UOHSX001H86Q

Č. j.: ÚOHS-R59,62/2009/VZ-15199//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 van Gansewinkel a. s**., IČ 63483360, se sídlem U vlečky 592, 664 42 Modřice, za niž jedná Pavel Ivánci, předseda představenstva

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 4. 2009 č. j. ÚOHS-S346/2008/VZ-4354/2009/540/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 skla“** zadávané v otevřeném zadávacím řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 29. 8. 2008 pod evidenčním číslem 60021854 ze dne 30. 8. 2008 a v Úředním věstníku Evropské unie pod evidenčním číslem 2008/S 168-225881, jehož dalším účastníkem je

- navrhovatel – **AVE CZ odpadové hospodářství s. r. o**., IČ 49356089, se sídlem Pražská 1321/38 a, 102 00 Praha 10, za niž jednají Dr. Peter Hodecek a Mgr. Roman Mužík

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-S346/2008/VZ-4354/2009/540/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 29.12.2008 návrh uchazeče AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o., IČ 49356089, se sídlem Pražská 1321/38a, 102 00 Praha 10, za niž jednají Dr. Peter Hodecek a Mgr. Roman Mužík, jednatelé (dále jen „navrhovatel“), na přezkoumání úkonů učiněných zadavatelem - Spalovnou a komunálními 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 skla“ zadávané v otevřeném zadávacím řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 29.8.2008 pod evidenčním číslem 60021854 a dne 30.8.2008 v Úředním věstníku Evropské unie pod evidenčním číslem 2008/S 168-225881 (dále jen „veřejná zakázka“). Dnem doručení návrhu bylo zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky řízení určil zadavatele, navrhovatele a společnost van Gansewinkel, a.s., IČ 63483360, se sídlem U Vlečky 592, 664 42, Modřice, zast. předsedou představenstva Pavlem Ivánci, jejíž nabídka byla vybrána jako nejvhodnější (dále jen „vybraný uchazeč“).

2. Z předložené dokumentace Úřad zjistil, že předmětem veřejné zakázky bylo zajištění činností spojených se svozem skla, a to zejména provádění pravidelného svozu ve stanovených intervalech, objemech a množství, zajištění vytřídění skla, 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: celková nabídková cena v Kč bez DPH (váha 20 %), výše bankovní záruky pro zajištění závazku dle čl. III. odst. 9 obchodních podmínek (váha 20 %), splatnost daňového dokladu dle čl. VI. odst. 4 obchodních podmínek (váha 20 %), výše smluvní pokuty dle čl. VII. odst. 2

obchodních podmínek (váha 20 %) a ekologické aspekty plnění veřejné zakázky (váha 20 %).

3. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 17.10.2008 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel dvě nabídky, které vyhověly kontrole úplnosti dle § 71 odst. 8 zákona. Dne 20.11.2008 bylo provedeno posouzení a hodnocení nabídek. Po provedení hodnocení vybrala komise jako nejvýhodnější nabídku vybraného uchazeče. Na základě doporučení hodnotící komise zadavatel dne 21.11.2008 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky. Proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky podal navrhovatel námitky, které zadavatel obdržel dne 10.12.2008 a po přezkoumání jejich oprávněnosti jim nevyhověl. Vzhledem k tomu, že jmenovaný uchazeč nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 22.12.2008 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu.

4. 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. S346/2008-170/2009/540/KKo ze dne 8.1.2009 o uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

Napadené rozhodnutí

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 14. 4. 2009 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S346/2008/VZ-4354/2009/540KKo, 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.

6. 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.

7. 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.

8. 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.

9. 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 2 000 000,- 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 15 000 000,- Kč a následně 300,- Kč za každou nesvezenou, popř. nedodanou sběrnou nádobu a den prodlení až do řádného splnění.

10. Úřad v této souvislosti uvedl, že zadavatel v rámci uvedeného hodnotícího kritéria stanovil pouze minimální výši bankovní záruky (2 000 000,- Kč). Tím, že zároveň neomezil maximální možnou výši bankovní záruky, došlo k tomu, že vybraný uchazeč nabídl bankovní záruku ve výši 20 000 000,- Kč. Vzhledem k částce, kterou by byl zadavatel oprávněn z titulu plnění smluvní pokuty požadovat (tj. 15 000 000,- Kč + 300,- 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.

11. 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.

12. 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.

13. 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

14. Dne 30. 4. 2009 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, ve kterém namítá, že rozhodnutí Úřadu vychází z nepřesné interpretace zákona a volné úvahy. Zadavatel se ohrazuje proti závěru Úřadu, podle něhož se kritérium „Ekologické aspekty plnění veřejné zakázky“ nevztahuje k předmětu veřejné zakázky. Uvádí, že ekologická hlediska plnění jakékoliv veřejné zakázky mají přímý nebo nepřímý vztah k ekonomickým dopadům, přičemž oddělování ekologie od ekonomik plnění vede ve svém důsledku k činnostem významně poškozujícím životní prostředí s dodatečnými celospolečenskými náklady. K otázce vztahu tohoto dílčího kritéria k předmětu veřejné zakázky pak zadavatel dále uvádí, že měl-li Úřad na mysli, že způsob hodnocení tohoto kritéria překračuje rámec předmětu veřejné zakázky, pak zákon takové omezení nijak nedefinuje a navíc takové tvrzení není relevantní.

15. Zadavatel vytýká Úřadu, že při posuzování tohoto dílčího kritéria vycházel z úvahy, jaký minimální počet vozidel je třeba k plnění veřejné zakázky, aniž by vzal v úvahu různorodost podmínek plnění, neboť je možné, že jeden z dodavatelů zvolí pro plnění předmětu veřejné zakázky minimální nezbytný počet vozidel pro svoz odpadu, zatímco

jiný dodavatel může zvolit nasazení vyššího počtu vozidel po kratší dobu. Zadavatel pak dále konstatuje, že ten dodavatel, který je schopen nasadit maximální počet ekologicky šetrných vozidel na plnění veřejné zakázky, je podle jeho názoru právem hodnocen lépe, než uchazeč s menším disponibilním fondem ekologicky šetrného vozového parku.

16. K závěrům Úřadu ve vztahu k dílčímu kritériu „Výše bankovní záruky“, podle nichž zadavatel toto kritérium stanovil způsobem, který nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, zadavatel uvádí, že toto konstatování Úřadu jde nad rámec jeho pravomocí, kdy se Úřad staví do role ekonomického experta a sám o své vůli rozhoduje, co je a co není ekonomickou výhodností nabídek, aniž by vzal v úvahu volnost zákona při vymezování dílčích kritérií hodnocení. Zadavatel uvádí, že pro něj bylo rozhodující, aby vybraný dodavatel včas v plném rozsahu zahájil plnění. Čím vážněji dodavatel svůj závazek chápal, tím vyšší bankovní záruku poskytl a dal zadavateli nástroj na uplatnění jejího možného čerpání v případě nesplnění svého závazku.

17. Úřad podle zadavatele neopodstatněně vztáhnul poskytnutou bankovní záruku pouze na nárok zadavatele na smluvní pokutu vymezenou obchodními podmínkami, neboť nárok na smluvní pokutu dle jeho názoru nijak neomezuje právo zadavatele na čerpání finančních prostředků z bankovní záruky i na náklady spojené s dodatečným svozem odpadu jinou osobou. Vazba bankovní záruky pouze na smluvní pokutu je dle názoru zadavatele příčinou nesprávného závěru Úřadu. Zadavatel uvádí, že pokud by provedl výpočet možné smluvní pokuty ze všech ustanovení smlouvy za prvních třicet dnů prodlení se zahájením svozu odpadu, pak výše možné smluvní pokuty výrazně vzroste nad hodnotu 15 000 000,- Kč, o kterou se opírá Úřad v napadeném rozhodnutí. Zadavatelem vypočítaná částka dosahuje výše 222 834 870,- Kč.

Závěr rozkladu zadavatele

18. Z uvedených důvodů zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí č. j. S346/2008/VZ-4354/2009/540/KKo zrušil.

Námitky rozkladu vybraného uchazeče

19. Dne 4. 5. 2009 obdržel Úřad od vybraného uchazeče rozklad, v němž napadá jak věcnou stránku napadeného rozhodnutí, tak i procesní postup Úřadu. Z hlediska procesního postupu vybraný uchazeč namítá, že Úřad rozhodl o tom, že části návrhu, které se týkaly stanovení dílčích hodnotících kritérií, včetně jejich vah a stanovení předpokládaného rozsahu jednorázové činnosti, byly podány neoprávněnou osobou, a v těchto částech správní řízení zastavil. Vybraný uchazeč se domnívá, že Úřad postupoval procesně nesprávně, když v rámci napadeného rozhodnutí rozhodoval i o skutečnostech, které v podaném návrhu nebylo možno uplatnit. V případě, kdy byl návrh podán neoprávněnou osobou, avšak Úřad měl pochybnost o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, měl Úřad zahájit správní řízení z moci úřední. Vybraný uchazeč považuje podaný návrh, který směřuje zejména proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky, za účelový, vzhledem k tomu, že navrhovatel jej podal až v době, kdy věděl, že v zadávacím řízení neuspěl. Podle názoru vybraného uchazeče by Úřad neměl podobné návrhy podporovat tím, že rozhodne ve věci, přestože návrh byl podán opožděně.

20. Vybraný uchazeč dále namítá, že zásada procesní ekonomie podle § 6 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), kterou Úřad svůj postup odůvodnil, nebyla v dosavadní praxi Úřadu uplatněna. Vybraný uchazeč se domnívá, že Úřad musí postupovat v zájmu zachování právní jistoty tak, aby rozhodovací praxe byla jednotná a účastníci správních řízení měli jistotu, že v obdobné věci bude postupováno stejně. K výše uvedenému vybraný uchazeč dodává, že Úřad měl v souladu s § 73 správního řádu v šetřeném případě rozhodnout bezodkladně nebo nejpozději do 30 dnů od zahájení řízení, k nimž lze připočíst dalších 30 dnů, jde-li o zvlášť složitý případ. Správní řízení bylo v šetřeném případě zahájeno dne 8. 12. 2008, rozhodnutí úřad vydal dne 14. 4. 2009, tedy po téměř čtyřech měsících. Podle názoru vybraného uchazeče v této souvislosti působí argumentace Úřadu o procesní ekonomii poněkud alibisticky.

21. Pokud by Úřad správní řízení zastavil a rozhodoval o meritu věci v novém řízení z moci úřední, mohl vybraný uchazeč na nové správní řízení reagovat, neboť by byl seznámen se všemi namítanými skutečnostmi. Tím, že Úřad uvedeným způsobem nepostupoval, bylo vybranému uchazeči podle jeho názoru značně ztíženo jeho postavení jako účastníka řízení, když se nemohl vyjádřit k namítaným skutečnostem vzhledem k tomu, že nemohl předpokládat, že Úřad bude v rámci napadeného rozhodnutí rozhodovat o meritu věci.

22. Další procesní pochybení Úřadu shledává vybraný uchazeč v uloženém nápravném opatření, kdy § 118 zákona stanoví taxativní výčet nápravných opatření, která může Úřad v rámci správního řízení uložit. Uvedené ustanovení zákona umožňuje Úřadu pouze zrušit zadání veřejné zakázky nebo zrušit jednotlivý úkon zadavatele. Zrušením zadání veřejné zakázky je třeba rozumět zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Zrušení jednotlivého úkonu zadavatele je potom zrušení jakéhokoliv jiného úkonu zadavatele, než rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky (*Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek, T.* Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006). Podle názoru vybraného uchazeče tak zákon nepřipouští, aby Úřad v rámci svého rozhodnutí zrušil zadávací řízení celé, nýbrž může zrušit pouze zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky nebo jiný jednotlivý úkon zadavatele.

23. K věcné stránce napadeného rozhodnutí vybraný uchazeč uvádí, že v případě dílčího hodnotícího kritéria „Ekologické aspekty veřejné zakázky“ odkazuje vybraný uchazeč na vyjádření ze dne 20. 1. 2009 a doplňuje, že tvrzení Úřadu je pouze věcí názoru a přístupu k předmětné záležitosti vzhledem k tomu, že každé plnění lze provádět více či méně ekologicky a počet požitých ekologických vozidel je podle názoru vybraného uchazeče hodnotitelným kritériem a je ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Vybraný uchazeč tak nesouhlasí se závěrem Úřadu, že uvedené hodnotící kritérium nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky. Počet nabízených vozů všech uchazečů je srovnatelný, neboť každý z uchazečů nabídl tolik vozů, kolik jich bude k plnění předmětu veřejné zakázky potřebovat. Vyšší počet vozů nabízený vybraným uchazečem zaručuje podle jeho názoru maximální možnou míru jistoty, že předmět veřejné zakázky bude plněn řádně a včas.

24. Ke dílčímu hodnotícímu kritériu „Výše bankovní záruky“ vybraný uchazeč opět odkazuje na svá vyjádření a doplňuje, že byla-li nabídnuta maximální bankovní záruka ve výši 20 000 000,- Kč, jedná se o částku, která nemůže být překročena, což ale neznamená, že musí být do uvedené výše využita. Bankovní záruka měla zajišťovat jednak samotné zahájení plnění, ale i řádné plnění předmětu veřejné zakázky po dobu trvání smlouvy. Pokud by plnění předmětu veřejné zakázky nebylo včas a řádně zahájeno a nebylo v něm ani pokračováno, bylo by možné vyčerpat celou výši bankovní záruky po 8 dnech neplnění smluvních povinností (odpadových nádob je 1899 ks, denní možná smluvní pokuta činí 569 700,- Kč). Z uvedeného vyplývá, že výše nabízené bankovní záruky nebyla nepřiměřená a mohla tak vyjadřovat ekonomickou výhodnost nabídky.

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, ve kterém uvádí, že se ztotožňuje s napadeným rozhodnutím Úřadu ve výroku I., II., a IV. Úřad svým rozhodnutím přisvědčil argumentaci navrhovatele uvedené v návrhu. Navrhovatel uvádí, že zadavatel ani vybraný uchazeč ve svých rozkladech neuvedli přesvědčivé argumenty vedoucí ke zpochybnění napadeného rozhodnutí. S argumenty uvedenými v obou rozkladech navrhovatel nesouhlasí, v dalším odkazuje na odůvodnění svého návrhu. Navrhovatel se dále ztotožňuje s tím, že Úřad zrušil celé zadání veřejné zakázky vzhledem k tomu, že nedostatky zadávací dokumentace nemohly být odstraněny jinak.

27. K výroku III. napadeného rozhodnutí navrhovatel uvádí, že zvolený procesní postup je věcí Úřadu. Práva účastníků řízení nebyla podle názoru navrhovatele žádným způsobem omezena, vzhledem k tomu, že podmínky zadávací dokumentace jsou objektivním faktem a účastníkům řízení byl dán prostor jak k vyjádření, tak k tomu, aby ve správním řízení činili další návrhy.

Stanovisko předsedy Úřadu

28. 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.

29. 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.

30. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S346/2008/VZ-4354/2009/540/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

31. V prvé řadě mám za nutné se vyjádřit k otázkám, které se týkají procesního postupu Úřadu v rámci vedeného správního řízení. Z hlediska aplikace principu procesní ekonomie nelze souhlasit s tím, že by v rámci její aplikace Úřadem byl porušen princip právní jistoty. Je možné souhlasit s tím, že postup Úřadu z hlediska aplikace principu procesní ekonomie nebyl dosud v souvislosti s přezkoumáváním skutečností z moci úřední v rámci správního řízení zahájeného na návrh často aplikován. Nelze však souhlasit s tím, že by tímto způsobem byl dotčen institut právní jistoty. Úřad přistoupil k rozhodování i o skutečnostech, které nebylo možné přezkoumat v rámci podaného návrhu, z toho důvodu, že na jejich posouzení závisel další postup zadavatele v rámci zadávání předmětné veřejné zakázky. Všechny skutečnosti, které Úřad ex offo přezkoumával, byly již součástí podaného návrhu. Vzhledem k tomu, že s podaným návrhem byli všichni účastníci řízení již od počátku seznámeni, není možné souhlasit s tvrzením vybraného uchazeče ohledně jeho ztíženého procesního postavení. V průběhu správního řízení byli všichni účastníci vyzváni k podání návrhů a vyjádření týkající se podaného návrhu. Pokud vybraný uchazeč tvrdí, že nemohl předpokládat, že se Úřad bude zabývat i skutečnostmi, které nebylo z důvodu procesní vady v rámci podaného návrhu možné uplatnit, uvádím, že takto postavená argumentace vybraného uchazeče nemá svoji oporu v rámci skutečného průběhu předmětného správního řízení. S předmětnými pochybnostmi týkající se postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky seznámil Úřad účastníky řízení na základě usnesení č. j. S346/2008-691/2009/540/KKo ze dne 15. 1. 2009, přičemž sám vybraný uchazeč se dne 20. 1. 2009 vyjádřil jak k procesním, tak k věcným aspektům návrhu.

32. Současně konstatuji, že námitky vybraného uchazeče ohledně nedodržení principu právní jistoty je nutné odmítnout, neboť rozhodovací praxe Úřadu se neustále vyvíjí s ohledem na vývoj právního prostředí a aktuální rozhodovací trendy, přičemž nově vznikající právní názory a aplikace nových procesních postupů vznikají z důvodu podpoření zájmů účastníků správního řízení. Jak i sám vybraný uchazeč v rámci rozkladových námitek uvádí, je jedním ze zájmů účastníků v rámci vedeného správního řízení, co nejrychlejší vyřízení projednávané věci. Právě zásada rychlosti úzce souvisí se zásadou hospodárnosti nebo-li procesní ekonomie, přičemž jedním z důvodů, proč Úřad

přistoupil k aplikaci § 6 (zásady procesní ekonomie) bylo co nejrychlejší vyřízení projednávané věci. V tomto ohledu není namístě argumentace vybraného uchazeče ohledně nedodržení lhůty pro vydání napadeného rozhodnutí, neboť v případě, že by Úřad zahajoval správní řízení *ex officio*, tak jak je ze strany vybraného uchazeče navrhováno, došlo by k dalšímu prodloužení doby pro konečné správní řízení, čímž by došlo i k prodloužení doby pro konečné meritorní rozhodnutí (vzhledem k možnosti využití opravných prostředků). Pouze pro úplnost mám za důležité vyjádřit se ke lhůtám pro vydání rozhodnutí, tak jak jsou upraveny v ustanovení § 71 odst. 3 písm. a) a b) správního řádu. V případě správních řízení vedených Úřadem je vždy nutné počítat se lhůtou 60 dnů, která platí pro zvlášť složité případy. Toto pravidlo vyplývá z usnesení Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 69/2008-149 ze dne 18. 12. 2008, z něhož plyne, že soud zásadně považuje veškerá správní řízení vedená Úřadem za zvláště složité případy právě podle § 71 odst. 3 písm. a) správního řádu. Vzhledem ke složitosti správních řízení vedených před Úřadem, která vyžadují obstarávání velkého množství podkladů a posuzování řady odborných otázek, není v rámci dodržení povinnosti zjištění všech skutečností rozhodných pro vydání rozhodnutí, vždy možné lhůty pro vydání rozhodnutí zachovat. Úřad při své rozhodovací činnost vždy postupuje tak, aby maximálně naplnil všechny zásady a povinnosti vztahující se k řádnému průběhu správního řízení. Dále pouze upozorňuji, že lhůty stanovené v § 71 odst. 3 správního řádu jsou toliko lhůty pořádkové.

33. Na základě shora uvedeného mám za to, že procesní stránka předmětného správního řízení byla naplněna a všechny kroky učiněné Úřadem respektovaly principy vedení správního řízení. Nyní mám za nutné vypořádat námitky vztahující se k meritorní problematice napadeného rozhodnutí. V prvé řadě uvádím, že se plně ztotožňuji s argumentací uvedenou v odůvodnění napadeného rozhodnutí v rámci obou konstatovaných porušení, přičemž k jednotlivým porušením uvádím následující skutečnosti.

34. 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.

35. 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.

36. 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.

37. 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.

38. 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.

39. 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.

40. 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.

41. 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.

42. 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.

43. 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.

44. 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.

V. Závěr

45. 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.

46. 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. Gansewinkel a. s., U vlečky 592, 664 42 Modřice

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce