

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE
604 55 Brno, třída Kpt. Jaroše 7

ROZHODNUTÍ

Č.j.: S237/2007-00300/2007/550-VŠ

V Praze dne 10.10.2007

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 7.9.2007 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Milovice, IČ 00239453, se sídlem ul. 5 května 71, 289 23 Milovice, jednající starostou Milanem Krausem,
- navrhovatel - společnost AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o., IČ 49356089, se sídlem Rumunská 1, 120 00 Praha 2, za kterého jedná jednatel Dr. Peter Hodecek a jednatel Mgr. Roman Mužík,
- účastník soutěže – společnost .A.S.A. spol. s r.o., se sídlem Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8, jehož návrh byl vybrán jako nejvhodnější,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele v soutěži o návrh „Zajištění služeb – svoz a třídění odpadů ve městě Milovice“, jejíž oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 8.6.2007 pod evidenčním číslem 60008289 podle ustanovení § 104 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., **rozhodl** podle ustanovení § 114 odst. 3 citovaného zákona o veřejných zakázkách, takto:

Výše uvedené správní řízení se zastavuje, neboť Úřad pro ochranu hospodářské soutěže není věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu.

Odůvodnění

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále „Úřad“) byl dne 7.9.2007 doručen návrh navrhovatele společnosti AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o., IČ 49356089, se sídlem Rumunská 1, 120 00 Praha 2, za kterého jedná jednatel Dr. Peter Hodecek a jednatel Mgr. Roman Mužík (dále jen „navrhovatel“), na přezkoumání úkonů zadavatele města Milovic, IČ 00239453, se sídlem ul. 5 května 71, 289 23 Milovice, jednajícího starostou Milanem Krausem (dále jen „zadavatel“), v soutěži o návrh „Zajištění služeb – svoz a třídění odpadů ve městě Milovice“. Uvedená soutěž byla zahájena uveřejněním jejího oznámení podle ustanovení § 104 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. (dále jen „zákon“) v informačním systému o veřejných zakázkách dne 8.6.2007 pod evidenčním číslem 60008289.

Ve stanovené lhůtě pro podání návrhu, tj. do 9.7.2007, podali svoje návrhy čtyři účastníci soutěže, jedním z nichž byl navrhovatel.

Oznámením rozhodnutí o výběru nejvhodnějšího návrhu ze dne 7.8.2007 oznámil zadavatel účastníkům soutěže, že „rada města na svém jednání č. 28/2007 dne 6.8.2007 přijala usnesení č. 328/2007. V tomto usnesení respektovala výsledky hodnocení poroty ze dne 17.7.2007, se kterými jste byli seznámeni dne 26.7.2007, a potvrdila vítěze zakázky, kterým je uchazeč .A.S.A. spol. s r.o., Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8“. Oznámení rozhodnutí o výběru nejvhodnějšího návrhu bylo navrhovateli doručeno dne 9.8.2007.

S datem 17.8.2007 podal navrhovatel proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnějšího návrhu námitky, které byly zadavateli doručeny dne 22.8.2007. Námitky směřují proti těmto úkonům zadavatele: „(i) proti postupu zadavatele při jmenování a složení poroty pro výběr návrhu, (ii) proti způsobu hodnocení návrhů porotou, (iii) proti rozhodnutí zadavatele o výběru vítěze zakázky“.

Zadavatel podané námitky přezkoumal a dne 22.8.2007 jim s odůvodněním nevyhověl. Písemné rozhodnutí o tom bylo navrhovateli doručeno dne 30.8.2007.

Jak již shora uvedeno, Úřadu byl dne 7.9.2007 doručen návrh navrhovatele z téhož dne na přezkoumání úkonů zadavatele. Oproti námitkám, které směřovaly proti třem výše uvedeným úkonům zadavatele, návrh jako proti prvnímu úkonu zadavatele směřuje k přezkoumání použití soutěže o návrh namísto některého druhu zadávacího řízení. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad přezkoumal postup zadavatele v tom smyslu, zda použití soutěže o návrh bylo v souladu se zákonem. Dle názoru navrhovatele mělo být vypsáno zadávací řízení, a to vzhledem k tomu, že se jedná o běžnou veřejnou zakázku a nejsou v tomto případě naplněny podmínky ustanovení § 102 a násl. zákona pro použití soutěže o návrh a soutěž o návrh tedy neměla být vůbec použita. Zákon vymezuje podmínky pro použití soutěže o návrh kromě jiného tak, že soutěží o návrh se rozumí postup zadavatele směřující k získání návrhu, projektu či plánu, přičemž zadavatel použije soutěž o návrh zejména v oblasti územního plánování, architektury, stavitelství či zpracování dat (§ 103 odst. 1 a 2 zákona). Podle názoru navrhovatele se u této veřejné zakázky nejedná o případ, který by výše uvedeným zákonným podmínkám pro použití soutěže o návrh vyhovoval, a to především z těchto důvodů: „(i) postup zadavatele nesměřoval k získání návrhu, projektu či plánu, ale směřoval k faktickému obdržení nabídky uchazečů na plnění veřejné zakázky ve smyslu nabídek v rámci zadávacího řízení, včetně návrhu smlouvy o dílo na předmět plnění zakázky; a (ii) postup zadavatele nesplňuje podmínky § 103 odst. 2 ZVZ s tím, že se nejedná o oblast, pro kterou by bylo možné soutěž o návrh použít“.

Navrhovatel dále uvádí, že soutěž o návrh je specifickým nástrojem upraveným zákonem, který použije zadavatel zejména tehdy, pokud o předmětu plnění nemá přesnou a ucelenou představu, např. z toho důvodu, že použitých řešení může být více nebo mnoho, a z toho důvodu se obrátí na účastníky, aby podali své návrhy na řešení. Tyto návrhy se mohou svým způsobem provedení, vzhledem, použitou technologií, apod. od sebe více či méně odlišovat a zadavatel si tak na jejich základě může udělat konkrétnější představu o budoucím řešení či případném předmětu plnění. Zákon ve výčtu uvádí zejména oblast plánování, architektury nebo stavitelství, tedy oblasti relativně si blízké a úzce spojené se vzhledem obce či krajiny. Např. v oblasti architektury je zřejmé, že jednotlivé návrhy se budou značně lišit podle projektů či návrhů jednotlivých účastníků, tedy budou předloženy poměrně odlišné

návrhy např. staveb, a na základě provedené soutěže zadavatel logicky následně zadá u vítězného uchazeče zpracování projektové dokumentace.

V daném případě však žádný „návrh“ ve smyslu ustanovení zákona odevzdán být patrně ani nemůže, uvádí dále navrhovatel. Předmětná zadávací dokumentace obsahovala detailní popis předmětu plnění, tedy sběr, svoz a odstranění směsného komunálního odpadu, separovaných složek odpadu, nebezpečného odpadu a velkoobjemového odpadu (čl. 2 zadávací dokumentace). Ve formuláři č. 3 k zadávací dokumentaci je u jednotlivého druhu odpadu přesně vymezen typ nádob na odpad, počet požadovaných svozů, předpokládaný počet nádob, apod. Četnost svozu v jednotlivých částech obce Milovice je dále konkrétně vymezena v čl. 6 zadávací dokumentace. Účastník tedy fakticky mohl odevzdat svou cenovou nabídku a návrh smlouvy, která požadované podmínky plnění reflektovala. Prostor pro vlastní řešení účastníka tak byl značně minimalizován ve smluvních podmínkách.

Navrhovatel je toho názoru, že postup zadavatele k získání „návrhu“ ve smyslu zákona fakticky nesměřoval, neboť zadavatel musel logicky mít, a dle zadávací dokumentace také měl, představu o předmětu plnění zakázky poměrně velmi přesnou, vycházející mimo jiné také z toho, jak nakládání s komunálním odpadem fungovalo v předchozích letech.

Vzhledem k výše uvedenému je navrhovatel přesvědčen, že zadavatel vůbec neměl soutěž o návrh použít, neboť použití tohoto instrumentu není vzhledem k této veřejné zakázce v souladu se zákonem, a měl použít některé ze zadávacích řízení uvedených v ustanovení § 21 zákona, patrně otevřené řízení. Použitím soutěže o návrh, zřejmě v rozporu se zákonem, tak mohl zadavatel následně formálně naplnit podmínky dané ustanovením § 23 odst. 6 zákona pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, které by následovalo po soutěži o návrh. Režim jednacího řízení bez uveřejnění, kdy je hospodářská soutěž o veřejnou zakázku fakticky vyloučena, je druh zadávacího řízení zvláštní a výjimečný, pro jehož použití musejí být za splnění podmínek zákona relevantní důvody; k tomu se ostatně přiklání i odborná literatura a rozhodovací praxe Evropského soudního dvora. Navrhovatel uvádí, že mu proto logicky není zřejmé, jak se uvedený případ liší od jiných veřejných zakázek na komunální služby, které jsou vypisovány nejspíše v každém městě či obci.

Navrhovatel ve svém návrhu dále uvádí, že dle právní úpravy jednacího řízení bez uveřejnění je dále možné dohodnout i jiné podmínky plnění veřejné zakázky, než které byly uvedeny v zadávací dokumentaci (§ 34 odst. 4 zákona) a tím fakticky ostatní účastníky soutěže o návrh a jejich návrhy ve vztahu k zadávací dokumentaci do značné míry obejít. Vzhledem k odlišné úpravě soutěže o návrh a zadávacího řízení tak může dojít, a také došlo, ke značnému snížení transparentnosti při výběru uchazeče. Zadavatel, resp. porota hodnotící návrhy, tak např. vypracovala pouze velmi formální a stručný protokol, aniž by tak zcela porušila výslovnou dikci ustanovení § 106 odst. 5 zákona s tím, že protokol by zcela jistě nemohl, především obsahově, obstát ve srovnání se zprávou o posouzení a hodnocení nabídek podle ustanovení § 80 odst. 1 zákona, resp. s požadavky zákona na tuto zprávu kladených, která není v případě soutěže o návrh vyžadována. I na tomto případě je patrný rozdíl v odlišnosti obou institutů (tj. zadávacího řízení a soutěže o návrh), kdy u soutěže o návrh lze z podstaty věci obtížněji stanovit jednoznačná kritéria hodnocení a hodnocení je tak subjektivnější než v zadávacím řízení, kde se hodnotí pouze podle zákonem stanovených základních hodnotících kritérií, tedy ekonomické výhodnosti nebo nejnižší ceny, a výběr je třeba řádně ve zprávě odůvodnit. Zadavatel se svým postupem nejen vyhnul požadavkům zákona na zprávu o posouzení nabídek, ale také dalším podmínkám zákona stanoveným pro zadávací řízení. Příkladem lze uvést např. rozdílnou úpravu ve vztahu ke složení poroty dle

ustanovení § 106 a § 74 odst. 7 a 8 zákona. Ustanovení § 74 odst. 7 zákona stanoví daleko širší požadavky na nezávislost člena komise (nepodjatost, nepodílet se na přípravě nabídky, absence osobního zájmu na zadání veřejné zakázky, ani jej nesmí s uchazeči spojovat osobní ani pracovní či jiný obdobný poměr), oproti obecné formulaci nepodjatosti dle ustanovení § 106 zákona. Člen hodnotící komise má dále povinnost bez odkladu oznámit důvod k podjatosti, který případně vznikl, stejně tak jako činí na počátku prvního jednání písemné prohlášení o své nepodjatosti. Rovněž tak jsou rozdílné požadavky na jednání hodnotící komise dle ustanovení § 75 zákona a poroty, tj. požadavky na svolání členů komise nejméně 7 dnů předem, volbu předsedy a místopředsedy, atd. Stejně tak nejsou u soutěže o návrh dodržena formální pravidla otevírání obálek s nabídkami komisí a je dále vyloučeno právo uchazečů účastnit se otevírání obálek a povinnost zadavatele termín oznámit (§ 71 zákona), a to z důvodu, jak již uvedeno, rozdílnosti právní úpravy soutěže o návrh a zadávacího řízení. Stejně tak nemělo oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky náležitosti požadované v ustanovení § 81 odst. 3 zákona, uvádí navrhovatel.

Na závěr této úvodní části svého návrhu navrhovatel s odvoláním na výše uvedené jako zřejmé uvádí, že postup zadavatele byl v rozporu se zákonem, že nebyly naplněny podmínky pro použití soutěže o návrh, čímž došlo ke značnému zjednodušení faktického postupu zadavatele ve vztahu k vyloučení požadavků zákona pro zadávání veřejných zakázek, což vedlo nebo mělo vést ke značnému snížení práv uchazečů a především k podstatnému snížení transparentnosti při výběru dodavatele, jakož i k omezení kontrolních mechanismů. Postup zadavatele tak vykazuje zřetelné znaky pokusu o obcházení zákona a povinnosti zadat veřejnou zakázku v otevřeném zadávacím řízení.

V druhé části svého návrhu navrhovatel v zásadě opakuje svoje námitky podané proti postupu zadavatele při jmenování složení poroty pro výběr návrhu. Podle jeho názoru zadavatel podle všeho radou města, ani jiným svým orgánem nepřijal žádné usnesení o jmenování členů poroty, resp. alespoň takové usnesení obvyklým způsobem na svých internetových stránkách nezveřejnil.

V třetí části svého návrhu navrhovatel v zásadě opakuje svoje námitky podané proti způsobu hodnocení návrhů porotou. Je přesvědčen, že samotný postup poroty při hodnocení návrhů nebyl transparentní. Objektivním kritériem při hodnocení návrhů bylo fakticky dle zadání soutěže o návrh pouze dílčí kritérium č. 1, kterým byla „celková výše ceny návrhu za plnění veřejné zakázky za období 2007 – 8 – váha 60 %“. Ostatní tři dílčí hodnotící kritéria jsou potom kritérii relativně velmi subjektivními, přičemž při hodnocení návrhů podle každého z těchto kritérií je třeba kvalifikovaně hodnotit relativně velké množství dílčích aspektů každého návrhu, dávat je navzájem do souvislosti a návrhy jednotlivých uchazečů detailně porovnávat, uvádí navrhovatel.

Ve čtvrté části svého návrhu navrhovatel v zásadě opakuje svoje námitky podané proti rozhodnutí zadavatele o výběru vítěze zakázky. Uvádí, že rozhodnutí zadavatele bylo nesprávné v tom, že se ztotožnil s výsledkem hodnocení porotou, namísto aby byla zjednána náprava. Porota výslovně doporučila, aby byly do smlouvy o dílo s vybraným uchazečem zpracovány nabídky učiněné tímto uchazečem formou doplnění nebo formou samostatné smlouvy, je tedy zřejmé, že samotný návrh smlouvy nebyl perfektní (naopak byl zjevně neúplný).

Na závěr svého návrhu vyjadřuje navrhovatel přesvědčení, že zadavatel zákonem stanovený postup pro zadání veřejné zakázky nedodržel, přičemž tento fakt podstatně ovlivnil

výběr nejvhodnější nabídky (návrh). V případě, že by Úřad z jakéhokoliv důvodu shledal, že návrh navrhovatele na zahájení řízení nespĺňuje požadavky zákona na tento návrh a nemohlo by dojít k doplnění návrhu, domnívá se navrhovatel, že by Úřad měl zahájit v této věci řízení ve smyslu ustanovení § 113 odst. 1 zákona z moci úřední.

Navrhovatel navrhuje, aby Úřad „uložil nápravné opatření a zadání soutěže o návrh, resp. úkony zadavatele (i) vypsání soutěže o návrh, a (ii) rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zrušil“.

Účastníky správního řízení podle ustanovení § 116 zákona jsou

- zadavatel – město Milovice, IČ 00239453, se sídlem ul. 5 května 71, 289 23 Milovice, jednající starostou Milanem Krausem,
- navrhovatel - společnost AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o., IČ 49356089, se sídlem Rumunská 1, 120 00 Praha 2, za kterého jedná jednatel Dr. Peter Hodecek a jednatel Mgr. Roman Mužík,
- účastník soutěže – společnost .A.S.A. spol. s r.o., se sídlem Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8, jehož návrh byl vybrán jako nejvhodnější.

Výše uvedeným účastníkům řízení Úřad dopisem Č.j.: S237/2007-00271/2007/550-VŠ ze dne 17.9.2007 oznámil zahájení správního řízení.

Dne 25.9.2007 obdržel faxem, písemně pak dne 1.10.2007, spolu s dokumentací soutěže o návrh i vyjádření zadavatele k návrhu, datované téhož dne.

V úvodu svého vyjádření zadavatel uvádí, že v rámci soutěže o návrh postupoval zcela v souladu se zákonem a že se pochybení nedopustil. Tento názor již dříve vyjádřil ve svém rozhodnutí o námitkách navrhovatele. Dle mínění zadavatele navrhovatel ne zcela v souladu se zákonem do svého návrhu přidal i oblast, kterou nenamítal v rámci své předchozí námítky. Jedná se o „(i) použití soutěže o návrh namísto některého druhu zadávacího řízení“. K tomu zadavatel uvádí, že nelze absolutně souhlasit s navrhovatelem, když tvrdí, že „se nejedná o oblast, pro kterou by bylo možné soutěž o návrh použít“. Zákonodárce vycházející ze směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES zakomponoval do ustanovení § 103 odst. 2 zákona ty oblasti, ve kterých předpokládal největší využití soutěže o návrh, což ovšem neznamená, že v jiných oblastech nelze soutěže o návrh použít. Nejedná se tedy o výčet taxativní, nýbrž o výčet demonstrativní.

Jeví se jako ne příliš šťastné, uvádí dále zadavatel, že je napadán navrhovatelem v tom smyslu, že soutěž o návrh není dostatečně legislativně ošetřena. Zadavatel není zákonodárným orgánem, který by mohl cokoli v zákoně měnit. Má-li navrhovatel v tomto ohledu některá doporučení, nechť je adresuje právě na zákonodárný orgán. Dle navrhovatelem uvedené logiky by i dalších 52 soutěží o návrh, které zadavatel zaznamenal v informačním systému o veřejných zakázkách, trpělo touto vadou.

Zadavatel dále uvádí, že důvodem, proč zvolil soutěž o návrh, byla snaha o maximální objektivizování hodnocení předložených návrhů a snaha o vyloučení jakýchkoli možných pochybností souvisejících s výběrem nejvhodnějšího návrhu. Soutěž o návrh jako jediná počítá s absolutní anonymitou návrhů (pokud by ji účastník porušil, byl by vyloučen, viz

ustanovení § 105 odst. 2 zákona). Pokud v jiných typech řízení hodnotící porota ví, kdo daný návrh (nabídku) zpracoval, může být ve svém hodnocení zejména nekvantifikovatelných kritérií tímto ovlivněna. V případě soutěže o návrh porota neví, kdo daný návrh zpracoval a tudíž míra objektivnosti hodnocení těchto kritérií je daleko větší.

Vzhledem k tomu, že zadavatel splnil zákonné požadavky na použití soutěže o návrh a dále, že neměl žádné pochybnosti o tom, zda-li tuto formu použít (žádný právní předpis, metodický pokyn, rozhodnutí Úřadu či judikatura soudů toto nenaznačovala), použil tuto formu jako formu nejvhodnější, uvádí na závěr svého vyjádření k návrhu zadavatel.

Úřad přezkoumal napadené úkony zadavatele a na základě obsahu dokumentace soutěže o návrh, obsahu návrhu navrhovatele a obsahu vyjádření zadavatele k tomuto návrhu shledal, že v daném případě se nejedná o zadávání veřejné zakázky a rozhodl proto o zastavení správního řízení pro věcnou nepříslušnost k rozhodnutí o návrhu.

Oporu pro své rozhodnutí nalézá Úřad v ustanovení § 1 zákona, podle jehož písm. a) zákon upravuje postupy při zadávání veřejných zakázek a podle písm. b) soutěž o návrh, podle ustanovení § 112 odst. 1 a především ustanovení § 112 odst. 2 písm. b) zákona, které stanoví, že Úřad rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu s tímto zákonem, jakož i v ustanovení § 21 odst. 1 zákona, ve kterém jsou taxativním výčtem uvedeny druhy zadávacích řízení, mezi nimiž však soutěž o návrh není zahrnuta.

Z výše uvedeného je patrné, že Úřad v daném případě není věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu. Úřad však může přezkoumat na soutěž o návrh navazující veřejnou zakázku na služby zadanou v jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 6 zákona. Soutěž o návrh použití tohoto ustanovení zákona stanovila, stanovila rovněž, že navazující veřejná zakázka na služby musí být zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže.

S ohledem na všechny shora uvedené skutečnosti, které Úřad přezkoumal v průběhu správního řízení, Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže - sekce veřejných zakázek v Brně, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Rozklad proti rozhodnutí o předběžném opatření nemá podle § 61 odst. 2 správního řádu odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby každému účastníkovi řízení mohl být zaslán jeden stejnopis.

Mgr. Jindřiška Koblihová
místopředsedkyně ÚOHS
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

Rozhodnutí obdrží:

1. Město Milovice, ul. 5. května 71, 289 23 Milovice
2. AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o., Rumunská 1, 120 00 Praha 2
3. .A.S.A. spol. s r.o., Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8