UOHSX001U9OC

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R158/2009/VZ-10447/2010/310-ASc V Brně dne: 15. 7. 2010

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 26. 10. 2009 podaném navrhovatelem – **společností DEC NV (DEME Environmental Contractors)**, se sídlem Haven 1025 – Scheldedijk 30, B-2070 Zwijndrecht, Belgie, za niž jedná Alain Bernard a Christian van Meerbeeck, a společností Dredging International NV, se sídlem Haven 1025, Scheldedijk 30, B-2070 Zwijndrecht, Belgie, za niž jedná Philip Hermans, které ve správním řízení zastupuje na základě plné moci ze dne 12. 1. 2009 Peter Roose, Oudestraat 154, B-3510 Spalbeek, Belgie, a které podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 7. 2. 2009 společnou žádost o účast,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 10. 2009, č.j. ÚOHS-S130/2/09-11951/2009/530/RPá, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **Česká republika – Ministerstvo financí,** IČ 00006947, se sídlem Letenská 15, 118 10 Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci Mgr. Bohuslavem Hubálkem, advokátem AK Jansta, Kostka, spol. s r. o., se sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1, učiněných ve veřejné zakázce s názvem „Odstranění některých ekologických zátěží vzniklých před privatizací“, zadávané v užším řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému uveřejněno dne 15. 12. 2008 pod evidenčním číslem 60026142 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 12. 2008 pod evidenčním číslem 2008/S 244-325230,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 10. 2009, č. j. ÚOHS-S130/2/09-11951/2009/530/RPá,

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 prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel - Česká republika – Ministerstvo financí, IČ 00006947, se sídlem Letenská 15, 118 10 Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci Mgr. Bohuslavem Hubálkem, advokátem AK Jansta, Kostka, spol. s r. o., se sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému dne 15. 12. 2008 pod evidenčním číslem 60026142 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 12. 2008 pod evidenčním číslem 2008/S 244-325230 oznámení užšího zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „Odstranění některých ekologických zátěží vzniklých před privatizací“. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

2. Úřad obdržel návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele od zájemce o účast v užším řízení – společnosti DEC NV (DEME Environmental Contractors NV), se sídlem Haven 1025 – Scheldedijk 30, B-2070 Zwijndrecht, Belgie, za niž jedná Alain Bernard a Christian van Meerbeeck, a společnosti Dredging International NV, se sídlem Haven 1025, Scheldedijk 30, B-2070 Zwijndrecht, Belgie, za niž jedná Philip Hermans, které ve správním řízení zastupuje na základě plné moci ze dne 12. 1. 2009 Peter Roose, Oudestraat 154, B-3510 Spalbeek, Belgie, a které podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 7. 2. 2009 společnou žádost o účast (dále jen „navrhovatel“). Důvodem podání návrhu byla skutečnost, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o podaných námitkách za učiněné v souladu se zákonem, neboť zadavatel námitkám nevyhověl z tvrzeného důvodu, že postrádají zákonem požadované náležitosti (z námitek není zřejmé, jaká újma navrhovateli hrozí a čeho se

navrhovatel domáhá). Ke dni 22. 5. 2009 tedy Úřad zahájil správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, za jehož účastníky označil zadavatele a navrhovatele.

Napadené rozhodnutí

3. Dne 9. 10. 2009 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S130/2/09-11951/2009/530/RPá (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že se správní řízení ve smyslu § 114 odst. 3 zákona zastavuje.

4. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí poté, co v podrobnostech citoval obsah kvalifikační dokumentace, podaných námitek a rozhodnutí o nich, odkázal na relevantní ustanovení zákona, tj. ustanovení § 110 odst. 5 a 6, § 113 odst. 2, § 114 odst. 3 zákona. Uvedl, že v posuzovaném případě zadavatel odmítl námitky ve smyslu § 110 odst. 6 zákona, když shledal, že neobsahují zmínku o tom, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Tyto skutečnosti nelze za stěžovatele domýšlet. K tomu Úřad odkázal na § 110 odst. 6 zákona, které je kogentním ustanovením obsahujícím náležitosti, které musí námitky obsahovat, aby byly námitkami řádnými. Jednou z těchto náležitostí je uvedení informace o tom, čeho se stěžovatel svými námitkami domáhá, tj. zda se domáhá zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení ze zadávacího řízení, nebo zrušení jiného úkonu zadavatele, či celého zadávacího řízení. Obecně tedy musí být v námitkách uvedeno, k jakému výsledku má přezkum námitek zadavatelem vést, přičemž nelze ani vyloučit, aby stěžovatel uvedl své požadavky alternativně. I v případech námitek proti vyloučení, kdy se lze domnívat, že jsou podávány proto, aby dodavatelé docílili navrácení do zadávacího řízení, nelze na tuto povinnou náležitost rezignovat. Není totiž vyloučeno, aby se stěžovatel námitkami směřujícími proti vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení současně domáhal zrušení celého zadávacího řízení. Totožné úvahy lze uplatnit rovněž v případě náležitosti námitek spočívající v uvedení újmy, která stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla; postačí přitom obecná hrozba újmy spočívající např. v nemožnosti získat veřejnou zakázku. Skutečnost, že hrozí nebo došlo k újmě, není automatická a stejně jako v případě náležitosti „čeho se stěžovatel domáhá“, i v případech, kdy se může zdát, že je zjevné, co je cílem stěžovatele, nelze rezignovat na povinnou náležitost námitek, tj. uvedení hrozící nebo již způsobené újmy. Řádně podané námitky obsahující zákonem stanovené náležitosti mají umožnit zadavateli objektivně posoudit, zda porušil zákon či nikoli, umožnit nápravu namítaného porušení zákona a předejít podání návrhu ve věci a uložení sankce. To je také podstatou „dvojinstančnosti“ přezkumného řízení, kdy teprve nevyhovění řádně podaným námitkám opravňuje navrhovatele podat návrh k Úřadu.

5. Úřad v konkrétní rovině připomněl, že navrhovatel v úvodní části námitek uvedl, že žádá, aby do doby rozhodnutí o námitkách a případných dalších opravných prostředcích nebylo přijímáno rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Uvedenou formulaci však nelze mít za splnění povinné náležitosti námitek. Požadavek na informaci o tom, čeho se navrhovatel domáhal, se totiž netýkal výsledku, kterého

hodlá dosáhnout, tj. jaké opatření má být zadavatelem přijato k nápravě domnělého porušení zákona, nýbrž se jednalo o žádost o jakési opatření prozatímní povahy. Ačkoliv již neuvedení informace o tom, „čeho se stěžovatel domáhá“, by bylo dostatečným důvodem pro odmítnutí námitek, Úřad se vyjádřil také k jejich druhé podstatné náležitosti. Jedním z mnoha namítaných domnělých porušení zákona v námitkách bylo i to, že zadavatelem zvolený způsob načasování doručení zprávy o kontrole a rozhodnutí o vyloučení do stejného okamžiku je chybným procesním postupem, kterým měl bránit zájemci v účasti na zadávacím řízení. Navrhovatel tedy, ovšem pouze ve vztahu k postupu spočívajícím v současném doručení zmíněných dokumentů, uvedl, že mu takový postup měl bránit v účasti na zadávacím řízení, což je obecným vyjádřením újmy způsobené zmíněným postupem. Jak ovšem vyplývá z výše uvedeného, takto vyjádřená újma se vztahovala pouze k jednomu úkonu, nikoliv však k důvodům vyloučení zájemce jako takovým. Ve vztahu k obšírně napadaným důvodům uvedeným zadavatelem v rozhodnutí o vyloučení navrhovatel žádnou újmu nespecifikoval. Nadto Úřad upozornil, že zmíněná námitka není obsažena v návrhu, a není tak ani předmětem řízení. Ve vztahu k ostatním námitkám, které jsou obsaženy v návrhu, žádná újma, a to ani obecným způsobem, uvedena není. Orgán dohledu tedy uzavřel, že námitky podané navrhovatelem neobsahovaly zákonné náležitosti. Jelikož řádné podání námitek je podmínkou pro podání návrhu ve stejné věci a navrhovatel řádné námitky nepodal, nebyl ani v dané věci oprávněnou osobou k podání návrhu k přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad proto rozhodl o zastavení řízení dle § 114 odst. 3 zákona, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí.

6. Jelikož byla v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele i v následujících dokumentech vznesena celá řada dalších argumentů, považoval Úřad za nevyhnutelné zabývat se také otázkami vztahujícími se k vyloučení navrhovatele. S odkazem na ustanovení § 59 odst. 4 a § 60 odst. 1 zákona, která se týkají oprávnění zadavatele požadovat po uchazečích písemné objasnění předložených informací či dokladů nebo předložení dalších dodatečných informací či dokladů prokazujících kvalifikaci, Úřad uvedl, že z dokumentace veřejné zakázky vyplývá, že zadavatel se rozhodl vyzvat pět zájemců k doplnění dokladů týkajících se prokázání kvalifikace, nicméně v těchto pěti případech se jednalo o vysvětlení dokladů formálně bezvadných. Případné neuplatnění postupu dle § 59 odst. 4 zákona rovněž vůči navrhovateli nemohlo vést k jeho vyloučení ze zadávacího řízení, jinými slovy, zadavatel správně vůči navrhovateli neaplikoval § 59 odst. 4 zákona, neboť toto ustanovení nelze použít k dodatečné nápravě nedostatků v kvalifikaci. Navíc zde existovaly důvody pro vyloučení zájemce pro nesplnění některých základních kvalifikačních předpokladů, a tedy postup zadavatele spočívající v nevyzvání navrhovatele k odstranění vad ostatních částí kvalifikace nebyl v rozporu se zásadou rovného zacházení.

7. Dalším důvodem vyloučení navrhovatele měl být údajný rozpor smlouvy o sdružení s § 51 odst. 6 zákona. Úřad s odkazem na kogentní ustanovení § 838 občanského zákoníku a ustálenou judikaturu zdůraznil, že požadavek zadavatele na to, aby smlouva mezi dodavateli byla nevypověditelná a vyjadřovala tak jakousi „absolutní solidaritu“, je neudržitelný i z toho pohledu, že smlouvy lze obecně vždy změnit dohodou smluvních stran a účastníci sdružení se později mohou dohodnout např. na vystoupení ze sdružení. Na výše uvedeném nic nemění ani skutečnost, že smlouva o sdružení byla

uzavřena podle práva Belgického království, neboť se jedná o obdobu smlouvy o sdružení podle českého právního řádu. Úřad tak dospěl k závěru, že zadavatel nepostupoval správně, pokud pro údajný rozpor smlouvy o sdružení s § 51 odst. 6 zákona navrhovatele ze zadávacího řízení vyloučil. Tento jeho postup však podstatně neovlivnil a ani nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť zde existovaly jiné důvody pro vyloučení.

8. Úřad se dále vyjádřil také ke smlouvám mezi navrhovatelem a jeho subdodavateli (§ 51 odst. 4 zákona). V obecné rovině uvedl, že není vyloučeno, aby příslušnou část kvalifikace prokázal za uchazeče nikoliv jeho přímý subdodavatel, ale (zjednodušeně řečeno) subdodavatel subdodavatele (dále také „druhý subdodavatel“). To platí za předpokladu uzavření a předložení smlouvy, z níž vyplývá závazek k poskytnutí plnění určeného k realizaci veřejné zakázky či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel (prostřednictvím přímého subdodavatele) oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém druhý subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Co se rozumí smlouvou, „… z níž vyplývá závazek…“, Úřad uvedl, že zákon neklade na zmíněnou smlouvu žádné další požadavky. Není tedy rozhodné, jaký smluvní typ si dodavatelé zvolí a nelze ani vyloučit uzavírání smluv o smlouvě budoucí. Účelem předmětného ustanovení je, aby zadavateli bylo předem prokázáno, že „seskupení subjektů“ reálně disponuje potřebnými kapacitami (zkušenostmi, technickým nebo personálním vybavením, atd.). Ve vztahu k většině subdodavatelů (k výjimkám viz dále) byly v žádosti o účast založeny dokumenty „smlouva o subdodávce“ s vymezením a podpisy obou smluvních stran. Není tedy důvodu je považovat za jednostranná prohlášení. V případě několika subdodavatelů však nebyla prokázána dispozice navrhovatele s potřebnými zdroji (kapacitami), např. proto, že smlouva mezi přímým a druhým subdodavatelem v žádosti o účast předložena nebyla. V těchto případech tedy bylo vyloučení navrhovatele důvodné. K otázce podpisu smluv dal Úřad za pravdu navrhovateli v tom smyslu, že obchodního ředitele lze ve smyslu § 31 obchodního zákoníku považovat za osobu pověřenou provozováním podniku, a tedy zmocněnou ke všem úkonům, k nimž při této činnosti obvykle dochází. Úřad taktéž nepřisvědčil zadavateli, pokud jde požadavek, aby závazek subdodavatelů trval i v případě ukončení účasti navrhovatele v zadávacím řízení, protože neodpovídá účelu ustanovení § 51 odst. 4 zákona.

9. V další části se napadené rozhodnutí týkalo splnění kvalifikačních předpokladů, a to jak základních, tak profesních, ekonomických a finančních i technických. Navrhovatelem je sdružením dodavatelů, přičemž obě právnické osoby mají sídlo v Belgickém království. Ve smyslu § 51 odst. 5 zákona je každý z dodavatelů povinen prokázat splnění základních kvalifikačních předpokladů a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona v plném rozsahu. Ostatní zadavatelem vymezené kvalifikační předpoklady musí prokázat všichni dodavatelé společně. Navrhovatel argumentoval, že zadavatel není oprávněn k prokázání předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona požadovat výpisy z Rejstříku trestů ve vztahu k České republice, neboť ze směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „směrnice“) vyplývá, že musí postačit doklady ze země sídla dodavatele (zde Belgické království). K tomu Úřad uvedl, že v § 53 odst. 1 zákona stanovená povinnost prokázat

předpoklady podle písm. a) a b) ve vztahu nejen k zemi dodavatele, ale i ČR, není v rozporu s čl. 45 odst. 1 směrnice. Členské státy jsou oprávněny upřesnit v souladu se svým vnitrostátním právem a s přihlédnutím k právu Společenství podmínky pro uplatňování tohoto odstavce (čl. 45 odst. 1 směrnice). Předmětné ustanovení směrnice nelze vykládat tak, že členské státy nejsou oprávněny zkoumat, zda dodavatel (resp. příslušné osoby) byl trestán v zemi, kde se uchází o veřejné zakázky. V tomto směru tedy kvalifikace splněna nebyla a vyloučení ze zadávacího řízení bylo důvodné. Dále Úřad uvedl, že požadavek na osvědčení příslušných dopravních úřadů byl splněn pouze částečně a že nebyl splněn ekonomický kvalifikační předpoklad – příslib banky, že vystaví bankovní záruku pro účely poskytnutí jistoty ve smyslu § 67 zákona. K naposledy uvedenému předpokladu Úřad blíže vysvětlil, že se jedná o tzv. „jiné“ doklady ve smyslu § 55 odst. 2 a 3 zákona. Primárně jde o posouzení schopnosti získat příslib banky k vystavení záruky v určité výši, kdy banka provede před vystavením příslibu posouzení stability společnosti, což svědčí o jisté úrovni ekonomické a finanční způsobilosti dodavatele. Navrhovatel však doložil příslib vystavený nikoliv bankou, ale nebankovní institucí. Podstatou zmíněného požadavku však je, aby onen příslib byl vystaven bankou o určitém ratingu. Rovněž není možné navrhovatele žádat ve smyslu § 59 odst. 4 zákona o předložení dodatečných dokladů, neboť předpoklad musí být splněn ve lhůtě pro podání žádostí. Úřad také zjistil, že ze strany navrhovatele nebyly splněny technické kvalifikační předpoklady, pokud jde o seznam poskytnutých služeb. Ustanovení § 51 odst. 4 zákona vyžaduje, aby v případech prokazování kvalifikace odlišným subjektem byl jejich vztah formalizován smluvně. To samozřejmě platí za předpokladu, že u referencí takový, od dodavatele odlišný subjekt, bude provádět tu část plnění veřejné zakázky, za níž je jeho reference předkládána. Pokud jde o seznam techniků a jejich odbornou kvalifikaci, přestože zadavatel část námitek uznal, Úřad zadavatele upozornil, že by bylo na místě podrobněji odůvodnit, proč doklady týkající se kvalifikace získané v Belgii nelze ve smyslu § 57 odst. 8 zákona akceptovat.

10. Závěrem Úřad zrekapituloval, že napadené rozhodnutí odůvodňuje tím, že návrh na zahájení tohoto řízení nebyl podán k tomu oprávněným subjektem, neboť návrhu nepředcházely námitky, které by splňovaly všechny náležitosti § 110 odst. 6 zákona. Úřad tedy zastavil toto řízení dle § 114 odst. 3 zákona. Dodal však, že existují i další důvody pro tento postup, zejména pokud jde o nedostatky ve splnění základních i ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů ze strany navrhovatele.

II. Námitky rozkladu

Rozklad navrhovatele

11. Proti napadenému rozhodnutí byl Úřadu doručen rozklad navrhovatele. S poukazem na § 110 odst. 6 zákona opakuje navrhovatel, že toto ustanovení je nutno vykládat jako ustanovení obecného charakteru, obsahující úpravu použitelnou pro podání námitek proti jakémukoliv úkonu zadavatele bez ohledu na jeho formu či obsah. V řadě případů nebude ani zřejmé, jakým způsobem by mělo ze strany zadavatele dojít k nápravě. Z těchto důvodů postačí ke splnění požadavků zákona, je-li z námitek zřejmé, a to na

základě posouzení celého jejich obsahu, jakož i dalších relevantních skutečností, o jakou újmu se jedná a k čemu podání námitek směřuje. Zákon nestanoví žádný formální požadavek týkající se způsobu vyjádření shora uvedených obsahových náležitostí a nelze ani dovozovat, že by mělo dojít např. k přesnému vyčíslení výše škody nebo přesné specifikaci opatření, které má zadavatel přijmout k dosažení nápravy. Toto v řadě případů dokonce není s ohledem na okolnosti a dostupné informace možné, navíc k nápravě může vést i více opatření zadavatele. V případě, že by byl akceptován tento striktní výklad, vyvstávala by otázka, jakým způsobem má být řešena situace, kdy by stěžovatel opatření, které má zadavatel přijmout, chybně označil a popsal.

12. Co se týče újmy, která uchazeči v důsledku porušení zákona hrozí nebo vznikla, navrhovatel opakuje shodně s návrhem, že tato újma je na několika místech textu námitek výslovně uváděna a z další části textu je zřejmé, o jakou újmu se jedná. S touto argumentací se Úřad nevypořádal a v napadeném rozhodnutí zmiňuje jen námitku směřující proti načasování doručení dokumentů „Zpráva o kontrole“ a „Rozhodnutí o vyloučení“. Úřad se měl v napadeném rozhodnutí zabývat skutečnostmi a argumentací obsaženou v celém textu námitek, a to ve vzájemné souvislosti, a neomezovat se jen na jedno dílčí vyjádření újmy. Újma je navíc vyjádřena i v dalších částech podaných námitek. Úřad sám připouští, že může být vyjádřena i jen obecným způsobem, například v nemožnosti získat veřejnou zakázku. Takto obecně je v textu námitek újma vyjádřena několikrát, kromě obecné části např. na str. 11. Navrhovatel dále uvádí, že újma spočívající v doručení dokumentů „Zpráva o kontrole“ a „Rozhodnutí o vyloučení“ vznikla právě v důsledku nezákonného vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a že ji proto nelze od tohoto rozhodnutí oddělovat. Navrhovatel tak nesouhlasí, že by se výše uvedená újma vztahovala jen k tomuto dílčímu úkonu (tj. k doručování). Tato námitka taktéž byla v návrhu obsažena, přestože Úřad tvrdí opak. Návrh směřoval výslovně proti rozhodnutí o vyloučení, přičemž od tohoto rozhodnutí nelze oddělovat dílčí postupy zadavatele, které k tomuto rozhodnutí vedly. Přijetí argumentace Úřadu by vedlo k rozdělení zadávacího řízení do řady izolovaných kroků, jejichž nápravy by bylo možné se dovolávat bez souvislosti od ostatních. Navíc argument Úřadu o tom, že otázka doručování není předmětem tohoto správního řízení, je v rozporu se zásadou, že správní orgán je povinen brát v úvahu všechny relevantní okolnosti potřebné k ochraně veřejného zájmu.

13. K absentujícímu vyjádření, čeho se navrhovatel podanými námitkami domáhá, navrhovatel odkazuje na část textu námitek označenou písmenem „A“. Odtud je zřejmé, že navrhovatel požadoval, aby zadavatel učinil taková opatření, jimiž by zjednal nápravu svého nesprávného a nezákonného rozhodnutí o vyloučení, a dále toho, aby do doby, kdy bude přijato rozhodnutí o námitkách, případně o navazujících opravných prostředcích, nebylo ve věci přijímáno konečné rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a nebyla s vybraným uchazečem uzavřena smlouva o plnění veřejné zakázky. Navrhovatel nepřijímá výklad ustanovení § 110 odst. 6 zákona, podle kterého by byl uchazeč povinen v námitkách uvést konkrétní opatření zadavatele. Postačí vymezení, které je dostatečně určité při použití výkladových prostředků a s přihlédnutím ke všem relevantním okolnostem; tyto podmínky podané námitky splnily. Zákon navíc nestanoví, jakým konkrétním způsobem má zadavatel v jednotlivých případech

napravovat svá porušení zákona, často v úvahu přichází hned několik druhů opatření. Byl-li by názor Úřadu správný, vedl by k neudržitelným závěrům, kdy by např. musely být námitky odmítnuty, pokud by toto opatření k nápravě bylo vymezeno nepřesně. Navrhovatel tak znovu opakuje, že je nutno vycházet z celého obsahu námitek a je třeba používat běžných výkladových nástrojů. Tento přístup je v souladu s postupy přijímanými v zemích Evropské unie. Přílišný formalismus může mít za následek porušení základních principů, na nichž je zadávání veřejných zakázek vystavěno, zejména práva na přístup k přezkumu úkonů zadavatele nezávislým orgánem. Závěrem navrhovatel nesouhlasí, že jeho návrh, aby do doby rozhodnutí o námitkách nebylo přijímáno rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, představuje toliko „žádost o opatření prozatímní povahy“. Z formálního hlediska takové vymezení splňuje požadavek § 110 odst. 6 zákona a nejedná se o opatření prozatímní povahy; naopak se tento návrh týká výsledku, kterého stěžovatel hodlá dosáhnout. I pokud by toto vymezení bylo možno považovat za neurčité, ve spojení s dalším obsahem námitek se jedná o dostatečné vymezení, čeho se zájemce námitkami domáhá.

14. Zbývající obsáhlá, avšak vesměs rekapitulační část rozkladu, která z velké části pouze opakuje skutečnosti a argumenty již vznesené v podaných námitkách a v návrhu na zahájení správního řízení, se týká části odůvodnění napadeného rozhodnutí, které nemá přímý vztah k výroku a které je v odůvodnění uvedeno pouze okrajově k základním důvodům vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Navrhovatel znovu napadá přepjatý formalismus, jímž bylo zatíženo vyhodnocování výběrového řízení, a také postup zadavatele, který v případě navrhovatele nevyužil postup podle § 59 odst. 4 zákona, zatímco u jiných uchazečů v intencích naposledy citovaného ustanovení postupoval. Má zato, že Úřad svým rozhodnutím de facto aproboval libovůli zadavatele, zda dovolí doplnění dokladů nových, či zda uchazeče pouze vyzve k objasnění jinak úplných dokladů, což je ale v rozporu se zásadou zákazu diskriminace. Závěrům o nesplnění kvalifikace navrhovatel vytýká, že není jasné, na které smluvní vztahy se uvedená vada vztahuje, resp. zda se vztahuje i na jiné případy subdodavatelských smluv. Dále orgán dohledu nezohlednil, zda příslušná kvalifikace nebyla splněna jiným způsobem, a připomněl, že nezohlednění nějakého subdodavatelského vztahu nemusí mít nutně za následek vyloučení uchazeče, neboť kvalifikační kritérium mohlo být splněno buď zájemcem samostatně nebo prostřednictvím jiného subdodavatele. V další části rozkladu se potom navrhovatel vyjadřuje k jednotlivým modelům subdodavatelských vztahů, přičemž jeho argumentace je vystavěna převážně na tvrzení, že ani česká, ani komunitární právní úprava nevyžaduje, aby v případě řetězení subdodavatelských vztahů existovala mezi subdodavateli smlouva o dispozici s prostředky nutnými k plnění zakázky, potažmo k prokázání kvalifikace. Závazek subdodavatelů k plnění veřejné zakázky tak dle názoru navrhovatele dostatečně vyplývá ze smluv zadavateli předložených; pokud jde o ne zcela průkazné pověření společnosti DEKRA Automobil, a.s. vůči společnosti BAUFELD-ekologické služby, s. r. o., měl uvedené pověření uznat alespoň jako částečné splnění kvalifikačního předpokladu a navrhovatele vyzvat k doplnění dokladů ve smyslu § 59 odst. 4 zákona. Navrhovatel dále opětovně uplatnil skutečnost, že společnost Silvamo NV je majetkově propojena s členem sdružení DEME a že se Úřad nevypořádal s tvrzením, že rozhodnutí o vyloučení neobsahuje důvody, proč nebylo k dokumentům předloženým společností Silvamo NV přihlíženo. Bez bližší argumentace navrhovatel

rovněž nesouhlasí se závěry uvedenými na str. 46 rozhodnutí, a to že směrnice nebrání členským státům požadovat potvrzení o beztrestnosti osob nejen k zemi sídla dodavatele, ale i zadavatele (zde České republiky), neboť z judikatury Evropského soudního dvora vyplývá, že nesmí požadovat jiné doklady týkající se základních kvalifikačních předpokladů než ty, které jsou uvedeny ve směrnici. K příslibu bankovní záruky navrhovatel opakuje své tvrzení, že předmětný předpoklad je svým charakterem požadavkem na formu složení jistoty v druhé fázi užšího řízení a v rozporu se zákonem vylučuje možnost složení peněžní jistoty na účet zadavatele.

15. Závěrem rozkladu vytýká navrhovatel orgánu dohledu, že se nevypořádal s podnětem k zahájení správního řízení z moci úřední.

Závěr rozkladu

16. Z výše uvedených důvodů navrhovatel žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí jako nesprávné zrušil anebo změnil tak, že zadavateli uloží nápravné opatření ve formě zrušení veřejné zakázky nebo zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení.

Vyjádření dalších účastníků řízení

17. K rozkladu navrhovatele se vyjádřil zadavatel. Trvá na tom, že námitky proti vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení neobsahovaly obligatorní náležitosti, a proto zadavateli nezbylo, než je podle § 110 odst. 6 zákona odmítnout. Se shodným závěrem napadeného rozhodnutí se proto zadavatel ztotožňuje. Co se týče dalších tvrzení navrhovatele, uvádí zadavatel, že na straně navrhovatele nebylo prokázáno splnění kvalifikačních předpokladů v rozsahu stanoveném zadávacími podmínkami a že navrhovatel nepředložil subdodavatelské smlouvy splňující požadavky § 51 odst. 4 zákona či úředně ověřené překlady všech cizojazyčných listin. Vzhledem k tomu, že argumentace navrhovatele je v podstatě totožná s tou, která je obsažena v námitkách a návrhu na zahájení správního řízení, odkazuje zadavatel na svá předchozí vyjádření. Přestože Úřad některé z důvodů vyloučení navrhovatele neakceptoval, převážnou většinu důvodů vyloučení potvrdil. Proto zadavatel navrhuje, aby bylo napadené rozhodnutí potvrzeno a podaný rozklad zamítnut.

III. Řízení o rozkladu

18. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

19. 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 napadené rozhodnutí

přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru:

20. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 9. 10. 2009, č.j. ÚOHS-S130/2/09-11951/2009/530/RPá, rozhodl, že se správní řízení zastavuje, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

IV. K námitkám rozkladu

K náležitostem podaných námitek (§ 110 odst. 6 zákona)

21. Současná právní úprava náležitostí námitek je oproti předchozí úpravě podstatně formálnější, a tedy i náročnější na formulační schopnosti stěžovatele. Mezi podstatné náležitosti námitek patří kromě informace o tom, kdo námitky podává, proti jakému úkonu zadavatele směřují a čeho se zadavatel domáhá také informace o tom, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla, a současně musí stěžovatel uvést skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Jak již orgán dohledu správně uvedl v napadeném rozhodnutí, ustanovení § 110 odst. 6 zákona má kogentní povahu, a tudíž nedává ani zadavateli, ani následně Úřadu při posouzení přípustnosti podaného návrhu, možnost absenci některé z výše uvedených podstatných náležitostí námitek tolerovat. Současně ale povaha řízení o námitkách nedoznala změny; vzhledem k tomu, že se přezkoumání námitek neděje v rámci správního řízení, neuplatňuje se v něm žádný institut k odstranění tvrdosti zákona, např. doplnění náležitostí vadného podání.

22. Co se týče vyjádření újmy, lze souhlasit s navrhovatelem (a potažmo i s napadeným rozhodnutím), že v zásadě postačí, aby byla prokázána alespoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. Pro úplnost dodávám, že újma je pojmem širším, a tedy v sobě může zahrnovat jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, jejíž výši je obtížné či nemožné v okamžiku podání námitek přesně stanovit, a to zejména proto, že v ranných stádiích zadávacího řízení před hodnocením nabídek může být přinejmenším obtížné určit, zda by stěžovatelova nabídka vůbec mohla být vybrána jako nejvhodnější. Nelze vyloučit ani škodu imateriální. V konkrétní rovině je třeba připomenout, že toto pojetí újmy vyjádřil i orgán dohledu v napadeném rozhodnutí, a tedy rozpor mezi argumentací navrhovatele a obsahem odůvodnění napadeného rozhodnutí v tomto ohledu není dán.

23. Pokud se však jedná o způsob, jakým byla v námitkách vyjádřena hrozící újma, resp. o otázku, zda v nich vůbec vyjádřena byla, zde je rozpor mezi účastníky řízení více než zřejmý. Navrhovatel zaprvé trvá na tom, že způsobenou újmu v námitkách výslovně uvedl, případně že vyjádření újmy lze dovodit z kontextu celých námitek, zatímco orgán dohledu má zato, že újma byla vyjádřena výslovně jen ve vztahu ke způsobu doručování „Zprávy o kontrole“ a „Rozhodnutí o vyloučení“ (které spočívalo v doručení

obou dokumentů ve stejném okamžiku), kdy navrhovatel uvedl, že mu tento postup měl bránit v účasti na zadávacím řízení. K obšírně napadaným důvodům vyloučení však žádná taková újma specifikována nebyla. Po přezkoumání předložené dokumentace jsem dospěl ke stejným závěrům, jako orgán dohledu. Vyjádřená újma se skutečně vztahovala pouze k jednomu z úkonů, nikoli však k důvodům vyloučení navrhovatele jako takovým. Nelze tedy souhlasit, že by se Úřad opomněl s částí námitek vypořádat. Nelze ani souhlasit s tvrzením navrhovatele, že specifikaci způsobené újmy provedl na str. 11 námitek, a to tak, že mělo dojít „… k zásahu do práv navrhovatele…“. Zmíněná formulace pouze jinými slovy sděluje, že k újmě došlo, neboť újma z povahy věci vždy představuje zásah do práv subjektu. Dále vyčítá-li navrhovatel orgánu dohledu, že otázku doručování dokumentů neřešil ve vzájemné souvislosti s nezákonným vyloučením navrhovatele ze zadávacího řízení, pak je třeba konstatovat, že újma musí být vyjádřena ke všem úkonům, které jsou námitkami napadány. Navrhovatel újmu vyjádřil pouze vůči způsobu doručení, avšak v souvislosti s mnohem obsáhlejšími (a podstatnějšími) námitky proti vyloučení ze zadávacího řízení újma výslovně specifikována nebyla.

24. Pokud jde o zákonný požadavek, aby z námitek bylo patrno, čeho se jejich podáním stěžovatel domáhá, pak uvádím, že takový návrh musí být dostatečně konkrétní a musí svou podstatou směřovat k nápravě vadného postupu zadavatele. Jinými slovy, musí z něj být zřejmé, k jakému výsledku má přezkum námitek vést (eventuelně i alternativně), tj. jaké kroky se od zadavatele očekávají k nápravě jeho nezákonného či nesprávného úkonu. Přestože se z logiky věci musí jednat o postup zákonem aprobovaný a potenciální možný, lze v nejobecnější rovině připustit, že by i uvedení nezákonného či nemožného návrhu stěžovatelem v námitkách mohlo dostát požadavkům § 110 odst. 6 zákona.

25. V přezkoumávaném případě sice navrhovatel v námitkách uvedl, jaký postup od zadavatele očekává, nicméně podstatou jeho žádosti, aby do doby rozhodnutí o námitkách nebylo přijímáno rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, nebylo očekávání konkrétního aktivního jednání, které bude potenciálně schopno napravit tvrzené neoprávněné vyloučení navrhovatele, nýbrž požadavek na zadavatelovu dočasnou nečinnost, pokud jde o přijímání rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Konstatoval-li tedy Úřad, že výše uvedený návrh měl povahu „opatření prozatímní povahy“, učinil tak naprosto výstižně, a proto mi nezbývá, než se k tomuto závěru připojit. Zda zadavatel přistoupí k přijetí rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky před vyřízením námitek, či zda vyčká jejich vyřízení, nemá přímý vliv na účast navrhovatele v zadávacím řízení, o kterou (jak vyplynulo z podání učiněných ve správním řízení) podanými námitkami usiloval. Přestože je tedy účel podaných námitek odhadnutelný, ustanovení § 110 odst. 6 zákona vyžaduje, aby očekávané jednání zadavatele bylo vyjádřeno dostatečně explicitně, a nikoli pouze, aby vyplývalo z širokého kontextu námitek jako celku.

K vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení

26. Jak z odůvodnění vyplývá, orgán dohledu osvětlil navrhovateli nad rámec hlavního závěru o nepřípustnosti návrhu, proč by nemohl být se svým návrhem úspěšný ani v případě, kdy by tento návrh jako přípustný uznán byl. Faktickým vypořádáním námitek proti vyloučení navrhovatele současně naznačil, proč nepřistoupil k zahájení správního řízení z moci úřední (na které ostatně neexistuje právní nárok).

27. Vzhledem k tomu, že se jedná o procesní rozhodnutí, a protože jsem se ztotožnil s výrokem rozhodnutí, který je pro rozhodnutí stěžejní a jako jediná část rozhodnutí také závazný, vykonatelný a napadnutelný opravným prostředkem, jsem se v řízení o rozkladu nezabýval rozkladovou argumentací směřující k vyvrácení závěru, že některé důvody vyloučení navrhovatele sice neobstály, avšak že zároveň existovaly i důvody, pro něž bylo navrhovatelovo vyloučení na místě.

V. Závěr

28. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

29. 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.

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:

- Peter Roose, Oudestraat 154, B-3510 Spalbeek, Belgie
- Mgr. Bohuslav Hubálek, advokát AK Jansta, Kostka, spol. s r. o., se sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy