

Č. j. VZ/S 161/03-153/4701/03-Gar

V Brně dne 10. listopadu 2003

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném z vlastního podnětu dne 2.10.2003 podle § 57 odst. 1 v návaznosti na § 62 odst. 3 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. a zákona č. 517/2002 Sb., ve věci přezkoumání postupu zadavatele města Třebíč, Karlovo náměstí č. 55, 674 01 Třebíč, zastoupeného Milošem Maškem, starostou, při výkonu rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S 59/03-153/2800/03-Gar ze dne 7.7.2003, **rozhodl takto:**

Zadavatel město Třebíč nesplnil povinnost uloženou mu rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7.7.2003 č. j. VZ/S 59/03-153/2800/03-Gar, kterým bylo zadavateli uloženo zrušit rozhodnutí o vyloučení uchazeče Rethmann – Jeřala Recycling, spol. s r. o., Na dělostřelnách 1060/4, Praha 6 – Břevnov, ze dne 28.3.2003 z další účasti v obchodní veřejné soutěži na „Nakládání s komunálním odpadem pro město Třebíč“ vyhlášené podle části druhé zákona v Obchodním věstníku č. 1/2003 dne 8.1.2003 pod zn. 163974 – 01/03, a které se stalo vykonatelným dne 27.8.2003.

Podle § 75 odst. 2 písm. a) zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, se upouští od výkonu rozhodnutí č. j. VZ/S 59/03-153/2800/03-Gar ze dne 7.7.2003, neboť jeho vymáhání se stalo bezpředmětným.

O d ů v o d n ě n í

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) uložil rozhodnutím ze dne 7.7.2003 č. j. VZ/S59/03-153/2800/03-Gar zadavateli městu Třebíč, Karlovo náměstí č. 55, 674 01 Třebíč, zastoupeného Milošem Maškem, starostou (dále jen „zadavatel“), podle § 60 písm. b) 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. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“), zrušit rozhodnutí ze dne 28.3.2003 o vyloučení uchazeče Rethmann – Jeřala Recycling, spol. s r. o., Na dělostřelnách 1060/4, Praha 6 – Břevnov, ze dne 28.3.2003 (dále jen „Rethman – Jeřala Recycling“), z účasti v obchodní veřejné soutěži na „Nakládání s komunálním odpadem pro město Třebíč“ vyhlášené podle části druhé zákona v Obchodním věstníku č. 1/2003 dne 8.1.2003 pod zn. 163974 – 01/03, a to do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. Zadavatel nevyužil svého práva podat v lhůtě k tomu určené rozklad a rozhodnutí ze dne 7.7.2003 č. j. VZ/S59/03-153/2800/03-Gar se stalo pravomocným dne 26.7.2003 a vykonatelným dne 27.8.2003.

Orgán dohledu obdržel dne 4.9.2003 podání uchazeče Rethman – Jeřala Recycling, označené jako „Návrh na zahájení řízení z vlastního podnětu ve smyslu § 57 odst. 1 věta 2 zák. č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění.“ Ve svém podání jmenovaný uchazeč mj. uvedl, že zadavatel nezrušil rozhodnutí o vyloučení uchazeče Rethman – Jeřala Recycling z obchodní veřejné soutěže, tak jak mu ukládalo rozhodnutí orgánu dohledu ze dne 7.7.2003 č. j. VZ/S 59/03-153/2800/03-Gar a že zadavatel rozhodnutím rady města ze dne 8.8.2003 zadání obchodní veřejné soutěže zrušil. Výše uvedené podání jmenovaného uchazeče bylo zaevidováno jako podnět k přešetření postupu zadavatele a současně si orgán dohledu vyžádal dopisem ze dne 9.9.2003 č. j. VZ/P198/03-153/4092/03-Gar vyjádření ke skutečnostem uvedeným v podnětu a zaslání dokumentace.

Po posouzení dokumentace o zadání veřejné zakázky orgán dohledu dospěl k následujícím zjištěním. Zadavatel rozhodnutím ze dne 8.8.2003 zrušil zadání veřejné zakázky, což oznámil podle § 66 odst. 3 zákona všem uchazečům o veřejnou zakázku. Zrušení zadání veřejné zakázky zadavatel dále oznámil podle § 4 zákona odst. 1 zákona v Obchodním věstníku č. 34/2003 ze dne 27.8.2003 pod zn. 163974 – 34/03 a na centrální adrese dne 28.8.2003. Zadavatel zrušil zadání veřejné zakázky, aniž by provedl úkon, který mu byl uložen výše cit. rozhodnutím orgánu dohledu. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem orgán dohledu zahájil správní řízení ve věci přezkoumání postupu zadavatele při výkonu rozhodnutí orgánu dohledu.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu zadavateli jako jedinému účastníku správního řízení dopisem č. j. VZ 161/03-153/4432/03-Gar ze dne 1.10.2003, který zadavatel převzal dne 2.10.2003, a stanovil lhůtu, ve které se účastník řízení mohl vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.

Ve stanovené lhůtě se zadavatel vyjádřil dopisem ze dne 6.10.2003 zn. OKS/17362-03/4505-2003/Ve, ve kterém uvedl, že dospěl k názoru, že v zadání veřejné zakázky za podmínek, které byly vypsány, nelze již pokračovat a ani nelze stav napravit novým posouzením nabídek a v souladu se svým právem zadání veřejné zakázky dne 8.8.2003 zrušil, tedy v době, kdy ještě neuplynula lhůta pro vykonání rozhodnutí orgánu dohledu. Tím, že rozhodnutí orgánu dohledu nabylo právní moci, se celá kauza vrátila procesně z oblasti

správného řízení do oblasti zadání veřejné zakázky. V této fázi zadavatel učinil úkon, který je zcela v souladu se zákonem. Zadavatel tímto úkonem ne, že nevykonal rozhodnutí orgánu dohledu, ale provedl úkon zcela jiný, který byl po právu. Zadavatel ve svém stanovisku dále uvedl, že z textu rozhodnutí ani z běžné praxe není zřejmé, že by úkon nařízený orgánem dohledu měl prioritu před dalšími úkony. Úmyslem zadavatele nebylo maření úředního rozhodnutí, pouze se snažil napravit vady zadání a průběhu soutěže, na nichž nese svůj díl odpovědnosti osoba pověřená výkonem zadavatelských činností. Zrušení zadání, které bez ohledu na to, zda rozhodnutí o vyloučení bylo či nebylo zrušeno, ukončilo právní vztah mezi zadavatelem a uchazeči. Po zrušení zadání veřejné zakázky již nebylo možné učinit žádný úkon, a tedy ani zrušení rozhodnutí o vyloučení uchazeče, protože takovýto krok by byl z hlediska práva neplatný. Zadavatel má za to, že svým postupem neporušil zákon ani nemařil rozhodnutí orgánu dohledu, pouze provedl kroky, které výkon rozhodnutí orgánu dohledu učinily nadbytečným.

Na základě posouzení obsahu podání uchazeče Rethmann – Jeřala Recycling, vyjádření zadavatele včetně předložených písemností orgán dohledu rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku, k čemuž uvádí následující.

Vzhledem k tomu, že orgán dohledu v rámci správného řízení vedeného pod č. j. VZ/S59/03 shledal v postupu zadavatele porušení zákona, což mělo za následek neoprávněné vyloučení uchazeče Rethmann – Jeřala Recycling z další účasti v obchodní veřejné soutěži, uložil zadavateli provedení nápravy v podobě nařízení zrušení rozhodnutí o vyloučení jmenovaného uchazeče z účasti v obchodní veřejné soutěži. Tím, že zadavatel své rozhodnutí o vyloučení uchazeče Rethmann – Jeřala Recycling nezrušil, porušil zásadu nediskriminace uchazečů o veřejnou zakázku, neboť uchazeč Rethmann – Jeřala Recycling byl vyloučen z účasti ve veřejné soutěži z důvodů, které nemají oporu v zákoně. Zadavatel tedy neprovedl nápravu, resp. odstranění zjištěného protiprávního stavu ve smyslu rozhodnutí ze dne 7.7.2003 VZ/S 59/03-153/2800/03-Gar.

Podle ustanovení § 66 odst. 2 zákona má zadavatel právo na zrušení zadání veřejné zakázky, které si vyhradil v podmínkách zadání veřejné zakázky, které lze uplatnit pouze do doby rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Není však možné, aby zadavatel namísto splnění povinností zrušit své rozhodnutí o vyloučení uchazeče z účasti ve veřejné soutěži uložené rozhodnutím orgánu dohledu, zrušil před vlastním odstraněním protiprávního stavu zadání veřejné zakázky. Rozhodnutí orgánu dohledu je pro účastníky správného řízení závazné a splnění povinností v něm uložených nelze nahradit jinými úkony. V případě povinností zrušit předmětné rozhodnutí o vyloučení uchazeče Rethmann – Jeřala Recycling se nejedná o pouhou formalitu, která zrušením zadání veřejné zakázky pozbývá na významu, nýbrž o odstranění stavu, který diskriminuje jednoho z uchazečů o veřejnou zakázku.

Situace, kdy orgán dohledu ukládá zadavateli zrušit své rozhodnutí o vyloučení uchazeče, je zcela odlišná od postupu v případě, že v rámci správného řízení orgán dohledu přezkoumává výběr nejvhodnější nabídky, neboť výsledkem takového správného řízení (za předpokladu že výběr neproběhl v souladu se zákonem), je zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, a to orgánem dohledu a uložení provedení nového výběru (viz § 59 písm. a) zákona). Naopak v případě návrhu směřujícímu proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti na veřejné zakázce orgán dohledu ve věci rozhoduje podle § 60 zákona a event. ukládá zadavateli (pokud je návrh důvodný) provést nápravu, tj. uloží zadavateli zrušit rozhodnutí o vyloučení uchazeče z další účasti na veřejné zakázce.

Ačkoliv zadavatel ve lhůtě pro splnění povinnosti uložené orgánem dohledu rozhodnutím ze dne 7.7.2003 č. j. VZ/S 59/03-153/2800/03-Gar dospěl k názoru, že „v zadání veřejné zakázky za podmínek, které byly vypsány, nelze již pokračovat a ani nelze stav napravit novým posouzením nabídek“, jak uvádí ve svém stanovisku, nelze vyloučit situaci, kdy zadavatel rozhoduje o zrušení zadání veřejné zakázky na základě opětovného posouzení obsahu všech nabídek (v šetřeném případě i nabídky uchazeče Rethmann – Jeřala Recycling). Zadavatel před konečným rozhodnutím využít svého práva na zrušení zadání veřejné zakázky by měl předmětnou otázku posoudit ve všech souvislostech, a to po opětovném podrobném posouzení všech předložených nabídek, včetně nabídky uchazeče, který byl vrácen mezi ostatní soutěžící uchazeče. Pokud však zadavatel orgánem dohledu uvedené opětovné posouzení nabídek neprovede, ale přistoupí ke zrušení zadání veřejné zakázky, je v takovém případě neprávem vyloučený uchazeč zkrácen na svých právech, neboť jeho nabídka nebyla zahrnuta do posuzování a nemohla ani ovlivnit zadavatelovo rozhodnutí o zrušení zadání veřejné zakázky. Postup zadavatele, při kterém zadavatel nezrušil své rozhodnutí o vyloučení uchazeče Rethmann – Jeřala Recycling, dává navíc prostor pro úvahy o tom, že rozhodnutí zadavatele o zrušení zadání předmětné veřejné zakázky je ryze účelové a zadavatel jej učinil namísto zrušení rozhodnutí o vyloučení uchazeče Rethmann – Jeřala Recycling, což je v rozporu s požadavkem transparentnosti zadávacího procesu. Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že konkrétní důvody zrušení zadání veřejné zakázky zadavatel orgánu dohledu nesdělil. Zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek je vedle rovného přístupu ke všem uchazečům základní zásadou, která musí být za všech okolností zadavateli veřejných zakázek důsledně aplikována.

Poněvadž zadavatel zadání veřejné zakázky zrušil (viz výše oznámení v Obchodním věstníku a na centrální adrese), nemohl orgán dohledu uložit podle § 60 písm. b) zákona nápravu, tedy vrácení nabídky uchazeče Rethmann – Jeřala Recycling mezi ostatní posuzované a hodnocené nabídky do neexistující obchodní veřejné soutěže, a proto orgán dohledu podle § 75 odst. 2 písm. a) správního řádu upustil od vymáhání výkonu rozhodnutí ukládáním pokuty podle § 62 odst. 3 zákona, neboť jeho vymáhání se stalo bezpředmětným.

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

Obdrží:

Město Třebíč, Karlovo náměstí č. 55, 674 01 Třebíč, zast. Milošem Maškem