UOHSX003F4NX

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S483,484/2010/VZ-2178/2011/510/MGr V Brně dne: 18. dubna 2011

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve spojených správních řízeních zahájených na návrhy ze dne 3. 12. 2010, resp. ze dne 6. 12. 2010, jejichž účastníky jsou

- zadavatel – statutární město Brno, IČ 44992785, se sídlem Dominikánské nám. 1, 601 67 Brno, zastoupené Bc. Romanem Onderkou, MBA, primátorem, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci společností AQE advisors, a.s., IČ 26954770, se sídlem Jakubské nám. 2, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Jan Obrovský, předseda představenstva,
- navrhovatel – společnost Kavyl, spol. s r. o., IČ 49975358, se sídlem Mohelno 452/1, 675 75 Mohelno, za niž jedná Ing. Slavomil Dokulil, jednatel,
- navrhovatel – společnost KHL–EKO, a.s., IČ 26160277, se sídlem Červený Hrádek 2, 431 11 Jirkov, za niž jedná Ing. Tomáš Zmeškal, předseda představenstva, zastoupená na základě plné moci ze dne 11. 8. 2008 Ing. Michalem Novákem, předsedou dozorčí rady,
- vybraný uchazeč – společnost ZÁBOJNÍK – contractors, s.r.o., IČ 26258692, se sídlem Jeřabinová 1424, 768 61 Bystřice pod Hostýnem, za niž jedná Ing. Vítězslav Zábojník, jednatel,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele statutárního města Brna při zadávání nadlimitní veřejné zakázky "Realizace skladebních částí ÚSES v k.ú. Tuřany" v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 3. 9. 2010 pod ev. č. 60049349 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 9. 2010 pod ev. č. 2010/S 172-263491,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – statutární město Brno, IČ 44992785, se sídlem Dominikánské nám. 1, 601 67 Brno – nedodržel při zadávání veřejné zakázky „Realizace skladebných částí ÚSES v k.ú. Tuřany“ postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že z důvodu nesplnění požadavku na předložení finančního harmonogramu a harmonogramu postupu prací v souladu se zadávacími podmínkami neoprávněně vyloučil z účasti v zadávacím řízení navrhovatele Kavyl, spol. s r. o. a navrhovatele KHL-EKO, a. s., přestože v zadávací dokumentaci obsah a způsob zpracování finančního harmonogramu a harmonogramu postupu prací jednoznačně nestanovil, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší následující úkony** zadavatele statutárního města Brno:

- všechny úkony zadavatele související s posouzením splnění požadavku na předložení finančního harmonogramu a harmonogramu postupu prací, resp. věcného harmonogramu, a hodnocením nabídek, které jsou zaznamenány v Protokolu o druhém jednání hodnotící komise ze dne 21. 10. 2010,
- všechna rozhodnutí zadavatele ze dne 29. 10. 2010 o vyloučení uchazečů z účasti v zadávacím řízení z důvodu nedoložení finančního a věcného harmonogramu v souladu se zadávacími podmínkami ,
- rozhodnutí zadavatele statutárního města Brna ze dne 24. 11. 2010 o výběru nejvhodnější nabídky.

II.

Zadavatel – statutární město Brno, IČ 44992785, se sídlem Dominikánské nám. 1, 601 67 Brno, **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že postupoval při vyřizování námitek společnosti Kavyl, spol. s r. o., IČ 49975358, se sídlem Mohelno 452/1, 675 75 Mohelno, a společnosti KHL–EKO, a.s., IČ 26160277, se sídlem Červený Hrádek 2, 431 11 Jirkov, proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, v rozporu s § 111 odst. 1 cit. zákona, když výše zmíněným společnostem neodeslal písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, ve lhůtě do 10 dnů od obdržení námitek.

III.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodě II. se zadavateli – statutárnímu městu Brno, IČ 44992785, se sídlem Dominikánské nám. 1, 601 67 Brno, podle § 120 odst. 2 písm. b) cit. zákona o veřejných zakázkách – ukládá

pokuta ve výši 50 000 Kč (padesát tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno.

IV.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – statutárnímu městu Brno, IČ 44992785, se sídlem Dominikánské nám. 1, 601 67 Brno – ukládá:

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,-- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Zadavatel statutární město Brno, IČ 44992785, Dominikánské nám. 1, 601 67 Brno, zastoupené Bc. Romanem Onderkou, MBA, primátorem, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci společností AQE advisors, a.s., IČ 26954770, se sídlem Jakubské nám. 2, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Jan Obrovský, předseda představenstva (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 3. 9. 2010 pod ev. č. 60049349 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 9. 2010 pod ev. č. 2010/S 172-263491, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky „Realizace skladebních částí ÚSES v k.ú. Tuřany“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel v oznámení o zakázce stanovil nejnižší nabídkovou cenu.
3. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 13. 10. 2010 vyplývá, že ve stanovené lhůtě doručilo svoje nabídky celkem šest uchazečů. Všechny nabídky vyhověly kontrole úplnosti.
4. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 2. 11. 2010 vyplývá, že hodnotící komise vyřadila nabídky čtyř uchazečů z dalšího hodnocení, z toho nabídky uchazečů

   - KHL-EKO, a. s., IČ 26160277, se sídlem Červený Hrádek 2, 431 11 Jirkov, za niž jedná Ing. Tomáš Zmeškal, předseda představenstva, zastoupená na základě plné moci ze dne 11. 8. 2008 Ing. Michalem Novákem, předsedou dozorčí rady,
   - Kavyl, spol. s r. o., IČ 49975358, se sídlem Mohelno 452/1, 675 75 Mohelno, za niž jedná Ing. Slavomil Dokulil, jednatel,
   - SITA CZ, a. s., IČ 25638955, se sídlem Španělská 10/1073, 120 00 Praha 2 - Vinohrady,

   z důvodu rozporu uchazeči předložených finančních a věcných harmonogramů realizace zakázky s požadavky stanovenými zadavatelem v zadávací dokumentaci i ve smlouvě o dílo a uchazeče Zahradnické úpravy s. r. o., IČ 27707113, se sídlem Žerotínova 112, 675 71 Náměšť nad Oslavou, z důvodu nedoložení ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst.. 1 písm. a) zákona. Oznámení o vyloučení z účasti v zadávacím řízení oznámil zadavatel příslušným uchazečům dopisy ze dne 29. 10. 2010.

Ke správnímu řízení zahájenému na návrh navrhovatele Kavyl, spol. s r. o.

5. Proti rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení podala společnost Kavyl, spol. s r. o., IČ 49975358, se sídlem Mohelno 452/1, 675 75 Mohelno, za niž jedná Ing. Slavomil Dokulil, jednatel (dále jen „navrhovatel Kavyl, spol. s r. o.“), dopisem ze dne 11. 11. 2010 námitky, které zadavatel obdržel dne 12. 11. 2010, a kterým po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách obdržel navrhovatel Kavyl, spol. s r. o., dne 25. 11. 2010.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 3. 12. 2010 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).
7. V návrhu navrhovatel Kavyl, spol. s r. o., uvádí, že rozhodnutí o námitkách je ve své kusosti nepřezkoumatelné, což odporuje zásadě transparentnosti. Podle jeho názoru zadavatel při zadávání veřejné zakázky porušil § 44 odst. 1 zákona, když nevymezil v zadávací dokumentaci předmět zakázky natolik podrobně, aby uchazeči mohli zpracovat nabídky, což je pochybení zadavatele a svou odpovědnost nemůže přenášet na uchazeče. Zadavatel nevymezil přesně okamžik zahájení plnění. Pakliže za něj nepovažuje převzetí místa provádění plnění a zahájení přípravných činností ve smyslu zpracování administrativních činností, organizace provádění, zajištění materiálů a další činnosti, ale přímo plnění aktivit vymezených v bodech 3.1.4. a) – c), měl takto svůj požadavek formulovat. Plnění smlouvy podle navrhovatele Kavyl, spol. s r. o., logicky zahrnuje i jiné „aktivity“ než pouze ty bodově vytknuté, u nichž zadavatel vznesl pouze požadavek, aby byly provedeny do 24 měsíců od podpisu smlouvy, což jeho nabídka splňuje, tudíž zcela odpovídá zadávacím podmínkám. Jestliže zadavatel ponechal prostor uchazečům v rámci mezí stanovených zadávací dokumentací, nemůže je následně vyloučit, pakliže se uchazeč zachoval ekonomicky a využil nedostatečné vymezení podmínek pro optimalizaci hodnotícího kritéria. Zadavatel pak podle navrhovatele Kavyl, spol. s r. o., rovněž porušil § 76 odst. 1 zákona, když vyřadil nabídku, která splňuje zadávací podmínky. K tomu uvádí, že dle jeho názoru veškeré zadavatelem stanovené podmínky plně akceptoval a dodržel, harmonogram stanovil tak, aby dodržel zadavatelem daný termín realizace a dále tak, aby dodržel průběh prací po stránce schválených a zavedených technologických postupů prací s rostlinným materiálem. Rovněž podotýká, že vzhledem k tomu, že datum podpisu smlouvy není známo, může být jakýkoliv harmonogram pouze modelovým, jež může být upřesněn až v okamžiku, kdy budou známy výchozí předpoklady. Navrhovatel Kavyl, spol. s r. o. konstatuje, že zadavatel přenáší nesplnění své odpovědnosti za zpracování zadávací dokumentace do podrobností umožňujících zpracování nabídky podle § 44 odst. 1 zákona na dodavatele, neboť nevymezil pojem zahájení plnění (kterým může být jak převzetí místa plnění, tak jakýkoliv další úkon) ani okamžik podpisu smlouvy (uveden je pouze předpokládaný termín). Navrhovatel Kavyl, spol. s r. o., rovněž poznamenává, že pokud se komise domnívala, že zde existuje rozpor, mohla zjednat ve věci jasno postupem podle § 76 odst. 3 zákona.
8. Navrhovatel Kavyl, spol. s r. o. rovněž vyslovuje v návrhu domněnku, že zadavatel porušil ustanovení § 6 zákona jednak tím, že nedostatečně vymezil zadávací podmínky, což vede k podávání neporovnatelných nabídek a jednak nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách.
9. Navrhovatel Kavyl, spol. s r. o., navrhl, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele Kavyl, spol. s r. o. z další účasti v zadávacím řízení.

10. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže obdržel návrh dne 3. 12. 2010 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Ve stejný den byl stejnopis návrhu doručen zadavateli.
11. Stanovisko zadavatele k podanému návrhu bylo Úřadu doručeno dne 10. 12. 2010, zadavatel v něm k návrhu uvádí, že zadávací dokumentace obsahovala dostatečně podrobné vymezení jak předmětu zakázky, tak i podmínek pro zpracování nabídek a že činnosti definované uchazečem jako zahájení provádění díla nemohou být považovány za zahájení provádění díla, protože nebyly zahrnuty ve věcném ani finančním harmonogramu. Podle zadavatele je logická vazba mezi zadávacími podmínkami a návrhem smlouvy, jež tvoří nedílnou součást zadávací dokumentace, zřejmá, a zadávací dokumentace je tedy z jeho pohledu věcně správná a úplná a podmínky pro zpracování finančního a věcného harmonogramu jsou zpracovány jednoznačně a srozumitelně. Zadavatel také uvádí, že navrhovatel Kavyl, spol. s r. o., předložil jako součást své nabídky časový a finanční harmonogram prací, ve kterém je první část provádění díla – tedy geometrické zaměření – uvedena jak z časového, tak i finančního hlediska až v 5. měsíci roku 2012, což je dle něj jednoznačně v rozporu s požadavkem na zahájení provádění díla do čtrnácti dní od podpisu smlouvy. Rovněž podotýká, že předání, resp. převzetí staveniště nelze považovat za zahájení díla či zahájení prací dle smlouvy.
12. K argumentaci navrhovatele Kavyl, spol. s r. o., že svůj harmonogram uvedl v nabídce jako modelový, zadavatel uvádí, že v zadávacích podmínkách jasně a výslovně stanovil, že věcný i finanční harmonogram musí odpovídat podmínkám uvedeným v zadávacích podmínkách a uchazeč není oprávněn konstruovat domněnky či navozovat fikce ohledně modelového plnění. Zadavatel podotýká, že si možnost vyloučení uchazeče z důvodu nesouladu nabídky uchazeče se zadávacími podmínkami výslovně vyhradil, čímž postupoval také v souladu s rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S59,92/2010/VZ-6064/2010/510/MCh, a to ve smyslu „pokud nabídka uchazeče nesplní požadavky zadavatele na řešení, musí být jeho nabídka vyloučena“. Zadavatel rovněž upozorňuje, že v daném případě se nejednalo o nejasnost v nabídce, nýbrž o rozpor mezi nabídkou a zadávacími podmínkami, z tohoto důvodu nebyl dán prostor pro využití ustanovení § 76 odst. 3 zákona.
13. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S483/2010/VZ-18725/2010/510/OKo ze dne 17. 12. 2010. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S483/2010/VZ-18727/2010/510/OKo ze dne 17. 12. 2010 účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhovat důkazy a činit jiné návrhy a ve které byli oprávněni vyjádřit svá stanoviska v řízení a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.

Ke správnímu řízení zahájenému na návrh navrhovatele KHL-EKO, a. s.

14. Proti rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení podala společnost KHL-EKO, a. s., IČ 26160277, se sídlem Červený Hrádek 2, 431 11 Jirkov, za niž jedná Ing. Tomáš Zmeškal, předseda představenstva, zastoupená na základě plné moci ze dne 11. 8. 2008 Ing. Michalem Novákem, předsedou dozorčí rady (dále jen „navrhovatel KHL-EKO, a. s.“), dopisem ze dne 11. 11. 2010 námitky, které zadavatel obdržel dne 12. 11. 2010, a kterým po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách obdržel navrhovatel KHL-EKO, a. s., dne 26. 11. 2010.

15. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 3. 12. 2010 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).
16. V návrhu navrhovatel KHL-EKO, a. s., v prvé řadě uvádí, že zadavatel nevyřídil jeho námitky podle § 111 odst. 1 zákona, respektive že o nich nerozhodl ve lhůtě podle § 111 odst. 1 zákona.
17. Navrhovatel KHL-EKO, a. s., v návrhu zastává názor, že rozhodnutí o vyloučení bylo odůvodněno v rozporu s právními předpisy. K tomu uvádí, že zadavatel vyloučení opřel o § 71 odst. 1 zákona (ustanovení týkající se otevírání obálek, konkrétně ustanovení komise pro otevírání obálek), tedy o ustanovení, podle něhož nelze uchazeče vyloučit, což činí předmětné rozhodnutí zadavatele nepřezkoumatelným a je tak v rozporu se zásadou transparentnosti, kterou je zadavatel v souladu s § 6 zákona povinen při zadávání dodržovat. Dle navrhovatele KHL-EKO, a. s., je rozhodnutí o vyloučení úkonem zadavatele, který musí být dostatečně jasný a srozumitelný. S odůvodněním zadavatele v rámci rozhodnutí o námitkách, že rozpornost odůvodnění vyloučení je pouze formálního charakteru, navrhovatel KHL-EKO, a. s., nesouhlasí, proto má za to, že se zadavatel s namítanou vadou rozhodnutí o vyloučení v námitkách nevypořádal, a tak nadále vykazuje namítanou vadu.
18. Dále je podle navrhovatele KHL-EKO, a. s., odůvodnění rozhodnutí o vyloučení v rozporu se zadávacími podmínkami a jde tedy o postup, který odporuje zákazu diskriminace. Navrhovatel KHL-EKO, a. s., se domnívá, že zadávací podmínky týkající se zpracování finančního a věcného harmonogramu připouští různý výklad, přičemž tato skutečnost zapříčinila jeho vyloučení. K tomu uvádí, že v oznámení o zakázce je v bodě „II.3) Doba trvání nebo lhůta pro dokončení“ stanovena lhůta 48 měsíců. V zadávací dokumentaci v bodě „4. Doba a místo plnění veřejné zakázky“ zadavatel vymezuje dobu plnění do 24 měsíců od podpisu smlouvy pro realizaci aktivit vymezených v bodě 3.1.4 a) - c) zadávací dokumentace a dobu pro provedení následné péče podle bodu 3.1.4 d) zadávací dokumentace 48 měsíců od podpisu smlouvy, v návaznosti na etapu provedení výsadby keřů a stromů. Rovněž je v tomto bodě stanoveno, že předpokládaný termín podpisu smlouvy s vybraným uchazečem je listopad 2010. Předpokládaný termín podpisu smlouvy je dále zmíněn v bodě „7. Požadavky na zpracování nabídky“ zadávací dokumentace. Podle navrhovatele KHL-EKO, a. s., ze znění podmínek vyplývá, že uchazeč je při zpracování harmonogramu postupu prací povinen dodržet lhůty/časové období do ukončení provedení sadových úprav a následně do ukončení provádění následné péče. Zadavatel dle něj nikde v zadávacích podmínkách nestanovil, že uchazeč je povinen dodržet zadavatelem předpokládaný termín podpisu smlouvy, který je pouze předpokladem a skutečný termín podpisu může být z objektivních důvodů jiný, přičemž z rozhodnutí o vyloučení vyplývá, že zadavatel požadoval tento předpokládaný termín dodržet. Obdobně navrhovatel KHL-EKO, a. s., hodnotí i znění smlouvy, kde je v čl. IV odst. 2 stanoveno, že zhotovitel je povinen zahájit provádění díla do 14 dní od podpisu smlouvy s objednatelem, z čehož nevyplývá, že se jedná o listopad 2010. Navrhovatel KHL-EKO, a. s. v návrhu uvádí, že byl přesvědčen o správnosti svého výkladu zadávacích podmínek a o souladu své nabídky s těmito podmínkami a teprve z rozhodnutí o vyloučení se dozvěděl, že zadavatel vykládá údaj o předpokládaném termínu podpisu smlouvy tak, že byl pro uchazeče závazný. Navrhovatel KHL-EKO, a. s., podotýká, že pokud skutečně bylo úmyslem zadavatele stanovit pro uchazeče povinnost při zpracování harmonogramů dodržet předpokládaný termín podpisu smlouvy, měl toto popsat výrazně

srozumitelnějším způsobem, nepřipouštějícím dvojí výklad, neboť zadavatel má stanovit zadávací podmínky natolik přesně a jednoznačně, aby o jejich významu nemohly vzniknout pochybnosti a aby tedy byl postup zadavatele předvídatelný a v souladu se zásadami právní jistoty. Navrhovatel KHL-EKO, a. s., podpůrně odkazuje na § 266 odst. 4 zákona č. 513/1993 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“), kde je stanoveno, že projev vůle, který obsahuje výraz připouštějící různý výklad, je třeba v pochybnostech vykládat k tíži strany, která jako první v jednání tohoto výrazu použila. Dle navrhovatele KHL- EKO, a. s., zadavatel ani v rozhodnutí o vyloučení, ani v rozhodnutí o námitkách neuvádí, za jakého konkrétního požadavku nade vší pochybnosti vyplývá, že uchazeč byl povinen při zpracování finančního a věcného harmonogramu dodržet předpokládaný termín podpisu smlouvy. Paradoxní dle navrhovatele KHL-EKO, a. s., je, že zadavatel nadále trvá na výkladu, že údaj listopad 2010, který je zadavatelem uváděn vždy jako předpokládaný termín podpisu smlouvy, musel být dodržen, ačkoliv ještě v prosinci zadavatel nesměl uzavřít smlouvu, i proto je odůvodnění jeho vyloučení na základě nedodržení předpokládaného termínu stěží obhajitelné.

19. Navrhovatel KHL-EKO, a. s., v návrhu dále upozorňuje, že z rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky vyplývá, že nabídková cena vybraného uchazeče je o více jak milion Kč dražší, než jím nabídnutá cena a to vše při nejnižší nabídkové ceně jako hodnotícím kritériu.
20. Závěrem navrhovatel KHL-EKO, a. s., navrhl, aby Úřad zrušil rozhodnutí o vyloučení navrhovatele KHL-EKO, a. s., a všechny následující úkony zadavatele a uložil zadavateli provést nové posouzení a hodnocení nabídek. Současně cit. navrhovatel navrhl, aby Úřad nařídil předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu.
21. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže obdržel návrh dne 6. 12. 2010 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Dne 7. 12. 2010 byl stejnopis návrhu doručen zadavateli.
22. Stanovisko zadavatele k podanému návrhu bylo Úřadu doručeno dne 13. 12. 2010, zadavatel v něm k návrhu uvádí následující skutečnosti.
23. K namítanému rozporu rozhodnutí o vyloučení navrhovatele KHL-EKO, a. s., s platnými právními předpisy zadavatel konstatuje, že se v rozhodnutí jasně odvolává na § 76 odst. 1 zákona a že uchazečem uváděná vnitřní rozpornost odůvodnění vyloučení je pouze formálního charakteru a není důvodem pro nemožnost přezkoumání rozhodnutí o vyloučení uchazeče.
24. K tvrzení navrhovatele KHL-EKO, a. s., týkajících se rozporu jeho vyloučení a následného odůvodnění tohoto vyloučení se zadávacími podmínkami zadavatel uvádí, že nastavení zadávacích podmínek neumožňuje dvojí výklad a v zadávacích podmínkách byly požadavky zadavatele vymezeny jednoznačně a srozumitelně a v rámci posouzení nabídek nebyl použit žádný dodatečně stanovený požadavek ani požadavek, který může mít více výkladů. Navrhovatel KHL-EKO, a. s., dle zadavatele předložil jako součást své nabídky časový a finanční harmonogram, ve kterém je první část provádění díla (konkrétně geodetické práce) uvedena jak z časového, tak i finančního hlediska až v březnu 2011, což je v jednoznačném rozporu s požadavkem zadavatele zahájit provádění díla do 14 dní od podpisu smlouvy.
25. Zadavatel se rovněž neztotožňuje s názorem navrhovatele KHL-EKO, a. s., že by bylo možné použít na daný případ ustanovení § 266 odst. 4 obchodního zákoníku, neboť se domnívá, že zákon o veřejných zakázkách je kogentní normou, která nepřipouští subsidiární použití

občanského či obchodního zákoníku. Rovněž zadavatel podotýká, že v případě nejasností nebo potřeby dalších informací mohl uchazeč požádat o poskytnutí dodatečných informací k zadávacím podmínkám podle § 49 zákona.

26. K námitce navrhovatele KHL-EKO, a. s., stran uplynutí předpokládaného termínu podpisu smlouvy v listopadu 2010 zadavatel uvádí, že z hlediska posouzení nabídek bylo posuzováno dodržení podmínky zahájení prací do 14 dnů od podpisu smlouvy a nikoliv dodržení podmínky podpisu smlouvy v listopadu 2010. Připouští sice, že termín podpisu smlouvy může být v důsledku okolností, jež stojí mimo dispozice zadavatele, jiný (zpravidla pozdější) než zadavatelem zamýšlený, on si však tento termín stanovil v zadávacích podmínkách (byť jako termín pravděpodobný) a uchazeči měli povinnost navrhnout své harmonogramy tak, aby odpovídaly těmto nastaveným podmínkám a nikoli konstruovat situace, kdy by zakázka byla realizována za jiných podmínek.
27. Zadavatel rovněž uvádí, že ačkoliv si je vědom toho, že vítězná nabídka má vyšší cenu než nabídka navrhovatele KHL-EKO, a. s., zákon mu nedává prostor pro vlastní uvážení, zdali nabídku vyřadí či nikoliv, pokud ji neshledá za zcela souladnou s požadavky zákona a zadavatele dle § 76 odst. 1 zákona, ale má povinnost takovou nabídku vyřadit a uchazeče vyloučit, jinak by se dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
28. Závěrem zadavatel poukazuje na to, že mu navrhovatel KHL-EKO, a. s., doručil stejnopis návrhu na zahájení správního řízení dne 7. 12. 2010, tedy o jeden den později než činí lhůta stanovená v § 114 odst. 4 zákona. Návrh byl tedy podán opožděně a jako takový je nutné jej ex lege považovat za nepřípustný na základě ustanovení § 117a odst. 1 zákona.
29. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S484/2010/VZ-18730/2010/510/OKo ze dne 17. 12. 2010. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S484/2010/VZ-18733/2010/510/OKo ze dne 17. 12. 2010 účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhovat důkazy a činit jiné návrhy a ve které byli oprávněni vyjádřit svá stanoviska v řízení a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.
30. Vzhledem k tomu, že po předběžném přezkoumání dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, vyhověl návrhu navrhovatele KHL-EKO, a. s., na vydání předběžného opatření a rozhodnutím č. j. ÚOHS-S484/2010/VZ-19328/2010/510/MGr ze dne 22. 12. 2010 o předběžném opatření uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude specifikované správní řízení ukončeno. Vydání předběžného opatření Úřad odůvodnil pochybnostmi o souladu postupu zadavatele se zákonem v souvislosti s vymezením požadavku na zpracování harmonogramu postupu prací v zadávací dokumentaci a následném vyloučení tří uchazečů ze zadávacího řízení.

Ke spojení správních řízení

31. K zajištění účelu správních řízení vedených pod sp. zn. S483/2010/OKo, S484/2010/OKo, zahájených dne 3. 12. 2010, resp. 6. 12. 2010 na základě návrhů ze dne 3. 12. 2010, vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S483,484/2010/VZ-296/2011/510/MGr ze dne 7. 1. 2011, kterým tato správní řízení spojil, jelikož se týkají totožné veřejné zakázky.

32. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou
    - zadavatel,
    - navrhovatel Kavyl, spol. s r. o.,
    - navrhovatel KHL-EKO, a. s.,
    - vybraný uchazeč – společnost ZÁBOJNÍK – contractors, s.r.o., IČ 26258692, se sídlem Jeřabinová 1424, 768 61 Bystřice pod Hostýnem, za niž jedná Ing. Vítězslav Zábojník, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“).
33. Usnesením č. j. ÚOHS-S483,484/2010/VZ-329/2011/510/MGr ze dne 7. 1. 2011 Úřad účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli s ohledem na spojení správních řízení oprávněni navrhovat důkazy a lhůtu k vyjádření k podkladům rozhodnutí.
34. Dopisem ze dne 7. 1. 2011 navrhovatel Kavyl, spol. s r. o. doplnil svoji argumentaci citací judikatury, a sice rozhodnutím Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af24/2010-130 ze dne 15. 4. 2010, ve kterém je řešena situace, kdy uchazeč využije nejasnost zadávacích podmínek tak, že ji vyloží ve svůj prospěch, přičemž tento postup byl soudem shledán nejen přípustným, ale pochopitelným s odůvodněním, že jednak nelze po uchazeči požadovat, aby sám vykládal zadávací podmínky ve svůj vlastní neprospěch a rovněž bylo konstatováno, že podmínky byly stejné pro všechny subjekty a i ostatní uchazeči měli možnost postupovat stejným způsobem. S doplněním argumentace navrhovatele Kavyl, spol. s r. o., seznámil Úřad ostatní účastníky správního řízení dopisem ze dne 10. 1. 2011. Vzhledem k tomu, že toto vyrozumění nebylo nedopatřením zasláno navrhovateli KHL-EKO, a. s., prodloužil Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S483,484/2010/VZ-1540/2011/510/MGr ze dne 28. 1. 2011 účastníkům řízení lhůtu pro vyjádření k podkladům, přičemž v příloze k tomuto usnesení zaslal fotokopii doplnění argumentace navrhovatelem Kavyl, spol. s r. o.
35. Dne 10. 1. 2011 byl Úřadu doručen návrh navrhovatele Kavyl, spol. s r. o., ze dne 7. 1. 2011 na vydání předběžného opatření spočívajícího v zákazu zadavateli uzavřít smlouvu, který Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S483,484/2010/VZ-532/2011/510/MGr ze dne 11. 1. 2011 zamítl, neboť v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou již v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S484/2010 dne 22. 12 2010 rozhodnutí o předběžném opatření spočívajícím v zákazu zadavateli uzavřít smlouvu vydal.
36. Při zkoumání dokumentace o veřejné zakázce zjistil Úřad rozpor týkající se složení jistoty navrhovatelem Kavyl, spol. s r. o., který v návrhu tvrdil, že nedokládá opětovné složení jistoty, neboť ta mu nebyla zadavatelem uvolněna, ale součástí dokumentace o veřejné zakázce byl výpis z účtu zadavatele, ze kterého vyplývá, že jistotu vrátil, proto Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S483,484/2010/VZ-2715/2011/510/MGr ze dne 18. 2. 2011 stanovil navrhovateli Kavyl, spol. s r. o., lhůtu k doplnění návrhu o doklad o složení jistoty zadavateli. Navrhovatel Kavyl, spol. s r. o., v dopise ze dne 23. 2. 2011 doložil Úřadu spolu s vysvětlením výpis z účtu, ze kterého vyplývá, že jistotu dne 21. 12. 2010 opětovně složil na účet zadavatele.
37. Vybraný uchazeč se ve stanovené lhůtě, ani později, ke skutečnostem uvedeným v podaných návrzích, ani k jiným skutečnostem, nevyjádřil.
38. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména zadávací dokumentace, nabídek jednotlivých uchazečů, vyjádření předložených účastníky řízení, a na základě

vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K vyloučení navrhovatele Kavyl, spol. s r. o. a navrhovatele KHL-EKO, a. s.

39. Zadavatel je podle § 6 zákona povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
40. Zadávací dokumentace je podle § 44 odst. 1 zákona soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.
41. Podle § 76 odst. 1 zákona posoudí hodnotící komise nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d). Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. V odst. 6 předmětného ustanovení je potom stanoveno, že uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí veřejný zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení. Vyloučení uchazeče včetně důvodů veřejný zadavatel uchazeči bezodkladně písemně oznámí.
42. Z požadavků zákona na kvalitu a jednoznačnost zadávacích podmínek uvedených v bodech předchozích bodech tohoto rozhodnutí vyplývá, že řádné zpracování především zadávací dokumentace je základem pro podání nabídek odpovídajících požadavkům zadavatele a také nabídek vzájemně porovnatelných. Požadavky zadavatele musí být v zadávací dokumentaci vymezeny především objektivně, tj. takovým způsobem, který bude vnímán a chápán všemi dotčenými subjekty, jak zadavatelem, tak dodavateli, stejným způsobem. Požadavky zadavatele musí být rovněž stanoveny jednoznačně, tj. nesmí dávat žádný prostor pro pochybnosti či rozdílný výklad. Zároveň musí zadávací dokumentace obsahovat požadavky a technické podmínky v takovém rozsahu, aby byla zadávací dokumentace úplná a správná, a zároveň aby byla jasná, srozumitelná a určitá.
43. V části zadávací dokumentace, která se týká technické specifikace a standardů stanovil zadavatel v bodě *„3.1.4 V rámci plnění této akce uchazeč zabezpečí především provedení následujících prací a dodávek:*

    a. *Vytyčení skladebných částí lokální ÚSES (geodetické práce)*

    b. *Příprava ploch – osetí ploch vybranou směsí travino-bylinných směsí. Druhová skladba osevů bude následující: kostřava červená 30 %, kostřava luční 13 %, trojštět žlutavý 12 %, srha říznačka 5 %, lipnice luční 10 %, lipnice hajní 5 %, lipnice úzkolistá 5 %, strdivka jednokvětá 5 %, srha hajní 5 %, kostřava ovčí 5 %, tolita lékařská 5 %.*

    c. *Výsadba stromů a keřů do připravené půdy*

    d. *Péče o porosty, zejména ochrana porostů*

    Přesný rozsah prací a dodávek je uveden v projektové dokumentaci „Realizace skladebných částí ÚSES SO01-SO09 v k. ú. Tuřany“.“ V projektové dokumentaci je v části „2. TECHNICKÉ ŘEŠENÍ KRAJINNÝCH ÚPRAV – REALIZACE ÚSES“ v bodě „2.1. Vytyčení skladebných částí lokálního ÚSES“ stanoveno, že *„bude provedeno před zahájením prací podle bodů určených projektem KPÚ“.*

44. V zadávací dokumentaci rozčlenil zadavatel v části „4. Doba a místo plnění veřejné zakázky“ dobu plnění na dobu realizace zahrnující činnosti uvedené v bodě 3.1.4 písm. a) – c) a dobu provádění následné péče zahrnující činnosti uvedené v bodě 3.1.4 písm. d). Zadavatel rovněž pro dobu plnění stanovil časová omezení (termíny plnění):

„Realizace aktivit vymezených v bodě 3.1.4 a) – c) do 24 měsíců od podpisu smlouvy s vybraným uchazečem (předpokládaný termín podpisu smlouvy s vybraným uchazečem – listopad 2010). Provedení následné péče (bod 3.1.4, písm. d) do 48 měsíců od podpisu smlouvy s vybraným uchazečem, v návaznosti na etapu provedení výsadby keřů a stromů.“

V části „7. Požadavky na zpracování dokumentace“ zadávací dokumentace zadavatel uvedl:

- *„cena předmětu plnění veřejné zakázky bude uhrazena na základě dílčích faktur a konečné faktury po provedení díla v agrotechnických lhůtách v návaznosti na věcné plnění dle harmonogramu postupu prací a jemu odpovídajícímu finančního harmonogramu,*
- *pod pojmem „harmonogram postupu prací“ se rozumí závazný plán prací (sadových úprav a následné péče) rozvržených v čase tak, aby provádění prací probíhalo v agrotechnických lhůtách; přitom harmonogram postupu prací musí být zpracován v dostatečné míře detailu, která umožní dle výkazu výměr určit výši dílčích faktur,*
- *pod pojmem „finanční harmonogram“ se rozumí v čase rozvržený plán dílčích fakturací, které musí vždy korespondovat se skutečně provedeným objemem prací a zároveň musí odpovídat harmonogramu postupu prací (za dané období lze vystavit dílčí fakturu nejvýše za provedení prací uvedených pro toto období v harmonogramu postupu prací); přitom částky uvedené ve finančním harmonogramu musí korespondovat s celkovou nabídkovou cenou,*
- *harmonogram postupu prací a finanční harmonogram budou součástí nabídky uchazeče a zpracovány v souladu s požadavky zadávací dokumentace; v opačném případě bude uchazeč z další účasti v zadávacím řízení vyloučen,*
- *harmonogram postupu prací a finanční harmonogram musí zahrnovat časové období ode dne podpisu smlouvy s vybraným uchazečem (předpokládaný termín podpisu smlouvy – listopad 2010) do ukončení provedení sadových úprav (nejdéle do 24 měsíců) a následně do ukončení provádění následné péče (nejdéle do 48 měsíců), v opačném případě bude uchazeč z další účasti v zadávacím řízení vyloučen,*
- *čas v harmonogramu postupu prací musí být členěn alespoň na měsíce (tj. každý jeden ucelený úsek v harmonogramu nesmí trvat déle než 1 měsíc),*
- *práce naplánované v harmonogramu postupu prací nesmí být časově rozvrženy zjevně nerovnoměrně“.*

V návrhu smlouvy o dílo, která je přílohou zadávací dokumentace, zadavatel v části „IV. Doba a místo plnění“ stanovil:

„1. Zhotovitel je povinen provést dílo na základě harmonogramu postupu prací a finančního harmonogramu.

2. Zhotovitel je povinen zahájit provádění díla do 14 dní od podpisu smlouvy s objednatelem.

3. Zhotovitel je povinen provést realizace aktivit vymezených v čl. III., odst. 3, písm. a) – c) do 24 měsíců od podpisu smlouvy s objednatelem a provedení následné péče dle čl. III., odst. 3, písm. d) do 48 měsíců od podpisu smlouvy s objednatelem, v návaznosti na etapu provedení výsadby keřů a stromů dle čl. III., odst. 3, písm. c).“

45. Jak vyplývá ze stanovisek zadavatele, považoval zadavatel předpokládaný termín podpisu smlouvy za závazný časový údaj pro vytvoření harmonogramu postupu prací a finančního harmonogramu, tedy že v harmonogramech mají uchazeči od listopadu 2010 do 14 dní naplánovat začátek provádění prací. Za zahájení prací potom považuje provádění geodetických prací, tedy vytyčení skladebných částí lokální ÚSES (viz výše stanoviska zadavatele).
46. Úřad k výše popsaným skutečnostem uvádí, že z požadavků zadavatele nelze jednoznačně usoudit, že mají být chápány tak, jak je vysvětluje zadavatel, tedy že předpokládaný termín podpisu smlouvy je závazný časový údaj pro vytvoření harmonogramu postupu prací a finančního harmonogramu.
47. Předpokládaný termín podpisu smlouvy nebyl zadavatelem nikde v zadávací dokumentaci označen jako termín, z něhož mají uchazeči vycházet při sestavování harmonogramu postupu prací a finančního harmonogramu. Tak, jak je zadavatelem zmíněn, vyvolává spíše dojem upřesnění termínu, ve kterém zadavatel očekává, že by smlouva mohla být podepsána a nikoliv jako závazný údaj. Rovněž nelze ze zadávací dokumentace dovodit, že by zahájením prací bylo zahájení geodetického vyměřování. Již samotná formulace části 3.1.4 zadávací dokumentace, tedy *„uchazeč zabezpečí **především** provedení následujících prací a dodávek“* vypovídá o tom, že se jedná pouze o demonstrativní výčet činností dodavatele nutných k provedení veřejné zakázky, tudíž provádění zakázky bude vyžadovat i jiné činnosti a některé z nich bezesporu mohou předcházet provádění geodetického zaměřování, ačkoliv se bude jednat např. pouze o činnosti administrativní povahy a nikoliv o faktickou práci „v terénu“. Pokud zadavatel považuje za zahájení prací až provádění geodetického zaměřování, měl toto jasně stanovit. Rovněž měl jasně stanovit, že harmonogramy mají být vytvořeny od listopadu 2010 a neoznačovat toto datum jako předpokládaný termín podpisu smlouvy.
48. Výše uvedené závěry Úřadu dokládá rovněž počet uchazečů, kteří byli vyloučeni kvůli navrženému finančnímu harmonogramu a harmonogramu postupu prací, jež dle zadavatele neodpovídal zadávacím podmínkám, neboť pro tento důvod byli vyloučeni tři uchazeči ze šesti (tedy polovina), což svědčí o tom, že se nejedná pouze o nahodilý omyl jednoho z uchazečů o veřejnou zakázku, ale že zadávací podmínky tak, jak jsou zadavatelem stanoveny, umožňují různou interpretaci.
49. V souvislosti s argumenty výše uvedenými Úřad dále uvádí, že problematika řádného vypracování zadávací dokumentace byla např. mimo jiné řešena v rámci rozsudku Krajského soudu v Brně č.j. 62 Ca 33/2007-175 ze dne 20. 3. 2008. I když se v předmětném rozsudku „nejednoznačnost“ zadávací dokumentace týkala zejména stanovení dílčích kritérií hodnocení, lze závěry z tohoto rozsudku obecně aplikovat na kteroukoliv část zadávací dokumentace i na „zadávací podmínky“, neboť tyto tvoří jeden celek. Ze zmiňovaného rozsudku zejména vyplývá, že *„zadávací dokumentace pak musí uchazečům sloužit coby dostatečně konkrétní, jasný, jednoznačný a srozumitelný zdroj informací o tom, jak mají zpracovat své nabídky“*. Z dalšího závěru pak vyplývá, že *„nemůže obstát taková zadávací dokumentace, z níž zadavatelovy požadavky na zpracování nabídky a následně kritéria pro*

jejich hodnocení nevyplývají jasně, přesně, srozumitelně a jednoznačně, tj. která v těchto ohledech objektivně připouští rozdílný výklad. Pokud objektivně existuje více možných výkladů týkajících se otázky, co konkrétně a jakým způsobem bude v nabídkách hodnoceno, pak nemůže taková interpretační nejistota stíhat žádného z uchazečů, ale zadavatele samotného".

50. K obdobným závěrům dospěl i Úřad např. ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S4/2009/VZ-1997/2009/520/EMa ze dne 11. 3. 2009, kde konstatoval, že zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem, na jehož základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, proto zákon ukládá zadavateli vymezit prostřednictvím zadávací dokumentace veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky nezbytné k tomu, aby dodavatelé mohli zpracovat své nabídky. Význam kvality zpracování zadávací dokumentace lze spatřovat v tom, že dodavatelé na jejím základě mají podat vzájemně porovnatelné nabídky, které umožní zadavateli jejich hodnocení podle předem stanovených hodnotících kritérií. Podle ustanovení § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace souborem dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky je základem pro podání nabídek odpovídajících požadavkům zadavatele a také nabídek vzájemně porovnatelných. Požadavky zadavatele musí být v zadávací dokumentaci vymezeny především objektivně, tj. takovým způsobem, který bude vnímán a chápán všemi dotčenými subjekty, jak zadavatelem, tak dodavateli, stejným způsobem. Požadavky zadavatele musí být rovněž stanoveny jednoznačně, tj. nesmí dávat žádný prostor pro pochybnosti či rozdílný výklad.

51. Z výše uvedeného rozsudku Krajského soudu v Brně a rozhodnutí Úřadu plyne závěr, že nepřesnosti v zadávací dokumentaci nemohou jít k tíži uchazeče, neboť stanovit zadávací podmínky natolik přesně a jednoznačně, aby neumožňovaly různý výklad, je povinností zadavatele.

52. Úřad vycházeje z výše uvedeného konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 zákona, tím, že z důvodu nesplnění požadavku na předložení finančního harmonogramu a harmonogramu postupu prací v souladu se zadávacími podmínkami a smlouvou o dílo neoprávněně vyloučil z účasti v zadávacím řízení navrhovatele Kavyl, spol. s r. o. a navrhovatele KHL-EKO, a. s. (a rovněž uchazeče SITA CZ, a. s.), přestože v zadávací dokumentaci jednoznačný obsah a způsob zpracování finančního harmonogramu a harmonogramu postupu prací jednoznačně nestanovil.

53. Úřad dále uvádí, že při rozhodování podle § 118 odst. 1 zákona je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy nezákonného stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejnou zakázku. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil při posuzování a hodnocení nabídek uchazečů, pak pro zajištění zákonnosti postupu zadavatele musel Úřad zrušit jeho úkon spočívající v posouzení souladu nabídek se zadávacími podmínkami včetně zrušení všech rozhodnutí o vyloučení uchazečů z důvodu nesplnění požadavku na předložení finančního harmonogramu a harmonogramu postupu prací v souladu se zadávacími podmínkami a rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a vrátit tak celé zadávací řízení do stavu před posouzením a hodnocením nabídek.

54. Nyní je tedy nutné, aby zadavatel provedl nové posouzení a hodnocení nabídek, přičemž musí přihlížet k tomu, zda uchazeč splnil jeho požadavky tak, jak je skutečně zachytil v zadávacích podmínkách a ne tak, jak si je následně vykládá. Podle § 44 odst. 1 zákona za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel, proto případné nejasnosti, respektive možný různý výklad zadávacích podmínek, musí jít k tíži zadavatele a nikoliv uchazečů o veřejnou zakázku.

K doručení stejnopisu návrhu navrhovatele KHL-EKO, a. s., zadavateli

55. Podle § 110 odst. 1 zákona může při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, zadavateli podat zdůvodněné námitky. Podle odst. 4 předmětného ustanovení námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení musí stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky podle § 81 nebo rozhodnutí o vyloučení u účasti v zadávacím řízení.
56. Podle § 111 odst. 1 zákona zadavatel přezkoumá podané námitky v plném rozsahu a do 10 dnů od obdržení námitek odešle stěžovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu.
57. Řízení o přezkoumání úkonů zadavatele se podle § 113 zákona zahajuje na písemný návrh stěžovatele nebo z moci úřadní. Podle § 114 odst. 4 zákona musí být návrh doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl. Z § 114 odst. 5 zákona vyplývá, že pokud zadavatel námitky nevyřídil podle § 111 odst. 1, lze návrh na uložení opatření k nápravě doručit Úřadu a zadavateli nejpozději do 25 kalendářních dnů ode dne odeslání námitek stěžovatelem.
58. Ve stanovisku k návrhu navrhovatele KHL-EKO, a. s., zadavatel konstatuje, že stejnopis návrhu na zahájení správního řízení mu byl doručen o jeden den později, než činí lhůta stanovená v § 114 odst. 4 zákona.
59. Z dokumentace o veřejné zakázce Úřad zjistil, že navrhovatel KHL-EKO, a. s., podal dopisem ze dne 11. 11. 2010 námitky proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení. Navrhovatel KHL-EKO, a. s., jako přílohu ke svému návrhu zaslal rovněž doklad o doručení námitek zadavateli prostřednictvím datové schránky, ze kterého vyplývá, že námitky byly zadavateli doručeny dne 12. 11. 2010. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel rozhodnutí o námitkách ze dne 25. 11. 2010 odeslal navrhovateli KHL-EKO, a. s., rovněž prostřednictvím datové schránky dne 25. 11. 2010, tedy 3 dny po lhůtě stanovené v § 111 odst. 1 zákona. Na tento případ se tedy vztahuje výše zmíněný § 114 odst. 5 zákona, který upravuje lhůtu pro doručení návrhu v případě, že zadavatel vyřídí námitky v rozporu s § 111 odst. 1 zákona. Návrh navrhovatele KHL-EKO, a. s., byl Úřadu doručen dne 6. 12. 2010. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel obdržel návrh dne 7. 12. 2010. Jak vyplývá z § 114 odst. 5 zákona, lhůta k podání návrhu v tomto případě činí 25 dní od zaslání námitek zadavateli, tedy 25 dní od 12. 11. 2010. Poslední termín lhůty pro doručení návrhu je 7. 12. 2010, tedy den, ve kterém byl návrh navrhovatele KHL-EKO, a. s., zadavateli dle dokumentace o veřejné zakázce doručen.

60. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že stejnopis návrhu navrhovatele KHL-EKO, a. s., byl zadavateli doručen ve lhůtě stanovené zákonem.

K jistotě složené navrhovatelem Kavyl, spol. s r. o.

61. Podle § 114 odst. 3 zákona musí návrh vedle obecných náležitostí podání obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá. Součástí návrhu je doklad o složení kauce podle § 115 a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli a doklad o opětovném složení jistoty podle § 67 odst. 4.
62. Úřad zahájené řízení zastaví podle § 117a písm. a) zákona, jestliže návrh nemá předepsané náležitosti podle § 114 odst. 3 a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplní.
63. Úřad v šetřené veřejné zakázce narazil na rozpor v tvrzení navrhovatele Kavyl, spol. s r. o. týkající se opětovného složení jistoty. Navrhovatel Kavyl, spol. s r. o. ve svém návrhu uvádí, že nezasílá doklad o opětovném složení jistoty na účet zadavatele, neboť mu zadavatelem nebyla uvolněna. Součástí dokumentace o veřejné zakázce je ovšem výpis z účtu zadavatele ze dne 9. 11. 2010, ze kterého vyplývá, že navrhovateli Kavyl, spol. s r. o., byla jistota vrácena. Vzhledem k tomuto rozporu stanovil Úřad navrhovateli Kavyl, spol. s r. o., lhůtu k doplnění návrhu o doklad o složení jistoty zadavateli. Navrhovatel Kavyl, spol. s r. o., ve stanovené lhůtě doručil Úřadu dopis, jehož přílohou je výpis z účtu, ze kterého vyplývá, že navrhovatel Kavyl, spol. s r. o., jistotu na účet zadavatele opětovně složil dne 21. 12. 2010. V dopise navrhovatel Kavyl, spol. s r.o., podotýká, že mu zadavatel neuvolnil jistotu bezodkladně po jeho vyloučení, jak je stanoveno v § 67 odst. 2 písm. c), a že ještě ke dni podání námitek mu nebyla uvolněna. Zadavatel ji uvolnil až po podání námitek bez jakékoliv informace či avíza zaslané platby. Vzhledem k tomu a také rovněž s ohledem na nízkou částku jistoty navrhovatel Kavyl, spol. s r. o., platbu mezi jinými transakcemi na svém účtu identifikoval až s odstupem, přičemž okamžitě poté jistotu znovu složil, což dokládá výpisem z účtu.
64. Úřad k tomu konstatuje, že z § 117a písm. a) vyplývá, že Úřad vyzve navrhovatele k doplnění předepsaných náležitostí návrhu a pokud navrhovatel v Úřadem stanovené lhůtě návrh nedoplní, potom Úřad zahájené správní řízení zastaví. Úřad navrhovatele Kavyl, spol. s r. o., vyzval k doplnění návrhu o doklad o opětovném složení jistoty zadavateli, přičemž pro toto doplnění stanovil lhůtu do pěti dnů ode dne doručení usnesení. Usnesení č. j. ÚOHS-S483,484/2010/VZ-2715/2011/510/MGr ze dne 18. 2. 2011 bylo navrhovateli Kavyl, spol. s r. o., doručeno dne 21. 2. 2011. Dne 23. 2. 2011 byl Úřadu doručen dopis navrhovatele Kavyl, spol. s r. o., jehož přílohou byl výpis z účtu prokazující opětovné složení jistoty. Navrhovatel Kavyl, spol. s r. o., tedy návrh ve lhůtě doplnil, proto není dán důvod k zastavení správního řízení podle § 117a písm. a) zákona.

Ke spáchání správního deliktu a k uložení pokuty

65. Podle § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že

    a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku,

b) nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo ji splní v rozporu s § 146 nebo 147,

c) uzavře smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1, ačkoli je podle tohoto zákona povinen toto oznámení uveřejnit,

d) uzavře smlouvu na veřejnou zakázku v rozporu s § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 nebo § 111 odst. 5 anebo v rozporu s předběžným opatřením dle § 117 odst. 1,

e) zruší zadávací řízení v rozporu s § 84,

f) nepořídí nebo neuchová dokumentaci podle § 109 nebo 155, nebo

g) odmítne námitky v rozporu s § 110 anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111.

66. Podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 000 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odst. 1 písm. b), e), f) a g).

67. Zadavatel obdržel námitky navrhovatele KHL-EKO, a. s., dne 12. 11. 2010 (viz bod 59. tohoto rozhodnutí). Ustanovení § 111 odst. 1 zákona dává zadavateli k odeslání rozhodnutí o námitkách lhůtu deset dnů od obdržení námitek. Rozhodnutí o námitkách odeslal zadavatel dne 25. 11. 2010 (viz bod 58. tohoto rozhodnutí), tedy tři dny po uplynutí lhůty stanovené zákonem.

68. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel obdržel námitky navrhovatele Kavyl, spol. s r. o., také dne 12. 11. 2010, přičemž rozhodnutí o námitkách zadavatel navrhovateli Kavyl, spol. s r. o., odeslal rovněž 25. 11. 2010, tedy tři dny po uplynutí lhůty stanovené zákonem.

69. Zadavatel se nedodržením lhůty podle § 111 odst. 1 zákona pro odeslání rozhodnutí o námitkách dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g), proto mu byla Úřadem uložena pokuta podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona. V tomto případě je nevyřízení námitek v souladu s § 111 považováno samo o sobě za delikt zadavatele, přičemž zákon nezohledňuje, zda tímto deliktem mohl být, byl či nebyl podstatně ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky.

70. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl dne 6. 12. 2010, kdy obdržel návrh navrhovatele KHL-EKO, a. s., Ke spáchání správního deliktu došlo dne 23. 11. 2010 – v den, kdy došlo k marnému uplynutí lhůty pro odeslání rozhodnutí o námitkách. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

71. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

72. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu jako přitěžující zejména tu skutečnost, že zadavatel nevyřídil včas námitky ani jednoho z navrhovatelů. Jako polehčující okolnost Úřad posoudil to, že opožděné vyřízení námitek nemělo v konečném důsledku vliv na uplatnění práva navrhovatelů podat návrh na zahájení správního řízení.

73. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. Dle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z platebních bilancí, které jsou dostupné na internetových stránkách zadavatele (www.brno.cz) vyplývá, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
74. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele, kdy nevyřídil námitky ve lhůtě podle § 111 zákona, přistoupil k uložení pokuty. Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Proto Úřad uložil pokutu při dolní hranici zákonné sazby, podle které mohl Úřad uložit pokutu do výše 10 000 000 Kč (viz § 120 odst. 2 písm. b) zákona).
75. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

K nákladům řízení

76. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis.
77. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,-- Kč. Vzhledem k tomu uložil Úřad zadavateli povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno v bodu II. výroku tohoto rozhodnutí.
78. Vzhledem k tomu, že Úřad zrušil podle výroku I. posouzení nabídek a všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí, a to na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2010000483.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

1. AQE advisors, a.s., Jakubské nám. 2, 602 00 Brno
2. Kavyl, spol. s r. o., Mohelno 452/1, 675 75 Mohelno
3. KHL–EKO, a.s., Červený Hrádek 2, 431 11 Jirkov
4. ZÁBOJNÍK – contractors, s.r.o., Jeřabinová 1424, 768 61 Bystřice pod Hostýnem

Na vědomí:
Statutární město Brno, Dominikánské nám. 1, 601 67 Brno

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