

Č. j.: 2R 4/05 – Hr

V Brně dne 30. května 2005

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 10.1.2005 společností **Dopravní podnik Ostrava a. s., se sídlem Poděbradova 494/2, 701 71 Ostrava**, zast. předsedou představenstva Ing. Františkem Vašítkem, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10.12.2004 č. j. VZ/S213/04-154/6214/04-RP ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **Dopravního podniku Ostrava a. s., se sídlem Poděbradova 494/2, 701 71 Ostrava**, učiněných při zadání veřejné zakázky na „dodávku 3 ks plně nízkopodlažních kloubových městských autobusů SOLARIS Urbino 18“ formou výzvy ze dne 29.3.2004 jednomu zájemci k podání nabídky podle ustanovení § 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. 424/2002 Sb., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb., jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S213/04-154/6214/04-RP ze dne 10.12.2004

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

Dopravní podnik Ostrava a. s., se sídlem Poděbradova 494/2, 70171 Ostrava, zast. předsedou představenstva Ing. Františkem Vašítkem (dále jen „zadavatel“), ve svém rozkladu uvádí, že dne 10.12.1999 uzavřel se společností Solaris Bus & Coach Sp z . o. o. Polska (dále jen „Solaris“), výrobcem autobusů SOLARIS, smlouvu o jejím výhradním zastoupení v České republice a tento smluvní vztah je podložen i rozhodnutím orgánu státní správy – Ministerstva dopravy a spojů ČR ze dne 29.6.2000, resp. 17.9.2001 o akreditaci zadavatele jako zástupce výrobce pro ČR. V rámci své podnikatelské činnosti tedy zadavatel zastupuje společnost Solaris a nabízí pouze a výhradně její výrobky ve vyhlášených veřejných zakázkách jiných subjektů, přičemž nemá zájem a ani nechce nabízet autobusy jiných výrobců respektive značek. S ohledem na své postavení zadavatele podle ustanovení § 2 písm. b) bodu 2 a i podle ustanovení § 2 písm. h) bodu 6 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. 424/2002 Sb., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb. (dále jen „zákon“), však musí zadavatel pořizovat výrobky od výrobce v souladu se zákonem, což je dle názoru zadavatele důvod použití ustanovení § 50 zákona. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením, že zadání veřejné zakázky podle ustanovení § 50 zákona musí obsahovat zdůvodnění oprávněnosti použití tohoto způsobu zadání. Zdůrazňuje, že autobusy pořizoval účelově jako nabídku pro účast ve veřejné zakázce vyhlášené jiným zadavatelem – Dopravním podnikem města Olomouc, a. s., a dovozuje, že pokud by autobusy pořizoval pro vlastní potřebu, bylo by použití ustanovení § 50 zákona v rozporu se zákonem. V této souvislosti rovněž uvádí, že ve svém dopise netvrdil, že autobusy SOLARIS Urbino 18 pro zadavatele – Dopravní podnik města Olomouc, a. s., pořídil formou obchodní veřejné soutěže vyhlášené dne 7.4.2004 v Obchodním věstníku č. 14/2004, ale pouze Úřadu na základě jeho dotazu sdělil, že nákup autobusů realizuje na základě výběrových řízení, přičemž část autobusů byla pořízena i na předmětnou veřejnou zakázku. V závěru rozkladu se zadavatel ohrazuje proti odkazu na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. 2R 56/03 ze dne 28.11.2003 a tento považuje přinejmenším za nepatřičný a nedůvodný, neboť tento případ se týká úplně jiné věci a jiného problému a s řešeným případem nemá nic společného.

Ze správního spisu vyplynuly tyto skutkové okolnosti případu. V rámci samostatného správního řízení č. j. VZ/S117/04 vedeného ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Dopravního podniku města Olomouce, a. s., učiněných při zadání veřejné zakázky „Nákup 3 ks kloubových nízkopodlažních autobusů pro rok 2004“, zjistil Úřad skutečnosti nasvědčující tomu, že zadavatel, který se uvedené veřejné zakázky účastnil jako uchazeč, porušil zákon při nákupu autobusů formou výzvy jednomu zájemci ze dne 29.3.2004 podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. c) zákona k podání nabídky ve veřejné zakázce na „dodávku 3 ks plně nízkopodlažních kloubových městských autobusů SOLARIS Urbino 18“. Úřad proto ve věci zahájil správní řízení ex offo, ve kterém jako účastníka správního řízení označil zadavatele. Oznámení o zahájení správního řízení obdržel zadavatel dne 25.10.2004 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno. Dne 21.10.2004 Úřad současně uložil zadavateli předběžné opatření nepokračovat v zadání veřejné zakázky a neuzavírat smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 25.10.2004.

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 10.12.2004 rozhodnutí č. j. VZ/S213/04-154/6214/04-RP, kterým v postupu zadavatele konstatoval porušení

ustanovení § 3 zákona v návaznosti na ustanovení § 67 zákona, když veřejnou zakázku nezadal způsobem odpovídajícím výši budoucího peněžitého závazku ze smlouvy. Za základě uvedeného zjištění Úřad zadání veřejné zakázky zrušil.

V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. c) zákona je možno uzavřít smlouvu na podkladě písemné výzvy jednomu zájemci v případě specializované veřejné zakázky pouze tehdy, pokud plnění může poskytnout tento jediný zájemce. Oprávněnost použití tohoto způsobu zadání veřejné zakázky musí vždy vycházet z objektivních důvodů, existujících nezávisle na vůli zadavatele, které zadavatel nezpůsobil. V šetřeném případě zadavatel uzavřením smlouvy o zastoupení společnosti Solaris navodil právní stav, kdy již nebylo možno zadat zakázku jiným způsobem, neboť požadoval konkrétní autobusy SOLARIS. Kloubové autobusy však nejsou svým charakterem specializovaným předmětem, který by byl schopen dodat jen omezený okruh zájemců. Zadavatel se tedy při zadání veřejné zakázky neopíral ani o výlučnost charakteru zakázky, ani o výlučnost situace, neboť ta byla připravena zadavatelem před vlastním aktem zadávání. Úřad dále odkazuje na rozhodnutí č. j. 2R 56/03 ze dne 28.11.2003, kterým byla zadavateli uložena pokuta za porušení zákona v případě jiné veřejné zakázky a cituje z něj, že při posuzování zákonnosti postupu zadavatele je nerozhodné, zda je zadavatel vázán jakýmikoliv obchodněprávními závazky. Rovněž z něj cituje, že pokud by zadavatele 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 projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:

Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S213/04-154/6214/04-RP ze dne 10.12.2004 na základě zjištěného porušení zákona zrušil zadání předmětné veřejné zakázky, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí se v plné míře ztotožňuji.

K námitkám rozkladu uvádím následující:

K námitce zadavatele, že autobusy nepožíval pro vlastní potřebu, ale účelově jako nabídku ve veřejné zakázce vyhlášené jiným zadavatelem, a tedy důvod pro použití mimořádného způsobu zadání veřejné zakázky byl objektivně dán, uvádím, že dle ustanovení § 50 odst. 1 písm. c) zákona je uzavření smlouvy na podkladě písemné výzvy zaslané jednomu zájemci o veřejnou zakázku k podání nabídky přípustné i v případě specializované veřejné zakázky, kdy plnění veřejné zakázky může poskytnout jediný zájemce o veřejnou zakázku. Uvedené ustanovení zákona žádným způsobem nezohledňuje účel, za kterým je předmět veřejné zakázky pořizován, ale pouze předpokládá, že objektivně nastal stav, kdy plnění veřejné zakázky může poskytnout jediný uchazeč. Pokud je subjekt zadavatelem ve smyslu ustanovení § 2 písm. b) zákona, pak dle ustanovení § 3 zákona má povinnost postupovat podle zákona vždy při každém výdaji veřejných finančních prostředků, ať již jsou tyto prostředky vynakládány přímo na činnost zadavatele jako provozovatele veřejných dopravních sítí a poskytovatele služeb veřejnosti v oblasti železniční, tramvajové, trolejbusové nebo autobusové dopravy, a nebo souvisejí s jeho jinou podnikatelskou činností.

Zadavatel byl proto povinen postupovat v souladu se zákonem i při nákupu autobusů za účelem jejich dalšího prodeje, a proto jsou jeho námitky v tomto bodě bezpředmětné. Současně je možno konstatovat, že si byl zadavatel možného porušení zákona vědom, když v rozkladu sám uvádí, že v případě, že by pořizoval autobusy pro vlastní potřebu, bylo by použití výzvy jednomu zájemci v rozporu se zákonem.

Za výše uvedenou objektivní nemožnost plnit předmět veřejné zakázky jiným subjektem rovněž nelze označit to, že zadavatel vzhledem k uzavřené smlouvě o zastupování společnosti Solaris „nemá zájem ani nechce nabízet výrobky – autobusy jiných výrobců“, neboť i tato skutečnost spadá pouze do subjektivní volní rozhodovací sféry zadavatele a nejedná se objektivní stav předpokládaný ustanovením § 50 odst. 1 písm. c) zákona.

Zadavatel v rozkladu dále nesouhlasí s tím, že zadání veřejné zakázky musí obsahovat zdůvodnění oprávněnosti použití ustanovení § 50 odst. 1 písm. c) zákona. K tomu pouze uvádím, že takové tvrzení se v napadeném rozhodnutí nevyskytuje a podobný výklad zákona nezastává Úřad ani ve své širší aplikační praxi. Zadavatel nemá ze zákona povinnost přímo v zadání veřejné zakázky prokazovat oprávněnost použití konkrétního způsobu zadání veřejné zakázky, avšak v době zadání musí být objektivně splněny veškeré zákonné předpoklady pro použití příslušného ustanovení zákona a zadavatel tuto skutečnost prokazuje následně v případném řízení před Úřadem jako orgánem dohledu ve smyslu ustanovení § 51 zákona.

Vzhledem k výše uvedenému lze rovněž konstatovat, že při posuzování zákonnosti postupu zadavatele je nerozhodné, zda je zadavatel vázán jakýmikoliv obchodněprávními závazky, které mu reálně neumožňují postupovat v souladu se zákonem. Stejně tak pokud by zadavatel 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. Zadavatel – Dopravní podnik Ostrava a. s., je zadavatelem podle ustanovení § 2 písm. b) bodu 2 a současně bodu 6 zákona a je tedy povinen postupovat v souladu se zákonem.

Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

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 § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Dopravní podnik Ostrava a. s., se sídlem Poděbradova 494/2, 701 71 Ostrava, zast. Ing. Františkem Vašíkem,
2. spis.