

Toto rozhodnutí bylo potvrzeno II. stupňovým rozhodnutím č.j. 2R 4/05-Hr ze dne 30.5.2005, které nabylo právní moci dne 16.6.2005.

Č.j. VZ/S213/04-154/6214/04-RP

V Brně dne 10. prosince 2004

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném z vlastního podnětu dne 25.10.2004 podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb., ve věci přezkoumání postupu zadavatele – Dopravní podnik Ostrava a. s., Poděbradova 494/2, 701 71 Ostrava, za niž jedná Ing. František Vašítek, předseda představenstva – ve veřejné zakázce na „dodávku 3 ks plně nízkopodlažních kloubových městských autobusů SOLARIS Urbino 18“, zadávané výzvou ze dne 29.3.2004 jednomu zájemci k podání nabídky podle § 50 odst. 1 písm. c) posledně cit. zákona, **rozhodl takto:**

Zadavatel – Dopravní podnik Ostrava a. s., Ostrava – porušil ustanovení § 3 posledně cit. zákona v návaznosti na § 67 téhož zákona tím, když veřejnou zakázku na „dodávku 3 ks plně nízkopodlažních kloubových městských autobusů SOLARIS Urbino 18“ nezadal způsobem odpovídajícím výši budoucího peněžitého závazku ze smlouvy.

Podle § 60 písm. b) v návaznosti na § 60a citovaného zákona o zadávání veřejných zakázek **se zadání veřejné zakázky** na „dodávku 3 ks plně nízkopodlažních kloubových městských autobusů SOLARIS Urbino 18“, zadávané na základě výzvy ze dne 29.3.2004 jednomu zájemci k podání nabídky, **ruší.**

O d ů v o d n ě n í

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), v rámci samostatného správního řízení vedeného pod č.j. VZ/S117/04 ve věci veřejné zakázky „Nákup 3 ks kloubových nízkopodlažních autobusů pro rok 2004“, zadávané Dopravním podnikem města Olomouce, a. s., Olomouc, zjistil skutečnosti nasvědčující tomu, že Dopravní podnik Ostrava a. s., Poděbradova 494/2, 701 71 Ostrava, za niž jedná Ing. František Vašítek, předseda představenstva (dále také „zadavatel“ nebo „DP Ostrava“), který se uvedené veřejné zakázky účastní jako uchazeč, porušil svým postupem zákon o zadávání veřejných zakázek, a to při nákupu autobusů tov. zn. Solaris, které jsou předmětem plnění citované veřejné zakázky. V průběhu výše uvedeného správního řízení nejprve sdělil DP Ostrava orgánu dohledu, že autobusy tov. zn. Solaris pořídil formou obchodní veřejné soutěže vyhlášené v Obchodním věstníku č. 14/2004 dne 7.4.2004 pod značkou 189934-14/04. Na výzvu orgánu dohledu ze dne 8.10.2004, kterou žádal DP Ostrava o vyjádření ke skutečnosti, že předměty

plnění cit. veřejných zakázek jsou odlišné, dále DP Ostrava ve svém stanovisku ze dne 14.10.2004 sdělil, že nákup autobusů bude proveden na základě veřejné zakázky na „dodávku 3 ks plně nízkopodlažních kloubových městských autobusů SOLARIS Urbino 18“, zadávané výzvou ze dne 29.3.2004 jednomu zájemci k podání nabídky podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb. (dále jen „zákon“), tedy nikoliv v obchodní veřejné soutěži, jak sdělil orgánu dohledu ve správním řízení č.j. VZ/S117/04. Současně zaslal orgánu dohledu fotokopii předmětné výzvy a část nabídky osloveného výrobce Solaris Bus & coach Sp. z o. o., Polská republika (dále jen „Solaris Bus & coach“).

Po přezkoumání předložené výzvy získal orgán dohledu na základě výše uvedených skutečností a dále vzhledem k tomu, že doložená část dokumentace o zadání šetřené veřejné zakázky neobsahuje žádné zdůvodnění oprávněnosti použití cit. způsobu zadání, pochybnosti, zda úkony a postupy zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky byly učiněny v souladu se zákonem, a proto zahájil správní řízení z vlastního podnětu.

Účastníkem správního řízení je podle § 58 zákona zadavatel.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu zadavateli jako jedinému účastníku správního řízení dopisem č. j. VZ/S213/04-153/5379/04-RP ze dne 21.10.2004, ve kterém zadavatele seznámil se zjištěnými skutečnostmi, vyžádal si kompletní dokumentaci o zadání šetřené veřejné zakázky a stanovil lhůtu pro vyjádření k podkladům pro rozhodnutí.

Orgán dohledu současně rozhodnutím č. j. VZ/S213/04-153/5428/04-RP ze dne 21.10.2004, které nabylo právní moci dne 25.11.2004, jako předběžné opatření podle § 43 odst. 1 písm. a) zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, zadavateli uložil nepokračovat v zadávání veřejné zakázky a neuzavírat smlouvu na plnění předmětu této veřejné zakázky, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí orgánu dohledu ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.

Dopisem ze dne 29.10.2004 zadavatel zaslal orgánu dohledu vyžádanou dokumentaci předmětné veřejné zakázky a dopisem ze dne 3.11.2004 podal zadavatel také svoje stanovisko k oznámení o zahájení správního řízení. V citovaném stanovisku zadavatel uvedl, že na základě smlouvy o výhradním zastoupení uzavřené s firmou Solaris Bus & coach, je výhradním dovozcem a distributorem autobusů tov. zn. Solaris v České republice. Vzhledem k tomu, že je DP Ostrava na základě Osvědčení o akreditaci a Osvědčení o schválení technické způsobilosti typu vozidla a dalších povolení Ministerstva dopravy a spojů České republiky, oprávněný dovozce a distributor uvedené značky autobusů, nabízí tyto k prodeji, a to i formou své účasti ve výběrových řízeních vypsanych na základě zákona o zadávání veřejných zakázek. Pokud tedy např. Dopravní podnik města Olomouce, a. s., Olomouc, vyhlásí obchodní veřejnou soutěž, osloví DP Ostrava výrobce Solaris Bus & coach s konkrétním požadavkem na dodávku takových autobusů dle § 50 odst. 1 písm. c) zákona. Na základě této nabídky pak DP Ostrava, již svým jménem, předkládá nabídku v takové obchodní veřejné soutěži. K uzavření kupní smlouvy s výrobcem Solaris Bus & coach pak dojde v případě, že nabídka DP Ostrava je v takovéto obchodní veřejné soutěži vybrána jako nejvhodnější. Vzhledem k dosud uvedenému považuje zadavatel výzvu výrobcí Solaris Bus & coach podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona za objektivně zdůvodněnou, neboť zadavatel je

výhradním distributorem jmenovaného výrobce pro Českou republiku a jako takový hodlá právě tyto autobusy nabízet jako uchazeč v konkrétním výběrovém řízení vedeném podle zákona o zadávání veřejných zakázek jiným subjektem jako zadavatelem. DP Ostrava tedy jako výhradní distributor výrobce Solaris Bus & coach nabízí a prodává pouze výrobky této značky.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 57 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, předložené dokumentace veřejné zakázky a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky dopustil porušení zákona, k čemuž orgán dohledu dále uvádí následující rozhodné skutečnosti.

V ust. § 3 odst. 4) zákon stanoví, že uzavření smlouvy na veřejnou zakázku jiným způsobem než na základě obchodní veřejné soutěže podle odstavce 1 je přípustné pouze při splnění podmínek stanovených v části třetí tohoto zákona (mj. také § 50, pozn. orgánu dohledu).

Podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona se uzavření smlouvy na podkladě písemné výzvy zadavatele jednomu zájemci o veřejnou zakázku k podání nabídky připouští v případě specializované veřejné zakázky v případech, kdy plnění veřejné zakázky může poskytnout jediný zájemce o veřejnou zakázku.

Zadavatel ve výše uvedeném dopise ze dne 29.10.2004 mj. uvedl, že oprávněnost použití cit. ust. § 50 odst. 1 písm. c) zákona je dána podle jeho názoru objektivními příčinami, a sice vzhledem k tomu, že DP Ostrava (zadavatel) jako oprávněný dovozce a distributor autobusů tov. zn. Solaris, nabízí tyto k prodeji a to i formou své účasti ve výběrových řízeních vypsanych na základě zákona o zadávání veřejných zakázek.

K tomu orgán dohledu konstatuje, že specializovanost veřejné zakázky musí vždy vycházet z objektivních důvodů, existujících nezávisle na vůli zadavatele, které zadavatel nezpůsobil. Pojem specializovanosti veřejné zakázky je přitom potřeba ztotožnit z charakterem zakázky jako takové, nikoliv z právními okolnostmi, které ji provázejí, a které způsobil zadavatel. V šetřeném případě zadavatel nejprve navodil takový právní stav (uzavření smlouvy o zastoupení výrobce Solaris Bus & coach v České republice a podání nabídky ve výše uvedené obchodní veřejné soutěži Dopravního podniku města Olomouce, a. s., Olomouc), aby poté již nebylo možno zadat zakázku jiným způsobem, než výzvou jednomu zájemci k podání nabídky, neboť zadavatel požadoval konkrétní autobusy tov. zn. Solaris. K použití § 50 odst. 1 písm. c) zákona však neexistuje objektivní důvod, neboť předmětem zakázky jsou kloubové autobusy, které nejsou svým charakterem specializovaným předmětem, který by byl schopen dodat jen omezený okruh zájemců (viz § 2 písm. m) zákona). Při zadávání předmětné veřejné zakázky se zadavatel neopíral ani o výlučnost charakteru veřejné zakázky, ani o výlučnost situace, neboť ta byla připravena zadavatelem před vlastním aktem zadávání. Ve svém rozhodování se přitom orgán dohledu opírá i o názor Vrchního soudu v Olomouci prezentovaný v rozsudku č. j. 2A 3/2002 ze dne 5.11.2002 (viz správní spis).

Oprávněnost použití § 50 odst. 1 písm. c) zákona tedy nelze mít za prokázanou a orgán dohledu proto konstatuje, že zadavatel se dopustil porušení § 3 zákona v návaznosti na § 67 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadával postupem podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona přesto, že k tomu nebyly splněny podmínky zde stanovené.

Orgán dohledu pro úplnost dále poznamenává, že v rozhodnutí č. j. 2R 56/03 ze dne 28.11.2003, jímž byla DP Ostrava uložena pokuta za porušení zákona o zadávání veřejných zakázek při zadávání jiné veřejné zakázky na nákup autobusů je uvedeno, že při posuzování zákonnosti postupu zadavatele je nerozhodné, zda je zadavatel vázán jakýmkoliv obchodněprávními závazky, které mu reálně neumožňují postupovat v souladu se zákonem. V cit. rozhodnutí je dále uvedeno, že „pokud by zadavatel jako subjekt soukromého práva i nadále vykonával podnikatelskou činnost, která by jej ať již zdánlivě či reálně nutila k opakovanému porušování právních předpisů ČR (např. formou přímého nákupu autobusů od výrobce v rozporu se zákonem), pak by se i v budoucnu vystavoval možnosti dalšího postihu ze strany Úřadu“.

Po posouzení případu ve všech souvislostech a zejména s ohledem na tu skutečnost, že zadavatel pro zadání předmětné veřejné zakázky zvolil postup pro nějž nebyly splněny zákonem stanovené podmínky, orgán dohledu konstatuje, že zjištěné porušení zákona svým charakterem neumožnilo zjednat nápravu jiným způsobem, než zadání veřejné zakázky zrušit.

Závěrem orgán dohledu poznamenává, že podle § 109 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb. a zákona č. 437/2004 Sb., se zadávání veřejných zakázek, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Obdobně se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu nebo v řízení o uložení sankce, které na zadávání veřejných zakázek podle věty první navazují.

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 - odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Miroslav Šumbera
vrchní ředitel

Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 16.6.2005

Obdrží:

Dopravní podnik Ostrava a. s., Poděbradova 494/2, 701 71 Ostrava, zast. Ing. Františkem Vašítkem