



UOHSX008Q4HF

PŘESEDÁ ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0126/2016/VZ-49417/2016/323/PMo

Brno 16. prosince 2016

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 3. 5. 2016, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, zadavatelem –

- město **Český Těšín**, IČO 00297437, se sídlem náměstí ČSA 1/1, 737 01 Český Těšín, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 4. 2. 2016 Mgr. Bc. Milanem Konečným, IČO 88144534, se sídlem K Holotovci 1191, 735 11 Orlová – Město,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0052/2016/VZ-14670/2016/533/LMa/HČÍ ze dne 6. 4. 2016, vydanému ve věci návrhu navrhovatele –

- společnosti **SUEZ Využití zdrojů a.s.**, IČO 25638955, se sídlem Španělská 10/1073, 120 00 Praha 2 – Vinohrady (původně SITA CZ a.s.), ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 12. 2. 2016 společností Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 – Nové Město,

na zahájení řízení o přezkoumání úkonů výše specifikovaného zadavatele ve veřejné zakázce s názvem „**Nakládání s komunálním odpadem ve Městě Český Těšín II**“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 16. 11. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 11. 2015 pod evidenčním číslem 510045 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 20. 11. 2015 pod evidenčním číslem 2015/S 225-409759,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0052/2016/VZ-14670/2016/533/LMa/HČÍ ze dne 6. 4. 2016

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Město Český Těšín, IČO 00297437, se sídlem náměstí ČSA 1/1, 737 01 Český Těšín (dále jen „**zadavatel**“), zahájilo zadávací řízení veřejné zakázky s názvem „Nakládání s komunálním odpadem ve Městě Český Těšín II“ v užším řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 16. 11. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 11. 2015 pod evidenčním číslem 510045 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 20. 11. 2015 pod evidenčním číslem 2015/S 225-409759 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky bylo podle oznámení o zakázce „*zajištění sběru, svozu a odstraňování směsného komunálního odpadu a objemného odpadu, dále sběru, svozu, a předání k využití vytríděných složek komunálního odpadu vč. biologicky rozložitelného odpadu, jehož původcem je město Český Těšín, zajištění provozu sběrného dvora na pozemcích města Český Těšín vč. odvozů odpadů odevzdaných na sběrném dvoře a jeho následné předání k využití či odstranění*“ s tím, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla zadavatelem stanovena na 75 000 000 Kč bez DPH.
3. Z protokolu o posouzení kvalifikace zájemců o účast vyplývá, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání žádostí o účast celkem 3 žádosti o účast v zadávacím řízení. Společnost SUEZ Využití zdrojů a.s., IČO 25638955, se sídlem Španělská 10/1073, 120 00 Praha 2 – Vinohrady (původně SITA CZ a.s.), IČO 25638955, se sídlem Španělská 10/1073, 120 00 Praha 2 - Vinohrady (dále jen „**navrhovatel**“), podala proti zadávacím podmínkám dne 14. 1. 2016 námitky. Zadavatel podaným námitkám nevyhověl rozhodnutím ze dne 21. 1. 2016, které navrhovatel obdržel téhož dne. Jelikož navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal navrhovatel dne 1. 2. 2016 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“), který Úřad obdržel téhož dne. Tímto dnem bylo podle § 113 zákona a § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

II. Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 6. 4. 2016 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0052/2016/VZ-14670/2016/533/LMa/HČí (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 5 písm. c) v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona tím, že nevymezil minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů (dále jen „TKP“) dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, když k prokázání splnění TKP dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona požadoval předložení seznamu pěti zakázek *„obdobného charakteru jako předmět výběrového řízení, a to v minimální roční hodnotě poskytované služby ve výši 17 000 000 Kč bez DPH za každou zakázku, přičemž minimálně u tří referenčních zakázek musela být služba poskytována klientům minimálně 2 po sobě jdoucí roky, přičemž v každém dotčeném roce musela být minimální roční hodnota poskytované služby ve výši 17 000 000 Kč bez DPH u každé reference“*, s tím, že *„z celkového počtu 5 referenčních zakázek definovaných výše pak musely aspoň dvě probíhat u samosprávných celků (měst, obcí, městysů, svazků, aj.) s počtem obyvatel větším než 20.000“* a současně doložení seznamu alespoň dvou zakázek *„obdobného charakteru jako je část předmětu výběrového řízení – zajištění provozu sběrného dvora (včetně osvědčení či referenční listiny), přičemž zakázky musely probíhat u samosprávných celků (měst, obcí, městysů, svazků, aj.) s počtem obyvatel větším než 20.000“*. Dle Úřadu tím zadavatel stanovil k prokázání TKP takovou kombinaci požadovaných referenčních zakázek, která nedůvodně omezuje účast dodavatelů v zadávacím řízení, v důsledku čehož porušil zásadu zákazu diskriminace, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele dle § 118 odst. 1 zákona zrušil předmětné zadávací řízení na veřejnou zakázku. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uložil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
5. V rámci odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad mj. zjistil, že zadavatel omezil oblast požadovaných referencí pouze na oblast sběru, svozu, využití a likvidace směsného komunálního odpadu, a nikoli na širší oblast nakládání s odpady; počet požadovaných referencí (5) prokazujících zkušenosti se zajištěním sběru, svozu, využití a likvidace směsného komunálního odpadu, je výrazně vyšší než v jiných srovnatelných či větších veřejných zakázkách; finanční hodnota požadovaných referencí činí v reálu přibližně 4,5 násobek předpokládané hodnoty předmětné veřejné zakázky, což nelze bez dalšího považovat za akceptovatelnou hodnotu; dodavatelé mají omezenou možnost předložit reference pro územní samosprávné celky (dále jen „**ÚSC**“) nad 20 000 obyvatel, neboť je v tomto oboru obvyklé, že města mají pro svoz komunálního odpadu zřízenou právnickou osobu, kterou ovládají, a u nichž nelze předpokládat, že by měly zájem i o svoz odpadu na území jiných měst; zadavatel obdržel žádosti o účast od tří zájemců, z nichž jeden podle rozhodnutí hodnotící komise nesplnil kvalifikaci a u dalšího zájemce Úřad rovněž získal pochybnosti

o splnění požadavků zadavatele na prokázání splnění; zadavatel z nejasných důvodů zpřísnil požadavky na prokázání technických kvalifikačních předpokladů stanovené v zadávacím řízení na původní veřejnou zakázku; způsob definování požadavků na referenční zakázky zapříčinil, že se zadávacího řízení nemůže zúčastnit navrhovatel, ačkoli se jedná o zkušeného dodavatele disponujícího dostatečným množstvím referencí i dostatečně velkým aparátem. Na základě výše uvedených skutečností učinil Úřad závěr, že zadavatelem stanovená minimální úroveň TKP dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona jednotlivě nevzbuzuje pochybnosti o zákonném vymezení TKP a jednotlivé dílčí požadavky na vlastnosti referencí lze označit za požadavky stanovené na samotném pomezí, zda je možné je akceptovat jako zákonné či nikoli. Podle Úřadu však ve svém souhrnu dosahují důsledky těchto hraničních požadavků takové intenzity, že již jsou tzv. „za hranou“ akceptovatelnosti, resp. zákonnosti.

III. Námitky rozkladu

6. Dne 3. 5. 2016 obdržel Úřad rozklad zadavatele proti napadenému rozhodnutí z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 18. 4. 2016. Rozklad tedy byl podán v zákonné lhůtě.
7. Zadavatel v rozkladu v první řadě ve vztahu k problematice omezení oblasti požadovaných referencí zpochybňuje závěr Úřadu učiněný v bodě 61. odůvodnění napadeného rozhodnutí, a sice to, že se nejednalo o „seznam významných stavebních prací“, ale o seznam významných služeb, s tím, že dle zadavatele byla oblast požadovaných referenčních zakázek (tj. sběr, svoz, využití a likvidace směsného komunálního odpadu) vymezena dostatečně široce. Z napadeného rozhodnutí dle zadavatele není zřejmé, co je myšleno „širší oblastí nakládání s odpady“ s tím, že není uveden příklad činností, které do této „širší oblasti nakládání s odpady“ spadají, přičemž zároveň nespádají pod zadavatelem vymezenou kategorii „sběr, svoz, využití a likvidace směsného komunálního odpadu“. Zadavatel proto považuje obě zmíněné oblasti činností za totožné a je přesvědčen, že se při vymezení oblasti požadovaných referencí nedopustil diskriminačního jednání. V tomto kontextu zadavatel odkazuje na znění zákona a dále na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) č. j. 7 Afs 44/2013-37 ze dne 7. 11. 2013. Zadavatel podotýká, že dal do naprosté roviny obsah předmětu veřejné zakázky a obsah požadovaných referenčních zakázek, což mu v napadeném rozhodnutí potvrdil i Úřad, který však v bodě 82. odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že předmětné reference měly být vymezeny širěji než je samotný předmět veřejné zakázky.
8. Zadavatel dále uvádí, že splnil zákonnou povinnost pro stanovení přiměřených a zákonných parametrů u požadavků na TKP spočívající ve vymezení jejich úrovně tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Zadavatel doplňuje, že předmětné plnění odpovídá obsahové náplni předmětu veřejné zakázky a nedopustil se zúžení, ani jiného prvku diskriminace, jelikož samotná zakázka je na sběr, svoz, využití a likvidaci směsného komunálního odpadu, včetně provozování sběrného dvora, což plně odpovídá požadavkům na rozsah referenčních zakázek. Naopak, zadavatel rozdělil reference na provoz sběrného dvora od sběru, svozu, využití a likvidace směsného komunálního odpadu, aby spojením těchto dvou částí zbytečně neomezil okruh možných potenciálních zájemců, kteří dotčené činnosti nemají rozsahově v jedné referenci.

9. Dále zadavatel namítá, že hodnota požadovaných referenčních zakázek je přiměřená předpokládané hodnotě předmětu veřejné zakázky – zadavatel požaduje 2x referenční zakázku za min. 17 000 000 Kč bez DPH a 3x referenční zakázku za 34 000 000 Kč bez DPH (zakázky poskytované min. 2 roky po sobě) a celkem tedy požaduje referenční zakázky v hodnotě 136 000 000 Kč bez DPH. Zadavatel tak dle svého tvrzení nepožaduje referenční zakázky ani v hodnotě dvojnásobku předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Zadavatel doplňuje, že požadavek u tří referencí na výkon činnosti aspoň dva roky po sobě odpovídá složitosti a druhu předmětu veřejné zakázky, jelikož je vyžadován podpis smlouvy na dobu neurčitou, a tedy logicky musí uchazeč prokázat zkušenost s takovým obchodněprávním vztahem s tím, že i požadavek na realizaci 2 zakázek obdobného předmětu u ÚSC s počtem obyvatel nad 20 000 odpovídá kvantitativnímu specifiku a obsahové složitosti předmětu veřejné zakázky.
10. Zadavatel v rámci rozkladové argumentace týkající se problematiky počtu požadovaných referenčních zakázek uvádí, že nelze porovnávat požadavky na prokázání TKP vzájemně mezi různými veřejnými zakázkami různých zadavatelů – tento postup by vedl k omezení právní jistoty zadavatele, neboť na trhu se vždy najde zadavatel, který nestanoví téměř žádné kvalifikační předpoklady, přičemž důvody, které jej k tomuto kroku vedou, mohou být často pouze jeho nezkušenost nebo obava z řešení případných námitek. Přiměřenost TKP je proto dle zadavatele nutno posuzovat pouze ve vztahu k zákonu, případně ve vztahu k judikatuře správních soudů. Požadavek na předložení 5 obdobných zakázek je dle zadavatele standardní a odpovídající požadavku na kvalifikovaného uchazeče.
11. Zadavatel v rámci rozkladové argumentace týkající se finanční hodnoty požadovaných referencí zpochybňuje závěr Úřadu, který spočítal finanční hodnotu referencí „v reálu“ na 4,5 násobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Prostým výpočtem lze dle zadavatele ověřit, že jím požadovaná finanční hodnota všech významných služeb činí v souhrnu min. 8 x 17 000 000 Kč bez DPH, tj. 136 000 000 Kč bez DPH, což odpovídá pouze 1,8 násobku předpokládané hodnoty zakázky s tím, že, jak již zadavatel uvedl v předcházející části rozkladu, nepožadoval referenční zakázky ani v hodnotě dvojnásobku předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Zadavatel zdůrazňuje, že předmětný výpočet Úřadu je pouze hypotetickou konstrukcí, když Úřad předpokládanou hodnotu zakázky ponížil na 75 % její hodnoty, což nemá oporu v zákoně.
12. V části rozkladové argumentace týkající se požadavku na reference pro ÚSC zadavatel zpochybňuje závěr Úřadu obsažený v bodě 82. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož *„dodavatelé mají omezenou možnost předložit reference pro ÚSC územní samosprávné celky nad 20.000 obyvatel, neboť je v tomto oboru obvyklé, že města mají pro svoz komunálního odpadu zřízenou právníckou osobu, kterou ovládají a u nichž nelze předpokládat, že by měly zájem i o provádění svozu odpadu na území jiných měst“*. Dle zadavatele se na území České republiky nachází min. 60 měst s počtem obyvatel nad 20 000 zajišťujících sběr, svoz, využití a likvidaci komunálního odpadu a ve všech těchto městech je tak možné se veřejné zakázky na dané služby zúčastnit a získat osvědčení o její realizaci. Navíc mohou uchazeči doložit i poskytování relevantních služeb i na území jiných států. Požadavek na realizaci 2 zakázek obdobného předmětu u ÚSC s počtem obyvatel nad 20 000 dle zadavatele odpovídá kvantitativnímu specifiku a obsahové složitosti předmětu veřejné zakázky.

13. Zadavatel v rámci další části rozkladové argumentace uvádí, že na jednu stranu Úřad poukazuje na nezáměr právnických osob vykonávajících služby související s nakládáním s odpady vykonávat tyto služby i v jiných městech či obcích, a rovněž konstatuje, že je pro tyto právníky osoby s majoritní účastí města snadné získat v daném městě zakázku na služby související s nakládáním s odpady, nicméně zároveň tři doručené žádosti o účast považuje za nedostatečný počet. Samotný Úřad dle zadavatele připouští regionální zaměřenost subjektů, jelikož zajištění nakládání s komunálním odpadem je logisticky náročná činnost, včetně zajištění lidských zdrojů. Podle zadavatele není náhodou, že navrhovatel nepůsobí skoro vůbec v Moravskoslezském kraji, ale především na jižní Moravě, a rovněž není náhodou, že své námitky podal navrhovatel až po lhůtě určené na podání žádosti o účast a podání případných dodatečných dotazů. Zadavatel považuje počet obdržených žádostí o účast za dostatečný s ohledem na předmět a rozsah zadávacího řízení.
14. V závěru rozkladu zadavatel uvádí, že vydáním napadeného rozhodnutí Úřad reálně ohrožuje faktickou realizaci plnění předmětu veřejné zakázky, jehož účel slouží veřejnému zájmu.

Závěr rozkladu

15. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

16. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

17. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu zadavatele a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
18. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
19. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně ke změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

20. Co se týče předmětných diskriminačních požadavků zadavatele na prokázání splnění TKP, uvádím, že klíčovým problémem skryté diskriminace je „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce, přičemž „zjevnou nepřiměřenost“ je nutné vykládat vždy se zřetelem na individuální případ, viz rozsudek NSS č. j. 1 Afs 20/2013–47 ze dne 27. 6. 2013. V rámci zkoumání toho, zda zadavatelem nastavené zadávací podmínky, a to včetně jeho požadavků na prokázání splnění TKP, odpovídají zákonu, tak musí být vždy pečlivě zohledněny veškeré aspekty konkrétního

případu. Do úvahy proto musí být brána, vedle dalších okolností, i povaha poptávaného předmětu veřejné zakázky, tzn. jeho „běžnost“, či naopak „exkluzivnost“ a od ní se odvíjející velikost, resp. šíře, okruhu potenciálních uchazečů. Znaky porušení zákona bude vykazovat, ve vztahu k vymezení zadávacích podmínek, tedy i požadavků na kvalifikaci, výlučně takové jednání zadavatele, kdy tento vymezí zadávací podmínky skutečně excesivně, čili tak, že dopad jeho jednání na konkurenční prostředí bude zjevně nepřiměřený důvodům, které zadavatele k takovému vymezení zadávacích podmínek vedly.

21. Zadavatel v bodě II. a) rozkladu poukazuje na problematiku možnosti stanovení předmětné kombinace jednotlivých dílčích požadavků na vlastnosti referencí. V prvé řadě se tedy vyjádřím k této otázce a rovněž k otázce zákonnosti takového postupu. Následně se pak vyjádřím k dalším bodům rozkladu zadavatele.
22. K samotné zákonnosti předmětných zadavatelem nastavených TKP uvádím následující. Zadavatel může kvalifikační předpoklady stanovit jen tehdy, pokud jsou objektivně odůvodněné, a to navíc pouze v minimálním rozsahu nezbytném k dosažení sledovaného účelu, tedy ověření schopnosti dodavatele plnit zakázku. Požadavky zadavatele na kvalifikaci, jejich přiměřenost a jejich dopad na okruh zájemců o veřejnou zakázku je nutné hodnotit v jejich vzájemné kombinaci. Jak Úřad přílehlavě konstatoval mj. v bodě 83. odůvodnění napadeného rozhodnutí, právě kombinace požadavků nastavených zadavatelem, a sice požadavků na počet a hodnotu významných služeb, v daném případě výrazně omezila okruh dodavatelů připravených předložit reference požadované zadavatelem, a tedy účastnit se této veřejné zakázky. Existuje celá řada dodavatelů, kteří disponují dlouhodobými zkušenostmi s plněním obdobných zakázek, a to i v ročním finančním objemu vysoce přesahujícím celkový roční finanční objem služeb požadovaný zadavatelem, a vůči ÚSC s počtem obyvatel výrazně vyšším než 20 000. Jsou tedy prokazatelně vhodnými dodavateli, připravenými plnit tuto zakázku. O danou veřejnou zakázku se však tito dodavatelé právě s ohledem na zadavatelem uměle vytvořenou kombinaci požadavků, které v takové podobě nesplňují, nemohli ucházet. Jak jsem ověřil ve spisové dokumentaci, z žádného relevantního dokumentu není zřejmé, proč zadavatel předmětnou kombinaci požadavků na prokázání TKP stanovil, resp. jaká úvaha jej vedla ke stanovení takto striktních požadavků. Předmětné zadavatelovy požadavky neodpovídají obsahu požadovaných služeb a není k nim nic uvedeno ani v samotném odůvodnění veřejné zakázky. Nenastaly tedy objektivní důvody, které by zadavatele opravňovaly k nastavení takové kombinace požadovaných referenčních zakázek, která nedůvodně omezila účast dodavatelů v zadávacím řízení, a sice specifická problematika s ohledem na předmět veřejné zakázky. Požadavky zadavatele se zřetelem na výše uvedené překročily mez odůvodnitelnosti, protože shledávám, že jeho postup narušil hospodářskou soutěž tím způsobem, že formou skryté diskriminace neumožnil některým potenciálním uchazečům podat žádost o účast. Nebyly tak splněny požadavky pro stanovení minimální úrovně TKP ve smyslu zákona, resp. požadavků uvedených mj. v rozsudku NSS č. j. 7 Afs 44/2013-37 ze dne 7. 11. 2013.
23. Jak bylo uvedeno v odůvodnění napadeného rozhodnutí, v šetřeném případě s ohledem na Úřadem zjištěné relevantní skutečnosti a rovněž s ohledem na zmapování situace na daném trhu nebylo v souladu se zákonem, aby zadavatel omezil akceptovatelné reference pouze na úzkou oblast sběru, svozu, využití a likvidace směsného komunálního odpadu. V tomto kontextu se proto zcela ztotožňuji se závěrem Úřadu učiněným v odůvodnění

napadeného rozhodnutí, dle něhož situace na dotčeném trhu v daném případě indikovala, že stejně relevantní mohl být ve vztahu k prokázání TKP rovněž požadavek na referenční zakázky z širší oblasti nakládání s odpady. Zadavatel nevymezil oblast požadovaných referenčních zakázek dostatečně široce. Úroveň TKP vymezená zadavatelem sice odpovídala druhu předmětné veřejné zakázky (viz bod 61. odůvodnění napadeného rozhodnutí), neodpovídala však rozsahu a složitosti předmětné veřejné zakázky, čímž byla nedůvodně omezena účast dodavatelů v zadávacím řízení, v důsledku čehož zadavatel porušil zásadu zákazu diskriminace. Ani tato rozkladová argumentace zadavatele tak z logiky věci nemůže obstát.

24. Doplňuji, že stanovením předmětné kombinace jednotlivých dílčích požadavků na vlastnosti referencí zadavatelem nedošlo k ničemu jinému než k neodůvodněnému omezení okruhu možných dodavatelů, neboť již došlo k překročení hranice, za kterou je kombinace požadavků na splnění TKP diskriminační, což je v rozporu se zákonem i ustálenou judikaturou týkající se stanovování TKP. V návaznosti na shora uvedené proto konstatuji, že v daném případě nebyl objektivně zdůvodnitelný požadavek zadavatele na to, aby všech pět referenčních zakázek (nikoli pouze dvě) bylo realizováno pro ÚSC. Je totiž těžko představitelná jiná osoba objednatel, která by zajišťovala sběr komunálního odpadu kromě samotných ÚSC, což vyplývá z přehledu referenčních zakázek doložených zájemci na základě jejich žádostí o účast v tomto zadávacím řízení, viz bod 52. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Jak jsem ověřil ve spisové dokumentaci, právě z tohoto přehledu vyplývá, že všechny tyto referenční zakázky byly realizovány právě pro ÚSC. Za situace, kdy by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, resp. pokud by předmětné omezení nestanovil, mohl obdržet více žádostí o účast, přičemž nelze vyloučit, že by některá z těchto žádostí o účast byla ekonomicky výhodnější, než jak tomu bylo v tomto případě.
25. Otázkou, zda zadavatel nastavil požadavek na TKP přiměřeně, se Úřad vyčerpávajícím způsobem zabýval v bodech 70. až 83. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad v této pasáži odůvodnění napadeného rozhodnutí příslušným způsobem shrnul, že vzhledem k vymezení předmětu veřejné zakázky, hodnotě zakázky a délce doby realizace nebylo možné dovodit, že by požadavky na prokázání splnění TKP byly stanoveny nediskriminačním způsobem. Nepřiměřenost požadavku zadavatele na kvalifikační předpoklady dle Úřadu spočívala právě v kombinaci požadovaných referencí a jejich minimální úrovně. Nadto, Úřad v bodech 80. a 81. odůvodnění napadeného správně zmapoval situaci na dotčeném trhu, přičemž z rozboru činnosti navrhovatele vyplynulo, že se v jeho případě jedná o subjekt, který by měl být schopen realizovat danou veřejnou zakázku, viz bod 81. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
26. Argumentace zadavatele obsažená v bodě II. rozkladu, podle které jeho předmětné požadavky (resp. kombinace požadovaných referencí a jejich minimální úrovně) odpovídají rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, dále neobstojí ani s odkazem na dříve vydaná rozhodnutí Úřadu, např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S467/2014/VZ-21499/2014/513/PDr/JLí ze dne 10. 10. 2014, dle něhož *„Úřad podotýká, že závěr, ke kterému dospěl, neznamená, že Úřad obecně vylučuje, že by zadavatel nemohl požadovat při vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávacích podmínkách tyto tři parametry (maximální zdvihový objem válců, minimální výkon motoru, minimální základní objem zavazadlového prostoru), avšak stanoví-li požadované hodnoty výše uvedených parametrů*

v takové kombinaci, že dojde k zásadnímu omezení hospodářské soutěže, nelze než dospět k závěru, že nedodržel postup stanovený v § 45 odst. 3 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona“.

27. Zadavatel v bodě II. a) rozkladu uvádí, že se diskriminačního jednání nedopustil s tím, že oblast požadovaných referenčních zakázek (tj. sběr, svoz, využití a likvidace směsného komunálního odpadu) vymezil dostatečně široce. Ve vztahu k této argumentaci zadavatele uvedené v bodě II. a) rozkladu, podle které z napadeného rozhodnutí není zřejmé, co je myšleno „širší oblastí nakládání s odpady“ s tím, že Úřad neuvedl příklad činností, které do této „širší oblasti nakládání s odpady“ spadají, přičemž zároveň nespádají pod zadavatelem vymezenou kategorii „sběr, svoz, využití a likvidace směsného komunálního odpadu“, uvádím následující. Z bodu 78. odůvodnění napadeného rozhodnutí dostatečně vyplývá, co podle Úřadu obnáší termín „širší oblast nakládání s odpady“, když zde Úřad srozumitelně konstatoval, že touto širší oblastí nakládání s odpady je zamýšleno „provozování sběrného střediska odpadů“, a jedná se tak o další oblast nad rámec samotného sběru, svozu, využití a likvidace komunálního odpadu. Nadto i ze samotné formulace obsažené v bodě 82. odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že „oblast sběru, svozu, využití a likvidace směsného komunálního odpadu“ je onou užší oblastí nakládání s odpady, a nikoli tedy Úřadem konstatovanou širší oblastí nakládání s odpady; kam spadá navíc oblast „provozování sběrného střediska odpadů“. S ohledem na výše uvedené tedy jako nedůvodná nemůže obstát předmětná argumentace zadavatele. Z téhož důvodu se nelze ztotožnit ani s navazující rozkladovou argumentací, v rámci které zadavatel v bodě II. a) rozkladu označuje obě zmíněné oblasti činností, tedy jak „širší oblast nakládání s odpady“, tak „užší oblast nakládání s odpady“, za totožné.
28. Ve vztahu k argumentaci zadavatele uvedené v bodě II. a) rozkladu, v rámci které odkazuje na rozsudek NSS č. j. 7 Afs 44/2013-37 ze dne 7. 11. 2013, uvádím následující. Diskriminační charakter zadavatelova postupu je z odůvodnění napadeného rozhodnutí zcela zřejmý, a rovněž je třeba označit za zcela přílehlavý odkaz Úřadu na tento rozsudek NSS. Zadavatel však v rámci předmětné rozkladové argumentace z tohoto rozsudku NSS nepřilehlavě cituje, když uvádí, že *„...je na uvážení zadavatele, jaké a jak podrobné podmínky účasti na veřejné zakázce nastaví. V souladu s výše uvedeným však požadavky k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů musí být přípustné a i samotný důvod jejich vyžadování musí být v souladu se základními zásadami upravenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách... STANOVENÍ MINIMÁLNÍ ÚROVNĚ PŘEDPOKLADŮ MUSÍ NAVÍC ODPOVÍDAT DRUHU, ROZSAHU A SLOŽITOSTI PŘEDMĚTU VEŘEJNÉ ZAKÁZKY A TAKÉ S NÍM DŮVODNĚ SOUVISET....“*. Úřad v bodě 80. odůvodnění napadeného rozhodnutí poukázal na rozsudek NSS č. j. 1 Afs 20/2008–152 ze dne 5. 6. 2008, podle něhož kvalifikační předpoklady nastavené zadavatelem nemusí být samy o sobě nastaveny tak, aby měly na všechny potenciální uchazeče stejné dopady, jelikož smyslem kvalifikačních předpokladů je zajistit, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Zadavatel však v šetřeném případě zvolil diskriminační kombinaci referenčních zakázek sloužících k prokázání splnění TKP. Za nezákonný, resp. diskriminační, postup zadavatele je tak možné označit až samotnou kombinaci nastavených požadavků na referenční zakázky. Výše uvedená zadavatelova citace z předmětného rozsudku NSS je proto ve světle výše uvedeného

nepřiléhavá. Z téhož důvodu neobstojí ani argumentace zadavatele, že Úřad dal do naprosté roviny obsah předmětu veřejné zakázky a obsah požadovaných referenčních zakázek.

29. K předmětné rozkladové argumentaci zadavatele shrnuji, že s ohledem na závěry uvedené ve výše citovaném rozsudku NSS č. j. 7 Afs 44/2013-37 ze dne 7. 11. 2013 lze dovodit, že stanovení TKP musí v první řadě reflektovat předmět plnění předmětné veřejné zakázky. V tomto rámci je tedy zadavateli dána možnost stanovit konkrétní TKP, respektive zákon připouští omezení okruhu možných dodavatelů, kteří se mohou ucházet o veřejnou zakázku. Zadavatel je však neustále konfrontován s tím, že i přesto, že se konkrétní požadavek vztahuje k předmětu plnění veřejné zakázky, může překročit mez, za kterou se již stává diskriminujícím. Tuto mez je třeba identifikovat vždy ad hoc v rámci konkrétní veřejné zakázky. V šetřené věci by byla přijatelná taková kombinace jednotlivých dílčích požadavků na vlastnosti referencí, která by nedosahovala nepřijatelné intenzity. Taková nepřijatelnost by nastala za situace, kdy by zadavatel předmětné požadavky na vlastnosti referencí nenastavil hraničním způsobem (resp. na samé „hraně“ zákona), jak tomu bylo v šetřeném případě, viz mj. bod 82. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
30. Pokud se jedná o námitku zadavatele, rovněž uvedenou v bodě II. a) rozkladu, podle které mu dal Úřad v bodě 82. odůvodnění napadeného rozhodnutí tzv. „za pravdu“, když konstatoval, „že předmětné reference měly být vymezeny širěji než je samotný předmět veřejné zakázky“, uvádím následující. Z tohoto zadavatelem odkazovaného bodu odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá ta skutečnost, že zadavatel vymezil požadavky na TKP nepřijatelným způsobem, resp. příliš přísně, což ve svém důsledku zakládá nezákonnost předmětného postupu zadavatele, což Úřad v tomto bodě odůvodnění napadeného rozhodnutí adekvátně opřel o relevantní důvody, které jej k tomuto závěru vedly. V ostatních pasážích odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval jednotlivými TKP, přičemž ve vztahu k nim dospěl ke správnému závěru, že samy o sobě jsou jednotlivé požadavky zadavatele na TKP souladné se zákonem. Rozporným se zákonem, resp. diskriminačním, byl však postup zadavatele, v rámci něhož nastavil k prokázání splnění TKP předmětnou kombinaci požadovaných referenčních zakázek, nedůvodně omezující účast dodavatelů v zadávacím řízení. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí tak nevyplývá, že by Úřad dal zadavateli v kterékoli jeho pasáži v dané otázce „za pravdu“, jak nedůvodně tvrdí zadavatel v rozkladu.
31. Pokud se jedná o argumentaci obsaženou v bodě II. a) 1) rozkladu, v rámci které zadavatel podotýká, že reference na provoz sběrného dvora rozdělil od těch na sběr, svoz, využití a likvidaci směsného komunálního odpadu, aby spojením těchto dvou částí zbytečně neomezil okruh možných potencionálních zájemců, kteří dotčené činnosti nemají rozsahově v jedné referenci, uvádím následující. Jak Úřad (správně) uvedl v bodě 79. odůvodnění napadeného rozhodnutí, o neodůvodněnosti zadavatelem zvoleného nastavení požadavků na prokázání splnění TKP svědčí (kromě výše uvedených skutečností) rovněž to, jak zadavatel postupoval v minulosti. Zadavatel již v průběhu roku 2014 vyhlásil zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „Nakládání s komunálním odpadem ve městě český Těšín“, jejíž předmět a rozsah byl v podstatě totožný jako u předmětné veřejné zakázky, včetně její předpokládané hodnoty. Tuto předchozí zakázku zadavatel zrušil s odůvodněním, že některé zadávací podmínky byly v rozporu s ustanovením § 6 zákona. V případě šetřené veřejné zakázky nedošlo k rozšíření předmětu poskytovaných služeb ani k podstatné změně v jejich

předpokládané hodnotě. Zadavatel přesto vymezil úroveň TKP výrazně přísněji, když zvýšil požadavky na minimální hodnotu i počet požadovaných referencí a stanovil další nároky na dobu plnění a charakter objednatel. Tato skutečnost jen nasvědčuje účelovosti tohoto kroku, kdy dřívější diskriminační nastavení zadávacích podmínek zadavatel odstranil, aby je nahradil jiným, a to konkrétně požadavky na TKP, které evidentně nejsou k prokázání kvalifikace potřebné, a které v minulosti ani sám nepožadoval. K tomu doplňuji, že zadavatel v průběhu správního řízení před Úřadem ani v průběhu tohoto správního řízení o rozkladu neposkytl uspokojivou odpověď na klíčovou otázku, co jej vedlo ke zpřísnění předemtných požadavků na prokázání splnění TKP v porovnání s požadavky na prokázání těchto TKP stanovenými v rámci předchozího zrušeného zadávacího řízení, které mělo totožný předmět plnění.

32. Zadavatel v bodě II. a) 2) rozkladu, stejně jako v bodě II. c) rozkladu, poukazuje na problematiku finanční hodnoty požadovaných referencí. Ve vztahu k této části rozkladové argumentace se souhrnně vyjádřím v bodech 34. a 35. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
33. Zadavatel dále v bodě II. a) 3) a v bodě II. a) 4) rozkladu namítá, že požadavek u tří referencí na výkon činnosti aspoň dva roky po sobě odpovídá složitosti a druhu předmětu veřejné zakázky, jelikož je vyžadován podpis smlouvy na dobu neurčitou, a tedy logicky musí uchazeč prokázat zkušenost s takovým obchodněprávním vztahem s tím, že i požadavek na realizaci 2 zakázek obdobného předmětu u ÚSC s počtem obyvatel nad 20 000 odpovídá kvantitativnímu specifiku a obsahové složitosti předmětu veřejné zakázky. K této rozkladové námitce uvádím následující. Poskytování služeb pro ÚSC nevykazuje žádné podstatné odlišnosti od služeb realizovaných pro subjekty mimo samosprávu. Specifika služeb odpadového hospodářství totiž nepramení z různé povahy jejich objednatelů, ale především z objemu a druhu svážených odpadů, tedy z věcného (faktického) prokázání požadovaných zkušeností. Za této situace je nutné požadavky na předložení referencí o realizaci obdobných zakázek definovat na základě věcné povahy požadovaných služeb, nikoli je specifikovat na základě zvláštního postavení jejich objednatel. V rámci daného správního řízení vedeného Úřadem nade vší pochybnost vyplynulo, že zadavatelem nastavené TKP neplní jakoukoli rozumnou ekonomickou funkci, když naopak v rozporu se smyslem zadávání veřejných zakázek brání vytvoření efektivní soutěže mezi dodavateli. Stanovením nepřiměřeného požadavku na způsobilost zájemců v podobě kombinace požadovaných referencí a požadavku na reference od specifického okruhu subjektů zadavatel porušil § 50 odst. 3 a § 56 odst. 5 písm. c) zákona, když nepřípustně omezil okruh potencionálních dodavatelů a znemožnil jim účastnit se daného zadávacího řízení. Ve vztahu k požadavku na reference pro ÚSC se pak podrobněji vyjádřím v bodě 36. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
34. Zadavatel v následujícím bodě II. b) rozkladové argumentace týkajícím se problematiky počtu požadovaných referenčních zakázek uvádí, že nelze porovnávat požadavky na prokázání TKP vzájemně mezi různými veřejnými zakázkami různých zadavatelů s tím, že takový postup by vedl k omezení právní jistoty zadavatele, neboť na trhu se vždy najde zadavatel, který nestanoví téměř žádné kvalifikační předpoklady. Zadavatel má za to, že důvody, které jej k tomuto kroku vedou, mohou být často pouze jeho nezkušenost nebo obava z řešení případných námitek. K této námitce vznesené zadavatelem v rozkladu uvádím následující. Zadavatelem demonstrativně uvedenou nezkušenost nebo obavu z řešení případných námitek nemohu akceptovat jakožto důvody, které by byly způsobilé ospravedlnit

předmětný nezákonný postup zadavatele. Zdůrazňuji, že Úřad v daném případě prokazatelně posuzoval zákonnost a oprávněnost požadavku zadavatele na počet referenčních zakázek ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, a to se zřetelem na znění relevantních ustanovení zákona a s přihlédnutím k judikatuře správních soudů. Je pravdou, že Úřad v bodě 78. odůvodnění napadeného rozhodnutí na základě zjištění skutečností obsažených ve Věstníku veřejných zakázek komparoval předmět činnosti a rozsah předmětné veřejné zakázky se srovnatelnými veřejnými zakázkami, zadávanými městy Prostějov, Břeclav, Blansko či Uherské Hradiště. Toto porovnání učiněné Úřadem sloužilo k ilustraci dané problematiky, resp. k názornému dokreslení skutkových okolností daného případu. Ze srovnání provedených Úřadem vyplynulo, že zadavatel v tomto případě skutečně stanovil výrazně přísnější požadavky na prokázání splnění TKP ve smyslu § 56 odst. 2 písm. a) zákona, než je obvyklé v obdobných veřejných zakázkách. Jak je totiž zřejmé z výše citovaného bodu odůvodnění napadeného rozhodnutí, ve všech čtyřech odkazovaných případech zadavatel stanovil z hlediska počtu, hodnoty i oblasti referencí mírnější požadavky na prokázání TKP, než tomu bylo v šetřeném případě. Předmětnou (statistickou) komparaci provedenou Úřadem v napadeném rozhodnutí tedy v žádném případě nelze označit za neobjektivní či zavádějící, jelikož Úřad čerpal z relevantních dat zaznamenaných ve Věstníku veřejných zakázek, který zajišťuje uveřejňování těch informací povinně uveřejňovaných zadavatelem, které jsou uvedeny v zákoně. Ani tato rozkladová argumentace zadavatele proto jako nedůvodná neobstojí.

35. Zadavatel v bodě II. c) rozkladu, stejně jako v bodě II. a) 2) rozkladu, vznáší námitky týkající se problematiky finanční hodnoty požadovaných referencí. Uvádí, že finanční hodnota požadovaných referenčních zakázek je přiměřená předpokládané hodnotě předmětu veřejné zakázky (zadavatel požaduje 2x referenční zakázku za min. 17 000 000 Kč bez DPH a 3x referenční zakázku za 34 000 000 Kč bez DPH a celkem tak požaduje referenční zakázky v hodnotě 136 000 000 Kč bez DPH), přičemž dle svého tvrzení nepožaduje referenční zakázky ani v hodnotě dvojnásobku předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Zadavatel tak zpochybňuje závěr Úřadu, který spočítal finanční hodnotu referencí „v reálu“ na 4,5 násobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky s tím, že předmětný výpočet Úřadu je dle něj jen hypotetickou konstrukcí, když Úřad předpokládanou hodnotu zakázky ponížil na 75 % její hodnoty, což dle zadavatele nemá oporu v zákoně. K této rozkladové argumentaci uvádím následující. S ohledem na to, že zadavatel hodlá s vybraným uchazečem uzavřít smlouvu na realizaci veřejné zakázky na dobu neurčitou, byla předpokládaná hodnota veřejné zakázky vyčíslena s poukazem na § 14 odst. 1 písm. b) zákona za období 48 měsíců, a to ve výši 75 000 000 Kč bez DPH. Z toho vyplývá předpokládaná hodnota ročního plnění 18 750 000 Kč bez DPH. V kapitole 9 kvalifikační dokumentace zadavatel stanovil mj. požadavek na předložení seznamu významných služeb – za takovou významnou službu zadavatel považuje poskytování služby sběru, svozu, využití a likvidace směsného komunálního odpadu, a to v počtu alespoň 5 referenčních zakázek v min. roční hodnotě poskytovaných služeb ve výši 17 000 000 Kč bez DPH za každou zakázku. Nadto min. u 3 referenčních zakázek musela být v každém dotčeném roce daná služba poskytována klientům min. 2 po sobě jdoucí roky, přičemž v každém dotčeném roce má činit min. roční hodnota poskytované služby u každé reference 17 000 000 Kč bez DPH. Nadto alespoň 2 referenční zakázky měly probíhat u ÚSC s počtem obyvatel nad 20 000.

36. V tomto kontextu je nezpochybnitelný závěr Úřadu obsažený v odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož u ÚSC jsou zpravidla uzavírány smlouvy na delší časový úsek, a lze tak předpokládat, že podnikatelské subjekty disponující referenční zakázkou v délce jednoho roku (či dvou let) splňují týmiž referencemi i požadavek na referenční zakázku trvající více než dva roky. Úřad tedy postupoval správně, když dospěl k závěru, dle něhož zadavatel reálně požadoval referenční zakázky v celkové hodnotě 255 000 000, tedy za všech 5 referenčních zakázek, realizovaných po dobu tří let, a tedy ve výši přibližně 4,5 násobku předpokládané hodnoty této veřejné zakázky. Se zřetelem na tyto relevantní okolnosti případu a s ohledem na situaci na dotčeném trhu Úřad zaujal zcela správné stanovisko, když v bodě 64. odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že 4,5 násobek předpokládané hodnoty dané veřejné zakázky nelze považovat za přiměřený. Úřad tedy v rámci svých výpočtů neponížil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na 75 % její hodnoty, jak nedůvodně namítá zadavatel v rozkladu. Předmětná rozkladová argumentace zadavatele, v rámci které poukazuje na hodnotu požadovaných referenčních zakázek ve vazbě na předpokládanou hodnotu dané veřejné zakázky, tak nemůže obstát s tím, že předmětný postup Úřadu, který zadavatel v rozkladu zpochybňuje, je třeba označit za zcela souladný se zákonem.
37. V bodě II. d) rozkladu týkající se požadavku na reference pro ÚSC zadavatel zpochybňuje závěr Úřadu obsažený v bodě 82. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož *„dodavatelé mají omezenou možnost předložit reference pro územní samosprávné celky nad 20.000 obyvatel, neboť je v tomto oboru obvyklé, že města mají pro svoz komunálního odpadu zřízenou právnickou osobu, kterou ovládají, a u nichž nelze předpokládat, že by měly zájem i o provádění svozu odpadu na území jiných měst“*. Dle zadavatele se na území České republiky nachází min. 60 měst s počtem obyvatel nad 20 000 zajišťujících sběr, svoz, využití a likvidaci komunálního odpadu a ve všech těchto městech je tak možné se veřejné zakázky na dané služby zúčastnit a získat osvědčení o její realizaci. Navíc mohou uchazeči doložit i poskytování relevantních služeb i na území jiných států. Požadavek na realizaci 2 zakázek obdobného předmětu u ÚSC s počtem obyvatel nad 20 000 dle zadavatele odpovídá kvantitativnímu specifiku a obsahové složitosti předmětu veřejné zakázky. K výše uvedenému akcentuji následující. Jak Úřad uvedl v bodě 81. odůvodnění napadeného rozhodnutí, to, že navrhovatel realizoval veřejné zakázky na sběr, svoz a likvidaci komunálního odpadu spíše pro obce s nižším počtem obyvatel nežli 20 000 nemusí indikovat, že by nebyl schopen realizovat danou veřejnou zakázku pro obec s vyšším počtem obyvatel, pokud například vykonává souběžně sběr, svoz a likvidaci komunálního odpadu pro větší počet obcí (s počtem obyvatel nižším než 20 000). Zde Úřad (správně) zdůraznil, že předmětný požadavek zadavatele je neakceptovatelný za situace, kdy takové omezení způsobuje i nedůvodnou eliminaci hospodářské soutěže, což bylo Úřadem v daném správním řízení prokázáno, přičemž samotné omezení referenčních zakázek na ÚSC ve spojení s dalšími požadavky zadavatele na prokázání splnění TKP dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona nebylo zadavatelem konstruováno v souladu s relevantními ustanoveními zákona, resp. v souladu se zásadou zákazu skryté diskriminace. Ani tato námitka vznesená zadavatelem v rozkladu proto jako nedůvodná neobstojí.
38. Zadavatel v bodě II. e) rozkladu následně poukazuje na to, že s ohledem na předmět a rozsah zadávacího řízení obdržel dostatečný počet žádostí o účast. Je třeba akcentovat, že zadavatel

sice obdržel 3 žádosti o účast, jeden ze tří zájemců však neprokázal splnění příslušných TKP, přičemž důvodem nesplnění kvalifikace zájemce – společnosti Nehlsen Třinec, s.r.o., IČO 25355996, se sídlem Jablunkovská 392, 739 61 Třinec – Staré Město, bylo mj. nesplnění TKP, když jedna z referenčních zakázek nedosahovala hodnoty 17 000 000 Kč. I tato relevantní skutečnost Úřad přiměla k posuzování, zda byly požadavky zadavatele na prokázání splnění TKP zadavatelem nastaveny natolik (skrytě) diskriminačně, že zvýhodnily jediného dodavatele. Z tohoto důvodu tedy Úřad vyhodnotil tři doručené žádosti o účast v daném užším řízení jako nedostatečný počet, což je v napadeném rozhodnutí dostatečně odůvodněno. Tato skutečnost sloužila Úřadu jako „pouhá“ indicie o tom, že se zadavatel dopustil porušení relevantních ustanovení zákona deklarovaných v návrhu navrhovatele. Nadto, počet obdržených žádostí o účast je irelevantní za situace, kdy zadavatel stanovil nezákonnou, resp. diskriminační, kombinaci požadovaných referenčních zakázek sloužících k prokázání splnění TKP. Předmětná námitka vznesená zadavatelem v rozkladu tak rovněž neobstojí.

39. Zadavatel následně v témže bodě rozkladu podotýká, že v dané oblasti je regionální příslušnost přirozená, a proto bude počet relevantních uchazečů nižší, jelikož poskytování služby v takovém rozměru zahrnuje i vybudování dostatečného logistického, personálního, strojního a vozového zázemí. Tímto relevantním důvodem účasti jednotlivých subjektů se však Úřad dle zadavatele v napadeném rozhodnutí nezabýval. Zdůrazňuji, že s touto rozkladovou argumentací se nelze ztotožnit již se zřetelem na skutečnosti obsažené v bodě 73. odůvodnění napadeného rozhodnutí. V tomto bodě odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad učinil jednoznačný závěr, podle něhož je obvyklé, že v případě měst nad 20 000 obyvatel má dané město pro svoz komunálního odpadu zřízenou právnickou osobu, přičemž nelze předpokládat, že by se takové regionální právnické osoby účastnily i zadávacích řízení na svoz komunálního odpadu v jiných městech nad 20 000 obyvatel. Úřad proto v napadeném rozhodnutí konstatoval, že je nepravděpodobné, že by reference v tak vysokém počtu, jak stanovil zadavatel (tj. 5 referencí), byli dodavatelé pohybující se na relevantním trhu schopni snadno doložit. Třebaže jsou tedy subjekty zajišťující nakládání s komunálním odpadem často skutečně regionálně zaměřené, tato skutečnost nic nemění na nezákonnosti předmětného postupu zadavatele. Nadto, jak je uvedeno v bodě 74. odůvodnění napadeného rozhodnutí, reference z oblasti České republiky byl v této veřejné zakázce patrně schopen doložit pouze dodavatel FCC Česká republika, s.r.o., IČO 45809712, se sídlem Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8, který je současným poskytovatelem zadavatelem poptávaných služeb. Je tedy zřejmé, že se Úřad výše popsaným relevantním důvodem účasti jednotlivých subjektů v odůvodnění napadeného rozhodnutí dostatečně zabýval, pročež tato námitka zadavatele pro svou nedůvodnost nemůže obstát.
40. Ve vztahu k argumentaci obsažené v bodě II. f) rozkladu, v rámci které zadavatel poukazuje na zpřísnění požadavků na prokázání splnění TKP, uvádím následující. S ohledem na výše uvedené skutečnosti je evidentní, že Úřad v napadeném rozhodnutí přezkoumatelným způsobem odůvodnil nezákonnost takové kombinace požadovaných referenčních zakázek, která nedůvodně omezila účast dodavatelů v zadávacím řízení. Z jeho závěrů jednoznačně vyplývá, že v důsledku zadavatelem stanovených TKP bylo některým dodavatelům objektivně znemožněno ucházet se o veřejnou zakázku, i když by byli schopni realizovat předmět veřejné zakázky stejně úspěšně jako jiní dodavatelé. Jinými slovy řečeno Úřad

přezkoumatelným způsobem dovedl, že v důsledku zadavatelova postupu došlo ke skryté diskriminaci dodavatelů. I tuto rozkladovou argumentaci zadavatele je proto nezbytné odmítnout jako nedůvodnou.

41. Zadavatel dále v bodě II. g) rozkladu vznáší námitku týkající se (ne)možnosti účasti navrhovatele v daném zadávacím řízení veřejné zakázky. V této souvislosti zdůrazňuje, že navrhovatel skutečně nepodal žádost o účast do zadávacího řízení. Zda bylo důvodem to, že stanovené kvalifikační předpoklady nesplnil, nebo pouze to, že si některá ustanovení kvalifikační dokumentace špatně vyložil, není dle zadavatele zřejmé. Je tak dle něj možné, že navrhovatel mohl žádost o účast podat a prokázat splnění TKP v plném rozsahu. Zadavatel dle svého tvrzení nemůže nést odpovědnost za to, že jednotlivý subjekt nesplňuje veškeré TKP, ačkoli se jedná o „dodavatele s celorepublikovou působností pohybujícího se v dané oblasti“, jak uvádí Úřad. Podle zadavatele se tak nejedná důvod, na jehož základě by byl Úřad oprávněn zrušit zadávací řízení veřejné zakázky. K této rozkladové argumentaci uvádím následující. Námitky, jakožto jeden ze základních prostředků ochrany dodavatelů proti nesprávnému postupu zadavatele, může dle ustanovení § 110 odst. 1 zákona při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek a v soutěži o návrh podat kterýkoliv dodavatel, mající zájem na získání veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele vznikla, případně hrozí, újma na jeho právech. Zákon tedy výslovně stanoví, že podat námitky, stejně tak i návrh, mohou nejen uchazeči o veřejnou zakázku, ale i všichni dodavatelé, kteří prokáží hrozící či vzniklou újmu na svých právech a mají zájem na získání veřejné zakázky. Z uvedeného důvodu tedy není rozhodné, zda navrhovatel podal žádost o účast do zadávacího řízení. Ve vztahu k navazující argumentaci, v rámci které zadavatel zdůrazňuje, že nemůže nést odpovědnost za to, že jednotlivý subjekt nesplňuje veškeré TKP, uvádím následující. Ve smyslu relevantních ustanovení zákona nese zadavatel odpovědnost za své protiprávní jednání, resp. musí nést odpovídající důsledky svého postupu spočívající v uložení příslušného nápravného opatření Úřadem. Pokud se jedná o předmětné nápravné opatření, Úřad v bodě 114. odůvodnění napadeného rozhodnutí zcela správně konstatoval, že *„zadavatel pochybil v šetřeném případě při vymezení zadávacích podmínek a nápravu tak již nelze učinit jinak, než zrušením zadávacího řízení, rozhodl Úřad o zrušení předmětného zadávacího řízení, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí“*. Ani tuto námitku zadavatele obsaženou v rozkladu proto nelze označit za důvodnou.
42. V závěrečném bodě III. rozkladu zadavatel uvádí, že vydáním napadeného rozhodnutí Úřad reálně ohrožuje faktickou realizaci plnění předmětu veřejné zakázky, jehož účel slouží veřejnému zájmu. S ohledem na výše uvedené je zcela zřejmé, že v důsledku postupu zadavatele, nesouladného se zákonem, z logiky věci nemohl být naplněn smysl a účel zákona. Uložené nápravné opatření spočívající ve zrušení celého zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 118 odst. 1 zákona bylo zcela adekvátním opatřením. V daném případě byly splněny všechny podmínky předvídané zákonem k jeho uložení a Úřad tak postupoval zcela v intencích ustanovení § 112 zákona, když uložil výše specifikované nápravné opatření. Nadto, možné ohrožení faktické realizace plnění předmětu dané veřejné zakázky „zavinil“ samotný zadavatel v důsledku svého nezákonného postupu. Tato skutečnost tedy nemůže jít na vrub Úřadu, poněvadž osoba zadavatele je při zadávání veřejné zakázky povinna postupovat v souladu se zákonem a rovněž je povinna naplnit jeho účel, což se v daném

případě nestalo. I tuto námitku vznesenou zadavatelem v rozkladu je proto třeba označit za nedůvodnou.

43. Pro úplnost uvádím, že při přezkumu zákonnosti výroku III. napadeného rozhodnutí jsem dospěl k závěru, že Úřad postupoval při stanovení povinnosti zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč v souladu s právními předpisy.

VI. Závěr

44. 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 zadavatele.
45. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Mgr. Bc. Milan Konečný, Pančochy 1084, 664 42 Modřice
2. Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 – Nové Město

Vypraveno dne:

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