Č. j.: S 26/01-152/1389/01-Te V Brně dne 9. dubna 2001

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 13.2.2001 podle 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. a zákona č. 39/2001 Sb. 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., na základě návrhu společností Ingstav Ostrava, akciová společnost (a. s.), Novoveská 22, 709 06 Ostrava-Mariánské hory, za niž jednají Ing. Milan Lasák, předseda představenstva a Ing. Jaroslav Paclt, místopředseda představenstva, a TCHAS, spol. s r. o., 28. října 216, 709 06 Ostrava-Mariánské hory, za niž jednají Ing. Václav Daněk a Ing. Milan Lasák, jednatelé, které uzavřely dne 1.11.2000 smlouvu o sdružení podle § 829 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem podání společné nabídky, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 12.2.2001 společností Ingstav Ostrava, akciová společnost (a. s.), na přezkoumání rozhodnutí zadavatele města Bystřice pod Hostýnem, Masarykovo náměstí 137, 768 61 Bystřice pod Hostýnem, zastoupeného Mgr. Zdeňkem Pánkem, starostou města, ve správním řízení zastoupeného na základě mandátní smlouvy č. 64/2000 ze dne 12.9.2000, společností RTS, a. s., Lazaretní 13, 615 00 Brno, za niž jedná na základě plné moci ze dne 6.2.2001 Ing. Petr Vrbka, ze dne 29.1.2001, o námitkách ze dne 17.1.2001, proti jeho rozhodnutí ze dne 9.1.2001 o vyloučení společností Ingstav Ostrava, akciová společnost (a. s.) a TCHAS, spol. s r. o. z další účasti v obchodní veřejné soutěži „Dostavba kanalizace Bystřice pod Hostýnem“ vyhlášené podle části druhé 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. a zákona č. 256/2000 Sb. v Obchodním věstníku č. 37/2000 ze dne 13.9.2000 pod zn. 105842-37/00, jejíž podmínky byly opraveny v Obchodním věstníku č. 42/2000 ze dne 18.10.2000 pod. zn. 108242-42/00 rozhodl **takto:**

Návrh společností Ingstav Ostrava, akciová společnost (a. s.), a TCHAS, spol. s r. o., ze dne 12.2.2001 na přezkoumání rozhodnutí zadavatele ze dne 29.1.2001 se podle § 60 písm. a) 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. a zákona č. 39/2001 Sb. **zamítá**.

O d ů v o d n ě n í

Město Bystřice pod Hostýnem, Masarykovo náměstí 137, 768 61 Bystřice pod Hostýnem, zastoupené Mgr. Zdeňkem Pánkem, ve správním řízení zastoupené společností RTS, a. s., Lazaretní 13, 615 00 Brno, za niž jedná na základě plné moci ze dne 6.2.2001 Ing. Petr Vrbka (dále jen „zadavatel“), vyhlásilo podle 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. a zákona č. 256/2000 Sb. (dále jen „zákon“), obchodní veřejnou soutěž „Dostavba kanalizace Bystřice pod Hostýnem“ (dále jen „soutěž“) v Obchodním věstníku č. 37/2000 ze dne 13.9.2000 pod zn. 105842-37/00, jejíž podmínky byly opraveny v Obchodním věstníku č. 42/2000 ze dne 18.10.2000 pod. zn. 108242-42/00.

V podmínkách soutěže byl uveden tento způsob hodnocení nabídek:

„Nabídky budou hodnoceny podle ekonomické vhodnosti. Kritéria tvořící ekonomickou vhodnost jsou (seřazeno sestupně podle stupně významu):

1. Reference a odborná způsobilost uchazeče se zaměřením na stavby obdobného charakteru a rozsahu
2. Celková nabídnutá cena
3. Rozsah a způsob využití místních zdrojů pracovních sil
4. Záruka za jakost a záruční podmínky, systém řízení jakosti

Každý člen hodnotící komise boduje kritéria v rozmezí 1-10 bodů. Součet bodů příslušného kritéria bude vynásoben příslušným stupněm významu. Součet takto upraveného počtu bodů za všechna kritéria určí jeho pořadí v celkovém hodnocení. Nejvhodnější nabídkou bude nabídka, která takto získá nejvyšší počet bodů“.

Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 2.11.2000 vyplývá, že zadavatel do konce soutěžní lhůty obdržel celkem třináct nabídek a že žádná z nich nebyla komisí pro otevírání obálek vyřazena z dalšího posuzování a hodnocení.

Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 9.1.2001 vyplývá, že při posuzování nabídek podle § 34 zákona komise pro posouzení a hodnocení nabídek dospěla k závěru, že tři nabídky nebyly zpracovány v souladu s podmínkami soutěže a byly vyřazeny z dalšího posouzení a hodnocení; zadavatel příslušné uchazeče vyloučil ze soutěže. Dále z uvedené zprávy vyplývá, že jedna nabídka obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve smyslu ustanovení § 36 zákona. Zadavatel proto písemně vyzval dne 3.11.2000 dotčeného uchazeče – společnosti Ingstav Ostrava, akciová společnost (a. s.), Novoveská 22, 709 06 Ostrava-Mariánské hory, za niž jednají Ing. Milan Lasák, předseda představenstva a Ing. Jaroslav Paclt, místopředseda představenstva a TCHAS, spol. s r. o., 28. října 216, 709 06 Ostrava-Mariánské hory, za niž jednají Ing. Václav Daněk a Ing. Milan Lasák, jednatelé, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 12.2.2001 společností Ingstav Ostrava, akciová společnost (a. s.), (dále jen „uchazeč“), ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny s termínem do 17.11.2000, které zadavatel obdržel ve stanoveném termínu. Ke zdůvodnění uchazeče si zadavatel nechal vypracovat soudním znalcem nezávislý odborný posudek. Komise pro posouzení a hodnocení nabídek po posouzení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny i nezávislého odborného posudku neshledala důvody mimořádně nízké nabídkové ceny za objektivně prokázané a doporučila zadavateli, aby příslušného uchazeče vyloučil z další účasti v soutěži.

Proti rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení ze soutěže, oznámenému uchazeči dopisem ze dne 9.1.2001, který obdržel dne 11.1.2001, podal jmenovaný uchazeč dopisem ze dne 17.1.2001 námitky zadavateli, který je obdržel dne 22.1.2001. Zadavatel o námitkách po věcné stránce nerozhodl a vrátil je zpět uchazeči, jako námitky došlé zadavateli po uplynutí lhůty (§ 56 odst. 3 zákona), což jmenovanému uchazeči oznámil dopisem ze dne 29.1.2001, který uchazeč obdržel dne 5.2.2001. Vzhledem k tomu, že uchazeč nepovažoval postup zadavatele za správný, podal dopisem ze dne 12.2.2001 návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) obdržel výše uvedený návrh dne 13.2.2001. Tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona po poslední novele v návaznosti na § 18 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění

pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání rozhodnutí zadavatele o námitkách orgánem dohledu.

Vyměřený správní poplatek uchazeč uhradil dne 5.3.2001.

Podle § 58 zákona po poslední novele účastníky tohoto řízení jsou zadavatel a uchazeč.

Zahájení řízení oznámil orgán dohledu účastníkům řízení dopisem č. j. S 26/01-152/815/01-Bs ze dne 1.3.2000 a stanovil lhůtu, ve které se účastníci řízení mohli vyjádřit ke skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí, jakož i ke způsobu jejich zjištění, popřípadě navrhnout doplnění šetření (§ 33 správního řádu), nahlédnout do spisu tohoto řízení, pořizovat si z něho výpisy (§ 23 správního řádu). Ve stanovené lhůtě společnost Ingstav doložila plnou moc k zastupování uchazeče TCHAS spol. s r. o. ve správním řízení před orgánem dohledu. Zadavatel ve stanovené lhůtě doložil vyjádření, ve kterém uvedl, že neučinil žádný úkon směřující k dokončení zadání veřejné zakázky.

Ve svém návrhu ze dne 12.2.2001 uchazeč rozebírá pochybení zadavatele při stanovení konce lhůty pro podání námitek na den 21.1.2001. Rozhodnutí zadavatele o vyloučení ze dne 9.1.2001 bylo jmenované společnosti doručeno dne 11.1.2001. Od data doručení rozhodnutí začala běžet desetidenní lhůta pro doručení námitek zadavateli. Poslední den lhůty byl 21.1.2001. K tomu uchazeč uvádí, že „jelikož však 21.1.2001 byla neděle, měl zadavatel použít příslušné obecné pravidlo pro počítání lhůt obsažené v ust. § 122 občanského zákoníku (resp. § 27 odst. 2 správního řádu),… Proto posledním dnem lhůty nebyla neděle 21.1.2001, jak nesprávně stanovil zadavatel, ale nejblíže následující pracovní den tj. pondělí 22.1.2001“. Uchazeč dále uvádí, že námitky doručené zadavateli dne 22.1.2001, jsou námitkami doručenými v zákonem stanovené lhůtě (ust. § 55 zákona), tedy nikoliv po uplynutí lhůty. V závěru svého návrhu dále sděluje, že „zadavatel nepostupoval v souladu s ust. § 56 odst. 5 cit. zákona a činil kroky směřující k dokončení zadání veřejné zakázky ještě před uplynutím lhůty pro podání námitek, když rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky již 17.1.2001, aniž by přitom hodnotil nabídku předloženou uchazečem“. Uchazeč navrhuje, aby orgán dohledu zrušil rozhodnutí zadavatele o odmítnutí námitek a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uložil zadavateli provést nápravu přezkoumáním oprávněnosti námitek doručených zadavateli a rozhodnout o nich.

Zadavatel ve svém stanovisku ze dne 19.2.2001 k návrhu uvedl, že námitky ze dne 17.1.2001 byly doručeny po lhůtě, a proto podle § 56 odst. 3 zákona o nich nerozhodl a vrátil je uchazeči zpět. V závěru zadavatel trvá na tom, že námitky byly podány po lhůtě a dále pokládá návrh jmenovaného uchazeče za návrh podaný v rozporu se zákonem „protože podání návrhu na přezkoumání rozhodnutí zadavatele musí předcházet řádně podaná námitka, což v tomto případě učiněno nebylo“.

Po přezkoumání dokumentace o zadání veřejné zakázky orgán dohledu k šetřenému případu uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Zadavatel o námitkách uchazeče ze dne 17.1.2001 proti svému rozhodnutí o jeho vyloučení z další účasti v soutěži ze dne 9.1.2001 nerozhodl podle § 56 odst. 1 zákona, ale postupoval podle § 56 odst. 3 zákona. Rozhodnutí o odmítnutí námitek sdělil zadavatel uchazeči dopisem ze dne 29.1.2001, který jmenovaný uchazeč převzal dne 5.2.2001. Návrh uchazeče obdržel orgán dohledu i zadavatel dne 13.2.2001.

K otázce zda lhůta pro podání námitek byla či nebyla dodržena orgán dohledu konstatuje, že „Námitky se podávají písemně a musí být zadavateli doručeny nejpozději do deseti kalendářních dnů po tom, co bylo uchazeči doručeno oznámení o úkonech zadavatele…“. Podmínkou pro zachování lhůty pro podání námitek (§ 55 zákona) je, aby příslušné podání uchazeče bylo adresátovi (zadavateli) doručeno nejpozději v poslední den lhůty, tzn., aby v této lhůtě námitky zadavatel obdržel, což se nestalo. Nepostačí v poslední den lhůty příslušné podání předat k poštovní přepravě, popřípadě je podat k poštovní přepravě i dříve a spoléhat se, že bude nejpozději v poslední den lhůty poštou příslušnému adresátovi doručeno. V daném případě byl posledním dnem pro podání námitek proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení 21. leden 2001. Pokud námitky nejsou ve stanovené lhůtě podány, zadavatel pokračuje v zadávání veřejné zakázky. Akceptace názoru uchazeče by vedla k situaci, kdy by zadavatel byl v právní nejistotě, zda se od jednotlivých uchazečů již navrátili doručenky či nikoliv a neúměrně by se prodlužoval celý proces zadávání veřejných zakázek. Právní názor orgánu dohledu vychází mj. z druhostupňových rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, vydaných v obdobných případech, a rovněž z usnesení Vrchního soudu Olomouc např. č. j. 2A 11/98 či 2A 3/99.

K argumentu uchazeče, že zadavatel v rozporu s ust. § 56 odst. 5 zákona „činil kroky směřující k dokončení zadání veřejné zakázky ještě před uplynutím lhůty pro podání námitek“ orgán dohledu uvádí následující.

Zadavatel rozhodl o vyloučení uchazeče dne 9.1.2001, které jmenovanému uchazeči bylo doručeno dne 11.1.2001. Lhůta pro podání námitek tedy uplynula dne 21.1.2001, zadavatel obdržel námitky dne 22.1.2001 a dopisem z téhož dne je odmítl. „Rozhodnutí a oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky“ (dále jen „rozhodnutí“) ze dne 17.1.2001 bylo předáno k poštovní přepravě až dne 5.2.2001. Podle § 56 odst. 5 zákona „Před uplynutím lhůty pro podání námitek, a jsou-li námitky podány včas, nesmí zadavatel činit žádné úkony směřující k dokončení zadání veřejné zakázky…“. Zadavatel ve stanovisku ze dne 8.3.2001 k výše uvedenému sdělil, že „datum na dokumentu je datem, kdy byl dokument připraven a nikoli datem, kdy bylo rozhodnuto. Podle data odeslání a data obdržení oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky jednotlivými uchazeči lze dovodit, že zadavatel ve lhůtě, kdy bylo možno podat námitky, žádný úkon směřující k dokončení zadání veřejné zakázky neučinil a s vlastním rozhodnutím počkal až na marné uplynutí lhůt a teprve po této době jej rozeslal uchazečům“. Orgán dohledu konstatuje, že zadavatelem uvedené skutečnosti vyplývají rovněž z dokumentace a že odeslání rozhodnutí s datem 17.1.2001 dne 5.2.2001 nemělo žádný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel samotný úkon směřující k dokončení veřejné zakázky učinil až předáním rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky k poštovní přepravě, a to po odmítnutí námitek.

V rozhodnutí orgán dohledu zohlednil nabytí účinnosti jednotlivých novel zákona o zadávání veřejných zakázek. V této souvislosti pak poukazuje na rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 5/99 ze dne 4.11.1999, z něhož vyplývá, že závazný postup zadavatelů musí být vždy posuzován podle zákona o zadávání veřejných zakázek účinného v době jejich zadání, avšak řízení před orgánem dohledu musí být posuzováno vždy podle předpisů platných v době rozhodování, neboť hlava III a IV části čtvrté zákona má charakter zvláštního procesního předpisu, kterým se Úřad pro ochranu hospodářské soutěže řídí, a na nějž přechodná ustanovení novelizací nedopadají. V souladu s těmito závěry vydal orgán dohledu toto rozhodnutí podle 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. a zákona č. 39/2001 Sb.

Podle § 57 odst. 5 zákona je orgán dohledu oprávněn přezkoumat napadené rozhodnutí v celém rozsahu a není přitom vázán návrhem uchazeče. Orgán dohledu proto posoudil postup zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky ze všech hledisek a konstatuje, že nemůže přebírat odpovědnost za zadavatele a posoudit, zda uchazeč podal nabídku s mimořádně nízkou nabídkovou cenou, či nahrazovat rozhodnutí komise pro posouzení a hodnocení nabídek o odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče, tzn. rozhodovat o otázkách, jejichž řešení zákon ponechává na výhradním posouzení zadavatele, resp. komise pro posouzení a hodnocení nabídek. Úkolem orgánu dohledu je v podstatě kontrola rámce, v němž se rozhodnutí zadavatele provádí (k těmto závěrům viz např. rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 1/99). Z uvedeného důvodu se orgán dohledu zabýval rovněž otázkou, zda zadavatel náležitým a transparentním způsobem v dokumentaci doložil své rozhodnutí nepovažovat uchazečem předložené důvody mimořádně nízké nabídkové ceny za objektivně prokázané. Po přezkoumání postupu zadavatele orgán dohledu konstatuje, že neshledal důvody pro zahájení správního řízení z úřední povinnosti. Pro srovnání orgán dohledu poznamenává, že např. z rozsudku Evropského soudního dvora v oblasti zadávání veřejných zakázek T-203/96 ze dne 17.12.1998 mj. vyplývá, že zadavatel musí v průběhu zadávacího procesu dodržovat princip transparentnosti, což v šetřeném případě učinil.

Po posouzení všech výše zjištěných a uvedených skutečností orgán dohledu dospěl k závěru, že zadavatel svým rozhodnutím o odmítnutí námitek a o vyloučení uchazeče z další účasti v soutěži neporušil zákon a rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

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 - odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Petr Hanák
ředitel odboru dohledu
nad zadáváním veřejných zakázek v Brně

Obdrží:
Ingstav Ostrava, akciová společnost (a. s.), Novoveská 22, 709 06 Ostrava-Mariánské hory, zast. Ing. Milanem Lasákem a Ing. Jaroslavem Pacltem

RTS, a. s., Lazaretní 13, 615 00 Brno, zast. Ing. Petrem Vrbkou

Na vědomí:
Město Bystřice pod Hostýnem, Masarykovo náměstí 137, 768 61 Bystřice pod Hostýnem, zast. Mgr. Zdeňkem Pánkem

TCHAS, spol. s r. o., 28. října 216, 709 06 Ostrava-Mariánské hory, zast. Ing. Václavem Daňkem a Ing. Milanem Lasákem