Rozhodnutí nabylo právní moci dne 5.12.2008

Č. j.: R160/2008/02-23544/2008/310-ZČ V Brně dne 27. listopadu 2008

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 8.8.2008 společností

- **Stavby silnic a železnic, a. s., IČ 45274924, se sídlem Národní 10, 113 19 Praha 1,** zast. prokuristou a generálním ředitelem společnosti Ing. Martinem Borovkou a prokuristou a obchodním ředitelem společnosti Ing. Zdeňkem Synáčkem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.7.2008, č. j. S194/2008/VZ-15052/2008/520/Pr, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele

- **obce Malovice, IČ 00250571, se sídlem Malovice 5, 384 11 Netolice,** zast. starostkou obce Martinou Hejnou,

učiněných při zadávání veřejné zakázky **„Oprava kanalizace Malovice a Malovičky“**, formou zjednodušeného podlimitního řízení podle ustanovení § 38 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve kterém je dalším účastníkem správního řízení vybraný uchazeč

- **Josef Jůn – DŘEVO TRANS**, **IČ 47731478, s místem podnikání Drahonice 46, 389 01 Vodňany,**

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.7.2008 č. j. S194/2008/VZ-15052/2008/520/Pr

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 řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Obec Malovice, IČ 00250571, se sídlem Malovice 5, 384 11 Netolice, zast. starostkou obce Martinou Hejnou (dále jen „zadavatel“), vyzval výzvou podle § 38 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) případné dodavatele k podání nabídky ve veřejné zakázce „Oprava kanalizace Malovice a Malovičky“ (dále jen „veřejná zakázka“). Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel sedm nabídek. Na základě provedeného hodnocení těchto nabídek byla jako nejvhodnější označena nabídka uchazeče Josefa Jůna – DŘEVO TRANS, IČ 477314478, s místem podnikání Drahonice 46 389 01 Vodňany (dále jen „vybraný uchazeč“).

2. Dopisem ze dne 25.6.2008 podala společnost Stavby silnic a železnic, a. s., IČ 45274924, se sídlem Národní 10, 113 19 Praha 1, zast. prokuristou a generálním ředitelem společnosti Ing. Martinem Borovkou a prokuristou a obchodním ředitelem společnosti Ing. Zdeňkem Synáčkem (dále jen „navrhovatel“), návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Ve výše uvedeném návrhu navrhovatel poukazoval zejména na nevhodné hodnocení jednotlivých kritérií ze strany zadavatele, které uchazečům neumožnilo udělat si dostatečnou představu o obsahu a způsobu hodnocení těchto kritérií. Současně navrhovatel uvedl svůj nesouhlas se způsobem hodnocení zadavatelem zvolených hodnotících kritérií.

3. Dne 2.7.2008 obdržel Úřad od navrhovatele návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, na jehož základě bylo zahájeno správní řízení. Jako účastníky správního řízení označil Úřad zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče.

Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 24.7.2008 rozhodnutí č. j. S194/2008/VZ-15052/2008/520/Pr, ve kterém konstatoval, že se správní řízení v souladu s § 114 odst. 3 zákona zastavuje, neboť Úřad není příslušný k rozhodnutí o návrhu.

5. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že po přezkoumání veškeré dokumentace a spisového materiálu dospěl ke zjištění, že k projednání předmětného rozhodnutí není věcně příslušný a rozhodl tedy o zastavení řízení podle § 114 odst. 3 zákona.

6. V průběhu řízení před Úřadem bylo na základě předložených dokumentů zjištěno, že zadavatel předmětné veřejné zakázky naplňuje definici sektorového zadavatele v souladu s § 2 odst. 6 zákona. Dle § 19 odst. 1 zákona pak sektorový zadavatel postupuje podle tohoto zákona pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek, které jsou zadávány v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. Předmětná veřejná zakázka je zadávaná v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. Dosahuje však hodnoty pouze v rozmezí od 4,4 do 8,1 miliónů Kč bez DPH, což ji řadí mezi zakázky podlimitní. Jak bylo uvedeno výše, povinnost sektorového zadavatele postupovat při zadávání veřejné

zakázky v souvislosti s výkonem relevantní činnosti podle zákona je stanovena pouze pro zadávání veřejných zakázek nadlimitních. Vzhledem k tomu, že zadavatel tedy není při zadání veřejné zakázky povinen postupovat podle tohoto zákona a provádět zadávací řízení, není Úřad věcně příslušný k rozhodnutí o přijatém návrhu.

II. Námitky rozkladu

7. Proti shora uvedenému rozhodnutí podal navrhovatel dne 8.8.2008 rozklad, ve kterém uvádí, že postavení zadavatele jako sektorového zadavatele ve smyslu § 2 odst. 7 zákona nezpochybňuje, byť o něm dříve nevěděl. Navrhovatel však nesouhlasí se závěrem, který Úřad ve svém rozhodnutí z této skutečnosti dovodil a upozorňuje na další důkazy, ke kterým Úřad nepřihlédl a které dle něj mají význam pro posouzení postavení obce Malovice jako příslušného typu zadavatele.

8. Navrhovatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, že se na zadavatele povinnost postupovat podle zákona vztahuje pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek, přičemž opírá své tvrzení o ustanovení § 1 zákona, podle kterého je mimo jiné předmětem úpravy zákona postup při zadávání veřejných zakázek a dohled nad dodržováním tohoto zákona. Z výše uvedeného ustanovení navrhovatel vyvozuje, že neexistuje veřejná zakázka, u které by postup zadávání nebyl nějakým způsobem upraven zákonem a která by nějakým způsobem nepodléhala působnosti orgánu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, tedy Úřadu (s výjimkou postupu podle § 18 zákona). V této souvislosti výslovně uvádí znění § 17 písm. m) zákona, dle kterého je zadávání veřejné zakázky závazným postupem zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení.

9. Dále navrhovatel odkazuje na ustanovení § 6 zákona, které zadavateli (tedy všem třem základním kategoriím zadavatele v souladu s § 2 zákona) ukládá povinnost při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Dle navrhovatele pak znění § 19 odst. 1 zákona neznamená, že je sektorový zadavatel u jiných než nadlimitních zakázek vyňat z působnosti zákona zcela. Postup podle § 19 zákona označuje navrhovatel za zvláštní výjimku (ve vztahu k obecné výjimce upravené v § 18 zákona), která však neznamená celkové popření působnosti zákona. Stále jde o postup podle zákona, včetně zásad upravených v § 6 zákona, které musí být dle názoru navrhovatele dodrženy vždy, bez ohledu na konkrétní druh veřejné zakázky a typ zadavatele.

10. Dále navrhovatel argumentuje ustanovením § 112 odst. 1 zákona, které upravuje výkon dohledu nad dodržováním zákona, při kterém Úřad přezkoumává zákonnost úkonů zadavatele s cílem zajistit zachování zásad podle § 6 zákona. Dle navrhovatele se právě s porušováním těchto zásad Úřad ve svém rozhodnutí nijak nevypořádal a svým postupem tak navrhovateli odepřel možnost ochrany před nezákonným postupem zadavatele, kterou mu zákon podle jeho názoru přiznává.

11. Navrhovatel uvádí, že se zadavatel rozhodl postupovat podle zákona, konkrétně podle ustanovení § 38 zákona upravujícím zjednodušené podlimitní řízení, dobrovolně, přičemž všichni uchazeči, kteří podali nabídku, tuto skutečnost akceptovali. Navrhovatel dále upozorňuje na závaznost ustanovení § 6 zákona, i ustanovení o ochraně proti nesprávnému postupu zadavatele obsaženém v § 110 až § 124 zákona ve zjednodušeném podlimitním řízení. Podle názoru navrhovatele, pokud sektorovému zadavateli zákon nestanoví konkrétní možnosti postupu při zadávání podlimitní veřejné

zakázky, nic mu nebrání, aby si zvolil konkrétní postup, jímž je nadále vázán se všemi důsledky, které z jeho volby vyplynou.

12. Závěrem navrhovatel uvádí, že i v případě, kdy by Úřad neshledal oprávnění zadavatele dobrovolně založit působnost zákona, zadavatel zákon porušil a Úřad by takovéto porušení měl zjistit a provést příslušné kroky.

Závěr rozkladu

13. Navrhovatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil nebo změnil a tím plně vyhověl rozkladu.

III. Řízení o rozkladu

14. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

15. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k níže uvedenému závěru.

16. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 24.7.2008 č. j. S194/2008/VZ-15052/2008/520/Pr zastavil správní řízení podle § 114 odst. 3 zákona, neboť není příslušný k rozhodnutí o návrhu, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

17. Úvodem podotýkám, že Úřad v napadeném rozhodnutí vyčerpávajícím způsobem dovodil postavení zadavatele jako sektorového zadavatele podle § 2 odst. 7 zákona, což dle svých vlastních slov navrhovatel v rozkladu nezpochybňuje. I přes toto své tvrzení a přes skutečnost, že v celém rozkladu nadále navrhovatel pracuje s označením zadavatele jako zadavatele sektorového, navrhovatel Úřadu vytýká, že nepřihlédl k dalším důkazům, které dle jeho názoru mají význam pro posouzení postavení zadavatele jako příslušného typu zadavatele. Dle navrhovatele měl Úřad z příslušné dokumentace vědět a nepochybně věděl, že zadavatel dobrovolně rezignoval na možnost „využít dobrodiní ustanovení § 19 odst. 1 zákona a vyvázat se tak, mimo ustanovení § 6 zákona, z působnosti zákona využitím zvláštní výjimky pro sektorového zadavatele“. Dle navrhovatele tímto zadavatel sám dobrovolně anuloval své zákonem privilegované postavení zadavatele sektorového. K tomuto uvádím, že Úřad nezpochybňuje skutečnost, že zadavatel nepoužil při zadávání předmětné veřejné zakázky ustanovení, která se vztahují k jeho postavení sektorového zadavatele a fakticky postupoval běžným způsobem, platným pro zadavatele veřejného. Definice sektorového zadavatele tak, jak je zakotvena v § 2 odst. 7 v návaznosti na § 4 zákona, jednoznačně identifikuje specifickou kategorii zadavatele, v souladu s vůlí zákonodárce vytvořit pro tuto kategorii zadavatelů zvláštní pravidla chování. Výše zmíněná ustanovení vymezují pojem sektorového zadavatele pevně, aniž by současně tato či jakékoli jiné ustanovení

zákona dávalo zadavateli možnost volby kategorie zadavatele, kterou preferuje. Není tedy možné akceptovat námitku navrhovatele, že se zadavatel svým jednáním dobrovolně zřekl svého „privilegovaného“ postavení zadavatele sektorového, neboť pokud jednou naplňuje tuto zákonnou definici, jedná se o objektivní skutečnost, kterou zadavatel nemůže ovlivnit a tedy nemá svobodnou vůli se ad hoc tohoto svého postavení zříci.

18. Navrhovatel ve svém rozkladu vyjadřuje přesvědčení, že každá veřejná zakázka spadá pod režim zákona a tedy spadá pod dohledovou pravomoc Úřadu nad dodržováním tohoto zákona. Přitom se navrhovatel opírá zejména o ustanovení § 1 zákona vymezující předmět úpravy zákona, ustanovení § 6 zákona upravující zásady postupu zadavatele a obecná ustanovení části páté hlavy II. zákona, upravující dohled nad dodržováním tohoto zákona. K tomuto uvádím, že všechna tato ustanovení jsou součástí právní normy upravující veřejné zakázky. Zákonodárce zde stanovil určitá pravidla pro úpravu činností souvisejících s veřejnými zakázkami a vymezil subjekty, na které se tato právní úprava vztahuje. V případě, kdy konkrétní subjekt zvolí postup podle tohoto zákona dobrovolně, činí tak pouze na základě svého rozhodnutí a nemůže očekávat, že se na něj právní úprava bude vztahovat stejným způsobem jako se vztahuje na subjekt, který tento zákon přímo identifikuje a příslušná právní úprava se všemi navazujícími relevantními instituty s ním laicky řečeno „počítá“. Obdobně není možné, aby si konkrétní zadavatel volil kategorii, do které bude spadat a očekávat, že se na něj právní úprava bude vztahovat v souladu s jeho přáním a očekáváním.

19. K námitce navrhovatele, že ustanovení § 19 odst. 1 neznamená celkové popření působnosti zákona a zadavatel je tímto zákonem nadále vázán, uvádím, že toto ustanovení jednoznačně zakotvuje postup sektorového zadavatele podle tohoto zákona pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. V průběhu předchozího řízení bylo jednoznačně prokázáno, že předmětná veřejná zakázka je skutečně zadávána v souvislosti s výkonem relevantní činnosti, sektorovým zadavatelem a současně se jedná o veřejnou zakázku podlimitní. Navrhovatel tyto skutečnosti ani nenamítá. V tomto případě jsou tedy splněny všechny podmínky pro postup podle tohoto ustanovení, které však neumožňuje jakoukoli úvahu ve smyslu možného postupu sektorového zadavatele podle tohoto zákona v případě jiných než nadlimitních veřejných zakázek. Tento fakt je ještě zdůrazněn samotným zněním tohoto ustanovení, ve kterém je použitý výraz „pouze“ („Sektorový zadavatel postupuje podle tohoto zákona pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výkonem relevantní činnosti“). V případě podlimitních veřejných zakázek se tedy sektorový zadavatel ocitá mimo rámec zákona a z tohoto důvodu na něj nedopadá žádné ustanovení této právní úpravy. Odborná literatura v této souvislosti pouze uvádí, že je vhodné, aby sektorový zadavatel při zadávání jiných než nadlimitních zakázek zásady upravené dodržoval v § 6 zákona a to s ohledem na obecná pravidla fungování společného trhu Evropské unie a pravidla hospodářské soutěže dle zákona o ochraně hospodářské soutěže a obchodního zákoníku. Pro přezkum postupu zadavatele však není Úřad věcně příslušný, jak bude blíže uvedeno v následujícím odstavci.

20. K námitce navrhovatele, že mu Úřad odepřel možnost ochrany před nezákonným postupem zadavatele, kterou mu zákon dle jeho názoru přiznává, uvádím, že výkon dohledu nad zadáváním veřejných zakázek je zakotvený v § 112 a násl. zákona. Dle tohoto ustanovení Úřad vykonává dohled nad dodržováním zákona, při kterém

přezkoumává zákonnost úkonů zadavatele s cílem zajistit zachování zásad podle § 6 zákona. Příslušnost Úřadu k výkonu dohledu je stanovena pozitivním vymezením vztahujícím se pouze k dodržování tohoto zákona. Jak bylo uvedeno výše, ustanovením § 19 odst. 1 zákona je sektorový zadavatel při zadávání jiných než nadlimitních veřejných zakázek z působnosti tohoto zákona vyňat, bez ohledu na to, v jakém druhu zadávacího řízení byla veřejná zakázka zadána. Vzhledem k této skutečnosti nemá Úřad zákonnou možnost konat, neboť jeho činnost se může odehrávat pouze v zákonem stanoveném rámci. V této souvislosti je třeba připomenout jeden ze základních ústavních principů a to, že veřejnou moc je možné vykonávat pouze v případech, v mezích a způsoby, které stanoví zákon. Pod dohledovou pravomoc tedy nemůže spadat nikdo, kdo se ať už omylem nebo úmyslně „tváří“, že pod ni spadá. Vzhledem k výslovnému vynětí sektorového zadavatele při zadávání jiných než nadlimitních veřejných zakázek z rámce zákona, a vzhledem ke skutečnosti, že nelze rozšiřovat kompetence Úřadu nad rámec výslovného zákonného zmocnění, musím opětovně konstatovat věcnou nepříslušnost Úřadu k projednání postupu zadavatele v tomto konkrétním případě.

21. Závěrem uvádím, že není předmětem tohoto rozhodnutí posuzovat zákonnost postupu zadavatele z moci úřední. Předně řízení zahájené ex offo je samostatným druhem řízení, které nelze směšovat s řízením na návrh. Současně, vzhledem k výše konstatované nepříslušnosti Úřadu k posouzení souladu postupu tohoto zadavatele se zákonem, není možné po ukončení předmětného řízení zahájit řízení z moci úřední.

V. Závěr

22. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

23. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Stavby silnic a železnic, a. s., Národní 10, 113 19 Praha 1
2. Obec Malovice, Malovice 5, 384 11 Netolice,
3. Josef Jůn – DŘEVO TRANS, Drahonice 46, 389 01 Vodňany
4. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce