



UOHSX001M9XZ

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R139/2009/VZ-3101/2010/310/EKu

V Brně dne: 10. března 2010

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 21.9.2009 navrhovatelem – společnostmi

- PPF Advisory (CR), a. s., IČ 25792385, se sídlem Evropská 2690/17, 160 41 Praha, za niž jedná Ing. Kateřina Čiháková, členka představenstva,
- ECOSOIL SÜD GmbH, se sídlem Gutenberg Strasse 28, 890 73 Ulm, Spolková republika Německo,
- AVE CZ odpadové hospodářství s. r. o., IČ 49356089, se sídlem Pražská 1321/38a, 102 00 Praha, a
- DEKONTA a. s., IČ 25006096, se sídlem Dřetovice 109, 273 42 Stehelčevy,

které podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 2.2.2009 společnou žádost o účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Odstranění některých ekologických zátěží vzniklých před privatizací“, zadávanou v užším řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 15.12.2008 pod ev. číslem 60026142 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16.12.2008 pod číslem 2008/S 244-325230, a které jsou ve správním řízení zastoupeny společnostmi PPF Advisory (CR), a. s., IČ 25792385, se sídlem Evropská 2690/17, 160 41 Praha, za niž jedná Ing. Kateřina Čiháková, členka představenstva,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 11.9.2009, č.j. ÚOHS-S133/2/09-11806/2009/530/RPá, kterým byl zamítnut návrh navrhovatele ze dne 31.8.2009 na vydání předběžného opatření, aby bylo zadavateli – České republice –

Ministerstvu financí, IČ 00006947, se sídlem Letenská 15, 118 10 Praha, za něhož jedná Ing. Eduard Janota, ministr, ve správním řízení zastoupenému Mgr. Bohuslavem Hubálkem, advokátem AK Jansta, Kostka, spol. s r. o., se sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha, uloženo pozastavit zadávací řízení výše uvedené veřejné zakázky ve smyslu § 117 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

jsem podle § 90 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, s přihlédnutím k ustanovení § 152 odst. 4 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S133/2/09-11806/2009/530/RPá ze dne 11.9.2009,

r u š í m

a řízení o rozkladu

z a s t a v u j i.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo financí, IČ 00006947, se sídlem Letenská 15, 118 10 Praha (dále jen „zadavatel“), zadal v užším řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dále jen „zákon“) veřejnou zakázku s názvem „Odstranění některých ekologických zátěží vzniklých před privatizací“, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 15.12.2008 pod ev. číslem 60026142 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16.12.2008 pod číslem 2008/S 244-325230. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Dne 25.5.2009 obdržel Úřad návrh společností PPF Advisory (CR), a. s., IČ 25792385, se sídlem Evropská 2690/17, 160 41 Praha, ECOSOIL SÜD GmbH, se sídlem Guttenberg Strasse 28, 890 73 Ulm, Spolková republika Německo, AVE CZ odpadové hospodářství s. r. o., IČ 49356089, se sídlem Pražská 1321/38a, 102 00 Praha, a DEKONTA a. s., IČ 25006096, se sídlem Dřetovice 109, 273 42 Stehelčevy, které podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 2.2.2009 společnou žádost o účast v zadávacím řízení (dále jen „navrhovatel“) na přezkoumání úkonů zadavatele. V průběhu správního řízení doručil navrhovatel Úřadu návrh na vydání

předběžného opatření ve formě pozastavení zadávacího řízení podle § 117 odst. 1 písm. b) zákona. Tento návrh opřel o skutečnost, že prvostupňové rozhodnutí Úřadu ve věci samé bude vydáno v období těsně předcházející lhůtě pro podání nabídek. K zajištění účasti v zadávacím řízení však musí být navrhovateli zabezpečen čas k seznámení se s data-roomem a k přípravě nabídky, jinak mu hrozí újma v řádu miliard Kč. Jedině pozastavení zadávacího řízení tak zabezpečuje efektivní nápravu navrhovatelova postavení a záruku jeho další účasti v zadávacím řízení.

3. Na rozdíl od navrhovatele nepovažoval zadavatel vydání předběžného opatření podle § 117 odst. 1 písm. b) zákona za nezbytné, neboť navrhovateli žádná újma nehrozí a naopak nelze vyloučit negativní dopad na ostatní zájemce. Dodal, že sám zadavatel může lhůtu pro podání nabídek prodloužit, stejně jako že Úřad může vydat předběžné opatření z moci úřední. Upozornil současně, že Úřad návrh na vydání předběžného opatření v jiném správním řízení, týkajícím se téže veřejné zakázky, zamítl. Závěrem podal svůj výklad institutu předběžného opatření spočívajícího v pozastavení zadávacího řízení, podle kterého by zájemci stále byli zavázáni podat nabídku ve stanovené lhůtě a pouze zadavatel by již žádné úkony (poskytovat dodatečné informace, prodlužovat lhůty pro podání nabídek, atp.) činit nesměl. S tím však navrhovatel ve své replice nesouhlasil a s poukazem na komunitární právní úpravu trval na tom, že v pozastaveném zadávacím řízení nesmí být činěny žádné úkony a že lhůta pro podání nabídek neběží. K dříve zamítnutému návrhu na vydání předběžného opatření v souvisejícím správním řízení uvedl, že mu v té době ještě nehrozila újma z důvodu blížícího se otevírání obálek.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 11.9.2009 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S133/2/09-11806/2009/530/RPá (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým návrh na vydání předběžného opatření, jímž mělo být zadavateli uloženo pozastavit zadávací řízení, zamítl.
5. V odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad nejprve shrnul obsah § 61 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) a podal výklad ustanovení § 117 odst. 1 písm. b) zákona. S odkazem na obsah směrnice Rady č. 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a veřejných zakázek na stavební práce, ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2007/66/ES ze dne 11.12.2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek (dále jen „přezkumná směrnice“) konstatoval, že lhůta pro podání nabídek po dobu platnosti předběžného opatření spočívajícího v pozastavení zadávacího řízení neběží. Upřesnil, že zákon sice neprecizuje termín „pozastavit“, avšak nemá pochyb o tom, že pozastavení zadávacího řízení se týká i povinnosti dodavatelů nabídky předložit ve stanovené lhůtě. Bylo by totiž proti smyslu tohoto institutu, kdyby mělo dojít k pozastavení jen některých procesů, neboť tak by pozastavení zadávacího řízení nemohlo sloužit k ochraně zájmů dodavatelů.

6. K odkazu na dříve zamítnutý návrh na vydání předběžného opatření v souvisejícím správním řízení (sp. zn. S130/2009/530-RPá) orgán dohledu uzavřel, že toto zamítnutí ani v rámci jednoho správního řízení nemůže mít precedenční charakter, neboť je nutné pokaždé znovu přihlížet ke všem okolnostem, a to jak jednotlivě, tak v jejich vzájemné souvislosti. Zamítnutí návrhu na uložení předběžného opatření tedy Úřad v žádném případě nezavazuje k tomu, aby pozdějšímu návrhu nevyhověl. Také tím není dotčeno právo Úřadu vydat předběžné opatření z moci úřední, budou-li následně zjištěny skutečnosti odůvodňující uložení předběžného opatření, což ve svém vyjádření připustil i sám zadavatel.
7. Konečně k újmě hrozící navrhovateli, na niž je návrh na vydání předběžného opatření vystavěn, orgán dohledu uvedl, že pokud by shledal návrh na přezkoumání úkonů zadavatele důvodným, musel by minimálně ve smyslu § 118 zákona zrušit vyloučení navrhovatele (vycházejí z předpokladu, že by neexistovaly důvody, pro které by bylo nutné zrušit zadání veřejné zakázky). V takovém případě by Úřad musel zrušit i všechny následující úkony zadavatele učiněné po vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení tak, aby bylo zadávací řízení vráceno do stadia před porušením zákona. Je tedy zcela vyloučeno, aby navrhovatel v případě svého úspěchu ztratil možnost vypracovat svou nabídku nebo měl k dispozici kratší časový úsek na její vypracování než ostatní zájemci. Úkony spočívající ve výzvách k podání nabídky, včetně stanovení lhůty pro jejich podání, by zadavatel musel učinit znovu.

III. Námitky rozkladu

8. V rozkladu podaném proti napadenému rozhodnutí navrhovatel nesouhlasí s výkladem Úřadu, podle něhož nemohou být až do uzavření smlouvy na realizaci veřejné zakázky práva vyloučených uchazečů neodůvodněně ohrožena a uvádí, že by v takovém případě byl institut pozastavení zadávacího řízení v zákoně nadbytečný a podmínky pro jeho nařízení by nikdy nemohly nastat. Dále upozorňuje na nesoulad tohoto výkladu s čl. 2 odst. 1 písm. a) přezkumné směrnice, a to zejména její hlavní zásadou, že každé osobě, která má nebo měla zájem na získání veřejné zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla nebo hrozí škoda, musí být dostupná účinná možnost přezkumu všech úkonů zadavatele, které mohou mít právní účinky. Úřad se taktéž nevypořádal s odkazy na odbornou literaturu (Neruda, R., Raus, D. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář a prováděcí předpisy. Praha: Linde Praha, a.s., 2005, str. 767, a Krč, R., Marek, K., Petr, M. Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon s vysvětlivkami a předpisy souvisejícími. Praha: Linde Praha, a.s., 2008, str. 538) a argumentací zde uvedenou k použití předběžného opatření a doplňuje, že pozastavení zadávacího řízení je třeba nařídit, dokud je účelné zabránit jiným úkonům zadavatele, než je uzavření smlouvy, což je obzvláště typické pro případ vyloučení zájemců o účast v užším řízení, tj. pro přezkoumávaný případ. Navrhovatel opětovně trvá na tom, že mezi postavením neoprávněně vyloučených a nevyločených zájemců narůstá nerovnost úměrně délce trvání tohoto stavu (zejména proto, že na rozdíl od ostatních zájemců dosud, navzdory zásadám zakotveným v § 6 zákona, neměl možnost seznámit se s obsahem data-roomu, obsahujícího informace potřebné k vypracování nabídky), a i proto je nařízení předběžného opatření ve formě pozastavení zadávacího řízení

procesně efektivnější, neboť nebudou muset případně být rušeny či opakovány další úkony uchazečů.

9. Další soubor rozkladových námitek směřuje proti závěru Úřadu, že je vyloučeno, aby navrhovatel ztratil možnost vypracovat nabídku nebo měl v porovnání s ostatními uchazeči k dispozici kratší časový úsek pro její vypracování. Napadené rozhodnutí stojí na předpokladu, že Úřad ve věci samé stihne rozhodnout do okamžiku uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, aniž by se však zabývalo situací opačnou. Hrozí tedy, že veškerá snaha navrhovatele o ochranu jeho práv bude zmařena, neboť nápravné opatření podle § 118 zákona nebude Úřad moci uložit. Lhůta pro podání nabídek je stanovena na 13.10.2009, avšak dosavadní průběh správního řízení spíše nasvědčuje tomu, že do tohoto data pravomocně rozhodnuto nebude, navíc nelze vyloučit podání rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí. I proto je namístě chránit práva navrhovatele preventivně, a to ve všech případech, kdy náhrada škody nezajišťuje účinnou náhradu porušení práva (zejména tehdy, nedošlo-li k podání nabídky), neboť navrhovatel nemá reálnou možnost uzavření smlouvy zabránit. Zákon navíc neřeší, jak by se mělo postupovat při vrácení neoprávněně vyloučených uchazečů do zadávacího řízení poté, co došlo k otevření nabídek. Navrhovatel se navíc s ohledem na dosud podaná vyjádření zadavatele obává, že zadavatel zákon poruší, nabídky otevře a smlouvu uzavře, aniž by meritorního rozhodnutí Úřadu vyčkal. Upozorňuje, že postrádá legitimaci k podání námitek podle § 110 odst. 4 zákona, přičemž se nemůže spoléhat na to, že námítka podají zájemci, jejichž nabídka nebyla vybrána. Taktéž se nemůže spoléhat na to, že k vydání předběžného opatření Úřad přistoupí z moci úřední. Navrhovatel taktéž nemá možnost se dozvědět o rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a obává se, že po uplynutí lhůty pro podání nabídek se nebude moci seznámit s obsahem (v té době již zrušeného) data-roomu. Znovu opakuje, že zákaz uzavření smlouvy nemůže zajistit, aby mohl připravit a podat nabídku za srovnatelných podmínek s ostatními uchazeči.
10. Závěrem podaného rozkladu navrhovatel označuje kvalifikační kritérium formulované v bodu 6.3.5 písm. g) zadávací dokumentace za nepřiměřené a podotýká, že jej mohly splnit toliko dva subjekty. Přesto je navrhovatel přesvědčen, že je schopen podat nejvýhodnější nabídku. Na základě výše uvedeného se navrhovatel domáhá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a předběžné opatření, jímž zadavateli uloží pozastavit zadávací řízení, nařídil, neboť pro tento postup jsou splněny všechny podmínky.

IV. Řízení o rozkladu

11. 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.
12. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu jsem zjistil následující skutečnosti, které odůvodňují postup podle § 90 odst. 2 a § 152 odst. 4 správního řádu, a proto napadené rozhodnutí ruším a řízení o rozkladu zastavuji.

V. K důvodům pro zrušení rozhodnutí a zastavení řízení

13. Dne 9.10.2009 vydal Úřad na základě návrhu navrhovatele ze dne 2.10.2009 předběžné opatření č. j. ÚOHS-S133/2/09-13064/2009/530/RPá, kterým zadavateli podle § 117 odst. 1 písm. b) zákona uložil pozastavit zadávací řízení. Jinými slovy, v mezidobí od podání rozkladu proti napadenému rozhodnutí o zamítnutí návrhu na vydání předběžného opatření ze dne 11.9.2009, č. j. ÚOHS-S133/2/09-11806/2009/530/RPá, do rozhodnutí o tomto rozkladu Úřad svůj původně zamítavý postoj k pozastavení zadávacího řízení přehodnotil a předběžné opatření v této formě na podkladě nové žádosti navrhovatele vydal. Z odůvodnění rozhodnutí ze dne 9.10.2009, č. j. ÚOHS-S133/2/09-13064/2009/530/RPá, vyplývá, že Úřad shledal, že do konce lhůty pro podání nabídek (tj. do 13.10.2009) zbývá již jen krátká doba. Z tohoto důvodu považoval za nezbytné zabránit tomu, aby nabídky byly podány, resp. otevřeny. Výslovně zdůraznil, že i v případě, kdy by některý ze zájemců nabídku podal, zadavatel nesmí s nabídkami jakkoli nakládat. V tomto postupu byl veden čl. 2 odst. 1 písm. a) přezkumné směrnice, jež byl transponován do § 117 zákona a podle něhož musí členské státy zajistit, aby opatření přijímaná v souvislosti s přezkumným řízením zahrnovala pravomoc co nejrychleji napravit domnělé protiprávní jednání nebo zabránit dalšímu poškozování příslušných zájmů, včetně opatření vedoucích k pozastavení postupů vedoucích k zadání veřejné zakázky nebo výkonu rozhodnutí zadavatelem. Cíl přezkumné směrnice tak Úřad naplnil pomocí institutu předběžného opatření spočívajícím v pozastavení zadávacího řízení, a to v nezbytně nutném rozsahu k zajištění účelu přezkumného řízení, tj. ochraně práv dodavatelů účastnících se zadávacího řízení.
14. Nadto bylo dne 9.10.2009 vydáno rozhodnutí ve věci samé, č.j. ÚOHS-S133/2/09-12235/2009/530/RPá, kterým Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona, když vyloučil navrhovatele pro nesplnění kvalifikace z důvodu nesouladu smlouvy o sdružení s § 51 odst. 6 zákona, nesouladu smluv navrhovatele se subdodavatelem s § 51 odst. 4 zákona a neprokázání technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 2 písm. d) zákona stanoveného v čl. 6.3.5 kvalifikační dokumentace, ačkoliv nesplnění kvalifikace navrhovatelem nebylo prokázáno, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako opatření k nápravě orgán dohledu zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 15.4.2009 o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Podle § 119 odst. 2 zákona 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, ve znění pozdějších předpisů, Úřad zadavateli uložil také uhradit náklady řízení, a to ve výši 30 000,- Kč, splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci citovaného rozhodnutí na příslušný účet Úřadu.
15. Podle § 117 odst. 3 zákona Úřad zruší předběžné opatření, jakmile pomine důvod, pro který bylo nařízeno, jinak pozbývá platnosti dnem, kdy rozhodnutí podle § 118 zákona nabylo právní moci. Obdobnou úpravu obsahuje také § 61 odst. 3 správního řádu, podle něhož správní orgán předběžné opatření zruší rozhodnutím bezodkladně poté, co pomine důvod, pro který bylo nařízeno. Neučiní-li tak, pozbývá předběžné opatření účinnosti dnem, kdy se rozhodnutí ve věci stalo vykonatelným nebo nabylo jiných právních účinků. Podle § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu, jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními

předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a řízení zastaví. Podle § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu postupuje odvolací správní orgán též tehdy, jde-li o odvolání proti rozhodnutí o předběžném opatření a nabylo-li již rozhodnutí ve věci právní moci, ledaže by rozhodnutí o tomto odvolání mohlo mít význam pro náhradu. Nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání (§ 152 odst. 4 správního řádu).

16. Přijetím rozhodnutí ve věci samé ze dne 9.10.2009, č.j. ÚOHS-S133/2/09-12235/2009/530/RPá, které nabylo právní moci dne 30.10.2009 (tj. ještě před projednáním a rozhodnutím rozkladu proti napadenému rozhodnutí), nastala podmínka předpokládaná v § 90 odst. 2 správního řádu. S ohledem na formulaci naposledy uvedeného ustanovení („... jde-li o odvolání proti rozhodnutí o předběžném opatření...“) mám zato, že je použitelné jak pro odvolání (rozklad) proti rozhodnutí, kterým je předběžné opatření nařízeno, tak i proti rozhodnutí, jímž se návrh na vydání předběžného opatření zamítá. Z tohoto důvodu jsem nemohl postupovat jinak než v intencích § 90 odst. 2 v návaznosti na § 152 odst. 4 správního řádu, a tedy rozhodnutí zrušit a řízení o rozkladu zastavit.
17. Závěrem uvádím, že smyslem předběžného opatření je zabránění vzniku složitých obchodně-právních vztahů, které jsou v rozporu se zákonem. Rozhodnutí o předběžném opatření se proto zabývá pouze otázkou, zda vznik takových složitých a těžko napravitelných právních vztahů hrozí. Ve fázi vydání předběžného opatření tudíž Úřadu nepřísluší vyslovovat závěry ve věci samé, což jsou v konkrétním případě i závěry o tom, zda byly kvalifikační předpoklady navrhovatelem splněny, či nikoli. O této otázce ostatně již bylo rozhodnuto ve výše zmíněném pravomocném meritorním rozhodnutí.

VI. Závěr

18. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly skutečnosti odůvodňující zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení o rozkladu, 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. PPF Advisory (CR), a. s., Evropská 2690/17, 160 41 Praha
2. Mgr. Bohuslav Hubálek, advokát, Těšnov 1/1059, 110 00 Praha

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy