Č. j.: ÚOHS-R57,63/2009/VZ-15245/2009/310-ASc V Brně dne 23. listopadu 2009

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 30. 4. 2009 zadavatelem -

- **Spalovnou a komunálními odpady Brno, akciovou společností,** IČ 60713470, se sídlem Jedovnická 2, 628 00, Brno, jejímž jménem jedná Ing. Jana Drápalová, předsedkyně představenstva a

rozkladu doručeném dne 4. 5. 2009 vybraným uchazečem -

- **společností SITA CZ a. s., IČ 25638955, se sídlem Španělská 10/1073, 120 00 Praha 2, za niž jedná Fabrice Rossignol, předseda představenstva**

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 4. 2009 č. j. S336/2008/VZ-2572/2009/540/KKo, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Spalovny a komunálních odpadů Brno, akciové společnosti, se sídlem Jedovnická 2, 628 00, Brno, učiněných ve veřejné zakázce **„Zajištění činností spojených se svozem odpadu – oblast 1“** zadávané v otevřeném zadávacím řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 29. 8. 2008 pod evidenčním číslem 60021856 dne 30. 8. 2008 v Úředním věstníku Evropské unie pod evidenčním číslem 2008/S 168-225879, jehož dalším účastníkem je

- navrhovatel – .**A.S.A., spol. s. r. o., IČ 45809712,** se sídlem Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8, za niž jednají Ing. Petr Vokál a Ing. Arnošt Kastner, jednatelé, ve správním řízení zast. na základě plné moci Mgr. Tomášem Rydvanem, advokátem, evid. č. ČAK 9848, advokátní kancelář ŘANDA HAVEL LEGAL s. r. o., se sídlem Truhlářská 13 – 15, 110 00 Praha 1

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, ustavené dle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 4. 2009 č. j. ÚOHS-S336/2008/VZ-2572/2009/540/KKo

p o t v r z u j i

a podané rozklady

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 8.12.2008 návrh uchazeče .A.S.A., spol. s r.o., IČ 45809712, se sídlem Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8, za niž jednají Ing. Petr Vokřál a Ing. Arnošt Kastner, jednatelé, ve správním řízení zast. na základě plné moci Mgr. Tomášem Rydvanem, advokátem, evid. č. ČAK 9848, advokátní kancelář ŘANDA HAVEL LEGAL s.r.o., se sídlem Truhlářská 13 – 15, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“), na přezkoumání úkonů učiněných zadavatelem Spalovna a komunální odpady Brno, akciová společnost, IČ 60713470, se sídlem Jedovnická 2, 628 00 Brno, za niž jedná Ing. Jana Drápalová, předsedkyně představenstva (dále jen „zadavatel“), ve veřejné zakázce „Zajištění činností spojených se svozem odpadu – oblast 1“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 29.8.2008 pod evid. č. 60021856 a dne 30.8.2008 v Úředním věstníku Evropské unie pod evid. č. 2008/S 168-225879 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Předmětem veřejné zakázky bylo zajištění činností spojených se svozem zbytkového komunálního odpadu, a to zejména provádění pravidelného svozu ve stanovených intervalech, objemech a množství, rozmístění sběrných nádob na určená svozová místa, zajištění kontroly a údržby sběrných nádob. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zvolil zadavatel ekonomickou výhodnost nabídky a stanovil následující dílčí hodnotící kritéria:

    1. Celková nabídková cena v Kč bez DPH (váha 20 %)
    2. Výše bankovní záruky pro zajištění závazku dle čl. III. odst. 6 obchodních podmínek (váha 20 %)
    3. Splatnost daňového dokladu dle čl. VI. odst. 3 obchodních podmínek (váha 20 %)
    4. Výše smluvní pokuty dle čl. VII. odst. 2 obchodních podmínek (váha 20 %)

5. Ekologické aspekty plnění veřejné zakázky (váha 20 %)

3. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 17.10.2008 vyplynulo, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel tři nabídky, které vyhověly kontrole úplnosti dle § 71 odst. 8 zákona. Dne 22.10.2008 bylo provedeno posouzení a hodnocení nabídek. Po provedení hodnocení vybrala komise jako nejvýhodnější nabídku uchazeče SITA CZ a.s., IČ 25638955, se sídlem Španělská 10/1073, 120 00 Praha 2, za niž jedná Fabrice Rossignol, předseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“). Na základě doporučení hodnotící komise zadavatel dne 24.10.2008 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky.

4. Proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky podal námitky uchazeč .A.S.A., spol. s r.o., IČ 45809712, se sídlem Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8, za niž jednají Ing. Petr Vokřál a Ing. Arnošt Kastner, jednatelé (dále jen „navrhovatel“). Obsahem námitek bylo zpochybnění postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky.

5. Zadavatel námitky obdržel dne 19.11.2008 a po přezkoumání jejich oprávněnosti jim nevyhověl. Své rozhodnutí zadavatel oznámil navrhovateli dopisem ze dne 20.11.2008, který jmenovaný uchazeč obdržel dne 26.11.2008. Vzhledem k tomu, že jmenovaný uchazeč nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 8.12.2008 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

6. Navrhovatel následně podal návrh proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky, rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 24.10.2008 a proti rozhodnutí zadavatele o námitkách uchazeče ze dne 20.11.2008. Navrhovatel v návrhu požadoval uložení nápravného opatření zadavateli spočívajícího ve zrušení zadání veřejné zakázky. Obsah podstatných částí návrhu byl uveden v příslušné části odůvodnění. Úřad obdržel návrh dne 8.12.2008 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Jako účastníky řízení označil Úřad zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. S336/2008/VZ-25630/2008/540/KK ze dne 17.12.2008. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. S336/2008/VZ-25635/2008/540/KK ze dne 17.12.2008 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

7. Dne 19.12.2008 obdržel Úřad od navrhovatele návrh na vydání předběžného opatření. Po předběžném přezkoumání obsahu podaného návrhu získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při zadávání předmětné veřejné zakázky. Na základě těchto pochybností rozhodl Úřad v rozsahu nezbytném pro zajištění účelu řízení předběžným opatřením č. j. S336/2008/VZ-25662/2008/540/KK ze dne 30.12.2008 o uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

Napadené rozhodnutí

8. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 14. 4. 2009 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S336/2008/VZ-2572/2009/540/KKo, kterým rozhodl, že zadavatel

nedodržel při zadávání šetřené veřejné zakázky postup stanovený v ustanovení § 78 odst. 4 zákona tím, že stanovil dílčí hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti nabídky „Ekologické aspekty plnění veřejné zakázky“ tak, že se nevztahuje k předmětu veřejné zakázky, a dále rovněž tím, že stanovil dílčí hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti nabídky „Výše bankovní záruky“ způsobem, který nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako opatření k nápravě výše uvedeného postupu zadavatele Úřad v souladu s § 118 zrušil zadání veřejné zakázky. Ve výroku III. pak Úřad rozhodl, že správní řízení ve věci návrhu navrhovatele v částech, které se týkají stanovení dílčích hodnotících kritérií, se podle § 114 odst. 3 zákona zastavuje, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

9. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž s odkazem na zásadu procesní ekonomie upravenou v § 6 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), podle níž správní orgán postupuje tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady a aby dotčené osoby zatěžoval co nejméně, posoudil Úřad z moci úřední rovněž skutečnosti, které v podaném návrhu nebylo možno uplatnit. Po zhodnocení všech podkladů přitom Úřad dospěl k závěru, že zadavatel při vymezení hodnotících kritérií nepostupoval v souladu se zákonem.

10. Ve vztahu ke stanovení dílčího hodnotícího kritéria „Ekologické aspekty plnění veřejné zakázky“ Úřad konstatoval, že zadavatel má podle § 78 odst. 4 zákona možnost v rámci dílčích hodnotících kritérií, která vyjadřují ekonomickou výhodnost nabídky, stanovit kritérium zohledňující vliv způsobu plnění předmětu veřejné zakázky na životní prostředí. Zadavatel je však při stanovení takového kritéria povinen postupovat způsobem, aby dané hodnotící kritérium mělo vztah k předmětu veřejné zakázky a prokazatelně vyjadřovalo skutečný vliv plnění předmětu veřejné zakázky (v šetřeném případě tedy svoz zbytkového komunálního odpadu) na životní prostředí. Hodnota dílčího hodnotícího kritéria „Ekologické aspekty plnění veřejné zakázky“ měla být dle zadávací dokumentace zjištěna součtem počtu vozů používající jako palivo naftu a splňující normu EURO 5 a dvojnásobku počtu vozidel používajících jako palivo LPG nebo CNG, přičemž u tohoto kritéria byla nejlépe hodnocena maximální hodnota. V rámci odpovědi ze dne 1.10.2008 na dodatečný dotaz, který se týkal způsobu stanovení uvedeného dílčího hodnotícího kritéria, zadavatel uvedl, že jeho záměrem je snížení množství emisí vyprodukovaných vozy používanými k plnění předmětu veřejné zakázky.

11. Úřad konstatoval, že zadavatel nemohl uvedeným způsobem hodnocení dílčího hodnotícího kritéria „Ekologické aspekty plnění veřejné zakázky“ dosáhnout výsledku, který by zohledňoval vliv plnění veřejné zakázky na životní prostředí, protože zadavatel v rámci uvedeného kritéria hodnotil pouze součet počtu vozidel, byť s lepšími ekologickými vlastnostmi, přičemž nejvyšší počet bodů obdržel uchazeč, který nabídl nevyšší počet vozidel, ačkoliv je zřejmé, že na plnění veřejné zakázky bude ve skutečnosti potřeba výrazně menší počet vozidel. Zadavatel přitom v rámci správního řízení uvedl, že je jedno, kolik vozidel bude na plnění předmětu veřejné zakázky využito vzhledem k tomu, že nelze přepokládat výrazné zkrácení svozových tras. Zadavatel mohl v uvedeném kritériu hodnotit např. poměr celkem využitých vozidel na plnění

veřejné zakázky k vozidlům splňujícím přísnější ekologické normy; potom by obdržel výsledek adekvátní účelu stanoveného dílčího hodnotícího kritéria.

12. Ve vztahu ke stanovení dílčího hodnotícího kritéria „Výše bankovní záruky“ Úřad konstatoval, že toto hodnotící kritérium bylo zadavatelem stanoveno způsobem, který nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídek. Zadavatel v čl. 10.2.1 zadávací dokumentace stanovil, že vybraný uchazeč je povinen nejpozději v den podpisu smlouvy poskytnout zadavateli bankovní záruku v minimální výši 3 500 000,- Kč jako zajištění zahájení včasného a řádného plnění dle smlouvy. Zadavatel je oprávněn čerpat finanční prostředky až do sjednané výše v případě, že vybraný uchazeč řádně a v plném rozsahu nezahájí svoji činnost ke dni 1.1.2009 . Výše smluvní pokuty podle čl. VII odst. 3 obchodních podmínek, která měla být zajištěna požadovanou bankovní zárukou, činí 10 000 000,- Kč a následně 150,- Kč za každou nesvezenou, popř. nedodanou sběrnou nádobu a den prodlení až do řádného splnění.

13. Úřad v této souvislosti uvedl, že zadavatel v rámci uvedeného hodnotícího kritéria stanovil pouze minimální výši bankovní záruky (3 500 000,- Kč). Tím, že zároveň neomezil maximální možnou výši bankovní záruky, došlo k tomu, že vybraný uchazeč nabídl bankovní záruku ve výši 100 000 000- Kč. Vzhledem k částce, kterou by byl zadavatel oprávněn z titulu plnění smluvní pokuty požadovat (tj. 10 000 000,- Kč + 150,- Kč za nesvezenou, popř. nedodanou sběrnou nádobu a den prodlení), je nabízená hodnota bankovní záruky neúměrně nadsazená, a to z důvodu, že banka uspokojí pohledávku zadavatele pouze do výše nesplněného závazku uchazeče (tj. do výše nezaplacené smluvní pokuty), jak vyplývá z právní úpravy institutu bankovní záruky uvedené v § 313 a násl. zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“). Dílčí hodnotící kritérium „Výše bankovní záruky“ tak nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, když umožňuje uchazečům nabízet hodnoty, které neodpovídají výši zajišťovaného závazku, a nemohou tak být reálně využity.

14. Ve vztahu k námitkám návrhu ohledně souladu postupu zadavatele při hodnocení nabídek se zákonem Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že tuto problematiku v šetřeném případě již nepřezkoumával vzhledem k tomu, že Úřad ve výroku II. zrušil celé zadávací řízení na veřejnou zakázku.

15. K návrhu navrhovatele pak Úřad uvedl, že námitky vztahující se k dílčím hodnotícím kritériím byly podány po uplynutí zákonem stanovené lhůty (podle ustanovení § 110 odst. 3 zákona) vzhledem k tomu, že se o nich navrhovatel dozvěděl již v oznámení o zakázce a následně v zadávací dokumentaci. Navrhovatel tedy není oprávněnou osobou pro podání návrhu, kterou je pouze osoba, jež by podala námitky proti výše uvedeným skutečnostem řádně a včas, jak stanoví § 114 odst. 3 zákona v návaznosti na § 110 odst. 5 zákona. Proto Úřad ve výroku III. rozhodl, že správní řízení ve věci návrhu navrhovatele v částech, které se týkají stanovení dílčích hodnotících kritérií, se podle § 114 odst. 3 zákona zastavuje.

16. S ohledem na zásadu procesní ekonomie však Úřad posoudil z moci úřední rovněž skutečnosti, které nebylo v podaném návrhu možno uplatnit, a to vzhledem k tomu, že na jejich existenci a vhodném stanovení závisel další postup zadavatele v šetřené veřejné zakázce. Jedná se zejména o otázku stanovení dílčích hodnotících kritérií, která je pro posouzení postupu zadavatele při výběru nejvhodnější nabídky nezbytná.

II. Námitky rozkladů

Námitky rozkladu zadavatele

17. Dne 30. 4. 2009 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, ve svém rozkladu namítá, že rozhodnutí Úřadu vychází z nepřesné interpretace zákona a volné úvahy orgánu dohledu. Zadavatel pokládá rozhodnutí Úřadu za nesprávné a učiněné v rozporu s kompetencemi Úřadu. Tvrzení Úřadu, že dílčí hodnotící kritérium „Ekologické aspekty plnění veřejné zakázky“ se nevztahuje k předmětu veřejné zakázky, je podle názoru zadavatele zcela nesprávné. Zadavatel uvádí, že předem vymezil jakým způsobem bude uvedené kritérium hodnotit, a naplnil tedy zásadu transparentnosti. Na volné úvaze uchazečů pak ponechal, jakým způsobem uvedené kritérium splní. Úřad při posuzování uvedeného hodnotícího kritéria vycházel z úvahy, jaký je minimální počet vozidel potřebných k plnění veřejné zakázky, aniž vzal v úvahu různorodost podmínek plnění. Je možné, že jeden z dodavatelů bude plnit předmět veřejné zakázky minimálním počtem vozidel po celou pracovní dobu, ale jiný dodavatel využije vyššího počtu vozidel po dobu kratší. Dále je podle zadavatele nutné počítat s případnými mimořádnými událostmi a poruchami vozidel. Na základě uvedeného hodnotícího kritéria je tak lépe hodnocen uchazeč, který je schopen na plnění předmětu veřejné zakázky nasadit maximální počet ekologicky šetrných vozidel. Podle názoru zadavatele nevzal Úřad dále v potaz ani jiné možné technické řešení, kdy záměrem města Brna je povolit v určitých lokalitách provoz menších vozů s nižší kapacitou, a v takovém případě potřebný počet vozů stoupne. Zadavatel se na základě výše uvedeného domnívá, že dílčí hodnotících kritérium „Ekologické aspekty plnění veřejné zakázky“ stanovil tak, že se beze zbytku vztahuje k předmětu veřejné zakázky.

18. Dále zadavatel uvádí, že Úřad překročil rámec svých pravomocí, když rozhodl, že dílčí hodnotící kritérium „Výše bankovní záruky“ nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky. Při stanovení uvedeného hodnotícího kritéria bylo pro zadavatele rozhodující, aby vybraný uchazeč včas a v plném rozsahu zahájil plnění předmětu veřejné zakázky ke dni sjednanému ve smlouvě. Nezahájení plnění řádně a včas by mělo negativní vliv jak pro zadavatele, tak i pro třetí osoby. Tento problém chtěl zadavatel eliminovat tím, že požadoval předložení bankovní záruky na zajištění řádného zahájení plnění veřejné zakázky. Zadavatel podotýká, že Úřad v napadeném rozhodnutí vztáhl poskytnutou bankovní záruku pouze na nárok zadavatele na smluvní pokutu pro případ nezahájení svozu odpadu. Avšak nárok na smluvní pokutu nijak neomezuje právo zadavatele na čerpání prostředků z bankovní záruky i na náklady spojené s dodatečným svozem odpadu a na náhradu škod vzniklých v důsledku nezahájení svozu odpadu. Zadavatel ve svém podání uvádí částku, kterou by byl povinen dodavatel uhradit v případě neplnění povinností stanovených smlouvou do 30 dnů od sjednaného dne. Zadavatelem vypočítaná částka dosahuje výše 800.973.379,- Kč. Na základě uvedené částky zadavatel považuje způsob, jakým stanovil dílčí hodnotící kritérium „Výše bankovní záruky“, za správný a zcela v souladu se zákonem.

Závěr rozkladu zadavatele

19. Z uvedených důvodů zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí č. j. S336/2008/VZ-2572/2009/540/KKo zrušil.

Námitky rozkladu vybraného uchazeče

20. Dne 4. 5. 2009 obdržel Úřad od vybraného uchazeče rozklad, v němž namítá, že tvrzení Úřadu, že dílčí hodnotící kritérium „Ekologické aspekty plnění veřejné zakázky“ se nevztahuje k předmětu plnění veřejné zakázky, je podle názoru vybraného uchazeče nepřezkoumatelné. Pokud Úřad tvrdí, že rozhodnutí zadavatele mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, měl Úřad sdělit, jakým způsobem.

21. Vybraný uchazeč dále uvádí, že Úřad postupoval v rozporu s uvedeným rozsudkem ESD C-513/99, ze dne 17.9.2002 Concordia Bus Finland Oy Ab proti Helsingin kaupunki et HKL-Bussiliikenne, když v napadeném rozhodnutí neodůvodněně aplikoval nové hledisko, a to skutečný počet vozidel na realizaci veřejné zakázky, a dále neuvedl, zda měl zadavatel neomezenou svobodu výběru a zda způsob, jakým bylo uvedené hodnotící kritérium stanoveno, je v rozporu se zásadami Evropských společenství (zejména se zásadou diskriminace).

22. Vybraný uchazeč ve svém podání uvádí, že disponuje dostatečným počtem vozidel pro splnění ekologických požadavků zadavatele uvedených v zadávací dokumentaci. Naopak během zadávacího řízení bylo prokázáno, že navrhovatel potřebným počtem vozidel splňujících ekologické požadavky zadavatele nedisponuje, a není tak připraven na všechny eventuality plnění zadavatelem požadovaných služeb.

23. Dále vybraný uchazeč poukazuje na to, že Úřad při hodnocení dílčího hodnotícího kritéria „Výše bankovní záruky“ řádně nezvážil všechny důsledky, které by mělo nezahájení plnění předmětu veřejné zakázky vybraným uchazečem, a to i z hlediska smluvních pokut a náhrady škody.

24. Vybraný uchazeč namítá, že se Úřad nevypořádal se všemi námitkami navrhovatele tak, jak to ve své judikatuře požaduje Nejvyšší správní soud. V tomto postupu spatřuje vybraný uchazeč procesní vadu řízení.

Závěr rozkladu vybraného uchazeče

25. Na základě výše uvedených skutečností vybraný uchazeč navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí pro jeho nezákonnost zrušil, popřípadě napadené rozhodnutí změnil tak, že správní řízení podle § 114 odst. 3 zákona zastaví, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou

III. Řízení o rozkladu

Vyjádření navrhovatele k oběma rozkladům

26. Dne 18. 5. 2009 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k oběma podaným rozkladům. K rozkladu zadavatele v souvislosti s dílčím hodnotícím kritériem „Ekologické aspekty veřejné zakázky“ navrhovatel uvádí, že uvedené hodnotící kritérium je netransparentní a nejednoznačné. Zadavatel v jeho rámci hodnotil pouze součet vozidel nikoliv dopad provádění svozu odpadu na životní prostředí. Navrhovatel proto souhlasí s názorem

Úřadu, že uvedené hodnotící kritérium nesouvisí s předmětem veřejné zakázky. K tvrzení zadavatele, že Úřad pochybil, když nevzal v úvahu různorodost podmínek plnění, kdy jeden dodavatel může plnit předmět veřejné zakázky minimálním počtem vozidel po celou pracovní dobu, ale jiný dodavatel může využít vyššího počtu vozidel po dobu kratší, navrhovatel uvádí, že k uvedeným možnostem nepřihlížel v rámci hodnocení nabídek ani zadavatel, a proto nemůže uvedené pochybení vytýkat Úřadu. Navrhovatel dále uvádí, že námitkou, která se týká jiných technických řešení plnění předmětu veřejné zakázky (využití menších vozidel s nižší kapacitou), nemůže zadavatel argumentovat, a to z důvodu, že uvedenou skutečnost v zadávacích podmínkách nikde nezmínil a využití menších vozidel ani nebylo předmětem hodnocení nabídek. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel na základě uvedeného hodnotících kritéria nebyl schopen posoudit a vybrat nejvhodnější nabídku z hlediska dopadu nabídek uchazečů na životní prostředí.

27. K dílčímu hodnotícímu kritériu „Výše bankovní záruky“ navrhovatel uvádí, že požadovaná bankovní záruka měla sloužit k zajištění včasného a řádného zahájení dle smlouvy ke sjednanému dni. Tvrzení zadavatele, že Úřad v napadeném rozhodnutí vztáhl poskytnutou bankovní záruku pouze na nárok zadavatele na smluvní pokutu pro případ nezahájení svozu odpadu a nikoliv i na případnou náhradu škody a další smluvní pokuty podle obchodních podmínek, navrhovatel uvádí, že uvedené smluvní pokuty se vztahovaly k porušení povinností při plnění předmětu veřejné zakázky, avšak nikoliv k samotnému zahájení plnění. Zadavatelem vypočtenou smluvní pokutu ve výši téměř 801 mil. Kč, považuje navrhovatel za nereálnou, dokládající absurdnost nastavení jednotlivých smluvních pokut v rámci obchodních podmínek. Uvedený výpočet je podle navrhovatele zcela nesprávný a zavádějící vzhledem k tomu, že zadavateli nárok na uvedenou částku v žádném případě nemůže vzniknout.

28. K rozkladu vybraného uchazeče navrhovatel uvádí, že tvrzení vybraného uchazeče, ve kterém namítá nepřezkoumatelnost výroku Úřadu ohledně dílčího hodnotícího kritéria „Ekologické aspekty veřejné zakázky“, není akceptovatelné, a to z důvodu, že Úřad v napadeném rozhodnutí dovodil, že nejvyšší počet bodů obdržel uchazeč, který nabídl nevyšší počet vozidel, ačkoliv je zřejmé, že na plnění veřejné zakázky bude ve skutečnosti potřeba výrazně menší počet vozidel. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky právě tím, že umožnil, aby uchazeči nabízeli vysoký počet vozidel pouze za účelem vyššího bodového zisku v rámci hodnocení nabídek. Přitom zadavatel sám zdůrazňoval, že „je jedno, kolik vozidel bude na plnění nasazeno“. Navrhovatel dále podotýká, že je otázkou, jakým způsobem by zadavatel následně kontroloval, kolik vozidel a s jakými vlastnostmi je skutečně používáno k plnění předmětu veřejné zakázky.

29. Vybraný uchazeč dále tvrdí, že na rozdíl od navrhovatele disponuje dostatečným počtem vozidel pro splnění ekologických požadavků zadavatele uvedených v zadávací dokumentaci, a toto tvrzení zakládá na skutečnosti, že pro plnění předmětu veřejné zakázky, k němuž je podle vyjádření zadavatele potřeba 5 vozidel, nabídl 24 vozidel, zatímco navrhovatel nabídl 9 vozidel. Podle názoru navrhovatele právě výše uvedené dokládá nesrozumitelnost nastavení způsobu hodnocení dílčího hodnotícího kritéria, kdy zadavatel hodnotil pouze počet nabízených vozidel. Na základě zadávací dokumentace navrhovatel předpokládal, že nabídnutý počet vozidle bude pro plnění předmětu veřejné

zakázky dostačující, i když pochopitelně disponuje mnohem rozsáhlejším vozovým parkem.

30. K námitce vybraného uchazeče, že Úřad nesprávně aplikoval rozsudek ESD C-513/99, ze dne 17.9.2002 Concordia Bus Finland Oy Ab proti Helsingin kaupunki et HKL-Bussiliikenne, navrhovatel uvádí, že podle jeho názoru Úřad aplikoval uvedený rozsudek správně a v souladu se zákonem.

31. Navrhovatel se v souvislosti s dílčím hodnotícím kritériem „Výše bankovní záruky" neztotožňuje s názorem vybraného uchazeče a opakuje, že bankovní záruka měla sloužit pouze k zajištění závazku včasného a řádného zahájení plnění a nikoliv dalších povinností dodavatele. Dále navrhovatel odkazuje na to, co uvedl ve svém vyjádření k rozkladu zadavatele.

32. Závěrem navrhovatel konstatuje, že zadavatel ani vybraný uchazeč nevyvrátili argumenty Úřadu uvedené v napadeném rozhodnutí. S ohledem na výše uvedené navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu oba podané rozklady zamítl.

Stanovisko předsedy Úřadu

33. 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.

34. 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.

35. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S336/2008/VZ-2572/2009/540/KKo ze dne 14. 4. 2009 rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání předmětné veřejné zakázky postup stavený v ustanovení § 78 odst. 4 zákona, tím, že stanovil dílčí hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti nabídky „Ekologické aspekty plnění veřejné zakázky" tak, že se nevztahuje k předmětu veřejné zakázky a dále stanovil dílčí hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti nabídky „Výše bankovní záruky" způsobem, který nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž jako opatření k nápravě zrušil zadání předmětné veřejné zakázky, 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 rozkladů

36. V prvé řadě bych se rád vyjádřil k vymezení hodnotícího kritéria „Ekologické aspekty plnění veřejné zakázky", u něhož nebyl shledán vztah k předmětu veřejné zakázky. Předmětné hodnotící kritérium zadavatel z hlediska hodnocení vymezil následně: „hodnota dílčího hodnotícího kritéria „Ekologické aspekty plnění veřejné zakázky" bude

zjištěna součtem počtu vozidel, která se budou podílet na plnění veřejné zakázky používající jako palivo naftu a splňující normu EURO 5, a dvojnásobku počtu vozidel, která se budou podílet na plnění veřejné zakázky a používají jako palivo LPG nebo CNG“. Současně zadavatel v rámci kvalifikačních předpokladů stanovil, že pro splnění kvalifikace musí uchazeč prokázat vlastnictví nejméně 2 ks vozidel pro svoz skla a minimálně 1 ks vozidla vybaveného certifikovaným vážícím zařízením umožňujícím zvážit každou jednotlivou nakládku z nádob o objemu větším než 240 litrů. V návaznosti na zadávací dokumentaci uvedl navrhovatel ve své nabídce celkový počet vozidel – 3, zatímco vybraný uchazeč nabídl 5 vozidel.

37. Je nutné zdůraznit, tak jak již Úřad uvedl v rámci napadeného rozhodnutí, že obecná přípustnost dílčích hodnotících kritérií, která zohledňují vliv způsobu plnění veřejné zakázky na životní prostředí, je možná. V případě takto stanovených hodnotících kritérií však musí zadavatel klást důraz na zohlednění obsahu takového kritéria vzhledem k vymezenému předmětu veřejné zakázky a skutečnému vlivu na plnění tohoto předmětu. V daném případě zadavatel stanovil uvedené hodnotící kritérium, které mělo vypovídat o šetrnosti svozu odpadu k životnímu prostředí. Podle vyjádření zadavatele bylo jeho záměrem snížení množství emisí vyprodukovaných vozy používanými ke svozu odpadu. Hodnota dílčího kritéria byla tedy zjišťována součtem počtu vozů používajících jako palivo naftu a splňující normu EURO 5 a dvojnásobku počtu vozidel používajících jako palivo LPG a CNG. Samotný počet kusů vozidel samozřejmě nic nevypovídá o zohlednění vlivu na životní prostředí. Z výsledků předmětného zadávacího řízení (resp. z obsahů nabídek jednotlivých uchazečů) je zřejmé, že nejlepší hodnocení obdržel uchazeč, který nabídl vyšší počet vozů, přestože nenabídl žádné vozidla používající jako palivo LPG nebo CNG. Vzhledem k tomu, že délka trasy je stejná pro všechny vozidla bez ohledu na jejich počet, přičemž ze samotného předmětu plnění je zřejmé, že pro plnění bude potřeba mnohem méně vozidel, než kolik nabídl vybraný uchazeč, ztrácí v tomto ohledu stanovené hodnotící kritérium svůj význam (délku jízdy není možné samu o sobě považovat za dostatečný důvod pro zohlednění vlivu na životní prostředí, vzhledem k nerovnoměrnému množství využívaných vozidel). Pokud vybraný uchazeč namítá, že vyšší počet vozidel zaručuje vyšší jistotu plnění veřejné zakázky, konstatuji, že toto tvrzení nemá nic společného s předmětným hodnotícím kritériem, resp. s jeho vztahem k předmětu veřejné zakázky.

38. Na základě shora uvedeného způsobu hodnocení předmětného hodnotícího kritéria je zřejmé, že zadavatel takovýmto způsobem nemohl dosáhnout výsledku, který by zohledňoval vliv plnění veřejné zakázky na životní prostředí, z toho důvodu, že hodnotil pouze součet počtu vozidel, byť s lepšími ekologickými vlastnostmi, přičemž nejvyšší počet bodů obdržel uchazeč, který nabídl nejvyšší počet vozidel, ačkoliv je zřejmé, že k plnění veřejné zakázky je ve skutečnosti potřeba výrazně menší počet vozidel.

39. Současně je nutné podotknout, že zadavatel v rámci odpovědi ze dne 1. 10. 2008 na dodatečný dotaz a taktéž ve svém stanovisku ze dne 22. 12. 2008 uvedl, že počet vozů je pouze věcí dodavatele a zadavatel neurčuje, zda dodavatel využije větší počet vozů s tím, že každý z nich ujede menší vzdálenost nebo naopak. Tato tvrzení však odporují samotnému způsobu hodnocení předmětného kritéria, kdy zadavatel hodnotil pouze celkový počet nabídnutých vozů.

40. K tvrzení zadavatele, že v případě dílčího hodnotícího kritéria „Ekologické aspekty veřejné zakázky“ Úřad nevzal v úvahu různorodost podmínek plnění předmětu veřejné

zakázky a to, že zadavatel ponechal na volné úvaze uchazečů, jakým způsobem uvedené kritérium splní, uvádím, že tato argumentace, která byla zadavatelem uplatněna již v rámci řízení před prvostupňovým orgánem, jen potvrzuje závěr Úřadu, že zadavatel nemohl uvedeným způsobem hodnocení dílčího hodnotícího kritéria dosáhnout výsledku, který by zohledňoval vliv svozu odpadu na životní prostředí vzhledem k tomu, že jediné, co bylo předmětem hodnocení v uvedeném kritériu, byl pouze prostý součet počtu nabízených vozidel, bez ohledu na skutečně využitelný počet vozidel potřebných ke svozu odpadu.

41. K námitce zadavatele, že Úřad v napadeném rozhodnutí nezohlednil jiná možná technická řešení, kdy záměrem města Brna je v určitých lokalitách povolit provoz menších vozů s nižší kapacitou a v takovém případě bude potřebný počet vozů vyšší, uvádím, že takto postavené tvrzení nemá oporu v podmínkách zadání veřejné zakázky, v nichž zadavatel neuvádí, že by dodavatelem použitá vozidla měla splňovat nějaké další požadavky na jejich provoz v určitých lokalitách na území města Brna. Zadávací dokumentace obsahuje pouze minimální počet vozidel pro svoz odpadu a vozidel obslužných bez další specifikace mimo požadavku na splnění normy EURO 4 (v rámci hodnocení nabídek pak normy EURO 5, pohonu na LPG či CNG). Na základě shora uvedeného se ztotožňuji s navrhovatelem v tom, že zadavatel není oprávněn se na výše uvedenou skutečnost odvolávat.

42. Nemohu se taktéž ztotožnit s tvrzením zadavatele ohledně překročení pravomocí, při hodnocení předmětného kritéria. Úřad v rámci předmětného hodnotícího kritéria pouze zkoumal, zda takto stanovené hodnotící kritérium naplňuje zákonem stanovené znaky pro vymezení dílčích hodnotících kritérií a současně přezkoumal souvislost takto stanoveného kritéria s ohledem na jeho podstatu, tedy vliv na životní prostředí. Úřad samozřejmě nemůže nahrazovat hodnotící komisi, příp. myšlenkové pochody zadavatele, které souvisejí s hodnocením dílčích hodnotících kritérií. V daném případě však Úřad v žádném případě nezasahoval do pravomocí zadavatele, když přezkoumal předmětné hodnotící kritérium v rozsahu jak je shora uvedeno.

43. K námitce vybraného uchazeče ohledně aplikace rozsudku Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“) C-513/99, ze dne 17. 9. 2002 Concordia Bus Finlad Oy Ab proti Helsingin kaupunki et HKL-Busssiliikenne uvádím následující. V uvedeném rozsudku ESD uvedl, že zadavatel může při zadání veřejné zakázky stanovit dílčí hodnotící kritéria, která se týkají ochrany životního prostředí, a to pokud jsou stanovena v rozsahu, v němž souvisí s předmětem veřejné zakázky, neposkytují zadavateli neomezenou svobodu výběru, jsou výslovně uvedena v zadávací dokumentaci nebo ve vyhlášení zakázky a jsou v souladu se všemi základní zásadami práva Evropských společenství. V návaznosti na uvedený rozsudek ESD Úřad konstatoval, že zadavatel měl možnost v rámci dílčích hodnotících kritérií, která vyjadřují ekonomickou výhodnost nabídky, stanovit kritérium zohledňující vliv způsobu plnění předmětu veřejné zakázky na životní prostředí. Takové dílčí hodnotící kritérium je obecně přípustné, avšak zadavatel byl povinen při stanovení takového kritéria postupovat způsobem, aby dané hodnotící kritérium mělo vztah k předmětu veřejné zakázky a prokazatelně vyjadřovalo skutečný vliv plnění předmětu veřejné zakázky (tedy svoz odpadu) na životní prostředí. Při stanovení dílčích hodnotících kritérií je zadavatel dále povinen respektovat zásady transparentnosti, nediskriminace a rovného přístupu. Úřad tedy aplikoval výše uvedenou definici na šetřené hodnotící kritérium a zjistil, že

uvedené kritérium nemůže vyjadřovat vzhledem ke výše uvedenému způsobu jeho hodnocení skutečný vliv svozu odpadu na životní prostředí.

44. Uzavírám tedy, že předmětné hodnotící kritérium, tak jak bylo stanoveno v zadávací dokumentaci, nevyjadřovalo vztah k předmětu zakázky a nenaplňovalo podstatu tohoto kritéria, resp. záměr proč zadavatel toto kritérium v rámci dílčích hodnotících kritérií stanovil. Současně odkazuji na poslední odstavec uvedený na straně 7 napadeného rozhodnutí, kde Úřad správně poukázal na jinou možnost hodnocení v rámci předmětného hodnotícího kritéria. Takto vymezený způsob by odpovídal zákonným požadavkům na stanovené hodnotící kritérium, přičemž i výsledek by naplňoval účel, pro nějž bylo toto kritérium do zadávací dokumentace začleněno.

45. K problematice bankovní záruky, kterou zadavatel hodnotil v rámci dílčího hodnotícího kritéria „Výše bankovní záruky“, uvádím, že toto dílčí hodnotící kritérium mělo podle zadávací dokumentace a návrhu obchodních podmínek zajišťovat pouze závazek včasného a řádného zahájení plnění dle smlouvy, tj. zahájení pravidelného svozu odpadu včetně rozmístění požadovaného počtu sběrných nádob, nikoliv další porušení smluvních podmínek ze strany dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky. Tomu odpovídá i délka platnosti bankovní záruky, která činí 30 dní, jak uvedl zadavatel v rámci odpovědi na dodatečné informace. Po přezkoumání spisu a předložené dokumentace jsem dospěl k závěru, že způsob, jakým zadavatel stanovil uvedené hodnotící kritérium, skutečně umožnil uchazečům nabídnout bankovní záruku ve výši, která neodpovídá zajišťovanému závazku a která nemůže být reálně využita. Z tohoto důvodu uvedené hodnotící kritérium nemůže vyjadřovat ekonomickou výhodnost nabídky.

46. K argumentaci ohledně možné výše smluvní pokuty uvádím, že zadavatel ve svém výpočtu neuvádí, z jakých údajů vycházel (zejména z jakého počtu kusů sběrných nádob). Z tohoto důvodu je jím uvedená výše smluvní pokuty nepřezkoumatelná. Ve zbytku námitek týkajících se problematiky bankovní záruky plně odkazuji na odůvodnění napadeného rozhodnutí, s nímž jsem se v plném rozsahu ztotožnil.

47. Poslední námitkou, s níž mám za nutné se vypořádat, je argumentace ohledně nemožnosti uložení nápravného opatření „zrušení zadávacího řízení“ ze strany Úřadu. Vybraný uchazeč se domnívá, že se Úřad dopustil porušení zákona, když v rámci uložení nápravného opatření zrušil celé zadání veřejné zakázky. K tomuto tvrzení konstatuji, že jsem si vědom znění § 118 zákona, jež uvádí pojem „zadání veřejné zakázky“, kterým je podle § 17 písm. k) zákona míněno rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem uskutečněné v zadávacím řízení. Takovéto pojetí by se však krylo s nápravným opatřením ve formě zrušení jednotlivého úkonu zadavatele (ten by tu spočíval právě v rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky) a při takovémto výkladu by druhý způsob nápravného opatření *de facto* ztrácel jakkýkoli význam, neboť by mohl být nahrazen jiným typem nápravného opatření. V tomto případě není možné aplikovat pouhý jazykový výklad předmětného ustanovení, ale je třeba ho dát do souvislosti s výkladem logickým, neboť z obsahu zákona je zřejmé, že zákonodárce zde zamýšlel uvést nápravné opatření spočívající ve zrušení celého zadávacího řízení. Úřad tedy správně ve výroku II. napadeného rozhodnutí použil termín v souladu s § 118 zákona, přičemž v odůvodnění podrobněji vysvětlil, že tímto nápravným opatřením ruší celé zadávací řízení. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil již při stanovení dílčích hodnotících kritérií, by nápravy

šetřeného zadávacího řízení nebylo možné dosáhnout pouhým zrušením rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky.

48. K tvrzení vybraného uchazeče, že se Úřad nevypořádal se všemi námitkami navrhovatele, odkazuji na výrok a odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde jsou uvedeny námitky navrhovatele, které Úřad v rámci napadeného rozhodnutí přezkoumal, a dále námitky, které byly podány opožděně, a z tohoto důvodu se jimi Úřad s odkazem na § 111 odst. 4 zákona nezabýval, neboť řádné podání námitek je podmínkou pro podání návrhu. Dále uvádím, že vzhledem ke skutečnosti, že Úřad napadeným rozhodnutím zrušil celé zadání veřejné zakázky, a to na základě nevhodně stanovených dílčích hodnotících kritérií, nebylo by přezkoumání ostatních námitek, které se týkaly zadávacího řízení, účelné.

49. K argumentaci vybraného uchazeče ohledně možného ovlivnění výběru si dovoluji taktéž odkázat na odůvodnění napadeného rozhodnutí, v části týkající se uložení nápravného opatření, kde se Úřad vypořádal s možnými důsledky nezákonného postupu zadavatele.

V. Závěr

50. 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.

51. 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. Spalovna a komunální odpady Brno, a. s., Jedovnická 2, 628 00 Brno

2. AVE CZ odpadové hospodářství s. r. o., Pražská 1321/38a, 102 00 Praha 10

3. van Gansewinkel, a. s., U vlečky 592, 664 42 Modřice