

Č. j. S140/2008/VZ-11848/2008/540/Šm

V Brně dne 30. června 2008

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 7.5.2008 na návrh ze dne 6.5.2008, jehož účastníky jsou:

- zadavatel - Statutární město Plzeň, IČ 00075370, náměstí Republiky 1, 306 32 Plzeň, zastoupený Ing. Pavlem Rödlem, primátorem,
- navrhovatel - společnost Becker Bohemia s.r.o., IČ 617 76 572, se sídlem Hrádecká 7, 312 00 Plzeň, za něhož jedná Roland Engelhardt, zast. na základě plné moci ze dne 15.4.2008 JUDr. Pavlem Truxou, advokátem, se sídlem Josefa Knihy 177, 337 01 Rokycany,
- vybraný účastník soutěže o návrh – Plzeňská teplotní, a.s., se sídlem Doubravecká 2578/1, 304 10 Plzeň, IČ 497 90 480, za něhož jedná Ing. Miroslav Levora, předseda představenstva, a Mgr. Tomáš Drápela, člen představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele v soutěži o „Návrh řešení organizace nakládání s odpady ve Statutárním městě Plzni“, uveřejněné v Informačním systému o veřejných zakázkách VZ dne 14.12.2007, pod ev.č. 60013441,

rozhodl takto:

I.

Správní řízení se podle § 114 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zastavuje, neboť Úřad pro ochranu hospodářské soutěže není věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu.

II.

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, zadavatel není povinen hradit náklady řízení.

Odůvodnění

Zadavatel - Statutární město Plzeň, IČ 00075370, náměstí Republiky 1, 306 32 Plzeň, zast. Ing. Pavlem Rödlem, primátorem (dále jen „zadavatel“), uveřejnil dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 14.12.2007 pod ev. č. 60013441, soutěž o „Návrh řešení organizace nakládání s odpady ve Statutárním městě Plzni“ (dále jen „soutěž“).

Ve stanovené lhůtě pro podání návrhu na řešení, tj. do 25.1.2008, zadavatel obdržel dva návrhy na řešení, které podali účastníci soutěže společnost Becker Bohemia, s.r.o., IČ 617 76 572, se sídlem Hrádecká 7, 312 00 Plzeň, za něhož jedná Roland Engelhardt, zast. na základě plné moci ze dne 15.4.2008 JUDr. Pavlem Truxou, advokátem, se sídlem Josefa Knihy 177, 337 01 Rokycany (dále jen „navrhovatel“), a společnost Plzeňská teplárenská, a.s., se sídlem Doubravecká 2578/1, 304 10 Plzeň, IČ 497 90 480, za něhož jedná Ing. Miroslav Levora, předseda představenstva, a Mgr. Tomáš Drápela, člen představenstva (dále jen „vybraný účastník“).

Zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnějšího návrhu Usnesením rady města Plzně č. 337 ze dne 27.3.2008, kterým schválil jako vítěze soutěže vybraného účastníka. Toto rozhodnutí oznámil účastníkům soutěže dopisem ze dne 31.3.2008, které navrhovatel obdržel dne 2.4.2008.

Proti uvedenému rozhodnutí navrhovatel podal námitky, které zadavatel obdržel dne 16.4.2008. Zadavatel po přezkoumání obsahu podaných námitek těmto námitkám nevyhověl, což navrhovateli oznámil rozhodnutím ze dne 24.4.2008, které doručil právnímu zástupci navrhovatele dne 28.4.2008. Zadavatel tímto rozhodnutím námitkám v celém rozsahu nevyhověl. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 6.5.2008 návrh na zahájení řízení o přezkumu úkonů zadavatele dle ust. § 113 zákona a současně také návrh z téhož dne, na předběžné opatření dle § 117 zákona.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel návrh dne 7.5.2008 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- navrhovatel,
- vybraný účastník.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. S140/2008/VZ-10084/2008/540/Šm ze dne 21.5.2008. Zároveň jim usnesením č. j. S140/2008/VZ-10087/2008/540/Šm z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Uvedený návrh směřuje k přezkoumání všech úkonů zadavatele, které dle tvrzení navrhovatele vyloučily v soutěži o návrh zásady stanovené v § 6 zákona a v jejichž důsledku vznikla navrhovateli údajně újma na jeho právech. Navrhovatel podává návrh především proti

- a) použití soutěže o návrh (resp. nepoužití vhodného druhu zadávacího řízení místo soutěže o návrh),
- b) zadávacím podmínkám a
- c) rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky.

Navrhovatel se domáhá toho, aby Úřad

- a) zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 27.3.2008 (vydané formou Usnesení Rady města Plzně č. 337 ze dne 27.3.2008, o výběru nejvhodnějšího návrhu, alternativně
- b) zrušil rozhodnutí zadavatele o vyhlášení soutěže o „Návrh řešení organizace nakládání s odpady ve statutárním městě Plzni“ vyhlášené dne 10.12.2007 a uveřejněné v IS VZ US dne 14.12.2007 pod evidenčním číslem 6003441 (evidenční číslo soutěže o návrh 8082515).

V případě, že Úřad nevyhoví tomuto návrhu a zahájené řízení zastaví, navrhovatel požaduje, aby Úřad na základě skutečností uvedených v jeho návrhu a na základě seznámení se s celou dokumentací soutěže o návrh zahájil správní řízení z moci úřední ve smyslu ustanovení § 114 odst. 3 zákona.

Pro podání tohoto návrhu navrhovatel uvádí obdobné důvody, které jsou obsahem jeho námitek, a sice, že

- použití soutěže o návrh ze strany zadavatele je nadbytečné a obcházející jeho povinnost vypsát řádné výběrové řízení o veřejnou zakázku s transparentními a objektivně hodnotitelnými kritérii a s otevřeným přístupem všech zájemců o účast v řízení o zadání této veřejné zakázky,
- došlo k nepřípustné změně soutěžních podmínek uvedených v bodu 1.2 soutěžních podmínek – „Oprávněné a kontaktní osoby“, neboť jako kontaktní osoba byla označena advokátní kancelář Becker a Poliakoff, v.o.s., se sídlem Apolinářská 6, Praha 2, avšak v průběhu řízení úkony za zadavatele činila advokátní kancelář Vyroubal Krajhanzl Školout, s.r.o., se sídlem Praha 1, Lazarská 1719/5,
- došlo k faktické změně v osobě oprávněné k právním úkonům zadavatele v soutěži o návrh, neboť v bodu 1.2 soutěžních podmínek je uvedeno, že osobou oprávněnou k činění právních úkonů souvisejících s touto soutěží o návrh je Ing. Pavel Rödl, primátor, avšak úkony v soutěži za zadavatele činila výše uvedená AK Vyroubal Krajhanzl Školout,
- soutěžní podmínky v části „vymezení účelu a předmětu soutěže“, byly stanoveny v rozporu s účelem zákona, neboť zadavatel v soutěžních podmínkách v bodu 2 uvedl, že „v případě řešení, které bude pro zadavatele organizačně a ekonomicky přijatelné, má zadavatel v úmyslu v souladu s § 130 odst. 3 písm. a) a § 23 odst. 6 zákona navázat na tuto soutěž o návrh zadáním veřejné zakázky na základě písemné výzvy účastníkovi soutěže, jehož soutěžní návrh bude vyhodnocen jako nejvhodnější. Na základě jednacího řízení bez uveřejnění by tak byla zadána veřejná zakázka na implementaci navrhovaného řešení organizace nakládání s odpady, bude-li tato implementace dle návrhu účastníka nutná“. Ustanovení § 103 odst. 2 písm. a) zákona totiž nepřipouští aby zadavatel nezadal následnou veřejnou zakázku na služby (tj. konkrétně implementaci návrhu), resp. že by mu byla dána možnost úvahy, zda ji následně zadá či nezadá podle jím subjektivně hodnoceného výsledku soutěže o návrh,
- poskytnutá celková lhůta ke zpracování a podání soutěžního návrhu se jeví jako nedostačující, a to zejména s ohledem na obsah a rozsah zadání i důležitost soutěže,

- vymezení předpokládané hodnoty soutěže o návrh v bodě 5.1 a zadání „ceny navrhovaného řešení“ dle bodu 5.2 soutěžních podmínek je zavádějící a zmatečné, neboť navozuje domněnku, že se jedná o cenu budoucích služeb spočívajících v samotné likvidaci odpadů v městě Plzeň, nikoliv jen v implementaci návrhu organizačního řešení, ačkoliv předmětem soutěže je právě jen návrh organizace nakládání s odpady a až v následném řízení jeho implementace,
- nevhodně zvolená hodnotící kritéria uvedená v bodě 7 soutěžních podmínek a nepřiměřené preferování vyšší váhy 70% u hodnotícího kritéria „Způsob nastavení (organizace) a zajištění nakládání s odpady“ ve srovnání s ostatními dvěma kritérii „Cena řešení“ (váha 20%) a „Časové aspekty navrhovaného řešení“ (váha 10%), způsobuje jejich nevyváženost a zpochybňuje objektivnost jejich použití při hodnocení soutěžních návrhů účastníků,
- hodnotící kritérium „Způsob nastavení (organizace) a zajištění nakládání s odpady“ (váha 70%) bylo zadavatelem formulováno v soutěžních podmínkách zcela subjektivně a způsob možného hodnocení jeho splnění účastníkem soutěže je zcela netransparentní, neboť spočívá jen v obecném vymezení požadavků na návrhy účastníků soutěže a způsobu hodnocení splnění tohoto kritéria v jejich návrzích,
- zadavatel nezajistil objektivnost příprav a průběhu soutěže o návrh, a to z důvodu možné podjatosti nejméně jednoho člena poroty (Ing. F. R.) a případně možnosti ingerence osoby pracující pro zadavatele na úseku odpadového hospodářství a současně účastníka soutěže,
- byla porušena anonymita soutěže – ačkoliv žádost navrhovatele o dodatečné informace byla odeslána zadavateli s dodržáním jím stanovených podmínek anonymity, odpověď na ně byla ze strany zadavatele již adresována a doručena neanonymně.

Ve svém návrhu dále navrhovatel uvádí, že se s žádným z bodů rozhodnutí zadavatele o jeho námitkách zásadně neztotožňuje a na svých námitkách dále trvá. K tomu navrhovatel dodává, že pokud zadavatel argumentuje zánikem práva navrhovatele vznášet některé námitky k úkonům zadavatele při vyhlášení soutěže o návrh a v jejím průběhu pro jejich opožděné podání, bylo to způsobeno tím, že při vyhlášení soutěže a v jejím průběhu zadavatel nerespektoval a nedodržoval zásady uvedené v § 6 zákona, což byl by důvod k zahájení řízení Úřadem z moci úřední.

Pokud jde o návrh na důkazy, navrhovatel navrhuje, aby Úřad provedl důkaz celým obsahem dokumentace veřejné zakázky, která mu bude zaslána zadavatelem ve smyslu ustanovení § 114 odst. 4 zákona.

Zadavatel se k návrhu na zahájení správního řízení a návrhu na předběžné opatření vyjádřil svým dopisem ze dne 13.5.2008.

Zadavatel je přesvědčen, že svým jednáním neporušil § 6 zákona ani v něm uvedené zásady, tj. zásadu transparentnosti, zásadu rovného zacházení s účastníky soutěže ani zásadu zákazu diskriminace a je toho názoru, že zde není dána kompetence Úřadu přezkoumávat úkony zadavatele v rámci soutěže o návrh podle § 102 a násl. zákona, neboť výčet druhů zadávacích řízení podléhajících přezkumné pravomoci Úřadu uvedený v § 112 odst. 2 zákona je výčtem taxativním. Ustanovení § 112 odst. 2 zákona se však 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. K tomu

zadavatel dodává, že 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. Z toho zadavatel dovozuje, že zákonodárce nepojímá soutěž o návrh jako zvláštní druh zadávání veřejné zakázky a že soutěž o návrh není zvláštním druhem zadávacího řízení, odpovídá i samotné znění § 21 odst. 1 zákona, které obsahuje taxativní výčet druhů zadávacích řízení upravených zákonem.

V tomto směru zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu č.j.: R221/2007/03-04461/2008/310-Hr.

Z uvedeného důvodu je zadavatel toho názoru, že Úřad by měl zahájené správní řízení podle § 114 odst. 3 zákona zastavit, neboť Úřad není k rozhodnutí o tomto návrhu věcně příslušný.

Zadavatel se ani neztotožňuje s tvrzením navrhovatele, že by v daném případě použití institutu soutěže o návrh bylo nepřipustné a že by tento institut byl užit nesprávně.

Zadavatel dále uvádí, že zahájením předmětné soutěže realizoval svůj závěr najít jedinečný návrh uspořádání odpadového hospodářství resp. návrh organizace odpadového hospodářství (tj. tzv. systém) jako předmět duševního vlastnictví účastníka soutěže. Návrhy účastníků měly být a také byly originální a jedinečné. Zadavatel to zdůvodňuje tím, že oblast odpadového hospodářství lze řešit různými originálními způsoby, o čemž svědčí i podané návrhy účastníků soutěže, kdy každý z nich podal různé způsoby řešení organizace odpadového hospodářství. Zadavatel proto považuje soutěž o návrh za legitimní nástroj nalezení optimálního systému (organizace odpadového hospodářství) a tvrdí, že touto soutěží o návrh v žádném případě nehledal faktické dodavatele svozu, tedy nehledal klasické standardní svozové služby, které jsou skutečně pouze rutinními postupy, ve kterých nelze spatřovat nějaké originální a kreativní prvky. Oporu k tomuto postupu zadavatel spatřuje v ustanovení § 103 odst. 1 a 2 zákona, kde zmiňované oblasti, tj. oblasti územního plánování, architektury, stavitelství a zpracování dat, jsou pouze demonstrativním výčtem oblastí, ve kterých se soutěže o návrh zpravidla používají. Zadavatel je toho názoru, že citované ustanovení se proto nedá vykládat tak, že by se v jiných oblastech soutěž o návrh nedala použít, což ostatně potvrzuje i důvodová zpráva k zákonu, a dodává, že i Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES v čl. 30 odst. 1 písm. c) výslovně připouští jednací řízení bez uveřejnění v případě služeb, mimo jiné služeb kategorie 6 přílohy II A a služeb týkajících se duševního vlastnictví.

Zadavatel vyslovuje i úvahu o tom, že teoreticky mohl v daném okamžiku zahájit zadávací řízení pouze na samotné nakládání (likvidaci, svoz) odpadů, ovšem vzhledem k tomu, že v Plzni doposud nebyl vytvořen řádný systém (organizace) tohoto nakládání, resp. stávající systém není zcela v souladu se stávající legislativou, bylo záměrem zadavatele získat nejdříve optimální způsob organizace nakládání s odpady a následně pak v otevřeném zadávacím řízení dle tohoto systému zadat veřejnou zakázku na zajištění nakládání s odpady (tj. na likvidaci, svoz).

Zadavatel je i toho názoru, že všechny navrhovatelem použité argumenty (námitky) o domnělém porušení zákona ze strany zadavatele jsou mimo svou nedůvodnost i opožděně uplatněné, neboť námitky zadavatele proti těmto úkonům byly doručeny zadavateli až po uplynutí zákonem v § 110 odst. 3 zákona stanovené subjektivní 15ti denní lhůty běžící ode

dne, kdy se navrhovatel dozvěděl o domnělém porušení zákona. O opožděně podaných námitkách zadavatel podle § 111 odst. 4 zákona vůbec nerozhoduje a tuto skutečnost dodavateli toliko písemně oznámí. Navíc dle mínění zadavatele navrhovateli jednáním zadavatele nevznikla a ani do budoucna nehrozí žádná újma na jeho právech.

K dalším námitkám zadavatel uvádí následující:

- k námitce nepřípustné změny soutěžních podmínek uvedených v bodu 1.2 soutěžních podmínek „Oprávněné a kontaktní osoby“

Zadavatel nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že by změnil soutěžní podmínky a že by důsledku této změny došlo ke vzniku újmy na straně navrhovatele. Pokud jménem zadavatele činil právní úkon jeho zástupce, pak jednal plně v souladu se zákonem a občanským zákoníkem, neboť i zadavatel se může při výkonu svých povinností podle zákona souvisejících se soutěží o návrh nechat zastoupit jinou osobou. Osobě zastupující zadavatele nesmí být uděleno zmocnění pouze k úkonům výslovně uvedeným v § 151 odst. 2 zákona.

Zadavatel se neztotožňuje s námitkou navrhovatele, že by změna v osobě právního zástupce zadavatele, či zaměstnance zadavatele, příp. jiné osoby vykonávající původně funkci kontaktní osoby či kontaktního místa, ke které může kdykoliv v průběhu zadávacího řízení dojít, představovala změnu soutěžních podmínek, jež by si zadavatel musel předem vyhradit. Takový výklad nelze připustit, neboť zadavateli nemusí být a zpravidla není předem známa skutečnost, že dojde ke změně případného zástupce.

V pochybnostech, který subjekt jedná jménem zadavatele, resp. zda osoba činící úkony jménem zadavatele je k tomuto zadavatelem řádně pověřena, navrhovatel mohl zadavatele či osobu jménem zadavatele jednající požádat o prokázání této skutečnosti, což však neučinil.

- K námitce nejasnosti v osobě oprávněné k právním úkonům

Zadavatel považuje tuto námitku také za nedůvodnou a odkazuje na odůvodnění k námitce uvedené výše, neboť i zde platí, že zadavatel je oprávněn nechat se zastoupit při plnění svých povinností v rámci soutěže o návrh v rozsahu zákonem stanoveném.

- K námitce vlastního zadání účelu a předmětu soutěže o návrh

Zadavatel konstatuje, že opakovně v soutěžních podmínkách uvedl, že má v úmyslu zadat navazující veřejnou zakázku na organizaci svozu odpadů, přičemž tuto může zadat formou jednacích řízení bez uveřejnění. Vzhledem k tomu, že zadavatel nemohl předvídat obsah jednotlivých návrhů a navrhovaných řešení, nemohl ani dopředu závazně stanovit, zda navazující veřejná zakázka bude nutná či nikoli. K tomu zadavatel dodává, že mu ze zákona neplyne povinnost, že by musel v případě navazující veřejné zakázky postupovat cestou jednacích řízení bez uveřejnění, a proto by mohl případně využít i jiné zadávací řízení, např. otevřené či užší řízení.

Zadavatel se tak domnívá, že je námitka navrhovatele nedůvodná a navíc i v rozporu s dalšími navrhovatelem uváděnými námitkami.

- K námitce nedostatečného časového zadání soutěže

Také v případě této námitky zadavatel konstatuje, že jde o námitku týkající se nezákonnosti soutěžních podmínek, a proto by měla být z důvodu opožděnosti odmítnuta. K tomu zadavatel dodává, že pokud by nebyla lhůta pro zpracování návrhu objektivně nastavena, pak by navrhovatel nebyl schopen návrh zpracovat a odevzdat, přičemž lhůta k podání soutěžního návrhu v trvání 42 dnů, je téměř shodná s délkou lhůty k podání nabídek v rámci nejtransparentnějšího druhu zadávacího řízení, tj. otevřeného řízení, která je stanovená zákonem (na 45 dnů).

Zadavatel dále uvádí, že zahájení soutěže o návrh v prosinci 2007 bylo vyvoláno naléhavostí potřeb zadavatele získat popotávaný návrh řešení a vyplynulo z povinnosti zadavatele naplnit zákonem uložené povinnosti v oblasti nakládání s odpady.

- K námitce zmatečnosti vymezení zadání předpokládané hodnoty soutěže o návrh a zároveň ceny navrhovaného řízení

Zadavatel je toho názoru, že navrhovatel si nesprávně vyložil jednoznačně zadavatelem specifikovaný požadavek na celkovou navrhovanou cenu řešení, a tvrdí, že pokud požadoval návrh řešení nakládání s odpady a jeho následnou realizaci, je zřejmé že veškeré náklady spojené s poskytováním plnění v rámci řešení uvedeného v soutěžním návrhu se týkaly pouze a jenom nákladů spojených s řešením organizace nakládání s odpady, nikoli nákladů na samotnou likvidaci či svoz odpadu. Toto zadavatel nepožadoval, neposkytl k tomuto ani žádné poklady. Navíc navrhovatel ani cenu tohoto plnění nevyčíslil.

- K námitce nevhodnosti struktury a volby hodnotících kritérií

Zadavatel uvádí, že v daném případě jeho hlavní prioritou byla kvalita návrhu a časové hledisko realizace navrženého řešení, neboť systém odpadového hospodářství v Plzni vykazuje určité faktické i právní nedostatky, které je zadavatel povinen souladu s aktuálně platnou legislativou neprodleně řešit. K tomu ještě dodává, že obecně v soutěži o návrh je rozhodující samotný návrh nikoli cena jeho realizace, neboť toto bude předmětem až případného navazující zadávacího řízení. V této souvislosti odkazuje na rozhodnutí Úřadu VZ/S007/05 a VZ/S113/04, ve kterých orgán dohledu konstatoval, že zákon zadavateli konkrétní způsob zohlednění stupně důležitosti jednotlivých kritérií neukládá. Volba způsobu zohlednění „váhy“ kritéria či její proporce v poměru k ostatním je věcí uvážení zadavatele.

- K námitce netransparentnosti hodnotícího kritéria „Způsob nastavení (organizace) nakládání a zajištění nakládání s odpady“

Zadavatel je toho názoru, že v rámci soutěže o návrh je nutné uplatnit vedle objektivních hodnotících kritérií i kritéria subjektivní, neboť v soutěži o návrh jde o získání nejvhodnějšího návrhu, tj. projektu či řešení, tedy duševního výtvoru (know-how), který z povahy věci pouze objektivně hodnocen být nemůže (co do míry, váhy, ceny atd.), přičemž objektivně hodnotitelná kritéria nejsou u soutěže o návrh klíčová.

- K námitce nezajištění objektivnosti průběhu soutěže o návrh

Ohledně této námitky zadavatel tvrdí, že vybraný účastník (Plzeňská teplárenská, a.s.) s ohledem na formální pravidla předepsaná zákonem i soutěžními podmínkami nebyl a nemohl být v rámci této soutěže o návrh pouze z důvodu eventuelní majetkové či personální

provázanosti se zadavatelem jakkoli zvýhodněn či upřednostněn. Zadavatel je toho názoru, že subjekt, jehož je zadavatel majoritní vlastník, který však zároveň nenaplnuje podmínku stanovenou pro aplikaci výjimky z režimu zákona dle § 18 odst. 1 písm. j) zákona, je povinen účastnit se zadávacího řízení, resp. soutěže o návrh, stejně jako jiný účastník a jeho pozice se od jiných účastníků neliší. Účast takového subjektu zákon nejenže nezakazuje, ale naopak ji výslovně ukládá. Proto pouze z důvodu, že zadavatel má určitý majetkový podíl, ve společnosti, která je účastníkem soutěže o návrh, případně že některý zaměstnanec zadavatele či člen jeho orgánu je zároveň členem orgánu takového účastníka soutěže o návrh, účast tohoto účastníka či regulérnost a zákonnost průběhu soutěže o návrh nezpochybňuje a ani nemůže.

Vybraný účastník není ani osobou, která by jako osoba pověřená výzkumem, pokusy, studiem nebo vývojem služeb týkajících se předmětné soutěže o návrh (tj. jako tzv. „osoba, jež vykonala určité přípravné práce“ ve smyslu rozhodnutí Soudního dvora ve spojených věcech C21/03 a C-34/03) měla výhodnější postavení než navrhovatel.

Zadavatel k výše uvedené námitce navrhovatele ještě podotýká, že výběr nejvhodnějšího návrhu byl zadavatelem proveden na podkladě rozhodnutí poroty, která v souladu se zásadou anonymity vyjádřenou v ustanovení § 105 zákona oba soutěžní návrhy hodnotila jako naprosto anonymní a po celou dobu hodnocení, resp. až do jednání o uveřejnění výsledků hodnocení poroty, nebyla schopna identifikovat účastníky soutěže. Navíc každý člen poroty musel před svou účastí v porotě písemně stvrdit, že není podjatý ve vztahu k účastníkům soutěže (včetně pana Ing. R. [REDACTED]). Co se týče pana Ing. N. [REDACTED] zadavatel uvádí, že pan Ing. N. [REDACTED] se osobně nepodílel na organizování soutěže o návrh ani nebyl účasten jednání soutěžní poroty.

- K námitce navrhovatele týkající se porušení anonymity v soutěži

Také v případě této námítky zadavatel konstatuje, že byla podána po uplynutí zákonem stanovené lhůty. K vlastnímu obsahu námítky zadavatel uvádí, že odpovědí na dodatečný dotaz k soutěžním podmínkám, kterou zaslal navrhovateli jménem zadavatele „neanonymně“ Ing. F. [REDACTED] R. [REDACTED] náměstek primátora, který byl následně místopředsedou poroty, nemohl mít vliv na anonymitu soutěže. Dle názoru zadavatele navrhovatel nepochopil princip anonymity soutěžních návrhů. Zadavatel k tomu dále uvádí, že anonymita se týká pouze samotných soutěžních „návrhů“, nikoli žádostí o dodatečné dotazy, jejich poskytování či vydávání soutěžních podmínek. Ve fázi před podáním návrhů totiž není vůbec jisté, zda účastník, který vznáší dodatečný dotaz či si vyzvedne soutěžní podmínky, návrh vůbec podá. Navíc z požadavku zákona nevyplývá, že by účast zástupce zadavatele, který vydával soutěžní podmínky či podepisoval odpovědi na dodatečné dotazy byla překážkou výkonu funkce předsedy soutěžní poroty.

- K námitce týkající se odůvodnění rozhodnutí zadavatele o námitkách

Zadavatel se neztotožňuje s tvrzením navrhovatele, že by se v odůvodnění rozhodnutí o námitkách „zjevně snažil obhájit a dodatečně vysvětlit či ospravedlnit své postupy a rozhodnutí v rámci vyhlášené soutěže o návrh a jejího průběhu...“. Zadavatel tvrdí, že své rozhodnutí, kterým nevyhověl námitkám navrhovatele, řádně odůvodnil, považuje je za nedůvodné, neboť se domnívá, že svými úkony v rámci soutěže o návrh neporušil zákon, neporušil zásady stanovené zákonem a nezpůsobil navrhovateli ani jinému subjektu újmu na jeho právech.

Pokud jde o návrh na předběžné opatření zadavatel je toho názoru, že je zcela nedůvodný, neboť předběžné opatření je institutem, který má zajistit efektivnost a ochranu účelu správního řízení prováděného Úřadem, kterým je vydání správního rozhodnutí. Zadavatel konstatuje, že rozhodnutí o předběžném opatření lze vydat jen v případě, že by hrozil vznik nebo zvětšení újmy na právech navrhovatele v důsledku dalších úkonů zadavatele. Navrhovateli však v daném případě nehrozí žádná újma na jeho právech.

Navíc se zadavatel domnívá, že není-li dána věcná pravomoc Úřadu přezkoumávat úkony zadavatele v soutěži o návrh, pak není dána ani jeho pravomoc před vydáním rozhodnutí o nápravném opatření podle § 118 zákona nařídít předběžné opatření.

S ohledem na výše uvedené skutečnosti zadavatel navrhuje, aby Úřad správní řízení zahájené k návrhu navrhovatele v celém rozsahu zastavil.

Navrhovatel využil svého práva a v souvislosti s usnesením č.j. S140/2008/VZ-10087/2008/540/Šm ze dne 21.5.2008, nahlédl v sídle Úřadu dne 10.6.2008 do správního spisu č.j. S140/2008/VZ a následně zaslal k Úřadu „Vyjádření účastníka k důkazům a k podkladům pro rozhodnutí“ a „Žádost o zaslání vyjádření druhého účastníka řízení“, ze dne 13.6.2008. Úřad obdržel tento přípis nejprve telefaxem dne 16.6.2007 a následně dopisem dne 17.6.2007.

Navrhovatel ve svém vyjádření uvádí, že i nadále trvá na celém obsahu svého návrhu ze dne 6.5.2008. Navrhovatel spatřuje v činnosti a rozhodování poroty porušení zákonem stanovených zásad, tj. zásady transparentnosti, zásady rovného zacházení s účastníky soutěže a zásady diskriminace.

Zadavatel ani vybraný účastník ve lhůtách stanovených usnesením č.j. S140/2008/VZ-10087/2008/540/Šm ze dne 21.5.2008 žádné důkazy nenavrhl, ani se nevyjádřil k podkladům rozhodnutí.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona ve znění pozdějších předpisů náležitosti návrhu navrhovatele a rozhodl o zastavení řízení. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Podle ustanovení § 112 odst. 2 písm. b) zákona Úřad rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu s tímto zákonem.

Podle ustanovení 17 písm. m) zákona se zadáváním rozumí závazný postup zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení; zadáváním se rozumí i postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky v dynamickém nákupním systému, a řízení, ve kterém veřejný zadavatel zadává veřejnou zakázku na základě rámcové smlouvy.

Ustanovení § 21 odst. 1 zákona pak uvádí tyto druhy zadávacích řízení

- a) otevřené řízení (§ 27),
- b) užší řízení (§ 28),
- c) jednací řízení s uveřejněním (§ 29),
- d) jednací řízení bez uveřejnění (§ 34),

- e) soutěžní dialog (§ 35),
- f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38).

Soutěží o návrh se podle § 103 odst. 1 zákona rozumí postup zadavatele směřující k získání návrhu, projektu či plánu, přičemž podle odstavce 2 téhož paragrafu zadavatel použije soutěž o návrh zejména v oblasti územního plánování, architektury, stavitelství či zpracování dat.

Z výše uvedeného je patrné, že Úřad v daném případě není věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu, směřujícího proti přezkoumání postupu zadavatele v soutěži o návrh, která není zadávacím řízením a jejíž výsledky teprve na zadání veřejné zakázky navazuje.

Podle ustanovení 23 odst. 6 zákona v jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže je zadávána v návaznosti na soutěž o návrh, podle jejíchž pravidel musí být veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže. V případě více vybraných účastníků soutěže o návrh je zadavatel povinen vyzvat k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění všechny vybrané účastníky.

V návaznosti na výše citované ustanovení zákona a s ohledem obsah předložené dokumentace Úřad konstatuje, že v šetřeném případě není možné, aby na předmětnou soutěž o návrh, jejímž předmětem je „Návrh řešení organizace nakládání s odpady ve Statutárním městě Plzni“ navazovalo jednacím řízení bez uveřejnění, jehož předmětem plnění bude svoz a likvidace odpadu.

V navazujícím jednacím řízení bez uveřejnění může být zadána pouze veřejná zakázka na dopracování návrhu nebo plánu předloženého v soutěži o návrh, tj. služby spojené s vytvořením daného projektu, nikoliv služby týkající se následného svozu a likvidace odpadu. Taková veřejná zakázka by neměla charakter vypracování plánu, ale byla by realizací služby dle vypracovaného plánu a nemohla by tedy být považována za navazující veřejnou zakázku ve smyslu § 23 odst. 6 zákona, kterou lze zadat v jednacím řízení bez uveřejnění (analogicky lze na základě soutěže o návrh v oblasti architektury zadat v jednacím řízení bez uveřejnění dopracování projektu na základě předloženého návrhu, nikoli však již realizaci stavebních prací).

Úřadu v této souvislosti odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu R221/2007/03-04461/2008/310-Hr ze dne 25. 2. 2008, v němž se mimo jiné uvádí, že „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 „přítěžující okolnost“. Úplný text citovaného rozhodnutí lze najít na internetových stránkách Úřadu www.compet.cz.

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 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, tř. Kpt. Jaroše 7, 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.

Mgr. Jindřiška Koblihová
II. místopředsedkyně ÚOHS
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Statutární město Plzeň, náměstí Republiky 1, 306 32 Plzeň
JUDr. Pavel Truxa, advokát, Josefa Knihy 177, 337 01 Rokycany
Plzeňská teplárenská, a.s., Doubravecká 2578/1, 304 10 Plzeň

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce