



UOHSX003SIZU

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S272/2011/VZ-15008/2012/520/NGI

V Brně dne: 9. března 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 11.7.2011 na návrh ze dne 7.7.2011, doplněný dopisem ze dne 15.7.2011 a dne 25.7.2011, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Jihočeský kraj, IČ 70890650, se sídlem U Zimního stadionu 1952/2, 370 76 České Budějovice, zastoupený Mgr. Jiřím Zimolou, hejtmanem,
- navrhovatel – Skanska a. s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, za niž jedná Ing. Dan Ťok, předseda představenstva, a Ing. Leoš Vrzalík, člen představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě pověření Mgr. Miroslavem Cákem a JUDr. Janem Leščinským, Ph.D., zaměstnanci,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vymezené obsahem návrhu v podlimitní veřejné zakázce „Zlepšení přístupových komunikací v rámci Evropské územní spolupráce ČR – Rakousko 2007 – 2013“, zadávané v užším řízení, jejíž oznámení bylo v informačním systému veřejných zakázek zveřejněno dne 6.5.2011 pod ev. č. 60059797,

rozhodl takto:

I.

Návrh navrhovatele – SKANSKA a. s., IČ 26271303, Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – směřující proti netransparentnosti losovacího zařízení a losování **se** podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť navrhovatel – SKANSKA a. s., IČ 26271303, Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – není oprávněnou osobou pro podání návrhu, protože nepodal zadavateli v této části návrhu námítky podle § 110 odst. 7 citovaného zákona o veřejných zakázkách.

II.

Návrh navrhovatele – Skanska a. s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – v části směřující proti zadávací podmínce omezení počtu zájemců losováním na pět, **se** podle § 118 odst. 4 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 citovaného zákona o veřejných zakázkách.

ODŮVODNĚNÍ

Průběh zadávacího řízení

1. Jihočeský kraj, IČ 70890650, se sídlem U Zimního stadionu 1952/2, 370 76 České Budějovice, zastoupený Mgr. Jiřím Zimolou, hejtnanem (dále jen "zadavatel"), uveřejnil v informačním systému veřejných zakázek dne 6.5.2011 pod ev. č. 60059797 oznámení o podlimitní zakázce „Zlepšení přístupových komunikací v rámci Evropské územní spolupráce ČR – Rakousko 2007 – 2013“, zadávané v užším řízení.
2. Podle bodu II.1.5) oznámení o zakázce je předmětem veřejné zakázky „zlepšení technického stavu komunikací, a tím zlepšení přístupu k hraničním přechodům a rovněž zvýšení dopravní bezpečnosti v této příhraniční oblasti.“ Výše zmiňovaného cíle bude dosaženo provedením nového krytu vozovky a nového vodorovného dopravního značení.
3. V bodě II.2.1.) oznámení o zakázce je stanovena předpokládaná hodnota veřejné zakázky ve výši 31 800 000,- Kč bez DPH.
4. Zadavatel v bodě IV.1.2) oznámení o zakázce stanovil počet zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek, na pět.
5. Podle bodu IV.3.4) oznámení o zakázce zadavatel stanovil lhůtu pro přijetí žádostí o účast do 19.5.2011, do 9 hodin.
6. Ve lhůtě pro přijetí žádosti o účast žádost podalo 8 zájemců, přičemž všichni tito zájemci prokázali splnění zadavatelem požadované kvalifikace. Jedním ze zájemců byla i společnost Skanska a. s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, za niž jedná Ing. Dan Ťok, předseda představenstva, a Ing. Leoš Vrzalík, člen představenstva, ve správním řízení zastoupena na základě pověření Mgr. Miroslavem Cákem a JUDr. Janem Leščinským, Ph.D., zaměstnanci (dále jen "navrhovatel"). Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval stanovení zadávací podmínky „omezení počtu zájemců losováním na pět“ za postup transparentní a učiněný v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 14.6.2011 námítky, které zadavatel obdržel dne 21.6.2011.
7. Podle notářského zápisu sepsaného notářkou JUDr. Libuší Žateckou dne 24.6.2011, pod č. NZ 89/2011 a N 92/2011 (dále jen „notářský zápis“) byl losováním v souladu s bodem IV.1.2) oznámení o zakázce omezen počet zájemců na pět. Na základě losování zadavatel rozhodl o vyloučení zájemců, kteří nebyli vylosováni včetně navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení, přičemž všem těmto zájemcům zaslal oznámení o vyloučení ze dne 29.6.2011, které navrhovatel obdržel dne 1.7.2011.

8. Navrhovatel podal dopisem ze dne 14.6.2011 zadavateli námitky směřujícími proti omezení počtu zájemců losováním na pět, které zadavatel obdržel dne 21.6.2011. Zadavatel námitkám nevyhověl a rozhodl dne 30.6.2011 o jejich zamítnutí. Navrhovatel rozhodnutí zadavatele o námitkách obdržel dne 4.7.2011.
9. Navrhovatel nepovažoval postup zadavatele za souladný se zákonem, a proto podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "Úřad") dopisem ze dne 7.7.2011 návrh, který Úřad i zadavatel obdrželi dne 11.7.2011, přičemž tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, vedené pod sp. zn. ÚOHS-S272/2011/VZ.

I. Obsah návrhu ze dne 7.7.2011

10. V návrhu ze dne 7.7.2011 navrhovatel uvádí, že porušení zákona spatřuje v zadávací podmínce, kterou je omezení počtu zájemců losováním na pět. Navrhovatel se domnívá, že když žádost o účast podalo osm zájemců, je omezení jejich počtu na pět porušením zásady hospodářské soutěže, kterou považuje za nepřímou zásadu zadávacího řízení.
11. Navrhovatel spatřuje v postupu zvoleném zadavatelem v bodě IV.2) oznámení o zakázce (omezení počtu zájemců losování na pět), rozpor s evropským právem, a to s čl. 44 odst. 3 Směrnice č. 2004/18/ES, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „směrnice č. 2004/18/ES“), ve kterém je uvedeno: „V omezeném řízení je minimální počet pět. Ve vyjednávacím řízení se zveřejněním oznámení o zakázce a v soutěžním dialogu je minimální počet tři. V každém případě musí být počet vyzvaných zájemců dostatečný, aby zajistil skutečnou hospodářskou soutěž“. Navrhovatel interpretuje tento článek tak, že omezením uchazečů na pět, nebyla zajištěna efektivní hospodářská soutěž, protože v tomto případě pravděpodobnost nevylosování nejlevnější nabídky je vysoká zejména z důvodu velkých rozdílů cen ve stavebnictví. Navrhovatel uvádí, že zadavatel omezením uchazečů sám sebe ochuzuje o lepší cenové nabídky, což dokládá seznamem sledovaných zakázek a vítězných cen v otevřených a užších řízeních.
12. Navrhovatel se rovněž domnívá, že pro omezení počtu uchazečů v daném případě neexistuje objektivní důvod, tak jak podle něj stanoví Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/17/ES, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb, s odkazem na čl. 54 odst. 3, (dále jen "směrnice č. 2004/17/ES"), kde je uvedeno: „V omezených a vyjednávacích řízeních mohou být kritéria založena na objektivní potřebě zadavatele snížit počet zájemců na úroveň, která je odůvodněná potřebou vyvážení zvláštních znaků zadávacího řízení a prostředků potřebných pro jeho uskutečnění. Počet vybraných zájemců však musí zohledňovat nutnost zajištění přiměřené hospodářské soutěže“.
13. Navrhovatel zastává názor, že ze shora citovaných článků obou směrnic vyplývá, že v předmětné veřejné zakázce neexistuje žádný objektivní důvod, pro který by zadavatel měl a mohl omezovat počet účastníků.
14. Navrhovatel se domnívá, že právo omezit počet zájemců v zadávacím řízení není samoúčelné a tento institut má v kontextu evropské úpravy sloužit v případech, kdy by byl zadavatel nepřiměřeně zatížen kontrolou nabídek, přičemž navrhovatel v této souvislosti zpochybňuje

nutnost zadavatele použít omezení uchazečů z důvodu, že „objem prací není tak velký, aby kontrola nabídky byla časově a finančně náročná“.

15. V návrhu navrhovatel připomíná, že hlavní principy právní úpravy zadávání veřejných zakázek vycházejí z principu transparentnosti, zákazu diskriminace, rovného zacházení, vzájemného uznávání a proporcionality s tím, že cílem zákona je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky a zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.
16. Navrhovatel shledává stanovení omezení počtu zájemců losování na pět netransparentním a zároveň považuje rozhodnutí zadavatele o jeho námitkách ze dne 30.6.2011 za nedostatečně odůvodněné. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách pouze zastává názor, že neexistuje zákonná povinnost ve smyslu zajištění skutečné hospodářské soutěže nebo objektivního důvodu pro omezení počtu uchazečů.
17. O nutnosti objektivního důvodu pro omezení počtu nabídek nedávno podle navrhovatele konstatoval také slovenský Úrad pre verejné obstarávanie (dále jen „ÚVO“) č. j. 141-6000/2011-ON/36 ze dne 11. 5. 2011, který vycházel z interpretace směrnic 2004/18/ES a 2004/17/ES. Tyto směrnice stanovují, kromě zachování hospodářské soutěže, „podmínku existence objektivního důvodu pro zúžení počtu zájemců, čl. 54/3 směrnice č. 17: V omezených a vyjednávacích řízení mohou být kritéria založena na objektivní potřebě zadavatele snížit počet zájemců na úroveň, která je odůvodněná potřebou vyvážení zvláštních znaků zadávacího řízení a prostředků potřebných pro jeho uskutečnění. Počet vybraných zájemců však musí zohledňovat nutnost zajištění přiměřené hospodářské soutěže“. Podle navrhovatele nemá předmětná veřejná zakázka žádné zvláštní znaky, které by vedly k nepřiměřeným prostředkům potřebným pro uskutečnění plnění, navíc objem prací není tak velký, aby kontrola nabídky byla časově a finančně náročná. Právo omezení počtu nabídek tak není samoučelné.
18. Závěrem svého podání ze dne 7.7.2011 navrhovatel uvádí, že mu zadavatel způsobil újmu spočívající v nemožnosti podat nabídku a omezil jeho právo účastnit se transparentní a efektivní hospodářské soutěže. Dále navrhovatel újmu spatřuje v ušlém zisku a v nákladech právního zastoupení.
19. Ze shora uvedených důvodů navrhovatel Úřadu navrhuje nařízení předběžného opatření – pozastavit zadávací řízení a také navrhuje zrušit zadávací řízení.

II. Doplnění návrhu dopisem ze dne 15.7.2011

20. Navrhovatel dopisem ze dne 15.7.2011, který byl Úřadu doručen dne 19.7.2011, doplnil návrh ze dne 7.7.2011 o pochybnosti týkající se transparentnosti losovacího zařízení a uvádí v něm, že předmětné elektronické losovací zařízení typu CENT LOZ001 (dále jen „losovací zařízení“), které vlastní společnost VE-ZAK CZ, s.r.o., IČ 28600983, se sídlem Ke Stírce 491/33, 182 00 Praha 8, za niž jedná Otakar Čmelinský, jednatel (dále jen „vlastník losovacího zařízení“), a které funguje jako generátor náhodných čísel, je ve své podstatě, běžný notebookový procesor. Navrhovatel se domnívá, že v případě připojení externího vstupního zařízení by neměl být problém upravovat algoritmy nainstalovaného software.
21. K provedenému notářskému zápisu navrhovatel uvádí, že tento zápis prokazuje toliko skutkový děj a průběh losování, tedy záznam o ději, který vnímají všichni účastníci losování.

22. Ve zprávě č. 100680-01/02 ze dne 10.3.2011, o zkoušce losovacího zařízení, kterou provedl Elektrotechnický zkušební ústav, a kterou předložil vlastník losovacího zařízení, je uvedeno následující: „Okolnost, jež určuje výsledek losování, není předem nikomu známá a je takového druhu, že nemůže být provozovatelem ani další osobou ovlivněna. Zařízení nevyužívá při losování žádné prvky mimo zařízení, proces probíhá pouze za pomoci instalovaného software uvnitř zařízení.“ Navrhovatel se domnívá, že z této zprávy nevyplývá, že je vyloučena možnost následné manipulace s předmětným losovacím zařízením, resp. s jeho softwarovým vybavením.
23. Navrhovatel také zpochybňuje erudici výrobce předmětného losovacího zařízení, přičemž konstatuje, že podle dostupných informací výrobce předmětného losovacího zařízení nemá dostatek zkušeností s výrobou losovacích zařízení a není tak zárukou nemožnosti zařízením manipulovat.
24. Dále se navrhovatel pozastavuje nad způsobem zajištění předmětného losovacího zařízení, tzv. umělohmotnou plombou, kterou výrobce umístil na zadní straně losovacího zařízení, a která podle něj rovněž není zárukou „nemožnosti zařízením manipulovat“.
25. Navrhovatel shledal, že okolnosti losování vzbuzují pochybnost o legitimitě omezení okruhu možných dodavatelů, což následně omezuje hospodářskou soutěž, a dodává, že transparentnost náhodného výběru uchazečů nemůže zaručit předmětný notářský zápis, ani „zpráva o zkoušce Elektrotechnického zkušebního ústavu“, a v poslední řadě ani plomba výrobce losovacího zařízení umístěná na jeho zadní straně.
26. Navrhovatel v bodě 32 doplnění návrhu ze dne 15.7.2011 dále uvádí, že „statistika sledovaných losování vede k výrazně abnormálním výsledkům z pohledu pravděpodobnosti a k podezření na nadržování konkrétním dodavatelům.“
27. Navrhovatel se rovněž věnoval otázce rozporu provedeného losování se zákonem a uvádí, že podle současně právní úpravy jediným požadavkem k losování je dodržení zásad podle § 6 zákona a povinnost zadavatele umožnit zkontrolovat losovací zařízení.
28. Navrhovatel rovněž upozorňuje na judikát Nejvyššího správního soudu, č. j. 1Afs 45/2010-159, který interpretuje požadavek transparentnosti tak, že „pokud nejsou v postupu zadavatele shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný“. Navrhovatel z citace judikátu vyvodil závěr, že porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti.
29. Navrhovatel závěrem svého doplnění návrhu ze dne 15.7.2011 uvádí, že si je vědom, že nepodal námitky týkající se pochybností o transparentnosti losovacího zařízení a samotného losování, a proto žádá Úřad o přezkum v této části „ex offio“, neboť nemohl námitku k losovacímu zařízení uvést v zákonných lhůtách s ohledem na sbírání statistických dat, které doloží k prokázání, že na základě losování tímto zařízením je dlouhodobě diskriminován.

II. Doplnění návrhu ze dne 25.7.2011

30. Navrhovatel doplnil návrh podáním ze dne 25.7.2011 (které Úřad obdržel dne 27.7.2011), o statistiku losování s předmětným losovacím zařízením, ze které navrhovateli vyplývá, že jiní

uchazeči vykazují nesrovnatelně vyšší úspěšnost při losování i při menším počtu účastí na soutěžích, než se zúčastnil navrhovatel, a proto se domnívá, že je zcela vyloučeno, že by předmětné losovací zařízení fungovalo na rovnoměrném rozložení pravděpodobnosti při uvedených výsledcích, což znamená, že navrhovatel je diskriminován při účasti v zadávacím řízení. Na základě jmenovaných zjištění považuje navrhovatel losování ze dne 24.6.2011 za netransparentní a nevylučující možnost manipulace při losování.

III. Vyjádření zadavatele k návrhu

31. Zadavatel se k návrhu ze dne 7.7.2011 a k jeho doplnění ze dne 15.7.2011 vyjádřil dopisy ze dne 15.7.2011 a ze dne 20.7.2011.
32. Ke stanovení omezení počtu zájemců losování na pět zadavatel uvedl, že předmětné zadávací řízení bylo vedeno v souladu s ustanovením § 28 odst. 3 zákona, které umožňuje zadavateli vyzvat k podání nabídky pět zájemců. Zadavatel se domnívá, že omezení hospodářské soutěže je pouhou domněnkou navrhovatele, neboť nelze předjímat, jaké hodnoty by nabídli vyřazení uchazeči.
33. K doplnění návrhu ze dne 15.7.2011 směřujícímu proti transparentnosti losování a losovacího zařízení zadavatel uvádí, že podle jeho názoru losování proběhlo transparentně, jelikož průběh losování je řádně zaznamenán v notářském zápise a nikdo včetně navrhovatele nepodal na místě námitku proti losování. Všem přítomným zájemcům bylo umožněno zkontrolovat před zahájením losování losovací zařízení a rovněž jim byla nabídnuta možnost nechat přístroj bezprostředně po losování zkontrolovat u Elektrotechnického zkušebního ústavu, čehož nikdo nevyužil.
34. Zadavatel dále uvádí, že i když není zákonem stanovena žádná povinnost zadavatele certifikovat nebo testovat losovací zařízení ani povinnost opatřit zařízení plombou, zadavatel tak učinil (viz zpráva Elektrotechnického zkušebního ústavu).
35. Ke statistikám navrhovatele zadavatel sdělil, že losovací zařízení pracuje pouze s čísly a nikoliv s názvy firem, což znamená, že losovací zařízení vybírá určitý počet čísel z předem stanovené množiny, přičemž navrhovatel ve své statistice řeší pouze ta losování, kde není vylosován.
36. Závěrem tohoto vyjádření zadavatel uvedl, že trvá na tom, že při předmětném losování ustanovení § 6 zákona neporušil.

Průběh správního řízení

37. Účastníky tohoto správního řízení jsou podle § 116 zákona:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
38. O zahájení správního řízení informoval Úřad účastníky řízení oznámením č. j. ÚOHS-S272/2011/VZ-11235/2011/520/NGI ze dne 26.7.2011. Usnesením č. j. ÚOHS-S272/2011/VZ-11236/2011/520/NGI z téhož dne stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy nebo činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Tyto lhůty Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S272/2011/VZ-11952/2011/520/NGI ze dne 29.7.2011 prodloužil z důvodu doplnění návrhu navrhovatelem.

39. Po předběžném posouzení případu Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S272/2011/VZ-11699/2011/520/NGI ze dne 29.7.2011 podle § 117 odst. 1 zákona zamítl návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření, přičemž dne 3.8.2011 Úřad obdržel rozklad navrhovatele proti citovanému rozhodnutí.
40. Usnesením č. j. ÚOHS-S272/2011/VZ-12399/2011/520/NGI ze dne 9.8.2011 Úřad stanovil zadavateli lhůtu k podání vyjádření k rozkladu navrhovatele.
41. Usnesením č. j. ÚOHS-S272/2011/VZ-13728/2011/520/NGI ze dne 31.8.2011 byla provedena oprava zjevné nesprávnosti v odůvodnění citovaného rozhodnutí o zamítnutí předběžného opatření.

Závěry Úřadu

42. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění rozhodl ve výroku I. tohoto rozhodnutí podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona, o zamítnutí části návrhu navrhovatele týkajícím se možné netransparentnosti losovacího zařízení a losování, protože návrh nebyl podán oprávněnou osobou, neboť návrhu v této části nepředcházely námitky adresované zadavateli. Ve výroku II. tohoto rozhodnutí Úřad rozhodl podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona, o zamítnutí části návrhu směřující proti zadávací podmínce omezení počtu zájemců losování na pět, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 a 2 zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K části návrhu týkající se možné netransparentnosti losovacího zařízení a losování

43. V první řadě se Úřad zabýval otázkou osoby oprávněné k podání návrhu, neboť její vyřešení je rozhodné pro to, zda se bude Úřad zabývat všemi částmi návrhu navrhovatele v meritu věci či nikoliv.
44. Bylo tedy nutné posoudit, zda navrhovatel skutečně podal návrh oprávněně či neoprávněně. Námitky navrhovatele ze dne 14.6.2011 jsou po obsahové stránce totožné s návrhem na zahájení správního řízení podaného u Úřadu dne 11.7.2011. Podle notářského zápisu, který osvědčil seznámení uchazečů s losovacím zařízením a průběh losování uchazečů při omezení jejich počtu o předmětnou veřejnou zakázku, proběhlo losování dne 24.6.2011.
45. Z předložené dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v užším řízení z důvodu omezení zájemců ze dne 29.6.2011, navrhovatel obdržel dne 1.7.2011, přičemž proti možné netransparentnosti losovacího zařízení a losování, na jehož základě nebyl navrhovatel vylosován k další účasti v užším řízení, navrhovatel nepodal zadavateli námitky vůbec.
46. Podle ustanovení § 110 odst. 1 zákona může při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“), podat zadavateli zdůvodněné námitky.

47. V § 110 odst. 2 zákona je stanoveno, že lze námitky podat proti všem úkonům zadavatele a stěžovatel je musí doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.
48. Zákon v ustanovení § 110 odst. 7 stanoví, že se námitky podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle odstavců 2, 3 a 5 musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle odstavce 2, musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovatele. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci.
49. Ustanovení § 114 odst. 1 zákona stanoví, že návrh lze podat proti všem úkonům zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady stanovené v § 6 a v jejichž důsledku hrozí nebo vznikla újma na právech navrhovatele, a to zejména proti zadávacím podmínkám, obsahu oznámení nebo výzvy o zahájení zadávacího řízení, vyloučení uchazeče v zadávacím řízení, rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, použití druhu zadávacího řízení.
50. Podle ustanovení § 114 odst. 3 zákona musí návrh vedle obecných náležitostí podání obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá. Součástí návrhu je doklad o složení kauce podle § 115 a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli a doklad o opětovném složení jistoty podle § 67 odst. 4 zákona.
51. V § 118 odst. 4 písm. c) zákona je stanoveno, že Úřad návrh zamítne, pokud návrh nebyl podán oprávněnou osobou.
52. Na základě předložené dokumentace o veřejné zakázce lze konstatovat, že pro stanovení okamžiku, kdy se o případné netransparentnosti losovacího zařízení a losování navrhovatel dozvěděl, je rozhodný den 24.6.2011, kdy proběhlo losování, kterého se osobně účastnil. Navrhovatel tedy mohl ve lhůtě podle § 110 odst. 2 zákona, tj. do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení dozvěděl, neboť byl losování přítomen a dne 1.7.2011 obdržel rozhodnutí zadavatele o vyloučení, podat námitky, což jak vyplývá i z jeho návrhu (resp. z doplnění ze dne 15.7.2011), neučinil.
53. Úřad konstatuje, že navrhovatel sice podal námitky ze dne 14.6.2011, které zadavatel obdržel dne 21.6.2011, avšak zde navrhovatel brojí pouze proti zadávací podmínce omezení počtu uchazečů na pět. Námitky ze dne 14.6.2011 pochopitelně neobsahovaly argumenty proti losovacímu zařízení a losování, protože losování proběhlo až poté, v termínu 24.6.2011.
54. Navrhovatel námitky proti losovacímu zařízení a losování zadavateli vůbec nepodal, tudíž v této části návrhu nesplnil podmínku pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele uvedenou v § 110 odst. 7 zákona, neboť řádné a včasné podání námitek je podmínkou pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci.

55. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že navrhovatel není osobou oprávněnou k podání návrhu proti možné netransparentnosti losovacího zařízení a losování, protože návrh byl podán v rozporu s ustanovením § 110 odst. 7 zákona. Navrhovatel ve výše uvedených částech návrhu nesplnil zákonnou podmínku, aby se stal osobou oprávněnou pro podání návrhu, kterou v daném případě bylo podání předchozích řádných námitek. Z tohoto důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí a návrh v těchto částech podle ustanovení § 118 odst. 4 písm. c) zákona zamítl.

K zadávací podmínce – omezení počtu zájemců losováním na pět

56. Ustanovení § 110 odst. 3 zákona uvádí, že námítka proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.
57. Předmětná veřejná zakázka byla zadávána formou užšího řízení. Lhůta pro doručení žádosti o účast byla stanovena do 19.5.2011, 9 hodin. Dne 21.6.2011 zadavatel obdržel námítka navrhovatele ze dne 14.6.2011. V předmětné veřejné zakázce nebyla zadavatelem stanovena lhůta pro podání nabídek.
58. S ohledem na specifika užšího řízení, doba mezi seznámením dodavatelů se zadávací dokumentací, podáním žádosti o účast a stanovením lhůty pro podání nabídek může být u složitých veřejných zakázek i několik měsíců, lze u tohoto druhu zadávacího řízení chápat vázání lhůty pro podání námitek na konec lhůty pro podání nabídek, jak je formulováno v ustanovení § 110 odst. 3 zákona, jako nepřilíš vhodné. Přesto však Úřad konstatuje, že zákon neumožňuje v dané věci aplikovat ustanovení § 110 odst. 2 zákona.
59. Vzhledem k uvedenému Úřad konstatuje, že námítka navrhovatele směřující proti zadávací podmínce omezení počtu zájemců losováním na pět ze dne 14.6.2011 byly podány ve lhůtě podle § 110 odst. 3 zákona. Úřad konstatuje, že podaný návrh lze považovat za řádný a v souladu se zákonem v části směřující proti stanovení zadávací podmínky omezení počtu zájemců losováním na pět.
60. Zákon v ustanovení § 21 odst. 1 stanoví, že zákon upravuje druhy zadávacích řízení mj. i užší řízení (§ 28 zákona). V § 21 odst. 2 zákona je stanoveno, že zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 zákona rovněž jednacím řízením s uveřejněním nebo jednacím řízením bez uveřejnění.
61. V § 28 odst. 1 zákona je uvedeno, že v oznámení užšího řízení oznamuje zadavatel 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.
62. Zákon v § 28 odst. 2 zákona stanoví, že zájemci podávají písemnou žádost o účast a prokazují splnění kvalifikace ve stanovené lhůtě. Po posouzení kvalifikace zájemců zadavatel vyzve zájemce, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídky. Pokud zadavatel v oznámení užšího řízení omezil počet zájemců pro účast v užším řízení, vyzve k podání nabídky pouze zájemce vybrané v souladu s § 61, jde-li o veřejného zadavatele, nebo v souladu s § 66, jde-li o sektorového zadavatele. Zadavatel může stanovit i maximální počet zájemců, jež vyzve k podání nabídky.
63. Podle § 28 odst. 3 zákona je veřejný zadavatel povinen vyzvat k podání nabídky nejméně 5 zájemců. Bylo-li veřejnému zadavateli podáno méně než 5 žádostí o účast v užším řízení nebo

méně žádostí o účast, než veřejný zadavatel uvedl v oznámení užšího řízení, může vyzvat k podání nabídky všechny zájemce, kteří podali žádost o účast a prokázali splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu. To platí i v případě, pokud splnění kvalifikace prokázalo méně než 5 zájemců.

64. Z ustanovení § 61 odst. 4 zákona vyplývá, že objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 citovaného ustanovení může být 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 zákona prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování. Účastnit se losování mají právo zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyzoomí nejméně 5 dnů před losováním.
65. Podle ustanovení § 1 zákona tento zákon zapracovává příslušné předpisy Evropské unie (mimo jiné směrnice č. 2004/17/ES a 2004/18/ES) a upravuje a) postupy při zadávání veřejných zakázek, b) soutěž o návrh, c) dohled nad dodržováním tohoto zákona, d) podmínky vedení a funkce seznamu kvalifikovaných dodavatelů a systému certifikovaných dodavatelů.
66. Z výše uvedeného je nepochybné, že účelem zákona a úmyslem zákonodárce bylo zapracovat, tj. přenést předpisy Evropské unie upravující postupy při zadávání veřejných zakázek. S ohledem na zásadu legality má Úřad jako správní orgán za to, že mu nepřísluší posuzovat případnou úroveň či kvalitu transpozice.
67. I když Úřad není oprávněn provádět výklad jiných právních předpisů než zákona, zejména zákona č. 25/2006 Z. z., o veřejném obstarávání, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 25/2006 Z. z.“), považuje však Úřad za nutné vyjádřit se ke skutečnostem, které jsou namítány v návrhu a které přímo nesouvisejí s aplikací zákona.
68. Navrhovatel ve svém návrhu uvedl, že stanovením počtu zájemců na nejnižším možném zákonném limitu pěti nabídek bylo v rozporu se směrnicí č. 2004/17/ES a směrnicí č. 2004/18/ES. Podle dikce těchto směrnic musí být počet vyzvaných zájemců dostatečný, aby zajistil skutečnou hospodářskou soutěž.
69. Podle čl. 2 odst. 2 směrnice č. 2004/17/ES se působnost této směrnice vztahuje na zadavatele, kteří
 - a. jsou veřejnými zadavateli nebo veřejnými podniky a vykonávají některou z činností uvedených v člancích 3 až 7, tedy na činnosti v oblasti plynu, tepla a elektřiny (čl. 3), v oblasti vodního hospodářství (čl. 4), v oblasti dopravy (čl. 5), v oblasti poštovních služeb (čl. 6) a v oblasti týkající se průzkumu nebo těžby ropy, zemního plynu, uhlí nebo jiných pevných paliv, jakož i přístavů a letišť (čl. 7),
 - b. pokud nejsou veřejnými zadavateli nebo veřejnými podniky, vykonávají jako jednu ze svých činností kteroukoli z těch, které jsou uvedeny v člancích 3 až 7, nebo více těchto činností a působí na základě zvláštních nebo výlučných práv udělených příslušným orgánem členského státu.
70. Směrnice č. 2004/17/ES dále v čl. 16 upravuje, že „Tato směrnice se vztahuje na zakázky, které nejsou vyloučeny podle článků 19 až 26 nebo v souladu s článkem 30, který se týká

výkonu dané činnosti, a jejichž odhadovaná hodnota bez daně z přidané hodnoty (DPH) se rovná těmto prahovým hodnotám nebo je vyšší než:

- a) 499 000 EUR pro zakázky na dodávky a služby,
- b) 6 242 000 EUR pro zakázky na stavební práce.“

71. Z výše uvedených skutečností podle názoru Úřadu vyplývá, že směrnice č. 2004/17/ES se vztahuje na postupy zadavatelů působících ve výše uvedených odvětvích, tzn. podle terminologie zákona č. 137/2006 Sb., zadavatelů sektorových. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel v předmětné veřejné zakázce (rekonstrukce mostu – stavební práce) postupoval jako zadavatel veřejný (nikoliv sektorový), návrhovatelem uvedená směrnice nemá vliv na postup zadavatele v předmětné veřejné zakázce, Úřad se tedy nebude aplikací citované směrnice na postup zadavatele dále zabývat.
72. Z ustanovení čl. 7c směrnice č. 2004/18/ES vyplývá, že se citovaná směrnice vztahuje na veřejné zakázky, které nejsou vyloučeny podle článků 10 a 11 nebo článků 12 až 18 a jejichž odhadovaná hodnota bez daně z přidané hodnoty (DPH) se rovná těmto prahovým hodnotám nebo je vyšší, konkrétně 6 242 000 EUR pro veřejné zakázky na stavební práce (podle terminologie zákona o veřejných zakázkách nadlimitní veřejné zakázky).
73. Podle čl. 28 směrnice č. 2004/18/ES použijí veřejní zadavatelé při zadávání svých veřejných zakázek vnitrostátní řízení upravená pro účely této směrnice, konkrétně otevřeného nebo omezeného řízení. Za zvláštních okolností, výslovně uvedených v článku 29, mohou veřejní zadavatelé zadat své veřejné zakázky prostřednictvím soutěžního dialogu. Ve zvláštních případech a za zvláštních okolností, výslovně uvedených v člancích 30 a 31, mohou použít vyjednávací řízení se zveřejněním oznámení o zakázce nebo bez něho. Předpisy Evropské unie tak dávají zadavateli volný výběr druhu zadávacího řízení.
74. Z ustanovení čl. 44 bodu 3 směrnice č. 2004/18/ES dále vyplývá, že v omezených řízeních, vyjednávacích řízeních se zveřejněním oznámení o zakázce a v soutěžním dialogu mohou veřejní zadavatelé omezit počet vhodných zájemců, které vyzvou k podání nabídky, vyjednávání nebo dialogu, za předpokladu, že je k dispozici dostatečný počet vhodných zájemců. Veřejní zadavatelé uvedou v oznámení o zakázce objektivní a nediskriminační kritéria nebo pravidla, která mají v úmyslu použít, minimální počet zájemců, které mají v úmyslu vyzvat a případně jejich maximální počet. „V omezeném řízení je minimální počet pět. Ve vyjednávacím řízení se zveřejněním oznámení o zakázce a v soutěžním dialogu je minimální počet tři. V každém případě musí být počet vyzvaných zájemců dostatečný, aby zajistil skutečnou hospodářskou soutěž.
- „Veřejní zadavatelé vyzvou takový počet zájemců, který je přinejmenším shodný s předem stanoveným minimálním počtem. Je-li počet zájemců, kteří splňují kritéria pro výběr a minimální úroveň způsobilosti, nižší než minimální počet, může veřejný zadavatel pokračovat v řízení tím, že vyzve jednoho nebo více zájemců, kteří mají požadované schopnosti. V této souvislosti nemůže veřejný zadavatel zapojit do stejného řízení jiné hospodářské subjekty, které nepožádaly o účast, ani zájemce, kteří nemají požadované schopnosti.“
75. Z výše uvedených skutečností podle názoru Úřadu vyplývá, že směrnice č. 2004/18/ES umožňuje zadavateli použít národní předpisy, v tomto případě zákon č. 137/2006 Sb.,

o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, který je plně v souladu se směrnicí č. 2004/18/ES, i co se požadavků na druhy zadávacích řízení týče. Pro zadávání veřejných zakázek v omezeném řízení je národní úprava také v souladu s úpravou obsaženou ve směrnicí č. 2004/18/ES.

76. Úřad dále konstatuje, že v čl. 44 bod 3 směrnice č. 2004/18/ES je stanoven minimální počet zájemců, které musí zadavatel v užším řízení vyzvat, konkrétně počet pěti zájemců, přičemž stejný minimální počet je stanoven v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Směrnice č. 2004/18/ES současně stanovila, že vyzvaný počet zájemců musí být dostatečný, aby zajistil skutečnou hospodářskou soutěž. Stanovením minimálního počtu zájemců v souvislosti s následným požadavkem na zajištění skutečné hospodářské soutěže zákonodárce podle názoru Úřadu zároveň vymezil hraniční minimální počet, který ještě skutečnou hospodářskou soutěž v omezeném (užším) zadávacím řízení zaručuje. Pokud tedy zadavatel v zadávacích podmínkách stanoví počet zájemců vyšší nebo roven pěti, bude tímto požadavkem zaručena skutečná hospodářská soutěž a zároveň splněny jak zákonné podmínky, tak podmínky upravené ve směrnicí č. 2004/18/ES.
77. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel stanovením minimálního počtu zájemců pro omezení jejich počtu na pět postupoval jak v souladu se zákonem, tak se směrnicí č. 2004/18/ES, když dodržel požadavek na minimální počet zájemců.
78. K zadavatelem zmíněnému rozhodnutí ÚVO č. j. 141-6000/2011-ON/36 ze dne 11. 5. 2011 je třeba uvést, že v tomto případě se jednalo o veřejnou zakázku, jejímž předmětem bylo „Odkanalizovanie obcí Valča, Příbovce, Benice a Rakovo“, přičemž zadavatelem byla Turčianska vodárenská spoločnosť, a. s., Kuzmányho 25, 036 80 Martin (dále jen „Turčianska vodárenská spoločnosť, a. s“).
79. Z ustanovení § 52 odst. 1 zákona č. 25/2006 Z. z., do jehož působnosti spadá postup veřejných a sektorových zadavatelů ve veřejných zakázkách ve Slovenské republice, vyplývá, že „Verejný obstarávateľ môže obmedziť počet záujemcov, ktorých vyzve na predloženie ponuky, a to najmenej na 5 a najviac na 20 tak, aby umožnil hospodársku súťaž“.
80. K výše zmíněným skutečnostem Úřad uvádí, že úprava problematiky užšího řízení ve veřejných zakázkách ve Slovenské republice je v jistých ohledech odlišná, zvláště pokud srovnáme poslední věty § 25 odst. 1 zákona č. 25/2006 Z. z., a znění § 28 zákona.
81. Vzhledem k odlišnosti národních úprav nelze aplikovat závěry navrhovatelem zmíněného rozhodnutí ÚVO č. j. 141-6000/2011-ON/36 ze dne 11. 5. 2011 na šetření předmětné veřejné zakázky.
82. Na základě výše zjištěných skutečností Úřad neshledal v postupu zadavatele (omezení počtu zájemců losováním na pět) pochybení, které by mohlo mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, proto část návrhu navrhovatele ze dne 7.7.2011 podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

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. Kpt. 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

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Jihočeský kraj, U Zimního stadionu 1952/2, 370 76 České Budějovice
Mgr. Miroslav Cák, Skanska a. s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4
JUDr. Jan Leščinský Ph.D, Skanska a. s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4

Vypraveno dne:

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