



UOHSX004A8B5

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R10/2012/VZ-9898/2012/310/PSe

V Brně dne 29. května 2012

Ve správním řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 13. 1. 2012 navrhovatelem –

- společností **ALPINE Bau CZ s. r. o.**, IČ 45192286, se sídlem Jiráskova 613/13, 757 43 Valašské Meziříčí, ve správním řízení zastoupenou jejím zaměstnancem, JUDr. Tomášem Grulichem, Ph.D., na základě pověření ze dne 17. 1. 2011,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-20327/2011/520/JHI ze dne 21. 12. 2012 vydaném ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Olomouckého kraje**, IČ 60609460, se sídlem krajského úřadu Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc, ve správním řízení zastoupeného na základě mandátní smlouvy ze dne 15. 7. 2011 společností STILT PROJECTS s. r. o., IČ 28622294, se sídlem Železniční 469/4, 779 00 Olomouc,

učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „**Silnice II/150 Čechy, Domaželice – obchvat**“, zadávané v užším řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 2. 8. 2011 pod evidenčním číslem 60063586 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 6. 8. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 150-249536,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-20327/2011/520/JHI ze dne 21. 12. 2012

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Olomoucký kraj, IČ 60609460, Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc, uzavřel dne 15. 7. 2011 se společností STILT PROJECTS s. r. o., IČ 28622294, Železniční 469/4, 779 00 Olomouc (dále jen „**zadavatel**“), mandátní smlouvu za účelem výkonu zadavatelské činnosti k nadlimitní veřejné zakázce „Silnice II/150 Čechy, Domaželice – obchvat“ zadávané v užším řízení, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 2. 8. 2011 pod evidenčním číslem 60063586 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 6. 8. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 150-249536 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Zadavatel zvolil pro zadávání zakázky užší řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**¹“). V oznámení o zakázce stanovil počet sedmi zájemců, kteří měli být vyzváni k podání nabídek, přičemž jejich výběr proběhl náhodným výběrem (losem) dne 19. 9. 2011 od 8:30 do 8:57 hodin elektronickým losovacím zařízením Cent LOZ002, jehož výrobce je společnost Centador s. r. o., IČ 28599632, Dubská 244, Kladno – Dubí (dále jen „**losovací zařízení**“) v zasedací místnosti v 5. patře Veletržního paláce, Dukelských hrdinů 47, 170 00 Praha 7, za účasti notáře (dále jen „**losování**“).
3. Společnost ALPINE Bau CZ s. r. o., IČ 45192286, se sídlem Jiráskova 613/13, 757 43 Valašské Meziříčí, (dále jen „**navrhovatel**“) považovala způsob, jakým došlo k omezení počtu zájemců za nezákonný, a podala proti němu dne 19. 9. 2011 námitky, které zadavatel obdržel dne 22. 9. 2011. Dne 3. 10. 2011 bylo navrhovateli doručeno rozhodnutí zadavatele, kterým námitkám nevyhověl.
4. Zadavatel dne 30. 9. 2011 rozhodnul o vyloučení nevylosovaných dodavatelů z další účasti v zadávacím řízení veřejné zakázky. Vylosovaným uchazečům zadavatel doručil výzvy k podání nabídek a na jejich žádosti jim poskytl zadávací dokumentaci.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

5. Dne 11. 10. 2011 podal navrhovatel návrh na přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky (dále jen „**návrh**“). V návrhu uvedl navrhovatel svá tvrzení, která namítal námitkami ze dne 19. 9. 2011 směřujícími proti způsobu omezení počtu zájemců v užším řízení.

II. Napadené rozhodnutí

6. O návrhu navrhovatele rozhodnul Úřad dne 21. 12. 2012 rozhodnutím č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-20327/2011/520/JHI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
7. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že zadavatel porušil § 6 zákona, konkrétně zásadu transparentnosti tím, že při omezení počtu zájemců nesdělil přítomným zástupcům, kteří konkrétní dodavatelé v případě sdružení dodavatelů, podávají společnou nabídku, přičemž uvedený postup podstatně neovlivnil ani nemohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.
8. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že návrh navrhovatele se podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 a 2 zákona.

III. Námitky rozkladu

9. Proti napadenému rozhodnutí podal navrhovatel dne 13. 1. 2012 rozklad. Navrhovatel rozkladem napadá rozhodnutí v rozsahu obou jeho výroků. Navrhovatel v zásadě opakuje své námitky obsažené v návrhu, přičemž nesouhlasí s některými závěry, ke kterým Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl při jejich vypořádání a považuje je za nesprávné.
10. Navrhovatel v rozkladu namítá, že Úřad nesprávně vypořádal námitku návrhu spočívající v diskriminačně zvoleném místě a denní době losování. Vůči zájemcům o účast na losování považuje navrhovatel zvolené místo losování za diskriminační z důvodu jeho nestejně dostupnosti.
11. Navrhovatel dále opětovně namítá, že Úřad nesprávně vypořádal námitku návrhu spočívající v navrhovatelových pochybnostech o losovacím zařízení a o jeho výrobci. Namítá, že neporušenost plastové plomby na zadní straně losovacího přístroje, nemá relevantní vypovídací schopnost ve vztahu k vyloučení zásahu do losovacího zařízení, a že nemůže obstát argument předchozího zkontrolování losovacího zařízení Elektrotechnickým zkušebním ústavem (dále jen „**EZÚ**“), jelikož kontrola, má-li být efektivní, se musí týkat posouzení stavu losovacího zařízení a prostředků sloužících losování přímo před losováním, a nikoli na základě nějaké zprávy, zadavatel tak musí umožnit zájemcům reálně zkontrolovat losovací zařízení.
12. Další námitkou navrhovatel namítá nesprávnost závěrů Úřadu při vypořádání námitky návrhu týkající se dodržení povinnosti zadavatele umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování losovací zařízení ve smyslu § 61 odst. 5 zákona.

13. Navrhovatel v rozkladu dále namítá nesprávnost závěrů Úřadu při vypořádání námítky návrhu týkající se možnosti následné delegace smluvního zastoupení zástupce zadavatele. Ten podle námítky nebyl oprávněn zmocnit kohokoliv dalšího k provádění zadavatelské činnosti spočívající v omezení počtu zájemců losováním.
14. Navrhovatel dále namítá, že ačkoli Úřad konstatoval porušení zákona ze strany zadavatele nesdělením identifikačních údajů některých zájemců účastnících se losování, toto pochybení zlehčil a nevyvodil patřičné důsledky v podobě zrušení zadávacího řízení, či uložení zákazu plnění smlouvy.
15. Závěrem rozkladu navrhovatel namítá, že zadavatel sice nemá zákonem uloženu povinnost přiřadit pořadí zájemcům náhodným způsobem, nebo předem přidělená pořadová čísla jednotlivých dodavatelů na požádání před losováním změnit, nicméně má povinnost postupovat transparentně a nediskriminačně a v zájmu odstranění jakýchkoli pochyb o regulérnosti losování měl takovému návrhu na místě vyhovět.
16. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-1146/2011/520/JHI ze dne 17. 1. 2012 určil zadavateli lhůtu pěti dnů pro vyjádření k podanému rozkladu. K podanému rozkladu se vyjádřil zadavatel. Trvá na svém vyjádření ze dne 14. 10. 2011 stejně jako na závěru, že zákon nebyl jeho postupem porušen.

IV. Řízení o rozkladu

17. Úřad 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 předal spis se svým stanoviskem správnímu orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
18. 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 a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
19. Úřad tím, že výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že zadavatel porušil § 6 zákona, konkrétně zásadu transparentnosti, když při omezování počtu zájemců nesdělil přítomným zástupcům, kteří konkrétní dodavatelé v případě sdružení dodavatelů, podávají společnou nabídku, přičemž uvedený postup podstatně neovlivnil ani nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
20. Úřad dále tím, že výrokem II. napadeného rozhodnutí rozhodnul, že návrh navrhovatele podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 a 2 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

21. K námitce rozkladu, že Úřad nesprávně vypořádal námitku návrhu spočívající v diskriminačně zvoleném místě a denní době losování uvádím následující. Ze spisové dokumentace je zřejmé, že zadavatel dodržel zákonný postup pro stanovení místa a času losování a jednotliví zájemci byli informováni v zákonné lhůtě. Stanovením místa losování v zasedací místnosti v 5. patře Veletržního paláce, Dukelských hrdinů 47, 170 00 Praha 7, dne 19. 9. 2011 od 8:30 hodin se zadavatel nedopustil porušení zákona. Zadavatel umožnil účast při losování všem zájemcům. Pokud Úřad v napadeném rozhodnutí konstatuje, že losování bylo zájemcům oznámeno v dostatečném předstihu 12 dnů, má tím jistě na mysli, že každý ze zájemců mohl s tímto datem a místem počítat a přizpůsobit tomu své jednání. Okolnost, že výběr místa a denní doby losování zadavatelem se nakonec může jevit jako nepraktický, je podmíněna faktem, že se losování účastnili zejména zájemci cestující z regionu zadavatele. Tuto konkrétní strukturu účasti zájemců na losování však zadavatel v zásadě předjímat nemohl a ani neměl. Vzhledem k tomu považuji závěr Úřadu, že výběrem místa a času losování nedošlo k diskriminaci při zadávání veřejné zakázky nebo k omezení možnosti kontroly průběhu losování, za správný a zákonný.
22. K námitce rozkladu, že Úřad nesprávně vypořádal námitku návrhu spočívající v navrhovatelových pochybnostech o losovacím zařízení, konstatuji následující. Při omezení počtu zájemců byl přítomen notář JUDr. Michal Kulík, notář v Praze, se sídlem Dušní 10, Praha 1, který osvědčil jeho průběh notářským zápisem NZ 148/2011 (N 169/2011) sepsaným dne 19. 9. 2011 (dále jen „**notářský zápis**“). Tento zápis je veřejnou listinou, o kterou Úřad při zjišťování stavu věci mohl své závěry opřít, aniž by vznikaly důvodné pochybnosti o skutečnostech v něm zachycených. Pokud Úřad vycházel z notářského zápisu, který obsahuje i informace, že losovací zařízení nemá žádné aktivní komunikační rozhraní vyjma tří kláves pro ovládání aplikace, že je opatřeno tlačítkem pro nouzové vypnutí zařízení a vstupem pro napájecí kabel, a že ho lze otevřít vyklopením zadního víka, které je pevně spojeno se zbytkem zařízení pomocí bezpečnostní pečetě (č. 056920), postupoval správně a zákonným způsobem. Takto ověřený stav věci je totiž třeba ve správním řízení brát za prokázaný do té míry, že jsou o něm vyloučeny důvodné pochybnosti. Je úkolem notáře notářským zápisem ověřit pouze ty skutečnosti, které objektivně seznal. Vzhledem k povaze notářského zápisu coby veřejné listiny není sice vyloučeno, aby byl prokázán její opak, musí k tomu však být snesen důkaz, který tento opak (resp. odlišnou eventualitu) prokazuje. Jelikož navrhovatel takový důkaz Úřadu i přes svá jednotlivá tvrzení nepředložil, ani nenavrhnul, byl Úřad povinen respektovat stav věci, který byl zadavatelem prokázán notářským zápisem.
23. Podobně v případě námitky navrhovatele spočívající v poukazech na důvěryhodnost výrobce losovacího zařízení. Kromě snesení jednotlivých důvodů navrhovatelových pochybností, nepřipojuje nebo alespoň neoznačuje navrhovatel žádný důkaz prokazující jakýkoli rozpor se zákonem, nebo jinými zákony.
24. Stejně tak v případě navrhovatelem namítaných jeho pochybností o správnosti závěrů Úřadu ohledně neporušení bezpečnostní pečetě na zadní straně losovacího zařízení (a s tím související potenciální manipulace s losovacím zařízením). Ačkoli poukazuje na eventualitu možné manipulace a soukromoprávní úpravu garancí v podobě např. bezpečnostních pečeti, nepřinesl za celé správní řízení žádný důkaz, který by vyvracel nebo důvodně zpochybňoval prokázaný stav věci. Úřad za těchto okolností musel respektovat stav věci prokázaný jinými

důkazními prostředky, a to jak notářským zápisem, tak zprávou o zkoušce losovacího zařízení Elektrotechnického zkušebního ústavu, číslo 100680-01/02. Důvodné pochybnosti, které by tento zjištěný stav věci vyvracely, nebyly dány. Pokud Úřad opřel své rozhodnutí o zjištění stavu věci, při němž „Okolnost, jež určuje výsledek losování, není předem nikomu známa a je takového druhu, že nemůže být provozovatelem ani další osobou ovlivněna. Zařízení nevyužívá pro losování žádné prvky mimo zařízení, proces probíhá pouze za pomoci instalovaného software uvnitř zařízení.“, postupoval při vydání napadeného rozhodnutí správně a zákonným způsobem.

25. Co se týče namítané nepřezkoumatelnosti, resp. nesrozumitelnosti té části odůvodnění napadeného rozhodnutí, která zmiňuje otázku elektronického nástroje podle § 149 zákona, měl tím Úřad na mysli argumentaci opakem, tj. takto poukázal na skutečnost, že v zákoně není žádným způsobem upravena problematika používání elektronických losovacích zařízení, resp. jejich atestace atd. na rozdíl od elektronických nástrojů ve smyslu zákona. V tomto směru nepovažuji tuto část odůvodnění ani za nepřezkoumatelnou, ani za nesrozumitelnou.
26. K námitce rozkladu, že nemůže obstát argument předchozího zkontrolování losovacího zařízení Elektrotechnickým zkušebním ústavem, jelikož kontrola, má-li být efektivní, se musí týkat posouzení stavu losovacího zařízení a prostředků sloužících losování přímo před losováním, a nikoli na základě nějaké zprávy, zadavatel tak musí umožnit zájemcům reálně zkontrolovat losovací zařízení, uvádím následující.
27. Způsob, kterým v konkrétním případě naplní zadavatel svou povinnost podle § 61 odst. 5 zákona, tj. umožnit zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování, je vždy individuální. V šetřeném případě posuzoval Úřad naplnění této povinnosti na základě zjištění skutkového stavu. Jak jsem uvedl výše, v tomto směru musí být respektován průběh událostí, jak jej zachytil notářský zápis, není-li prokázán opak, resp. není-li prokázáno odlišně. Z notářského zápisu je zřejmé, že před losováním došlo ze strany zadavatele k obšírnému seznámení s technickými vlastnostmi losovacího zařízení a se způsobem losování. Došlo také k nabídce zadavatele odvézt přístroj na náklady uchazeče ihned po ukončení losování na kontrolu do Elektrotechnického zkušebního ústavu. Tato nabídka ani zmíněná demonstrace technických a jiných parametrů jistě neodpovídá zákonnému požadavku předběžné kontroly. Nicméně není ani nedovoleným jednáním, které by jakkoli porušovalo zákon. Jde nad rámec zákona, aniž by ubíralo na právech garantovaných jednotlivým zájemcům. Z notářského zápisu nevyplývá, že by navrhovatel nebo jiný zájemce požadoval doplnění informací či podkladů o předmětném losovacím zařízení, resp. že by považoval zpřístupněné informace a podklady za nedostatečné. Stejně tak z něj nevyplývá, že by snad některý ze zájemců uplatňoval své právo příslušející mu podle § 61 odst. 5 zákona a že by mu jeho naplnění zadavatel neumožnil. Povinnost zadavatele umožnit zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování, je vždy vázána na uplatnění takového práva některým ze zájemců. Takovéto uplatnění práva ovšem nenastalo. Závěr, ke kterému Úřad v napadeném rozhodnutí při vypořádání této námitky došel, však vzhledem k výše uvedenému považuji za správný a v souladu se zákonem.
28. Ohledně namítané možnosti následné delegace smluvního zastoupení zástupce zadavatele a jejího posouzení Úřadem, konstatuji následující. Zadavatel se může při výkonu práv a povinností podle zákona souvisejících se zadávacím řízením nebo soutěží o návrh nechat

zastoupit jinou osobou. Tato osoba musí splňovat požadavek nepodjatosti podle § 74 odst. 7 a nesmí se účastnit příslušného zadávacího řízení. Speciální právní úpravu, která by hlouběji upravovala možnosti zastoupení zadavatele, zákon na rozdíl např. od § 30 odst. 1 správního řádu, neobsahuje. Zadavateli tedy zůstává k dispozici možnost využít patřičné soukromoprávní úpravy zastoupení. V konkrétním případě se nechal zadavatel zastupovat svým zástupcem, společností STILT PROJECTS s. r. o. na základě mandátní smlouvy uzavřené dne 15. 7. 2011. Součástí této smlouvy byla mj. i možnost se souhlasem zadavatele zadat část smluvního plnění prostřednictvím třetích osob. Zástupce zadavatele se tedy mohl dát zastoupit k určitým úkonům v zadávacím řízení, mj. i k losování. Za tímto účelem uzavřel zástupce zadavatele dne 15. 9. 2011 mandátní smlouvu se společností VE-ZAK CZ s. r. o. Vzhledem k tomu považuji závěr Úřadu, o možnosti následné delegace smluvního zastoupení zástupce zadavatele, za správný a zákonný.

29. K námitce rozkladu, že ačkoli Úřad konstatoval porušení zákona ze strany zadavatele nesdělením identifikačních údajů některých zájemců účastnících se losování, toto pochybení zlehčil a nevyvodil patřičné důsledky v podobě zrušení zadávacího řízení, či uložení zákazu plnění smlouvy konstatují následující. Z notářského zápisu vyplývá, že zástupce zadavatele přítomným zástupcům zájemců při losování sdělil pouze název sdružení a vedoucího účastníka sdružení, pokud žádost podalo sdružení uchazečů a losování tak probíhalo za situace, kdy přítomní zástupci zájemců nevěděli, kterých konkrétních zájemců se tento proces týká. Závěr, ke kterému dospěl Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí, považuji za správný z následujících důvodů. K porušení zásady transparentnosti došlo postupem zadavatele, který nesdělil údaje o účastnících losování, ačkoli tomu nic nebránilo. Nicméně kompletní identifikační údaje jednotlivých účastníků sdružení, které následující den zadavatel navrhovatelí sdělil, se bez výjimky shodovaly s údaji, které jsou obsaženy v žádostech jednotlivých zájemců o účast v zadávacím řízení. Závěr Úřadu, že s ohledem na shodu dotčených údajů v žádostech o účast a protokolu o výběru ze zájemců pro omezení jejich počtu a způsob provedení losování, však tento postup zadavatele v tomto konkrétním případě podstatně neovlivnil nebo nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, považuji za správný a v souladu se zákonem.
30. K poslední námitce rozkladu, že zadavatel měl předem přidělená pořadová čísla jednotlivých dodavatelů na požádání před losováním v zájmu zachování transparentnosti a nediskriminace změnit, uvádím následující. V obecné rovině je možné této námitce navrhovatele přitakat. Pokud však Úřad přijal v odůvodnění napadeného rozhodnutí závěr, že nevyhovění tomuto požadavku samo o sobě, vzhledem ke způsobu fungování předmětného losovacího zařízení, nemůže být důvodem pro konstatování netransparentnosti či diskriminace losování, považuji tento závěr za správný a v souladu se zákonem.

VI. Závěr

31. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného usnesení z důvodů uváděných v rozkladu.

32. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené usnesení změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Olomoucký kraj, Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc
2. STILT PROJECTS s. r. o., Železniční 469/4, 779 00 Olomouc
3. ALPINE Bau CZ s. r. o., Jiráskova 613/13, 757 43 Valašské Meziříčí

Vypraveno dne:

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