UOHSX001G9ZV

Č. j.: ÚOHS-R4/2009/VZ-14241/2009/310 V Brně dne 2. listopadu 2009

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 26.2.2009 zadavatelem

- **Statutárním městem Havířov, IČ 00297488, se sídlem Svornosti 2, 736 01 Havířov-město**, zast. Františkem Chobotem, primátorem, ve správním řízení zast. na základě plné moci obchodní společností JUSTITIA, s.r.o., IČ 25392875, se sídlem 28. října 1142/168, 709 00 Ostrava, Mariánské Hory, za niž jedná Ing. Vlastimil Křesálek, jednatel,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13.2.2009, č. j. ÚOHS-S270,325/2008/VZ-909/2009/510/MOn, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Statutárního města Havířov, IČ 00297488, se sídlem Svornosti 2, 736 01 Havířov-město, učiněných ve veřejné zakázce „**Přenesená správa veřejného osvětlení v Havířově**“ zadávané v soutěžním dialogu, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 1.7.2008 a následně opraveno ve dnech 4.7.2008, 21.7.2008 a 11.8.2008 pod ev. č. 60019341 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 2.7.2008 v č. 126/2008 pod ev. č. 2008/S 126-168250 a následně opraveno dne 8.7.2008 v č. 130/2008 pod ev. č. 2008/S 130-172435, dne 23.7.2008 v č. 141/2008 pod ev. č. 2008/S 141-188279 a dne 13.8.2008 v č. 156/2008 pod ev. č. 2008/S 156-209987, ve kterém je dalším účastníkem správního řízení navrhovatel

- **obchodní společnost ČEZ Energetické služby, s.r.o., IČ 27804721, se sídlem Výstavní 1144/103, 706 02 Ostrava, Vítkovice**, za niž jednají Ing. Michal Ryzman a Ing. Daniel Morys, jednatelé, ve správním řízení zast. na základě plné moci Mgr. Markem Gocmanem, advokátem, se sídlem 28. října 219/438, 709 00 Ostrava, Mariánské Hory,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13.2.2009, č. j. ÚOHS-S270,325/2008/VZ-909/2009/510/MOn

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 29.9.2008 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele – Statutárního města Havířov, IČ 00297488, se sídlem Svornosti 2, 736 01 Havířov-město, zast. Františkem Chobotem, primátorem, ve správním řízení zast. na základě plné moci obchodní společností JUSTITIA, s.r.o., IČ 25392875, se sídlem 28. října 1142/168, 709 00 Ostrava, Mariánské Hory, za niž jedná Ing. Vlastimil Křesálek, jednatel (dále jen „zadavatel“), ve veřejné zakázce „Přenesená správa veřejného osvětlení v Havířově“ zadávané v soutěžním dialogu, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 1.7.2008 a následně opraveno ve dnech 4.7.2008, 21.7.2008 a 11.8.2008 pod ev. č. 60019341 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 2.7.2008 v č. 126/2008 pod ev. č. 2008/S 126-168250 a následně opraveno dne 8.7.2008 v č. 130/2008 pod ev. č. 2008/S 130-172435, dne 23.7.2008 v č. 141/2008 pod ev. č. 2008/S 141-188279 a dne 13.8.2008 v č. 156/2008 pod ev. č. 2008/S 156-209987 (dále jen „veřejná zakázka“). Tímto dnem bylo zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky označil zadavatele a navrhovatele, obchodní společnost ČEZ Energetické služby, s.r.o., IČ 27804721, se sídlem Výstavní 1144/103, 706 02 Ostrava, Vítkovice, za niž jednají Ing. Michal Ryzman a Ing. Daniel Morys, jednatelé, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci Mgr. Markem Gocmanem, advokátem, se sídlem 28.října 219/438, 709 00 Ostrava, Mariánské Hory (dále jen „navrhovatel“).

2. Dne 10.11.2008 Úřad vydal předběžné opatření, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení, a to do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

3. Po přezkoumání předložených podkladů získal Úřad pochybnosti o zákonnosti úkonů zadavatele, spočívající zejména v tom, zda byly splněny podmínky pro aplikaci soutěžního dialogu a zda minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu

uvedeného v § 56 odst. 2 písm. a) zákona odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, a proto zahájil dne 22.12.2008 správní řízení z moci úřední, které oznámil zadavateli jako jedinému účastníkovi správního řízení.

4. K zajištění účelu výše vymezených správních řízení Úřad usnesením ze dne 29.12.2008 spojil správní řízení zahájené na základě návrhu navrhovatele ze dne 29.9.2008 a správní řízení zahájené z moci úřední dne 22.12.2008.

Napadené rozhodnutí

5. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 13.2.2009 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S270,325/2008/VZ-909/2009/510/MOn, kterým ve výroku I.1. rozhodl, že zadavatel nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený v § 24 zákona, když při zadávání veřejné zakázky použil soutěžní dialog, aniž splnil podmínky vymezené v § 24 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ve výroku I.2. pak Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený v § 40 odst. 6 zákona, když provedl úpravy v uveřejněném vyhlášení, aniž by přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání žádostí o účast v soutěžním dialogu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako opatření k nápravě Úřad v souladu s § 118 zákona zrušil zadání veřejné zakázky.

6. Ve výroku II. pak Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel postup dle § 44 odst. 1 v návaznosti na § 6 zákona, když si v oznámení zadávacího řízení a v zadávací dokumentaci vyhradil požadavky na splnění kvalifikace, které si vzájemně odporují. Úřad přitom s ohledem na souvislosti daného správního řízení rozhodl, že tento postup zadavatele podstatně neovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Ve výroku III. pak Úřad v souladu s § 119 odst. 2 zákona uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000,-Kč.

7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že základními předpoklady pro použití soutěžního dialogu dle § 24 zákona je existence zvláště složitého předmětu plnění veřejné zakázky, kdy zadavatel není objektivně schopen přesně vymezit technické podmínky dle § 46 odst. 4 a 5 nebo právní či finanční požadavky na plnění veřejné zakázky. Soutěžní dialog lze použít pouze v případě, kdy veřejný zadavatel potřebuje uspokojit své požadavky, aniž by znal způsob vedoucí k jejich naplnění, a v rámci soutěžního dialogu hledá vhodná řešení, jak svých potřeb dosáhnout.

8. Dokumentace soutěžního dialogu však v daném případě obsahovala precizně a podrobně stanovené podmínky definované do podrobností podle druhu požadovaných služeb. Zadavatel tedy již v podmínkách soutěžního dialogu přesně specifikoval technické řešení, stejně jako finanční a právní požadavky na plnění veřejné zakázky. Úřad proto učinil závěr, že údaje uvedené v podmínkách soutěžního dialogu svědčí o tom, že zadavatel byl schopen definovat předmět veřejné zakázky tak, aby vypracoval zadávací dokumentaci, na jejímž základě by byli dodavatelé schopni vypracovat své nabídky. Úřad neshledal žádný oprávněný důvod, proč nebylo s ohledem na povahu předmětu plnění veřejné zakázky v šetřeném případě možné použití otevřeného či užšího řízení.

9. Uvedený postup zadavatele přitom mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a to zejména z toho důvodu, že řada dodavatelů není připravena hledat řešení v rámci

soutěžního dialogu, ale je schopna splnit požadavky zadavatele, jak je zadavatel stanovil v dokumentaci soutěžního dialogu, příp. další požadavky, které by byly stanoveny v rámci zadávací dokumentace veřejné zakázky.

10. Ve vztahu k porušení § 40 odst. 6 zákona, tedy neprodloužení lhůty pro podání žádostí o účast v soutěžním dialogu po provedených úpravách v oznámení zadávacího řízení, pak Úřad konstatoval následující. Zadavatel dne 1.7.2008 uveřejnil oznámení zadávacího řízení, v němž požadoval prokázání technické kvalifikace předložením významných služeb na správu veřejného osvětlení za poslední tři roky, a to minimálně u tří veřejných zadavatelů nebo jiných osob, a to u každého s minimálně 3 000 ks světelnými body. Dne 21.7.2008 pak zadavatel tento požadavek změnil tak, že požadoval předložení specifikované služby minimálně u jednoho, nikoli tří veřejných zadavatelů nebo jiných osob. Takto pozměněné požadavky na technickou kvalifikaci byl schopen splnit výrazně širší okruh dodavatelů než požadavky původní. Lhůtu pro doručení žádostí o dokumentaci však zadavatel ponechal do 24.7.2008 a lhůtu pro podání nabídek do 5.8.2008. Tím, že zadavatel uvedené lhůty přiměřeně neprodloužil, porušil § 40 odst. 6 zákona a mohl omezit okruh dodavatelů, kteří zaslali svoji žádost o účast.

11. Ve vztahu k výroku II. Úřad uvedl, že zadavatel specifikoval kvalifikační předpoklad „technická způsobilost“ odlišně v oznámení zadávacího řízení a odlišně v textové části dokumentace soutěžního dialogu. Přísnější vymezení téhož kvalifikačního předpokladu v dokumentaci soutěžního dialogu však nemohlo mít vliv na okruh zájemců, kteří podali žádost o účast v soutěžním dialogu. Navíc vyplývá, že zadavatel posuzoval technickou kvalifikaci dodavatelů dle podmínek uveřejněných v oznámení zadávacího řízení. Úřad proto uvedený rozpor neposoudil jako postup, který podstatným způsobem ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

12. Ve vztahu k částem návrhu navrhovatele, ve kterých navrhovatel nepodal předchozí námitky u zadavatele, a které jsou opožděné, Úřad uvedl, že otázky uvedené v těchto částech návrhu projednal v rámci správního řízení zahájeného z moci úřední. Dále pak Úřad konstatoval, že s ohledem na zjištění, že již postupy zadavatele uvedené ve výroku I. mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, na jehož základě Úřad zadání veřejné zakázky zrušil, již dále nezkoumal případný vliv dalších navrhovatelem namítaných skutečností, neboť jakýkoli učiněný zvěr by již nemohl ovlivnit skutečnost, že zadání veřejné zakázky bylo nutno zrušit.

13. Dne 2.7.2009 vydal Úřad ve smyslu § 70 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) opravné rozhodnutí č. j. ÚOHS-270,325/2008/VZ-8321/2009/510/MO, kterým opravil písařskou chybu v označení zadavatele uvedeném ve výroku III. rozhodnutí ze dne 13.2.2009 č. j. ÚOHS-270,325/2008/VZ-909/2009/510/MOn. Označení „zadavateli městu Vysoké Mýto“ tak bylo nahrazeno textem „zadavateli statutárnímu městu Havířov“.

II. Námitky rozkladu

14. Dne 26.2.2009 podal zadavatel proti rozhodnutí ze dne 13.2.2009 č. j. ÚOHS-270,325/2008/VZ-909/2009/510/MOn rozklad, ve kterém vyjadřuje své přesvědčení o nesprávnosti napadeného rozhodnutí stejně jako řízení, které jeho vydání předcházelo. Zadavatel namítá, že Úřad porušil § 110 odst. 5, podle něhož je podání

řádných námitek podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci. Povinností Úřadu bylo v souladu s § 114 odst. 1, 2 a 3 zákona zkontrolovat, zda je návrh oprávněný a zda splňuje zákonem stanovené náležitosti, přičemž dle zadavatele by Úřad při tomto postupu musel zjistit, že návrhu nejenže nepředcházely řádné námitky, jak to vyžaduje § 110 odst. 5 zákona, ale že návrh ani neobsahuje doklad o tom, že zadavateli byly ve stejné věci (domnělé porušení § 24 a § 40 odst. 6 zákona) námitky podány. Zákonnou povinností Úřadu tak dle zadavatele bylo v souladu s § 114 odst. 3 zákona vyzvat navrhovatele, aby svůj návrh doplnil o doklad, kterým prokazuje, že ve stejné věci byly podány řádně námitky, resp. správní řízení zahájené na základě návrhu zastavit.

15. Pokud měl následně Úřad důvodné podezření ohledně porušení zákona ze strany zadavatele, pak po zastavení řízení zahájeného na návrh měl v souladu s § 114 odst. 3 zákona zahájit správní řízení z moci úřední. Zadavatel má za to, že skutečnost, že Úřad nejenže řízení zahájené na základě návrhu nezastavil, ale vedle toho rozhodl ve stejné věci o zahájení správního řízení z moci úřední a navíc obě tato řízení sloučil, hrubým způsobem porušil platnou legislativu a výrazně zasáhl do práv zadavatele, stejně jako uchazeče či uchazečů o předmětnou veřejnou zakázku. Zadavatel tedy považuje napadené rozhodnutí Úřadu za nezákonné.

16. Dne 17.3.2009 podal zadavatel doplnění rozkladu, ve kterém vyjadřuje nesouhlas s rozhodnutím Úřadu uvedeném ve výroku I.1. V této souvislosti zadavatel uvádí, že si je vědom ustanovení § 24 zákona, přičemž jako důvod ospravedlňující použití soutěžního dialogu uvádí svou neschopnost stanovit finanční požadavky na plnění veřejné zakázky vzhledem k financování obnovy veřejného osvětlení, nikoli neschopnost vymezení platebních podmínek za správu, údržbu a provoz veřejného osvětlení, jak dle zadavatele tvrdí Úřad v napadeném rozhodnutí.

17. Účelem jednání se zájemcem v rámci soutěžního dialogu tak dle zadavatele bylo mj. i nalezení vhodného způsobu realizace obnovy veřejného osvětlení a způsob jeho financování, neboť tato problematika není podrobně v dokumentaci soutěžního dialogu řešena. O tom, že zadavatel hledal vhodné řešení způsobu obnovy veřejného osvětlení, pak dle zadavatele svědčí nejen obsah protokolů o jednání v soutěžním dialogu, ale i návrhy řešení zájemce ELTODO-CITELUM, s.r.o., IČ 25751018, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4 (dále jen „ELTODO-CITELUM, s.r.o.“). Zadavatel je tedy přesvědčen, že soutěžní dialog využil oprávněně.

18. Zadavatel se rovněž ohrazuje proti konstatování Úřadu, podle něhož z dokumentace soutěžního dialogu nebylo možno vyčíst, ve vztahu k jakému problému zadavatel hledá nalezení vhodného řešení. Podle zadavatele je zřejmé, že dal všem dodavatelům jasně na srozuměnou, v čem bude návrh řešení hledat, o čemž svědčí mimo jiné skutečnost, že obdržel návrh řešení jednoho ze zájemců, který podal žádost o účast v zadávacím řízení a z důvodu svého vyloučení se nemohl následně jednání o hledání řešení zúčastnit. Tento zájemce nabídl úplně jiný způsob realizace obnovy veřejného osvětlení a jeho financování, přičemž dle zadavatele se neměl jak dozvědět, o čem má být jednáno a v čem zadavatel hledá návrh řešení, pokud by to nebylo možno vyčíst z dokumentace soutěžního dialogu.

19. Dále zadavatel vyjadřuje nesouhlas s konstatováním Úřadu, podle něhož dokumentace soutěžního dialogu ani výzva k účasti v soutěžním dialogu neobsahuje žádný požadavek

směrem k dodavatelům, který by vypovídal o tom, že zadavatel nebyl schopen vymezit předmět veřejné zakázky a proč soutěžní dialog použil. Zadavatel v této souvislosti namítá, že žádné ustanovení zákona mu neukládá uvádět v dokumentaci soutěžního dialogu či ve výzvě k účasti v soutěžním dialogu to, že není schopen vymezit předmět veřejné zakázky, či důvod pro použití soutěžního dialogu.

20. Zadavatel rovněž uvádí, že konstatování Úřadu, podle něhož varianty splácení nepovažuje za důvod pro zadání veřejné zakázky v soutěžním dialogu, není opřeno o žádné ustanovení zákona, které měl zadavatel porušit. Zadavatel uvádí, že se jedná pouze o názor Úřadu, přičemž namítá, že zadavatel hledal v soutěžním dialogu vhodné řešení i v jiných aspektech. Zadavatel rovněž uvádí, že jednání o návrhu řešení v rámci soutěžního dialogu nebylo ještě ukončeno, jak je zřejmé z protokolů o jednání, a závěry Úřadu se proto zakládají pouze na výsledcích neukončeného jednání.

21. Zadavatel dále rozporuje, že by zadal veřejnou zakázku v soutěžním dialogu, jak je konstatováno v odůvodnění napadeného rozhodnutí, přičemž argumentuje definicí obsaženou v ustanovení § 17 písm. k) zákona, podle níž je zadáním rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem. Zadavatel namítá, že k tomuto úkonu z jeho strany nedošlo.

22. Zadavatel dále namítá, že Úřadem konstatovaná skutečnost, že řada dodavatelů není připravena hledat řešení v rámci soutěžního dialogu, nemůže být důvodem k tomu, že zadavatel soutěžní dialog nepoužije, přestože není schopen přesně vymezit všechny technické, právní a finanční aspekty plnění, zejména pak ve vztahu k realizaci obnovy veřejného osvětlení. Zadavatel rovněž uvádí, že nerozumí konstatování Úřadu, podle něhož otevřené či užší řízení jsou nejtransparentnějším způsobem zadání veřejné zakázky.

23. Zadavatel uzavírá, že při hledání řešení v rámci soutěžního dialogu nešlo vůbec o varianty splátky; ty byly pouze produktem navrženého způsobu financování obnovy veřejného osvětlení. Ze strany Úřadu tak došlo k nepochopení požadavků zadavatele a návrhů řešení ELTODO-CITELUM, s.r.o. Zadavatel tedy použil soutěžní dialog v souladu s požadavky zákona, přičemž jeho rozhodnutí nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, když o účast v soutěžním dialogu se ucházelo 7, resp. 5 zájemců.

24. Další námitka uvedená v rozkladu se týká přesvědčení zadavatele, že Úřad nebyl oprávněn při svém rozhodování aplikovat ustanovení § 118 zákona a zadávací řízení zrušit. Argumentuje přitom definicí zadání uvedenou v § 17 písm. k) zákona. Povinností Úřadu bylo dle zadavatele řízení zastavit a proto navrhuje zrušení výroku I.1., neboť tento nemá oporu v zákoně.

25. Zadavatel rovněž vyjadřuje nesouhlas s výrokem I.2. napadeného rozhodnutí, podle něhož zadavatel porušil ustanovení § 40 odst. 6 zákona. Tento závěr Úřadu dle zadavatele nemá logiku, neboť pokud nebyl zadavatel vůbec oprávněn soutěžní dialog použít, pak musel zadavatel porušit všechna ustanovení zákona ve všech fázích soutěžního dialogu. Zadavatel z uvedeného výroku napadeného rozhodnutí dovozuje, že Úřad se snažil najít další důvod pro konstatování porušení zákona postupem zadavatele, i kdyby se podařilo zadavateli prokázat, že soutěžního dialogu použil oprávněně.

26. Ve vztahu k porušení § 40 odst. 6 zákona pak zadavatel dále argumentuje neopodstatněností tvrzení Úřadu, podle něhož původně vymezené požadavky zadavatele na kvalifikaci byl schopen splnit pouze dodavatel ELTODO-CITELUM, s.r.o. Zadavatel uvádí, že na základě takto zveřejněného požadavku požádalo o dokumentaci soutěžního dialogu celkem 7 dodavatelů, přičemž všichni tito dodavatelé byli schopni zadavatelem stanovený požadavek splnit. Zadavatel rovněž argumentuje, že se nejednalo o změny, které by měly vliv na nutnost prodloužení lhůty pro podání žádostí.

Závěr rozkladu

27. Z uvedených důvodů zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí č. j. ÚOHS-270,325/2008/VZ-909/2009/510/MOn ze dne 13.2.2009 zrušil a řízení zastavil.

III. Řízení o rozkladu

Stanovisko předsedy Úřadu

28. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

29. Po projednání rozkladů a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadená rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladech a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

30. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-270,325/2008/VZ-909/2009/510/MOn ze dne 13.2.2009 rozhodl, že zadavatel nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený v § 24 zákona, když při zadávání veřejné zakázky použil soutěžní dialog, aniž splnil podmínky vymezené v § 24 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, a dále že zadavatel nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený v § 40 odst. 6 zákona, když provedl úpravy v uveřejněném vyhlášení, aniž by přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání žádostí o účast v soutěžním dialogu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke změně nebo zrušení napadeného rozhodnutí.

IV. K námitkám rozkladu

K procesním otázkám správního řízení před Úřadem

31. Zadavatel v podaném rozkladu namítá nezákonnost postupu Úřadu v řízení, které předcházelo vydání napadeného rozhodnutí. Zadavatel s poukazem na § 110 odst. 5 zákona uvádí, že Úřad byl povinen v souladu s § 114 odst. 3 vyzvat navrhovatele, aby prokázal, že ve stejné věci byly podány řádně námitky, resp. správní řízení zahájené na

základě návrhu zastavit. Po tomto zastavení řízení měl dle zadavatele Úřad v případě důvodného podezření z porušení zákona ze strany zadavatele zahájit správní řízení z moci úřední. Postup Úřadu, kdy řízení zahájené na základě návrhu nezastavil, ale vedle toho rozhodl ve stejné věci o zahájení správního řízení z moci úřední a poté obě tato řízení sloučil, zadavatel považuje za porušení platné legislativy a výrazný zásah do práv zadavatele i uchazečů. K této otázce uvádím následující.

32. Předně je nutno odmítnout tvrzení zadavatele, podle něhož byl Úřad povinen od navrhovatele vyžádat doklad o doručení námitek zadavateli. Námitky podané navrhovatelem, které směřují proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení a poukazují na tvrzené porušení § 40 odst. 6 zákona ze strany zadavatele, byly součástí dokumentace o veřejné zakázce, kterou Úřad obdržel. Kopie námitek, včetně razítka podatelny zadavatele s datem doručení je rovněž součástí správního spisu. Nebylo tedy nutné, aby Úřad od navrhovatele požadoval doklad o doručení námitek zadavateli a stejně tak Úřad ani nebyl povinen správní řízení podle § 114 odst. 3 zákona zastavit, jak se mylně domnívá zadavatel.

33. Návrh, který Úřad obdržel, a na jehož základě bylo zahájeno správní řízení, obsahoval jak skutečnosti, ohledně kterých byly řádně podány námitky, tak i skutečnosti, které v námitkách navrhovatele podaných zadavateli obsaženy nebyly, resp. u nichž nebyla dodržena 15-ti denní lhůta ve smyslu § 110 odst. 3 zákona. Část návrhu tedy byla z procesního hlediska podána v souladu se zákonem a část nikoliv. Úřad proto mohl na základě obdrženého návrhu rozhodnout o souladu rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele se zákonem, neboť v této části byl návrh z procesního hlediska podán v souladu se zákonem. Úřad však po přezkoumání předložených podkladů získal pochybnosti mimo jiné o tom, zda zadavatel splnil zákonné podmínky pro použití soutěžního dialogu, přičemž případné nesplnění těchto podmínek by mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad proto ve věci zahájil správní řízení z moci úřední.

34. O spojení obou správních řízení pak Úřad rozhodl v zájmu efektivnosti a účelnosti svého postupu. Zcela se ztotožňuji s uvedeným procesním postupem Úřadu, když s ohledem na zásadu procesní ekonomie zakotvenou v § 6 odst. 2 správního řádu obě tato správní řízení týkající se totožné veřejné zakázky spojil, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady. Úřad v průběhu řízení zahájeného na návrh zjistil pochybení zadavatele již v počátku zadávacího řízení, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky a tedy i na zákonnost dalších úkonů zadavatele učiněných v tomto řízení. Skutečnosti, které byly oprávněně zahrnuty v návrhu navrhovatele tak Úřad projednal společně se skutečnostmi, které se staly důvodem pro zahájení správního řízení z moci úřední, přičemž s ohledem na shledaná porušení zákona ze strany zadavatele nebylo možné postupovat jinak, než zrušit zadávací řízení dle § 118 zákona.

35. V žádném případě se tedy neztotožňuji s názorem zadavatele, podle něhož je výše uvedený procesní postup Úřadu ve správním řízení v rozporu s platnou legislativou a zasahuje do práv zadavatele a uchazečů. Úřad postupoval zcela v souladu se zákonem a v souladu se zásadou procesní ekonomie, která je jednou z hlavních zásad ovládajících činnost správních orgánů, přičemž práva žádného z účastníků řízení ani uchazečů o veřejnou zakázku nemohla být takovýmto postupem dotčena. Argumentaci zadavatele v této otázce je proto nutno odmítnout.

K oprávněnosti použití soutěžního dialogu

36. Zadavatel v podaném rozkladu vyjadřuje nesouhlas se závěry Úřadu o neoprávněnosti použití soutěžního dialogu, přičemž jako důvod ospravedlňující použití soutěžního dialogu uvádí svou neschopnost stanovit finanční požadavky na plnění veřejné zakázky vzhledem k financování obnovy veřejného osvětlení. K argumentaci zadavatele v této otázce uvádím následující.

37. Především považuji za nezbytné konstatovat, že výše uvedená argumentace zadavatele týkající se ospravedlnění použití soutěžního dialogu nutností nalézt vhodný způsob realizace obnovy veřejného osvětlení a způsob jeho financování nebyla v rámci prvostupňového řízení ze strany zadavatele akcentována. Zadavatel v rámci prvostupňového řízení obecně uvedl výčet aspektů technického, finančního i právního charakteru, u nichž dle svého tvrzení nebyl schopen předmět veřejné zakázky přesně vymezit. Způsob obnovy veřejného osvětlení a způsob jeho financování byly v rámci tohoto výčtu zmíněny pouze okrajově jako jeden z mnoha aspektů. Akcentoval naopak nutnost nalezení technického řešení. Zadavatel tedy svoje stanovisko tvrzeními uvedenými v rozkladu významně změnil, kdy nově uvádí jako stěžejní důvod použití soutěžního dialogu svou neschopnost stanovit finanční požadavky na plnění veřejné zakázky vzhledem k financování obnovy veřejného osvětlení.

38. Nicméně Úřad se i s touto skutečností uváděnou zadavatelem v rozkladu v odůvodnění svého rozhodnutí dostatečně vypořádal. Zcela se ztotožňuji s konstatováním Úřadu, podle něhož dokumentace soutěžního dialogu obsahuje rovněž v aspektech týkajících se obnovy veřejného osvětlení podrobně stanovené podmínky svědčící o tom, že zadavatel byl schopen definovat předmět veřejné zakázky dostatečně podrobně pro zpracování zadávací dokumentace. Argumentaci zadavatele směřující k opačnému závěru je nutno odmítnout.

39. Zadavatel svůj závěr o tom, že smyslem použití soutěžního dialogu bylo v daném případě hledání způsobu financování a realizace obnovy veřejného osvětlení, dokládá mimo jiné kopií prezentace na řešení financování obnovy veřejného osvětlení formou odkupu pohledávek. Uvádí přitom, že tento návrh řešení obdržel nezávisle na průběhu zadávacího řízení od jednoho ze zájemců, kteří podali žádost o účast v zadávacím řízení a z důvodu vyloučení se následně jednání o hledání řešení v rámci soutěžního dialogu nemohli zúčastnit.

40. Ve vztahu k doložení výše specifikovaného návrhu řešení uvádím, že tento materiál neměl Úřad v rámci prvostupňového řízení k dispozici, zadavatel jej poprvé předkládá až v rámci podaného rozkladu. Nejedná se přitom o důkaz, který zadavatel nemohl uplatnit dříve; zadavatel ani v rozkladu argumenty svědčící o opačném závěru neuvádí. S ohledem na § 82 odst. 4 správního řádu proto k tomuto důkazu v řízení o rozkladu nelze přihlédnout.

41. Nadto konstatuji, že předložený materiál vyvolává pochybnosti o pravdivosti tvrzení zadavatele, neboť není vůbec zjistitelné, kdo je jeho autorem či kdy byl vypracován, resp. zadavateli dodán. Je nutno zdůraznit, že v průběhu prvostupňového řízení byl zadavatel ze strany Úřadu opakovaně poučen o své povinnosti nejpozději den po provedení úkonu ve veřejné zakázce informovat o tomto úkonu Úřad. Jestliže tedy zadavatel v průběhu zadávacího řízení obdržel výše specifikovaný návrh řešení, jak

uvádí, měl být tento materiál buď součástí zadávací dokumentace předložené Úřadu anebo měl být Úřad nejpozději následující den po jeho doručení zadavateli o této skutečnosti informován a předmětný návrh řešení mu měl být doložen. Fakt, že ani k jedné z těchto situací nedošlo, vyvolává pochybnosti o tvrzení, že uvedený návrh řešení zadavatel vůbec obdržel. K nevěrohodnosti předloženého důkazu přispívá rovněž nepravděpodobnost tvrzení, že by dodavatel, který byl vyloučen z další účastí v zadávacím řízení pro nesplnění kvalifikace, zadavateli přesto dodatečně zasílal návrh řešení financování obnovy (neboť tento materiál prokazatelně nebyl obsahem žádné ze žádostí o účast v soutěžním dialogu).

42. Stejně tak se neztotožňuji s tvrzením zadavatele, podle něhož o tom, že zadavatel v rámci soutěžního dialogu hledal vhodné řešení způsobu obnovy veřejného osvětlení, svědčí rovněž obsah protokolů o jednání, stejně jako návrhy řešení zájemce ELTODO-CITELUM, s.r.o. Jak je vyčerpávajícím způsobem zdůvodněno v odůvodnění napadeného rozhodnutí, na které v této souvislosti plně odkazuji, z obsahu předložených protokolů z jednání nelze v žádném případě dovodit, že svědčí o skutečnosti, že zadavatel v rámci soutěžního dialogu hledal vhodné řešení způsobu obnovy veřejného osvětlení. Stejně tak tato skutečnost nevyplývá z návrhu řešení, který předložila společnost ELTODO-CITELUM, s.r.o. Argumentaci zadavatele je proto nutno odmítnout.

43. Dále uvádím, že se nelze ztotožnit ani s námitkou zadavatele, podle níž zákon zadavateli v žádném svém ustanovení neukládá uvádět v dokumentaci soutěžního dialogu či ve výzvě k účasti v soutěžním dialogu to, že není schopen vymezit předmět veřejné zakázky, či důvod pro použití soutěžního dialogu. Je naopak zcela jednoznačné, že skutečnost, že zadavatel není schopen dostatečně podrobně vymezit předmět veřejné zakázky, stejně jako účel použití soutěžního dialogu z výzvy k účasti v soutěžním dialogu nebo z dokumentace soutěžního dialogu vyplývat musí.

44. Představa, že by zadavatel vyzval dodavatele k účasti v soutěžním dialogu, aniž by specifikoval, co je předmětem soutěžního dialogu, tedy specifikoval, řešení jakých jeho potřeb či problému má být v rámci soutěžního dialogu nalezeno, je zcela absurdní. Dodavatelé by bez specifikování těchto požadavků nebyli ani fakticky schopni zadavateli žádné vhodné řešení pomoci nalézt. Stejně tak skutečnost, že zadavatel objektivně není schopen dostatečně vymezit předmět veřejné zakázky, která je podmínkou pro použití soutěžního dialogu, musí být z výzvy k účasti v soutěžním dialogu, příp. z dokumentace soutěžního dialogu zřejmá, a to z logiky věci. Není-li tomu tak, nastala by situace jako v šetřeném případě, tedy že zadavatel již ve výzvě k účasti v soutěžním dialogu či v dokumentaci soutěžního dialogu všechny podmínky definuje natolik přesně, že je zřejmé, že použití soutěžního dialogu nebylo oprávněné, neboť byl schopen zpracovat rovnou zadávací dokumentaci. Argument zadavatele, podle něhož zákon explicitně v žádném svém ustanovení nestanoví zadavateli povinnost tuto skutečnost ve výzvě či v dokumentaci uvádět, proto považuji za irelevantní a zavádějící.

45. Zadavatel rovněž brojí proti konstatování uvedeném v napadeném rozhodnutí, podle něhož varianty splácení Úřad nepovažuje za důvod pro zadání veřejné zakázky v soutěžním dialogu. Zadavatel uvádí, že toto tvrzení není opřeno o žádné ustanovení zákona a že se tedy jedná pouze o názor Úřadu, přičemž namítá, že zadavatel hledal v soutěžním dialogu vhodné řešení i v jiných aspektech. K této argumentaci zadavatele uvádím, že k otázce, zda zadavatel v šetřeném případě použil soutěžního dialogu

oprávněně, jsem se v odůvodnění tohoto rozhodnutí již vyjádřil. Ve vztahu k námitce o neoprávněnosti závěru Úřadu o variantách splácení pak uvádím následující.

46. Zákon v § 24 jasně stanoví podmínky, za nichž je možno soutěžního dialogu použít, přičemž toto použití je vázáno na podmínku, že zadavatel s ohledem na zvlášť složitý předmět plnění veřejné zakázky není zadavatel objektivně schopen přesně vymezit technické, první či finanční požadavky na plnění veřejné zakázky. Fakt, že tato podmínka není naplněna v šetřeném případě, kdy byly v rámci soutěžního dialogu nalézány pouze varianty splácení obnovy veřejného osvětlení zadavatelem, nikoli „modely jeho financování“, jak uvádí zadavatel, je v napadeném rozhodnutí dostatečným způsobem odůvodněn. Nejedná se přitom pouze o „názor“ Úřadu, který nemá oporu v zákoně, jak tvrdí zadavatel, ale o legitimní závěr správního orgánu, který provedl výklad příslušných ustanovení zákona v kontextu okolností šetřeného případu, jak je k tomu ze zákona pověřen. S uvedeným závěrem Úřadu se přitom v plné míře ztotožňuji. S ohledem na výše uvedené rovněž nelze souhlasit ani s tvrzením zadavatele, že ze strany Úřadu došlo v této otázce k nepochopení požadavků zadavatele a návrhů řešení ELTODO-CITELUM, s.r.o. Jak jsem již uvedl, výklad a argumentaci Úřadu v této otázce považuji za zcela správné. Argumentaci zadavatele v této otázce proto odmítám.

47. Dále uvádím, že se neztotožňuji ani s tvrzením zadavatele, podle něhož jednání o návrhu řešení v rámci soutěžního dialogu nebylo ještě ukončeno a závěry Úřadu se tak opírají o neúplné informace. V této souvislosti odkazuji na znění zápisu ze 3. jednání v soutěžním dialogu ze dne 29.9.2008, z něhož jednoznačně vyplývá, že jednání bylo ukončeno a návrh řešení společnosti ELTODO-CITELUM, s.r.o. byl přijat. Uvedené 3. jednání bylo jednáním posledním a tvrzení zadavatele o tom, že jednání v rámci soutěžního dialogu ještě nebylo ukončeno, proto odmítám jako nepravdivé.

48. Ve vztahu k tvrzení zadavatele, podle něhož použití soutěžního dialogu nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, když o účast v soutěžním dialogu se ucházelo 7, resp. 5 zájemců, uvádím následující. Skutečnost, že zadavatel použil při zadání veřejné zakázky soutěžní dialog neoprávněně, v rozporu s podmínkami, které pro jeho použití stanoví § 24 zákona, je v podrobnostech rozebrána výše. V žádném případě přitom nelze přistoupit na argumentaci zadavatele, podle níž jeho postup nemohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky s ohledem na počet zájemců, kteří se o účast v soutěžním dialogu ucházeli.

49. Soutěžní dialog je specifickým druhem zadávacího řízení, jehož podmínky použití jsou zákonem jasně vymezeny, a které je určeno pro zadávání veřejných zakázek se zvláště složitým předmětem plnění, u nichž zadavatel ve spolupráci s dodavateli v rámci soutěžního dialogu teprve hledá vhodná řešení pro naplnění svých potřeb. Faktem přitom je, že zatímco ne všichni dodavatelé jsou schopni či ochotni účastnit se soutěžního dialogu a hledat tato řešení, okruh dodavatelů, kteří jsou schopni splnit požadavky stanovené v zadávací dokumentaci a účastnit se otevřeného či užšího řízení je nepochybně širší. Jestliže tedy zadavatel neoprávněně užije soutěžního dialogu za situace, kdy veřejná zakázka mohla a měla být zadána v otevřeném či užším řízení, nelze vyloučit, že tím omezil okruh dodavatelů, kteří se o danou veřejnou zakázku mohli ucházet. Omezil tak soutěžní prostředí mezi dodavateli, přičemž nelze vyloučit, že v případě vyššího počtu uchazečů o veřejnou zakázku mohl obdržet ekonomicky výhodnější nabídku. Mám tedy za zcela nepochybné, že uvedený postup zadavatele, kdy

použil soutěžní dialog neoprávněně, v rozporu s podmínkami § 24 zákona, mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Argumentaci zadavatele směřující k opačnému zvěru je proto nutno odmítnout.

50. S ohledem na výše uvedené rovněž odmítám námitky zadavatele, podle nichž Úřadem konstatovaná skutečnost, že řada dodavatelů není připravena hledat řešení v rámci soutěžního dialogu, nemůže být důvodem k tomu, že zadavatel soutěžní dialog nepoužije, přestože není schopen přesně vymezit všechny technické, právní a finanční aspekty plnění. Uvedené tvrzení zadavatele považuji za zcela zavádějící a nepravdivé, když záměrně dezinterpretuje argumentaci Úřadu uvedenou v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad v žádném případě netvrdil, že zadavatel by snad neměl soutěžního dialogu použít, přestože by pro jeho použití byly splněny zákonné podmínky. Úřad naopak v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že zákonné podmínky pro použití soutěžního dialogu v daném případě naplněny nebyly a jeho použití tedy bylo ze strany zadavatele neoprávněné. Tento postup zadavatele přitom mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jak je rozvedeno výše.

51. Ve vztahu k námitce zadavatele ohledně nesprávnosti konstatování Úřadu, že zadavatel zadal veřejnou zakázku v soutěžním dialogu, kdy argumentuje definicí zadání obsaženou v ustanovení § 17 písm. k) zákona, uvádím následující. Zadavatelem namítaná skutečnost nemá žádný vliv na konstatování porušení zákona postupem zadavatele ze strany Úřadu a správnost příslušného výroku napadeného rozhodnutí. Ve výroku I.1. je zcela jasně konstatováno, že zadavatel nedodržel postup dle § 24 zákona když „při zadávání veřejné zakázky použil soutěžní dialog“. Zadavatelem namítaná formulace uvedená v odůvodnění napadeného rozhodnutí v tomto směru nemůže zpochybnit smysl ani správnost výroku Úřadu, kterým je konstatováno uvedené porušení zákona zadavatelem. Rovněž tuto námitku zadavatele je proto nutno odmítnout jako irelevantní.

52. K námitkám zadavatele ohledně aplikace § 118 a uložení nápravného opatření v podobě zrušení zadání veřejné zakázky uvádím následující. Zrušení zadání veřejné zakázky jako opatření k nápravě dle § 118 odpovídá dlouhodobé rozhodovací praxi Úřadu, přičemž se jím míní zrušení zadávacího řízení a všech úkonů v něm učiněných. Jsem si, stejně jako orgán dohledu, vědom definice v § 17 písm. k) zákona, stejně jako poněkud nešťastného znění § 118 zákona, který chybně uvádí pojem „zadání veřejné zakázky“. Je nicméně zřejmé, že zákonodárce zde zamýšlel uvést nápravné opatření spočívající ve zrušení celého zadávacího řízení, k čemuž lze jednoznačně dospět na základě logického i teleologického výkladu ustanovení § 118 zákona. Tato interpretace je v souladu s dlouhodobou rozhodovací praxi Úřadu a rovněž s názory uváděnými v odborné literatuře.

53. Pokud by zadavatel v šetřeném případě provedl v rozporu se zákonem pouze výběr nejvhodnější nabídky, pak by Úřad mohl zrušit pouze tento jednotlivý úkon zadavatele, kterým je rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Oba výroky napadeného rozhodnutí se však vztahují k porušení zákona zadavatelem již ve fázi před výběrem nejvhodnější nabídky, a proto Úřad uložil nápravné opatření v podobě zrušení zadání veřejné zakázky, kdy tento termín ve výroku použil v souladu s dikcí § 118 zákona, přičemž z kontextu okolností případu a odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že se tímto nápravným opatřením ruší celé zadávací řízení.

54. Nemohu se ztotožnit s námitkou zadavatele, podle níž by výrok II. napadeného rozhodnutí byl v rozporu se zákonem, stejně jako s tvrzením zadavatele, podle něhož Úřad měl v dané situaci pouze jedinou možnost, a to správní řízení zastavit, neboť neměl možnost dosáhnout nápravy zrušením jednotlivého úkonu zadavatele a zároveň ještě k fázi odpovídající definici zadání v § 17 písm. k) zákona nedošlo. Uvedený názor zadavatele by vedl k absurdnímu závěru, podle něhož by orgán dohledu prakticky nemohl zjednat nápravu v těch případech, kdy zadavatel zákon porušil při započetí zadávání veřejné zakázky. Na takovýto výklad nelze přistoupit a proto námitky zadavatele ohledně této otázky rovněž odmítám.

K porušení § 40 odst. 6 zákona

55. Zadavatel v podaném rozkladu vyjadřuje nesouhlas s výrokem I.2. napadeného rozhodnutí, podle něhož zadavatel porušil ustanovení § 40 odst. 6 zákona. Tento závěr Úřadu dle zadavatele nemá logiku, neboť pokud nebyl zadavatel vůbec oprávněn soutěžní dialog použít, pak musel zadavatel porušit všechna ustanovení zákona ve všech fázích soutěžního dialogu. K této otázce uvádím následující. Neztotožňuji s tvrzením, podle něhož tím, že Úřad ve výroku I.1. konstatoval, že zadavatel nebyl oprávněn použít soutěžní dialog, již neměl právo ve svém rozhodnutí konstatovat žádné další porušení zákona. Takovýto závěr odporuje dlouhodobé rozhodovací praxi Úřadu a nelze pro něj najít oporu ani v žádném ustanovení zákona. V této souvislosti rovněž poznamenávám, že formulaci použitou zadavatelem, podle níž „kdyby se náhodou podařilo zadavateli ustát to, že soutěžního dialogu použil oprávněně, tak ať máme v rukávu další důvod, proč zadavateli vytknout porušení zákona“ považuji za zcela nemístnou a vůči orgánu dohledu dehonestující.

56. Ve vztahu k dalším zadavatelem namítaným skutečnostem v souvislosti se shledaným porušením § 40 odst. 6 zákona postupem zadavatele uvádím následující. Otázka neprodloužení lhůty pro podání žádostí o účast v soutěžním dialogu po provedených úpravách v oznámení zadávacího řízení byla vyčerpávajícím způsobem pojednána v odůvodnění napadeného rozhodnutí, s nímž se v plné míře ztotožňuji a tímto na něj odkazuji. Dále konstatuji, že tvrzení zadavatele, podle něhož všichni dodavatelé, kteří podali žádost o účast v soutěžním dialogu splňovali původní „přísnější“ požadavek zadavatele na prokázání technické kvalifikace, je nutno odmítnout jako nepravdivé. Ze žádostí zájemců o účast v soutěžním dialogu jasně vyplývá, že tento kvalifikační předpoklad byla schopna splnit pouze společnost ELTODO-CITELUM, s.r.o.

57. Uzavírám tedy, že Úřad postupoval správně, když rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích napadeného rozhodnutí č.j. ÚOHS-270,325/2008/VZ-909/2009/510/MOn ze dne 13.2.2009.

V. Závěr

58. 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.

59. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

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

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUSTITIA, s.r.o., IČ 25392875, se sídlem 28. října 1142/168, 709 00 Ostrava

2. Mgr. Markem Gocmanem, advokátem, se sídlem 28.října 219/438, 709 00 Ostrava, Mariánské Hory

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce