

Č. j.: 2R 35/05 – Hr

V Brně dne 17. ledna 2006

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 10.6.2005 **Dopravní společností Zlín – Otrokovice, s. r. o., se sídlem Podvesná XVII/3833, 760 92 Zlín**, zast. jednatelem Ing. Josefem Kocháněm, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 20.10.2005 advokátem JUDr. Radkem Ondrušem, se sídlem AK Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19.5.2005 č. j. VZ/S48/05-154/2007/05-RP ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **Dopravní společnosti Zlín – Otrokovice, s. r. o., se sídlem Podvesná XVII/3833, 760 92 Zlín**, učiněných při zadání veřejné zakázky „**Dodávka 6 ks plně nízkopodlažních trolejbusů v dvounápravovém provedení dle technických podmínek zadávací dokumentace**“ formou výzvy k jednání ze dne 8.6.2004 v jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 27 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách,

m ě n í m

podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona, napadené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S48/05-154/2007/05-RP ze dne 19.5.2005 v bodu II. jeho výroku takto:

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodu I, se zadavateli Dopravní společnosti Zlín-Otrokovice, s. r. o., se sídlem Podvesná XVII/3833, 760 92 Zlín, **ukládá** podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb. a zákona č. 124/2005 Sb.,

pokuta ve výši 500 000,- Kč (pětiset tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 0480515001.

O d ů v o d n ě n í

I. Zadání veřejné zakázky a napadené rozhodnutí Úřadu

1. Na základě obdrženého podnětu si Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dopisem ze dne 14.3.2005 vyžádal od zadavatele – Dopravní společnosti Zlín – Otrokovice, s. r. o., se sídlem Podvesná XVII/3833, 760 92 Zlín, zast. jednatelem Ing. Josefem Kocháněm, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 20.10.2005 advokátem JUDr. Radkem Ondrušem, se sídlem AK Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno (dále jen „zadavatel“), dokumentaci o zadání veřejné zakázky „Dodávka 6 ks plně nízkopodlažních trolejbusů v dvounápravovém provedení dle technických podmínek zadávací dokumentace“ formou výzvy k jednání ze dne 8.6.2004 v jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 27 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“). Vzhledem k tomu, že po přezkoumání předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele učiněných při zadání předmětné veřejné zakázky, zahájil ve věci správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako jediného účastníka správního řízení označil zadavatele. Oznámení o zahájení správního řízení obdržel zadavatel dne 1.4.2005 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

Napadené rozhodnutí

2. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 19.5.2005 rozhodnutí č. j. VZ/S48/05-154/2007/05-RP, ve kterém konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu ve smyslu ustanovení § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že uzavřel smlouvu na realizaci předmětu veřejné zakázky a nedodržel před jejím uzavřením postup stanovený v § 25 odst. 2 písm. d) zákona, když pro zadání veřejné zakázky zvolil jednací řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny zákonné podmínky. Za spáchání tohoto správního deliktu uložil Úřad zadavateli pokutu 1 000 000 Kč.

Meritum odůvodnění

3. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad připouští, že eventuální pořízení hybridních trolejbusů jiné tovární značky, než jsou původně pořízené autobusy, by pro zadavatele znamenalo zvýšení nákladů na pořízení servisního zařízení i provozních nákladů materiálních i personálních. Jádrem problému však Úřad vidí právě v oblasti ekonomické, nikoliv v nepřiměřenosti technických obtíží při údržbě předmětných hybridních trolejbusů, pramenící z jednoúčelnosti servisních zařízení jednotlivých výrobců vozů MHD. Pokud by současné provozování vozidel MHD různých továrních značek s sebou přinášelo nepřiměřené technické obtíže při jejich údržbě, žádná ze společností provozujících městskou hromadnou dopravu v ČR a konečně ani v Evropě, by nebyla s to vozy rozdílných značek provozovat. To však dle názoru Úřadu neodpovídá realitě. Úřad poznamenává, že technické obtíže při údržbě vozů různých značek sice existují, nejsou však nepřekonatelné a tedy ani „nepřiměřené“, neboť zvýšené náklady na údržbu šesti autobusů jiných značek dovozuje Úřad z kalkulace zadavatele ve výši jen cca 4 % ceny veřejné zakázky. Dle názoru Úřadu tedy není vyloučeno, že by některý z uchazečů v případném otevřeném řízení nabídl za dodávku trolejbusů nižší cenu, která by kompenzovala tyto dodatečné náklady, nebo by jeho nabídka byla i ekonomicky výhodnější. Zadavatel proto nesplnil povinnost stanovenou v § 25 odst. 2 písm. d)

zákona, když pro zadání veřejné zakázky zvolil jednací řízení bez uveřejnění podle § 27 odst. 2 písm. b) zákona, aniž k tomu byly splněny podmínky zde uvedené.

K výroku o uložení pokuty

4. Jednání zadavatele kvalifikoval Úřad jako správní delikt ve smyslu ustanovení § 102 odst. 2 písm. a) zákona, za který je možno uložit pokutu až do výše 5 % ceny veřejné zakázky, která činí 77 826 000,- Kč, a tedy maximální možná výše pokuty je 3 891 300,- Kč. Úřad uložil pokutu ve výši 1 000 000,- Kč. Při rozhodování o výši uložené pokuty přihlédl Úřad ke skutečnosti, že zadavatel neoprávněně zvolil zadávací řízení, které postrádá jakékoliv prvky otevřené soutěže o zakázku, přičemž se jedná o zadávání nadlimitní veřejné zakázky, které mají být co nejvíce otevřeny dodavatelům i z ostatních zemích EU. Ve prospěch zadavatele pak Úřad zohlednil, že tento byl veden ekonomickými důvody a z celkové ceny veřejné zakázky uhradil více než 2/3 z vlastních zdrojů a jen cca 10 mil. Kč z poskytnutých dotací.

II. Námitky rozkladu

Porušení procesních práv zadavatele jako účastníka správního řízení

5. Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 10.6.2005 rozklad, ve kterém uvádí, že rozhodnutí Úřadu bylo vydáno v rozporu se zákonem. Úřad porušil základní práva zadavatele jakožto účastníka správního řízení tím, že rozhodl, aniž by zadavatele vyzval k ukončení dokazování a dal mu tím možnost se k podkladům rozhodnutí vyjádřit ve smyslu ustanovení § 33 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). Obecné a schématické poučení obsažené v oznámení o zahájení správního řízení pak zadavatel nepovažuje za splnění povinnosti správního orgánu dle posledně citovaného ustanovení správního řádu, neboť v momentě zahájení správního řízení takový přezkoumatelný stav dokazování neexistoval a zadavatel nemohl předvídat, kdy tento nastane. V souladu s principem legitimního očekávání ve správnost postupu správního orgánu zadavatel očekával, že Úřad nařídí ústní jednání, v rámci kterého by měl zadavatel možnost mimo jiné navrhnout provedení dalších důkazů, a to především opatření podkladů o předchozím vypsání předmětného jednacího řízení s doložením jeho zrušení. Takový důkaz by pak dle názoru zadavatele doložil neúčelnost dalšího postupu, který Úřad deklaroval v napadeném rozhodnutí, a naplňoval by beze zbytku podmínky stanovené zákonem pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. V této souvislosti zadavatel připomíná, že danou veřejnou zakázku již vyhlásil v minulosti a toto řízení zrušil poté, co se přihlásil pouze jeden další uchazeč s výrazně vyšší nabídkovou cenou než vyzvaný uchazeč. Dle názoru zadavatele Úřad s ohledem na důkazní situaci neměl důvod ústní řízení nenařídít. Následkem toho pak Úřad rozhodoval na základě nedostatečně zjištěného skutkového stavu věci.

Prokázání existence nepřiměřených technických obtíží

6. Úřad se rovněž nezabýval prokázáním existence nepřiměřených technických obtíží při volbě jiného dodavatele, kterážto skutečnost svědčí ve prospěch zadavatele, a v tomto spatřuje zadavatel porušení zásady materiální pravdy. Existenci nepřiměřených technických obtíží je pak dle názoru zadavatele oprávněně posuzovat pouze znalec a Úřad tak postupoval nezákonně, když existenci formálního znaku skutkové podstaty

posuzoval sám. Současně zadavatel namítá, že Úřad v napadeném rozhodnutí dovozuje přiměřenost technických potíží při provozu a údržbě z hodnoty 4 % ceny veřejné zakázky, neboť tuto částku by musel zadavatel vynaložit jako náklady spojené s pořízením předmětu plnění veřejné zakázky odlišného od toho, kterým zadavatel doposud disponuje. Úřad zde nezákonně podsouvá pojmu „nepřiměřený“ pojem „nepřekonatelný“, jako by měly stejný význam, avšak zadavatel namítá, že je-li něco překonatelné, nevyplývá z toho, že je to taktéž automaticky přiměřené. V šetřeném případě zadavatel považuje technické potíže za jednoznačně nepřiměřené ve smyslu zákona.

Absence materiálního znaku správního deliktu

7. Zadavatel dále ve svém rozkladu dovozuje absenci materiálního znaku skutkové podstaty spáchání správního deliktu, neboť dle jeho názoru neexistuje společenská nebezpečnost jednání zadavatele větší než nepatrná, a to vzhledem k tomu, že v předchozí veřejné soutěži se nevyskytla výhodnější nabídka, a tedy neexistuje reálný poškozený.

Závěr rozkladu

8. Vzhledem k výše uvedenému pak zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu rozkladu vyhověl a napadené rozhodnutí změnil tak, že se správní řízení zastavuje.

III. Řízení o rozkladu

Doplnění rozkladu ze dne 12.7.2005

9. Dne 12.7.2005 zadavatel svůj rozklad doplnil a opakovaně uvedl, že za stávající důkazní situace má za to, že k objasnění věci přispěje ústní jednání. Navrhnul proto, aby Úřad napadené rozhodnutí zrušil podle § 57 správního řádu a řízení zastavil, a nebo aby nařídil ve věci ústní jednání v rámci odvolacího řízení. Zadavatel si rovněž vyhradil právo vyjádřit se k podkladům rozhodnutí dle ustanovení § 33 odst. 2 správního řádu až poté, co mu odvolací orgán oznámí ukončení dokazování v odvolacím řízení s kompletací těchto podkladů.

Doplnění rozkladu ze dne 26.8.2005

10. Dne 26.8.2005 doručil zadavatel Úřadu další vyjádření, ve kterém především polemizuje s předkládacími zprávami oprávněných úředních osob, se kterými se seznámil během nahlížení do správního spisu, provedeného dne 3.8.2005.

K judikátu Vrchního soudu v Olomouci a podkladům rozhodnutí

11. Zadavatel napadá odkaz na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2A 5/2000, dle kterého Úřad svou povinnost poučit účastníky správního řízení o možnosti seznámit se s podklady rozhodnutí splnil tím, že účastníka poučil v rámci oznámení o zahájení správního řízení, a namítá, že uvedený judikát nebyl publikován, přičemž rovněž namítá, že soudní judikatura není dogmatem. Předmětný právní názor pak dle názoru zadavatele odporuje zásadám právní logiky. Zadavatel nesouhlasí se stanoviskem Úřadu, že podkladem rozhodnutí byly pouze materiály předložené zadavatelem a uvádí,

že ze správního spisu bylo protiprávně vyřazeno podání, na základě kterého Úřad zahájil řízení z vlastního podnětu. Zadavatel dále uvádí, že v rámci nenařízeného ústního jednání byl připraven mimo jiné navrhnout předvolání zástupce dodavatele k odůvodnění nepřiměřených technických obtíží spojených se změnou v osobě dodavatele a dále by případně v této otázce navrhl vypracování znaleckého posudku. Zadavatel rovněž odmítá odkaz na rozsudek ESD C-385/02, podle kterého důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek nese ten, kdo se jich dovolává a uvádí, že tato zásada je v rozporu s obecnou zásadou materiální pravdy a povinností správního orgánu provádět veškeré důkazy ve prospěch i v neprospěch účastníka řízení. Dle názoru zadavatele je dokazování i nadále nedostatečné, Úřad nevyložil obsah neurčitěho pojmu „nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě“ a nedal tak zadavateli vodítko pro návrh rozsahu dokazování.

Posouzení nepřiměřených obtíží

12. V další části svého vyjádření pak zadavatel v polemice s názory Úřadu dovozuje, že nepřiměřené obtíže, pokud neznamenají vysloveně technickou nemožnost, jsou jen otázkou přiměřenosti ekonomických nákladů na jejich překonání. V této souvislosti zadavatel vytýká Úřadu, že se v rámci správního řízení nepokusil kvantifikovat náklady spojené se změnou technologie jakožto ekonomický ukazatel zmíněných nepřiměřených obtíží.

Výjimky z pravidel zadávání

13. Zadavatel rovněž odmítá odkaz na rozsudek ESD C-382/02, podle kterého výklad výjimek z pravidel zadávání veřejných zakázek musí být vždy restriktivní, stejně jako tvrzení, že jednací řízení bez uveřejnění lze využít jen tehdy, když uspokojení potřeby není možno dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tedy v soutěži o zakázku. Zadavatel dále opakovaně napadá, že Úřad odmítá společenskou nebezpečnost jednání zadavatele jako obecný znak skutkové podstaty správního deliktu. Veřejnost jako nositele obecného veřejného zájmu na dodržování zákona však za poškozeného dle názoru zadavatele považovat nelze. Za zcela nepřiléhavou pak zadavatel označuje argumentaci, že do soutěže se mohli přihlásit i další zájemci o veřejnou zakázku, přičemž opakovaně odkazuje na již dříve zrušenou veřejnou soutěž.

Námítka podjatosti a dalších formálních pochybení

14. V další části svého vyjádření zadavatel dovozuje, že nelze vyloučit podjatost, a to s přihlédnutím ke skutečnosti, že Úřad zahájil správní řízení z úřední povinnosti, avšak výlučně na základě podnětu neúspěšného uchazeče, který odmítl zadavateli předložit. Dále zadavatel vytýká postupu Úřadu i další formální pochybení, zejména pak, že účastníkovi nebyl při zahájení správního řízení sdělen předmět řízení a až z meritorního rozhodnutí se dozvěděl, že je obviněn ze spáchání správního deliktu i jeho právní kvalifikaci. Závěrem zadavatel shrnuje, že správní řízení bylo zahájeno v rozporu se zákonem, neboť neexistuje obecný veřejný zájem na předmětu řízení, neexistuje poškozený, neexistuje jediný důkaz, že by byly neúčelně vynakládány finanční prostředky a neexistuje důkaz, že by došlo ke znevýhodnění konkrétního uchazeče, a proto zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu po doplnění dokazování správní řízení zastavil. Současně zadavatel poukazuje na zásadu hospodárnosti správního řízení, která

je dle jeho názoru porušována účelovým udržováním předmětného správního řízení v běhu.

Doplnění rozkladu ze dne 13.10.2005

Zájem zadavatele na unifikaci vozového parku

15. Dne 13.10.2005 doručil zadavatel Úřadu další vyjádření, ve kterém nad rámec dosud uvedené argumentace shrnuje historii svých obchodních vztahů s dodavatelem předmětu plnění veřejné zakázky když uvádí, že v letech 1999 až 2003 zakoupil od tohoto dodavatele – společnosti Karosa a. s., 23 kusů autobusů, pro které byla postavena speciální vozovna, zakoupeno speciální náradí a přípravky a vyškoleno cca 200 zaměstnanců. V roce 2004 pak zadavatel rozhodl o nákupu 6 kusů nízkopodlažních trolejbusů formou jednacního řízení bez uveřejnění dle § 27 odst. 2 písm. b) zákona od dodavatele, a to z důvodu zřejmé výhodnosti unifikace vozového parku. Podmínky pro tento postup byly splněny, když v bezprostředně předcházejícím řízení bylo zjištěno, že jednoznačně z technických důvodů (a současně dokonce i z cenových) je pro zadavatele nejvýhodnější trolejbus od dodavatele Karosa a. s. Zadavatel je přesvědčen o správnosti svého postupu a tvrdí, že provozovat zcela odlišné autobusy je neodůvodnitelné, resp. nesmyslné s ohledem na technické obtíže při jejich provozu a údržbě a s tím spojenými zcela nadbytečnými náklady, a to jak náklady na samotné zakoupení autobusů (když nabídka jediného v úvahu přicházejícího dalšího uchazeče označuje zadavatel za vyšší o 1 mil. Kč na kus), tak i náklady na servisní a diagnostická zařízení, zaškolení personálu na nový typ vozidla, a i další periodické náklady po dobu 13 let předpokládané životnosti vozidel. Zadavatel dává Úřadu i k úvaze, že dodávka 6 ks nízkopodlažních trolejbusů byla hrazena z velké části z vlastních zdrojů a opětovně navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo změněno tak, že se řízení zastavuje, neboť skutek, pro který bylo vedeno řízení, se nestal.

Ústí jednání

16. Dne 18.10.2005 bylo v sídle Úřadu provedeno ústní jednání, na kterém si zástupci zadavatele vyhradili možnost dodatečného předložení vyjádření ve lhůtě do 4.11.2005. Toto své vyjádření posléze zadavatel Úřadu předložil společně se znaleckým posouzením č. 1881/2005 od Ing. Jaroslava Novotného, znalce pro odvětví silniční doprava a ceny a odhady movitostí, motorových vozidel, strojů a strojních zařízení.

Doplnění rozkladu ze dne 4.11.2005 a znalecký posudek

17. Ve svém vyjádření ze dne 4.11.2005 zadavatel shrnuje, že znalci byla položena otázka posouzení výše finanční náročnosti následně vzniklých provozních nákladů a servisních úkonů v případě zavedení nové značky vozidel MHD City Bus/Tr E3 po dobu jejich běžné provozní životnosti 13 let. Provedeným znaleckým posudkem došel znalec k závěru, že celkové vstupní a následné náklady související s případnou změnou typu trolejbusu by činily celkem 30 700 000,- Kč. Předmětný posudek tak dle názoru zadavatele vyvrací tvrzení napadeného rozhodnutí, že náklady na změnu typu trolejbusu dosahují 4 % ceny veřejné zakázky a dokládá, že tyto změny jsou v řádu 50 % objemu této zakázky. V této souvislosti zadavatel opakovaně zdůrazňuje, že kvantifikačním ukazatelem „nepřiměřených technických obtíží“ ve smyslu ustanovení § 27 zákona je

jejich ekonomické vyjádření a vzhledem k tomuto jejich vyjádření je zadavatel považuje za nepřiměřeně obtížné.

Neexistence konkurenční nabídky

18. Zadavatel rovněž namítá, že Úřad nevyvrátil (znalecky ani jinak) jeho tvrzení, že v rámci EU neexistuje dodavatel, který by nabídl nedotovanou dodávku výhodněji bez použití dumpingu. Z následujících výběrových řízení a zkušeností ostatních dopravních podniků zadavatel považuje za prokázané, že v rámci ČR neexistují jiné nabídky, a tedy postup zadavatele nemohl ani potenciálně ovlivnit hodnocení nabídek.

Soulad postupu zadavatele se zákonem o obcích

19. Zadavatel poukazuje také na soulad svého postupu s ustanovením § 38 a násl. zákona č. 128/2000 Sb., o obcích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o obcích“), podle kterého je zadavatel jakožto právnická osoba zřízená dvěma společníky – městem Zlín a městem Otrokovice, povinen nakládat se svým majetkem hospodárně s péčí řádného hospodáře bez ohledu na formální překážky kladené jinými normami.

Návrh dalšího postupu Úřadu

20. V závěru svého vyjádření zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu s přihlédnutím k závěrům znaleckého posudku změnil napadené rozhodnutí tak, že se správní řízení zastavuje. V případě jiného závěru pak zadavatel trvá na konání ústního jednání. Pokud Úřad závěry předmětného znaleckého posudku odmítne, nechť ustaví znalce ke zpracování revizního znaleckého posudku.

Výzva k dodatečnému vyjádření

21. Dne 2.1.2006 vyzval Úřad zadavatele k dodatečnému vyjádření, zda při zadání šetřené veřejné zakázky byla dodržena podmínka ustanovení § 27 odst. 2 písm. b) zákona, že plnění spočívá v částečné obnově zboží, rozšíření sjednaného objemu nebo úpravě. Úřad v této souvislosti dále uvedl, že autobusy CITY BUS E3 – IRISBUS jsou zřejmě v mnoha technických parametrech shodné s trolejbusy CITY TROLEJBUS E3 – ŠKODA 24 TR Irisbus, avšak připomněl, že oba produkty se od sebe v podstatných částech (trakční pohon) odlišují, a tedy se zřejmě nejedná o totožné zboží ve smyslu posledně citovaného zákona.

Doplnění znaleckého posouzení

22. Zadavatel v reakci na tuto výzvu doručil Úřadu dne 12.1.2006 „Znalecké posouzení 1930/2006, dodatek ke znaleckému posouzení 1881/2005 z 25.10.2005“, od Ing. Jaroslava Novotného, z jehož závěru je možno citovat, že podvozek a karoserie posuzovaných vozidel je vyrobena u jednoho výrobce ve zcela shodném základním značkovém, typovém a konstrukčním provedení. U výrobních štítků obou vozidel je shodný základní obchodní, výrobně konstrukční kód vozidla – VIN VNEPS09D100000061 a VNEPS09D100002031. V rekapitulaci podílu hnací jednotky na celkové hodnotě CITY vozidla znalecké posouzení uvádí, že u autobusů činí tento podíl 14,8 %, u trolejbusů 29,4 % a u trolejbusů s duálním pohonem 38,2 %. V závěru znalec shrnuje, že „podíl shody dílů karoserie s podvozkem je běžně v rozpětí 70 –

85 %, u kombinované verze dvou pohonů trolejbusu je minimálně 61,5 %, dále podle shodného základu VIN se jedná o shodné zboží pouze s odlišnou modifikací jedné položky – pohonu vozidla.“

K pojmu „trolejbus“

23. Znalec dále uvádí, že pojem „trolejbus“ se dle jeho informací nevyskytuje ve Standardní klasifikaci produkce, zavedené ČSÚ 5.12.2002 a zadavatelé veřejných zakázek používají buď SKP 34.10.30 – motorová vozidla pro přepravu deseti a více osob, a nebo SKP 35.50.10 – jiné dopravní prostředky a zařízení. Číselník Common Procurement Vocabulary (CPV) pak zná pojem dle názoru znalce asi nejmóstižněji charakterizující předmětnou dodávku jako „Elektrické autobusy“. Znalec rovněž dodává, že v krátké době se v ČR schválí a uplatní standardní ISO norma EU, která pojem trolejbus jako vozidlo MHD nezná. Vozidlo MHD jedoucí vlastními koly po komunikaci je v EU standardním silničním, ne drážním vozidlem. Následně budou trolejbusům upraveny podmínky silničního provozu a dále přiděleny registrační značky silničních vozidel (dříve SPZ).

Závěr řízení o rozkladu

24. 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:
25. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S48/05-154/2007/05-RP ze dne 19.5.2005 konstatoval v postupu zadavatele spáchání správního deliktu ve smyslu ustanovení § 102 odst. 1 písm. b) zákona a uložil mu za tento čin pokutu, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Neztotožnil jsem se však s výší uložené pokuty.

IV. K námitkám rozkladu

Naplnění podmínky „dodatečnosti“ předmětu plnění veřejné zakázky

26. Zadavatel zadal předmětnou veřejnou zakázku „na dodávku 6 ks nízkopodlažních trolejbusů“ na základě výzvy ze dne 8.6.2004 k jednání podle ustanovení § 27 odst. 2 písm. b) zákona. Podle tohoto ustanovení zákona je možno postupovat, „jde-li o dodatečnou dodávku poskytovanou dodavatelem, s nímž byla již uzavřena smlouva, spočívá-li plnění v částečné obnově zboží, rozšíření sjednaného objemu nebo úpravě za předpokladu, že změna dodavatele by vedla k dodání zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původním zbožím nebo nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě; doba trvání těchto smluv nesmí přesáhnout dobu 3 let.“ Jedním z pojmových znaků tohoto způsobu zadání veřejné zakázky je i jeho „dodatečnost“, tedy skutečnost, že zadavatel již dříve pořídil totožné zboží, které je touto novou veřejnou zakázkou obnovováno, případně je rozšiřován či upravován původně sjednaný objem dodávaného zboží.
27. Tento dodatečný charakter předmětné veřejné zakázky zadavatel dovozuje ze skutečnosti, že v letech 1999 až 2003 nakupoval od dodavatele – společnosti Karosa, a. s., celkem 23 kusů autobusů CITY BUS E3 – IRISBUS. Úřad v této souvislosti může

přisvědčit tvrzení zadavatele, stejně jako závěrům znaleckého posouzení Ing. Jaroslava Novotného, že autobusy CITY BUS E3 – IRISBUS jsou v mnoha technických parametrech shodné s trolejbusy CITY TROLEJBUS E3 – ŠKODA 24 TR Irisbus, který byl předmětem plnění šetřené „dodatečné“ veřejné zakázky, a tedy i údržba a servis mohou být u obou těchto produktů realizovány do značné míry ve stejných servisních provozech a týmiž servisními pracovníky, což může mít za následek výraznou úsporu finančních prostředků. Současně však považuje Úřad za nepopiratelnou skutečnost, že tyto dva produkty se od sebe v podstatných částech odlišují, a to především v tom, že se jedná o vozidla pro odlišný typ dopravy. Trolejbus je drážním vozidlem ve smyslu zákona č. 266/1994 Sb., o drahách, ve znění pozdějších předpisů, zatímco autobusy do této kategorie zařadit nelze, a jedná se tedy o odlišný druh vozidla.

28. Tuto skutečnost potvrzují i závěry dodatku k původnímu znaleckému posouzení, který zadavatel doručil Úřadu na základě jeho výzvy dne 12.1.2005. Znalec v něm výslovně uvádí, že duální trakční pohon trolejbusů, které jsou předmětem plnění šetřené veřejné zakázky, tvoří až 38,2 % z jejich celkové ceny. Shoda dílů karoserie s podvozkem je pak minimálně 61,5 %. Znalecký posudek tak potvrdil, že předmětné trolejbusy a autobusy jakožto dva různé druhy zboží se mohou od sebe odlišovat až o 38,5 % ve vztahu k charakteristice karoserií a podvozku, a dále se pak zcela odlišují způsobem pohonu, který se na celkové hodnotě trolejbusů jako zboží podílí téměř ze dvou pětin.
29. Vzhledem k výše uvedenému lze proto uzavřít, že předmětem šetřené veřejné zakázky nebyla částečná obnova původního zboží, případně rozšíření sjednaného objemu původního zboží, ale předmětem šetřené veřejné zakázky byl nákup zboží vzájemně se odlišujícího druhu a charakteru (trolejbusů), než tomu tak bylo v zadavatelem odkazovaných „původních“ veřejných zakázkách na nákup autobusů. Pro postup zadavatele podle ustanovení § 27 odst. 2 písm. b) zákona tak v šetřeném případě nebyla naplněna jedna ze základních zákonných podmínek.
30. V této souvislosti Úřad nenachází důvod přisvědčit tvrzení zadavatele, že „při obnově vozového parku vozidel pro provozování MHD je nutno pohlížet na vozidla MHD jako na soubor, který tvoří jeden typ vozidla nebo jeho modifikace, ale stejného typu“, neboť ačkoliv jsou trolejbusy a autobusy, které zadavatel nakupoval, po technické stránce v mnoha ohledech totožné, a nebo velmi podobné, jako celek tvoří trolejbus od autobusu odlišnou komoditu, a tedy i odlišný druh zboží.
31. Stejně tak tvrzení znaleckého posudku, že některé prameny a odborné či profesní publikace neznají pojem „trolejbus“ jako takový, je pro posouzení merita věci bezpředmětné, neboť již výše bylo prokázáno, že zadavatel nakupoval vzájemně odlišné druhy zboží.

Ke splnění zákonných předpokladů pro postup podle § 27 odst. 1 písm. a) zákona

32. V rámci argumentace podaného rozkladu a následných vyjádření zadavatel rovněž uvádí, že byly splněny podmínky pro postup podle ustanovení § 27 odst. 1 písm. a) zákona, tedy že „v předchozím otevřeném řízení nebo užším řízení nebyly podány žádné nabídky nebo nabídky splňující zadávací upomínky a zadavatel podstatně nezmění zadávací podmínky“. V této souvislosti zadavatel odkazuje na obchodní veřejnou soutěž „Dodávka 6 ks plně nízkopodlažních trolejbusů v dvounápravovém provedení dle technických podmínek zadávací dokumentace“, kterou na předmět šetřené veřejné

zakázky zadavatel vyhlásil dříve dne 24.3.2004 podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v Obchodním věstníku č. 12/2004 pod zn. č. 188949-12/04, a kterou posléze zrušil. Zadavatel v této soutěži obdržel celkem dvě nabídky, a to od společnosti ŠKODA ELECTRIC, s. r. o., Plzeň, která nabízela totožné trolejbusy jako později v šetřené veřejné zakázce, a druhou nabídku od společnosti Dopravní podnik Ostrava a. s., Ostrava. Nabídka společnosti ŠKODA ELECTRIC, a. s. byla shledána jako neúplná a zadavatel posléze předmětnou obchodní veřejnou soutěž zrušil.

33. K argumentaci zadavatele v tomto bodě uvádím, že jím odkazovaná obchodní veřejná soutěž vyhlášená dne 24.3.2005 byla omezena pouze na tuzemské osoby, jak je výslovně uvedeno v jejím vyhlášení mezi „Dalšími podmínkami soutěže“ pod bodem a). Naproti tomu šetřená veřejná zakázka jakožto zakázka nadlimitní ve smyslu zákona měla být zveřejněna v Úředním věstníku Evropské unie, a tedy okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku byl v šetřené veřejné zakázce nepoměrně širší, než v zadavatelem odkazované obchodní veřejné soutěži. Tato skutečnost pak jednoznačně představuje podstatnou změnu zadávacích podmínek oproti zadavatelem odkazované obchodní veřejné soutěži, a tedy nebyly v šetřeném případě dány podmínky pro postup podle ustanovení § 27 odst. 1 písm. a) zákona. Tvrzení zadavatele proto i v tomto bodě považuji za bezpředmětné.

Uložená pokuta

34. Z výše uvedeného je zřejmé, že nebyly naplněny podmínky pro postup formou jednacímho řízení bez uveřejnění ve smyslu ustanovení § 27, a to ani ve vztahu k ustanovení § 27 odst. 1 písm. a) zákona, ani ve vztahu k ustanovení § 27 odst. 2 písm. b) zákona. V této souvislosti pak již je nadbytečné posuzovat v rámci řízení o rozkladu otázku existence, respektive neexistence nepřiměřených technických obtíží při provozu či údržbě pořizovaných trolejbusů, neboť jak bylo doloženo výše, zadavatel tím, že využil tento mimořádný způsob zadání veřejné zakázky, spáchal správní delikt, jak byl popsán v napadeném rozhodnutí Úřadu. Za uvedený správní delikt je Úřad oprávněn uložit pokutu ve smyslu ustanovení § 102 odst. 2 písm. a) zákona až do výše 5 % z ceny veřejné zakázky. V šetřeném případě činila cena veřejné zakázky 77 826 000,- Kč, a tedy maximální možná výše pokuty mohla být až 3 891 300,- Kč. Úřad uložil pokutu ve výši 1 000 000,- Kč, tedy cca v jedné třetině maximální možné výše, když především zohlednil, že zadavatel financoval veřejnou zakázku z větší části z vlastních zdrojů.

Důvody ke snížení uložené pokuty

35. V rámci řízení o rozkladu jsem se s výší uložené pokuty neztotožnil, a proto jsem přistoupil k jejímu snížení na polovinu původní výše, tedy na částku 500 000,- Kč. K tomuto kroku mě vedly především další listinné důkazní materiály, předložené zadavatelem až v rámci řízení o rozkladu, včetně odborného posouzení Ing. Jaroslava Novotného. Zadavatel těmito dodatečně předloženými důkazy prokázal, že pořízení trolejbusů od jiného dodavatele, než který dodal zadavateli autobusy, by bylo spojeno s dodatečnými náklady na údržbu a opravy za třináct let životnosti těchto autobusů v celkové částce 30 700 000,- Kč. Zadavateli se tak podařilo prokázat, že k postupu byl veden mimo jiné i konkrétními ekonomickými faktory a snahou o úsporu veřejných finančních prostředků. Současně je však v této souvislosti nutno uvést, že ekonomicky nejvýhodnější řešení svých potřeb je zadavatel povinen zajistit vždy pouze postupem

podle zákona. V šetřeném případě dále není vyloučeno, že by zadavatel obdržel i výhodnější nabídku, pokud by připustil transparentní soutěž všech potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku a skutečnosti, které vyplývají z předloženého znaleckého posouzení, by zohlednil již v jejím zadání, aby na ně mohli všichni uchazeči náležitým způsobem reagovat.

K dalším námitkám napadeného rozkladu

Namítané porušení procesních práv zadavatele jako účastníka správního řízení

36. Zadavatel namítá v postupu Úřadu porušení ustanovení § 33 správního řádu, tedy že Úřad nedal zadavateli možnost vyjádřit se před vydáním rozhodnutí k jeho podkladu i ke způsobu jeho zjištění, případně navrhnout jeho doplnění. Obecné a schématické poučení v oznámení o zahájení správního řízení zadavatel za splnění povinnosti Úřadu jakožto správního orgánu nepovažuje.
37. K tomu uvádím, že Úřad splnil svou zákonnou povinnost dle ustanovení § 33 odst. 2 správního řádu poučit zadavatele jako účastníka správního řízení o možnosti vyjádřit se ke skutečnostem, které budou podkladem rozhodnutí, když toto poučení bylo obsaženo v oznámení od zahájení správního řízení ze dne 30.3.2005. Správnost takového postupu lze podpůrně dovést rovněž z právního názoru Vrchního soudu v Olomouci, který v rozsudku ze dne 29.6.2000 č. j. 2A 5/2000 výslovně konstatoval, že se Úřad „nedopustil vytykaného porušení procesních pravidel stanovených v § 33 odst. 2 správního řádu, neboť žalobce měl možnost se vyjádřit před vydáním rozhodnutí k jeho podkladu i ke způsobu jeho zjištění, případně navrhnout jeho doplnění, když byl o této možnosti informován v rámci oznámení o zahájení správního řízení“. Tento právní názor pak Úřad ve své praxi nepovažuje za dogma, jak naznačuje zadavatel, ale přijímá jej jako relevantní výklad příslušné právní normy, se kterým se Úřad ve své výkladové praxi ztotožňuje.
38. V této souvislosti pak rovněž uvádím, že zadavatel byl v oznámení o zahájení správního řízení výslovně poučen, že „s ohledem na obligatorní písemný průběh zadávacího procesu a s přihlédnutím k dosud předloženému spisovému materiálu orgán dohledu v současné době neshledal důvody pro nařízení ústního jednání podle § 21 správního řádu“. Pokud tedy zadavatel i přes uvedené poučení očekával nařízení ústního jednání, a tedy hodlal tímto způsobem uplatnit svá procesní práva, měl tuto skutečnost uvést ve svém vyjádření k oznámení o zahájení správního řízení, což neučinil. Provedení ústního jednání požadoval i v rámci řízení o rozkladu, ve kterém bylo tomuto požadavku vyhověno a ústní jednání dne 18.10.2005 proběhlo. Zadavateli jako účastníkovi správního řízení tak bylo umožněno uplatnit jeho procesní práva.
39. Dále je potřeba uvést, že Úřad při vydání napadeného rozhodnutí vycházel výhradně z dokladů, které mu poskytl zadavatel jako jediný účastník správního řízení, a tedy zadavatel nebyl krácen na svých procesních právech seznámit se s podklady rozhodnutí nejen po stránce formální, ale ani po stránce faktické. Námitky zadavatele v této souvislosti zjevně směřují nikoliv k seznámení se s listinnými materiály, které tvoří podklad pro rozhodování Úřadu, a snahou zadavatele je seznámit se s výsledným právním hodnocením těchto materiálů, které Úřad učinil. Tyto skutečnosti, tedy konečný výsledek přezkumné činnosti Úřadu a jeho meritorní výrok, jsou však přirozeným

obsahem až rozhodnutí Úřadu ve věci, a proto není možno požadovat tyto informace v rámci procesního úkonu seznámení se s podklady rozhodnutí.

Ke spáchání správního deliktu

40. Zadavatel v podaném rozkladu rovněž namítá, že nebyl spáchán správní delikt, za který by bylo možno uložit sankci, neboť neexistuje společenská nebezpečnost jednání zadavatele a neexistuje reálný poškozený. K tomu uvádím, že dle ustanovení § 102 odst. 1 písm. a) a b) zákona se správního deliktu dopustí právnická osoba nebo fyzická osoba, která je zadavatelem tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek, či uzavře smlouvu s uchazečem vybraným na základě tohoto nezákonného postupu. Z uvedeného je zřejmé, že zákon nespojuje spáchání správního deliktu s existencí poškozeného či společenské nebezpečnosti jednání zadavatele. Zadavatel v šetřeném případě porušil zákon tím, že pro zadání veřejné zakázky neoprávněně použil formu jednacního řízení bez uveřejnění, čímž podstatně ovlivnil hodnocení nabídek, neboť nepřipustil jejich soutěž. Na základě tohoto postupu pak zadavatel uzavřel smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky, a tedy je zřejmé, že naplnil materiální znaky spáchání správního deliktu ve smyslu ustanovení § 102 odst. 1 písm. a) a b) zákona.

K namítané podjatosti Úřadu

41. Zadavatel ve svém rozkladu dále dovozuje podjatost Úřadu z toho, že zahájil správní řízení výlučně na základě podnětu neúspěšného uchazeče, který odmítl zadavateli předložit. K tomu uvádím, že Úřad jako orgán dohledu ve smyslu ustanovení § 94 odst. 1 zákona zahájil správní řízení zcela v souladu se svým zákonným oprávněním dle ustanovení § 96 odst. 1 zákona, když si od zadavatele vyžádal dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky a po jejím přezkoumání získal pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele. Prvotní impuls, na základě kterého Úřad jako správní orgán začal konat z úřední moci, tedy v šetřeném případě podnět, je pro posouzení zákonnosti průběhu správního řízení právně zcela irelevantní.
42. Obecně pak jistě není možno spatřovat podjatost pouze v tom, když Úřad ve svém meritorním rozhodnutí potvrdí a přisvědčí podezřením, která byla obsažena v prvotním podnětu. Úřad v šetřeném případě na základě objektivního přezkoumání příslušné dokumentace zjistil v postupu zadavatele spáchání správního deliktu, jak bylo podrobně rozvedeno výše, aniž by při tom byl jakkoliv vázán obsahem původního podnětu, či z tohoto podnětu čerpal jiné skutečnosti, než které jsou obsaženy ve správním spise a zadavatel měl možnost se s nimi seznámit. Závěry napadeného rozhodnutí jsou tak na obsahu a závěrech původního podnětu zcela nezávislé a námitka podjatosti proto není žádným způsobem podložena.

Namítaný rozpor se zákonem o obcích

43. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 4.11.2005 rovněž uvádí, že je vázán ustanovením § 38 a násl. zákona o obcích, podle kterého je povinnen nakládat se svým majetkem hospodárně s péčí řádného hospodáře bez ohledu na formální překážky kladené jinými normami.

44. K tomu uvádím, že dle posledně citovaného ustanovení zákona o obcích musí být majetek obce využíván účelně a hospodárně v souladu s jejími zájmy a úkoly vyplývajícími ze zákona vymezené působnosti. Dle ustanovení § 2 odst. 1 písm. a) bod 3 zákona je obec veřejným zadavatelem, a tedy zadavatel v šetřeném případě není vyjmut z působnosti zákona při vynakládání veřejných prostředků. Tvrzení zadavatele, že není vázán formálními pravidly kladenými jinými normami se tedy nezakládá na pravdě, ale právě naopak – zadavatel má povinnost při vynakládání veřejných prostředků postupovat v souladu se zákonem, neboť jen toto je jediný legální způsob hospodárného vynakládání veřejných finančních prostředků.

V. Závěr

45. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí změnit, 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. Radek Ondruš, se sídlem AK Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno,
2. spis.