

Č. j.: R221/2007/03-04461/2008/310-Hr

V Brně dne 25. února 2008

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 23.11.2007 podaném společností

- **AVE CZ odpadové hospodářství s. r. o., IČ 49356089, se sídlem Rumunská 1, 120 00 Praha 2**, zast. prokuristy Ing. Lubošem Kačírkem, MBA a Mgr. Jiřím Šmídem, MBA,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10. 10. 2007, č. j. S237/2007-00300/2007/550-VŠ, o přezkoumání úkonů zadavatele

- **města Milovice, IČ 00239453, se sídlem ul. 5. května 71, 289 23 Milovice**, zast. starostou Milanem Krausem,

v soutěži o návrh s názvem „**Zajištění služeb – svoz a třídění odpadů ve městě Milovice**“, vyhlášené podle § 104 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., jejíž oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 8. 6. 2007 pod evidenčním číslem 60008289, jehož dalším účastníkem je společnost

- **.A.S.A., spol. s r. o., IČ 45809712, se sídlem Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8**, za niž jedná na základě plné moci ze dne 1. 7. 2007 S [redacted] B [redacted] zmocněn prokuristy Ing. Liborem Luňáčkem a Ing. Petrem Morávkem, která podala návrh vybraný jako nejvhodnější,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10.10.2007, č. j. S237/2007-00300/2007/550-VŠ,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

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

1. Zadavatel – město Milovice, IČ 00239453, se sídlem ul. 5. května 71, 289 23 Milovice, zast. starostou Milanem Krausem (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách dne 8.6.2007 pod evidenčním číslem 60008289 oznámení soutěže o návrh s názvem „Zajištění služeb – svoz a třídění odpadů ve městě Milovice“ podle § 104 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. (dále jen „zákon“).
2. Z protokolu o výsledcích hodnocení návrhu vyplynulo, že Rada města Milovice svým usnesením č. 328/2007 schválila na základě výsledků hodnotící komise vítězem soutěže společnost .A.S.A. spol. s r.o., se sídlem Dáblická 791/89, 182 00 Praha 8 (dále jen „vítěz soutěže“). Rozhodnutí o výběru nejvhodnějšího návrhu oznámil zadavatel účastníkům soutěže dne 9.8.2007. Proti tomuto rozhodnutí podala společnost AVE CZ odpadové hospodářství s. r. o., IČ 49356089, se sídlem Rumunská 1, 120 00 Praha 2 (dále jen „navrhovatel“) námitky a následně dne 7.9.2007 návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.
3. Podobně jako v podaných námitkách vyjádřil navrhovatel pochybnosti týkající se způsobu zadání veřejné zakázky, a navrhovatel požaduje, aby Úřad přezkoumal postup zadavatele v tom smyslu, zda použití soutěže o návrh bylo v souladu se zákonem. Dle navrhovatele mělo být vypsáno zadávací řízení, poněvadž se jednalo o běžnou veřejnou zakázku a nejsou splněny podmínky § 102 zákona. 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 postup zadavatele nesplňuje podmínky § 103 odst. 2 zákona 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 se použije zejména tehdy, pokud o předmětu plnění nemá přesnou a ucelenou představu, např. z toho důvodu, že řešení může být mnoho. V daném případě se však o tento případ nejedná, poněvadž zadavatel detailně popsal předmět plnění a prostor pro vlastní řešení tak byl značně minimalizován. Použití soutěže o návrh bylo proto v rozporu se zákonem. Navrhovatel dále napadá i postup hodnotící komise a vypracovaný protokol, který je velmi stručný. Také napadá složení komise i samotné kritéria hodnocení. Podle navrhovatele tedy zadavatel ne zvolil zákonem předepsanou formu zadání veřejné zakázky z hlediska jejího předmětu – smyslem soutěže o návrh je získání návrhu projektu či plánu a musí se jednat o technologicky nebo jinak zvláštní řešení. Soutěž o návrh tak nelze použít pro vlastní realizaci plnění z projektu vyplývajícího či při běžných zakázkách, jejichž realizace s sebou nepřináší specifické, speciální či individuální řešení. Smyslem předmětné zakázky však je běžné zajištění nakládání s komunálním odpadem, kterýžto by měl být zadán podle části druhé zákona.
4. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu pak zejména uvádí, že postupoval v souladu se zákonem. Také uvádí, že není pravdou, že se jedná o oblast, kde soutěž o návrh nelze použít a odkazuje v této souvislosti na směrnici 2004/18/ES. Zadavatel na základě vypsání výběrového řízení získal zcela jasnou představu o způsobu likvidace a

nakládání s odpady na území města a žádný zákona a ani judikatura mu nebránila v použití tohoto způsobu zadání.

Napadené rozhodnutí

5. Dne 10.10.2007 vydal Úřad rozhodnutí č. j. S237/2007-00300/2007/550-VŠ, kterým správní řízení podle § 114 odst. 3 zákona zastavil, neboť Úřad není věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu.
6. V odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl Úřad, že oporu pro svůj závěr našel v ustanovení § 1 zákona, podle něž zákon upravuje postupy při zadávání veřejných zakázek a soutěž o návrh. Naproti tomu ale § 112 odst. 1 zákona a především § 112 odst. 2 písm. b) zákona 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 zahrnuta není. Z výše uvedeného má Úřad za patrné, že není věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu – může však přezkoumat na soutěž o návrh navazující veřejnou zakázku na služby zadanou v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 zákona. Soutěž o návrh použití § 23 odst. 6 zákona předvídá a navazující veřejná zakázka musí být zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže.

II. Námitky rozkladu

7. Dne 26. 11. 2007 podal navrhovatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, neboť nesouhlasí se závěrem, že Úřad není příslušný k přezkumu úkonů zadavatele učiněných v soutěži o návrh. Svůj nesouhlas opřel o argument, že příslušnost Úřadu je dána ustanoveními § 112 odst. 1 a § 114 odst. 1 zákona.
8. Jedná se o úkon zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky, což je patrné z postupu zadavatele a ze zadávací dokumentace. V tomto případě se jedná o zadání veřejné zakázky v návaznosti na předmět plnění, od samého počátku, a to z důvodu, že předmět plnění je typickou veřejnou zakázkou na služby. Vyloučením působnosti Úřadu z rozhodování v tomto případě by bylo ve značné míře omezeno právo jakéhokoli účastníka na přezkum postupu zadavatele nezávislým orgánem, stejně tak jako by byla podstatně snížena transparentnost zadání veřejné zakázky. Navrhovatel pak dokládá své tvrzení zadávací dokumentací, oznámením rozhodnutí o výběru a rozhodnutím o námitkách

Závěr rozkladu

9. Navrhovatel proto vzhledem k výše uvedenému vyzývá předsedu Úřadu, a by v řízení o rozkladu napadené rozhodnutí zrušil.

III. Řízení o rozkladu

10. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

11. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru:
12. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 10.10.2007, č. j. S237/2007-00300/2007/550-VŠ, konstatoval, že se správní řízení zastavuje, neboť Úřad není věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

IV. K námitkám rozkladu

K věcné nepřislušnosti Úřadu k přezkoumání úkonů zadavatele v soutěži o návrh

13. Plně jsem se ztotožnil se závěrem Úřadu, že není příslušný k přezkoumání úkonů zadavatele v soutěži o návrh podle § 102 a násl. zákona. Z ustanovení § 1 zákona vyplývá, že zákon upravuje postupy při zadávání veřejných zakázek, soutěž o návrh, dohled nad dodržováním tohoto zákona a podmínky vedení a funkce seznamu kvalifikovaných dodavatelů a systému certifikovaných dodavatelů. Jak je zřejmé z citovaného ustanovení, zákonodárce nepojímal soutěž o návrh jako zvláštní druh zadávání veřejné zakázky, neboť jinak by zadávání veřejných zakázek a soutěž o návrh nezahrnul odděleně do dvou různých písmen výše zmíněného § 1 zákona. Závěru, že soutěž o návrh není zvláštním druhem zadávacího řízení, odpovídá i znění § 21 odst. 1 zákona, které obsahuje taxativní výčet druhů zadávacích řízení upravených zákonem. Pohlédneme-li následně do ustanovení § 112 odst. 2 zákona, ani toto ustanovení se o soutěži o návrh, resp. o pravomoci Úřadu k rozhodování, zda v soutěži o návrh postupoval zadavatel v souladu se zákonem, nezmiňuje. Naproti tomu však § 112 odst. 2 písm. b) výslovně uvádí, že Úřad rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu s tímto zákonem. Nelze přitom souhlasit s navrhovatelem, že výčet uvedený v § 112 odst. 2 zákona je pouze demonstrativní. Naopak vzhledem k absenci slov či slovních spojení typu „zejména“ či „mezi jinými“ je zřejmé, že výčet pravomocí Úřadu obsažený v § 112 odst. 2 zákona je konečný.
14. K odkazu navrhovatele na § 112 odst. 1 zákona uvádím, že toto ustanovení má toliko obecnou a proklamativní povahu a pouze se v něm konstatuje, že Úřad vykonává dohled nad dodržováním tohoto zákona, při kterém přezkoumává zákonnost úkonů zadavatele s cílem zajistit zachování zásad podle § 6 zákona. Ustanovení § 112 odst. 2 zákona pak toto obecné ustanovení konkretizuje způsobem, který byl popsán a blíže vysvětlen v předchozím odstavci.
15. Vzhledem k tomu, že soutěž o návrh není zahrnuta do taxativního výčtu v § 112 odst. 2 zákona, trvám na tom, že Úřad coby orgán moci výkonné je vázán toliko zákony a dalšími právními předpisy, a je proto povinen rozhodovat pouze v mezích jimi stanovených. Doplnění § 112 odst. 2 zákona výkladem o další pravomoc Úřadu při dohledu nad zadáváním veřejných zakázek by představovalo výklad nepřípustně extenzivní a znamenalo by překročení hranic, které jsou – v souladu se striktním principem dělby moci v právním státě – Úřadu jako orgánu moci výkonné vymezeny. Z uvedeného důvodu jsem nemohl akceptovat názor navrhovatele v rozkladu prezentovaný.

16. Vedle toho považuji za potřebné připomenout, že ačkoli postup zadavatele v soutěži o návrh přezkumu Úřadem nepodléhá, je vždy možné, aby Úřad přezkoumal postup zadavatele v na ni navazujícím jednacím řízení bez uveřejnění (§ 23 zákona).

K použití soutěže o návrh

17. Bez ohledu na výše uvedené nelze přehlédnout podstatnou námitku navrhovatele, která se objevuje již v podaném návrhu, jejíž podstatou je myšlenka, že zadavatel nebyl oprávněn na poptávanou službu – zajištění likvidace odpadů – vyhlásit soutěž o návrh. Jinými slovy, zadavatel byl podle navrhovatele povinen tuto veřejnou zakázku zadat v některém ze zadávacích řízení zmíněných v § 21 zákona, a to s ohledem na povahu a charakter poptávaného plnění. Navrhovatelova námitka primárně tedy směřuje k závěru, že použitím soutěže o návrh se zadavatel dopustil jednání *in fraudem legis*, které mělo spočívat v tom, že formou soutěže o návrh vypsál veřejnou zakázku na služby, aby ji mohl následně zadat v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 zákona. Veřejná zakázka však skutečně měla být zadána v některém z více transparentních zadávacích řízení (v otevřeném nebo užším řízení, případně v jednacím řízení s uveřejněním), neboť jejím cílem nebylo zpracování návrhu, projektu či plánu (§ 103 odst. 2 zákona). Lze souhlasit s navrhovatelem, že Úřad nemůže rezignovat na přezkum obdobných simulovaných úkonů zadavatele, které ve skutečnosti nejsou vyhlášením soutěže o návrh, ale *de facto* zadáním veřejné zakázky mimo režim předepsaný zákonem. Na provedení šetřené soutěže o návrh tedy nelze pohlížet jako na splnění podmínky dle § 23 odst. 6 zákona, a proto pokud by zadavatel zadal v návaznosti na tuto soutěž o návrh veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, představoval by jeho postup hrubé porušení zákona a spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Snaha vyhnout se dopadu zákona, resp. jím upravených přísnějších a transparentnějších forem zadání veřejné zakázky, by byla Úřadem posuzována při rozhodování o případné výši pokuty jednoznačně jako přitěžující okolnost.

V. Závěr

18. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
19. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

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

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

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

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce