



UOHSX003OQKT

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R94/2011/VZ-11490/2011/310/EKu

V Brně dne: 21. července 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 29. 4. 2011 podaném navrhovatelem –

- společností **SKANSKA a. s.**, IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha, za niž jedná Ing. Dan Ťok, předseda představenstva, a Ing. Patrik Choleva, místopředseda představenstva,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S382/2010/VZ-3933/2011/520/EMa ze dne 14. 4. 2011, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **města Vejprty**, IČ 00262170, se sídlem Tylova 870/6, 431 91 Vejprty, zastoupeného Jitkou Gavdunovou, starostkou, učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Bezbariérové centrum města Vejprty – I. etapa**“, zadávané v užším řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 16. 7. 2010 pod ev. č. 60047271, a ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. d) a písm. g) téhož zákona při zadávání téže veřejné zakázky, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **STRABAG a. s.**, IČ 60838744, OZ Praha, Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha, za niž jedná Ing. Jaroslav Katzer, předseda představenstva, a Ing. Josef Krátký, člen představenstva,

jsem podle ust. § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 152 odst. 4 téhož zákona, rozhodl takto:

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S382/2010/VZ-3933/2011/520/EMa ze dne 14. 4. 2011

r u š í m

a věc

v r a c í m

k novému projednání Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

II.

Rozklad podaný společností SKANSKA a. s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha, podle § podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, s přihlédnutím k § 92 odst. 1 a § 152 odst. 4 téhož zákona, jako nepřipustný

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – město Vejprty, IČ 00262170, Tylova 870/6, 431 91 Vejprty, zastoupené Jitkou Gavdunovou, starostkou (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 16. 7. 2010 pod ev. č. 60047271 oznámení užšího řízení podle § 28 zákona, a to za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Bezbariérové centrum města Vejprty – I. etapa“. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Dne 30. 9. 2010 obdržel Úřad návrh společnosti SKANSKA a. s., IČ 26271303, Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, za níž jedná Ing. Dan Ťok, předseda představenstva, a Ing. Patrik Choleva, místopředseda představenstva (dále jen „navrhovatel“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť zadavatel nevyhověl námitkám proti jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení. V podaném návrhu navrhovatel

upozorňoval na skutečnost, že zadavatel pověřil výkonem zadavatelských činností společnost ROPRO a. s., IČ 27888941, Masarykova 1688/49, 400 01 Ústí nad Labem, za níž jedná Mgr. Michal Petřík, předseda představenstva (dále jen „ROPRO a. s.“), přičemž úkony za tuto společnost prováděla v zastoupení Mgr. Petra Bezděková, ačkoliv není za tuto společnost oprávněna jednat. K samotnému průběhu losování navrhovatel namítal, že zadavatel porušil zásadu transparentnosti zadávacího procesu, neboť neumožnil zástupci navrhovatele prohlédnutí jednotlivých kartiček použitých k losování a ani notářkou tato kontrola provedena nebyla. Vznosl podezření, že kartičky byly průhledné. Vyloučení navrhovatele dále nebylo navrhovateli oznámeno bezodkladně. Konečně zadavatel neuvedl v protokolu o postupu při omezení počtu zájemců „způsob a výsledek omezení počtu zájemců“ a uvedl pouze výsledky losování s odkazem na notářský zápis, který však nebyl součástí protokolu o omezení počtu zájemců o účast. Z uvedených důvodů se navrhovatel domáhal zrušení rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení z další účasti v zadávacím řízení. Na podkladě uvedeného návrhu zahájil Úřad správní řízení, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče – společnost STRABAG a. s., IČ 60838744, OZ Praha, Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, za níž jedná Ing. Jaroslav Katzer, předseda představenstva, a Ing. Josef Krátký, člen představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“).

3. Zadavatel se k zahájenému správnímu řízení vyjádřil v tom smyslu, že na námítky navrhovatele je nutné nahlížet jako na námítky opožděné. Navrhovatel se o domnělém porušení zákona při omezení počtu zájemců losováním dozvěděl již při vlastním úkonu losování, jehož se účastnil, a nikoliv až doručením rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení. Úřad by měl návrh navrhovatele zamítnout podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona, neboť návrh nebyl doručen ve stejnopisu zadavateli ve lhůtě 10 dnů ode dne, v němž navrhovatel obdržel rozhodnutí o nevyhovění námítkám, i když se v předmětném případě nejednalo o „rozhodnutí zadavatele o zamítnutí námítky“, ale o „nerozhodnutí o podané námítce“. K jednání Mgr. Petry Bezděkové zadavatel uvedl, že se uskutečňovalo na základě pracovního zařazení a pracovního pověření k administraci předmětného zadávacího řízení a vždy pod hlavičkou společnosti ROPRO a. s. K namítanému neumožnění kontroly losovacích prostředků zadavatel s odkazem na dřívější rozhodovací praxi Úřadu uvedl, že ve vlastním neumožnění kontroly losovacích prostředků nelze automaticky spatřovat porušení zásady transparentnosti. Diskuzi o prosvítání čísel na losovacích kartičkách nikdo nevedl a ani notářský zápis č.NZ 179/2010 ji nezmiňuje. K namítanému nedoručení rozhodnutí o vyloučení z další účasti v zadávacím řízení bezodkladně zadavatel uvedl, že bezodkladně písemně oznámil své rozhodnutí, a to v závislosti na schvalovacím procesu a transferu dokumentů mezi zadavatelem a pověřeným subjektem, tj. společností ROPRO a. s.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 14. 4. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S382/2010/VZ-3933/2011/520/EMa (dále jen „napadené rozhodnutí“), jehož prvním výrokem rozhodl, že se návrh navrhovatele v části směřující proti neplatnosti právního úkonu podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona zamítá neboť navrhovatel není oprávněnou osobou pro podání návrhu, druhým výrokem rozhodl, že se návrh v části týkající se vyloučení jmenovaného navrhovatele na základě omezení počtu

zájemců losem podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona, třetím výrokem rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že postupoval při vyřizování námitek navrhovatele v rozporu s § 111 citovaného zákona, a čtvrtým výrokem rozhodl, že se zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. d) zákona, tím, že uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku v rozporu s § 111 odst. 5 zákona, za což mu pátým výrokem uložil pokutu ve výši 60 000 Kč, splatnou do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

5. Orgán dohledu se v odůvodnění napadeného rozhodnutí nejprve zabýval legitimací navrhovatele k podání návrhu v části námitek týkajících se vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení. S odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2009, č. j. 5 Afs 75/2009, Úřad konstatoval, že v případě lhůty podle § 110 odst. 2 zákona se jedná o lhůtu subjektivní, přičemž počátek běhu takové lhůty nemůže být dán pouhým vědomím uchazeče, resp. jeho zaměstnance, o porušení zákona. Nelze odvozovat počátek běhu této lhůty od přítomnosti zaměstnance navrhovatele při úkonu zadavatele, resp. losování, jelikož nelze objektivně prokázat, že se navrhovatel prostřednictvím svého zaměstnance skutečně dozvěděl o domnělém porušení zákona v den losování. Nelze přistoupit na argumentaci zadavatele, že přítomnost zástupce zájemce na losování a obsahová náplň námitek směřující proti úkonu losování a priori svědčí o skutečnosti, že se stěžovatel o domnělém porušení zákona dozvěděl v den losování, a že je tedy nutné za počátek běhu subjektivní lhůty považovat den, kdy se losování uskutečnilo. V předmětném případě navrhovatel nazval námitky jako „Námitky proti úkonu zadavatele „omezení počtu zájemců v užším řízení“, přičemž dále uvedl, že obdržel oznámení o vyloučení podle § 61 odst. 6 zákona a proti rozhodnutí o vyloučení podává námitky. Oznámení o rozhodnutí o vyloučení obdržel navrhovatel dne 26. 8. 2010, přičemž v tomto oznámení ho zadavatel informoval o možnosti podat proti rozhodnutí o vyloučení námitky podle § 110 odst. 4 zákona. Patnáctidenní lhůta pro podání námitek tak uplynula 10. 9. 2010. Zadavatel obdržel námitky dne 8. 9. 2010. Úřad vzhledem k výše uvedenému dospěl k závěru, že námitky navrhovatele byly podány včas, tedy do 15 dnů ode dne oznámení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení. Zadavatel tedy námitky nevyřídil podle § 111 odst. 1 zákona a nepřezkoumal je v plném rozsahu, a proto běžela lhůta pro podání návrhu podle § 114 odst. 5 zákona a návrh byl doručen Úřadu (30. 9. 2010) i zadavateli (1. 10. 2010) v zákonem stanovené lhůtě.
6. K části námitek týkající se neplatnosti právního úkonu Úřad uvedl, že o skutečnosti, že některé úkony zadavatele jsou prováděny společností ROPRO a. s. v zastoupení Mgr. Petrou Bezděkovou navrhovatel věděl již při doručení „pozvání na losování pro omezení počtu zájemců“ dne 2. 8. 2010. Tuto skutečnost ani ve svém návrhu navrhovatel nerozporoval, a dokonce potvrdil, že dokument zasláný Mgr. Petrou Bezděkovou obdržel. Neplatný právní úkon „pozvání na losování pro omezení počtu zájemců“ tak mohl navrhovatel namítat v patnáctidenní lhůtě, která začala běžet ode dne 2. 8. 2010, kterým se dozvěděl o termínu losování. Patnáctidenní lhůta pro podání námitek proti neplatnému právnímu úkonu „pozvání na losování pro omezení počtu zájemců“ tak skončila dne 17. 8. 2010. Tento termín vychází z ustanovení § 110 odst. 2 zákona, podle kterého musí stěžovatel doručit námitky

zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepodal námitky proti úkonu zadavatele v zákonem stanovené lhůtě (námitky byly odeslány dne 7. 9. 2010 a doručeny zadavateli dne 8. 9. 2010), nesplnil podmínku uvedenou v § 110 odst. 2 zákona, že námitky proti úkonu zadavatele musí stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví. Na opožděně podané námitky nelze nahlížet jako na řádně podané ve smyslu ustanovení § 110 odst. 7 zákona. Řádné podání námitek je přitom podmínkou pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci. Navrhovatel proto nesplnil zákonnou podmínku, aby se stal osobou oprávněnou pro podání návrhu, kterou v daném případě bylo mimo jiné podání předchozích řádných námitek, jak stanoví ustanovení § 110 odst. 7 zákona.

7. Další část odůvodnění napadeného rozhodnutí se věnuje vyloučení navrhovatele na základě jím namítaného netransparentního losování. S odkazem na § 61 odst. 1, 4, 6 a 7 zákona Úřad uvedl, že zákon v ustanovení upravujících losování neukládá zadavateli povinnost, resp. zákaz uvést před samotným losováním čísla zájemců. I kdyby tedy byla čísla zájemců před losováním přečtena, což z notářského zápisu jednoznačně nevyplývá, k losování se přistoupilo, jak osvědčuje notářský zápis, až po promíchání kartiček. Kartičky tak byly na stůl kladeny promíchané a ne v pořadí, v jakém byly očíslované. Nelze proto z přečtení čísel zájemců dovozovat, že losující osoba mohla pouze na základě této skutečnosti ovlivnit losovaná čísla. K namítanému neumožnění zkontrolovat losovací kartičky zástupci zájemců s odkazem na zákon účinný od 1. 9. 2010, Úřad uvedl, že nelze po zadavateli požadovat, aby se při svém postupu řídil zákonnou úpravou, která není v době prováděných úkonů, resp. v době zahájení zadávacího řízení, účinná. Připomínku, že losovací kartičky prosvítaly, a že pokud losující zástupcům zájemců půjčí kartičky, tak vylosují číslo 13, nelze považovat podle Úřadu za jinou než spekulativní. K námitce, že zadavatel neoznámil navrhovateli bezodkladně jeho vyloučení, Úřad zrekapituloval, že losování proběhlo dne 16. 8. 2010. Následně rada města schválila na svém mimořádném jednání dne 18. 8. 2010 usnesením č. 409/10 „odeslání oznámení o vyloučení zájemců z důvodu omezení počtu zájemců losem“ a uložila starostce města rozhodnutí v tomto znění podepsat. Jak vyplývá z emailové korespondence zadavatele, zástupce společnosti ROPRO a. s. si dne 19. 8. 2010 převzal výše uvedené usnesení rady města a dopisem ze dne 20. 8. 2010, který podal k poštovní přepravě dne 23. 8. 2010, a který navrhovatel obdržel dne 26. 8. 2010, oznámil navrhovateli vyloučení z další účasti v zadávacím řízení. Pojem bezodkladně není zákonem blíže specifikován, ale nelze z něj dovozovat, že znamená „ihned“. Vyjadřuje takovou časovou lhůtu, která je nezbytná pro provedení všech úkonů vyplývajících z organizační struktury zadavatele, popřípadě jiných právních předpisů. Znamená to, že zadavatel nesmí bez objektivních důvodů oddalovat rozhodnutí o vyloučení uchazečů z další účasti v zadávacím řízení. Je-li tedy vyloučení dodavatele schvalované radou města a samotný úkon vyloučení je prováděn na základě oprávnění k administraci zadávacího řízení prostřednictvím jiného subjektu, pak je lhůta od vyřazení nabídky, resp. vyloučení uchazeče radou města do předání potřebných podkladů subjektu oprávněnému k administraci zadávacího řízení, de facto nezbytná a pojem „bezodkladně“ ji podle Úřadu zahrnuje. Úřad neshledal, vzhledem k výše uvedenému, v postupu zadavatele při oznámení o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení porušení § 61 odst. 6 zákona. V této části odůvodnění se Úřad vyjádřil také k namítanému

porušení § 61 odst. 7 zákona tím, že zadavatel údajně neuvedl v „protokolu o omezení počtu – losování“ způsob a výsledek omezení počtu zájemců, a tento způsob a výsledek obsahuje pouze notářský zápis. Jak Úřad zjistil, notářský zápis je součástí dokumentace o veřejné zakázce, přičemž z textace návrhu vyplývá, že navrhovatel do notářského zápisu nahlížel, když na něj v návrhu odkazuje (viz bod 18 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Ačkoliv není v protokolu uveden podrobný popis procesu losování, nelze ve vztahu k náležitostem „protokolu o omezení počtu – losování“ a vzhledem k tomu, že navrhovatel odkazuje na notářský zápis v návrhu, konstatovat, že by neuvedení podrobného popisu procesu losování tak, jak je zachycen v notářském zápise č. NZ 179/2010, mělo za následek netransparentnost losování, a tedy vyloučení navrhovatele na jeho základě nebo, že by tato skutečnost mohla podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. V daném případě nebylo žádné pochybení ze získaných podkladů zjištěno a nebyly taktéž získány žádné pochybnosti o možné manipulaci s kartičkami nebo pochybnosti o neprůhlednosti kartiček. U těchto zjištění Úřad vycházel především z vyhotoveného notářského zápisu, z něhož nevyplývá jakékoliv nezákonné jednání v postupu zadavatele, které by mělo na průběh losování (resp. výběr nejvhodnější nabídky) vliv. Notářský zápis a přítomnost notáře sice nezaručuje automaticky transparentní průběh losování, neboť v notářském zápise je pouze zaznamenán samotný průběh losování, na druhou stranu je však povinností notáře vyhotovit tento zápis tak, aby v něm byly zachyceny veškeré rozhodné skutečnosti a aby tento zápis mohl být podkladem pro další jednání a případný přezkum osvědčovaných skutkových dějů. V daném případě ze zachyceného průběhu losování nebylo shledáno, že by provedení losování nenaplnovalo zákonné požadavky z hlediska transparentnosti. Úřad závěrem této části odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že zákon umožňuje zadavatelům při výkonu práv a povinností podle zákona souvisejících se zadávacím řízením nechat se zastoupit jinou osobou (§ 151 odst. 1 zákona), přičemž dále neukládá zadavateli zajistit, aby tato osoba neměla akcie na majitele.

8. S odkazem na § 110 odst. 1, 2, 4 a 7 a § 111 odst. 1 zákona však Úřad dospěl k závěru o spáchání správního deliktu zadavatelem, neboť navrhovatel podal námitky v zákonem stanovené lhůtě podle § 110 odst. 4 zákona, avšak zadavatel je odmítl jako opožděné. Oznámení o rozhodnutí o vyloučení obdržel navrhovatel dne 26. 8. 2010 a patnáctidenní lhůta pro podání námitek tak uplynula 10. 9. 2010. Námitky ze dne 7. 9. 2010 obdržel zadavatel dne 8. 9. 2010. Zadavatel o podaných námitkách dopisem ze dne 16. 9. 2010 nerozhodl pro jejich opožděnost, přičemž navrhovatel obdržel oznámení o nerozhodnutí o námitkách dne 20. 9. 2010. Proto Úřad nemohl postupovat jinak, než konstatovat, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
9. Nadto Úřad shledal, že zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem v rozporu s § 111 odst. 5 zákona. Jak vyplývá z dotčené části odůvodnění napadeného rozhodnutí, podle § 111 odst. 5 zákona, nesmí zadavatel, pokud podaným námitkám nevyhoví a návrh je podán včas, uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem ve lhůtě 45 dnů ode dne obdržení námitek. V šetřeném případě zadavatel odmítl námitky jako opožděné, resp. námitky nevyřídil, tedy nerozhodl o nich podle § 111 odst. 1, přičemž návrh byl podán k Úřadu i ve stejnopisu zadavateli včas, zadavatel tak nebyl oprávněn uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem ve 45

denní lhůtě ode dne doručení námitek. Zadavatel však dne 1. 10. 2010 s vybraným uchazečem smlouvu na realizaci veřejné zakázky uzavřel a naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu definovaného v § 120 odst. 1 písm. d) zákona.

10. K uložené sankci Úřad s odkazem na § 120 odst. 1 písm. g), § 120 odst. 2 písm. b), § 121 odst. 2 a 3 zákona uvedl, že vadné vyřízení námitek zadavatelem může ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť v případě věcného rozhodnutí o námitkách může být následný postup zadavatele i stěžovatele odlišný. V konkrétním šetřeném případě však Úřad, jak vyplývá z části VI. odůvodnění tohoto rozhodnutí, neshledal v postupu zadavatele při vyloučení navrhovatele na základě losování pochybení, které by mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a proto navrhovatele zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona. Stejně tak je s ohledem na závažnost správního deliktu nutné zohlednit, že k uzavření smlouvy v rozporu se zákonem došlo de facto následkem nesprávného vyřízení námitek, jejichž vadné vyřízení v tomto konkrétním případě nemělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Zároveň je ale nutné přihlídnout ke skutečnosti, že k uzavření smlouvy došlo v rozporu se zákonem, a proto vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad kromě ekonomické situace zadavatele též z premisy, že pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona má obecně plnit dvě základní funkce, a to funkci represivní. Po zvážení všech okolností šetřeného případu a uvážení všech argumentů, Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil její výši stanovenou na 60 000 Kč vzhledem k souvislostem případu a ve vztahu k výše uvedenému, a to zejména s ohledem na okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán jako dostačující, přičemž akcentoval ve vztahu k zadavateli právě preventivní účinek uložené sankce (horní hranice možné pokuty činila 553 199,- Kč).

III. Námitky rozkladu

11. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad rozklad navrhovatele. Navrhovatel v podaném rozkladu napadá výrok I. rozhodnutí a opětovně vznáší námitku neplatnosti právního úkonu učiněného Mgr. Petrou Bezděkovou. Uvádí, že každý uchazeč se soustředí spíše na obsahovou stránku listiny (např. pozvánka), než na její stránku formální. Navrhovatel nabyl pochybnosti o legitimaci Mgr. Petry Bezděkové až při formulování své obrany v předmětné věci a ihned tuto skutečnost také uplatnil. Navrhovatel dále napadá skutečnost, že Úřad ve svém rozhodnutí neposuzoval věc podle skutkového stavu a nevzal v úvahu, že zadavatel angažoval profesionální společnost pro výkon činnosti zadavatele v zadávacím řízení. Tato společnost musí vědět, kdo a jak za ni jedná. Z tohoto pohledu má pak navrhovatel za to, že podal námitky proti neplatnosti právního úkonu v zákonem stanovené lhůtě.
12. Navrhovatel dále napadá výrok II. rozhodnutí a uvádí, že losování nelze považovat za transparentní, pokud vytváří prostor pro spekulace. Navrhovatel je toho názoru, že zákon nezakazuje, aby v daném případě losující na jakékoliv kartičce předvedl, že neprosvítá. Opačný, tedy realizovaný způsob, devalvuje celé zadávací řízení a koliduje s účelem zákona.

13. K uložení sankce (výrok IV.) navrhovatel uvádí, že všechny činnosti zadavatele vykonávala společnost ROPRO a. s. a lze tedy dovodit, že správní delikty, kterých se zadavatel dopustil, mohly být prováděny podle jejích pokynů. Při ukládání sankce nelze brát v úvahu ekonomickou situaci zadavatele jako polehčující okolnost, nýbrž je třeba zohlednit, zda zadavatel skutečně podle pokynů společností ROPRO a. s. postupoval. V takovém případě existuje prostor pro uplatnění Úřadem citované funkce preventivní, působící tak, že by obdobné právní osoby vedly zadavatele k dodržování zákona, nikoliv k jeho obcházení. Navrhovatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu zadavateli uložil zákaz plnění smlouvy uzavřené v rozporu se zákonem a sazbu pokuty dle § 120 odst. 3 zákona.

IV. Řízení o rozkladu

14. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S382/2010/VZ-6883/2011/520/EMa ze dne 2. 5. 2011 ostatním účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. K podanému rozkladu se vyjádřil pouze zadavatel, který k problematice neplatnosti právního úkonu uvedl, že právně erudované osoby by měly interpretovat každý předložený dokument či právní úkon jak z pohledu obsahového, tak z pohledu formálního, a tedy k dokumentu či právnímu úkonu přistupovat komplexně již od prvního seznámení s dokumentem či právním úkonem. Zadavatel vyjadřuje souhlas se závěry Úřadu, které se týkají neplatnosti právního úkonu i vyloučení navrhovatele na základě omezení počtu zájemců losem, a dokonce nerozporuje ani výši uložené sankce.
15. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
16. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
17. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S382/2010/VZ-3933/2011/520/EMa ze dne 14. 4. 2011, jehož prvním výrokem rozhodl, že se návrh navrhovatele v části směřující proti neplatnosti právního úkonu podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona zamítá neboť navrhovatel není oprávněnou osobou pro podání návrhu, druhým výrokem rozhodl, že se návrh v části týkající se vyloučení jmenovaného navrhovatele na základě omezení počtu zájemců losem podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona, třetím výrokem rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že postupoval při vyřizování námitek navrhovatele v rozporu s § 111 citovaného zákona, a čtvrtým výrokem rozhodl, že se zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. d) zákona, tím, že uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku v rozporu s § 111 odst. 5 zákona, za což mu pátým výrokem uložil pokutu ve výši 60 000 Kč, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. Z uvedeného důvodu jsem přistoupil ke zrušení

napadeného rozhodnutí a k jeho vrácení orgánu dohledu k novému projednání; to vše nad rámec podaného rozkladu, který jsem shledal jako podaný neoprávněnou osobou. V odůvodnění tohoto rozhodnutí současně vyslovuji právní názor, jímž je Úřad při novém projednání věci vázán.

V. K námitkám rozkladu

18. Jak vyplývá z předloženého správního spisu, v průběhu správního řízení předložil navrhovatel dvě „pověření“, z nichž mělo pro konkrétní osoby vyplývat zmocnění jednat za navrhovatele. V prvním případě bylo předloženo „pověření“ ze dne 25. 5. 2010 pro JUDr. Libora Piknu, zaměstnance navrhovatele, aby „(...) jej zastupoval v zadávacích řízeních podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách a činil veškeré právní úkony s tímto zastupováním spojené, zejména úkony spojené s omezením počtu zájemců (losování).“. Ve druhém případě bylo předloženo „pověření“ ze dne 26. 1. 2010 pro Mgr. Ondřeje Navrkala, taktéž zaměstnance navrhovatele, aby za navrhovatele „(...) jednal v řízeních před soudy, exekutory, notáři, státními zastupitelstvími, policejními orgány, živnostenskými úřady, katastrálními úřady jakož i dalšími orgány státní správy a územní samosprávy a činil v těchto řízeních veškeré úkony, zejména pak přijímal doručované písemnosti, podával návrhy a žádosti, jednal s protistranami a ostatními ve věcech zúčastněnými osobami a úřady, nahlížel do spisů, podával opravné prostředky nebo námitky a činil další potřebné úkony potřebné k uplatnění nebo bránění práva společnosti SKANSKA, a. s.“. Z uvedených „pověření“ vyplývá, že ve správním řízení je za navrhovatele oprávněn jednat pouze Mgr. Ondřej Navrkal, neboť pouze on byl navrhovatelem zmocněn mj. k jednání s dalšími orgány státní správy a k činění veškerých úkonů v řízení před nimi. Z pověření pro JUDr. Libora Piknu je naopak patrné, že je zmocněn pouze k zastupování při úkonech činěných v zadávacích řízeních. Jak vyplývá z ustanovení § 17 odst. 1 písm. m) zákona, zadáváním se rozumí závazný postup zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení. Uvedené „pověření“ ze dne 25. 5. 2010 pro JUDr. Libora Piknu tedy nepokrývá úkony spojené s podáním návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a jednání za navrhovatele ve správním řízení.
19. Z uvedeného důvodu dospívám k závěru, že návrh nebyl podán osobou oprávněnou jednat za navrhovatele, a proto neměl být podroben přezkoumání ze strany orgánu dohledu. Tato vada řízení se v první řadě bezprostředně dotýká výroku II. napadeného rozhodnutí, kterým Úřad konstatoval, že v části návrhu týkající se vyloučení navrhovatele na základě omezení počtu zájemců losem se správní řízení podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zastavuje, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona. Co se týče výroku I. napadeného rozhodnutí, ten sice odkazuje na § 118 odst. 4 písm. c) zákona, tedy na zastavení správního řízení z důvodu, že návrh nebyl podán oprávněnou osobou, což by zjištěnému a výše popsanému skutkovému stavu odpovídalo, avšak vzhledem k tomu, že v úvodní části obsahuje výrok I. formulaci „(...) v části směřující proti neplatnosti právního úkonu (...)“, bylo třeba jej také zrušit. Byl-li totiž návrh podepsán JUDr. Liborem Piknou, na základě pověření ze dne 25. 5. 2010, pak byl v celém svém rozsahu podán

neoprávněnou osobou, a nikoli jen v jeho části, jak konstatoval výrok I. napadeného rozhodnutí.

20. Stejnou vadou je zatíženo také řízení o rozkladu, neboť rozklad za navrhovatele podal a podepsal opět JUDr. Libor Pikna, k čemuž, vycházím-li z předloženého „pověření“ ze dne 25. 5. 2010, postrádá potřebné zmocnění. Z uvedeného důvodu mi nezbývalo než rozklad výrokem II. tohoto rozhodnutí zamítnout jako nepřípustný ve smyslu § 92 správního řádu, v návaznosti na § 152 odst. 4 a odst. 5 písm. b) správního řádu. Pro úplnost dodávám, že napadené rozhodnutí bylo z hlediska jeho zákonnosti přezkoumáno nad rámec nepřípustného rozkladu, a to podle § 89 odst. 2 správního řádu (k omezení revizního principu správním řádem z roku 2004, který činí rozdíl mezi zákonností a věcnou správností napadeného rozhodnutí, viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 1. 2011, č. j. 9 As 68/2010 – 70).
21. Dalším důvodem, pro nějž jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání orgánem dohledu, je vada výroku III. napadeného rozhodnutí, který postrádá popis skutku takovým způsobem, který by jej odlišoval od skutku jiného. Orgán dohledu se ve zmiňovaném výroku III. omezil na pouhé konstatování, že „Zadavatel (...) postupoval při vyřizování námitek uchazeče SKANSKA, a. s. (...) v rozporu s § 111 (...) zákona.“ Popis skutku však musí obsahovat znaky, které skutek dostatečně konkretizují (přesné označení osoby obviněného, místo a čas, kdy se skutek stal, způsob jeho provedení charakterizující jednání pachatele a jeho zavinění, následek, osoby, vůči nimž skutek směřoval, a případné další okolnosti, jichž je třeba k tomu, aby nemohl být zaměněn s jiným). Identifikace skutku slouží k vědomosti pachatele o tom, čeho se měl dopustit a za jaké jednání je sankcionován, což je základním předpokladem efektivního výkonu jeho práva na obhajobu. Je to právě výroková část rozhodnutí, která je schopna zasáhnout práva a povinnosti účastníků řízení a jako taková pouze ona může nabýt právní moci. Řádně formulovaný výrok a v něm na prvním místě konkrétní popis skutku, je nezastupitelnou částí rozhodnutí; pouze z něj lze zjistit, zda a jaká povinnost byla porušena a jaká opatření či sankce byly uloženy, pouze porovnáním výroku lze usuzovat na existenci překážky věci rozhodnuté, apod. V tomto smyslu se vyjádřil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 15. 1. 2008, č.j. 2 As 34/2006 – 73. Ve světle tohoto rozsudku mám zato, že se jedná o vadu napadeného rozhodnutí, která má za následek jeho nezákonnost, pro niž by toto rozhodnutí v případném soudním přezkumu neobstálo, a proto bylo třeba tento výrok taktéž zrušit. Vada výroku III. o vině zadavatele má současně dopad i na výrok V. o trestu za spáchaný správní delikt, s nímž je logicky provázaný, a proto i pátý výrok napadeného rozhodnutí musel být zrušen.
22. V průběhu správního řízení o rozkladu vzal navrhovatel svůj návrh zpět, a to podáním ze dne 16. 5. 2011, podepsaným Mgr. Ondřejem Navrkalem. Vzhledem k tomu, že by i po zastavení řízení o žádosti (zde návrhu) poté, co byla tato žádost vzata zpět, mohly existovat důvody pro přezkoumání postupu zadavatele v řízení vedeném *ex officio*, ponechal jsem na orgánu dohledu, aby sám zvážil další postup po vrácení věci k novému rozhodnutí, včetně případného ověření, zda bylo zpětvzetí učiněno osobou k tomu pověřenou.

VI. Závěr

23. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí bylo zatíženo vadami majícími vliv na jeho zákonnost, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro jeho zrušení a pro vrácení věci k novému rozhodnutí orgánu dohledu.
24. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Město Vejprty, Tylova 870/6, 431 91 Vejprty
2. SKANSKA a. s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha
3. STRABAG a. s., OZ Praha, Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha

Vypraveno dne:

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