

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 3. 1. 2002 podle § 57 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. a zákona č. 142/2001 Sb., na návrh společnosti Lesprojekt Kroměříž, s. r. o., se sídlem Kotojedská 1044, 767 01 Kroměříž, za niž jedná Ing. Jaroslav Kadlec, jednatel, ze dne 2. 1. 2002, na přezkoumání rozhodnutí zadavatele – Okresního úřadu Brno-venkov, Moravské nám. 6, 601 70 Brno, zastoupený Ing. arch. Vladislavem Růžičkou, přednostou – ze dne 19. 12. 2001 o námitkách ze dne 11. 12. 2001, proti jeho rozhodnutí ze dne 3. 12. 2001 o vyloučení uchazeče Lesprojekt Kroměříž, s. r. o., Kroměříž, z další účasti ve veřejné zakázce „Lesní hospodářské osnovy, zařizovací obvod Rosice“, zadávané podle § 49 odst. 1 cit. zákona výzvou více zájemcům ze dne 7. 11. 2001, rozhodl takto:

Zadavatel Okresní úřad Brno-venkov

- závažně porušil ustanovení § 11 odst. 1 téhož zákona, na který odkazuje § 49 odst. 8 téhož zákona, neboť svým postupem při otevírání obálek s nabídkami znevýhodnil uchazeče Lesprojekt Kroměříž, s. r. o., oproti ostatním uchazečům,
- porušil § 49 odst. 10 téhož zákona tím, že rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky neoznámil všem uchazečům.

Podle § 60 písm. b) téhož zákona **se ruší** rozhodnutí zadavatele Okresního úřadu Brno-venkov ze dne 3. 12. 2001 o vyloučení uchazeče Lesprojekt Kroměříž, s. r. o., Kroměříž, z další účasti na veřejné zakázce „Lesní hospodářské osnovy, zařizovací obvod Rosice“, a současně **se ruší** i zadání veřejné zakázky.

O d ů v o d n ě n í

Zadavatel – Okresní úřad Brno-venkov, Moravské nám. 6, 601 70 Brno, zastoupený Ing. arch. Vladislavem Růžičkou, přednostou (dále jen „zadavatel“) – vyzval 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. a zákona č. 142/2001 Sb. (dále jen „zákon“), pět zájemců k podání nabídky na veřejnou zakázku „Lesní hospodářské osnovy, zařizovací obvod Rosice“, a to písemnou výzvou ze dne 7. 11. 2001 (dále jen „výzva“), jak vyplývá z dokumentace o zadání veřejné zakázky (dále jen „dokumentace“).

Kritéria pro hodnocení nabídek zadavatel stanovil ve výzvě pod bodem 6. takto:

1. odborná úroveň uchazečů, přehled zakázek LHP a LHO s objemem nad 1 000 000,- Kč, reference zadavatelů,
2. nabídková cena za 1 ha bez DPH a včetně DPH,
3. seznam nasmlouvaných zařizovacích prací v rámci řešeného území v roce 2002,
4. odborná personální struktura firmy,
5. technické a materiální vybavení pro zpracování LHP a LHO,
6. podíl subdodávek prací (výpomoci jiných subjektů).

Součástí dokumentace je i nedatovaný „Seznam doručených a přijatých nabídek na zpracování LHO Rosice“, ze kterého vyplývá, že zadavatel obdržel nabídky od čtyř uchazečů. V „Protokolu otevírání obálek s nabídkami“ ze dne 3. 12. 2001 je uvedeno, že nabídky uchazečů Lesprojekt Kroměříž, s. r. o., se sídlem Kotojedská 1044, 767 01 Kroměříž, za niž jedná Ing. Jaroslav Kadlec, jednatel (dále jen „Lesprojekt Kroměříž“), a Lesnická projekce Frýdek-Místek a. s., Frýdek-Místek, nelze dle § 27 odst. 2 zákona přijmout k posuzování, neboť nebyly doručeny v řádně označených obálkách dle podmínek výzvy. Z uvedeného důvodu zadavatel jmenované uchazeče následně vyloučil z další účasti v předmětné veřejné zakázce a oznámil jim své rozhodnutí o jejich vyloučení dopisy ze dne 3. 12. 2001.

Proti rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení z další účasti ve veřejné zakázce podal uchazeč Lesprojekt Kroměříž námitky, a to dopisem ze dne 11. 12. 2001. Zadavatel námitkám nevyhověl, což uchazeči sdělil dopisem ze dne 19. 12. 2001, který uchazeč převzal dne 28. 12. 2001, jak vyplývá z doručanky.

Uchazeč Lesprojekt Kroměříž využil svého práva a podal u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), který je orgánem dohledu nad dodržováním zákona, dopisem ze dne 2. 1. 2002 návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách.

Orgán dohledu obdržel předmětný návrh dne 3. 1. 2002. Tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona v návaznosti na § 18 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb. a zákona č. 227/2000 Sb., zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání rozhodnutí zadavatele o námitkách orgánem dohledu.

Podle § 58 zákona účastníky tohoto řízení jsou:

1. zadavatel,
2. Lesprojekt Kroměříž.

Uchazeč Lesprojekt Kroměříž ve svém návrhu uvádí, že manipulace se zásilkou, která obsahovala nabídku, neodpovídá běžné praxi, neboť znemožňuje zaslat zadavateli prakticky cokoli. Při obdobných výběrových řízeních byla zásilka obsahující nabídku vždy v podatelkách otevřena a předána komisím, které posoudily její náležitosti. Závěrem uchazeč Lesprojekt Kroměříž dodává, že uvedeným jednáním se cítí poškozen zejména z důvodu nemožnosti účasti ve výběrovém řízení jako oslovený a rovnoprávný účastník. Současně zdůrazňuje, že řešením by bylo opakování výběrového řízení (jinými slovy zrušení zadání veřejné zakázky – pozn. orgánu dohledu).

Zadavatel se k návrhu uchazeče Lesprojekt Kroměříž vyjádřil dopisem ze dne 8. 1. 2002, v němž prohlásil, že při manipulaci se zásilkami, ani při jiných úkonech zadavatele v napadeném výběrovém řízení nebyla porušena ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu účastníkům řízení dopisem č. j. S 5/02--153/223/01-GS ze dne 15. 1. 2002 a stanovil lhůtu, ve které se účastníci řízení mohli vyjádřit ke skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí.

Zadavatel sdělil orgánu dohledu své stanovisko dopisem ze dne 21. 1. 2002 (viz dále na str. 3), v němž závěrem uvedl, že má za to, že svými úkony zákon neporušil.

Dne 22.1. 2002 uchazeč Lesprojekt Kroměříž orgánu dohledu doručil zalepenou poštovní zásilku obsahující nabídku, která byla jmenovanému uchazeči zadavatelem vrácena.

Rozhodnutím č. j. S 5/02-153/426/02-GS ze dne 24. 1. 2002 orgán dohledu vyměřil uchazeči Lesprojekt Kroměříž správní poplatek, který jmenovaný uchazeč ve stanovené lhůtě uhradil. V této souvislosti orgán dohledu uvádí, že podle ustanovení § 6 odst. 4 zákona č. 368/1992 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, lhůty pro vydání rozhodnutí stanovené zvláštními předpisy neběží v období od zaslání výzvy nebo platebního výměru k zaplacení poplatku až do prokázání jeho zaplacení.

Po přezkoumání a zhodnocení všech podkladů dospěl orgán dohledu k následujícím rozhodným závěrům.

V podmínkách výzvy pod bodem 10. „Způsob podávání nabídek“ je mj. uvedeno, že dle § 9 zákona se nabídky podávají osobně nebo doporučeně poštou, v písemné formě na adresu zadavatele. Obálky s nabídkou musí být řádně uzavřeny a přelepeny, opatřeny na uzavření razítky nebo podpisy uchazeče a označeny výrazným nápisem „**Soutěž – Lesní hospodářské osnovy Rosice**“.

Skutečnost, že zadavatel nabídku uchazeče Lesprojekt Kroměříž přijal, prokazuje listina označená jako „Seznam doručených a přijatých nabídek na zpracování LHO Rosice“, která zaznamenává data, kdy byly jednotlivé nabídky zadavateli doručeny, a jaká pořadová čísla byla nabídkám přiřazena.

Orgán dohledu zjistil, že otevírání obálek s nabídkami uskutečněné dne 3. 12. 2001 bylo organizováno jako veřejné, neboť se ho se svolením zadavatele zúčastnili také zástupci uchazečů, kteří podali na základě výzvy v rámci předmětné veřejné zakázky své nabídky. Uvedenou skutečnost dokládá „prezenční listina“ podepsaná jednotlivými účastníky otevírání obálek s nabídkami.

K průběhu otevírání obálek s nabídkami se zadavatel vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 21. 1. 2002 v němž mj. uvedl, že poštovní zásilka společnosti Lesprojekt Kroměříž nebyl označena způsobem předepsaným ve výzvě. Zadavatel usoudil, že se může jednat o nabídku na předmětnou veřejnou zakázku z toho důvodu, že žádná jiná zásilka od jmenovaného odesílatele nebyla ve lhůtě pro podání nabídek na Okresní úřad Brno-venkov doručena. Uvedenou skutečnost pak při otevírání obálek potvrdil přítomný zástupce společnosti Lesprojekt Kroměříž, který žádal, aby byla poštovní zásilka otevřena, protože obsahuje nabídku v další obálce označené způsobem předepsaným ve výzvě. Zásilka byla proto zahrnuta do seznamu nabídek (seznam byl označen názvem „Seznam doručených a přijatých nabídek“, což není formálně přesné, protože do něj byly průběžně zapisovány všechny doručené nabídky. Správné označení mělo být „Seznam nabídek“, protože jak zadavatel sám

uvedl, vycházel z dikce § 27 odst. 1 zákona, jelikož o přijetí, eventuálně o nepřijetí nabídek totiž rozhodoval až po dni otevírání obálek).

Jak je uvedeno výše, zadavatel zadal předmětnou veřejnou zakázku postupem dle § 49 odst. 1 zákona. Povinnosti, které zadavateli vyplývají ze zvoleného způsobu zadání, jsou vymezeny právě ustanovením § 49 zákona, resp. ustanoveními zákona, na které § 49 výslovně odkazuje. Zadavatel je rovněž povinen dodržovat obecná ustanovení zákona (část první), ustanovení společná, přechodná a závěrečná (část pátá), popř. podmínky, které si ve výzvě nad rámec zákona stanovil.

Orgán dohledu zjistil, že v textu výzvy si zadavatel podmínku, že při přijímání nabídek bude postupovat dle § 27 zákona, výslovně nevyhradil. V případě zadání veřejné zakázky postupem dle § 49 odst. 1 zákona problematika nepřijetí obálek (poštovních zásilek) zadavatelem, jež nejsou označeny předepsaným způsobem, není výslovně upravena. Přesto zákon umožňuje zadavateli se s danou skutečností vypořádat, a to např. v rámci ustanovení § 49 odst. 9 zákona, kdy je povinen vyloučit uchazeče, pokud jeho nabídka nesplňuje další požadavky stanovené v zadání nebo v zadávací dokumentaci (což požadavek na označení obálek dle bodu 10 výzvy bezesporu je).

Zadání veřejné zakázky výzvou více zájemcům dle § 49 odst. 1 zákona se řadí mezi jiné způsoby zadání veřejných zakázek, které definuje část třetí zákona, tzn. způsoby zadání jednoduššími než je obchodní veřejná soutěž dle části druhé zákona. Zadavateli tedy v případě výzvy více zájemcům ze zákona nevyplývá povinnost realizovat otevírání obálek za účasti uchazečů, jejichž nabídky mu byly doručeny, tak jak je tomu v případě obchodní veřejné soutěže. Z dokumentace i ze stanoviska zadavatele vyplývá, že zadavatel umožnil, aby se otevírání obálek účastnili i zástupci uchazečů, jejichž nabídky přijal. Zadavatel sám potvrdil skutečnost, že přítomný zástupce společnosti Lesprojekt Kroměříž vznesl připomínky, že obálka, resp. poštovní zásilka, obsahuje nabídku i s obálkou řádně označenou dle podmínek výzvy. Obálka (poštovní zásilka) však byla „nepřijata“ a vrácena uchazeči Lesprojekt Kroměříž, aniž by si zadavatel ověřil, zda skutečně obsahuje řádně označenou obálku s nabídkou, či nikoli.

Zadavatel ve svém stanovisku uvádí, že k zahrnutí předmětné poštovní zásilky mezi nabídky v rámci veřejné zakázky ho vedl jeho úsudek, že žádná jiná zásilka od jmenovaného odesílatele nebyla ve lhůtě pro podání nabídek doručena. Z tvrzení zadavatele tedy vyplývá, že předmětnou poštovní zásilku zařadil mezi došlé nabídky pouze na základě své domněnky. Když při otevírání obálek uchazeč Lesprojekt Kroměříž zadavateli jeho domněnku potvrdil, že se skutečně jedná o nabídku, zadavatel opřel svůj další postup pouze na tvrzení jmenovaného uchazeče, aniž se přesvědčil, zda tvrzení uchazeče Lesprojekt Kroměříž je pravdivé. K tomu orgán dohledu poznamenává, že uvedený postup zadavatele nelze akceptovat, neboť zadavatel jednal a rozhodoval v průběhu zadávání předmětné veřejné zakázky na základě svých domněnek, aniž by ověřil objektivně skutečný skutkový stav věci. V této souvislosti orgán dohledu uvádí, že hypotetická domněnka zadavatele nemůže být konstrukčním prvkem rozhodovacího procesu zadavatele, který ze své domněnky nemůže nic objektivně dovodit. Vyslovená úvaha orgánu dohledu se opírá o analogii odůvodnění rozsudku Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 7/2001 ze dne 15. 1. 2002.

Pro úplnost orgán dohledu konstatuje, že samotné ustanovení § 27 zákona, kterým zadavatel odůvodňuje svůj postup, možnost obálku nejprve otevřít a následně nepřijmout, nevylučuje, neboť se v něm v odst. 2 uvádí, že „otevře-li zadavatel obálku s nabídkou, která

nebyla předepsaným způsobem označena, nesmí tuto nabídku zahrnout do soutěže a musí ji vrátit příslušnému uchazeči“, tzn., že lze nepřijmout obálku již zadavatelem otevřenou.

Orgán dohledu konstatuje, že požadavek zadavatele týkající se způsobu doručení nabídky (osobně nebo doporučeně poštou) byl uchazečem Lesprojekt Kroměříž splněn, a že nelze odmítat postup uchazeče, který při doručení své nabídky doporučeně poštou zabezpečí obálku s nabídkou proti jejímu případnému poškození např. tím, že ji vloží do „vrchní“ obálky, přičemž při běžném postupu se pak na podatelně u zadavatele zjistí, že uvnitř se nachází obálka s nabídkou na zadávanou veřejnou zakázku.

Po posouzení výše uvedených skutečností dospěl orgán dohledu k závěru, že zadavatel závažně porušil § 11 odst. 1 zákona, na který odkazuje § 49 odst. 8 zákona, neboť svým postupem při otevírání obálek nedodržel jednu ze základních zásad zadávání veřejných zakázek, a to zásadu rovného přístupu ze strany zadavatele ke všem uchazečům o veřejnou zakázku. Podle ustanovení § 11 odst. 1 zákona nesmí být žádný z uchazečů v obchodní veřejné soutěži zvýhodněn proti ostatním účastníkům soutěže s výjimkami uvedenými v odstavcích 2 a 3. Jelikož zadavatel neotevřel poštovní zásilku, ve které dle tvrzení zástupce uchazeče Lesprojekt Kroměříž byla uložena jeho nabídka, zvýhodnil ostatní uchazeče proti jmenovanému uchazeči, resp. uchazeče Lesprojekt Kroměříž svým postupem diskriminoval vůči ostatním uchazečům. Zásada nediskriminace je spolu se zásadou transparentnosti a právem na přezkum, jedním ze základních principů, které je nutné dodržovat při výběrových řízeních, přičemž tyto zásady aplikuje a hájí i Evropský soudní dvůr ve své rozhodovací praxi v oblasti zadávání veřejných zakázek. K otázce míry porušení zákona, které orgán dohledu považuje za porušení závažné (viz výše), je nezbytné poznamenat, že podle § 62 odst. 1 zákona věty první „zjistí-li orgán dohledu, že zadavatel závažně či opětovně porušil ustanovení tohoto zákona, může mu uložit pokutu do výše 1 % ceny zakázky“. V šetřeném případě se orgán dohledu rozhodl nepřistoupit k uložení sankce, neboť projev diskriminace uchazeče Lesprojekt Kroměříž může být narovnan novým zadáním veřejné zakázky s tím, že jmenovaný uchazeč bude zadavatelem opětovně obeslán novou výzvou.

Závěrem k danému problému orgán dohledu dodává, že nelze současně nepřijmout nabídku a vyloučit uchazeče, jehož nabídka nebyla přijata, neboť zákon rozlišuje mezi pojmy zájemce o veřejnou zakázku (viz § 2 písm. c) zákona) a uchazeč o veřejnou zakázku (viz § 2 písm. d) zákona). Subjekt, jehož nabídka nebyla zadavatelem v rámci obchodní veřejné soutěže přijata, zůstává zájemcem o veřejnou zakázku, a tudíž nemůže být vyloučen, neboť vyloučit lze až uchazeče, jenž předložil nabídku.

K oznámení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky

Zadavatel ve svém stanovisku ze dne 21. 1. 2002 uvedl, že oznámení o výběru nejvhodnější nabídky bylo zasláno uchazečům, jejichž nabídky byly přijaty, a že vycházel z kontextu § 49 odst. 10 zákona, který upravuje hodnocení přijatých nabídek, přičemž použitý striktní výklad potvrzuje také ustanovení § 39 odst. 1 zákona.

Z ustanovení § 49 odst. 10 zákona vyplývá, že rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zadavatel oznámí všem uchazečům ve lhůtě stanovené v odstavci 7 a zároveň uchazeče poučí o možnosti podat námitky.

Orgán dohledu konstatuje, že argumentace zadavatele, že při oznámení o výběru nejvhodnější nabídky je zadavatel povinen postupovat dle § 39 odst. 1 zákona, je mylná, neboť uvedené ustanovení se nevztahuje na veřejné zakázky zadávané podle § 49 zákona (viz výše). Ustanovení § 49 odst. 10 zákona zadavateli ukládá, že své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky musí oznámit všem uchazečům, tzn. i uchazečům, kteří byli z další účasti na veřejné zakázce vyloučeni.

Tím, že zadavatel neoznámil své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky i vyloučeným uchazečům, porušil ustanovení § 49 odst. 10 zákona.

K uzavírání smlouvy s vybraným uchazečem

Pod bodem 12 výzvy zadavatel vyhradil možnost upravovat a měnit následně uzavřenou smlouvu. Ve svém stanovisku ze dne 23. 1. 2002 (viz správní řízení č.j. S 14/02-153) zadavatel uvádí, že uvedená formulace bodu 12 výzvy znamená, že smlouvu bude možno měnit pouze písemnými dodatky odsouhlasenými oběma stranami, a že daná podmínka je standardní součástí jakékoli smlouvy.

K výše uvedenému orgán dohledu poznamenává, že podmínky smlouvy uzavřené na základě výběrového řízení musí být vždy v souladu s obsahem vybrané nabídky a to zejména v údajích, které byly předmětem hodnocení nabídek (nabídková cena, lhůty plnění, záruční doby, podíl subdodávek, apod. ...).

K zákonu o zadávání veřejných zakázek a jeho novelám

Dle § 55 zákona musí být námitky zadavateli doručeny nejpozději do 10 kalendářních dnů po tom, co bylo uchazeči doručeno oznámení o úkonech zadavatele.

Zadavatel v dopise ze dne 3. 12. 2001, kterým oznámil uchazeči Lesprojekt Kroměříž jeho vyloučení z další účasti na veřejné zakázce, uvedl, že proti jeho rozhodnutí lze podat do sedmi dnů od doručení námítky.

Orgán dohledu konstatuje, že lhůta pro podání námitek byla upravena (prodloužena o tři dny) zákonem č. 28/2000 Sb., kterým byl novelizován zákon o zadávání veřejných zakázek, a to s účinností od 1. 6. 2000 včetně.

Jelikož námitky uchazeče Lesprojekt Kroměříž byly podány včas a uvedeným pochybením zadavatele nebylo jmenovanému uchazeči odňato právo námítky vznést, orgán

dohledu konstatuje, že neshledal uvedené pochybení zadavatele porušením zákona, které by ovlivnilo průběh zadávání veřejné zakázky.

Orgán dohledu posoudil šetřený případ a na základě zjištěných skutečností rozhodl jak je uvedeno ve výroku. V této souvislosti orgán dohledu uvádí, že nápravu závažného pochybení zadavatele nelze dosáhnout tím, že by bylo zadavateli uloženo pouze provedení nápravy, a to např. nařízením, aby zadavatel „zrušil své rozhodnutí o vyloučení uchazeče Lesprojekt Kroměříž“, a zařadil jeho nabídku zpět mezi hodnocené nabídky. Uvedenému postupu brání skutečnost, že zadavatel nemá k dispozici nabídku uchazeče Lesnická projekce Frýdek-Místek a. s., Frýdek-Místek, který by byl tak diskriminován. Neméně rozhodujícím faktem je i skutečnost, že zadavatel již nabídky zbývajících dvou uchazečů otevřel, a jejich obsah se stal známým, což by nezaručovalo objektivitu při novém výběru.

Poněvadž účastníky správního řízení nejsou všichni uchazeči o veřejnou zakázku je nutné, aby zadavatel zrušení veřejné zakázky oznámil ostatním uchazečům.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Petr Hanák
ředitel odboru

Obdrží účastníci správního řízení:

Okresní úřad Brno – venkov, Moravské nám. 6, 601 70 Brno, zast. Ing. arch.
Vladislavem Růžičkou

Lesprojekt Kroměříž, s. r. o., Kotojedská 1044, 767 01 Kroměříž, zast.
Ing. Jaroslavem Kadlecem