UOHSX0036CTS

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R59/2010/VZ-13759/2010/310/JSl V Brně dne: 7. prosince 2010

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 11. 5. 2010 podaném zadavatelem –

- **statutárním městem Liberec**, IČ 00262978, se sídlem nám. Dr. E. Beneše 1, 460 59 Liberec, zastoupeným Ing. Jiřím Kittnerem, primátorem města, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 3. 5. 2010 Mgr. Bohuslavem Hubálkem, advokátem AK Jansta, Kostka a spol., s. r. o., IČ 28505913, se sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S255/2009/VZ-1063/2010/510/MCh ze dne 22. 4. 2010, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – statutárního města Liberec, IČ 00262978, se sídlem nám. Dr. E. Beneše 1, 460 59 Liberec, učiněných při zadávání veřejné zakázky **„Zajišťování služeb v oblasti nakládání s odpady na území Statutárního města Liberec“** zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 3. 4. 2009 pod evidenčním číslem 60029783 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 4. 2009 pod evidenčním číslem 2009/S 67-096738, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **.A.S.A. Liberec, s. r. o.**, IČ 63146746, se sídlem Mydlářská 105/10, 460 10 Liberec, za niž jedná Jaroslav Steinberger, jednatel,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S255/2009/VZ-1063/2010/510/MCh ze dne 22. 4. 2010

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel podnět týkající se postupu zadavatele – statutárního města Liberec, IČ 00262978, se sídlem nám. Dr. E. Beneše 1, 460 59 Liberec (dále jen „zadavatel“) při zadání veřejné zakázky „Zajišťování služeb v oblasti nakládání s odpady na území Statutárního města Liberec“ (dále jen „veřejná zakázka“), zadávané podle § 27 zákona v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 3. 4. 2009 pod evidenčním číslem 60029783 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 4. 2009 pod evidenčním číslem 2009/S 67-096738. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

2. Poté, co Úřad posoudil podnět a obsah dokumentace k veřejné zakázce, získal pochybnosti o správnosti postupu zadavatele při stanovení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, dále zda zadavatel při stanovení úrovně požadované kvalifikace neporušil zásady stanovené v § 6 zákona, zejména zásadu zákazu diskriminace a zda byl způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií stanoven v souladu se zákonem. Z uvedených důvodů zahájil Úřad správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Oznámení o zahájení správního řízení bylo účastníkům řízení doručeno dne 26. 11. 2009 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno. Za účastníky řízení označil Úřad zadavatele a společnost .A.S.A. Liberec, s. r. o., IČ 63146746, se sídlem Mydlářská 105/10, 460 10 Liberec (dále jen „vybraný uchazeč“).

II. Napadené rozhodnutí

3. Úřad na základě § 112 a následujících ustanovení zákona přezkoumal případ ve všech vzájemných souvislostech a dne 22. 4. 2010 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S255/2009/VZ-1063/2010/510/MCh (dále též jen "napadené rozhodnutí"), ve kterém rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v ustanovení § 6 zákona, neboť v zadávací

dokumentaci stanovil požadavek na předložení rozhodnutí o udělení souhlasu Libereckého kraje k provozování zařízení dle § 14 odst. 1 zákona č. 185/2001 Sb., o odpadech, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o odpadech"), čímž diskriminoval dodavatele, kteří toto rozhodnutí o udělení souhlasu k provozování zařízení, a tedy i příslušné zařízení, nemají, avšak jsou schopni plnit předmět veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť jeho důsledkem bylo omezení soutěžního prostředí, a dále nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) v návaznosti na § 6 zákona, když v zadávacích podmínkách nevymezil minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 2 písm. h) zákona tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, a to při stanovení požadavku na předložení údajů a dokladů prokazujících vlastnická či jiná užívací práva k minimálně dvěma provozovnám v k. ú. Liberec, čímž současně porušil zásadu zákazu diskriminace v zadávacím řízení, neboť diskriminoval dodavatele, kteří provozovny v k. ú. Liberec nemají, avšak byli by schopni je pro plnění veřejné zakázky zajistit, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť jeho důsledkem bylo omezení soutěžního prostředí, přičemž zadavatel dne 28. 7. 2009 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o realizaci veřejné zakázky (výrok I. napadeného rozhodnutí). Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad za spáchání správního deliktu uložil zadavateli pokutu ve výši 3 000 000 Kč.

4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad ke stanovení profesních kvalifikačních předpokladů uvedl, že požadavek zadavatele na doložení souhlasu k provozování zařízení (sběrného dvora) v době před podáním nabídek nemá žádný praktický význam pro plnění veřejné zakázky, a to i z důvodu skutečnosti, že zadavatel předpokládal zahájení realizace předmětu veřejné zakázky až po uplynutí doby delší než jeden rok od zahájení zadávacího řízení. Nastaveným kvalifikačním požadavkem byl tedy dle Úřadu zúžen okruh dodavatelů pouze na subjekty, které již mají souhlas k provozování zařízení, resp. již takové zařízení v k. ú. Liberec provozují. Došlo tedy k diskriminaci těch dodavatelů, kteří v době zahájení zadávacího řízení rozhodnutí o udělení souhlasu k provozování sběrného dvora neměli, avšak pokud by jejich nabídka byla vybrána jako nejvhodnější, mohli tento souhlas a zřízení sběrného dvora zajistit.

5. Podle Úřadu o diskriminaci svědčí i fakt, že v zadávacím řízení byly hodnoceny nabídky pouze těch uchazečů, kteří ve svých nabídkách předložili rozhodnutí o udělení souhlasu k provozování zařízení Krajského úřadu Libereckého kraje vydaná již před zahájením zadávacího řízení. K tomu Úřad dále uvedl, že zadavatel mohl své požadavky na předložení souhlasu k provozování zařízení vydaného krajským úřadem Libereckého kraje stanovit jako podmínku na plnění veřejné zakázky, k jejímuž splnění by se zavázal vybraný uchazeč v uzavřené smlouvě, avšak nikoliv způsobem stanoveným v zadávacích podmínkách, kterým došlo k omezení těch dodavatelů, kteří by sice byli schopni realizovat předmět veřejné zakázky, avšak nesplňovali by kvalifikační předpoklad – souhlas k provozování zařízení udělený krajským úřadem Libereckého kraje, který je svým charakterem omezující. Zadavatel tak diskriminoval dodavatele, kteří toto rozhodnutí o udělení souhlasu k provozování zařízení, a tedy i příslušné zařízení, nemají, avšak jsou schopni plnit předmět veřejné zakázky,

přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť jeho důsledkem bylo omezení soutěžního prostředí.

6. Co se týká otázky vymezení technických kvalifikačních předpokladů, Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že zajištění příslušných provozních zařízení – sběrného dvora a administrativní budovy – může představovat pro zadavatele podstatný prvek z hlediska poskytování komplexních služeb vymezených veřejnou zakázkou, tj. v oblasti nakládání s odpady, ale není důvodné požadovat jejich doložení již přímo v nabídkách uchazečů, tj. v době, kdy ještě nebylo rozhodnuto o výběru nejvhodnější nabídky, a tudíž zajišťování si obou provozoven v k. ú. Liberec dodavateli, kteří zde tato provozní zařízení nemají, ještě před podáním nabídek nemá žádný praktický význam pro plnění veřejné zakázky. Úřad zde opětovně konstatuje, že zadavatel předpokládal zahájení realizace předmětu veřejné zakázky až po uplynutí více než jednoho roku od zahájení zadávacího řízení a proto byl tímto kvalifikačním požadavkem omezen okruh dodavatelů, pouze na subjekty, které již mají tyto provozovny v k. ú. Liberec k dispozici. Došlo tedy k diskriminaci těch dodavatelů, kteří v době zahájení zadávacího řízení sběrný dvůr a administrativní budovu neměli, avšak pokud by jejich nabídka byla vybrána jako nejvhodnější, tyto provozovny mohli zajistit.

7. V této souvislosti Úřad zdůrazňuje, že zadavatel v předmětu veřejné zakázky požadoval zajištění služeb spočívajících ve svozu odpadů a v provozu sběrného dvora jedním dodavatelem, přestože mezi těmito službami objektivně neexistuje technologická provázanost a mohou je zajistit různí dodavatelé. Snaha zadavatele netříštit služby odpadového hospodářství a zadat je komplexně, přestože spolu technologicky nesouvisí, nemůže být podle Úřadu důvodem k diskriminaci kteréhokoliv dodavatele, když komplexní zadání služeb odpadového hospodářství bez diskriminace dodavatelů může být zajištěno rozdělením veřejné zakázky na části podle ust. § 98 zákona, čímž se vyloučí diskriminace dodavatelů spočívající v požadavku na zajištění svozu odpadů a současně i provozu sběrného dvora.

8. K problematice postupu zadavatele při hodnocení nabídek Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že s ohledem na skutečnost, že v šetřeném zadávacím řízení hodnotící komise neshledala v podaných nabídkách zjevně nepřiměřené hodnoty, nedošlo k naplnění skutkové podstaty správního deliktu přesto, že si zadavatel bez dalšího v zadávací dokumentaci vyhradil právo přidělit hodnocené nabídce u některých kritérií 0 bodů.

9. Ohledně uložené pokuty a její výše Úřad po rekapitulaci relevantních ustanovení zákona a posouzení podmínek pro její uložení znovu uvedl výčet jednání, jimiž zadavatel spáchal správní delikt uvedený ve výroku rozhodnutí a dále uvedl, že při stanovení výše pokuty došlo k porušení základních zásad podle ust. § 6 zákona, čímž došlo ke zcela zásadnímu omezení okruhu potencionálních dodavatelů a narušení konkurenčního prostředí mezi nimi, a proto nelze uvedená závažná porušení příslušných ustanovení zákona a nedodržení základních zásad zadávacího řízení a nediskriminace v procesu zadávání veřejných zakázek ponechat bez postihu. Podle Úřadu naplňuje pokuta uložená ve spodní úrovni zákonné sazby dostatečně vzhledem k okolnostem případu jak preventivní, tak represivní funkci právní odpovědnosti a rovněž nemá s ohledem přezkoumané příjmy zadavatele likvidační charakter.

III. Námitky rozkladu

10. V podaném rozkladu zadavatel k požadavku na předložení dokladů k provozovně sběrného dvora uvádí, že je nutno jej považovat za legitimní, neboť souvisí s předložením přehledu provozních a technických zařízení, která bude mít dodavatel ve smyslu § 56 odst. odst. 2 písm. h) zákona k dispozici při plnění veřejné zakázky. Provozovnu sběrného dvora je dle něj možno považovat za přípustný druh provozního či technického zařízení jakožto technického kvalifikačního předpokladu. Profesní kvalifikační předpoklady splní pak podle zadavatele jen ten dodavatel, který ve smyslu § 54 písm. b) zákona předloží doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů, resp. který ve smyslu § 54 písm. d) zákona předloží doklad osvědčující odbornou způsobilost. Má-li dodavatel být osobou, která bude mít ve smyslu § 56 odst. odst. 2 písm. h) zákona příslušné provozní či technické zařízení (sběrný dvůr) při plnění veřejné zakázky k dispozici, pak musí takový dodavatel rovněž disponovat příslušným souhlasem krajského úřadu, a tedy musí být schopen naplnit příslušný profesní kvalifikační předpoklad. Zadavatel je přesvědčen, že v obecné rovině platí, že požadavek na předložení souhlasu příslušného krajského úřadu k provozování sběrného dvora může v teoretické rovině být oprávněným profesním a také technickým kvalifikačním požadavkem u každé veřejné zakázky, jejímž předmětem plnění je svoz, sběr a likvidace odpadů.

11. Zadavatel považuje za nesprávné stanovisko Úřadu, že požadavek na zajištění sběrného dvora a souhlasu krajského úřadu měl zadavatel vtělit až do samotné smlouvy na plnění veřejné zakázky a nikoli jej uplatňovat již v rámci kvalifikace, uvedené v napadeném rozhodnutí, a to z důvodu toho, že kvalifikační požadavky jsou tak přemístěny až do smlouvy na plnění veřejné zakázky, dále tento výklad podle něj vede ke značné právní nejistotě o tom, kde se nachází hranice mezi „oprávněnými" kvalifikačními předpoklady, které mohou být součástí kvalifikace, a těmi ostatními, tj. kvalifikačními předpoklady „druhého řádu", které mohou být promítnuty pouze až do smlouvy na plnění veřejné zakázky. Dále tento výklad podle mínění zadavatele popírá samotný smysl procesu kvalifikace, neboť byl-li by doveden do krajnosti, pak by zmíněným postupem mohl být celý proces kvalifikace nahrazen postupem, který následuje až po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky. Rozporovaný výklad vede rovněž ke vzniku značného obchodního rizika na straně zadavatele, neboť je nucen kontrahovat obchodní vztah s dodavatelem, u kterého nemá jistotu v tom, že se v budoucnu skutečně stane kvalifikovaně způsobilým k plnění veřejné zakázky a dále je v rozporu s kritériem „soukromého investora", neboť nelze rozumně předpokládat, že by objednatel ze soukromého sektoru byl ochoten uzavřít smlouvy *s* dodavatelem, který k tomu není dostatečně kvalifikován.

12. V otázce požadavku na zajištění sběrného dvora zadavatel nadále zastává názor, že tento kvalifikační požadavek odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž se jedná o požadavek v praxi obvyklý (kvalifikační požadavek spočívající v předložení dokladů k zařízení k nakládání s odpady či přímo v předložení rozhodnutí dle § 14 odst. 1 zákona o odpadech v minulosti byl uplatněn u řady veřejných zakázek přezkoumávaných Úřadem s tím, že v dřívějších rozhodnutích Úřad tento požadavek v principu nikdy neshledal jako odporující zákonu. Část předmětu plnění veřejné zakázky spočívající v provozování sběrného dvora má přitom charakter plnění navazujícího na zbývající části předmětu plnění veřejné zakázky.

13. K požadavku na umístění sběrného dvora v dotčeném zájmovém území zadavatel uvádí, že z § 17 odst. 3 zákona o odpadech vyplývá, že obec je povinna v souladu se zvláštními právními předpisy určit místa, kam mohou fyzické osoby odkládat komunální odpad, který produkují, a zajistit místa, kam mohou fyzické osoby odkládat nebezpečné složky komunálního odpadu. Zadavatel v návaznosti na toto zákonné ustanovení vydal obecně závaznou vyhlášku Statutárního města Liberec č. 9/2005, kterou se stanoví systém shromažďování, sběru, přepravy, třídění, využívání a odstraňování komunálních odpadů a nakládání se stavebním odpadem ve městě Liberec. V této vyhlášce stanovil jako místa pro odkládání komunálních odpadů mimo jiné také sběrné dvory. Zájem na lokálním řešení svozu, sběru a likvidace odpadů je rovněž v souladu s evropskou legislativou týkající se nakládání s odpady, a to konkrétně s článkem 20 preambule nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1013/2006 ze dne 14. června 2006 o přepravě odpadů a dále v souladu se směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2006/12/ES ze dne 5. dubna 2006 o odpadech. Zadavatel v rámci předmětné veřejné zakázky preferoval taková řešení a parametry, které budou zohledňovat zásady blízkosti, priority využití a soběstačnost. Vzhledem k tomu, že při plnění veřejné zakázky bude sběrný dvůr aktivně využíván nejen vybraným dodavatelem, ale i občany města, je naprosto oprávněné požadovat, aby se sběrný dvůr nacházel přímo v řešené zájmové oblasti.

14. Dále zadavatel ve svém rozkladu tvrdí, že Úřad v napadeném rozhodnutí blíže nezdůvodnil, na základě jakých skutečností dospěl k závěru, že zadavatel stanovením kvalifikačních požadavků ohledně provozovny sběrného dvora v k. ú. Liberec nedovoleně diskriminoval uchazeče, kteří takovou provozovnou, resp. příslušným souhlasem krajského úřadu, nedisponují. Rozhodnutí je tedy v tomto ohledu nedostatečně zdůvodněné, resp. je obtížně přezkoumatelné. Úřad totiž žádným způsobem neprověřil, zda domnělé parametry diskriminace v rámci veřejné zakázky skutečně nastaly, resp. zda reálně hrozil jejich výskyt. Podle názoru zadavatele se Úřad měl blíže zabývat relevantními skutečnostmi a obstarat si potřebné důkazy. Zejména měl Úřad posoudit a v rozhodnutí adekvátně zdůvodnit následující okruhy otázek: kolik existuje na relevantním trhu dostupných zařízení splňujících požadované kvalifikační předpoklady, tj. kolik existuje sběrných dvorů v řešené zájmové oblasti a kdo je oprávněným provozovatelem těchto zařízení (sběrných dvorů). V této souvislosti zadavatel uvádí, že v dotčené zájmové oblasti existuje vícero provozovatelů příslušných zařízení, které bylo možné pro potřeby splnění kvalifikace využít. K tvrzení Úřadu, že požadavek na zajištění provozovny – sběrného dvora – a příslušného souhlasu krajského úřadu mohl být vtělen až do smlouvy na plnění veřejné zakázky, přičemž v ročním období, které předcházelo okamžiku zahájení plnění, mohl vybraný uchazeč provozovnu sběrného dvora a tomu odpovídající příslušný souhlas krajského úřadu zajistit, zadavatel uvádí, že dle něj nebylo možné předjímat, zda uvedené roční období mezi okamžikem uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky a okamžikem zahájení jejího plnění vůbec nastane, resp. jak bude toto období dlouhé, neboť proces zadávacího řízení mohl být případně prodloužen skrze případně podané námitky a na ně navazující správní řízení, přitom však je zřízení provozovny sběrného dvora proces, který objektivně lze jen stěží v uvedeném období jednoho roku dokončit, jelikož je zpravidla nutné získat řadu správních rozhodnutí (např. EIA, územní rozhodnutí, stavební povolení - případně integrované povolení) a dále samotnou provozovnu vybudovat.

15. S ohledem na výše uvedené je podle zadavatele zřejmé, že případní dodavatelé, kteří ke dni zahájení zadávacího řízení nedisponovali provozovnou sběrného dvora, neměli reálně jinou možnost, jak splnit kvalifikaci, než subdodavatelsky či formou konsorcia tento druh plnění obstarat, a lze rovněž dospět k závěru, že ti dodavatelé, kteří nebyli takové kontraktace schopni během lhůty pro podání nabídek, velmi pravděpodobně nejsou takové kontraktace schopni vůbec.

16. K formulaci technického kvalifikačního požadavku na předložení přehledu a dokladů k provozovnám, prostřednictvím kterých bude uchazeč zajišťovat požadované služby, zadavatel uvádí, že vedle smlouvy o smlouvě budoucí mohla být předložena například subdodavatelská smlouva, ze které by pro případ vítězství dodavatele byla stanovena povinnost subdodavatele poskytnout uvedené prostory pro plnění veřejné zakázky. Ze zadávací dokumentace je dle něj evidentní, že stanovením kvalifikačního předpokladu spočívajícího v předložení dokladů prokazujících právo užívat nemovitosti, ve kterých se nacházejí či budou nacházet provozovny dodavatele, nebyli v žádném případě uchazeči nuceni, aby si provozovnu v k. ú. Liberec zřizovali ještě před rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky. Na tuto skutečnost byl Úřad zadavatelem výslovně upozorněn jak ve vyjádření zadavatele k žádosti o zaslání dokumentace o zadání zakázky ze dne 6. srpna 2009, tak ve stanovisku zadavatele k oznámení o zahájení správního řízení sp. zn. S255/2009 ze dne 8. 12. 2009. Úřad však tyto skutečnosti nevzal v úvahu, přičemž odůvodnění rozhodnutí ani neobsahuje informaci o tom, proč tak Úřad neučinil, resp. jak se Úřad vypořádal s těmito námitkami a vyjádřeními zadavatele. Rozhodnutí tak dle názoru zadavatele neobsahuje náležitosti, které dle § 68 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "správní řád") musí obsahovat. Odůvodnění rozhodnutí je podle zadavatele nedostačující a proto je obtížně přezkoumatelné.

17. Ve věci vymezení úrovně technického kvalifikačního předpokladu zadavatel konstatoval, že sběrný dvůr a administrativní budova jsou pro plnění veřejné zakázky zásadní a prokázání toho, že bude mít dodavatel tyto provozovny pro plnění veřejné zakázky k dispozici, s předmětem veřejné zakázky souvisí velice úzce. Součástí plnění veřejné zakázky je rovněž zřízení administrativní budovy v k. ú. Liberec, která má sloužit k hlášení a vyřizování naléhavých potřeb občanů města Liberce. Umístění v k. ú. Liberec (tedy v dosahu městské hromadné dopravy) je tedy pro kvalitu této služby zásadní. Zadavateli je známa judikatura Evropského soudního dvora i navazující rozhodovací praxe Úřadu, dle které je diskriminační požadavek, aby měl uchazeč v době podání nabídky kancelář, pobočku či pracoviště v konkrétní lokalitě. Tuto rozhodovací praxi zadavatel při přípravě zadávací dokumentace zohlednil a naopak nepožadoval, aby měli dodavatelé v době podání nabídky toto administrativní pracoviště v k. ú. Liberec zřízeno. Zadavatel požadoval pouze prokázání toho, že toto administrativní pracoviště pro plnění Veřejné zakázky budou schopni zřídit (prokázání smlouvou o smlouvě budoucí, subdodavatelskou smlouvou). Rovněž nelze považovat tento požadavek za nerealizovatelný. V Liberci je široká nabídka nebytových prostor, které mohly být pro účely plnění veřejné zakázky využity. Úřad se dále nezabýval otázkou, zda bylo pro uchazeče možné tento požadavek splnit např. subdodavatelsky, tedy zda uchazeči vstoupili

do jednání s možnými poskytovateli či nikoliv, zda byli odmítnuti, apod., tedy nakolik obtížné bylo pro uchazeče tento požadavek splnit.

18. Zadavatel je přesvědčen, že v případě, že by i přes vše uvedené v rozkladu Úřad shledal, že došlo k porušení zákona, měla by se pak výše udělené pokuty pohybovat na spodní hranici možné sazby, resp. měla by poměrně odpovídat nižším pokutám, tj. těm, které bývají ukládány za méně závažná porušení zákona. Dále podle zadavatele Úřad dostatečně neposoudil jeho ekonomickou situaci. Při stanovení pokut u veřejných zadavatelů, kteří jsou obchodními společnostmi, vychází Úřad ze zisku zadavatele za poslední účetní období. Zisk je přitom přebytek příjmů nad výdaji. Pří posuzování ekonomické situace zadavatele však Úřad přihlížel pouze k jeho příjmům, aniž by vzal v úvahu zadavatelovy výdaje. Je všeobecně známo, že veřejné rozpočty, jsou dlouhodobě deficitní. Pokuta ve výši 3 000 000 Kč proto pro zadavatele znamená velmi citelný zásah do rozpočtu, a bude znamenat omezení některých služeb poskytovaných občanům města Liberce či omezení předpokládaných investic.

19. S ohledem na skutečnosti uvedené v rozkladu zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu rozhodl tak, že skutková podstata správní deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písmu a) zákona nebyla naplněna, rozhodnutí se ruší a správní řízení se zastavuje. Pro případ, že by se předseda Úřadu neztotožnil s argumentací zadavatele a shledal v jeho postupu spáchání správního deliktu, zadavatel žádá, aby byla ve smyslu ustanovení § 121 odst. 2 zákona podstatným způsobem snížena uložená pokuta.

20. V doplnění rozkladu ze dne 16. 8. 2010 pak zadavatel předkládá na podporu svých tvrzení stanoviska vybraných subjektů disponujících souhlasem krajského Úřadu Libereckého kraje k provozování zařízení podle § 14 zákona o odpadech. Tito v odpovědi na písemný dotaz zadavatele vesměs prohlašují, že byli ochotni účastnit se zadávacího řízení jako subdodavatelé, přičemž nikdo z nich není majetkově ani personálně propojen se žádným z uchazečů, kteří podali nabídku v šetřeném zadávacím řízení. Z toho zadavatel dovozuje, že v takovém případě nelze hovořit o diskriminačním charakteru zadávacích podmínek, neboť jestliže některé ze subjektů disponujících kvalifikačním předpokladem vůbec nebyly osloveny potenciálními uchazeči o veřejnou zakázku, svědčí to pouze o nedostatečné aktivitě těchto uchazečů a proto k žádné diskriminaci ani reálně dojít nemohlo. Pro případ potvrzení výroku I. napadeného rozhodnutí pak zadavatel žádá o podstatné snížení uložené pokuty postupem podle ust. § 121 odst. 2 zákona.

IV. Řízení o rozkladu

21. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S255/2009/VZ-7119/2010/510/MCh ze dne 19. 5. 2010 vybranému uchazeči lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. Dne 25. 5. 2010 Úřad obdržel vyjádření vybraného uchazeče, ve kterém tento uvádí, že se plně ztotožňuje s argumentací a závěry zadavatele obsaženými v rozkladu. Vybraný uchazeč dále ve svém stanovisku uvádí, že souhlas k provozování zařízení podle ust. § 14 odst. 1 zákona o odpadech lze považovat za podstatný prvek poskytování předmětu veřejné zakázky. Řízení před příslušným krajským úřadem o udělení souhlasu k provozování zařízení dle § 14 odst. 1 zákona o odpadech trvá v řadě případů

i několik měsíců, přičemž předcházející správní řízení (zejména územní a stavební řízení) a vybudování sběrného dvora předpokládají dalších několik měsíců pro úspěšnou realizaci záměru. Podle názoru vybraného uchazeče je předpokládané období 14ti měsíců od podání nabídky do zahájení plnění veřejné zakázky zcela nedostačující pro získání souhlasu k provozování sběrného dvora a pro samotné vybudování tohoto sběrného dvora. K otázce stanovení technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 7 písm. c) zákona vybraný uchazeč uvádí, že obdobné a mnohdy daleko přísnější podmínky a požadavky stanovují zadavatelé ve většině zadávacích řízení v ČR s obdobným předmětem plnění. K problematice spojení svozu odpadů a provozu sběrného dvora vybraný uchazeč uvádí, že by nebylo možné zadat veřejnou zakázku na komplexní zajištění odpadového hospodářství, přičemž by bylo nutné z předmětu veřejné zakázky vyřadit nejen provoz sběrného dvora, ale i další části předmětu veřejné zakázky (např. shromažďování, sběr, svoz a likvidace nebezpečných složek komunálního odpadu), neboť pro svoz jednotlivých složek komunálního odpadu je třeba rozdílného technického zázemí. Vybraný uchazeč tedy s ohledem na skutečnosti uvedené ve svém stanovisku navrhuje, aby předseda Úřadu rozhodl o rozkladu tak, že se napadené rozhodnutí ruší, alternativně aby bylo upuštěno od uložení sankce či tato byla citelně snížena.

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

23. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

24. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S255/2009/VZ-1063/2010/510/MCh ze dne 22. 4. 2010 rozhodl o tom, že se zadavatel dopustil správního deliktu, když nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v ustanovení § 6 zákona a dále nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) v návaznosti na § 6 zákona, a za toto jednání uložil zadavateli pokutu ve výši 3 000 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

25. Předně uvádím, že jsem se v plné míře ztotožnil jak s oběma výroky napadeného rozhodnutí, tak i s jeho odůvodněním. Přestože zadavatel neuvedl v podaném rozkladu žádné nové skutečnosti oproti správnímu řízení v prvním stupni, považuji za nutné uvést k rozkladovým námitkám nad rámec odůvodnění napadeného rozhodnutí následující skutečnosti.

26. K námitce zadavatele ohledně oprávněnosti požadavku na prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů podle ust. § 54 zákona uvádím, že jestliže zadavatel v zadávacích podmínkách požadoval předložení rozhodnutí o udělení souhlasu Libereckého kraje

k provozování zařízení podle § 14 odst. 1 zákona č. 185/2001 Sb. o odpadech ve znění pozdějších předpisů (dále jen "souhlas k provozování zařízení"), nejedná se v tomto případě o aspekt profesní kvalifikace, neboť takový dokument nelze subsumovat pod žádnou kategorii ust. § 54 zákona. Nejde totiž ani o výpis z obchodního rejstříku, doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů, doklad vydaný profesní samosprávnou komorou či jinou profesní organizací, ani o jiný obdobný doklad osvědčující odbornou způsobilost dodavatele. Z obsahu § 54 zákona tedy vyplývá, že nelze akceptovat argument zadavatele, že souhlas krajského úřadu k provozování zařízení naplňuje znaky dokladu, kterým lze prokázat splnění profesních kvalifikačních předpokladů. Souhlas k provozování zařízení je pouze dokladem, který je nutný k zajištění provozu určitého zařízení, a v žádném případě nelze tvrdit, že by prokazoval profesní způsobilost dodavatele. Pokud pak zadavatelem požadovaný souhlas krajského úřadu nelze podřadit ani pod jeden okruh dokladů prokazujících splnění profesních kvalifikačních předpokladů vymezených zákonem (viz výše), konstatuji, že stanovený požadavek na prokázání profesní kvalifikace nelze označit za souladný se zákonnými požadavky.

27. K argumentu zadavatele, že požadavek na zajištění sběrného dvora odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, a to s odkazem na dříve vydaná rozhodnutí Úřadu, uvádím, že v předmětných rozhodnutích se přímo tato otázka neřešila, přičemž např. v rozhodnutí č. j. S189/04 byla šetřena veřejná zakázka v rámci které zadavatel požadoval k prokázání splnění kvalifikačních předpokladů "doložení souhlasu k provozování zařízení k využívání, odstraňování, sběru nebo výkupu odpadů", a to bez specifikace území, ke kterému se má souhlas vztahovat, tedy ve značně širším rámci, než v projednávaném případě.

28. Jestliže pak zadavatel ve svém rozkladu odvozuje oprávněnost požadavku na zajištění sběrného dvora v k. ú. Liberec od povinnosti města zajistit místo, kam mohou fyzické osoby odkládat odpady, podotýkám, že Úřad v napadeném rozhodnutí nikterak nepopírá povinnost obce zajistit sběrný dvůr v k. ú. Liberec, tak aby byl dostupný všem obyvatelům města Liberec. Úřad však v rozhodnutí vyslovuje zcela správný závěr, že zadavatel porušil zásadu zákazu diskriminace, neboť požadoval k prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů předložení souhlasu Libereckého kraje k provozování zařízení, čímž v obecné rovině diskriminoval dodavatele, kteří toto rozhodnutí o udělení souhlasu k provozování zařízení, a tedy i příslušné zařízení, nemají, avšak jsou přesto schopni plnit předmět veřejné zakázky. K uvedenému dále konstatuji, že zadavatel v předmětu veřejné zakázky požadoval zajištění služeb spočívajících ve svozu odpadů a v provozu sběrného dvora jedním dodavatelem, přičemž mezi těmito službami objektivně neexistuje jakákoliv technologická provázanost a mohou je proto zajistit různí dodavatelé. Svoz odpadů a provoz sběrného dvora představují dvě samostatné činnosti, které nejenže netvoří jeden funkční celek, ale mohou být vykonávány i samostatně, tj. různými dodavateli, bez jakékoliv návaznosti. Souhlasně s napadeným rozhodnutím zdůrazňuji, že k tomu, aby dodavatel byl schopen zajistit provozování sběrného dvora, nemusí nutně zajišťovat svoz odpadů a naopak. Otázku současného zadání svozu odpadů a provozu sběrného dvora a s tím související diskriminace dodavatelů ostatně Úřad řešil v rámci své rozhodovací praxe již dříve (viz odkaz Úřadu na str.

9 odůvodnění) a závěry napadeného rozhodnutí jsou tak i v souladu se zásadou legitimního očekávání.

29. K tvrzení zadavatele, že Úřad v napadeném rozhodnutí blíže nezdůvodnil na základě jakých skutečností dospěl k závěru, že zadavatel stanovením kvalifikačních požadavků ohledně provozovny sběrného dvora v k. ú. Liberec nedovoleně diskriminoval uchazeče, kteří takovou provozovnou, resp. příslušným souhlasem krajského úřadu, nedisponují, a že Úřad žádným způsobem neprověřil, zda domnělé parametry diskriminace v rámci veřejné zakázky skutečně nastaly, resp. zda reálně hrozil jejich výskyt, uvádím, že v rámci správního řízení nebyl dán důvod k tomu, aby bylo prověřováno, kolik existuje v dotčeném zájmovém území k. ú. Liberec sběrných dvorů a kdo je provozuje. Mám zato, že pro posouzení relevantních podmínek daného předmětného zadávacího řízení je zásadní, že zadavatel požadoval po dodavatelích předložení souhlasu k provozování zařízení v k. ú. Liberec již přímo v nabídkách uchazečů, čímž de facto znemožnil účast uchazečů, kteří mohli např. mít o vydání souhlasu k provozu sběrného dvora požádáno, ale řízení o tomto souhlasu dosud nebylo ukončeno, případně uchazečů, kteří by byli schopni zajistit vybudování nového sběrného dvora, a to ve lhůtě stanovené zadavatelem (tj. od uzavření smlouvy do 1. 7. 2010). V souvislosti s uvedeným nelze ani připustit argument zadavatele, že případní dodavatelé, kteří ke dni zahájení zadávacího řízení nedisponovali provozovnou sběrného dvora, neměli reálně jinou možnost, jak splnit kvalifikaci, než subdodavatelsky či formou konsorcia, neboť ve skutečnosti samotný proces získání souhlasu k provozování sběrného dvora je časově náročný proces trvající někdy více než jeden rok (což i sám zadavatel konstatuje v odpovědi na dotaz k zadávacím podmínkám ze dne 11. 5. 2009 citované na str. 7 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Zajištění splnění závazku zřízení sběrného dvora včetně příslušného souhlasu Libereckého kraje v zadavatelem stanovené lhůtě prostřednictvím subdodavatele je pak podle mého názoru záležitostí smluvního ujednání, ke kterému však uchazeči o veřejnou zakázku nemohou být pohnuti diskriminačně nastavenou podmínkou zadání, kterou v daném případě představuje zadavatelem v rozporu se zákonem stanovený požadavek na prokázání profesní kvalifikace. Současně s tímto závěrem je nutné odmítnout i argument zadavatele předložený v doplnění rozkladu, kdy zadavatel tvrdí, že bylo reálně možné, aby dodavatelé uzavřeli subdodavatelskou smlouvu a prokázali požadovanou profesní kvalifikaci prostřednictvím v oblasti dostupných subjektů ochotných k takové kontraktaci.

30. V souvislosti s výše uvedeným dále pro doplnění uvádím, že požadavky na prokázání splnění kvalifikačních předpokladů nesmí být stanoveny tak, aby v důsledku takto nastavených požadavků bylo znemožněno některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku. Takto nastavené kvalifikační předpoklady totiž již neplní jakoukoliv rozumnou ekonomickou funkci, ale v rozporu s cílem zákona o veřejných zakázkách brání konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě *a priori* znemožněnou účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. Stanovením kvalifikačních požadavků nesmí zadavatel omezit konkurenční prostředí mezi potenciálními dodavateli, neboť i oblast veřejných zakázek spadá do segmentu soutěžního práva.

31. Nelze tedy připustit ani argument zadavatele, že v případě zakomponování požadavku na zajištění souhlasu k provozování zařízení do smlouvy vzniká na straně zadavatele značné obchodní riziko. V obchodních vztazích totiž takové komerční riziko, spočívající např. v riziku nedodání, opožděného nebo vadného dodání zboží či služeb, vzniká na straně smluvních stran vždy, přičemž je pochopitelná snaha zadavatele tyto komerční rizika maximálně eliminovat. Tato snaha zadavatele nemůže však vést k porušení základních zásad zadávacího řízení, a to zejména zásady nediskriminace. Případná obchodní rizika lze omezit pak např. právním zajištěním daného závazkového vztahu, volbou podmínek kontraktu, zejména platebních, apod., což se však v daném případě mohlo stát inkorporací sporného požadavku do samotné smlouvy, nikoliv však samoúčelným ohýbáním výkladu zákona ze strany zadavatele v části profesní kvalifikace.

32. K problematice požadavku zadavatele na splnění technických kvalifikačních předpokladů doložením údajů a dokladů o provozních a technických zařízeních určených k plnění předmětu veřejné zakázky týkající se sběrného dvora a administrativní budovy nacházejících se v k. ú. Liberec mimo závěry napadeného rozhodnutí dále uvádím, že zde není zpochybněn samotný požadavek zadavatele na zřízení administrativní budovy a sběrného dvora. Požadavek na doložení těchto provozoven přímo v nabídkách dodavatelů však podle mne nemá praktický význam pro plnění veřejné zakázky, neboť tento požadavek je možno upravit až ve smlouvě a případná rizika nesplnění závazku eliminovat dalšími smluvními ujednáními. Jak je již výše uvedeno, svoz odpadu nemusí nutně probíhat do zařízení v k. ú. Liberec, přičemž je zcela obvyklé, že svoz odpadu v dané lokalitě realizuje subjekt odlišný od toho, který provozuje v dané lokalitě sběrný dvůr. Co se týče otázky zajištění administrativní budovy, pak sám zadavatel ve svém stanovisku uvádí, že v současné době není problém zajistit si nebytové prostory za účelem zřízení si administrativní budovy. Vzhledem k tomu, že zahájení realizace předmětu veřejné zakázky mělo proběhnout za více než 1 rok od zahájení zadávacího řízení, byl dostatečný časový prostor pro zajištění patřičných nebytových prostor na zřízení administrativní budovy až po samotném uzavření smlouvy.

33. Argumentaci Úřadu k výši uložené pokuty obsaženou v napadeném rozhodnutí považuji za dostatečnou, přičemž dále konstatuji, že uložená pokuta představuje z celkové výše zákonné sazby možné pokuty (64 746 450 Kč) pouze necelých 5% a byla tedy objektivně uložena na spodní hranici shora zmíněné možné sazby. K argumentu zadavatele, že Úřad při posuzování jeho ekonomické situace přihlížel pouze ke straně příjmů, aniž by vzal v úvahu jakékoliv výdaje, přičemž veřejné rozpočty jsou dlouhodobě deficitní, uvádím, že jednou z příčin vzniku deficitního rozpočtu u zadavatele mohl být také jeho postup v rámci zadávacího řízení, kdy v šetřeném případě byla vybrána jako nejvhodnější nabídka s cenou 1 188 008 249 Kč bez DPH, přičemž nabídková cena vyloučeného uchazeče AVE odpadové hospodářství s. r. o. činila pouze 823 479 811 Kč bez DPH, což je o 364 528 438 Kč méně. S ohledem na závažnost porušení zákona v části jeho základních zásad uvedených v ust. § 6 konstatuji, že Úřadem uložená pokuta – byť s akcentem na její preventivní funkci u spodní hranice zákonné sazby – odpovídá spáchanému provinění zadavatele a není dán žádný důvod k jejímu snížení, jak zadavatel v doplnění rozkladu (bez bližšího uvedení relevantního důvodu) požaduje.

34. Ve zbytku argumentačních bodů jsem se plně ztotožnil s obsahem odůvodnění napadeného rozhodnutí, a proto na něj na tomto místě ve zbytku odkazuji, neboť je považuji za dostatečně určité, srozumitelné a přezkoumatelné. V rámci projednání rozkladu jsem nezjistil žádné skutečnosti, které by vedly k jinému názoru, než který je vysloven v napadeném rozhodnutí a na základě všeho shora uvedeného tedy uzavírám, že posouzení šetřené problematiky provedl Úřad v souladu se zákonem a se závěry jím uvedenými se zcela ztotožňuji.

VI. Závěr

35. 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.

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Mgr. Bohuslav Hubálek, AK Jansta, Kostka a spol., s. r. o., Těšnov 1/1059, 110 00 Praha
2. A. S. A. Liberec s. r. o., Mydlářská 105/10, 460 10 Liberec

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