

Č. j.: 2R 18/03 – Hr

V Brně dne 27. května 2003

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 9.4.2003 městem Česká Lípa, zast. starostou Bc. Petrem Skokanem, se sídlem náměstí T. G. Masaryka 1, 470 36 Česká Lípa, právně zast. na základě plné moci ze dne 3.4.2003 advokátem JUDr. Vladimírem Töglem, se sídlem AK Plzeňská 181/183, 150 00 Praha 5, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12.3.2003 č. j. VZ/S5/03-151/1031/03-MO ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – města Česká Lípa, se sídlem náměstí T. G. Masaryka 1, 470 36 Česká Lípa, při zadání veřejné zakázky „projektová příprava stavby městského divadla v České Lípě“ formou výzvy ze dne 16.10.2002 více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle ustanovení § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb. a zákona č. 424/2002 Sb., jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S5/03-151/1031/03-MO ze dne 12.3.2003

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

Odůvodnění

Město Česká Lípa, zast. starostou Bc. Petrem Skokanem, se sídlem náměstí T. G. Masaryka 1, 470 36 Česká Lípa, právně zast. na základě plné moci ze dne 3.4.2003 advokátem JUDr. Vladimírem Töglem, se sídlem AK Plzeňská 181/183, 150 00 Praha 5 (dále jen „zadavatel“), zadal formou výzvy ze dne 16.10.2002 pěti zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle ustanovení § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb. a zákona č. 424/2002 Sb. (dále jen „zákon“) veřejnou zakázku „projektová příprava stavby městského divadla v České Lípě“.

Z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel odeslal výzvu pěti zájemcům, mezi nimi i společnosti MORIX s. r. o., se sídlem Bubenské nábřeží 13/306, 170 04 Praha 7, zast. jednatelem Jaromírem Pizingerem a Radislavem Ardelym (dále jen „MORIX“) a to na adresu jejího předchozího sídla Táborská 23, 130 87 Praha 3. U dvou obeslaných zájemců zadavatel obdržel zpět potvrzení o převzetí zásilky („doručenku“) dne 25.11.2002 (mezi nimi i u společnosti MORIX) a zbylí tři uchazeči posléze dopisy ze dne 11. a 12.11.2002 písemně potvrdili, že výzvu obdrželi dne 26.11.2002.

Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek ze dne 12.11.2002, zadavatel v soutěžní lhůtě obdržel celkem tři nabídky, z nichž všechny vyhověly kontrole úplnosti.

Dne 14.11.2002 obdržel zadavatel sdělení ze dne 13.11.2002 od Společnosti Online s. r. o., se sídlem Táborská 1000/23, 130 87 Praha 3, že neoprávněně omylem převzala doporučenou zásilku určenou pro společnost MORIX, přičemž tato zásilka, obsahující výzvu zadavatele ze dne 16.10.2002, tvořila přílohu předmětného sdělení.

Dne 15.11.2002 obdržel zadavatel dopis ze dne 11.11.2002 od společnosti MORIX, kterým tato společnost žádá zadavatele o sdělení, zda přijal oznámení této společnosti ze dne 5.9.2002 o změně jejího sídla. Současně žádala společnost MORIX o informaci ohledně dalšího plánovaného harmonogramu přípravy výstavby Městského divadla. V odpověď na tento dopis zadavatel dopisem ze dne 15.11.2002 vyrozuměl společnost MORIX o tom, že její sdělení ze dne 5.9.2002 neobdržel a proto bere změnu adresy na vědomí až ke dni 15.11.2002. Současně zadavatel informoval společnost MORIX o tom, že o nedoručení výzvy ze dne 16.10.2002 adresované této společnosti se dozvěděl až z dopisu Společnosti Online s. r. o. dne 14.11.2002, tyto skutečnosti jsou zaviněny třetí osobou a o svém dalším postupu se zadavatel rozhodne po posouzení situace z hlediska platných právních předpisů.

Dne 26.11.2002 doručila společnost MORIX zadavateli žádost o zrušení zadání veřejné zakázky, přičemž s odkazem na vzniklá administrativně formální pochybení poukazovala na své právo vítěze předchozí architektonické soutěže účastnit se i soutěže na projektovou přípravu za zachování korektních a rovných podmínek pro všechny oprávněné uchazeče.

Po provedeném posouzení a hodnocení nabídek zadavatel dne 11.12.2002 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče PROJEKTOVÝ ATELIER HBV s. r. o., se sídlem

Hrnčířská 859, 470 01 Česká Lípa, zast. jednatelem Petrem Holubcem (dále jen „vybraný uchazeč“).

V odpověď na dopis ze dne 26.11.2002 společnosti MORIX zadavatel dne 20.12.2002 této společnosti sdělil, že z jeho strany nedošlo k žádnému formálnímu pochybení, neboť disponuje doklady o doručení výzvy ze dne 16.10.2002 všem vyzvaným zájemcům, a proto neshledává důvody pro zrušení zadání předmětné veřejné zakázky. Zadavatel konstatuje, že „došlo-li při doručování k pochybení, nestalo se tak vinou města a nelze po něm z tohoto důvodu spravedlivě žádat zrušení zadání veřejné zakázky“.

Dne 19.12.2002 doručila společnost MORIX Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) „námítky proti úkonům zadavatele“. Mezi skutečnostmi, které v případě zadání předmětné veřejné zakázky považuje za porušení zákona, společnost MORIX také uvádí, že ji prokazatelně nebyla doručena výzva a tím nebyla dodržena podmínka minimálního počtu pěti vyzvaných zájemců podle ustanovení § 49 odst. 1 zákona.

Úřad považoval podání společnosti MORIX za podnět a zahájil ve věci správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a vybraného uchazeče. Účastníci správního řízení obdrželi oznámení o zahájení správního řízení dne 20.1.2003 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno. Dne 23.1.2003 pak doručil Úřad zadavateli i vybranému uchazeči své rozhodnutí ze dne 17.1.2003 č. j. VZ/S5/03-151/254/03-MO, kterým zadavateli jako předběžné opatření uložil nepokračovat v zadání předmětné veřejné zakázky a neuzavírat smlouvu na plnění předmětu této veřejné zakázky.

K zahájení správního řízení se dne 24.1.2003 vyjádřil zadavatel a trval na tom, že doklady o doručení výzvy všem pěti vyzvaným uchazečům jsou součástí dokumentace o zadání veřejné zakázky. Tvrzení společnosti MORIX není podle názoru zadavatele podloženo žádným průkazným písemným dokladem, že tato společnost obeslala zadavatele dopisem s uvedením změny svého sídla, a tedy že zadavatel nevyzval řádně všechny zájemce k předložení nabídek. Zadavatel uvádí, že výzva byla odeslána na adresu, kterou tato společnost uvedla v předcházející architektonické soutěži v obálce „zpáteční adresa“ a Česká pošta mu od této společnosti vrátila zpět potvrzenou „doručenku“.

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 12.3.2003 rozhodnutí č. j. VZ/S5/03-151/1031/03-MO, ve kterém konstatoval, že zadavatel porušil ustanovení § 49 odst. 1 zákona, když neučinil výzvu nejméně pěti zájemcům o veřejnou zakázku. Na základě zjištěného porušení zákona Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 11.12.2002 o výběru nejvhodnější nabídky a zadání veřejné zakázky zrušil.

V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že zadavatel je povinen v případě zadání veřejné zakázky dle ustanovení § 49 odst. 1 zákona učinit písemnou výzvu k podání nabídky nejméně pěti zájemcům, přičemž je věcí zadavatele, jakým způsobem zajistí okruh potřebných zájemců. Zadavatel měl podle názoru Úřadu možnost např. ověřit adresy potenciálních zájemců, nebo zaslat větší počet výzev pro případ, že by některá z výzev nebyla doručena, případně osobním předáním zajistit, že bude vyzván minimální počet zájemců. V šetřeném případě však zadavatel fakticky vyzval pouze 4 zájemce o veřejnou zakázku, a přestože si byl této skutečnosti vědom již od 14.11.2002, resp. 15.11.2002 (z dopisů Společnosti Online s. r. o. a společnosti MORIX), nadále pokračoval v zadání a hodnotil a posuzoval nabídky, i když prokazatelně nebyla naplněna podmínka stanovená zákonem. V této souvislosti Úřad také uvádí, že i když společnost MORIX zadavateli doručila oznámení

o změně sídla až dne 15.11.2002, tj. po otevírání obálek, odpovědnost za to, že výzva bude doručena zákonem stanovenému minimálnímu počtu zájemců, nese zadavatel.

Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 9.4.2003 rozklad, ve kterém vytýká Úřadu nedostatečné skutkové zjištění ve vztahu k doručování výzev a z toho plynoucí nesprávný právní závěr. Zadavatel je přesvědčen, že z jeho strany nedošlo při zadání veřejné zakázky k porušení zákona, neboť vyzval pět konkrétních zájemců, u všech mu bylo doručení výzev potvrzeno vrácením „doručenek“ či písemně, a proto mu nevznikly žádné pochybnosti o jejich nedoručení. Zadavatel dále dovozuje, že zákon „nepodmiňuje platnost výzvy jen doručením vyzvanému zájemci“, přičemž poukazuje na dřívější výkladovou praxi Úřadu, podle které „zadavatel může při tomto způsobu zadání veřejné zakázky přijmout nabídky i od těch uchazečů, kteří nebyli výslovně písemně vyzváni, ale o výzvě více zájemcům se dozvěděli jinou cestou“. Zadavatel tedy dovozuje, že společnosti MORIX nic nebránilo, aby podala nabídku i se zpožděním. Ohledně adresy, na kterou byla společnosti MORIX výzva doručována zadavatel uvádí, že neměl žádný důvod pochybovat o její správnosti. Podle jeho názoru bylo ve vlastním zájmu společnosti MORIX, aby o změně adresy pro doručování zadavatele včas informovala. Zadavatel následně dovozuje, že společnost MORIX byla o výzvě včas informována prostřednictvím Společnosti Online s. r. o., neboť obě společnosti jsou podle názoru zadavatele personálně propojeny osobou jednatelky, která ve společnosti MORIX působila podle Obchodního rejstříku do 3.4.2002 a ve Společnosti Online s. r. o. do 23.10.2002. Skutečnost, že společnost MORIX byla o předmětné výzvě včas informována, zadavatel dále dovozuje i z časové shody dopisu se sdělením Společnosti Online s. r. o. o neoprávněném převzetí zásilky a dopisu společnosti MORIX, kterým tato informovala zadavatele o změně sídla a dotazovala se na okolnosti zadání veřejné zakázky, když oba dopisy byly zadavateli doručeny v rozmezí dvou dnů, což podle názoru zadavatele „nelze považovat za pouhou shodu náhod“. Rovněž tak i žádost společnosti MORIX o zrušení zadání veřejné zakázky, která nese datum 20.11.2002, ačkoliv dopis od zadavatele, na který podle názoru zadavatele tato žádost reaguje, obdržela společnost MORIX prokazatelně až dne 21.11.2002, označuje zadavatel za „jasnovideckou“, neboť společnost MORIX tak žádá o zrušení zadání veřejné zakázky dříve, než se od zadavatele oficiálně dozvěděla o jejím uveřejnění. Z uvedených indicií zadavatel v rozkladu dovozuje, že výzva byla společnosti MORIX řádně doručena, tato svým vnitřním organizačním pochybením nestačila podat nabídku ve lhůtě a své pochybení se nyní „zcela nedůstojným způsobem“ snaží svést na zadavatele. Zadavatel rovněž nesouhlasí s názorem Úřadu, že je odpovědný za to, že výzva byla fakticky doručena pouze čtyřem zájemcům, neboť není podle názoru zadavatele jeho povinností „detektivním způsobem ověřovat ... zda zásilka byla skutečně převzata oprávněnou osobou“. Zadavatel podle svého názoru učinil vše, co lze po něm z hlediska kogentních ustanovení zákona spravedlivě požadovat, a proto žádá, aby předseda Úřadu změnil napadené rozhodnutí tak, že nebyl porušen zákon a výběr nejvhodnější nabídky byl v souladu s podmínkami výzvy více zájemcům.

K podanému rozkladu se dopisem ze dne 16.4.2003 vyjádřil i vybraný uchazeč a plně se s tímto rozkladem ztotožnil.

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:

Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S5/03-151/1031/03-MO ze dne 12.3.2003 konstatoval v postupu zadavatele porušení ustanovení § 49 odst. 1 zákona a zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a zadání veřejné zakázky, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí se plně ztotožňuji.

K argumentaci zadavatele uvádím následující:

Ustanovení § 49 ods. 1 zákona jednoznačně stanovuje, že při zadání veřejné zakázky formou výzvy více zájemcům o veřejnou zakázku, je zadavatel povinen učinit tuto výzvu nejméně pěti zájemcům. Zákon tak stanovuje minimální počet vyzvaných zájemců, přičemž horní hranici tohoto počtu zákon nestanovuje a ta tak závisí zcela na uvážení zadavatele. Zákon dále nestanovuje žádné výjimky, za kterých by tento minimální počet vyzvaných zájemců mohl být nižší než pět a je tedy zřejmé, že tento počet musí být dodržen vždy v každém případě zadání veřejných zakázek podle citovaného ustanovení zákona a jeho dodržení tak podmiňuje správnost a zákonnost postupu zadavatele při zadání předmětných veřejných zakázek. Je nesporné, že odpovědnost za to, že příslušné výzvy budou učiněny, spočívá plnou vahou na zadavateli, neboť tento je povinen při zadání veřejných zakázek postupovat podle zákona, který dle svého ustanovení § 1 odst. 1 písm. a) „upravuje závazný postup zadavatelů veřejných zakázek směřujících k uzavření smluv k jejich provedení“. Jak již bylo uvedeno výše, minimální počet vyzvaných zájemců musí být dodržen vždy bez výjimek, a proto odpovědnost zadavatele za splnění této zákonné podmínky je objektivní, tedy taková, které se zadavatel nemůže zbavit poukazem na vis maior, jiné objektivní skutečnosti, či zavinění třetích osob.

Zadavatel v rozkladu vyslovuje názor, že „učinil vše, co lze po něm z hlediska kogentních ustanovení zákona spravedlivě požadovat“, když výzvou obeslal pět zájemců o veřejnou zakázku a u všech mu bylo doručení těchto výzev potvrzeno, přičemž u společnosti MORIX se mu dokonce vrátila „doručenka“. K tomu uvádím, že „učinění výzvy“ tak, jak to předpokládá zákon, nemůže spočívat v pouhém odeslání dopisu s výzvou, aniž by takto odeslaná výzva byla fakticky doručena konkrétní právnické či fyzické osobě – zájemci o veřejnou zakázku, a tedy aniž by tato výzva našla svého adresáta, neboť „učinění výzvy“ ze své vlastní povahy předpokládá jak osobu vyzývajícího, tak i osobu vyzývaného, kterému je výzva určena a který ji příslušným způsobem přijme. Pokud by Úřad přijal výklad zadavatele, že k platnému „učinění“ výzvy postačuje její pouhé odeslání, pak by umožnil takové způsoby obcházení zákona, kdy by zadavatelé např. odeslali výzvu podle ustanovení § 49 odst. 1 zákona několika fiktivním zájemcům, ti to by ji nikdy nepřevzali, a přesto by výzva byla odeslána, a tedy „učiněna“ platně.

Zadavatel dále uvádí, že společnosti MORIX odeslal výzvu na adresu, o níž „neměl ... důvod pochybovat, že není adresou správnou“. K tomu uvádím, že změna sídla společnosti byla zapsána dne 23.8.2002, tímto dnem byl zápis o této změně uveřejněn v Obchodním rejstříku. V době učinění výzvy dne 16.10.2002 byla změna adresy tedy již téměř dva měsíce úředně ověřena, uveřejněna a zadavatel si tedy mohl a měl před odesláním výzvy ověřit, zda používá pro korespondenci se zájemcem správnou adresu. Zadavatel tím, že svou výzvou obeslal fiktivní subjekt (tedy subjekt, který se na dané adrese vůbec nevyskytoval), „neučinil“ výzvu pátému zájemci a tedy nenaplnil dispozici příslušného ustanovení zákona.

V této souvislosti považuji v rozkladu uvedenou dedukci právního zástupce zadavatele o „personálním propojení“ obou společností a tedy o včasném informování společnosti MORIX „prostřednictvím“ zcela odlišné právnické osoby za naprosto irelevantní, a to také

s přihlédnutím k tomu, že v době učinění předmětné výzvy jmenovaná fyzická osoba již déle než půl roku nebyla jednatelkou ve společnosti MORIX. Dále výzva byla doručena na objektivně nesprávnou adresu zájemce o veřejnou zakázku, převzata neoprávněnou osobou a společnosti MORIX tak neměla možnost se o této výzvě včas dozvědět. Zadavatel se nemůže své objektivní odpovědnosti za doručení příslušné výzvy zbavit přenesením této odpovědnosti na třetí osobu (v tomto případě Společnost Online spol. s r. o.), která v zadání veřejné zakázky není žádným způsobem fakticky ani právně zúčastněna.

Dále je třeba v této souvislosti zdůraznit, že zadavateli ještě před výběrem nejvhodnější nabídky bylo prokazatelně známo, že vyhlášení veřejné zakázky trpí právními vadami, když dopisy od nevyzvaného zájemce společnosti MORIX i od Společnosti Online spol. s r. o. obdržel ve dnech 14. a 15.11.2002 a posouzení a hodnocení nabídek bylo provedeno až dne 5.12.2002. Zadavatel přesto pokračoval v zadání předmětné veřejné zakázky a tedy vědomě nenapravit právní vady vyhlášení veřejné zakázky např. tím, že by výzvou dodatečně obeslal i pátého zájemce – společnost MORIX. Vzhledem k výše uvedenému pak Úřad zcela správně posoudil zadání veřejné zakázky jako v rozporu se zákonem a svým rozhodnutím toto zadání zrušil.

Konečně zadavatel v rozkladu s odkazem na výkladovou praxi Úřadu taktéž dovozuje, že podmínkou platnosti výzvy není jen její doručení vyzvanému zájemci, ale zadavatel může přijmout nabídky i od uchazečů, kteří nebyli přímo vyzváni, ale o výzvě se dozvěděli jinou cestou. K tomu uvádím, že tato citace výkladového stanoviska Úřadu je v šetřeném případě zavádějící. Citované stanovisko řeší situaci, kdy zadavateli v případě zadání veřejné zakázky formou výzvy podle ustanovení § 49 odst. 1 zákona předloží nabídky více uchazečů, než které vyzval. V takovém případě zákon nebrání zadavateli tyto nabídky přijmout, na druhé straně však přijetí těchto nabídek nelze považovat za povinnost zadavatele a nevyzvaný uchazeč tak nemá právní nárok na přijetí, posouzení a hodnocení své nabídky. Celá modelová situace však předpokládá, že zadání veřejné zakázky formou výzvy podle ustanovení § 49 odst. 1 zákona proběhlo zcela v souladu se zákonem, byly naplněny všechny zákonné podmínky, mimo jiné tedy bylo řádně vyzváno nejméně pět zájemců a další nabídky od nevyzvaných uchazečů jdou již nad rámec tohoto minimálního počtu. V šetřeném případě však tento základní předpoklad naplněn nebyl, neboť zadavatel vyzval k podání nabídek pouze čtyři zájemce, a proto nelze příslušné výkladové stanovisko Úřadu aplikovat. Je pravda, že společnost MORIX mohla podat svoji nabídku, aniž by byla vyzvána, avšak v šetřeném případě se tak nestalo, zadavatelem byli objektivně vyzváni pouze čtyři zájemci, a proto zadání neproběhlo v souladu se zákonem.

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Město Česká Lípa, se sídlem náměstí T. G. Masaryka 1, 470 36 Česká Lípa, zast. Bc. Petrem Skokanem,
2. PROJEKTOVÝ ATELIER HBV s. r. o., se sídlem Hrnčářská 859, 470 01 Česká Lípa, zast. Petrem Holubcem
3. spis