



UOHSX004LFCO

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R170/2012/VZ-22139/2012/310/BVÍ

Brno 22. listopadu 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 13. 6. 2012 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 15. 6. 2012, jenž podal navrhovatel –

- společnost **Frýdecká skládka, a.s.**, IČ 47151552, se sídlem Panské Nové Dvory 3559, 738 01 Frýdek-Místek,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j.: ÚOHS-S474/2011/VZ-2658/2012/510/MLa ze dne 25. 5. 2012, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele

- **obce Baška**, IČ 00296511, se sídlem Baška 420, 739 01 Baška,

učiněných v rámci zadávacího řízení pro nadlimitní veřejnou zakázku na služby s názvem „**Komplexní nakládání s odpady v obci Baška**“, zadávanou formou otevřeného nadlimitního řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému veřejných zakázek uveřejněno dne 6. 6. 2011 pod ev.č.: 60060949 (opravené oznámení uveřejněno dne 4. 7. 2011) a v Úředním věstníku Evropské unie dne 8. 6. 2011 pod ev.č.: 2011/S 109-180221 (opravené oznámení uveřejněno dne 6. 7. 2011 pod ev.č.: 2011/S 127-209919), jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč

- společnost **.A.S.A., spol. s r.o.**, IČ 45809712, se sídlem Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8,

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

rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j.:ÚOHS-S474/2011/VZ2658/2012/510/MLa ze dne 25. 5. 2012

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 5. 10. 2011 návrh navrhovatele – Frýdecká skládka, a.s., IČ 47151552, se sídlem Panské Nové Dvory 3559, 738 01 Frýdek-Místek (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele - obce Baška, IČ 00296511, se sídlem Baška 420, 739 01 Baška (dále jen „**zadavatel**“), učiněných v otevřeném zadávacím řízení pro nadlimitní veřejnou zakázku na služby s názvem „Komplexní nakládání s odpady v obci Baška“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 6. 6. 2011 pod ev. č. 60060949 (oprava tohoto oznámení byla uveřejněna dne 4. 7. 2011) a v Úředním věstníku Evropské unie dne 8. 6. 2011 pod ev. č. 2011/S 109-180221 ve znění oprav ze dne 6. 7. 2011.
2. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel nabídky od 3 uchazečů. Z protokolu o posouzení kvalifikace uchazečů, kteří do zadávacího řízení předložili nabídku, ze dne 31. 8. 2011, vyplývá, že jeden z uchazečů, obchodní společnost van Gansewinkel, a.s., IČ 63483360, se sídlem U Vlečky 592, 664 42 Modřice, neprokázal splnění minimální úrovně kvalifikačních předpokladů. Z tohoto důvodu byl následně tento uchazeč ze zadávacího řízení pro veřejnou zakázku rozhodnutím zadavatele ze dne 31. 8. 2011 vyloučen. Dále z protokolu o prvním jednání hodnotící komise ze dne 31. 8. 2011 vyplývá, že nabídka navrhovatele byla hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazena, neboť navrhovatel nesplnil jednu ze zadávacích podmínek, konkrétně podmínku uvedenou v čl. 3, bodě 9.5 zadávací

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

dokumentace, tedy že cena za odstranění ostatních druhů odpadů, které jsou v tomto bodě zadávací dokumentace vymezeny, nesmí být vyšší než 60 % ceny za odstranění směsného komunálního odpadu. Z tohoto důvodu byl navrhovatel rozhodnutím zadavatele ze dne 31. 8. 2011 ze zadávacího řízení pro veřejnou zakázku vyloučen. Zadavatel následně dne 31. 8. 2011 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, kterou byla nabídka uchazeče .A.S.A., spol. s r.o., IČ 45809712, se sídlem Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8 (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Dne 15. 9. 2011 podal navrhovatel proti rozhodnutí o svém vyloučení a proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky samostatné námitky, jimž zadavatel rozhodnutím ze dne 23. 9. 2011 nevyhověl. Toto rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 26. 9. 2011. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 5. 10. 2011 u Úřadu písemný návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dle § 114 zákona (dále jen „**návrh**“). Téhož dne obdržel tento návrh i zadavatel. Návrh směřuje proti postupům zadavatele při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, konkrétně navrhovatel brojí proti skutečnosti, že při přezkoumání námítky, kterou navrhovatel podal proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z řízení, byla tato námitka vyřízena jinou osobou než zadavatelem. Dále se měl zadavatel dopustit porušení zákona, pokud vyloučení navrhovatele z řízení odůvodnil tím, že navrhovatel ve své nabídce nesplnil požadavek zadavatele stanovený tak, že odměna za odstranění ostatních druhů odpadů nebude vyšší než 60 % ceny za odstranění směsného komunálního odpadu. Obsah návrhu je podrobně popsán v napadeném rozhodnutí č.j.: ÚOHS-S474/2011/VZ-2658/2012/510/MLa ze dne 25. 5. 2012.

3. Na základě shora uvedeného návrhu bylo Úřadem zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, jehož zahájení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem ze dne 18. 10. 2011 č. j.: ÚOHS-S474/2011/VZ-16559/2011/510/MLa.
4. Dne 28. 11. 2011 byla na základě výsledků zadávacího řízení uzavřena mezi zadavatelem a vybraným uchazečem smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky. O této skutečnosti zadavatel informoval Úřad dne 13. 12. 2011, přičemž dne 7. 12. 2011 bylo Úřadem nařízeno ve věci zakazu uzavření smlouvy předběžné opatření č. j. ÚOHS-S474/2011/VZ-18605/2011/510/MLa.

II. **Napadené rozhodnutí**

5. Dne 25. 5. 2012 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S474/2011/VZ-2658/2012/510/MLa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl tak, že návrh se v části napadající rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona zamítá, neboť z povahy navrhovatelem uplatněných argumentů vyplývá, že tyto směřují proti zadávacím podmínkám, přičemž navrhovatel námitky proti zadávacím podmínkám podle § 110 odst. 7 zákona nepodal, a není tedy oprávněnou osobou pro podání této části návrhu. Dále Úřad výrokem II. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že návrh navrhovatele se v části napadající postup zadavatele při vyřízení námitek podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.

6. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí popsal veškeré relevantní skutečnosti, které se k návrhu vztahovaly. Dle zjištění Úřadu navrhovatel v návrhu brojil proti několika skutečnostem, v nichž spatřoval porušení zákona zadavatelem. Navrhovatel předně uvedl, že jeho námitky proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení a proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, byly vyřízeny jinou osobou, než zadavatelem, resp., že námitky nepřezkoumával zadavatel, nýbrž osoba od zadavatele odlišná, přičemž tento závěr navrhovatel dovozuje ze skutečnosti, že rozhodnutí zadavatele o námitkách, které bylo podepsáno Irenou Babicovou, starostkou obce Baška, bylo pouze přílohou oznámení tohoto rozhodnutí. Dále navrhovatel v této souvislosti v návrhu uvedl, že z daného dokumentu není patrné, že by zadavatel zmocnil osobu, která oznámení podepsala, k zastupování.
7. Úřad shledal, že předmětné Oznámení o rozhodnutí zadavatele ve věci podaných námitek ze dne 23. 9. 2012, které navrhovatel obdržel dne 26. 9. 2012, bylo podepsáno Ing. Zdeňkem Uhrem, jednatelem společnosti Unitender, s.r.o., IČ 25394495, se sídlem Jurečkova 16, 702 00 Ostrava 2 (dále jen „**Unitender, s. r. o.**“). Úřad shledal návrh navrhovatele v této souvislosti jako nedůvodný. Samotné rozhodnutí o vypořádání námitek navrhovatele ze dne 23. 9. 2012 je podepsáno paní Irenou Babicovou, starostkou obce Baška, což je osoba oprávněná zadavatele zastupovat. Úřad přezkoumal obsah tohoto rozhodnutí o námitkách a shledal, že toto rozhodnutí má potřebné náležitosti, aby mohlo být za rozhodnutí o námitkách považováno. Dále Úřad přezkoumal mandátní smlouvu uzavřenou mezi zadavatelem a Unitender, s. r. o., jejímž obsahem je závazek k zastupování zadavatele společností Unitender, s. r. o. ve smyslu § 151 zákona. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že uchazeči v zadávacím řízení byli o skutečnosti, že zadavatel je pro účely organizace zadávacího řízení pro veřejnou zakázku zastoupen společností Unitender, s.r.o., informováni prostřednictvím čl. 2 zadávací dokumentace. Úřad tedy v této souvislosti uzavřel, že rozhodnutí o námitkách bylo zadavatelem řádně vyhotoveno a navrhovateli bylo doručeno jakožto součást oznámení podepsaného osobou oprávněnou zadavatele zastupovat. Taková skutečnost však nemohla mít vliv na zákonnost postupů zadavatele při přezkoumání námitek.
8. Další části návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele se týkají obsahu zadávací dokumentace, konkrétně jejích ustanovení, o nichž navrhovatel tvrdí, že se nevztahovaly k předmětu veřejné zakázky, neměly význam ve vztahu k nabídkové ceně, byly neurčité, a zadavatel jich měl zneužít k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení pro veřejnou zakázku. Dle názoru navrhovatele nemělo být nezohlednění takových zadávacích podmínek v nabídce navrhovatele důvodem, pro který by navrhovatel mohl být vyloučen ze zadávacího řízení pro veřejnou zakázku. V této souvislosti navrhovatel napadal i další zadávací podmínky, jejichž stanovením měl zadavatel nepřipustně zasáhnout do volné soutěže dodavatelů.
9. Úřad v souvislosti s těmito tvrzeními navrhovatele uvedl, že pokud navrhovatel považoval určitá ustanovení zadávací dokumentace za zmatečná či nezákonná, měl proti nim v zákonné lhůtě podat řádné námitky dle § 110 odst. 3 zákona, tedy námitky proti zadávacím

podmínkám. Vzhledem k tomu, že navrhovatel takové námitky zadavateli v zákonné lhůtě nepředložil, nebyl ani oprávněn podat v této věci návrh na zahájení řízení dle § 114 zákona.

III. Námitky rozkladu

10. Proti napadenému rozhodnutí Úřadu podal navrhovatel rozklad, který byl Úřadu doručen v zákonné lhůtě dne 15. 6. 2012. Navrhovatel v rozkladu uvádí svůj nesouhlas s napadeným rozhodnutím, a to s oběma jeho výroky.
11. Navrhovatel je konkrétně přesvědčen, že argumentace Úřadu týkající se výroku I. napadeného rozhodnutí nemůže obstát, neboť Úřad dle navrhovatele neuvedl, na základě jakých skutečností ke svým závěrům došel. Navrhovatel se tak domnívá, že napadené rozhodnutí je v této části nepřezkoumatelné, neboť napadené rozhodnutí neobsahuje popis skutečností, které byly rozhodné pro závěr Úřadu o tom, že návrh na přezkoumání úkonů zadavatele byl ve své podstatě námitkami navrhovatele proti zadávacím podmínkám.
12. Dále z rozkladu vyplývá, že navrhovatel považuje za zásadní, že jeho nabídka byla zadavatelem ze zadávacího řízení pro veřejnou zakázku vyloučena pro nesplnění podmínky, která dle názoru navrhovatele s veřejnou zakázkou nijak nesouvisela.
13. Úřad měl dle názoru navrhovatele rozhodovat o jiné věci, než o předmětu návrhu navrhovatele, přičemž návrh v bodě V. uváděl, že námitky navrhovatele proti vyloučení primárně směřovaly proti tomu, že zadavatel zneužil ustanovení zadávací dokumentace, jejichž nezohlednění v nabídce navrhovatele bylo důvodem jeho vyloučení ze zadávacího řízení pro veřejnou zakázku, neboť zadavatel v rámci zadávacích podmínek uvedl, že odstranění tzv. ostatních odpadů nebude předmětem hodnocení a odměna za tyto úkony nebude součástí nabídkové ceny. Navrhovatel deklaruje, že se v žádném případě nejednalo o námitky proti zadávací dokumentaci.
14. Z obsahu rozkladu dále vyplývá, že zadavatel měl dle názoru navrhovatele neoprávněně zahrnout do hodnocení nabídek i odstranění ostatních druhů odpadů, které nejsou komunálním odpadem, přičemž nakládání s takovým odpadem nebylo součástí veřejné zakázky.
15. V další rozkladové námitce navrhovatel uvádí, že Úřad vydáním napadeného rozhodnutí rezignoval na své základní poslání, kterým je dohled nad postupy zadavatelů při zadávání veřejných zakázek, přičemž jeho rozhodnutí vyjadřuje pouze subjektivní názor, který není odůvodněn žádnými rozumnými skutečnostmi.
16. Navrhovatel je přesvědčen, že ani v případě výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad nerozhodl správně. Navrhovatel v této souvislosti uvádí, že oznámení o jeho vyloučení ze zadávacího řízení bylo vyhotoveno Unitender, s. r. o., přičemž současně obsahovalo odůvodnění vyloučení navrhovatele a poučení o možnosti podat námitky. Jako takové má tedy dle názoru navrhovatele veškeré náležitosti rozhodnutí o vyloučení uchazeče

ze zadávacího řízení. Z obsahu tohoto dokladu je dle názoru navrhovatele nepochybné, že se jedná o rozhodnutí ve věci, ačkoli přílohu tohoto oznámení tvoří dokument nazvaný „Rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení“, který však oproti listině nazvané „Oznámení rozhodnutí zadavatele“ nemá náležitosti takového rozhodnutí. Navrhovatel tedy uzavírá, že pokud zákon v § 151 odst. 2 vylučuje zmocnění jiné osoby k vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení, došlo k porušení tohoto ustanovení zákona, neboť rozhodnutí bylo učiněno osobou odlišnou od zadavatele, společností Unitender, s. r. o.

17. Pokud Úřad odmítl zabývat se návrhem meritorně, měl tímto zároveň popřít své základní poslání v oblasti zadávání veřejných zakázek. Dále se měl Úřad odchýlit od své ustálené rozhodovací praxe, neboť v dosavadních řízeních platilo, že pokud Úřad shledal, že zadavatel pochybil v procesu zadávacího řízení tím, že učinil předmětem hodnocení skutečnosti, které s veřejnou zakázkou nesouvisely, rozhodoval Úřad ve prospěch stěžovatelů.
18. Dle názoru navrhovatele z jeho návrhu na zahájení řízení jednoznačně vyplývá, že zadavatel měl zneužít svého postavení, pokud jako důvod pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení pro veřejnou zakázku uvedl, že *„cena za odstranění ostatních druhů odpadů nebude vyšší než 60 % ceny za odstranění směsného komunálního odpadu“*, neboť odstranění ostatních druhů odpadu nebylo součástí předmětu veřejné zakázky. Zadavatel do textu zadávací dokumentace ukryl zadávací podmínku, kterou mohl následně využít k vyloučení uchazeče.
19. Navrhovatel dále rozporuje postupy Úřadu vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel, ačkoli si byl vědom toho, že navrhovatel podal návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, jehož součástí byl i návrh na vydání předběžného opatření týkajícího se zákazu uzavřít smlouvu s vítězným uchazečem, přesto smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky uzavřel. Dle navrhovatele se jedná o indicii toho, že postup zadavatele měl být od začátku veden k výběru předem daného uchazeče.

Závěr rozkladu

20. Závěrem rozkladu navrhovatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil z důvodu jeho nezákonnosti.

IV. Řízení o rozkladu

21. Úřad 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 ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Vyjádření vybraného uchazeče

22. Vybraný uchazeč na základě dopisu ze dne 25. 6. 2012 vyjádřil svůj nesouhlas s rozkladem a jeho důvody. Vybraný uchazeč je přesvědčen, že se zadavatel nedopustil porušení žádné povinnosti týkající se vymezení předmětu veřejné zakázky. I kdyby navrhovatel uplatnil

námítky proti zadávacím podmínkám včas, nebyly by takové námítky dle vybraného uchazeče úspěšné. Vybraný uchazeč je dále přesvědčen, že navrhovatel v rozkladu neuvedl žádný argument, který by neopíral o tvrzení nesprávnosti zadávacích podmínek, Úřad tedy dotčené argumenty navrhovatele správně vyhodnotil jako námítky proti zadávacím podmínkám, přičemž dle vybraného uchazeče z napadeného rozhodnutí vyplývá, na základě jakých skutečností Úřad učinil tento svůj závěr. Vybraný uchazeč souhlasí se závěrem Úřadu ohledně nedostatku aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu, který se týká zadávacích podmínek. Pokud jde o výrok II. napadeného rozhodnutí, je vybraný uchazeč přesvědčen, že se Úřad v této souvislosti dostatečně vyjádřil k argumentům navrhovatele, týkajícím se postupů zadavatele při přezkoumávání námitek, a se závěrem Úřadu v této souvislosti se vybraný uchazeč ztotožňuje. Vybraný uchazeč dále poukazuje na skutečnost, že navrhovatel v rámci rozkladu napadá rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení, což je dle vybraného uchazeče zcela nová skutečnost, kterou navrhovatel v průběhu dosavadního řízení neuplatňoval.

Vyjádření zadavatele

23. Dne 26. 6. 2012 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, v němž zadavatel deklaruje svůj souhlas s napadeným rozhodnutím. Dále zadavatel uvádí, že smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky byla uzavřena dne 28. 11. 2011, tedy po vypršení zákonné lhůty 45 dní ode dne doručení námitek navrhovatele proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení pro veřejnou zakázku a proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, přičemž k uzavření smlouvy došlo ještě před vydáním předběžného opatření Úřadem. Dále zadavatel vyjádřil nesouhlas s tvrzením navrhovatele, že pokud zadavatel uzavřel na plnění veřejné zakázky smlouvu, ačkoli byl navrhovatelem podán návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, jedná se o indicii toho, že postup zadavatele byl od počátku veden k tomu, aby byl v zadávacím řízení vybrán konkrétní uchazeč.

Stanovisko předsedy Úřadu

24. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem přezkoumal podle § 89 odst. 2 správního řádu soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
25. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. a II. napadeného rozhodnutí. V odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou dále uvedeny bližší důvody, které mne vedly k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

26. Předně uvádím, že se plně ztotožňuji s odůvodněním napadeného rozhodnutí, které považuji za dostatečně určité, srozumitelné a přezkoumatelné.

27. Navrhovatel v rozkladu vyjadřuje svůj nesouhlas s rozsahem odůvodnění tvrzení Úřadu týkajícího se aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v rámci zadávacího řízení pro veřejnou zakázku. Úřad v této souvislosti shledal, že návrh nebyl podán osobou oprávněnou k podání návrhu, neboť podání návrhu nepředcházelo podání námitek proti zadávací dokumentaci dle § 110 odst. 3 zákona. Dle tvrzení navrhovatele Úřad neuvádí, na základě jakých skutečností k tomuto závěru dospěl, a napadené rozhodnutí trpí vadou nepřezkoumatelnosti.
28. Ke shora uvedené rozkladové námitce uvádím, že z napadeného rozhodnutí vyplývají veškeré rozhodné okolnosti daného případu, které Úřad vedly k předmětnému závěru. Konkrétně se jedná o článek 19 napadeného rozhodnutí, v němž Úřad výslovně uvádí, že k tomuto závěru jej vedlo prohlášení samotného navrhovatele, které učinil součástí návrhu na zahájení řízení o přezkumu úkonů zadavatele. Vzhledem k tomu, že navrhovatel v tomto návrhu uvedl, že ačkoli mu určité zadávací podmínky připadaly zmatečné, nepovažoval za podstatné takové zmatečné požadavky zadavatele napadat formou námitek k zadávací dokumentaci. Je tedy očividné, že navrhovatel měl o určitých ustanoveních zadávací dokumentace pochybnosti. Zákon dává uchazečům o veřejnou zakázku v takovém případě možnost podat proti konkrétním zadávacím podmínkám námitky dle § 110 odst. 3 zákona, přičemž takové námitky musejí být zadavateli doručeny nejpozději do pěti dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. § 110 odst. 7 zákona pak uvádí, že podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Sám navrhovatel však výslovně v rámci návrhu uvedl, že námitky proti zadávacím podmínkám nepodal.
29. Jsem přesvědčen, že Úřad vyhodnotil správně, že návrh na přezkoumání úkonů zadavatele v dotčené části brojí proti zadávacím podmínkám, neboť navrhovatel staví veškeré své argumenty pouze na rozporech ve vymezení zadávacích podmínek. V článku VI. návrhu navrhovatel uvádí, že stanovením zadávacích podmínek zadavatel „*nepřípustným způsobem zasáhl do volné soutěže dodavatelů*“. V této souvislosti navrhovatel rozporuje čl. 3, bod 9.5 zadávací dokumentace, v němž zadavatel stanovil, že cena za odstranění ostatních druhů odpadů, konkrétně u „*stavebních a demoličních odpadů*“, u „*výkopové zeminy*“ a u „*pneumatik*“ nesmí být vyšší než 60 % ceny za odstranění směšného komunálního odpadu (vzhledem k recyklaci). Navrhovatel v návrhu výslovně uvádí, že se jedná o „*naprosto nesmyslný a neoprávněný*“ požadavek. Navrhovatel tak zcela zřejmě brojí proti konkrétní zadávací podmínce. Dále navrhovatel v návrhu uvádí, že „*podmínky, které zadavatel v bodě 9.5 zadávací dokumentace uvedl, není možné relevantně vyhodnotit, neboť pojem, který zadavatel použil, tj. směšné KO, není pojmem, který zná zákon o odpadech a ani žádný prováděcí předpis k tomuto zákonu*“, a dále, že „*není zřejmé, co zadavatel pojmem směšné KO měl na mysli, zejména, který druh odpadu pod pojem směšné KO zařazuje*“. Na tomto místě tedy navrhovatel opět rozporuje samotné zadávací podmínky. Následně navrhovatel opět argumentuje proti zadávací dokumentaci, když v návrhu poukázal na odlišnost pojmů „*odstranění odpadů*“ a „*recyklace odpadů*“, které zadavatel v zadávací dokumentaci použil, a v této souvislosti navrhovatel uvedl, že „*tím, že zadavatel tyto pojmy zcela neodlišil, je jeho požadavek na stanovení ceny nejasný*“. Následně navrhovatel v návrhu uvedl, že „*nám (navrhovateli) není zcela jasné, jaký vliv měla recyklace na výši ceny za odstranění směšného*

KO, resp. co tímto požadavkem měl zadavatel vůbec na mysli“, což je opět námitka rozporující srozumitelnost zadávací dokumentace pro navrhovatele.

30. Ze shora uvedeného výčtu námitek, které navrhovatel v návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v rámci zadávacího řízení pro veřejnou zakázku vymezil, zcela zřejmě vyplývá, že navrhovatel od začátku rozporoval právě zadávací podmínky, jejichž nedodržení navrhovatelem v nabídce pak mělo vliv na jeho účast v zadávacím řízení. Neztotožňuji se tedy ani s další rozkladovou námitkou navrhovatele, že Úřad měl v napadeném rozhodnutí rozhodovat o zcela jiné věci než o tom, co bylo obsahem návrhu. Navrhovatel se v této souvislosti domnívá, že jeho námitky primárně směřovaly proti skutečnosti, že *„zadavatel zneužil ustanovení zadávací dokumentace“* tím, že ačkoli sám deklaroval, že odměna za odstranění ostatních druhů odpadů nebude předmětem hodnocení, *„zadavatel do hodnocení nabídek zahrnul rovněž odstranění ostatních druhů odpadů, které nejsou komunálním odpadem“*.
31. V souvislosti se shora uvedeným tvrzením navrhovatele uvádím, že navrhovatel byl rozhodnutím zadavatele ze dne 31. 8. 2011 vyloučen ze zadávacího řízení z důvodu, že v nabídce nesplnil podmínky stanovené v zadávací dokumentaci. Z návrhu i z rozkladu však vyplývá, že navrhovatel se domnívá, že jeho vyloučení bylo důsledkem skutečnosti, že zadavatel zahrnul do procesu hodnocení nabídek i *„odstranění ostatních druhů odpadů, které nejsou komunálním odpadem, přičemž nakládání s takovým odpadem nebylo součástí veřejné zakázky“*. Z čl. 3, bodu 9.5 zadávací dokumentace pro veřejnou zakázku výslovně vyplývá, že náklady na odstranění ostatních druhů odpadů, které jsou popsány v tomto bodě zadávací dokumentace, *„nebudou součástí nabídkové ceny“*. Následně zadavatel tuto skutečnost zopakoval v souvislosti s požadavky na zpracování nabídkové ceny, kdy uvedl, že tabulka s rozpisem nákladů na odstranění ostatních druhů odpadů dle bodu 9.5, čl. 3 zadávací dokumentace, nebude tvořit součást položkového rozpočtu pro sestavení nabídkové ceny. Dále tato skutečnost vyplývá z přílohy č. 8 zadávací dokumentace, kdy do položkového rozpočtu nazvaného *„celková cena veřejné zakázky“* není zahrnuta položka č. 9.5 s názvem *„odstranění ostatních druhů odpadů“*. Tato položka je pak v rámci slepého výkazu výměr, který tvoří přílohu č. 8 zadávací dokumentace, vymezena samostatně a opět u ní zadavatel uvedl, že *„není součástí nabídkové ceny“*. Z dotčených ustanovení zadávací dokumentace zcela očividně vyplývá, že náklady na odstranění ostatních druhů odpadů, které nejsou komunálním odpadem, nebyly zadavatelem zahrnuty pod nabídkovou cenu a nebyly tedy ani předmětem hodnocení.
32. Pokud navrhovatel v rozkladu tvrdí, že Úřad v této souvislosti v napadeném rozhodnutí uvádí *„pouze svůj subjektivní názor, který neodůvodnil žádnými rozumnými skutečnostmi“*, nemůže se předseda Úřadu s takovou rozkladovou námitkou ztotožnit, neboť z napadeného rozhodnutí nade vší pochybnost vyplývá, na základě jakých skutečností Úřad učinil své závěry. Tyto závěry jsou podloženy zákonnou úpravou podávání námitek v rámci zadávacího řízení a z napadeného rozhodnutí výslovně vyplývá, že Úřad z této zákonné úpravy v rámci rozhodování o návrhu navrhovatele vycházel (článek 19 a 21 napadeného rozhodnutí).

33. V další části rozkladu navrhovatel brojí proti výroku II. napadeného rozhodnutí, v němž Úřad konstatoval, že v rámci postupu zadavatele při vyřízení námitek navrhovatele neshledal důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona. V rozkladu však navrhovatel v souvislosti s tímto výrokem napadeného rozhodnutí uvádí svůj nesouhlas z toho důvodu, že k porušení zákona mělo dojít v souvislosti s úkonem vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení pro veřejnou zakázku, neboť oznámení o vyloučení navrhovatele bylo vyhotoveno společností Unitender, s. r. o. Celkově se rozklad v této části vztahuje pouze k rozhodnutí, resp. oznámení o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení pro veřejnou zakázku.
34. K této rozkladové námitce navrhovatele uvádím, že se jedná o tzv. novou skutečnost namítanou navrhovatelem, kterou definuje § 82 odst. 4 správního řádu a jako k takové k ní nejsem oprávněn přihlídnout, neboť tuto skutečnost byl navrhovatel oprávněn uplatnit již dříve. V návrhu na zahájení řízení navrhovatel brojil pouze proti skutečnosti, že zadavatel dle jeho názoru nepostupoval správně při vyřízení námitek navrhovatele proti jeho vyloučení ze zadávacího řízení pro veřejnou zakázku, neboť *„tyto námitky byly vyřízeny jinou osobou než zadavatelem“*. V rozkladu však navrhovatel rozporuje postupy zadavatele v souvislosti s rozhodnutím, resp. oznámením o vyloučení navrhovatele. Jak uvádí Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 5 As 7/2011-48 ze dne 7. 4. 2011, *„stávající právní úprava správního řízení obsažená ve správním řádu klade stran uplatňovaných skutečností a tvrzených důkazů důraz na řízení před správními orgány v prvním stupni, a další či nové skutečnosti a důkazy v odvolacím řízení připouští jen zcela výjimečně. Ustanovení § 82 odst. 4 správního řádu posiluje tzv. koncentraci řízení tím, že účastníkovi řízení neumožňuje uplatňovat v odvolacím řízení takové skutečnosti a důkazy, které mohl uplatnit již dříve, tedy v řízení v prvním stupni. Toto zákonné řešení se z povahy věci jeví plně opodstatněné přinejmenším tam, kde se jedná o řízení o žádosti účastníka řízení, který si ve svém vlastním zájmu musí řádně a včas nejen zjistit, ale také zajistit vše potřebné, co pro vyhovění žádosti účastníka předepisuje zákonná úprava.“* Vzhledem k tomu, že rozkladové námitky navrhovatele se týkají zcela jiných postupů zadavatele, než o jakých rozhodl Úřad v napadeném rozhodnutí, k těmto rozkladovým námitkám jsem nepřihlédl. Pro úplnost uvádím, že aplikace § 82 odst. 4 správního řádu na tento případ není v rozporu s povinností správního úřadu zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, neboť u řízení zahajovaných na návrh se zásada koncentrace uplatňuje běžně, jak ostatně přisvědčil i Nejvyšší správní soud ve shora uvedeném rozsudku. Závěrem uvádím, že se plně ztotožňuji s výrokem II. napadeného rozhodnutí a jeho odůvodnění považuji za dostatečné.
35. Dále jsem se neztotožnil s námitkou navrhovatele uvedenou v čl. II rozkladu. V rámci této rozkladové námitky navrhovatel uvádí, že se měl Úřad odchýlit od vlastní rozhodovací praxe, neboť pokud v minulosti *„zjistil, že zadavatel pochybil v procesu veřejné zakázky tím, že učinil předmětem hodnocení veřejné zakázky skutečnosti, které s veřejnou zakázkou nesouvisely“*, rozhodoval ve prospěch stěžovatelů. K tomuto uvádím, že i přes platnost zásady legitimního očekávání, definovanou v § 2 odst. 4 správního řádu, nelze rozhodovací praxi Úřadu zcela automaticky zobecňovat. Každý případ je v konkrétních skutečnostech odlišný, a není tedy možné bez dalšího konstatovat, že kdykoli by předmětem hodnocení byly určité skutečnosti s předmětem veřejné zakázky přímo nesouvisějící, rozhodl by Úřad, příp. jeho předseda

automaticky ve prospěch předkladatele návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

36. Nad shora uvedené je však zcela zřejmé, že dotčená argumentace navrhovatele nemá oporu ve skutkovém stavu. Z rozkladu celkově vyplývá, že se navrhovatel domnívá, že ustanovení čl. 3, bod 9.5 zadávací dokumentace, mělo mít přesah do fáze hodnocení nabídek, neboť dle navrhovatele měla být odměna uchazeče za odstranění tzv. ostatních druhů odpadů součástí hodnotících kritérií. Tak tomu ovšem nebylo, neboť ze zadávací dokumentace jednoznačně vyplývá, že předmětem hodnocení byla pouze nabídková cena definovaná zadávací dokumentací, jak jsem uvedl výše v bodě 31 tohoto rozhodnutí. V této souvislosti je argumentace navrhovatele z obsahového hlediska opět námitkami proti zadávacím podmínkám, neboť navrhovatel v článku II. rozkladu rozporuje, co skutečně bylo předmětem veřejné zakázky, přičemž namítá, že podle jeho názoru *„zadavatel skrýval do textu zadání podmínky, které může následně využít k vyloučení uchazeče“*. Z napadeného rozhodnutí, s jehož závěrem v této souvislosti se plně ztotožňuji, jednoznačně vyplývá, že pokud *„navrhovatel považoval určitá ustanovení zadávací dokumentace za zmatečné, či nezákonné, měl proti nim v zákonné lhůtě podat řádné námitky podle § 110 odst. 3 zákona, kde měl uplatnit argumenty uvedené ve svém návrhu na zahájení správního řízení“*.
37. Pokud jde o navrhovatelem vytýkanou netečnost Úřadu vůči skutečnosti, že na základě výsledků zadávacího řízení byla mezi zadavatelem a vítězným uchazečem uzavřena smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky, nevyplývá z rozkladu, jaké konkrétní úkony měl Úřad dle názoru navrhovatele v této věci provést. Zákon v této souvislosti uvádí, že v případě, že zadavatel podaným námitkám nevyhověl, nesmí před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele uzavřít smlouvu. Dále v souladu se zákonem platí, že je-li návrh na zahájení řízení podán včas, nesmí zadavatel ve lhůtě 45 dnů ode dne doručení námitek smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky uzavřít.
38. V případě veřejné zakázky platí, že námitky navrhovatele byly zadavateli doručeny dne 15. 9. 2011. Rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele je datováno ke dni 23. 9. 2011. Toto rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 26. 9. 2011. Lhůta pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele definovaná v § 114 odst. 4 zákona skončila dne 6. 10. 2011. Vzhledem k tomu, že návrh byl Úřadu v této lhůtě podán, nebyl zadavatel v souladu s § 111 odst. 5 zákona oprávněn ve lhůtě 45 dnů ode dne doručení námitek uzavřít smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Tato lhůta skončila dne 30. 10. 2011. Dne 13. 12. 2011 informoval zadavatel Úřad o skutečnosti, že k uzavření smlouvy došlo dne 28. 11. 2011. Lhůta dle § 111 odst. 5 zákona tedy byla zadavatelem dodržena. Předběžné opatření ukládající zadavateli zákaz uzavření smlouvy bylo Úřadem vydáno dne 7. 12. 2011, tedy až poté, co byla smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky uzavřena, a zadávací řízení pro veřejnou zakázku bylo ukončeno. Zadavatel tedy postupoval v souladu se zákonem, pokud smlouvu na plnění veřejné zakázky uzavřel, přičemž Úřad po jejím uzavření nemohl na nařízeném předběžném opatření trvat.

VI. Závěr

39. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
40. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 S., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Obec Baška, Baška 420, 739 01 Baška
2. Frýdecká skládka, a.s., Panské Nové Dvory 3559, 738 01 Frýdek Místek
3. .A.S.A., spol. s r.o., Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8

Vypraveno dne

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