibližně 1 tisícina. Podobně jako v bodě A. I. nevyplývá, že v uskutečněném losování nemohl být počet „úspěchů firem .A.S.A.“ nulový. Zpracovatel v části A. bodech III. a IV. analyzuje jaká je pravděpodobnost toho, že osudí nebylo naplněno korektně (nejprve bez „firem .A.S.A.“ poté bez 9 „neúspěšných firem“). Pravděpodobnost, že do osudí nebyla zařazena ani jedna z „firem .A.S.A.“ činí 0,85, pravděpodobnost, že byla do osudí zařazena nejvýše jedna z „firem .A.S.A.“ činí 0,97, resp. pravděpodobnost, že osudí bylo naplněno korektně činí 0,00092, resp. že s největší pravděpodobností byly v osudí „lístky“ pouze 7 firem. Zpracovatel v části A. bodě V. analyzuje alternativy hypotézy, podle které byly v osudí pouze „privilegované firmy“ přičemž vyslovuje závěr, že lze zamítnout hypotézu o spravedlivém losování (neexistenci privilegovaných firem) s téměř absolutní spolehlivostí. K závěrům analýzy lze na základě výše uvedeného konstatovat, že výsledek losování (posuzováno v komplexu všech čtyř veřejných zakázek na údržbu čistoty a zimní údržbu místních komunikací správního území MČ Brno – střed, zadávaných zadavatelem) je možný, třebaže málo pravděpodobný. Orgán dohledu proto nemohl přijmout závěry analýzy, a to ani při pomnutí skutečností doložených v protokolu o výběru zájemců, resp. vyjádření notáře (viz výše), jako důkaz o nekorektnosti losování zájemců provedené zadavatelem.

Uvedené závěry orgánu dohledu potvrdil předseda Úřadu v jeho rozhodnutí č.j. R039/2007/02-13087/2007/310-Hr ze dne 18.7.2007.

K argumentaci účastníků řízení uvedené ve stanoviscích zadavatele a navrhovatele orgán dohledu výše uvedené doplňuje.

K požadavku navrhovatele zkoumat kvalifikaci zájemců TS Hustopeče a PARK s přihlédnutím k důvodům jejich údajného vyloučení z obdobných veřejných zakázek, orgán dohledu opakovaně konstatuje, že předpokladem účasti dodavatele v užším řízení je splnění kvalifikace, přičemž zadavatel je povinen omezit rozsah požadovaných informací o kvalifikaci dodavatelů pouze na informace bezprostředně související s předmětem zadávané veřejné zakázky. Kvalifikaci dodavatele lze tedy zkoumat, resp. hodnotit, vždy jen v souvislostech konkrétního zadávacího řízení. Pokud v předmětné veřejné zakázce dodavatel kvalifikaci splnil, nelze brát skutečnost, že „neuspěl“ v jiné veřejné zakázce, které se zúčastnil (není vyloučeno, že v té době neměl k dispozici potřebně technické nebo personální vybavení, potřebné doklady, apod., nelze vyloučit ani prosté opomenutí při kompletaci žádosti nebo nabídky), jako důkaz o jeho „paušální“ nezpůsobilosti pro jiná zadávací řízení. Z uvedeného důvodu orgán dohledu nepřistoupil na uvedený požadavek navrhovatele.

Ke skutečnosti, že kromě navrhovatele podaly žádost o účast i další tři subjekty, u nichž lze předpokládat majetkovou a vlastnickou provázanost s navrhovatelem, na kterou poukazuje zadavatel, orgán dohledu konstatuje, že se v této věci ztotožňuje s argumentací navrhovatele uvedené v jeho v dopise ze dne 20.11.2006, ve kterém uvádí, že každá ze

společností skupiny .A.S.A. je samostatnou společností s vlastní právní subjektivitou, z nichž každá je podle svých vnitřních podmínek hospodaření oprávněna podat vlastní odlišnou nabídku a tak se jako uchazeč či zájemce zúčastnit samostatně zadávacího řízení. Orgán dohledu proto skutečnosti, že žádost o účast podali zájemci, u kterých lze předpokládat majetkovou a vlastnickou provázanost, neposoudil jako porušení zákona. V této souvislosti orgán dohledu pro úplnost uvádí, že nová právní úprava (§ 69 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách) stanoví zákaz vzájemného „subdodavatelství“ uchazečů o veřejnou zakázku, což zabraňuje situaci, kdy by se více majetkově propojených společností samostatně ucházelo o veřejnou zakázku, na jejíž realizaci by pak tyto společnosti spolupracovaly.

Ke stanovisku navrhovatele ze dne 16.10.2007 orgán dohledu uvádí, že ve věci ověření reference zájemce TS Hustopeče považoval vyjádření společnosti EKOLTES ze dne 26.9.2007 za dostačující pro účely ověření pravdivosti reference tohoto zájemce, a proto nepovažoval za nutné znovu vyzývat vlastníky obou společností k dalšímu vyjádření. Obsah vyjádření společnosti EKOLTES pak považoval orgán dohledu za natolik konkrétní, aby bylo možno objektivně porovnat požadavek zadavatele, týkající se technické způsobilosti dodavatele s údaji uvedenými v předmětné referenci. Ve věci opětovného vyzvání společnosti AVE CZ, která zájemci FALCON poskytla příslušné osvědčení na služby zimní údržby komunikací, orgán dohledu konstatuje, že tím, že společnost AVE CZ dopisem ze dne 14.9.2007 potvrdila Úřadu poskytování předmětných služeb v rámci vzájemných smluvních závazků v „rozsahu 52,8 km zimní údržby komunikací v termínu 2005-2006 zájemcem FALCON“, považoval orgán dohledu tuto skutečnost pro ověření jak pravdivosti poskytnuté reference tak pro ověření její obsahově věcné stránky za dostačující a proto nepovažoval za nutné znovu vyzývat společnost AVE CZ k dalšímu vyjádření, tak jak požadoval navrhovatel. Orgán dohledu v této souvislosti poukazuje na ustanovení § 33 odst. 1 písm. c) zákona, podle kterého může technickou způsobilost zájemce prokázat i osvědčením o řádném poskytnutí služby vyhotoveným soukromým objednatelem.

Ke stanoviskům uchazeče Šimek ze dne 16.10.2007 a ze dne 19.10.2007 orgán dohledu uvádí, že vycházel ze zjištění provedených Úřadem v rámci řízení o rozkladu (viz str. 10 rozhodnutí). V žádném případě však v této souvislosti nejde o „nadřazení obsahu dopisu VUSS Brno ze dne 29.6.2007 všem ostatním důkazům“ jak namítá uchazeč, ale o ověření údajů uvedených v žádosti uchazeče o účast v zadávacím řízení formou dotazu (konfrontace) u subjektu, který předmětnou „referenci“ vydal. Z reakce poskytovatele reference, tj. z vyjádření VUSS Brno ze dne 3.7.2007, jednoznačně vyplývá, že „zimní údržba komunikací byla prováděna firmou Šimek v roce 2003 v celkovém rozsahu 13,56 km“. Na základě tohoto ověření proto Úřad konstatuje, že údaj o rozsahu zimní údržby komunikací, uvedený v „referenci“, jako součásti žádosti uchazeče o účast v zadávacím řízení, není pravdivý. Ve věci odkazovaného rozhodnutí Ústavního soudu ČR sp.zn. III. ÚS 299/06, poukazujícím na nutnost kritického zkoumání obsahu znaleckého posudku v rámci důkazních prostředků, orgán dohledu konstatuje, že Úřad v rámci opatřování důkazních prostředků nepoužil znalecký posudek, ale pouze dotazem u subjektu, vydávajícího příslušné osvědčení, ověřoval, zda údaje v něm uvedené se zakládají na pravdě.

Ve věci přepočtu metrů čtverečních na kilometry pro účely vyjádření VUSS Brno ze dne 29.6.2007, pak orgán dohledu odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu, ve kterém je v této věci konstatováno, že není věcí Úřadu zjišťovat matematický algoritmus, kterým VUSS Brno převáděla plošnou výměru udržovaných ploch na délkové kilometry, neboť pokud bylo potvrzení obsažené v žádosti uchazeče Šimek vystaveno tímž subjektem jako v rámci správního řízení, pak stejný subjekt pro totožný převod hodnot nepochybně používá stejný algoritmus.

Orgán dohledu posoudil postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky. Na základě zhodnocení všech důkazů, jak jednotlivě, tak i v jejich vzájemné souvislosti a s přihlédnutím k právnímu názoru, vyslovenému v rozhodnutí předsedy Úřadu, kterým je podle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu při novém projednání věci vázán, konstatuje, že zadavatel nesplnil povinnost stanovenou v § 39 odst. 2 zákona tím, že neodmítnul zájemce ŠIMEK, PETgroup a PARK, kteří podali žádost o účast v předmětném užším řízení a nesplnili kvalifikaci. Vzhledem k tomu, že tento úkon zadavatele podstatně ovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť nabídka uchazeče ŠIMEK byla vybrána jako nabídka s nejnižší nabídkovou cenou, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad jako opatření k nápravě podle § 101 odst. 1 zákona zrušil:

- rozhodnutí zadavatele ze dne 16.8.2006 o odmítnutí zájemců vzhledem k omezení počtu v užším řízení,
 - rozhodnutí zadavatele ze dne 14.9.2006, kterým zadavatel uchazeči ŠIMEK přidělil předmětnou veřejnou zakázku,
- jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Jindřiška Koblihová
místopředsedkyně ÚOHS pověřená řízením
sekce veřejných zakázek

Obdrží:

RTS, a. s., se sídlem Lazaretní 13, 615 00 Brno

JUDr. Tomáš Vrchlabský, advokát se sídlem AK Balbínova 30, 120 00 Praha 2

JUDr. Richard Tománek, advokát se sídlem AK Hlinky 142a, 603 00 Brno

Na vědomí:

.A.S.A., spol. s r. o., Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8

Statutární město Brno – městská část Brno-střed, Dominikánská ulice 2, 601 69 Brno

ŠIMEK 96, spol. s r. o., Herčíkova 17, 612 00 Brno

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce

