



UOHSX001ZN10

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S180/2010/VZ-10908/2010/540/DCh

V Brně dne: 23. září 2010

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 4.6.2010 na návrh ze dne 28.5.2010, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany – Úřad akvizic nemovité infrastruktury, IČ 60162694, se sídlem Teplého 1899, 530 02 Pardubice, jejímž jménem jedná RNDr. Alexandr Vondra, ministr obrany,
- navrhovatel – Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4-Chodov, za niž jedná Ing. Michal Reiter a Ing. Zdeněk Černý, MBA, členové představenstva,
- vybraný uchazeč – STRABAG, a.s., IČ 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, za niž jedná Ing. Jaroslav Karter, předseda představenstva, a Ing. Josef Krátký, člen představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v podlimitní veřejné zakázce „LZ Čáslav – oprava vzletové a přistávací dráhy a stojánky S“, zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 19.3.2010 pod ev. č. 60042815,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany – Úřad akvizic nemovité infrastruktury, IČ 60162694, se sídlem Teplého 1899, 530 02 Pardubice, při zadávání veřejné zakázky „LZ Čáslav – oprava vzletové a přistávací dráhy a stojánky S“ nesplnil povinnost stanovenou v ust. § 61 odst. 4,

věty druhé zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když omezení počtu zájemců losováním neprovedl v souladu se zásadami uvedenými v § 6, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle ust. § 118 výše cit. zákona o veřejných zakázkách **ruší omezení počtu zájemců losováním** a všechny následující úkony v šetřeném zadávacím řízení.

III.

Podle ust. § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle ust. § 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 České republiky – Ministerstvu obrany – Úřadu akvizic nemovité infrastruktury, IČ 60162694, se sídlem Teplého 1899, 530 02 Pardubice, 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

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany – Úřad akvizic nemovité infrastruktury, IČ 60162694, se sídlem Teplého 1899, 530 02 Pardubice, jejímž jménem jedná RNDr. Alexandr Vondra, ministr obrany (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 19.3.2010 pod ev.č. 60042815 oznámení užšího zadávacího řízení za účelem zadání podlimitní veřejné zakázky „LZ Čáslav – oprava vzletové a přistávací dráhy a stojánky S“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je provedení oprav vzletové a přistávací dráhy a stojánky S a N s cílem zabezpečit letecký provoz na letecké základně Čáslav.
3. Zadavatel v oznámení o veřejné zakázce uvedl, že veřejná zakázka bude zadána v užším řízení s omezením počtu zájemců na 5. V oznámení o veřejné zakázce zadavatel dále uvedl, že omezení počtu zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, bude provedeno dle § 61 odst. 4 zákona náhodným výběrem (losem).
4. Ve lhůtě pro podání žádostí o účast obdržel zadavatel 7 žádostí. Losování proběhlo dne 21.4.2010 v sídle pověřené osoby. Z notářského zápisu č. NZ 531/2010 ze dne 21.4.2010 (dále jen „notářský zápis“) vyplývá, že mezi nevylosovanými zájemci byl také zájemce Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4-Chodov, za niž jedná Ing. Michal Reiter a Ing. Zdeněk Černý, MBA, členové představenstva (dále jen „navrhovatel“), který byl na základě této skutečnosti vyloučen rozhodnutím zadavatele č.j. 36-18/2010/DP-5439 ze dne 29.4.2010 z další účasti v zadávacím řízení. Proti tomuto

rozhodnutí zadavatele podal navrhovatel námitky ze dne 11.5.2010, které byly zadavateli doručeny dne 13.5.2010. Zadavatel námitkám rozhodnutím ze dne 24.5.2010 nevyhověl.

5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Návrh ze dne 28.5.2010 byl Úřadu doručen dne 4.6.2010 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno. Zadavateli byl návrh doručen dne 4.6.2010.
6. Ve svém návrhu navrhovatel uvádí, že v případě, že se zadavatel rozhodne omezit počet zájemců v užším řízení losováním, je jeho povinností provést úkon losování transparentním způsobem, který nebude diskriminační a nebude vzbuzovat pochybnosti o jeho řádném průběhu. Vzhledem k tomu, že nádoba na losování byla neprůhledná, nelze dle navrhovatele jednoznačně prokázat, zda byl obsah osudí důkladně promíchán, přičemž žádosti navrhovatele po vhození losovacích lístků, aby bylo celé osudí promícháno protřepáním, zadavatel nevyhověl s odůvodněním, že se osudí nesmí oddělit od podložky. Navrhovatel je přesvědčen, že podmínky, za kterých se losování uskutečnilo, nevyklučovalo skrytou manipulaci s losovacími lístky při jejich vhození a následném výběru z osudí. Navrhovatel dále namítá, že samotné okolnosti losování jednoznačně svědčí o tom, že při losování v šetřeném zadávacím řízení nebyly dodrženy požadavky zákona v ust. § 6, neboť nelze s jistotou hovořit o naplnění zásady rovného zacházení. Tím dle tvrzení navrhovatele existuje pochybnost o řádném, průběhu losování, přičemž zároveň dodává, že je povinností zadavatele, aby tak zásadní úkon, kterým omezení počtu zájemců bezpochyby je, provedl způsobem, který nebude možno zpochybnit pro možnost manipulace. Dle názoru navrhovatele v tomto kontextu rozhodně neobstojí ani argument nákladnosti zajištění sofistikovanějšího losovacího zařízení v rámci organizace výběru v zadávacím řízení, jelikož zadavatel resp. pověřená osoba, která byla zadavatelem pověřena k zajištění losování – společnost TERCIER, spol. s r.o., IČ 61063207, se sídlem Radlická 61, 150 00 Praha 5 (dále jen „pověřená osoba“), provádí tento úkon v rámci své podnikatelské činnosti, kterou hradí zadavatel. Navrhovatel dodává, že za výše uvedená pochybení pověřené osoby jednoznačně nese odpovědnost zadavatel.
7. S ohledem na výše uvedené navrhovatel navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení ze zadávacího řízení.
8. Dne 11.6.2010 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž popisuje průběh losování zaznamenaný v notářském zápisu. Zadavatel uvádí, že losování proběhlo dne 21.4.2010 v sídle pověřené osoby za účasti notářky. Všem účastníkům byla dle tvrzení zadavatele prezentována prázdná losovací nádoba a sděleno pořadové číslo každého zájemce. Poté požádal zástupce navrhovatele, aby bylo losovací nádobou s vhozenými losovacími lístky protřepáno. Jednatel pověřené osoby s tímto postupem nesouhlasil s odůvodněním, že nesmí oddělit osudí od podložky a navrhl jiný způsob, a sice ruční promíchání v nádobě a následné losování osobou odlišnou od osoby, která losovací lístky promíchala. S tímto postupem všichni přítomní zástupci zájemců, tedy i zástupce navrhovatele, souhlasili. Zadavatel dále uvádí, že všechny losovací lístky byly stejné a každému zájemci bylo předem určeno pořadové číslo. Z tohoto důvodu zadavatel tvrdí, že argumentace navrhovatele o netransparentnosti losování je nepřesvědčivá a neprůkazná, protože i kdyby nedošlo k promíchání losovacích lístků tak, jak uvádí navrhovatel, základní zásady zadávacího řízení by byly dodrženy tím, že losováním byla určena osoba odlišná od osoby, která losovací lístky do losovací nádoby vložila a promíchala. Rovněž za

neopodstatněný považuje zadavatel požadavek navrhovatele na zajištění sofistikovanějšího losovacího zařízení, neboť to, jakou formu losování, resp. losovacího zařízení zadavatel zvolí, je na zadavateli, dodrží-li zásady rovného zacházení, transparentnosti a zákazu diskriminace. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že pověřená osoba ovlivňovala průběh losování, jelikož pověřená osoba se v souladu s mandátní smlouvou č. 102700002 ze dne 5.3.2010, resp. s ust. § 151 odst. 1 zákona nesmí účastnit předmětného zadávacího řízení a je nepodjatá. Zadavatel ve svém vyjádření odkazuje na svou argumentaci v rozhodnutí o nevyhovění námitkám č.j. 1750/2010-1140 ze dne 24.5.2010, ve kterém uvádí, že je zákonným právem zadavatele omezit počet zájemců, kteří podali žádost o účast v užším řízení a prokázali splnění kvalifikace, a to za předpokladu, že budou dodrženy podmínky uvedené v ustanovení § 61 zákona, především dodržení základních zásad podle ust. § 6 zákona. Logickým důsledkem omezení počtu zájemců je, že někteří z nich budou vyloučeni a jejich případná nabídka nebude hodnocena. Vyloučením některých zájemců losováním sice může dojít k jejich znevýhodnění, avšak toto znevýhodnění je zákonem povoleno a odůvodněno objektivními okolnostmi. Podle zadavatele se tedy nejedná o porušení shora uvedených zásad. Zadavatel se domnívá, že postupoval v souladu se zákonem, a žádá Úřad, aby správní řízení v této věci zastavil.

9. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- navrhovatel,
- vybraný uchazeč.

10. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S180/2010/VZ-8894/2010/540/DCh ze dne 21.6.2010. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S180/2010/VZ-8896/2010/540/DCh z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavateli byla dále stejným usnesením stanovena lhůta k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu.

11. Usnesením č. j. ÚOHS-S180/2010/VZ-8905/2010/540/DCh ze dne 21.6.2010 Úřad vyzval zadavatele, aby ve stanovené lhůtě předložil losovací zařízení použité v šetřeném zadávacím řízení. Úřad obdržel losovací zařízení dne 29.6.2010.

12. Po předběžném přezkoumání dokumentace k šetřené veřejné zakázce Úřad získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, zejména se zásadou transparentnosti při omezené počtu zájemců losováním a z tohoto důvodu rozhodl v rozsahu nezbytném pro zajištění účelu řízení rozhodnutím z moci úřední č.j. ÚOHS-S180/2010/VZ-9307/2010/540/DCh ze dne 28.6.2010 o vydání předběžného opatření zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

13. V souladu s výše uvedeným usnesením Úřadu č. j. ÚOHS-S180/2010/VZ-8896/2010/540/DCh ze dne 21.6.2010 informoval zadavatel Úřad o dalších úkonech provedených v šetřené veřejné zakázce, zejména o skutečnosti, že dne 10.6.2010 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky společnosti STRABAG, a.s., IČ 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, za niž jedná Ing. Jaroslav Karter, předseda představenstva, a Ing. Josef Krátký, člen představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“). V této souvislosti Úřad usnesením

č. j. ÚOHS-S180/2010/VZ-10918/2010/540/DCh ze dne 27.7.2010 v souladu s ust. § 27 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, v platném znění (dále jen „správní řád“) rozhodl o přibrání nového účastníka šetřeného správního řízení – vybraného uchazeče.

14. Dne 8.7.2010 faxem a následně dne 12.7.2010 poštou bylo Úřadu doručeno doplnění návrhu ze dne 23.6.2010, kterým navrhovatel doplňuje argumentaci o odkazy na rozhodovací praxi Úřadu a judikaturu Krajského soudu v Brně. Navrhovatel uvádí, že podle judikatury Krajského soudu v Brně se za transparentní považuje takový postup, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně. Požadavek transparentnosti je tak třeba dle názoru navrhovatele hodnotit ve vztahu k losování velmi přísně, a to tak, aby byly vyloučeny všechny prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Dle názoru navrhovatele by měly být pro dodržení objektivního charakteru losování splněny tyto podmínky: a) losování by mělo probíhat za účasti nezávislé třetí osoby, neboť přítomnost notáře sama o sobě sice obecně transparentnost posiluje, avšak řádnost průběhu negarantuje; b) maximální kontrola losování by měla být umožněna v celém jeho průběhu; a c) maximální kontrola losování by měla být umožněna i ex post. Navrhovatel se ve svých tvrzeních konkrétně opírá o rozsudky Krajského soudu v Brně č.j. 62 Ca 47/2007-188 ze dne 26.1.2010, č.j. 62 Ca 31/2008 ze dne 19.1.2010, a č.j. 31 Ca 166/2005 ze dne 14.5.2007, a dále o druhostupňová rozhodnutí Úřadu č. j.: ÚOHS-R30/2009/VZ-7646/2009/310/JHr ze dne 10.7.2009, a č. j.: ÚOHS-R102/2007/VZ-2931/2010/310-ASc ze dne 1.3.2010.
15. Součástí doplnění návrhu byl také návrh na vydání předběžného opatření uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení z důvodu bezprostřední újmy, která navrhovateli v důsledku jeho vyloučení ze zadávacího řízení hrozí, neboť jeho nabídka není nadále předmětem hodnocení a nemůže být vybrána jako nejvhodnější. Rozhodnutím č.j. ÚOHS-S180/2010/VZ-10191/2010/540/DCh ze dne 14.7.2010 Úřad návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření zamítl, neboť zadavateli byl již zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení uložen z moci úřední výše uvedeným rozhodnutím Úřadu č.j. ÚOHS-S180/2010/VZ-9307/2010/540/DCh ze dne 28.6.2010.
16. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky, vyjádření předložených účastníků a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při omezení počtu zájemců losování nedodržel postup stanovený zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Omezení počtu zájemců losování

17. Ustanovení § 6 zákona stanoví, že zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
18. Podle ust. § 28 zákona oznamuje zadavatel v oznámení užšího řízení neomezenému počtu dodavatelů svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení; oznámení užšího řízení je výzvou k podání žádostí o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace.
19. Ustanovení § 61 odst. 1 zákona stanoví, že omezí-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií podle odst. 2 nebo 4 uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení.

20. Podle ust. § 61 odst. 4 může být objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 rovněž náhodný výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií podle odstavce 2 a náhodného výběru losem. Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6. Účastnit se losování mají právo zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.
21. Z dokumentace k veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel oznámil dne 19.3.2010 zahájení užšího řízení k šetřené veřejné zakázce, přičemž v oznámení užšího řízení uvedl, že omezení počtu zájemců na 5 proběhne náhodným výběrem provedeným losem. Losování proběhlo dne 21.4.2010 v sídle pověřené osoby za účasti notářky, která o průběhu losování vyhotovila notářský zápis č. NZ 531/2010. Z dokumentace k veřejné zakázce dále vyplývá, že losování bylo přítomno 6 zájemců, mezi nimi i zástupce navrhovatele.
22. Z výše uvedeného notářského zápisu vyplývá, že omezení počtu zájemců proběhlo tak, že vylosování zájemci měli být osloveni k podání nabídky. Losovací komise se skládala ze dvou členů. Dále se losování zúčastnili jednatel pověřené osoby a dva zástupci zadavatele. Samotný průběh losování je v notářském zápisu popsán na str. 3 takto: „[...] [členka losovací komise] ukázala všem přítomným účastníkům prázdnou dřevěnou losovací nádobu. Zástupce společnosti Skanska a.s., [...] požádal o zatřepání s losovací nádobou poté, co budou vloženy všechny losovací lístky, čímž by mělo dojít k promíchání papírových lístků. [Jednatel pověřené osoby] s tímto návrhem nesouhlasil a navrhl, aby poté, co [člen losovací komise] vloží všechny losovací lístky do losovací nádoby, je také sám zamíchal a následně [členka losovací komise] vylosuje pět zájemců. S tímto postupem žadatelé souhlasili. Poté [člen losovací komise] vždy přečetl název firmy, její pořadové číslo a losovací lístek s uvedeným číslem přeložil na polovinu a postupně tyto lístky vkládal do losovací nádoby a na závěr losovací lístky v losovací nádobě zamíchal. Losovací lístky byly papírové, stejné velikosti, bílé barvy s čísly 1 (jedna) až 7 (sedm). Následně [členka losovací komise] ukázala holé ruce a přistoupila k vlastnímu losování. [Členka losovací komise] postupně vylosovala pět losovacích lístků, které předávala [členovi losovací komise] a tento přečetl číslo právě vylosovaného lístku. Lístky s čísly byly vylosovány v tomto pořadí [...]. [Členka losovací komise] poté vysypala zbývající losovací lístky z losovací nádoby a následně [člen losovací komise] přečetl čísla losovacích lístků, které zůstaly v losovací nádobě jako nevylosované, a to v tomto pořadí [...]. [Jednatel pověřené osoby] dal možnost přítomným prohlédnout si dva zbylé nevylosované lístky z osudí.“
23. Navrhovatel k tomu ve svém návrhu uvádí, že přímo na místě požadoval, aby bylo po vhození losovacích lístků celé osudí promícháno protřepáním, přičemž tomuto požadavku pověřená osoba nevyhověla s odůvodněním, že se osudí nesmí oddělit od podložky. Navrhovatel dále zpochybňuje akt samotného promíchání osudí tím, že jednak obsah osudí promíchala osoba, která do osudí lístečky vhodila, jednak že losovací zařízení bylo neprůhledné, tudíž nelze jednoznačně potvrdit, zda-li byl řádně promíchán celý obsah osudí. Tyto namítané skutečnosti dle názoru navrhovatele vzbuzují pochybnosti o řádném průběhu losování a z tohoto důvodu spatřuje navrhovatel v postupu zadavatele porušení zásady transparentnosti v zadávacím řízení.
24. Úřad k tomuto tvrzení uvádí následující skutečnosti. Při omezování počtu zájemců v užším řízení musí veřejný zadavatel postupovat podle výše cit ust. § 61 zákona. Z tohoto ustanovení zákona vyplývá, že omezování počtu zájemců musí zadavatel provést na základě objektivních kritérií stanovených v souladu s ust. § 61 odst. 2 nebo odst. 4, anebo jejich kombinací. Za

objektivní kritérium omezování počtu zájemců přitom považuje zákon (§ 61 odst. 4) rovněž náhodný výběr losem. Úřad obecně uvádí, že kritéria pro omezení počtu zájemců v užším řízení musí být stanovena a posouzena s ohledem na základní principy zadávání veřejných zakázek tak, aby byl zachován rovný přístup ke všem zájemcům, princip nediskriminace a transparentnosti zadávacího řízení (ust. § 6 zákona). Kritéria pro omezení počtu zájemců musí mít objektivní charakter. Subjektivní kritéria pro omezování počtu zájemců nejsou připuštěna.

25. Současně je při tomto úkonu zadavatele nezbytné zajistit nestrannost průběhu losování (např. účastí všech zájemců nebo notáře), aby bylo možné zcela vyloučit možnost ovlivnění losování.
26. Veřejný zadavatel je podle výše cit. ust. § 61 odst. 4 zákona oprávněn provádět omezování počtu zájemců formou náhodného výběru losem (losování), vyhradí-li si to v oznámení zadávacího řízení. Losování může být konáno jakoukoliv formou (např. tahem z osudí), vždy však při zachování základních zásad postupu zadavatele dle § 6. Veřejný zadavatel by při tom měl stanovit, zda bude losovat zájemce, kteří budou vyloučeni nebo kteří budou následně vyzváni k podání nabídky. Úřad uvádí, že i přesto, že je přítomnost notáře při omezování počtu zájemců náhodným výběrem žádoucí, je notářský zápis pouze osvědčením o průběhu losování a nepotvrzuje soulad se zákonem. To znamená, že přítomnost notáře nezbavuje sama o sobě zadavatele odpovědnosti za povinnost zajištění transparentnosti aktu losování.
27. Zákon přiznává zájemcům, kterých se losování týká, tedy těch, kteří řádně prokázali splnění kvalifikace pro plnění veřejné zakázky, právo účastnit se losování. Veřejný zadavatel má povinnost vyrozumět zájemce o termínu losování nejméně 5 dnů předem; z povahy věci pak vyplývá, že se tato povinnost vztahuje i na místo konání losování.
28. Omezování počtu zájemců provádí veřejný zadavatel výhradně z těch zájemců, kteří prokázali svou kvalifikaci pro plnění veřejné zakázky. Veřejný zadavatel tedy nejprve provede posouzení kvalifikace zájemců dle § 59 zákona a teprve poté provádí omezení počtu zájemců z těch zájemců, kteří svou kvalifikaci pro plnění veřejné zakázky řádně prokázali a nebyli pro nesplnění kvalifikace vyloučeni z účasti v zadávacím řízení dle § 60. Vyloučí-li veřejný zadavatel na základě posouzení kvalifikace některého zájemce z účasti v zadávacím řízení, je vhodné, aby neprováděl omezování počtu zájemců před tím, než uplyne lhůta pro podání námitek proti rozhodnutí o vyloučení zájemce (§ 110 odst. 4), neboť v opačném případě se může dostat do situace, kdy po vyloučení některého zájemce provede omezení počtu zájemců a na základě akceptace následné námítky podané zájemcem musí provést nové omezení počtu zájemců.
29. Losovací zařízení použité v šetřené veřejné zakázce se skládá ze tří dřevěných beden ve tvaru kvádrů – podstavce, losovacího osudí (25x35x25cm) a řečnického pultu. Úřad při zkoumání losovacího zařízení a losovacích lístků, které si od zadavatele vyžádal, zjistil, že u dvou z použitých losovacích lístků, konkrétně u zájemců označených č. 4 a č. 7, nebylo přeložení na polovinu provedeno řádně jako u zbylých losovacích lístků, ale tak, že jedna strana losovacího lístku byla delší, čímž byly tyto dva lístky na dotek zřetelně odlišeny od ostatních. Úřad dále z notářského zápisu zjistil, že oba takto odlišené lístky byly vylosovány a uchazeči s tímto pořadovým číslem byli v dalším průběhu zadávacího řízení vyzváni k podání nabídek.
30. Zadavatel odmítl žádost navrhovatele, aby k promíchání osudí došlo protřepáním, přičemž z návrhu navrhovatele vyplývá, že zadavatel k této žádosti pouze uvedl, že losovací zařízení nesmí být odděleno od podložky. Požadavek na nemožnost oddělení losovacího zařízení od

podložky zadavatel blíže neupřesňuje a ani nikde blíže ve svém vyjádření nekommentuje. Zadavatel navrhl jiný způsob promíchání osudí, kdy byly lístky vhozeny a promíchány jinou osobou než osobou, která je následně losovala, přitom však neodůvodnil, v čem spatřuje zásadní rozdíl z hlediska promíchání losovacích lístků.

31. Uvedený postup zadavatele proto vyvolává pochybnost o transparentnosti losování, přičemž argument zadavatele, že losovací zařízení nesmí být odděleno od podložky, nelze akceptovat. Úřad v této souvislosti odkazuje zejména na rozsudek Krajského soudu v Brně čj. 62 Ca 31/2008 ze dne 19.1.2010. Podle tohoto rozsudku má řádné losování, byť není v zákoně tento postup nikde upraven, probíhat tak, že losující protřepe nádobou, vloží do ní ruku, tou v nádobě zamíchá a vytáhne lístek s číslem (str. 8 cit. rozsudku). Krajský soud v uvedeném rozsudku dále konstatoval, že *„transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost, nepřehlednost či obtížnější kontrolovatelnost zadávacího řízení, nebo jež vzbuzuje pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele“*. Pakliže byly v šetřené veřejné zakázce 2 ze 7 losovacích lístků odlišné od ostatních, a pokud zadavatel odmítl žádost zájemce o protřepání losovací nádobou bez uvedení řádného důvodu tohoto odmítnutí, pak se jedná o skutečnosti, které pochybnosti o tom, zda losování probíhá transparentně, zcela jistě vzbuzují.
32. Z notářského zápisu dále vyplývá, že uchazeči, kteří byli přítomni losování, měli možnost si zkontrolovat pouze losovací lístky, které nebyly vylosovány. Na základě výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel neučinil veškerá opatření k tomu, aby byly dodrženy zásady zadávacího řízení podle výše cit. ust. § 6 zákona a tím nevyloučil pochybnost o řádnosti losování. Losování, při němž existuje možnost losující osoby manipulovat s losovacími lístky, a to z jakýchkoli důvodů, nelze označit za transparentní.
33. Úřad odkazuje taktéž na svá dřívější rozhodnutí týkající se losování, zejména na čj. ÚOHS-S169/2007-16992/2007/540-AS ze dne 26.9.2007, potvrzené druhostupňovým rozhodnutím čj. ÚOHS- R191/2007/02-04304/2008/310-Hr ze dne 26.2.2008 a rozsudkem soudu čj. 62 Ca 31/2008-114 ze dne 19.1.2010, čj. S395/2006-03528/2007/540-RP ze dne 18.4.2007 potvrzené druhostupňovým rozhodnutím č. j. R102/2007/02-06798/2007/310-Hr ze dne 28.8.2007 a rozsudkem soudu čj. 62 Ca 47/2007-188 ze dne 26.1.2010 nebo čj. ÚOHS-S155/2006/VZ-11808/2006/540-DM ze dne 28.6.2006 a čj. ÚOHS-S50/2007-07609/2007/530-Kr ze dne 16.4.2007.
34. Losování mělo v šetřené veřejné zakázce pro zájemce rozhodný význam z hlediska pokračování v účasti v zadávacím řízení, a proto nelze zohlednit skutečnost, že sám vybraný uchazeč měl při losování číslo odlišné, než bylo číslo odlišených losovacích lístků. Vzhledem k tomu, že existuje pochybnost o tom, že vylosované lístky, jež byly odlišeny způsobem popsaným v bodě 30 tohoto rozhodnutí, byly vylosovány právě na základě jejich odlišení (rozdílné přeložení), mohlo dojít k diskriminaci zbylých zájemců či k porušení dalších základních zásad zadávacího řízení dle ust. § 6 zákona. Postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, neboť nedodržení zásady transparentnosti se týká klíčové fáze užšího řízení, v níž jsou z kvalifikovaných uchazečů vybíráni ti, kteří budou vyzváni k podání nabídky.

35. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 61 odst. 4 zákona tím, že nesplnil povinnost stanovenou v ust. § 61 odst. 4, věty druhé zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když omezení počtu zájemců losováním neprovedl v souladu se zásadami uvedenými v § 6, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Nelze totiž vyloučit pochybnosti o korektním průběhu losování ani to, že by v případě dodržení zákona byl k podání nabídky vyzván i jiný uchazeč, který by předložil výhodnější podmínky. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

Uložení nápravného opatření

36. Dle ust. § 118 zákona uloží Úřad nápravné opatření tím, že zruší zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, jinak řízení zastaví.
37. Úřad v průběhu správního řízení zjistil, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 61 odst. 4 zákona, když omezení počtu zájemců losováním neprovedl v souladu se zásadami uvedenými v § 6, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Nelze totiž vyloučit skutečnost, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a dodržel zásady zadávacího řízení, mohlo být výsledné pořadí nabídek jiné.
38. Úřad dále uvádí, že při rozhodování podle § 118 zákona ve znění pozdějších předpisů je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil již ve stádiu omezování počtu zájemců náhodným výběrem losem, a s ohledem na to, že všechny následující úkony v zadávacím řízení po omezení počtu zájemců přímo navazují na konkrétní výběr dodavatelů, kteří se mohli účastnit dalšího průběhu zadávacího řízení, není možno nápravy dosáhnout jinak než zrušením úkonu, kterým zadavatel omezoval počet zájemců v zadávacím řízení, tj. losování, a všechny následující úkony. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

Náklady řízení

39. Podle ust. § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle ust. § 118 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, stanoví v ust. § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle ust. § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
40. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím došlo ke zrušení jednotlivých úkonů zadavatele, které mohly mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.

41. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 1801050001.

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. 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

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

1. Ministerstvo obrany – Úřad akvizic nemovité infrastruktury, Teplého 1899, 530 02 Pardubice
2. Skanska a.s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4-Chodov
3. STRABAG, a.s., Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5

Vypraveno dne:

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