

Č. j.: 2R 70/04/06 – Šp

V Brně dne 22. 3. 2006

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 10. 9. 2004 městem Bechyně, zast. starostou Jaroslavem Matějkou, se sídlem nám. T. G. Masaryka 2, 391 65 Bechyně, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S120/04-153/4068/04-Gar ze dne 28. 7. 2004, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **města Bechyně**, se sídlem nám. T. G. Masaryka 2, 391 65 Bechyně, učiněných při zadání veřejné zakázky „**Dostavba ZŠ Libušina ulice č. p. 164 v Bechyni**“ formou nedatované výzvy více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky, která byla zájemcům doručena v lednu 2004, podle ustanovení § 49 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. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 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 ze dne 28. 7. 2004, č.j. VZ/S120/04-153/4068/04-Gar,

**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 prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Město Bechyně, zast. starostou Jaroslavem Matějkou, se sídlem nám. T. G. Masaryka 2, 391 65 Bechyně (dále jen „zadavatel“), zadalo formou nedatované výzvy k podání nabídky více zájemcům o veřejnou zakázku „Dostavba ZŠ Libušina ulice č. p. 164 v Bechyni“, která byla adresátům doručena na začátku ledna 2004, podle ustanovení § 49 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. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“).
2. Jak vyplývá z předložené dokumentace, zadavatel obdržel celkem pět nabídek a dne 3.3.2004 vybral jako nejvhodnější nabídku uchazeče Tangenta – B, s. r. o., se sídlem Dobrovodská 130, 370 06 České Budějovice, za niž jedná Ing. Pavel Kubáň, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 8.6.2004 advokátkou JUDr. Pavlínou Pomijovou, se sídlem Lannova 63, 370 01 České Budějovice (dále jen „navrhovatel“). Dopisem ze dne 31. 3. 2004 pak zadavatel oznámil navrhovateli, že dne 29. 3. 2004 Rada města na svém jednání rozhodla, že s ním nebude uzavřena smlouva na realizaci předmětu veřejné zakázky a bude vypsáno nové výběrové řízení. Proti uvedenému rozhodnutí podal navrhovatel dne 5. 4. 2004 faxem námítky, které následně doručil i v písemné podobě. Po přezkoumání podaných námitek rozhodl zadavatel dne 6.4.2004 o zrušení zadání veřejné zakázky v souladu s ustanovením § 66 odst. 1 písm. b) zákona z důvodu změny podstatných okolností, za nichž byla veřejná zakázka zadána a které nemohl zadavatel předvídat, ani je nezpůsobil. Za tyto okolnosti považoval zadavatel podstatné zvýšení nákladů na realizaci akce v důsledku změny zákonné sazby DPH u stavebních prací. Rozhodnutí o námitkách pak zadavatel oznámil navrhovateli dopisem ze dne 19.4.2004, který navrhovatel obdržel dne 22.4.2004 a ve kterém chybělo poučení o možnosti podat návrh na přezkoumání uvedeného rozhodnutí zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Navrhovatel svého práva přesto využil a návrh ze dne 22. 4. 2004 označený jako „Námítky proti úkonům zadavatele“ ve lhůtě dne 28. 4. 2004 k Úřadu podal.
3. Úřad podání navrhovatele posoudil jako podnět k přezkoumání postupu zadavatele, což navrhovateli oznámil dopisem ze dne 30. 4. 2004. Následně pak navrhovateli i zadavateli zaslal dopisem ze dne 31. 5. 2004 vyrozumění o výsledku šetření, ve kterém se konstatuje, že zadavatel ve výzvě více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky z ledna 2004 neuvedl možnost změny nabídkové ceny v důsledku změny DPH. Nabídka navrhovatele však obsahuje v rozporu s podmínkami zadání návrh smlouvy upravující změnu nabídkové ceny v závislosti na změně DPH, a tedy pokud by zadavatel s navrhovatelem jako vybraným uchazečem uzavřel smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky, dopustil by se porušení zákona, neboť zákon neumožňuje uzavřít smlouvu s uchazečem, jehož nabídka měla být vyloučena. V postupu zadavatele, který neuzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, jehož nabídka měla být vyloučena, tak Úřad neshledal porušení zákona.

4. Dne 15.6.2004 doručil navrhovatel předsedovi Úřadu „Žádost o přezkoumání postupu“, na základě které Úřad překvalifikoval podání navrhovatele ze dne 22.4.2004 jako návrh a ke dni jeho doručení, tedy ke dni 28.4.2004, zahájil ve věci správní řízení, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a navrhovatele.
5. Navrhovatel ve svém návrhu mimo jiné uvádí, že zadavatel v návrhu smlouvy o dílo požadoval ustanovení, kterým se navrhovatel jako zhotovitel zaváže k pevné ceně DPH i v případě, že v průběhu realizace veřejné zakázky dojde k případné změně DPH. Toto ustanovení navrhovatel neakceptoval, neboť bylo dle jeho názoru v přímém rozporu s ustanovením § 53 zákona č. 588/1992 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů, a navrhovatel na tento rozpor ve své nabídce předem upozorňoval. Dle názoru navrhovatele není možné změnu DPH uznat jako důvod podstatné změny okolností, za nichž byla veřejná zakázka zadána, neboť připravovaná změna DPH u stavebních prací byla dlouhodobě známa na základě přístupových rozhovorů ČR s EU.
6. Zadavatel ve svém vyjádření k zahájení správního řízení ze dne 8.7.2004 uvádí, že podání navrhovatele ze dne 22.4.2004 nemůže být považováno za návrh, protože v něm není uvedeno, proti kterému úkonu zadavatele návrh směřuje, v čem je spatřováno porušení zákona a čeho konkrétního se navrhovatel domáhá. Zadavatel dále uvádí, že jeho rozhodnutí ze dne 19.4.2004 nebylo rozhodnutím o námitkách ve smyslu ustanovení § 56 zákona, ale jednalo se o rozhodnutí o zrušení zadání veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 66 odst. 1 písm. b) zákona z důvodu zvýšení zákonné sazby DPH u stavebních prací na 19 %. Zadavatel uvádí, že v době, kdy byla zakázka zadána, nemohl předvídat tak podstatnou změnu sazby DPH, neboť diskuze o DPH byly velmi rozsáhlé, neurčité a hlavně velké množství nejrůznějších návrhů činilo do posledního okamžiku situaci s DPH značně nepřehlednou.
7. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 28.7.2004 rozhodnutí č. j. VZ/S120/04-153/4068/04-Gar, kterým v postupu zadavatele konstatoval porušení ustanovení § 56 odst. 5 zákona tím, že zadavatel zrušil zadání veřejné zakázky po té, kdy navrhovatel podal námitky proti rozhodnutí zadavatele ze dne 31.3.2004 o tom, že s navrhovatelem nebude uzavřena smlouva o dílo a bude vypsáno nové výběrové řízení. Úřad uložil zadavateli zrušit rozhodnutí o zrušení zadání veřejné zakázky ze dne 6.4.2004 podle § 60 písm. b) zákona.
8. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že podle ustanovení § 56 odst. 5 zákona před uplynutím lhůty pro podání námitek, a jsou-li námitky podány včas, nesmí zadavatel činit žádné úkony směřující k dokončení zadání veřejné zakázky. Navrhovatel podal námitky dne 5.4.2004 faxem, které zadavatel fyzicky obdržel dne 9.4.2004 a tím, že dne 6.4.2004 rozhodl o zrušení zadání veřejné zakázky, a tedy učinil úkon směřující k dokončení zadání veřejné zakázky, dopustil se porušení ustanovení § 56 odst. 5 zákona. K argumentaci zadavatele, že podání navrhovatele nelze považovat za návrh, Úřad uvádí, že ačkoliv bylo rozhodnutí zadavatele ze dne 19.4.2004 doručeno navrhovateli až po zákonem požadované desetidenní lhůtě a neobsahovalo poučení o možnosti podat návrh, je nutné jej považovat za rozhodnutí o námitkách, které navrhovatel podal v souladu se zákonem, neboť jiné rozhodnutí o námitkách navrhovatel neobdržel. Úřad také uvádí, že zadavatel má povinnost po zrušení rozhodnutí o zrušení zadání veřejné zakázky dokončit zadávací proces, a to tak, že buď uzavře smlouvu s vybraným uchazečem nebo vydá nové rozhodnutí o zrušení zadání veřejné zakázky podle ustanovení § 66 odst. 1 písm. b) zákona.

## II. Námitky rozkladu

9. Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 10.9.2004 rozklad, ve kterém poukazuje na původní stanovisko Úřadu ze dne 4.6.2004 a uvádí, že jeden z Úřadem v napadeném rozhodnutí nabízených způsobů dokončení zadávacího procesu by pro zadavatele znamenal závažné porušení zákona, neboť by uzavřel smlouvu s uchazečem, který předložil nabídku v rozporu se zadáním veřejné zakázky – tj. nabídku obsahující změnu nabídkové ceny v závislosti na změně DPH. Zadavatel se tedy dle svého názoru dopustil porušení zákona, když tuto nabídku (jež měla být vyloučena) vybral jako nejhodnější. Toto své pochybení sice napravil tím, že následně rozhodl o neuzavření smlouvy s navrhovatelem, avšak k tomuto rozhodnutí jej vedla především skutečnost, že nemohl akceptovat nabídku, která v konečném důsledku znamenala podstatné zvýšení nabídkové ceny v důsledku změny zákona o DPH. Proto postupoval podle ustanovení § 66 odst. 1 písm. b) zákona a z toho, že toto ustanovení zákona zakotvuje povinnost (nikoliv právo) zadavatele zrušit zadání veřejné zakázky, jsou-li naplněny důvody podle tohoto ustanovení zákona, současně dovodil, že podání námitek není důvodem k odložení přijetí takového rozhodnutí a rozhodl o zrušení zadání veřejné zakázky. Pokud by Úřad nepovažoval tento závěr za správný, pak se zadavatel zamýšlí nad správným způsobem ukončení zadávacího procesu, když uzavření smlouvy s navrhovatelem jednoznačně vylučuje i na základě názoru Úřadu. Jako jednu z možností uvádí navrhovatel i zrušení zadání veřejné zakázky Úřadem podle ustanovení § 60 písm. b) zákona.

### Závěr rozkladu

10. V závěru svého rozkladu zadavatel navrhuje, aby předseda napadené rozhodnutí zrušil.

## III. Původní řízení o rozkladu

11. Dne 22. 10. 2004 vydal předseda Úřadu rozhodnutí, č.j. 2R 70/04-Hr, kterým změnil výrok prvostupňového rozhodnutí tak, že návrh navrhovatele se podle § 59 písm. b) zákona zamítá a rozhodnutí zadavatele ze dne 6. 4. 2004 o zrušení veřejné zakázky se potvrzuje, neboť bylo učiněno v souladu s posledně citovaným zákonem.
12. V odůvodnění druhostupňového rozhodnutí bylo konstatováno, že vztah zákonných ustanovení § 56 odst. 5 zákona a § 66 odst. 1 zákona je vzájemně kolidující, a proto je nutné jejich rozpor vyřešit za pomoci výkladového pravidla „*lex posterior derogat priori*“ (právní norma s pozdější platností má přednost před právní normou dřívější), a to nikoli z hlediska časového, ale také s ohledem na pořadí právní normy v zákonném textu. Rozpor citovaných ustanovení zákona byl ve druhostupňovém rozhodnutí řešen také za pomoci výkladu zákona dle jeho účelu. Podle tohoto výkladu zákonodárce předpokládal, že mohou nastat určité mimořádné okolnosti, za kterých není možné, případně účelné či hospodárné, dále pokračovat v zadávání veřejné zakázky. Pro tyto případy pak zákon stanovil povinnost zadavatele zadání veřejné zakázky zrušit. Jak bylo dále ve druhostupňovém rozhodnutí řečeno, již v době zadání veřejné zakázky, tedy v lednu 2004, sice bylo zřejmé, že dojde ke změnám sazby DPH, avšak není možné po zadavateli požadovat, aby při svém jednání predikoval podobu budoucí právní úpravy. Zvýšení sazby DPH u stavebních prací na 19 % lze považovat za podstatnou změnu okolností, za kterých byla veřejná zakázka zadávána.

#### IV. Řízení o žalobě

13. Proti druhostupňovému rozhodnutí podal navrhovatel dne 22. 12. 2004 žalobu ke Krajskému soudu v Brně, kterou se domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu. č.j. 2R 70/04-Hr.
14. Uvedenou žalobu shledal Krajský soud v Brně jako důvodnou, a to rozsudkem ze dne 29. 12. 2005, č.j. 31 Ca 126/2004-38. Tímto rozsudkem zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 22. 10. 2004, č.j. 2R 70/04-Hr, a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení. Při rozhodování o rozkladu podaném zadavatelem jsem proto rozhodoval v souladu s výše citovaným rozsudkem.
15. V odůvodnění rozsudku Krajský soud v Brně uvedl, že za podmínek, že byly zadavateli včas doručeny námitky proti jakémukoli jeho úkonu, byl zadavatel povinen zdržet se až do konečného vyřešení těchto námitek nejen úkonů směřujících k zadání veřejné zakázky či uzavření smlouvy, ale též úkonu, kterým by zadání veřejné zakázky bylo zrušeno. Zadavatel pochybil, pokud nevyčkal do doby, než budou tyto námitky vyřízeny některým ze způsobů předpokládaných ustanovením § 56 odst. 1 a 2 zákona a rozhodl o zrušení veřejné zakázky ve smyslu § 66 odst. 1 písm. b) zákona. Z tohoto důvodu se Krajský soud v Brně ztotožnil i s uloženým opatřením k nápravě podle ustanovení § 60 písm. b) zákona. Vedle těchto skutečností Krajský soud poukazuje také na to, že zrušení oznámení zadavatele ze dne 29. 3. 2004 bylo rozhodnuto Radou města na jejím zasedání dne 19. 4. 2004, a proto jde o úkon absolutně neplatný z důvodu nedostatku pravomoci jmenovaného orgánu.
16. V odůvodnění rozsudku o žalobě se dále Krajský soud v Brně zabývá tvrzenou kolizí zákonných ustanovení § 56 odst. 5 a § 66 odst. 1 zákona. Dle jeho názoru nelze z citovaných ustanovení dovodit jakoukoli kolizi, ani uvedená ustanovení nejsou ve vztahu speciality. Z dikce § 66 odst. 1 nelze dovodit, že by se mělo jednat o postup, který nepodléhá obecnému pravidlu uvedenému v § 56 odst. 5, a to ani za použití zásady *lex posterior derogat priori*. Navíc je pojmově vyloučeno tuto zásadu aplikovat v rámci jednoho znění právní normy s odkazem na pouhé číselné řazení právních norem v textu.

#### V. Řízení o rozkladu

17. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 57 odst. 1 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů (dále též „správní řád“) a v souladu s odst. 2 téhož ustanovení postoupil věc k rozhodnutí orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
18. Dne 1. 1. 2006 nabyl účinnosti zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, podle jehož § 183 se zrušuje zákon č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád). Podle § 179 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb. se řízení, která nebyla pravomocně skončena před účinností tohoto zákona, dokončí podle dosavadních předpisů. Z tohoto důvodu je třeba řízení o rozkladu účastníka řízení dokončit podle dosavadní právní úpravy správního řízení. Podle § 59 odst. 1 ve spojení s § 61 odst. 3 správního řádu, 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 rozvedeném dále v odůvodnění rozhodnutí:

19. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S120/04-153/4068/04-Gar ze dne 28. 7. 2004 rozhodl, že zadavatel porušil ustanovení § 56 odst. 5 zákona, neboť zrušil zadání veřejné zakázky poté, co navrhovatel podal námitky proti rozhodnutí zadavatele ze dne 31. 3. 2004, kterým bylo navrhovateli oznámeno, že s ním nebude uzavřena smlouva o dílo a bude vypsáno nové výběrové řízení, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

## **VI. K námitkám rozkladu**

20. Proti jakémukoli úkonu zadavatele (s výjimkami uvedenými v § 54 zákona) může uchazeč (vyjma případů uvedených v § 53 odst. 2) podat námitky, má-li za to, že těmito úkony byl porušen zákon o zadávání veřejných zakázek. Zmiňované ustanovení přitom nerozlišuje, o jaký druh úkonu jde, tedy jde-li o rozhodnutí zadavatele, či úkon jiné povahy. Podle ustanovení § 56 odst. 1, věty první zákona, o oprávněnosti těchto námitek rozhoduje v případě obcí jejich starosta, který buď rozhodne o nápravě, nebo těmito námitkám nevyhoví, o čemž je povinen uchazeče vyrozumět a poučit ho o možnosti přezkoumání rozhodnutí zadavatele u orgánu dohledu.
21. Podáním námitek navrhovatelem dopisem ze dne 5. 4. 2004 proti rozhodnutí zadavatele ze dne 31. 3. 2004, kterým bylo navrhovateli zadavatelem sděleno, že s ním nebude uzavřena smlouva o dílo a bude vypsáno nové výběrové řízení, byly naplněny podmínky ustanovení § 56 odst. 5 věty první, tedy námitky byly navrhovatelem podány včas. Nejenže nebyly námitky navrhovatele vyřízeny zadavatelem v rámci zákonem stanovené desetidenní lhůty, na základě čehož bylo poté Úřadem za vyřízení námitek považováno zadavatelovo sdělení, resp. „Rozhodnutí rady města Bechyně ze dne 19. 4. 2004 označené jako Zrušení zadání veřejné zakázky na akci dostavba základní školy čp. 164 v Bechyni“, ale navíc toto zadavatelovo sdělení neobsahovalo v souladu s ustanovením § 56 odst. 2 zákona poučení o možnosti podat do deseti dnů návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele k orgánu dohledu, tedy k Úřadu, a dále bylo navrhovateli tímto sdělením dáno bez dalšího na vědomí, že se předmětná veřejná zakázka ruší. Za podmínek, že byly zadavateli včas doručeny námitky proti jakémukoli jeho úkonu (v tomto případě námitky proti rozhodnutí ze dne 31. 3. 2004, kterým bylo navrhovateli sděleno, že s ním nebude uzavřena smlouva o dílo), byl zadavatel povinen zdržet se až do konečného vyřešení těchto námitek nejen úkonů směřujících k zadání veřejné zakázky či uzavření smlouvy, ale též úkonu, kterým by zadání veřejné zakázky bylo zrušeno. Zadavatel pochybil, pokud při existenci včas podané námítky navrhovatele proti jeho úkonu ze dne 31. 3. 2004 nevyčkal do doby, než budou tyto námitky vyřízeny některým ze způsobů předpokládaných ustanovením § 56 odst. 1 a 2 zákona a rozhodl o zrušení veřejné zakázky ve smyslu § 66 odst. 1 písm. b) zákona. Z tohoto důvodu se ztotožňuji i s uloženým opatřením k nápravě podle ustanovení § 60 písm. b) zákona.
22. Co se týče samotného oznámení zadavatele navrhovateli ze dne 31. 3. 2004 o tom, že s navrhovatelem nebude uzavřena smlouva o dílo a bude vypsáno nové výběrové řízení, uvádím především, že tento úkon zadavatele mohl být mimo řízení vedené před Úřadem odstraněn pouze postupem vyplývajícím z ustanovení § 56 odst. 2 zákona, přičemž v případě, kdy je zadavatelem obec, je k takovému postupu oprávněn pouze starosta.

Pokud tedy následující sdělení zadavatele ze dne 19. 4. 2004 hovoří o tom, že o zrušení výše citovaného oznámení (zadavatelem označeno jako „rozhodnutí“) bylo rozhodnuto Radou města na jejím zasedání, jde o úkon absolutně neplatný pro nedostatek pravomoci jmenovaného orgánu.

## **VII. Závěr**

23. 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.
24. 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. Martin Pecina, MBA  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Pavlína Pomijová, se sídlem Lannova 63, 370 01 České Budějovice
2. Město Bechyně, se sídlem nám. T. G. Masaryka 2, 391 65 Bechyně, zast. Jaroslavem Matějkou
3. spis.

Na vědomí:

4. Tagenta – B, s. r. o., Dobrovodská 130, 370 06 České Budějovice