



UOHSX007187J

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S190/2015/VZ-12208/2015/523/ASo

Brno 22. května 2015

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 27. 3. 2015 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – město Nejdek, IČO 00254801, se sídlem náměstí Karla IV. 239, 362 21 Nejdek, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 1. 4. 2015 JUDr. Liborem Čihákem, advokátem, ev. č. ČAK 04658, se sídlem Západní 1401/63, 360 01 Karlovy Vary,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „Komunální a technické služby pro město Nejdek“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 8. 7. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 7. 2014 pod ev. č. 377786 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 7. 2014 pod ev. č. 2014/S 131-234414,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Nejdek, IČO 00254801, se sídlem náměstí Karla IV. 239, 362 21 Nejdek – se při zadávání veřejné zakázky „Komunální a technické služby pro město Nejdek“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 8. 7. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 7. 2014 pod ev. č. 377786 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 7. 2014 pod ev. č. 2014/S 131-234414, dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že jednal v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 citovaného zákona, když

předmět plnění veřejné zakázky vymezil tak široce, že jeho součástí je jak zajištění svozu a likvidace komunálního odpadu včetně provozu sběrného dvora, tak i provedení letní a zimní údržby silnic a související služby, čímž mohlo dojít k omezení okruhu potenciálních dodavatelů, kteří by jinak byli schopni dodat jen některá z požadovaných plnění, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel se společností AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o., IČO 49356089, se sídlem Pražská 1321/38a, 102 00 Praha 10, dne 30. 10. 2014 smlouvu na plnění veřejné zakázky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – město Nejdek, IČO 00254801, se sídlem náměstí Karla IV. 239, 362 21 Nejdek – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

pokuta ve výši 750 000 Kč (sedm set padesát tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – město Nejdek, IČO 00254801, se sídlem náměstí Karla IV. 239, 362 21 Nejdek, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 1. 4. 2015 JUDr. Liborem Čihákem, advokátem, ev. č. ČAK 04658, se sídlem Západní 1401/63, 360 01 Karlovy Vary (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) dne 8. 7. 2014 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Komunální a technické služby pro město Nejdek“, přičemž toto oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 7. 2014 pod ev. č. 377786 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 7. 2014 pod ev. č. 2014/S 131-234414 (dále jen „veřejná zakázka“). Zadavateli svědčí postavení zadavatele veřejného ve smyslu ust. § 2 odst. 2 písm. c) zákona, neboť je územním samosprávným celkem.
2. V zadávací dokumentaci zadavatel v bodu 3.8. uvedl následující popis veřejné zakázky: *„Předmětem plnění veřejné zakázky je svoz a likvidace komunálního odpadu a provedení letní a zimní údržby silnic, jakož i související služby, v rozsahu stanoveném v technických podmínkách ... Bližší popis předmětu veřejné zakázky je obsažen v návrhu smlouvy na plnění veřejné zakázky tvořícím část 2 této zadávací dokumentace.“*
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí dle bodu 3.4. zadávací dokumentace 520 000 000,- Kč bez DPH. Dle bodu 3.6. zadávací dokumentace si zadavatel vyhradil opční právo v hodnotě 80 000 000,- Kč, kterou v předpokládané hodnotě zohlednil. Lhůta pro podání nabídek končila dne 25. 9. 2014. Při výkonu práv a povinností podle zákona souvisejících se zadávacím řízením se zadavatel v souladu s § 151 odst. 1 zákona nechal zastoupit společností Allo Tender, IČO 24658031, se sídlem Radlická 2000/3, 150 00 Praha 5.

4. V bodě 5.2. zadávací dokumentace je uvedeno, že „smlouva na plnění zakázky bude uzavřena s vybraným uchazečem na dobu určitou v trvání 20 let... Strany jsou poprvé oprávněny smlouvu vypovědět bez udání důvodu po uplynutí 9 let účinnosti smlouvy. Nedojde-li k zániku smlouvy dle předchozí věty, jsou strany oprávněny smlouvu vypovědět bez udání důvodu až po uplynutí 14 (čtrnácti) let její účinnosti....“
5. Smlouva na plnění veřejné zakázky byla mezi zadavatelem a vybraným uchazečem – AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o., IČO 49356089, se sídlem Pražská 1321/38a, 102 00 Praha 10 (dále jen „vybraný uchazeč“) – uzavřena dne 30. 10. 2014, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo zadavatelem odesláno k uveřejnění dne 4. 11. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 11. 2014 pod ev. č. formuláře 7403011077786.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona příslušný k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky.
7. Na základě skutečností obsažených v podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal stanovisko k obsahu podnětu a dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou.
8. Vzhledem k tomu, že z předložených materiálů získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel nejednal v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 odst. 1 zákona, když předmět plnění veřejné zakázky vymezil tak široce, že jeho součástí je jak zajištění odpadového hospodářství, tak i letní a zimní údržba komunikací a související služby, čímž mohlo dojít k omezení okruhu potenciálních dodavatelů, a zda se tak zadavatel nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když na plnění veřejné zakázky uzavřel s vybraným uchazečem dne 30. 10. 2014 smlouvu, zahájil správní řízení z moci úřední.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

9. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
10. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S190/2015/VZ-7915/2015/523/MLi ze dne 27. 3. 2015. Oznámení o zahájení správního řízení bylo zadavateli doručeno téhož dne, čímž bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení z moci úřední.
11. Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S190/2015/VZ-7916/2015/523/MLi ze dne 27. 3. 2015 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení.
12. Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S190/2015/VZ-9103/2015/523/ASo ze dne 14. 4. 2015 stanovil lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 20. 4. 2015 bylo Úřadu doručeno dne 22. 4. 2015.
13. Dne 17. 4. 2015 bylo právnímu zástupci zadavatele JUDr. Liboru Čihákovi na základě plné moci ze dne 1. 4. 2015 umožněno nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S190/2015/VZ.

Stanovisko zadavatele ze dne 7. 4. 2015

14. Stanovisko zadavatele ze dne 7. 4. 2015 bylo Úřadu doručeno dne 9. 4. 2015 a zadavatel v něm plně odkázal na své dřívější vyjádření ze dne 5. 2. 2015, které bylo Úřadu zasláno v rámci šetření podnětu.
15. Zadavatel se ve svém stanovisku ze dne 5. 2. 2015 komplexně vyjadřuje k několika, dle zadavatele, sporným bodům v zadávacím řízení. Zadavatel výslovně uvádí, že „výběrové řízení vedené k předmětné zakázce vykazuje některé závažné právní nedostatky“. K příliš široce vymezenému předmětu veřejné zakázky zadavatele uvedl, že „nelze tedy než konstatovat, že při zadávání veřejné zakázky z tohoto hlediska došlo nepochybně k porušení zákona“. Zadavatel se v této části svého vyjádření zaměřil na problematiku sběrného dvora, jehož zřízení a provoz je rovněž předmětem smlouvy, k čemuž uvádí, že tento požadavek považuje za nedůvodný a diskriminující pro dodavatele, kteří sběrný dvůr v dané lokalitě neprovozují s tím, že „spojením provozování sběrného dvora s dalšími požadovanými činnostmi (nakládání s odpady, letní a zimní údržba, údržba zeleně) došlo k porušení zákonem stanovených předpokladů pro zadávací dokumentaci, technické a kvalifikační podmínky, tak jak jsou stanoveny v ZVZ“. Dále pak uvádí, že „[r]ozdělením předmětné zakázky... by rozhodně nedošlo k porušení ustanovení § 13 odst. 3 ZVZ...“ V závěru svého vyjádření zadavatel poukazuje na nestandardní a nevýhodné podmínky, za nichž byla smlouva uzavřena s tím, že „...všechny okolnosti nasvědčují skutečnosti, že smlouva byla účelově uzavřena předcházejícím vedením za značně nevýhodných podmínek, kdy ‚důsledky‘ takovéto smlouvy ponese již vedení nové.“

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 20. 4. 2015

16. Zadavatel předně uvádí, že má za to, že poskytl Úřadu veškerou dostupnou dokumentaci včetně dalších relevantních podkladů, stanovisek a vyjádření vztahujících se k veřejné zakázce.
17. Zadavatel v rámci svého vyjádření žádá, aby Úřad rozhodl o tom, zda zadavatele nejednal v rozporu se zásadou zákazu diskriminace, když vymezil předmět plnění veřejné zakázky příliš široce, dále zda zadavatel nejednal v rozporu se zákonem, když požadoval při prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů přesný počet strojů, nářadí a pomůcek, dále zda zadavatel nejednal v rozporu se zákonem, když požadoval prokázání „finančních objemů“, dále zda ze strany zadavatele nedošlo k porušení zákona v otázce spojování soutěžitelů a požadavků na odbornou kvalifikaci hodnotící komise a dále zda zadavatel nejednal v rozporu se zákonem, když k uzavření smlouvy došlo bez předchozího rozhodnutí zastupitelstva o uzavření smlouvy.
18. Zadavatel opětovně poukazuje na skutečnost, že smlouva byla uzavřena za nestandardních a pro zadavatele nevýhodných podmínek, přičemž s takto vzniklou situací se nyní vypořádává již nové vedení zadavatele, kterému případně uložená pokuta ze strany Úřadu výrazně ztíží finanční situaci, která je nyní narušena právě v důsledku plnění smlouvy na veřejnou zakázku.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

19. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení veškerých podkladů, zejm. dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele a na základě vlastního zjištění konstatuje, že

zadavatel nepostupoval v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

20. Podle ust. § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Ke spáchání správního deliktu zadavatelem

21. Zadavatel v oznámení o zakázce uvedl, že předmětem veřejné zakázky je *„sběr, svoz a likvidace komunálního odpadu, svoz a likvidace objemného odpadu, sběr, svoz, třídění, využití nebo zneškodnění separovaného odpadu z nádob na separovaný odpad umístěných na územní města, zajištění provozu sběrného dvora, třídění a zneškodnění veškerých odpadů převzatých ve sběrném dvoře, zajištění odvozu a likvidace nebezpečného odpadu, zajištění odklizení černých skládek v katastru města Nejdek včetně likvidace uloženého odpadu, zajištění přistavování a odvozu vlastních velkoobjemových kontejnerů včetně likvidace uloženého odpadu, vývoz odpadkových košů umístěných na území města, očista dalších objektů včetně odvozu a ložení odpadu na skládce (přístřešky pro cyklostezky, rozhledna Pajndl, Křížová cesta, svozová místa u lokalit sloužících k rekreaci), komunikace a chodníky – jarní, letní a podzimní očista, zimní údržba“.*
22. V zadávací dokumentaci zadavatel v bodu 3.8. uvedl, že *„předmětem plnění veřejné zakázky je svoz a likvidace komunálního odpadu a provedení letní a zimní údržby silnic, jakož i související služby, v rozsahu stanoveném v technických podmínkách ... Bližší popis předmětu veřejné zakázky je obsažen v návrhu smlouvy na plnění veřejné zakázky tvořícím část 2 této zadávací dokumentace“.*
23. V čl. 1.1. návrhu smlouvy o dílo, jež tvoří část 2. zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že zhotovitel (potenciální vybraný uchazeč) bude pro objednatele (zadavatele) vykonávat následující práce a služby: *„Zajištění odpadového hospodářství Města Nejdek; Zajištění letní údržby komunikací Města Nejdek, Zajištění zimní údržby komunikací Města Nejdek, Související služby“.*
24. V bodu 1.2. zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že *„[u]chazeč podá svou nabídku k celému rozsahu veřejné zakázky, jak to vyžaduje zadávací dokumentace...“.* Z tohoto bodu tedy nevyplývá, že by zadavatel měl v úmyslu rozdělit předmět veřejné zakázky ve smyslu ust. § 98 odst. 1 zákona, dle kterého *„zadavatel může rozdělit veřejnou zakázku na části, připouští-li to povaha předmětu veřejné zakázky“.* Tuto skutečnost potvrzuje rovněž oznámení o zakázce, konkrétně bod II.1.8), ve kterém zadavatel uvedl, že veřejná zakázka není rozdělena na části.
25. K problematice široce vymezeného předmětu veřejné zakázky se vyjádřil Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 7/2010-135 ze dne 2. 3. 2010 takto: *„...v případě, kdy zadavatel vymezí předmět veřejné zakázky příliš široce (tzn. v rámci jedné veřejné zakázky požaduje plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí) a v důsledku toho podalo nabídku méně dodavatelů než v situaci, kdy by byla tato jednotlivá plnění poptávána samostatně, může se zadavatel dopouštět skryté diskriminace. Diskriminováni jsou zde ti dodavatelé, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna.“* Soud v předmětném rozsudku dále konstatoval, že pokud je jedinou cestou, jak dosáhnout nediskriminačního nastavení zadávacích podmínek rozdělení veřejné zakázky na části

podle § 98 zákona, tak se nejedná – s ohledem na základní povinnost zadavatele dodržet základní zásady podle § 6 zákona – o postup zákonem („pouze“) umožněný, ale v daném případě o postup zákonem uložený, přičemž v takových případech je rozdělením veřejné zakázky na části zajištěna větší otevřenost zadávacího řízení, což v důsledku přináší větší konkurenci a následně i větší úsporu finančních prostředků. Tyto závěry Krajského soudu v Brně byly potvrzeny rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 59/2010-183 ze dne 18. 1. 2011.

26. V souvislosti s problematikou skryté diskriminace Úřad odkazuje na závěr Nejvyššího správního soudu, který učinil v rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008. Nejvyšší správní soud v cit. rozsudku ohledně smyslu zásady zákazu diskriminace zakotvené v ust. § 6 zákona mimo jiné uvedl, že *„v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli... smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli)“.*
27. Úřad rovněž poukazuje na závěry uvedené v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 57/2011-96 ze dne 1. 11. 2012 v němž je uvedeno, že *„jestliže tedy zadavatel, byť podle svého vlastního rozhodnutí, poptává plnění, které není plněním, jež je nutno z technických a ekonomických důvodů poptávat společně, jako plnění jediné (společné), přitom podmínkám vycházejícím z takto nastavené poptávky, jež se projevuje v samotném vymezení předmětu veřejné zakázky, může vyhovět pouze velmi omezený počet dodavatelů (...), zatímco při oddělené zadavatelově poptávce po takto dle úvahy zadavatele spojeném plnění by se o zakázky v jednotlivých oblastech plnění mohl ucházet vyšší počet dodavatelů, přitom obě plnění jsou plněními, jež se jinak poskytují samostatně (...), pak takový postup lze kvalifikovat jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 ZVZ. Je tomu tak proto, že někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by plnění, které je zadavatelem poptáváno, mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní, nehledě k tomu, že by je při zajištění efektivní soutěže o veřejnou zakázku mohli realizovat za podmínek pro zadavatele výhodnějších“.*
28. Stěžejní otázkou, a tedy předmětem správního řízení je to, zda zadavatel při vymezení předmětu veřejné zakázky nejednal v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 odst. 1 zákona. Zadavatel předmět veřejné zakázky vymezil v oznámení o zakázce, zadávací dokumentaci a návrhu smlouvy (viz body 21., 22., 23. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž z těchto dokumentů, jakož i z celé dokumentace o veřejné zakázce plyne pochybnost, zda předmět veřejné zakázky není koncipován příliš široce. Fakt, že příliš široké vymezení předmětu veřejné zakázky může představovat porušení zákona, konkrétně pak zásady zákazu diskriminace zakotvené v § 6 odst. 1 zákona, je potvrzena shora uvedenými citacemi závěrů Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu (viz body 25., 26., 27. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

29. Skutečnost, že předmět veřejné zakázky je zadavatelem koncipován široce, vyplývá z obsahu zadávací dokumentace, neboť v sobě zahrnuje různé druhy služeb, které vyžadují odlišné technické zázemí a vybavení, a které spolu přímo nesouvisí (tato skutečnost je zcela zřejmá např. z požadavku na svoz směsného komunálního odpadu a současně požadavku na údržbu komunikací). Z ekonomického hlediska lze obecně konstatovat, že na území České republiky existuje zvlášť trh zabývající se nakládáním s odpady, který zahrnuje veškeré činnosti týkající se všech druhů odpadů, přičemž v sektoru nakládání s odpady lze v rámci základních odpadů vymezit dílčí výrobní trhy zahrnující 1) sběr odpadů z domácností, 2) sběr základních průmyslových odpadů, 3) spalování základních odpadů a 4) jejich ukládání na skládku (viz např. rozhodnutí Úřadu ve věci ochrany hospodářské soutěže č. j. S 208/02-788/03 ze dne 14. 3. 2003; uvedené vymezení tohoto relevantního trhu ve své rozhodovací praxi používá i Evropská komise viz rozhodnutí M.916-Lyonnaise des Eaux/SUEZ) a zvlášť trh zabývající se údržbou komunikací, který obecně zahrnuje veškeré činnosti týkající se komunikací v zimním i letním období, tj. komplexní služby v celé oblasti údržby komunikací (toto rozdělení jednotlivých trhů používá i Úřad ve věcech ochrany hospodářské soutěže, viz např. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S346/2010/KD-21896/2010/850/KNe ze dne 19. 11. 2012). V případě, kdy je možné konstatovat, že existují dva od sebe oddělené a na sobě nezávislé trhy, které jsou dále segmentovány na trhy dílčí, pak implicitně i jednotlivé služby či plnění realizované na jednom z těchto trhů (resp. na dílčím trhu) jsou zcela nezávislé na službách či plněních realizovaných na trhu druhém, a tudíž je lze poptávat samostatně.
30. Závěry, že plnění požadovaná zadavatelem v rámci šetřeného zadávacího řízení spolu vzájemně nesouvisí, lze rovněž demonstrovat na požadavku zadavatele uvedeném v čl. 2.1. písm. e) návrhu smlouvy o dílo, jež tvoří část druhou zadávací dokumentace, dle něž je součástí plnění rovněž zajištění provozu sběrného dvora. K problematice odpadového hospodářství s požadavkem na provozování sběrného dvora se již dříve Úřad vyjadřoval ve svém rozhodnutí č. j. S43/2009/VZ-4641/2009/510/MCh ze dne 17. 4. 2009 (jež bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. R56/2009/VZ-16369/2009/310-ASc ze dne 10. 12. 2009), kde konstatoval, že *„svoz odpadů zpravidla zahrnuje svoz komunálního odpadu, svoz separovaných surovin (sklo, papír, PET), zajištění mobilního svozu velkoobjemového a nebezpečného odpadu a svoz nebezpečného odpadu ze sběrných středisek, odstranění odpadu nebo jeho předání k dalšímu nakládání. Subjekt, který svoz odpadů zajišťuje je povinen zajistit vytřídění a shromáždění svezeneho odpadu, přičemž je na něm, jakým způsobem toto zajistí (např. svozem na skládky; do sběrných dvorů, které nemusí být přímo v lokalitě, ve kterém se svoz provádí; svozem do spaloven; recyklací apod.). Komunální odpad se do sběrných dvorů nesváží, ten se sváží na skládky k tomuto účelu určené nebo do spaloven. Separovaný odpad se zpravidla vozí přímo ke zpracování, přičemž není nezbytné, aby procházel sběrným dvorem. Sběrné dvory plní funkci shromaždiště odpadu, přičemž některé sběrné dvory mohou také plnit funkci centra, kde se odpady dotřídí. Sběrné dvory slouží např. k odkládání odpadů, které nelze ukládat do sběrných nádob pro směsný komunální odpad, tzv. zbytkového odpadu (objemné složky komunálního odpadu včetně stavebních sutí, skla, papíru), separovaného odpadu, využitelného odpadu (železný šrot, textil) a nebezpečných složek komunálního odpadu“*. Úřad v této skutkové obdobné věci učinil závěr, že *„svoz odpadu a provoz sběrného dvora, ačkoliv náleží svým obsahem do služeb odpadového hospodářství, jsou dvě samostatné činnosti, které vyžadují rozdílné technické zázemí a technologicky spolu nesouvisí. Dodavatel zabezpečující svoz*

odpadů nemusí tedy nutně disponovat se sběrným dvorem v dané lokalitě, ve které svoz odpadů realizuje, ale je povinen svezeny odpad odstranit nebo předat k dalšímu nakládání, přičemž je pouze na něm, jakým způsobem to zajistí. Nelze vyloučit možnost, aby dodavatel zabezpečující svoz odpadu disponoval v dané lokalitě i sběrným dvorem, ale striktní trvání na takovém požadavku, je nedůvodné a diskriminující pro ostatní dodavatele, kteří aktuálně v dané lokalitě sběrný dvůr neprovozují“.

31. Tuto okolnost nijak nerozporuje ani sám zadavatel, když ve svém vyjádření ze dne 5. 2. 2015, které Úřad obdržel již v rámci šetření podnětu, výslovně uvádí, že „nelze tedy než konstatovat, že při zadávání veřejné zakázky z tohoto hlediska došlo nepochybně k porušení zákona“.
32. O závěru, že se jedná o různé služby, které lze poptávat samostatně, svědčí též skutečnost, že zadavatel v bodu 12.1. zadávací dokumentace požadoval v rámci prokazování technických kvalifikačních předpokladů doložení referenčních služeb, a to zvláště z oblasti odpadového hospodářství, dále zajištění údržby a čištění komunikací a dále provozování a údržby sběrného dvora. Konkrétně zadavatel požadoval doložit z každé uvedené dílčí oblasti 3 referenční zakázky v určitém finančním objemu a s minimální dobou provádění 12 měsíců, které dodavatel realizoval v posledních třech letech. Přímou z charakteru tohoto požadavku zadavatele lze vyčíst, že jednotlivé služby jsou na trhu běžně nabízeny odděleně, což podtrhuje i fakt, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek pouze dvě nabídky. Je tedy více než pravděpodobné, že by se v případě samostatného zadávání jednotlivých poptávaných služeb rozšířil okruh vzájemně si konkurujících dodavatelů v jednotlivých skupinách poptávaných služeb, kteří mohli zadavateli nabídnout výhodnější podmínky plnění veřejné zakázky než vybraný uchazeč.
33. S ohledem na výše uvedené je tedy možné obecně konstatovat, že lze-li požadavky na splnění technických kvalifikačních předpokladů stanovit samostatně ve vztahu k jednotlivým poptávaným plněním v rámci předmětu veřejné zakázky, s největší pravděpodobností lze rovněž tato jednotlivá plnění poptávat samostatně. Současně tyto skutečnosti vypovídají o možnosti realizovat jednotlivá plnění různými dodavateli.
34. Ze zadávací dokumentace pak vyplývá, že zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky příliš široce a požadoval plnění, která spolu vzájemně nesouvisí, přičemž pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a poptával jednotlivá plnění samostatně, mohl obdržet nabídky od dalších potenciálních dodavatelů. V důsledku toho se mohli zadávacího řízení účastnit jen někteří dodavatelé a byli diskriminováni ti dodavatelé, kteří nebyli schopni vzhledem k širokému předmětu plnění podat nabídku, přestože na některá plnění by ji podat mohli. Postup zadavatele proto vzhledem k výše učiněným závěrům mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.
35. Vzhledem k tomu, že zadavatel neumožnil dodavatelům podávat nabídky na jednotlivé části veřejné zakázky (viz bod 24. odůvodnění tohoto rozhodnutí) lze obecně konstatovat, že dodavatel, který nebyl schopen zajistit realizaci letní a zimní údržby komunikací, chodníků a okolních ploch a současně kompletní odpadové hospodářství, se nemohl šetřeného zadávacího řízení účastnit vůbec, nebo pouze ve spolupráci se subdodavateli. Pro úplnost Úřad dodává, že v případě, kdy je široce koncipovaný předmět veřejné zakázky možné plnit pouze ve spolupráci se subdodavateli, není rovněž zajištěna efektivní hospodářská soutěž,

neboť ta může být efektivní pouze v případě, kdy dodavatelé mohou soutěžit nezávisle na sobě a jsou tak zároveň vystaveni konkurenčnímu tlaku. Pokud by tedy zadavatel v zadávacím řízení umožnil dodavatelům podávat nabídky na jednotlivé části veřejné zakázky, mělo by více dodavatelů z různých oborů šanci mezi sebou soutěžit, což by se také projevilo v jejich nabídkových cenách (viz též rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 57/2011-96 ze dne 1. 11. 2012).

36. Z výše uvedeného vyplývá, že v důsledku toho, že zadavatel vymezil předmět plnění veřejné zakázky příliš široce, mohlo se zadávacího řízení účastnit méně dodavatelů, než by tomu bylo v případě, kdy by zadavatel umožnil podávat nabídky i na jednotlivé části veřejné zakázky nebo kdyby zadavatel poptával plnění, jež spolu vzájemně nesouvisí, ve více zadávacích řízeních.
37. K vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 20. 4. 2015 (konkrétně ke skutečnostem uvedeným v bodě 17. odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad uvádí, že předmět správního řízení byl v plné šíři definován v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S190/2015/VZ-7915/2015/523/MLi ze dne 27. 3. 2015, přičemž v souladu s ust. § 46 odst. 1 správního řádu pouze ty skutečnosti a pochybnosti o postupu zadavatele, které jsou v tomto oznámení výslovně uvedeny, mohou být a též jsou předmětem přezkumu v rámci tohoto správního řízení. Nad rámec uvedeného Úřad konstatuje, že přezkum dalších úkonů zadavatele či zadavatelem tvrzených vad zadávacích podmínek je bezpředmětným, zejména s ohledem na jednu ze základních zásad činnosti správních orgánů, a to zásadu procesní ekonomie upravenou v § 6 odst. 2 správního řádu, podle které správní orgán postupuje tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady. Za situace, kdy celé zadávací řízení nemůže obstát proto, že je jeho předmět v rozporu se zákonem, přičemž další zadavatelem uváděné skutečnosti či pochybení jsou toliko důsledkem této prvotní chyby zadavatele, by totiž bylo nadbytečné provádět v tomto správním řízení další šetření za účelem přezkoumávání postupu zadavatele. Jakýkoli výsledek takového přezkumu totiž nemůže mít žádný vliv na jádro šetřeného případu, kterým je zásadní pochybení zadavatele při stanovení předmětu veřejné zakázky. Prováděním dalšího šetření by tak vznikaly jak zadavateli, tak případně i správnímu orgánu, jen zbytečné náklady.
38. Z výše uvedeného plyne, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že jednal v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 citovaného zákona, když předmět plnění veřejné zakázky vymezil tak široce, že jeho součástí je jak zajištění svozu a likvidace komunálního odpadu včetně provozu sběrného dvora, tak i provedení letní a zimní údržby silnic a související služby, čímž mohlo dojít k omezení okruhu potenciálních dodavatelů, kteří by jinak byli schopni dodat jen některá z požadovaných plnění, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 30. 10. 2014 smlouvu.

K uložení sankce

39. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

40. Jak vyplývá z výroku I. a shora uvedeného odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadavatel se v šetřeném případě dopustil správního deliktu tím, že jednal v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když vymezil předmět plnění veřejné zakázky příliš široce, čímž mohlo dojít k omezení okruhu potenciálních dodavatelů, kteří by jinak byli schopni dodat jen některá z požadovaných plnění, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
41. Podle § 121 odst. 3 zákona – ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení – odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm ne zahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
42. Podle ust. čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Ústavní pravidlo zakotvené v ust. čl. 40 odst. 6 Listiny, které stanoví, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán a pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější, zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v řízeních o sankci za správní delikty.
43. V tomto případě došlo před zahájením správního řízení s účinností ke dni 6. 3. 2015 ke změně ustanovení § 121 odst. 3 zákona, který nově uvádí, že *„odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm ne zahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán“*. Úřad proto v šetřeném případě aplikoval výjimku zakotvenou v ust. čl. 40 odst. 6 Listiny a posoudil případ podle pozdějšího zákona (zákona účinného v době zahájení správního řízení), neboť došel k závěru, že je pro zadavatele příznivější. Při posuzování příznivosti právní úpravy vycházel Úřad zejména ze skutečnosti, že zákon účinný v době zahájení zadávacího řízení umožňoval oproti dosavadní právní úpravě zahájit správní řízení s delším odstupem od okamžiku spáchání správního deliktu či od okamžiku, kdy se o něm Úřad dozvěděl.
44. V návaznosti na citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona (ve znění účinném ke dni zahájení správního řízení). V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 7. 1. 2015. K uzavření smlouvy s vybraným uchazečem došlo dne 30. 10. 2014, přičemž správní řízení bylo zahájeno dne 27. 3. 2015. Z uvedených údajů tak vyplývá, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
45. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 mil. Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
46. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, činí 20 982 060,- Kč bez DPH za rok, přičemž smlouva je uzavřena na dobu určitou v trvání 20 let. Cena veřejné zakázky za celou dobu trvání smlouvy tedy činí 419 641 200,- Kč bez DPH a po připočtení zákonné výše DPH činí 507 765 852,- Kč. Horní hranice možné pokuty tak ve smyslu § 120 odst. 2 písm. a) zákona činí 50 776 585,- Kč.

47. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
48. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení zákona pro určení výměry pokuty rozhodné, je závažnost správního deliktu. Jedná se o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlídnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.
49. Při posuzování závažnosti správního deliktu není hlavním kritériem skutková podstata správního deliktu, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je dále nutno hodnotit nejen jaké následky byly správním deliktem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
50. Co se týče způsobu, resp. okolností za kterých byl správní delikt spáchán, Úřad v tomto rozhodnutí konstatoval, že zadavatel jednal v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když vymezil předmět plnění veřejné zakázky příliš široce, čímž mohlo dojít k omezení okruhu potenciálních dodavatelů a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.
51. Pokud jde o způsob spáchání správního deliktu, Úřad především uvádí, že za nejzávažnější stupeň intenzity porušení zákona považuje postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona a základních zásad, na nichž je tento zákon postaven, neboť takový postup zcela omezuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků (coby hlavního účelu zákona). V daném případě došlo postupem zadavatele v průběhu zadávacího řízení k porušení zásady zákazu diskriminace, tedy základního principu provázejícího postup zadavatele, což vedlo k eliminaci konkurenčního prostředí, o čemž svědčí i počet podaných nabídek, když zadavatel obdržel nabídky pouze od dvou dodavatelů. Úřad dále uvádí, že k porušení zásady zákazu diskriminace zadavatelem došlo již v průběhu vymezování předmětu veřejné zakázky, tedy v samotném prvopočátku zadávacího řízení, a tímto chybným postupem pak bylo prostoupeno celé zadávací řízení. Postup zadavatele v rozporu se zákonem je nevratný, když zadávací řízení bylo ukončeno výběrem nejhodnější nabídky a uzavřením smlouvy.
52. Úřad ke skutečnosti, že dle tvrzení zadavatele byla smlouva „účelově uzavřena předcházejícím vedením za značně nevýhodných podmínek, kdy důsledky takovéto smlouvy ponese již vedení nové“ uvádí, že za postup v zadávacím řízení odpovídá vždy zadavatel a to i přesto, že k uzavření smlouvy došlo v době, kdy tento úkon byly jménem zadavatele oprávněny učinit jiné fyzické osoby, než by byly v současné době. Úřad uzavírá, že na základě výše uvedeného ve vztahu ke způsobu spáchání správního deliktu, nelze zadavateli odejmout

odpovědnost za jeho spáchání, neboť odpovědnost je v tomto případě konstruována jako objektivní, tedy zadavatel plně odpovídá za škodlivý následek bez ohledu na zavinění.

53. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. Spáchání správního deliktu mělo v daném případě za následek možné omezení okruhu uchazečů, neboť tím, že zadavatel v daném případě jednal v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, byla způsobena situace, kdy mohlo dojít k výraznému omezení okruhu potencionálních dodavatelů, neboť se nemohli zadávacího řízení zúčastnit ti dodavatelé, kteří by byli schopni plnit jednotlivá zadavatelem poptávaná plnění a nikoli již všechna plnění společně. Lze tedy konstatovat, že soutěžní prostředí bylo závažným způsobem narušeno, přičemž v nyní šetřeném případě může tento stav trvat po dobu až dvaceti let (délka trvání smlouvy).
54. Úřad dospěl k závěru, že zadavatelovo jednání mohlo výrazně narušit základní princip zadávání veřejných zakázek – zachování soutěžního prostředí, které má umožnit z co možná nejširšího okruhu podaných nabídek vybrat pro zadavatele nabídku nejvhodnější. Úřad proto okolnosti a následky spáchání správního deliktu zadavatelem posoudil jako závažné.
55. Při posuzování výše uložené pokuty Úřad dále vycházel z premisy, že pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona má obecně plnit dvě základní funkce, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem – a funkci preventivní, která směřuje k předcházení jeho porušování, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Výše uložené pokuty, stanovená při dolní hranici maximální zákonné výše, je vzhledem k okolnostem případu přiměřená a naplňuje dostatečně obě funkce právní odpovědnosti.
56. Po zvážení všech okolností šetřeného případu Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil její výši stanovenou na 750 000,- Kč vzhledem k souvislostem případu a s ohledem na okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, jako dostačující, přičemž ve vztahu k zadavateli akcentoval preventivní účinek uložené sankce, když uložil pokutu pod hranici jedné desetiny maximální zákonné výše. Úřad považuje výši pokuty s přihlédnutím k okolnostem spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků za dostatečnou a okolnostem případu přiměřenou.
57. Při určení výše pokuty Úřad vzal v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta může jevit jako krajně „nespravedlivá“, byť může být uložena v minimální výši. Z údajů uvedených na webových stránkách zadavatele <http://www.kr-karlovarsky.cz/nejdek/samosprava/rozpocet/> (rozpočet města Nejdku na rok 2014) vyplývá, že objem finančních prostředků, s nimiž zadavatel hospodaří, se pohybuje v řádech desítek milionů korun. Úřad proto konstatuje, že výše uložené pokuty – vzhledem k objemu finančních prostředků, kterými zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje – nemá v žádném případě likvidační charakter.
58. Úřad uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Kromě toho může zadavatel, využít i jiné právní (zejména soukromoprávní) nástroje, např. ty, které vyplývají z odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.

59. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky již byla uzavřena a nápravy tudíž nelze dosáhnout. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
60. Uložená pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710. Jako variabilní symbol zadavatel uvede své identifikační číslo.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní 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 Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 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.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

JUDr. Libor Čihák, advokát, Západní 1401/63, 360 01 Karlovy Vary

Vypraveno dne:

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