



UOHSX004GHJ4

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S325/2012/VZ-955/2013/521/HOD

V Brně dne 15. ledna 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 7. 6. 2012 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Benediktinské opatství sv. Václava v Broumově, IČ 48648884, se sídlem Klášterní 1, 550 01 Broumov,
- navrhovatel – Atelier 4, s. r. o., IČ 46710141, se sídlem Podhorská 377/20, 466 01 Jablonec nad Nisou,
- vybraný uchazeč – INS spol. s r. o., IČ 60109971, se sídlem Parkány 413, 547 01 Náchod,

ve věci veřejné zakázky „Prováděcí dokumentace, výkon autorského dozoru – klášter“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 1. 3. 2012 pod ev. č. 208548 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 3. 2012 pod ev. č. 2012/S50-081864,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Benediktinské opatství sv. Václava v Broumově, IČ 48648884, se sídlem Klášterní 1, 550 01 Broumov – nedodržel při zadávání veřejné zakázky „Prováděcí dokumentace, výkon autorského dozoru – klášter“ postup stanovený v ust. § 71 odst. 4 ve spojení s ust. § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že obálky s nabídkami neotevřel v termínu, o němž vyrozuměl uchazeče před otevíráním obálek, čímž porušil právo uchazeče Atelier 4, s. r. o., IČ 46710141, se sídlem Podhorská 377/20, 466 01 Jablonec

nad Nisou, na účast při otevírání obálek podle ust. § 71 odst. 7 cit. zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě postupu uvedeného ve výroku I. **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže** podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší předmětné zadávací řízení.**

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Benediktinské opatství sv. Václava v Broumově, IČ 48648884, se sídlem Klášterní 1, 550 01 Broumov – ukládá:

uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Benediktinské opatství sv. Václava v Broumově, IČ 48648884, se sídlem Klášterní 1, 550 01 Broumov (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)¹, v informačním systému o veřejných zakázkách dne 1. 3. 2012 pod ev. č. 208548 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 3. 2012 pod ev. č. 2012/S50-081864, oznámení otevřeného zadávacího řízení „Prováděcí dokumentace, výkon autorského dozoru – klášter“.
2. Z protokolu o otevírání obálek konaném dne 4. 5. 2012 vyplývá, že zadavatel obdržel v zadávacím řízení celkem osm nabídek.
3. Proti postupu zadavatele při otevírání obálek s nabídkami podal uchazeč – Atelier 4, s. r. o., IČ 46710141, se sídlem Podhorská 377/20, 466 01 Jablonec nad Nisou (dále jen „navrhovatel“) dopisem ze dne 14. 5. 2012 námitky, které zadavatel obdržel dne 17. 5. 2012, a kterým po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách obdržel navrhovatel (podle informací uvedených v návrhu navrhovatele) dne 29. 5. 2012.
4. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 7. 6. 2012 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. OBSAH NÁVRHU

5. V podaném návrhu navrhovatel uvádí, že podal řádně a včas nabídku a chtěl využít svého práva zúčastnit se otevírání obálek dne 4. 5. 2012, které bylo uchazeči oznámeno

¹ Pozn.: Pokud je v textu rozhodnutí uveden odkaz na zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jedná se vždy o znění účinné v době zahájení zadávání veřejné zakázky.

elektronickou cestou a písemným oznámením doručeným dne 27. 4. 2012 se stanovením místa a času, a to 10.15 hodin v zasedací místnosti ve 3. patře v prostorách zástupce zadavatele, CEP a. s., Československé armády 954/7, 503 03 Hradec Králové. Zástupce zadavatele zahájil otevírání obálek v 10.00 za účasti zástupce budoucího vítězného uchazeče. V tomto konání spatřuje navrhovatel porušení zákona, omezení uchazeče na jeho právech a porušení zásad stanovených v § 6 zákona.

6. Tvrzení, že zadavatel zahájil otevírání obálek před stanovenou dobou, uvedenou v oznámení, které bylo navrhovateli doručeno dne 27. 4. 2012 v rozporu s ust. § 71 odst. 4 zákona navrhovatel opírá o skutečnost, že se na otevírání obálek dostavil s předstihem před oznámenou dobou zahájení, a to 4. 5. 2012 v 10.10 hod., dále z kopie protokolu o otevírání obálek, ze kterého je zřejmé, že komise pro otevírání obálek započala s otevíráním obálek v 10.00. V tomto čase již zástupce zadavatele za přítomnosti zástupce budoucího vítězného uchazeče postupoval dle ust. § 71 odst. 8 zákona a postupně otevíral obálky podle pořadového čísla, přičemž v čase 10.10 měl zástupce zadavatele otevřené již dvě nabídky (z nichž jedna je nabídka navrhovatele) a zároveň provedenu kontrolu úplnosti. Navrhovatel se domnívá, že jednáním zástupce zadavatele při otevírání obálek, tj. dřívějším započatím otevírání obálek, než bylo uvedeno v oznámení doručeném navrhovateli dne 27. 4. 2012, došlo k porušení ust. § 6, § 71 odst. 7 a 9 zákona.
7. Navrhovatel v další části návrhu popisuje obsah rozhodnutí o námitkách navrhovatele, přičemž uvádí, že zadavatel se k porušení zákona doznal, avšak nápravu neučinil a v rozhodnutí o námitkách se nevypořádal se skutečností, že v důsledku dřívějšího otevírání obálek mohlo dojít např. k celkové výměně zapečetěných obálek a se skutečností, že zástupce budoucího vítězného uchazeče byl přítomen „již od začátku otevírání obálek“, čímž byly porušeny zásady rovného přístupu a transparentnosti dané ustanovením § 6 zákona.
8. Navrhovatel se domnívá, že argumentace zadavatele, že žádný z uchazečů, kteří si protokol o otevírání obálek vyžádali, proti postupu zadavatele neměli námitek, není opodstatněná a dodává, že každý uchazeč má právo domáhat se svých práv a využít zákonných opravných prostředků bez ohledu na konání či nekonání jiných uchazečů.
9. Navrhovatel se dále neztotožňuje s tvrzením zadavatele o nedostatečné konkretizaci újmy v námitkách, přičemž uvádí, že v námitce uvedl, že mu vznikla újma na jeho právech porušením principů ust. § 6 zákona a byl mu odepřen transparentní přístup k získání veřejné zakázky. Navrhovatel je toho názoru, že výklad pojmu újma nelze jednostranně zužovat pouze na vzniklou či hrozící újmu materiálního základu, a že je možno tento pojem vykládat v širším pojetí nemateriálního, duševního základu, který může posléze mít za následek materiální ztrátu v podobě neuzavření smluvního kontraktu na veřejnou zakázku.
10. Navrhovatel navrhuje přezkum úkonů zadavatele učiněných v rámci zadávacího řízení zejména v období do ukončení fáze otevírání obálek a navrhuje provedení důkazního šetření, zda zadavatel porušil svými úkony či nečinností zákon. Za důkazní prostředky navrhovatel považuje zejména výzvu zadavatele ze dne 1. 3. 2012, zadávací dokumentaci ze dne 29. 2. 2012, dotazy uchazečů a odpovědi zadavatele, protokol o otevírání obálek ze dne 18. 4. 2012, oznámení zadavatele o posunu termínu otevírání obálek ze dne 27. 4. 2012, protokol o otevírání obálek ze dne 4. 5. 2012, listina zástupců uchazeče přítomných

při otevírání obálek, námitka navrhovatele ze dne 14. 6. 2012, rozhodnutí zadavatele o námitce navrhovatele ze dne 25. 5. 2012.

11. Závěrem navrhovatel uvádí, že se domáhá zrušení zadávacího řízení podle ustanovení § 118 odst. 1 zákona.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

12. Dne 19. 6. 2012 Úřad obdržel vyjádření zadavatele k návrhu navrhovatele, v němž zadavatel uvádí, že navrhovatel není osobou způsobilou k podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele v zadávacím řízení, neboť nepodal řádné námitky, které by obsahovaly všechny povinné náležitosti dle § 110 odst. 6 zákona. Podle názoru zadavatele postačí např. obecné vymezení následku jednání zadavatele vůči stěžovateli. Zadavatel dále uvádí, že navrhovatel v námitkách újmu nevymezil, resp. jako újmu označil domnělé porušení zákona ze strany zadavatele, když uvedl „ ... navrhovateli byla způsobena újma, a to v porušení § 6 zákona, neboť nebylo postupováno dle zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace ...“. V návrhu pak navrhovatel uvádí, že újmu vymezil, když uvedl, že mu vznikla újma na jeho právech porušením základních principů ustanovení § 6 zákona a byl mu odepřen transparentní přístup k získání veřejné zakázky. Podle názoru zadavatele pokud by mělo být za újmu považováno obecné konstatování, že byl navrhovateli odepřen transparentní přístup k získání veřejné zakázky, pak je nutné připomenout, že toto konstatování možného následku je uvedené až v návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, a tedy opožděně. Z námitek však podle zadavatele ani takto obecně vymezená újma nevyplývá, a to ani v materiální, ani v nemateriální podobě. Zadavatel dodává, že vymezení újmy je obligatorní náležitostí námitek a ačkoli námitky přezkoumal po meritorní stránce a rozhodl se jim nevyhovět, tato skutečnost nemění nic na tom, že se nejednalo o řádné námitky ve smyslu zákona. Vzhledem k tomu, že podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci, zadavatel navrhuje, aby Úřad řízení zastavil, neboť navrhovatel není osobou oprávněnou pro podání návrhu.
13. V další části vyjádření zadavatel uvádí, že pokud by Úřad dospěl k závěru, že návrh byl podán oprávněnou osobou, pak má zadavatel za to, že postupem zadavatele v průběhu otevírání obálek nedošlo k takovému porušení zákona, které podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel připouští, že otevírání obálek bylo v důsledku administrativní chyby zahájeno 15 minut před lhůtou uvedenou v oznámení o termínu otevírání obálek zaslané uchazečům.
14. K tvrzení navrhovatele, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách nevypořádal s tím, že postupem zadavatele mohlo dojít např. k celkové výměně zapečetěných obálek, zadavatel uvádí, že toto nebylo navrhovatelem v námitkách tvrzeno a jde o nové tvrzení uvedené teprve v návrhu. K tomu zadavatel uvádí, že nabídky byly otevírány v pořadí doručení, přičemž jakákoli výměna zapečetěných obálek v rámci pořadí otevírání obálek je vyloučena, když navíc takový postup by postrádal jakýkoli smysl. Výměna obsahu zapečetěných obálek je rovněž vyloučena, když navíc jakákoli výměna obsahu zapečetěných obálek ve fázi, kdy zbývá k otevření ještě 6 dalších nabídek (resp. 5, neboť poslední otevřená nabídka byla podána do jiného zadávacího řízení stejného zadavatele). Taková konstrukce podle zadavatele postrádá smysl, neboť není znám obsah zbývajících dosud neotevřených obálek. Hypoteticky by mohl být pozměněn nejvýše obsah otevřených nabídek v části týkající se

nabídkové ceny, což však zadavatel vylučuje a dokládá obsahem dokumentace veřejné zakázky. Obě nabídky otevřené před příchodem navrhovatele jsou neporušené, zajištěné proti manipulaci a obsahují nabídkovou cenu stanovenou uchazečem. Podle názoru zadavatele si mohl navrhovatel sám ověřit, že s jeho nabídkou jakkoli nemanipuloval. Na manipulaci by se navíc museli podílet všichni členové hodnotící komise včetně přítomného uchazeče, což je více než nepravděpodobné. Zadavatel vylučuje, že by podle obsahu dvou otevřených nabídek bylo jakkoli manipulováno s ostatními nabídkami. Všechny nabídky obsahující nižší nabídkovou cenu než předložil navrhovatel, byly podle zadavatele otevřeny po příchodu zástupce navrhovatele, přičemž nabídka vybraného uchazeče byla otevírána až jako 5. v pořadí, a to za přítomnosti navrhovatele. Jakákoli manipulace s lépe hodnocenými nabídkami podle obsahu dříve otevřených dvou nabídek je tak vyloučena.

15. K tvrzení navrhovatele, podle něhož zástupce budoucího vítězného uchazeče byl přítomen již od začátku otevírání obálek zadavatel uvádí, že ani tato skutečnost nebyla obsahem námitek a dodává, že zástupce vybraného uchazeče byl skutečně přítomen otevírání obálek od počátku, přičemž nešlo o záměr, ale pouze o shodu náhod. Zadavatel dále uvádí, že vybraný uchazeč má sídlo ve stejném městě, kde probíhalo otevírání obálek a zřejmě z důvodu opatrnosti dorazil na otevírání obálek s dostatečným předstihem. Podle názoru zadavatele však taková opatrnost uchazeče nemůže jít k tíži zadavatele. Zadavatel se nedomnívá, že by přítomnost zástupce uchazeče, jehož nabídka byla následně vyhodnocena jako nejvýhodnější, činila průběh otevírání netransparentním. V průběhu otevírání obálek nebylo zřejmé, kdo ve své nabídce předložil nejnižší nabídkovou cenu, a to až do okamžiku otevření poslední řádně doručené nabídky a přečtení nabídkových cen všech uchazečů. Předpokládané výsledky zadávacího řízení podle výše nabídkové ceny zjistili oba zástupci uchazečů současně po otevření poslední řádně doručené nabídky, což vylučuje jakoukoli manipulaci s výsledky v průběhu otevírání obálek.
16. K zasažení do práva uchazeče účastnit se otevírání obálek podle § 71 odst. 7 zákona zadavatel uvádí, že jeho smyslem je zajištění větší transparentnosti zadávacího řízení, protože uchazeči mají větší možnost kontroly nad postupem zadavatele v průběhu zadávacího řízení. Zadavatel má za to, že do těchto práv uchazeče zasaženo nebylo, přestože se nezúčastnil části otevírání obálek v rozsahu 10 minut. V té době byla otevřena nabídka navrhovatele, jejíž obsah byl navrhovateli dobře znám, včetně nabídkové ceny, dále byla otevřena jedna nabídka jiného uchazeče, avšak o jejím obsahu včetně nabízené ceny byl navrhovatel informován, než bylo pokračováno v otevírání dalších nabídek. Navíc nabídka tohoto jiného uchazeče byla nakonec podle nabídkové ceny posouzena jako horší než nabídka navrhovatele. Zadavatel dále uvádí, že navrhovatel byl podrobně informován o dosavadním průběhu otevírání obálek, byl seznámen se závěry komise o úplnosti nabídky, byla mu sdělena nabídková cena z dosud otevřených nabídek. Navrhovatel byl dotázán, zda chce být informován o dalších skutečnostech z dosavadního průběhu otevírání obálek či nikoli, a protože žádný takový požadavek nevznikl, pokračovala komise v otevírání obálek. Zadavatel dále popisuje další průběh otevírání obálek, přičemž má za to, že otevírání obálek proběhlo z jeho strany maximálně transparentně a přezkoumatelně. Zadavatel doplňuje, že z průběhu otevírání obálek je zřejmé, že nejvhodnější nabídka byla otevřena až jako 5. v pořadí, a to za přítomnosti a pod kontrolou navrhovatele. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na ustálenou rozhodovací praxi soudů (obdobně Krajský soud v Brně sp. zn. 31 Ca 166/2005), podle které požadavek transparentnosti není splněn tehdy, pokud jsou

v postupu zadavatele shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.

17. Zadavatel dále dovozuje, že i pokud by Úřad dovodil, že bylo porušeno ust. § 71 odst. 7 zákona a tedy bylo bráněno navrhovateli v účasti na otevírání obálek, má za to, že porušení zákona není takového charakteru, aby podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel v této souvislosti znovu opakuje, že nabídka s nejnižší nabídkovou cenou byla otevřena až jako 5. v pořadí, a to za přítomnosti navrhovatele. S touto nabídkou přitom nebylo jakkoli manipulováno, přičemž jakákoli manipulace s touto nabídkou podle dvou dříve otevřených nabídek by jednak postrádala smysl, a ani by toto nebylo technicky proveditelné, neboť je jen těžko představitelné, že by se během deseti minut stihlo otevřít ještě i nabídku následně vybraného uchazeče, tuto upravit podle známých nabídkových cen s rizikem, že některá dosud neotevřená nabídka obsahuje cenu nižší, a obálku znovu zapečetit tak, aby nebyla manipulace zjištělná. Zadavatel shrnuje, že v důsledku administrativní chyby nemohlo ani jen potenciálně dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, když otevírání nabídky s nejnižší nabídkovou cenou se uskutečnilo i za přítomnosti navrhovatele.
18. V souvislosti s újmou navrhovatele zadavatel uvádí, že tvrzení navrhovatele, podle něhož mu byla způsobena újma spočívající v odepření transparentního přístupu k získání veřejné zakázky, nemá oporu v zadávacím řízení. Navrhovatel předložil nabídkovou cenu, která nebyla vyhodnocena jako nejvhodnější, když minimálně dva další uchazeči (jejichž nabídky byly otevřeny za přítomnosti navrhovatele) předložili nabídku s nižší nabídkovou cenou. Smysl a účel zákona byl podle názoru zadavatele naplněn, byť za cenu drobné administrativní chyby, která však neměla podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
19. Závěrem zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh zamítl, neboť postupem zadavatele nebyl a ani nemohl být podstatně ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky.

IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

20. Úřad obdržel návrh dne 7. 6. 2012 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Téhož dne byl stejnopis návrhu doručen zadavateli.
21. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč – INS spol. s r. o., IČ 60109971, se sídlem Parkány 413, 547 01 Náchod (dále jen „vybraný uchazeč“)
22. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S325/2012/VZ-11783/2012/550/SMo ze dne 27. 6. 2012. Současně usnesením č. j. ÚOHS-S325/2012/VZ-11788/2012/550/SMo ze dne 27. 6. 2012 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které byli oprávněni navrhnout důkazy a činit jiné návrhy a ve které byli oprávněni vyjádřit svá stanoviska v řízení a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí. Rovněž Úřad zadavateli stanovil lhůtu k provedení úkonu – podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení.

23. Rozhodnutím ze dne 22. 6. 2012 č. j. ÚOHS-S325/2012/VZ-11619/2012/550/SMo o předběžném opatření Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

24. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nepostupoval při zadávání šetřené veřejné zakázky v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K náležitostem návrhu navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele

25. Podle ust. § 110 odst. 1 zákona může při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh zadavateli podat zdůvodněné námitky kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“).
26. Podle ust. § 110 odst. 2 zákona námitky lze podat proti všem úkonům zadavatele a stěžovatel je musí doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.
27. Podle ust. § 110 odst. 7 zákona se námitky podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle § 110 odst. 2, 3 a 5 musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle § 110 odst. 2, musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovatele. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 může stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.
28. K tvrzení zadavatele, že navrhovatel v podaných námitkách nspecifikoval, jaká újma navrhovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla, Úřad uvádí následující.
29. V námitkách navrhovatele ze dne 14. 5. 2012 navrhovatel mj. uvádí: „Uchazeč podal řádně a včas nabídku do veřejné zakázky ... a chtěl využít svého práva zúčastnit se otevírání obálek veřejné zakázky dne 4. 5. 2012 ... Čas, který zástupce zadavatele v oznámení uvedl bylo 10:15 hodin ... Zadavatel zahájil otevírání obálek v 10.00, což je před tímto stanoveným termínem a omezil uchazeče na jeho právech“. V podaných námitkách je rovněž uvedeno, že „uchazeč se domnívá, že jednáním zástupce zadavatele při otevírání obálek tj. dřívějším započatím otevírání obálek ... uchazeči, Atelier 4 s.r.o., byla způsobena újma a to v porušení § 6 zákona, neboť nebylo postupováno dle zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace“.

30. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že námitky navrhovatele obsahují informaci o tom, jaká újma navrhovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla, neboť z jejich textu je jednoznačně patrné, že újmu navrhovatel spatřuje v omezení práva navrhovatele na účast při otevírání obálek s nabídkami, jehož se přitom prokazatelně chtěl účastnit.

K otevírání obálek s nabídkami

31. Podle ustanovení § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
32. Podle ust. § 71 odst. 4 zákona zadavatel ani komise nesmí otevřít obálku před uplynutím lhůty pro podání nabídek. Obálky musí být otevřeny v termínu stanoveném zadavatelem, nejpozději však do 30 dnů po uplynutí lhůty pro podání nabídek.
33. Podle ust. § 71 odst. 5 zákona pokud informace o termínu otevírání obálek nebyla součástí zadávacích podmínek, zadavatel vyrozumí písemně uchazeče o termínu otevírání obálek nejméně 5 pracovních dnů před otevřením obálek.
34. Podle ust. § 71 odst. 7 zákona se mají právo otevírání obálek účastnit uchazeči, jejichž nabídky byly zadavateli doručeny ve lhůtě pro podání nabídek, a další osoby, o nichž tak stanoví zadavatel. Zadavatel může po přítomných uchazečích požadovat, aby svou účast při otevírání obálek stvrdili podpisem v listině přítomných uchazečů. Pokud však zadavatel uveřejnil v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení záměr použít jako prostředek hodnocení nabídek elektronickou aukci, koná se otevírání obálek bez přítomnosti uchazečů.
35. V šetřeném případě zadavatel podle oznámení o zakázce stanovil termín pro otevírání obálek na den 18. 4. 2012 v 10.00 hodin. Následně zadavatel nedatovaným dopisem informoval uchazeče, kteří v zadávacím řízení podali nabídku, že zadavatel stanovil nový termín otevírání obálek „na pátek 4. 5. 2012 od 10:15 hodin“.
36. Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek s nabídkami, uskutečnilo se otevírání obálek dne 4. 5. 2012 v 10.00 hodin a skončilo v 10.47 hodin. Podle listiny účastníků otevírání obálek s nabídkami se otevírání obálek zúčastnili zástupci navrhovatele a vybraného uchazeče (z vyjádření zadavatele přitom vyplývá, že vybraný uchazeč se otevírání obálek s nabídkami účastnil již od 10.00 hodin).
37. Podle obsahu námitek navrhovatele se na otevírání obálek dostavil navrhovatel až v 10.10 hodin, a to v době, kdy již zadavatel měl dvě nabídky otevřené. Tyto skutečnosti zadavatel v rozhodnutí o námitkách navrhovatele ze dne 25. 5. 2012 potvrzuje.
38. Úřad konstatuje, že všechny úkony zadavatele učiněné v průběhu zadávacího řízení, jakož i otevírání obálek s nabídkami, musí být prováděny v souladu se zásadou transparentnosti. Na podporu svých tvrzení odkazuje Úřad na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, podle něhož má zásada transparentnosti zajistit, aby k zadávání veřejných zakázek docházelo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Transparentním postupem je v souladu s citovaným rozsudkem Nejvyššího správního soudu takový postup, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně.

39. V šetřeném případě zadavatel započal s otevíráním obálek s nabídkami 15 minut před termínem, s nímž byli seznámeni dopisem (viz bod 35 tohoto rozhodnutí) všichni uchazeči, kteří podali v zadávacím řízení nabídku. Současně má Úřad za prokázané, že otevírání obálek se chtěl účastnit navrhovatel, avšak toto bylo navrhovateli nesprávným postupem zadavatele znemožněno. Takový postup přitom přímo popírá právo dané navrhovateli ustanovením § 71 odst. 7 zákona, podle něhož mají právo se otevírání obálek účastnit mj. uchazeči, jejichž nabídky byly zadavateli doručeny ve lhůtě pro podání nabídek. Ačkoli navrhovatel podal nabídku ve lhůtě pro podání nabídek (jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek) nebylo mu umožněno zúčastnit se úplného průběhu otevírání obálek, neboť jej zadavatel nesprávně informoval o začátku otevírání obálek s nabídkami. Na základě uvedeného je tedy zřejmé, že na straně zadavatele k pochybení při otevírání obálek došlo.
40. V souvislosti s otázkou, zda výše uvedené pochybení zadavatele mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, v němž je uvedeno: *„Zásada transparentnosti ... je porušena tehdy, pokud jsou v zadávacím řízení sledovány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehlédnutelným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“* Úřad k tomuto dále uvádí, že ke kontrolovatelnosti postupu zadavatele při otevírání obálek přispívá právě ust. § 71 odst. 7 zákona, jež umožňuje všem uchazečům, kteří podali nabídku v zadávacím řízení, účastnit se otevírání obálek s nabídkami. V šetřeném případě byla kontrolovatelnost postupu zadavatele narušena tím, že jednomu z uchazečů nebyla dána možnost se části otevírání obálek zúčastnit a lze tedy pochybovat o tom, jakým způsobem zadavatel před příchodem navrhovatele na otevírání obálek postupoval. Pochybnosti o regulérnosti postupu zadavatele při otevírání obálek s nabídkami přitom rovněž umocňuje skutečnost, že otevírání obálek s nabídkami se již od počátku účastnil vybraný uchazeč.
41. Z pohledu Úřadu je pro posouzení jednání zadavatele rozhodující již sama pochybnost o řádném průběhu otevírání obálek, a je tedy bezpředmětné, zda k manipulaci v průběhu otevírání obálek skutečně došlo. Vzhledem k postupu zadavatele, když omezil právo navrhovatele na účast při otevírání obálek s nabídkami, tak nelze zcela vyloučit například jakoukoli manipulaci s nabídkami ze strany vybraného uchazeče a členů komise pro otevírání obálek, kteří se účastnili otevírání obálek. Úřad dodává, že jakkoli je možné takové jednání označit za nepravděpodobné (jak uvádí ve svém vyjádření k návrhu zadavatel), nelze jej ani (s ohledem na netransparentní postup zadavatele při oznámení termínu otevírání obálek s nabídkami) vyloučit.
42. V návaznosti na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v ust. § 71 odst. 4 ve spojení s ust. § 6 zákona tím, že obálky s nabídkami neotevřel v termínu, o němž vyrozuměl uchazeče před otevíráním obálek, čímž porušil právo navrhovatele na účast při otevírání obálek podle ust. § 71 odst. 7 zákona. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť v daném případě byly prokázány pochybnosti o regulérnosti postupu zadavatele při otevírání obálek s nabídkami, což zakládá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Nelze přitom vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souvislosti s otevíráním obálek v souladu se zákonem, mohlo být pořadí nabídek jiné.

VI. ULOŽENÍ NÁPRAVNÉHO OPATŘENÍ

43. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
44. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem v souvislosti s úkonem otevírání obálek s nabídkami a tento nezákonný postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad o zrušení zadávacího řízení, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
45. Ust. § 84 odst. 7 zákona stanoví, že zadavatel odešle oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění v informačním systému podle § 157 zákona do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí; tato povinnost neplatí pro jednací řízení bez uveřejnění a řízení na základě rámcové smlouvy. Dále je zadavatel podle § 84 odst. 8 zákona povinen odeslat písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 2 pracovních dnů po přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu. Podle ust. § 84 odst. 9 zákona pokud zruší zadávací řízení Úřad, užijí se ust. § 84 odst. 7 a 8 obdobně, přičemž lhůty počínají běžet ode dne o nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu.

VII. NÁKLADY ŘÍZENÍ

46. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000 Kč.
47. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím bylo zrušeno zadávací řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí, a to na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2012000325.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Benediktinské opatství sv. Václava v Broumově, Klášterní 1, 550 01 Broumov
2. Atelier 4, s. r. o., Podhorská 377/20, 466 01 Jablonec nad Nisou
3. INS spol. s r. o., Parkány 413, 547 01 Náchod

Vypraveno dne:

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