



UOHSX00525AA

PŘESEDÁ ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R311/2012/VZ-10394/2013/310/LPa

Brno 5. června 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 1. 11. 2012, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 2. 11. 2012, jenž podal zadavatel –

- město **Broumov**, IČ 00272523, se sídlem třída Masarykova 239, 550 14 Broumov,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S311/2012/VZ-19506/2012/512/JMa ze dne 17. 10. 2012 ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání podlimitní veřejné zakázky „**Výběr zhotovitele projektové dokumentace na stavbu SPORTCENTRUM PIVOVAR BROUMOV**“ zadávané formou zjednodušeného podlimitního řízení, na základě výzvy k podání nabídky ze dne 13. 8. 2008 odeslané dne 15. 8. 2008 šesti zájemcům a zveřejněné na profilu zadavatele, na kterou byla dne 10. 10. 2008 uzavřena smlouva s vybraným uchazečem,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 92 odst. 1 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Podaný rozklad jako opožděný

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel - Město Broumov, IČ 00272523, se sídlem třída Masarykova 239, 550 14 Broumov, (dále jen „**zadavatel**“), zadal ve zjednodušeném podlimitním řízení, zahájeném na základě výzvy k podání nabídek ze dne 13. 8. 2008, odeslané dne 15. 8. 2008 a zveřejněné na profilu zadavatele, veřejnou zakázku „Výběr zhotovitele projektové dokumentace na stavbu SPORTCENTRUM PIVOVAR BROUMOV“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), jejímž předmětem byla projekční a inženýrská činnost spojená s přípravou stavby uvedeného sportcentra.
2. Na základě podnětu sp. zn. P827/2011/VZ upozorňujícího na možné nezákonné použití jednacímho řízení bez uveřejnění v související veřejné zakázce si Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) vyžádal od zadavatele veškerou spisovou dokumentaci k předmětné veřejné zakázce.
3. Z předložené spisové dokumentace vyplynulo, že v souladu s ustanovením § 38 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ vyzval zadavatel písemnou výzvou ze dne 13. 8. 2008 šest zájemců k podání nabídky a prokázání splnění kvalifikace. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel ve výzvě uvedl ekonomickou výhodnost nabídky s dílčími hodnotícími kritérii – zajímavost a originalita studie (váha kritéria 50%), nabídková cena projektu (váha kritéria 40%) a sankce za nesplnění termínu (váha kritéria 10%).
4. Dále bylo zjištěno, že ve lhůtě poskytnuté zadavatelem k podání nabídek obdržel zadavatel dvě nabídky, z nichž obě vyhověly kontrole úplnosti. Na základě posouzení a hodnocení těchto nabídek hodnotící komisí zadavatel následně dne 19. 9. 2008 rozhodl o výběru nejvýhodnější nabídky uchazeče ATELIER TSUNAMI s. r. o., IČ 48151122, se sídlem Palachova 1742, 547 01 Náchod (dále jen „**vybraný uchazeč**“), se kterým dne 10. 10. 2008 uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky, ve znění Dodatku č. 1 ze dne 18. 12. 2008 a Dodatku č. 2 ze dne 1. 3. 2010.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacímho řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.

5. Po přezkoumání předložené zadávací dokumentace ve spojení s podklady, které Úřad získal v rámci šetření výše uvedeného podnětu, nabyt Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a proto dopisem č. j. ÚOHS-S311/2012/VZ-10155/2012/520/JMa ze dne 4. 6. 2012 oznámil zadavateli zahájení správního řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Za účastníka správního řízení byl označen zadavatel. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S311/2012/VZ-10157/2012/520/JMa ze stejného dne stanovil účastníku řízení lhůtu, v níž je možné navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, resp. vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí. Dne 6. 6. 2012, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo správní řízení zahájeno.

Stanovisko zadavatele

6. Ve svém vyjádření ze dne 15. 6. 2012 k samotnému předmětu zahájeného správního řízení zadavatel odkázal na své vyjádření ze dne 7. 4. 2012, které učinil v souvislosti s podnětem evidovaným Úřadem pod sp. zn. P827/2011/VZ. Nad rámec tohoto pak uvedl, že hodnotící komise byla stanovena jako sedmičlenná, přičemž jejími členy byly navrženy takové osoby, které lze z hlediska jejich dosavadní činnosti, zkušeností z obdobných řízení, vzdělání, a vysokého morálního kreditu, jako zastupitelů a zaměstnanců územního samosprávného, celku považovat za dostatečně fundované a kvalifikované k posouzení předmětu plnění veřejné zakázky a splnění požadavků zadavatele ve vztahu k nabídkám ve fázi posouzení. Dále uvedl, že předmět veřejné zakázky neodůvodňoval jiné složení hodnotící komise a že její postup hodnocení nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II. Napadené rozhodnutí

7. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění vydal dne 17. 10. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S311/2012/VZ-19506/2012/512/JMa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výrokové části I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 74 odst. 3 zákona, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu na plnění této veřejné zakázky s vybraným uchazečem. Ve výrokové části II. napadeného rozhodnutí pak byla zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. uložena pokuta ve výši 60 000,- Kč.
8. Úřad ve svém odůvodnění výrokové části I. napadeného rozhodnutí předně uvedl relevantní ustanovení zákona, zvláště se pak zabýval výkladem ustanovení § 74 odst. 3 zákona, podle kterého hodnotící komise, která se musí skládat alespoň z 5-ti členů, je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, musí mít nejméně jednu třetinu členů s příslušnou odborností ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.
9. V kontextu uvedeného ustanovení zákona se tedy Úřad zabýval složením hodnotící komise, přičemž ze Zprávy o hodnocení a posouzení nabídek ze dne 10. 9. 2008 zjistil, že na hodnocení nabídek se podílelo sedm členů hodnotící komise a to ve složení JUDr. Libuše Růčková, starostka města, Bc. Lubomír Franc, místostarosta města, Josef Marek, člen

Rady města, Kamil Slezák, člen Rady města, Mgr. Jiří Ringel, člen zastupitelstva, a Josef Gruner st., člen zastupitelstva a Petr Kuchta, vedoucí odboru investic a rozvoje.

10. K žádosti Úřadu ze dne 27. 3. 2012, aby zadavatel doložil příslušnou odbornost jednotlivých členů hodnotící komise ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, zadavatel přípisem ze dne 7. 4. 2012 sdělil, že komise pro posouzení a hodnocení nabídek byla ustanovena jako sedmičlenná a její složení bylo navrženo tak, aby byl lépe a objektivněji zajištěn kvalifikovaný postup ve fázi posouzení a hodnocení nabídek s tím, že všichni členové komise mají zkušenosti s obdobnými výběrovými řízeními, přičemž Petr Kuchta pracuje jako vedoucí odboru investic a rozvoje městského úřadu a má středoškolské vzdělání stavebního směru. Zadavatel dodal, že ostatní členové komise byli v té době zastupiteli, případně radními města a také měli zkušenosti s obdobnými výběrovými řízeními, z pozice členů komise.
11. Na základě výše uvedeného vyjádření zadavatele Úřad zhodnotil, že zadavatel neprokázal, že by vyjma jednoho člena hodnotící komise se středoškolským vzděláním stavebního směru byli její členové způsobilí k řádnému posouzení a hodnocení nabídek na specializovanou projekční a inženýrskou činnost. Úřad konstatoval absenci odbornosti hodnotící komise k předmětu veřejné zakázky, když uvedl, že ani zkušenosti s obdobnými výběrovými řízeními, ba ani účast v hodnotících komisích nelze pokládat za dostatečnou odbornost ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Na základě uvedeného tedy dospěl Úřad k závěru, že vzhledem k tomu, že alespoň jedna třetina členů hodnotící komise nedisponovala příslušnou odborností, když zadavatel jmenoval pouze jediného jejího člena s odborným vzděláním stavebního směru, došlo tak k porušení požadavků stanovených ustanovením § 74 odst. 3 zákona a na kroky hodnotící komise tak není možné pohlížet jako na učiněné v souladu se zákonem. Přitom tento postup zadavatele mohl, podle názoru Úřadu, ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Rozhodná je pak v daném případě již potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. K závěru Úřad konstatoval, že pokud by zadavatel dodržel zákonný postup a veřejná zakázka by tak byla posuzována hodnotící komisí, která by byla ustavena v souladu se zákonem, nelze vyloučit, že by byla vybrána jako nejvhodnější nabídka jiného uchazeče. Zadavatel tak svým postupem naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
12. V souvislosti s problematikou výše uložené pokuty se Úřad zabýval nejprve výpočtem její maximální horní hranice, kterou lze za spáchaný správní delikt uložit, když ji určil v souladu s ustanovením § 120 odst. 2. písm. a) zákona, ve znění účinného ke dni zahájení zadávacího řízení, jako 5% z ceny veřejné zakázky na částku 295 715,- Kč. Při určování její konkrétní výměry pak přihlédl k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
13. Předně Úřad přihlédl ke skutečnosti, že zadavatel se dopustil závažného porušení zákona, které mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, když veškeré úkony učiněné hodnotící komisí je nutno považovat za nezákonné. Úřad vzal v potaz především tu skutečnost, že není možné vyloučit, že při zákonném postupu zadavatele mohla být vybrána jako nejvhodnější nabídka odlišná od nabídky vybraného uchazeče. Dále Úřad při stanovení výše pokuty taktéž přihlédl k ekonomické situaci zadavatele, přičemž určil její výši tak, aby nemohla být považována, vzhledem k rozpočtu zadavatele, za likvidační. Výši 60 000,- Kč pak Úřad shledal

vzhledem k okolnostem případu jako pokutu dostačující, přičemž upřednostnil preventivní funkci právní odpovědnosti, nicméně zároveň s úmyslem, aby ji zadavatel pocítoval jako újmu, neboť uložením nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu.

III. Námitky rozkladu

14. Proti rozhodnutí orgánu dohledu ze dne 17. 10. 2012, č. j. ÚOHS-S311/2012/VZ-19506/2012/512/JMa, které bylo zadavateli doručeno datovou zprávou téhož dne, podal zadavatel taktéž datovou zprávou, datovanou ke dni 1. 11. 2012, doručenou do datové schránky Úřadu dne 2. 11. 2012, rozklad, v němž napadl oba výroky rozhodnutí, přičemž prohlásil právní kvalifikaci Úřadu při vydání rozhodnutí za nesprávnou, poněvadž postup stanovený § 74 odst. 3 zákona dodržel a správního deliktu se tak nedopustil. Pokuta mu dle jeho názoru byla uložena neoprávněně.
15. Předně se zadavatel vyjádřil kriticky k postupu Úřadu, který se podle něj z obsahového hlediska nezabýval jeho podnětem, kterým zadavatel oznámil porušení zákona a který Úřad eviduje pod sp. zn. P827/2011/VZ.
16. K samotnému odůvodnění rozhodnutí Úřadu pak namítl, že Úřad nijak nedoložil, jakým způsobem předmět veřejné zakázky odůvodňuje potřebu odbornosti minimálně jedné třetiny členů hodnotící komise, ani z čeho vyvozuje potřebnou kvalifikaci členů v podobě odborného vzdělání nebo praxe v oboru, když žádný zákonný ani podzákonný předpis tyto kvalifikační požadavky co se týče stupně dosaženého vzdělání, jeho zaměření či délky praxe nespécifikuje. Zadavatel je naopak přesvědčen o tom, že je na odbornost členů nutno nahlížet v širší perspektivě, zvláště ve vztahu k jejich zkušenostem s prováděním výběrových řízení.
17. Úřad dále podle zadavatele neprovedl úplná zjištění a nesprávně se vypořádal s nedostatečnou odborností členů výběrové komise, když pouze uvedl, že není možné vyloučit vliv postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky. K tomuto zadavatel vyslovil přesvědčení, že zásady získávání a hodnocení důkazů ve správním řízení nejsou postaveny na domněnkách, resp. negativním vymezení a proto měl Úřad pozitivně doložit, jakým způsobem došlo k podstatnému ovlivnění či k možnosti ovlivnění výběru nejvýhodnější nabídky.
18. K odůvodnění uložené pokuty zadavatel namítl, že Úřad nepřihlédl k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Nesprávně pak rovněž stanovil horní hranici možné pokuty, když tuto uvedl včetně DPH, ačkoliv zákon v ustanoveních např. § 12 či § 13 odst. 1 zákona jako cenu veřejné zakázky stanoví její cenu bez daně z přidané hodnoty. Úřadem uložená pokuta pak při nesprávném stanovení její možné horní hranice nebyla nastavena při samé spodní hranici zákonného rozmezí, jak tvrdí Úřad ve svém odůvodnění, ale v jeho jedné čtvrtině.
19. Na závěr zadavatel poukázal na smluvní vztah s administrátorem veřejné zakázky, společností INGENIRING KRKONOŠE a. s., která pro zadavatele prováděla výběr dodavatele veřejné zakázky. Zadavatel uvedl tuto skutečnost jako okolnost vylučující jeho odpovědnost

za spáchání správního deliktu, kterou měl, podle zadavatele, Úřad při stanovení výše pokuty zohlednit.

Závěr rozkladu

20. Na základě v rozkladu uvedených skutečností zadavatel navrhl, aby předseda Úřadu odstranil rozpor napadeného rozhodnutí s právními předpisy tak, že napadené rozhodnutí zruší.

IV. Řízení o rozkladu

21. 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 pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

22. Po projednání rozkladu a spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
23. Rozklad doručený Úřadu dne 2. 11. 2012 byl podán opožděně, a proto ho ve smyslu § 92 odst. 1 správního řádu jako opožděný zamítám.

V. K opožděnosti rozkladu

24. K problematice dodržování lhůt pro podání rozkladu je třeba nejdříve poukázat na ustanovení § 152 odst. 4 správního řádu, který zakotvuje pravidlo obecné subsidiární platnosti ustanovení o odvolacím řízení vůči řízení o rozkladu, když stanoví, že pro řízení o rozkladu platí ustanovení o odvolání, pokud to nevyklučuje povaha věci. Při respektování uvedeného pak z ustanovení § 83 odst. 1 správního řádu vyplývá obecná 15 – ti denní odvolací lhůta, která běží ode dne oznámení rozhodnutí. Oznámením rozhodnutí se pak podle § 72 odst. 1 správního řádu rozumí doručení stejnopisu jeho písemného vyhotovení účastníkům řízení do vlastních rukou nebo ústní vyhlášení. Za podmínek ustanovení § 17 zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**zákon o elektronických úkonech**“) má pak před ostatními druhy doručení přednost doručení prostřednictvím informačního systému datových schránek, kdy dokument, který byl do datové schránky dodán je doručen okamžikem, kdy se do datové schránky přihlásí osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup k datovému dokumentu. Pro případ, že se oprávněná osoba nepřihlásí do informačního systému datových schránek ve stanovené lhůtě, nastává desátým dnem ode dne, kdy byla datová zpráva dodána do datové schránky adresáta, tzv. fikce doručení. K uvedenému je pak potřeba doplnit, že tento způsob doručení má stejné právní účinky jako doručení do vlastních rukou.
25. Ze spisového materiálu vyplynulo, že napadené rozhodnutí bylo vydáno dne 17. 10. 2012, přičemž téhož dne bylo odesláno a řádně doručeno do datové schránky zadavatele. 15 – ti denní lhůta pro podání rozkladu proto zadavateli uplynula dne 1. 11. 2012. Proti napadenému rozhodnutí podal navrhovatel datovou zprávou zaslou prostřednictvím

informačního systému datových schránek rozklad dne 2. 11. 2012. Rozklad byl tedy zjevně podán po uplynutí stanovené lhůty.

26. Činit podání vůči správnímu orgánu prostřednictvím datové schránky opravňuje zadavatele ustanovení § 18 zákona o elektronických úkonech, přičemž takovému podání je přisuzováno rovnocenné postavení jako podání učiněnému na běžné podatelně či prostřednictvím držitele poštovní licence. Takováto datová zpráva je doručena již dodáním do datové schránky správního orgánu, aniž by muselo dojít k přihlášení pověřené osoby do systému datových schránek.
27. Z obecných pravidel pro počítání času uvedených v ustanovení § 40 v odstavci 1 písm. d) správního řádu vyplývá, že lhůta pro podání rozkladu je zachována, je-li v její poslední den učiněno toto podání u věcně a místně příslušného správního orgánu, anebo je-li v tento den podána poštovní zásilka adresovaná správnímu orgánu, která obsahuje podání, držiteli poštovní licence nebo zvláštní poštovní licence anebo osobě, která má obdobné postavení v jiném státě. Z uvedeného lze analogicky usoudit, že v případě rozkladu zadavatele podaného formou datové zprávy by byla lhůta zachována tehdy, pokud by byla v poslední její den dodána do datové schránky Úřadu. Jak již bylo uvedeno, posledním dnem lhůty pro podání rozkladu byl 1. 11. 2012, přičemž jak vyplývá ze spisové dokumentace, v tomto termínu rozklad zadavatele nebyl podán ani datovou zprávou ani žádným jiným zákonem předpokládaným způsobem. Podání zadavatele, označené jako Rozklad – ÚOHS – Sportcentrum, bylo do datové schránky Úřadu doručeno až dne 2. 11. 2012, tedy až po uplynutí zákonem stanovené lhůty.
28. Ustanovení § 92 odst. 1 správního řádu stanoví, že opožděné nebo nepřípustné odvolání resp. rozklad odvolací správní orgán zamítne. Opožděným odvoláním, resp. rozkladem je přitom takové odvolání resp. rozklad, které bylo podáno po uplynutí odvolací lhůty uvedené výše. V posuzovaném případě bylo z doručky datové zprávy prokázáno, že rozklad byl podán opožděně, a proto k tomuto rozkladu ani k námitkám v něm uvedeným nelze přihlížet. Orgán rozhodující o rozkladu v případě, že jej zamítá podle § 92 odst. 1 správního řádu, napadené rozhodnutí dále meritorně neposuzuje postupem podle § 89 odst. 2 správního řádu, ale zamítá jej z formálních důvodů. Z tohoto důvodu jsou v rozhodnutí o rozkladu uvedeny pouze důvody nepřípustnosti tohoto rozkladu, aniž by došlo k vypořádání námitek v něm uvedených.
29. Na základě výše uvedených skutečností konstatuji, že tím, že zadavatel neuplatnil své právo podat rozklad v zákonné lhůtě, marným uplynutím stanovené patnáctidenní lhůty došlo k zániku tohoto práva a podaný rozklad je tedy posuzován jako opožděný.
30. Ve smyslu ustanovení § 92 odst. 1 správního řádu jsem se současně zabýval otázkou, zda neexistují předpoklady pro přezkoumání rozhodnutí v přezkumném řízení, pro obnovu řízení nebo pro vydání nového rozhodnutí, kdy by byl opožděný rozklad posuzován jako podnět k zahájení jednoho z těchto řízení, přičemž jsem dospěl k závěru, že žádné takové skutečnosti nejsou v posuzovaném případě dány.

VI. Závěr

31. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly skutečnosti odůvodňující zamítnutí rozkladu pro opožděnost podle § 92 odst. 1 správního řádu, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. město Broumov, třída Masarykova 239, 550 14 Broumov

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy