UOHSX004A56F

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R73/2012/VZ-9814/2012/310/JSl V Brně dne: 29. května 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 15. 3. 2012 podaném navrhovatelem –

- společností **SKANSKA, a. s.**, IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S288/2011/VZ-3955/2012/520/JMa ze dne 5. 3. 2012 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Města Raspenava**, IČ 00263141, se sídlem Fučíkova 421, 464 01 Raspenava,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem **„Povodně 2010 – Raspenava – mosty“**, zadávané v užším řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 17. 5. 2011 pod evidenčním číslem 60060170, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **SMP CZ, a. s.**, IČ 27195147, se sídlem Pobřežní 667/78, 186 00 Praha,

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-S288/2011/VZ-3955/2012/520/JMa ze dne 5. 3. 2012

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Město Raspenava, IČ 00263141, se sídlem Fučíkova 421, 464 01 Raspenava (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**“)[1], v informačním systému o veřejných zakázkách dne 17. 5. 2011 pod evidenčním číslem 60060170, oznámení užšího zadávacího řízení podle § 28 zákona na veřejnou zakázku s názvem „Povodně 2010 – Raspenava – mosty“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) obdržel dne 20. 7. 2011 návrh společnosti SKANSKA, a. s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha (dále jen „**navrhovatel**“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť zadavatel nevyhověl jeho námitkám proti omezení počtu zájemců o účast ve veřejné zakázce na pět. K uvedenému dni tedy Úřad oznámil zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a uchazeče, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější – společnost SMP CZ, a. s., IČ 27195147, se sídlem Evropská 1692/37, 160 41 Praha (dále jen „**vybraný uchazeč**“).

3. Navrhovatel v podaných námitkách uvedl, že zadávací podmínku „omezení počtu zájemců losováním na pět“ nepovažuje za stanovenou v souladu se zákonem a zadávacími směrnicemi, tj. směrnicí Evropského parlamentu a Rady č. 2004/17/ES ze dne 31. 3. 2004 „o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb“ (dále též jen „**směrnice 2004/17/ES**“) a směrnicí Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 „o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby“ (dále též jen „**směrnice 2004/18/ES**“). Navrhovatel má zato, že omezením počtu zájemců na pět došlo k zásahu do soutěžního prostředí, resp. že hospodářská soutěž mezi subjekty nemohla být řádně zajištěna, a to zejména s ohledem na existující cenové rozdíly nabídek konkurentů. Důvodem pro použití užšího řízení a pro následné omezení nabídek by neměly být vyšší administrativní náklady zadavatele za situace, kdy lze soutěží dosáhnout ceny nižší řádově v milionech. Své námitky navrhovatel uzavřel s tím, aby bylo užší řízení změněno na řízení otevřené. Zadavatel nicméně tyto námitky posoudil jako opožděně podané (lhůta podle § 110 odst. 2 zákona vypršela dne 2. 6. 2011, zatímco námitky zadavatel obdržel teprve dne 7. 7. 2011). Zadavatel však z opatrnosti podané námitky přezkoumal a konstatoval, že zadal veřejnou zakázku jako podlimitní a že je právem zadavatele zvolit si druh zadávacího řízení. Rozhodnutí o použití užšího řízení, jakož i rozhodnutí o omezení počtu zájemců, kteří mají být vyzváni k podání nabídky, nelze samo o sobě napadnout námitkami nebo návrhem na přezkoumání úkonu zadavatele.

[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, není-li uvedeno jinak.

4. Co se týče odmítnutí námitek zadavatelem, uvedl navrhovatel v podaném návrhu, že informace o počtu uchazečů, na jejichž počet bude soutěž zúžena, není zadávací podmínkou. Kdyby byl závěr zadavatele o lhůtě pro podání námitky s navázáním na 15 denní lhůtu ode dne obdržení kvalifikační dokumentace správný, vedlo by to k absurdnímu závěru nemožnosti podat návrh na přezkoumání úkonu zadavatele s využitím argumentu přesné znalosti počtu uchazečů. Informace o druhu řízení a počtu uchazečů, na něž bude soutěž zúžena, je součástí oznámení o zakázce, a jak navrhovatel dovozuje, je zadávací podmínkou vymezující okolnosti vztahující se k zadávacímu řízení. Na lhůtu pro podání námitek se tedy nevztahoval § 110 odst. 2 zákona, který představuje ex post kontrolu již uskutečněných úkonů, a proto závěr zadavatele o existenci „*úkonu užšího řízení s omezením na pět uchazečů*“ není správný. Úkonem je podle navrhovatele až losování. V podaném návrhu tudíž navrhovatel trval na protizákonnosti zadávací podmínky „omezení počtu zájemců losováním na pět“, stejně jako na tvrzení, že konkurence pěti uchazečů nezaručuje skutečnou hospodářskou soutěž. Ačkoli česká právní úprava nereflektuje zásadu zachování hospodářské soutěže v užším řízení tak, jak je upravena v zadávacích směrnicích, nutnost objektivního důvodů pro omezení počtu nabídek nedávno zdůraznil také slovenský Úrad pre verejné obstarávanie. Navrhovatel tedy uzavřel, že neshledává objektivní důvod, pro který by zadavatel měl a mohl omezovat počet účastníků, ani vznik nepřiměřených nákladů spjatých s více nabídkami. Navrhovatel se dále ve svém návrhu podrobně vyjádřil k návrhu na přezkoumání úkonu losování. Připustil však, že tuto námitku nedoručil v požadované lhůtě, a proto požádal Úřad, aby v tomto směru zahájil správní řízení ex offo. Dále uvedl, že k losování bylo použito zařízení CENTLOZ002 (generátor náhodných čísel), které je ve vlastnictví společnosti VE-ZAK CZ s.r.o., IČ 28600983, se sídlem Ke Stírce 491/33, 182 00 Praha 8. Výrobcem celého zařízení je společnost Centador, s.r.o., IČ 28599632, se sídlem Dubská 244, 272 03 Kladno. Navrhovatel měl mj. zato, že průměrný odborník z oblasti IT může v daném zařízení provést změnu software i algoritmus losování nebo omezit množinu losovaných čísel, a proto je zcela nedostačující, aby možnost úpravy software byla zamezena pouze umělohmotnou plombou soukromé osoby. Dále navrhovatel zpochybnil výsledek losování na příkladu vybraného uchazeče a posléze i jiných uchazečů; navrhovatel udal pravděpodobnost vylosování vybraného uchazeče na 0,72 %, přičemž četnost výskytu jeho vylosování přes 50 % této pravděpodobnosti neodpovídá. Navrhovatel namítal v této souvislosti porušení pravidel hospodářské soutěže a sekundárního práva Evropské unie, neboť losování není guideline dovoleno. Zároveň poukázal na rozpor losování zařízením se zákonem, neboť kontrola zařízení před losováním nepřipadá v úvahu a proces losování zařízením je nepřezkoumatelný a nekontrolovatelný ze strany uchazečů.

5. Zadavatel ve svém vyjádření k zahájenému správnímu řízení setrval na stanovisku, že námitky navrhovatele doručené dne 7. 7. 2011 směřovaly nikoli proti zadávací podmínce, ale proti postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky, a jde tedy o námitky podané ve smyslu § 110 odst. 2 zákona. Rozhodnutí o použití užšího řízení, jakož i rozhodnutí o omezení počtu zájemců nelze samo o sobě účinně napadnout námitkami nebo návrhem na přezkoumání úkonu zadavatele. Pokud by námitky nebyly opožděné a zadavatel měl povinnost o nich rozhodnout, těmto námitkám by nevyhověl s odůvodněním, že žádným svým postupem zákon neporušil. Omezení počtu zájemců losováním na pět je zcela v souladu se zákonem a užší řízení je rovnocenné řízení otevřenému; je na vůli zadavatele, jaký druh zadávacího řízení si zvolí. K průběhu losování zadavatel uvedl, že použil

elektronické losovací zařízení CENTLOZ002. Ve zprávě o zkoušce provedené Elektrotechnickým zkušebním ústavem (dále jen „**EZÚ**“) je uvedeno, že 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. Zadavatel vždy umožnil zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování. Shodně postupoval v tomto případě, kdy výslovně k žádosti navrhovatele bylo provedeno zkušební losování. Navrhovatel, byť uvádí, že se účastnil nejméně 20 losování a nebyl vylosován ani jednou, podle zadavatele jen za rok 2011 byl vylosován minimálně ve čtyřech případech veřejných zakázek, což zadavatel dokládá kopiemi notářských zápisů.

II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 5. 3. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S288/2011/VZ-3955/2012/520/JMa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož prvním výrokem rozhodl, že se 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, a druhým výrokem rozhodl, že se návrh navrhovatele směřující proti netransparentnosti losovacího zařízení a losování podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona zamítá, neboť navrhovatel není oprávněnou osobou pro podání návrhu, protože nepodal zadavateli v této části návrhu námitky podle § 110 odst. 7 zákona.

7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad nejprve vyjádřil k postavení navrhovatele jakožto osoby oprávněné k podání návrhu. S odkazem na § 17 odst. 1 písm. l) a § 110 odst. 2, 3 a 7 zákona konstatoval, že rozhodnutí zadavatele o druhu zadávacího řízení pro zadání předmětné veřejné zakázky, resp. omezení počtu zájemců na pět, bylo výslovně uvedeno v oznámení o zakázce ve smyslu ustanovení § 17 odst. 1 písm. l) zákona. Druh zadávacího řízení (užší řízení) a stanovení počtu zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídky, jsou tedy zadávacími podmínkami. Námitky navrhovatele ze dne 30. 6. 2011, které směřovaly proti omezení počtu zájemců na pět, jsou ve smyslu shora uvedeného námitkami proti zadávacím podmínkám podle ustanovení § 110 odst. 3 zákona; skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele stěžovatel dozvěděl, nebyly jejich povinnou obsahovou náležitostí. 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, a proto 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 nepříliš vhodné. Přesto však Úřad konstatoval, že zákon neumožňuje v dané věci aplikovat ustanovení § 110 odst. 2 zákona. Námitky navrhovatele směřující proti zadávací podmínce omezení počtu zájemců losováním na pět nicméně byly podány ve lhůtě podle § 110 odst. 3 zákona, a proto lze podaný návrh považovat v části směřující proti stanovení zadávací podmínky omezení počtu zájemců losováním na pět za řádný.

8. K samotnému omezení počtu zájemců losováním na pět Úřad s odkazem na § 21 odst. 1 písm. b), § 28 odst. 1, 2 a 3 a § 61 odst. 4, 5 a 6 zákona, čl. 2 odst. 2 a čl. 16 směrnice

č. 2004/17/ES a čl. 7c směrnice č. 2004/18/ES uvedl, že nelze aplikovat ustanovení směrnic č. 2004/17/ES a 2004/18/ES týkající se omezení počtu zájemců v zadávacím řízení, kdy počet vyzvaných zájemců musí být dostatečný, aby zajistil skutečnou hospodářskou soutěž. Směrnice č. 2004/17/ES se vztahuje na postupy zadavatelů působících ve výše uvedených odvětvích, tzn. podle terminologie zákona o veřejných zakázkách zadavatelů sektorových, navíc v nadlimitních veřejných zakázkách. Taktéž směrnice č. 2004/18/ES se ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky vztahuje pouze na nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce, takže pokud je předmětná veřejná zakázka na opravu lávek a mostků (stavební práce podle čl. II.1.2 oznámení o zakázce) podle oznámení o zakázce a zadávací dokumentace podlimitní, nespadá postup zadavatele v předmětné veřejné zakázce do působnosti uvedené směrnice. I z citovaného rozhodnutí Úradu pre verejné obstaravanie vyplývá, že se jednalo o nadlimitní veřejnou zakázku, navíc i ze znění zákona č. 25/2006 Z. z. 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*“. Vzhledem k odlišnosti národních úprav i povahy veřejné zakázky nelze závěry navrhovatelem zmíněného rozhodnutí Úradu pre verejné obstaravanie aplikovat. Jediná právní norma, kterou byl zadavatel v předmětném zadávacím řízení ve vztahu k omezení počtu zájemců a použití toho kterého druhu zadávacího řízení vázán, byl zákon. Zadavatel tedy může bez dalšího použít pro zadání veřejné zakázky užší zadávací řízení, s omezením počtu zájemců na minimální počet pěti. Úřad proto neshledal v postupu zadavatele (omezení počtu zájemců losováním na pět) pochybení, které by mohlo mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, a proto návrh zamítl.

9. K namítané netransparentnosti losovacího zařízení a losování s odkazem na § 110 odst. 1, 2 a 7 a § 114 odst. 1, 3 a 4 písm. c) zákona a na základě předložené dokumentace o veřejné zakázce Úřad konstatoval, že pro stanovení okamžiku, kdy se o případné netransparentnosti losovacího zařízení a losování navrhovatel dozvěděl, je rozhodný den 29. 6. 2011, kdy proběhlo losování, kterého se navrhovatel osobně účastnil. Navrhovatel tedy mohl ve lhůtě podle § 110 odst. 2 zákona, tj. do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení dozvěděl, podat námitky, což neučinil. Navrhovatel sice podal dne 7. 7. 2011 zadavateli námitky, avšak brojil jimi pouze proti zadávací podmínce omezení počtu uchazečů na pět. Tyto námitky tedy neobsahovaly argumenty proti losovacímu zařízení a losování, přestože losování proběhlo dne 29. 6. 2011. Navrhovatel 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. 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. Z tohoto důvodu Úřad o této části návrhu rozhodl tak, že jej podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona zamítl.

III. Námitky rozkladu

10. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 19. 3. 2012 rozklad navrhovatele, v jehož úvodu navrhovatel shrnul, že závěry napadeného rozhodnutí se dají shrnout do dvou hlavních myšlenek: zaprvé, zadávací směrnice se na přezkoumávanou

veřejnou zakázku nevztahují, zadruhé, zákonodárcem stanovený minimální počet pěti uchazečů v užším řízení představuje jakousi „fikci“ hospodářské soutěže.

11. Co se týče prvního argumentu, ačkoli veřejná zakázka nedosahuje finančních limitů uvedených ve směrnici č. 2004/18/ES, základní účel zákona je třeba hledat nejen v ní, ale i v jiných pramenech, které na zadávání veřejných zakázek dopadají. Cílem zadávacího řízení je ochrana hospodářské soutěže, volný pohyb služeb a zamezení korupce. Jednání veřejného zadavatele (hospodařícího s veřejnými prostředky a nezávislého na dosažení zisku) se proto má co nejvíce přiblížit jednání v soukromém podnikatelském prostředí tak, aby se zadavatelé snažili získat nabídky co největšího množství dodavatelů, aby z nich skutečně mohli vybrat tu nejvýhodnější. Omezení počtu zájemců na pět odporuje jednomu ze základních pilířů Smlouvy o fungování EU, tj. soutěži mezi tržními subjekty. Smlouva o fungování EU s žádnými finančními limity nepočítá. Na podporu tohoto závěru cituje navrhovatel z JURČÍK, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, 57 s., a dále z důvodové zprávy k zákonu. K poměru zadávacího řízení a hospodářské soutěže se vyjádřil i Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 8 Afs 60/2009 a k efektivnímu vynakládání veřejných prostředků v rozsudku sp. zn. 9 Afs 87/2008. Ze všech uvedených zdrojů vyplývá, že primární povinností zadavatele je každým svým krokem, rozhodnutím nebo úkonem sledovat zajištění základního důvodu existence právní úpravy veřejných zakázek, kterým je rovná, transparentní a pravá soutěž mezi tržními subjekty. Argument, že se jeden z pramenů (zadávací směrnice) na zakázku nevztahuje, tak podle navrhovatele vzbuzuje dojem alibismu. Namísto zcela jednoznačně zodpověditelné otázky, zda zadavatel měl povinnost postupovat tak, aby zajistil pravou soutěž, je třeba se ptát, zda tak skutečně postupoval a zda pravou soutěž zajišťuje účast pěti dodavatelů. Jakkoli je postup ve světle prostého gramatického výkladu zákona legitimní, cíl právní úpravy dosažen nebyl. Úřad se vůbec nevypořádal s tvrzením v bodech 6, 7 a 9 návrhu a dále se stěžejním důkazem o narušení hospodářské soutěže, kterým je statistika výsledků sledovaných soutěží. Minimálně v tomto bodě je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné a neobstojí v soudním přezkumu.

12. Co se týče druhého argumentu, tj. tvrzení, že pět uchazečů je počtem pro jakousi „zákonnou fikci soutěže“, uvádí navrhovatel, že tak zásadní okolnost, jakou je počet vyhodnocovaných nabídek, nemůže být ponechávána na libovůli zadavatele, neboť by vedla k popření základní premisy přezkoumatelnosti jednání zadavatele (tento názor navrhovatel podporuje odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 166/2005). Za každých okolností tak musí být rozhodnutí zadavatele, proč přizval k podání nabídek určitý počet zájemců, přezkoumatelný. Úřad sice tvrdil, že na zákonné minimum počtu vybraných zájemců o účast v užším řízení nejsou zákonem kladeny žádné další požadavky, avšak podle navrhovatele toto zákonem stanovené minimum neplní literu zákona, není-li jím zajištěna dostatečná soutěž (viz rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 15/2006, podle něhož není zákonné minimum dostatečné, jsou-li zde další okolnosti vedoucí k požadavku na vyšší hodnotu). Zadavatel by proto měl mít jasno, zda mu pět dodavatelů z mnohonásobně vyššího počtu schopných dodavatelů umožní základního účelu zákona dosáhnout; pokud nikoli, musí ze zájemců o účast v užším řízení vybrat vyšší počet uchazečů, kteří budou podávat nabídky. Navrhovatel s odkazem na čl. 44 odst. 3 směrnice č. 2004/17/ES trvá na tom, že by zadavatel měl postupovat tak, že nejprve oznámí min. počet uchazečů (ne méně než pět, i kdyby pro soutěž objektivně postačovali uchazeči dva), ale po obdržení žádostí může počet uchazečů zvýšit (libovůle změny počtu uchazečů vede k lepší soutěži).

13. Navrhovatel dále namítá, že z § 151 zákona vyplývá, že nelze udělit substituční plnou moc k úkonu ze zástupce na třetí osobu. Neupravuje-li zákon (obzvláště veřejnoprávní norma) možnost udělení substituční plné moci, nemělo by být takové postoupení akceptováno. K úkonu „losování" tak měl losovatel VE-ZAK CZ s. r. o. pověření „nepřímé", a to od zástupce zadavatele – společnosti Allowance, s. r. o., což potvrzuje i notářský zápis; nebylo zároveň prokázáno, že by losovatel VE-ZAK CZ s. r. o. měl přímou plnou moc. Substituční plná moc je tedy nicotným právním úkonem a na tom by nemohlo nic změnit ani to, kdyby byla možnost substituce upravena v písemném pověření od zadavatele pro společnost Allowance, s. r. o. Ustanovení § 151 zákona je kogentní a nelze se od něj dohodou stran odchýlit. Mimo gramatického výkladu § 151 zákona je zapotřebí zohlednit i jeho účel a smysl. Připuštěním nekontrolovatelného přenosu kompetencí k výkonu zadavatelských činností by bylo možné, aby zadavatel udělil plnou moc v zásadě neomezenému počtu osob, které by se na výkonu zadavatelských činností mohly podílet. V takovém případě by se stala povinnost ověřování nepodjatosti těchto osob (§ 74 odst. 7 zákona) pouhou iluzí. Skutečnost, že v průběhu zadávacího řízení za zadavatele jednaly dva odlišné subjekty, považuje navrhovatel za zásadní porušení zákona a transparentnosti zadávacího řízení. Navrhovatel v tomto jednání navíc spatřuje pokus o přenesení trestněprávní odpovědnosti z administrátora (tj. společnosti Allowance, s. r. o.) na jinou osobu. Tyto skutečnosti sice nebyly namítány samostatnou námitkou, avšak Úřad se jimi dle mínění navrhovatele zabývat musí. Platnost úkonu je prejudiciální otázka, kterou se musí dozorující orgán zabývat vždy. Absolutní neplatnost navíc nemusí být namítána a orgán dohledu je povinen ji zkoumat vždy a za každých okolností.

14. Navrhovatel se proto domáhá přezkoumání napadeného rozhodnutí v plném rozsahu a k jeho změně v tom smyslu, že se návrhu navrhovatele vyhovuje.

IV. Řízení o rozkladu

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. K podanému rozkladu se vyjádřil zadavatel a uvedl, že se v plném rozsahu ztotožňuje s napadeným rozhodnutím.

17. 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.

18. Úřad tím, že prvním výrokem rozhodnutím č. j. ÚOHS-S288/2011/VZ-3955/2012/520/JMa ze dne 5. 3. 2012 rozhodl, že se 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, a jeho druhým výrokem rozhodl, že se návrh navrhovatele směřující proti netransparentnosti losovacího zařízení a losování podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona zamítá, neboť navrhovatel není oprávněnou osobou pro podání návrhu, protože nepodal zadavateli

v této části návrhu námitky podle § 110 odst. 7 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

19. Jak je z podaného rozkladu zřejmé, navrhovatel v něm uplatňuje vesměs obecné námitky spočívající v připomenutí základních principů, na nichž je postaven zákon a na nichž funguje jednotný vnitřní trh Evropské unie. Nebylo cílem napadeného rozhodnutí, stejně jako není záměrem rozhodnutí o rozkladu, zpochybňovat zejména základní princip ochrany hospodářské soutěže při zadávání veřejných zakázek. Mám však zato, že rozkladové námitky musí být dostatečně konkrétní, aby bylo možné identifikovat, v jakých konkrétních úvahách a právních závěrech správní orgán prvního stupně pochybil. Za podstatný bod podaného rozkladu proto považuji navrhovatelem vyjádřený nesouhlas s absencí povinnosti zadavatele zkoumat při volbě počtu zájemců, které vyzve k podání nabídky v užším řízení, zda zvolený počet zájemců zaručí existenci skutečné hospodářské soutěže, a dále v pořadí novou námitku týkající se nedostatku oprávnění společnosti VE-ZAK CZ, s. r. o. provádět za administrátora, společnost Allowance, s. r. o., úkon losování.

20. V obdobném duchu se vyjádřil i Krajský soud v Brně, který ve svém rozsudku ze dne 7. 10. 2011, č. j. 62 Af 41/2010-72, dospěl k závěru, že námitku obecnou, jež by byla podána pouze coby obecný nesouhlas se závěry obsaženými v prvostupňovém rozhodnutí, je možné za určitých okolností vypořádat obecným odkazem na předchozí prvostupňové rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že navrhovatel uplatňuje prakticky tytéž skutečnosti a argumenty, jaké vznesl ve správním řízení prvního stupně, a tím pádem rozklad neobsahuje v argumentační linii týkající se aplikace zadávacích směrnic a zákona nic nového, k čemu by se již Úřad v napadeném rozhodnutí nevyjádřil, s ohledem na zásadu ekonomie správního řízení plně postačuje na závěry napadeného rozhodnutí odkázat. Pro úplnost dodávám, že rozkladem fakticky není napadán výrok II. napadeného rozhodnutí o tom, že navrhovatel není osobou oprávněnou k podání návrhu na zahájení správního řízení o přezkumu úkonů zadavatele.

21. V bodu 12 rozkladu navrhovatel dále vznáší námitku nepřezkoumatelnosti odůvodnění napadeného rozhodnutí. Byla-li by nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí v některém ohledu zjištěna, jednalo by se o důvod, pro nějž samotný by napadené rozhodnutí nemohlo obstát v případném soudním přezkumu. Nepřezkoumatelnost má dle mínění navrhovatele spočívat v nevypořádání bodů 6, 7 a 9 podaného návrhu a v neprovedení stěžejního důkazu o narušení hospodářské soutěže, kterým má být statistika sledovaných soutěží. Podle rozsudků Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 5. 2009, č. j. 2 As 22/2008-151, a ze dne 4. 5. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007-75, není vyloučeno, aby byly absentující úvahy napadeného rozhodnutí plně nahrazeny úvahami orgánu rozhodujícího o rozkladu, a to dokonce i na podkladě doplněného dokazování a nad rámec důvodů rozkladu.

22. Přezkumem obsahu napadeného rozhodnutí jsem zjistil, že k předložené statistice losování se Úřad v napadeném rozhodnutí skutečně nevyjádřil, a to proto, že se tato dílčí námitka v podstatě vztahuje k části návrhu obsahujícímu výhrady k netransparentnímu losování za

pomoci losovacího zařízení CENT LOZ002; v této části návrhu však Úřad u navrhovatele shledal nedostatek aktivní legitimace k podání návrhu. Z důvodu právní opatrnosti doplňuji (ve světle rozsudků Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 5. 2009, č. j. 2 As 22/2008-151, a ze dne 4. 5. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007-75), že nelze porovnávat úspěšnost jednotlivých účastníků losování, pokud se některý z nich účastnil losování za účelem omezení počtu zájemců v užším řízení např. pouze jednou či dvakrát a uspěl, s těmi účastníky, kteří se účastnili např. osmkrát a vícekrát. Výsledky týkající se procentuální úspěšnosti tedy považuji v navrhovatelem předložené statistice zkreslené, a tím pádem neporovnatelné.

23. K údajně nevypořádaným bodům 6, 7 a 9 návrhu, které se shodují s týmiž body rozkladu, znovu opakuji, že se jedná o obecné a spíše proklamativní námitky, které byly fakticky vypořádány v bodech 58 až 77 napadeného rozhodnutí; současně opětovně zdůrazňuji, že není sporu o významu principu ochrany hospodářské soutěže při zadávání veřejných zakázek, nicméně to nic nemění na tom, že okruh povinností zadavatele je zákonem přesně dán.

24. K aplikaci zadávacích směrnic a k narušení soutěžního prostředí uvádím, že první rozkladová námitka (ve shodě s námitkou návrhovou) míří proti závěru napadeného rozhodnutí, že postup zadavatele, který v užším řízení omezil počet zájemců na pět, byl v souladu se zákonem. Navrhovatel setrvává na svém tvrzení, že omezení počtu nabídek na pět z několikanásobného množství nabídek popírá jeden ze základních pilířů Smlouvy o fungování EU, tj. soutěž mezi tržními subjekty, a zdůrazňuje v této souvislosti, že ochrana soutěže je nepřímou zásadou zadávacího řízení.

25. Jak vyplývá z bodů 58 až 77 odůvodnění napadeného rozhodnutí, vyjádřil se Úřad jak k aplikaci zákona, tak k aplikaci zadávacích směrnic či jiných právních předpisů Evropské unie naprosto vyčerpávajícím způsobem, a proto v tomto ohledu na tyto závěru postačí pouze odkázat. Z napadeného rozhodnutí tak jasně vyplývá, že ačkoli podle § 1 zákona tento zákon zapracovává příslušné předpisy Evropské unie (mj. zadávací směrnice č. 2004/17/ES a č. 2004/18/ES), tj. provádí transpozici zadávacích směrnic, činnost Úřadu jakožto orgánu moci výkonné se omezuje na rozhodování v mezích zákona. Z tohoto důvodu Úřadu nepřísluší jakkoli posuzovat nebo se i jen vyjadřovat ke kvalitě provedené transpozice, stejně jako orgán dohledu nemůže její případné nedostatky zhojit.

26. Navíc bylo v napadeném rozhodnutí srozumitelně vysvětleno, že se směrnice č. 2004/17/ES vztahuje na postupy zadavatelů působících v odvětvích specifikovaných v jejím čl. 2 odst. 2, tj. podle terminologie zákona na činnost zadavatelů sektorových, nikoli veřejných (v pozici veřejného zadavatele vystupoval i zadavatel v přezkoumávaném zadávacím řízení na stavební práce), a to navíc pouze na zadávání zakázek nadlimitních. Směrnice č. 2004/18/ES se rovněž vztahuje pouze na zadávání nadlimitních veřejných zakázek na stavební práce, a proto postup zadavatele nespadá ani pod působnost této směrnice, neboť přezkoumávaná veřejné zakázka je svou předpokládanou hodnotou podlimitní. Zadávací směrnice proto na postup zadavatele v přezkoumávané veřejné zakázce nedopadají, a proto se Úřad jejich další aplikací na postup zadavatele správně nezabýval.

27. Ze znění § 21 odst. 2 zákona je zřejmé a jednoznačné, že zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít mimo jiné užší řízení, přičemž v § 28 zákona, který konkretizuje podmínky použití užšího řízení, je v odstavci třetím stanoven minimální počet zájemců, které musí zadavatel vyzvat k podání nabídky. V obou případech se jedná o kogentní ustanovení zákona,

tj. zadavatel se od něj nemůže odchýlit a vždy musí nejméně 5 zájemců o účast v užším řízení k podání nabídky vyzvat, což se také v přezkoumávaném případě stalo. Povinnost zadavatele vyzvat k podání nabídek minimálně 5 zájemců však není v § 28 odst. 3 zákona dále konkretizována (např. ve vztahu k množství subjektů pohybujících se v konkrétním tržním prostředí, jak naznačuje navrhovatel), a taktéž zákon zadavateli neukládá, aby volbu počtu zájemců podrobil zkoumání, zda jím bude zajištěna skutečná hospodářská soutěž. Zákonodárce v § 28 odst. 3 zákona vymezil hraniční počet oslovených zájemců, který dle jeho mínění ještě hospodářskou soutěž zajišťuje (obdobně viz čl. 44 odst. 3 směrnice č. 2004/18/ES, kterého se dovolává navrhovatel). Lze tedy v zásadě souhlasit se shrnutím, které provedl navrhovatel v podaném rozkladu, že minimální počet pěti vybraných (zde losovaných) zájemců o účast v užším řízení představuje svého druhu zákonnou fikci skutečné soutěže o veřejnou zakázku.

28. S ohledem na obsah rozkladu, který se opírá o základní principy zadávacích řízení, uvádím nad rámec výše uvedeného zjištění, že na postup zadavatele v přezkoumávané veřejné zakázce zadávací směrnice nedopadají, že mám zato, že zákon je plně v souladu se směrnicí č. 2004/18/ES, a to nejen v oblasti požadavků na druhy zadávacích řízení, ale i v konkrétní právní úpravě užšího řízení. Pokud bych připustil, že zákon skutečně netransponoval znění čl. 44 odst. 3 směrnice č. 2004/18/ES v plném rozsahu, pak je třeba uvést následující.

29. Podle čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod může každý činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá. Dále platí, že veřejnou moc může orgán veřejné moci vykonávat pouze v oblasti své působnosti zákonem stanovenými právními prostředky. Pravomoc a působnost orgánů veřejné moci je stanovena zákonem a pro uplatňování veřejné moci platí zásada, podle níž právní povinnosti mohou být ukládány pouze zákonem stanovené nebo na základě zákona a v jeho mezích (*secundum legem*). Zadavatel byl při svém postupu vázán toliko § 28 odst. 3 zákona, který, jak již bylo řečeno, nijak nekonkretizuje povinnost vyzvat minimální počet zájemců např. ve vztahu k množství subjektů pohybujících se v konkrétním tržním prostředí, a který současně zadavateli ani neukládá, aby volbu počtu zájemců podrobil zkoumání či dokazování, zda zajistí skutečnou hospodářskou soutěž. Nelze proto nijak postihovat zadavatele za to, že využil zákonem dané možnosti omezit počet zájemců o účast v užším řízení na minimální zákonem stanovenou úroveň. Přímý účinek směrnice v případě, že nedojde k její implementaci do národního práva, je sice jedním ze základních principů práva Evropské unie, potvrzený judikaturou Evropského soudního dvora, nicméně tento přímý účinek se v zásadě neužije na vztah horizontální (tj. v právních vztazích mezi jednotlivci navzájem, v tomto případě mezi zájemcem o účast v užším řízení a zadavatelem). V úvahu přichází pouze tzv. účinek nepřímý, tj. povinnost eurokonformního výkladu vnitrostátního práva příslušným orgánem.

30. V této souvislosti je třeba poukázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 2. 2010, č. j. 5 Afs 68/2009-113, který se týkal eurokonformního výkladu zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů: „Princip nepřímého účinku byl poprvé ESD formulován ve věci Von Colson a Kaman (C-14/83): Tento judikát se stal základem doktríny nepřímého účinku a následně byl nesčetněkrát citován a rozšiřován (např. C-106/89 ve věci Marleasing, C- 80/86 ve věci Kolpinghuis, C-334/92 ve věci Wagner Merit). Doktrína nepřímého účinku stanoví povinnost vnitrostátní právo určitým způsobem vykládat, přitom musí být dodržena podmínka, že pro užití nepřímého účinku, vnitrostátní

předpis je schopen takového výkladu. Umožňují-li vnitrostátní interpretační techniky vyložit dané vnitrostátní ustanovení několika způsoby, má správní orgán, jakož i soud povinnost použít ten výklad, který je nejbližší smyslu a cíli odpovídajícího komunitárního ustanovení. Pokud je tedy ustanovení zákona nejasné, neurčité nebo není definováno, nelze ani určit, zda je se směrnicí v rozporu. Ze svého principu tedy nepřímý účinek komunitárního práva nikdy nemůže být *contra legem*. (…) Povinnosti vykládat národní právo v souladu se směrnicí je tedy podmíněno a priori tím, že existuje vnitrostátní předpis, který je nejednoznačný, umožňuje několik výkladů, přitom alespoň jeden z možných výkladů práva je v souladu se Směrnicí. Z uvedeného vyplývá, že čím větší mají dané vnitrostátní soudy možnost své právo interpretovat (dotvářet), tím větší povinnost mají toto právo vykládat eurokonformně.“.

31. Ve světle citovaného rozsudku mám zato, že v přezkoumávaném případě není naplněna podmínka, aby byl vnitrostátní předpis schopen eurokonformního výkladu, resp. aby dikce sporného ustanovení § 28 odst. 3 zákona vícerý výklad umožňovala a aby bylo nutné zákon a úmysl zákonodárce dotvářet (v tomto případě doplňovat o povinnost zadavatele zkoumat či dokonce dokazovat, zda jím zvolený počet vybraných zájemců zajistí dostatečnou soutěž). V této souvislosti opětovně uvádím, že dostatečná hospodářská soutěž byla zákonem zajištěna právě za pomoci stanovení minimálního počtu vybraných zájemců o účast v užším řízení; při stanovení konkrétního počtu zákonodárce nepochybně vycházel z úpravy uvedené v čl. 44 odst. 3 směrnice č. 2004/18/ES.

32. K rozdílnosti nabídkových cen vítězných uchazečů v rámci otevřených a užších řízení uvádím, že navrhovatelem předestřené komparace nabídkových cen jsou pro řízení před Úřadem irelevantní, neboť není v kompetencích Úřadu posuzovat, zda otevřené a užší řízení přinášejí odlišné výsledky a jaké, neboť oba postupy jsou zákonné a je čistě na zadavateli, který druh zadávacího řízení pro zadání konkrétní veřejné zakázky zvolí (samozřejmě za předpokladu naplnění kogentních ustanovení zákona, o čemž není v tomto případě, jak vyplývá z předchozí části odůvodnění tohoto rozhodnutí, pochyb). Uzavírám tedy, že jsem v postupu zadavatele neshledal rozpor se zákonem.

33. V otázce zastoupení zadavatele podle § 151 zákona mám sice zato, že uvedená dílčí rozkladová námitka souvisí s částí návrhu týkající se nedostatečné transparentnosti procesu losování, která nemohla být v tomto správním řízení věcně přezkoumána z důvodu nedostatku aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu, ale pro úplnost uvádím, že pouhá skutečnost, že losování prováděla třetí osoba zplnomocněná zástupcem zadavatele, neshledávám jako rozpornou se zákonem.

34. Z dikce § 151 zákona nevyplývá zákaz zástupce zadavatele nechat se dále zastoupit, tudíž je vyloučení možnosti přenést plnou moc zástupcem zadavatele na jinou osobu plně na dohodě mezi zadavatelem a zastupující osobou. V této souvislosti dodávám, že jsem se neztotožnil s názorem prezentovaným navrhovatelem v podaném rozkladu, že možnost udělení substituční plné moci musí být v právním předpisu výslovně zmíněna tak, jako tomu je v § 33 odst. 3 správního řádu či v § 33a zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů. Vycházím naopak z § 33a odst. 1 písm. a) zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, jež je jako norma obecného a hmotného charakteru z hlediska analogie případnější než speciální procesní normy, a to proto, že § 151 procesní charakter nemá (upravuje práva a povinnosti zadavatele související se zadávacím řízením nebo soutěží o návrh; nevytváří mechanismus ochrany hmotného práva). Podle

naposledy zmíněného ustanovení je zmocněnec oprávněn udělit plnou moc jiné osobě, aby místo něho jednala za zmocnitele, je-li výslovně oprávněn podle plné moci udělit plnou moc jiné osobě. Z bodu 2.4 mandátní smlouvy mezi zadavatelem a společností Allowance, s. r. o. vyplývá, že mandatář je oprávněn uskutečňovat část smluvního plnění prostřednictvím třetích osob. Nedomnívám se rovněž, že by tento fakt snižoval důvěryhodnost losování, ale naopak mám zato, že provádění losování třetí nestrannou osobou může důvěryhodnost losování zvyšovat. Dílčí námitky o skrytém účelu takového jednání (vyhnutí se trestní či jiné odpovědnosti) jsou pouhou spekulací.

VI. Závěr

35. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

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

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu ve spojení s § 152 odst. 4 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Město Raspenava, Fučíkova 421, 464 01 Raspenava
2. SKANSKA, a. s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha
3. SMP CZ, a.s., Evropská 1692/37, 160 41 Praha

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy