



UOHSX003LER9

PŘESEDNA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R29/2011/VZ-8303/2011/310/JSI

V Brně dne: 25. května 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 3. 2. 2011 podaném navrhovatelem –

- společností **EUROVIA CS, a. s.**, IČ 45274924, se sídlem Národní 10, 113 19 Praha, za niž jedná Ing. Martin Borovka, předseda představenstva, a Ing. Zdeněk Synáček, člen představenstva, ve správním řízení zast. Mgr. Radkem Pokorným, advokátem se sídlem Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha,

proti usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S430,446/2010/VZ-969/2011/520/EMa ze dne 19. 1. 2011 vydaném podle § 76 a § 28 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, jímž bylo konstatováno, že účastníkem správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S430,446/2010/VZ o přezkoumání postupu zadavatele – Libereckého kraje, IČ 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec, zastoupeného Mgr. Stanislavem Eichlerem, hejtmanem, při zadání veřejné zakázky s názvem „**Revitalizace mostů na silnicích 2. a 3. třídy na území Libereckého kraje**“, zadávané v otevřeném nadlimitním řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 9. 2010 pod ev. č. 60049997 (opraveno dne 1. 10. 2010, 19. 10. 2010) a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 9. 2010 pod číslem 2010/S 182-277853, je také vybraný uchazeč – „**Sdružení Revitalizace Mosty Liberec MTS – SMP – SUD**“, tvořené

- společností **Metrostav, a. s.**, IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha, za niž jedná Ing. František Kočí, člen představenstva,
- společností **SMP VZ a. s.**, IČ 27195147, se sídlem Evropská 1692/37, 160 41 Praha, za niž jedná Ing. Jan Jech, místopředseda představenstva, a Ing. Pavel Kameník, člen představenstva, a
- společností **SUDOP PRAHA a. s.**, IČ 25793349, se sídlem Olšanská 1a, 130 80 Praha, za niž jedná Ing. Tomáš Slavíček, předseda představenstva,

které jsou ve správním řízení na základě plné moci ze dne 25. 1. 2011 zast. vedoucím účastníkem sdružení – společností Metrostav, a. s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha, za niž jedná Ing. František Kočí, člen představenstva,

jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- společnost **SKANSKA a. s.**, IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha, za niž jedná na základě pověření JUDr. Ondřej Navrkal, zaměstnanec společnosti,

jsem podle § 92 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 152 odst. 4 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozklad navrhovatele – společnosti EUROVIA CS, a. s., IČ 45274924, se sídlem Národní 10, 113 19 Praha, ze dne 3. 2. 2011 jako nepřipustný

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Liberecký kraj, IČ 70891508, U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 9. 2010 pod ev. č. 60049997 (opraveno dne 1. 10. 2010 a 19. 10. 2010) a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 9. 2010 pod číslem 2010/S 182-277853, oznámení otevřeného zadávacího řízení na nadlimitní veřejnou zakázku s názvem „Revitalizace mostů na silnicích 2. a 3. třídy na území Libereckého kraje“. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Úřad obdržel návrhy společnosti EUROVIA CS, a. s., IČ 45274924, Národní 10, 113 19 Praha (dále jen „navrhovatel“) a společnosti SKANSKA a. s., IČ 26271303, Líbalova 1/2348, 149 00 Praha. Usnesením ze dne 19. 11. 2010 odeslal Úřad účastníkům řízení, za něž kromě dvou výše uvedených společností označil také zadavatele, oznámení o zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Dne 17. 1. 2011 obdržel Úřad dopis zadavatele, z něhož vyplývá, že zadavatel dne 5. 1. 2011 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky – účastníků „Sdružení Revitalizace Mosty Liberec MTS – SMP – SUD“, mezi něž patří společnost Metrostav, a. s., IČ 00014915, Koželužská 2246, 180 00 Praha, společnost SMP VZ a. s.,

IČ 27195147, Evropská 1692/37, 160 41 Praha a společnost SUDOP PRAHA a. s., IČ 25793349, Olšanská 1a, 130 80 Praha (všichni dále jen „vybraný uchazeč“).

II. Napadené usnesení

3. Na podkladě výše zmíněného dopisu, jímž zadavatel Úřadu oznámil výběr nejvhodnější nabídky, vydal Úřad dne 19. 1. 2011 usnesení č. j. ÚOHS-S430,446/2010/VZ-969/2011/520/EMa (dále jen „napadené usnesení“), kterým rozhodl, že účastníkem řízení je také vybraný uchazeč. Současně Úřad těmito účastníkům stanovil lhůty k podání stanoviska k zahájenému správnímu řízení a k volbě společného zmocněnce k zastupování ve správním řízení za účelem usnadnění průběhu správního řízení.

4. V odůvodnění napadeného usnesení Úřad mj. odkázal na § 28 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), podle kterého za účastníka řízení bude v pochybnostech považován i ten, kdo tvrdí, že je účastníkem, dokud se neprokáže opak. O tom, zda osoba je či není účastníkem, vydá správní orgán usnesení, jež se oznamuje pouze tomu, o jehož účasti v řízení bylo rozhodováno, a ostatní účastníci se o něm vyrozumí. Postup podle předchozí věty nebrání dalšímu projednávání a rozhodnutí věci. V závěru odůvodnění napadeného usnesení potom orgán dohledu vybraného uchazeče poučil o jeho možnosti navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, včetně oprávnění vyjádřit v řízení své stanovisko, a taktéž vybraného uchazeče vyzval ke zvolení společného zmocněnce podle § 35 odst. 1 správního řádu; to vše ve lhůtách stanovených podle § 39 odst. 1 správního řádu.

III. Námitky rozkladu

5. Proti napadenému usnesení obdržel Úřad rozklad navrhovatele, který toto usnesení v části, v níž bylo rozhodnuto o tom, že účastníkem řízení je také vybraný uchazeč, označuje za nezákonné a potenciálně způsobilé založit podstatnou vadu řízení. S odkazem na § 116 zákona uvádí, že účastníkem řízení je zadavatel a v řízení zahájeném na návrh také navrhovatel; je-li pak předmětem řízení přezkoumání rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, je účastníkem řízení též vybraný uchazeč. Z výše uvedeného dle mínění navrhovatele vyplývá, že vybraný uchazeč je účastníkem správního řízení pouze tehdy, pokud je předmětem tohoto řízení přezkoumání rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Navrhovatel se však domáhal přezkumu zadávacích podmínek, a proto vybraného uchazeče za účastníka řízení považovat nelze. Nadto vymezení účastníků řízení v § 116 zákona je speciálním ustanovením k vymezení účastníků podávaného správním řádem, který se v otázce definice okruhu účastníků nepoužije ani z části. Své uplatnění tudíž v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nemá ani fikce účastenství podávaná podle § 28 odst. 1 správního řádu. Vybraný uchazeč navíc své účastenství netvrdí. Navrhovatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené usnesení zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

6. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

7. 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 usnesení s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
8. Rozklad navrhovatele proti usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S430,446/2010/VZ-969/2011/520/EMa ze dne 19. 1. 2011, kterým rozhodl, že účastníkem správního řízení je též vybraný uchazeč, je ve smyslu § 92 odst. 1 správního řádu, nepřipustný. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí podaného rozkladu.

V. K námitkám rozkladu

9. Jak vyplývá z podaného rozkladu, jeho podstatu tvoří dvě dílčí námitky. Navrhovatel na prvním místě brojí proti skutečnosti, že byl vybraný uchazeč označen Úřadem za účastníka řízení, neboť se domnívá, že vybraný uchazeč není účastníkem řízení v případě návrhu směřujícímu toliko proti zadávacím podmínkám (srov. § 116 zákona). Na druhém místě navrhovatel napadá způsob, jakým bylo o účastenství vybraného uchazeče rozhodnuto; má zato, že ustanovení § 28 odst. 1 správního řádu nelze v daném případě aplikovat z důvodu kompletní speciální úpravy účastenství v zákoně.
10. V první řadě uvádím, že výklad předestřený navrhovatelem, podle něhož je vybraný uchazeč účastníkem správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pouze tehdy, pokud je předmětem tohoto řízení přezkoumání rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, je nejen v tomto konkrétním případě, ale i v nejobecnější rovině neudržitelný a nepřijatelný. Ačkoli návrh navrhovatele zjevně míří proti zadávacím podmínkám, nelze odhlédnout od potenciálních důsledků takového správního řízení. V případě, kdy by orgán dohledu dospěl k závěru, že zadávací podmínky skutečně nebyly stanoveny v souladu se zákonem, byl by nucen přijmout nápravné opatření podle § 118 zákona, a to ve formě zrušení celého zadávacího řízení a potažmo tedy i všech rozhodnutí, která byla v zadávacím řízení zadavatelem následně přijata (zde právě např. i rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky); to vše samozřejmě za předpokladu, že v zadávacím řízení dosud nedošlo k uzavření smlouvy, neboť v takovém případě by v úvahu přicházel jedině postup podle § 120 zákona.
11. Na účastenství je totiž třeba nahlížet především v materiální rovině (tedy nikoli pouze v rovině formální) a dále optikou hlavního účelu, ke kterému institut účastníků řízení slouží. Ve správním řízení musí být garantována všem osobám, o jejichž právních poměrech se jedná nebo jež by mohly být rozhodnutím dotčeny, určitá úroveň procesních práv. Tento požadavek se odráží v konstrukci účastníků řízení jak ve správním řádu, tak v procesních částech řady jiných právních předpisů, mezi nimi také zákona o veřejných zakázkách. Postavení osoby jako účastníka řízení totiž subjektu dává vedle některých povinností i významná práva s řízením spjatá, díky nimž mohou výsledek řízení nikoli nevýznamným způsobem ovlivnit. Sem patří zejména právo navrhnout důkazy, předkládat stanoviska,

seznamovat se prostřednictvím nahlížení do spisu s jeho obsahem jakožto podkladem pro konečné rozhodnutí, právo dozvědět se o úkonech v řízení učiněných či plánovaných a v neposlední řadě také právo podat proti správnímu rozhodnutí opravný prostředek. Právě existence těchto významných procesních oprávnění je určující pro zvláštní charakter a postavení účastníků řízení v porovnání s jinými osobami, a proto také stanovení okruhu účastníků řízení je, coby jeden z nejdůležitějších úkonů správního orgánu, podrobena instanční kontrole. Pokud by však správní orgán vůbec v řízení nezjišťoval (a spoléhal by, že se tyto osoby budou svého účastenství samy aktivně domáhat, jak naznačuje navrhovatel, když připomíná, že vybraný uchazeč své účastenství netvrdí) a nevymezil okruh účastníků a nejednal s nimi, šlo by o důvod pro zrušení rozhodnutí kterým bylo takové řízení završeno (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 3. 2007, č. j. 2 As 53/2006 - 79, publikovaný pod č. 1217/2007 Sb. NSS, a rozsudek téhož soudu ze dne 2. 12. 2003, č. j. 7 A 56/2002-54, publikovaný pod č. 62/2004 Sb. NSS).

12. Ve světle citované judikatury není třeba dodávat, že vybranému uchazeči už jen samotným zahájením správního řízení hrozí zásah do jeho právního postavení. Argumentuje-li navrhovatel v rozkladu potenciálním ohrožením svého právního postavení, nelze tuto námitku přijmout už jen z toho důvodu, že je formulována vysoce obecně a není z ní zřejmé, jaká konkrétní újma navrhovateli hrozí v důsledku toho, že účastníkem řízení je také vybraný uchazeč. I kdyby se však obava navrhovatele zakládala na pravdě, nelze jen z tohoto důvodu rezignovat na garantovaná procesní práva vybraného uchazeče tak, jak byla podrobně rozebrána výše.
13. Co se týče druhé dílčí rozkladové námitky, uvádím, že ačkoli Krajský soud v Brně v minulosti skutečně judikoval, že se správní řád se v otázce definice účastenství v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nepoužije ani zčásti (rozsudek citovaného soudu ze dne 8. 12. 2006, sp. zn. 62 Ca 35/2006), Nejvyšší správní soud v právně obdobné věci (týkající se právní úpravy účastníků řízení podle § 59 zákona č. 50/1976 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, ve znění pozdějších předpisů, jež je podobně jako zákon o veřejných zakázkách *lex specialis* k obecné úpravě účastenství obsažené v § 27 an. správním řádu) upřesnil, že správní řád své použití nalezne v případech, kdy mezi určitou osobou a správním orgánem vznikne spor o účastenství, a to typicky tehdy, pokud se tato osoba považuje za některého z účastníků řízení, zatímco správní orgán tento názor nesdílí (více k tomu viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 5. 2008, č. j. 2 As 8/2008-39). V této souvislosti Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že usnesení o tom, zda osoba tvrdící své účastenství účastníkem řízení je, či nikoli, není správní orgán povinen vydávat v případech, kdy není třeba provádět jakékoli právní hodnocení věci nad rámec prosté aplikace normy; o takový případ se jedná v situaci, kdy je toto účastenství *expressis verbis* řešeno přímo v zákoně. Stejně může postupovat i v případě, kdy pro posouzení této otázky není třeba provést skutková šetření. V ostatních případech je nutno vycházet z existence „pochybností“ (§ 28 odst. 1 věta první správního řádu) a musí být o tvrzeném účastenství vydáno usnesení. Postup, kdy o tvrzeném účastenství nebude vydáno usnesení (a věc bude vyřešena toliko neformálním sdělením), je třeba omezit na zcela nesporné situace, a v hraničních případech postupovat cestou vydání usnesení ve smyslu § 28 odst. 1 věty druhé správního řádu, podrobeného instanční kontrole.

14. Co se týče vazby citovaného rozsudku na přezkoumávaný případ, jsem toho názoru, že ačkoli Nejvyšší správní soud vydání usnesení podle § 28 odst. 1 správního řádu předpokládá jen při existenci pochybností o účastenství (viz výše), nelze z výše citovaného rozsudku dovodit, jak se navrhovatel domnívá, že vydání usnesení podle § 28 odst. 1 správního řádu i v případech účastenství „nepochybného“ (tj. takového účastenství, které výslovně vyplývá z litery speciálního zákona, jako tomu bylo i v přezkoumávaném případě, kdy je okruh účastníků správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele kompletně upraven v § 116 zákona) představuje natolik závažnou procesní vadu, která by mohla mít za následek nezákonnost celého správního řízení. Jak totiž konstatoval Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku ze dne 19. 5. 2008, č. j. 2 As 8/2008-39: „Vzhledem k výše popsanému zásadnímu významu určení okruhu účastníků správního řízení pro zákonnost jeho dalšího průběhu je však nutno případy, kdy usnesení vydáváno nebude, vážit s maximální obezřetností a spíše zdrženlivě; ve sporných případech je lépe postupovat cestou poskytnutí větší ochrany potenciálních práv osoby, která se účastenství domáhá, tedy vydat usnesení.“ V tomto duchu tudíž nahlížím i na rozkladem dotčený postup orgánu dohledu, který napadeným usnesením *de facto* nadbytečně upřesnil okruh účastníků řízení. Napadené usnesení totiž představuje jakýsi preventivní postup, jehož hlavním smyslem bylo jednak uvědomit všechny dosud známé účastníky řízení o dalších účastnících řízení, jejichž existence vyšla najevo teprve po zahájení správního řízení, a jednak garantovat těmto „později známým“ účastníkům řízení stejnou úroveň procesních práv, jaké se dostalo účastníkům „dříve známým“ (k okruhu procesních práv viz výše).
15. Hlavní důvod proč jsem přistoupil k zamítnutí podaného rozkladu, je tedy ten, že veškeré námitky v rozkladu obsažené směřují pouze do části usnesení, kterou byl přibrán vybraný uchazeč, jakožto účastník řízení. S ohledem na Úřadem uplatněné ustanovení § 28 odst. 1 správního řádu větu druhou je nutné považovat výrokovou část napadeného usnesení týkající se přibrání účastníka řízení za část vztahující se právě a pouze k tomuto účastníkovi řízení. Z hlediska procesního postupu Úřadu nebylo zahrnutí úpravy této otázky v rámci jednoho usnesení zcela vhodné, avšak je nutné posuzovat tuto otázku zcela samostatně a takovýto postup, přestože se nejedná o vhodný, nemá vliv na samotnou zákonnost vydaného usnesení. Pokud již bylo v této věci vydáváno usnesení, měla být jeho přezkoumávaná část v souladu s § 28 odst. 1 správního řádu oznámena pouze přibranému účastníkovi, a právo podat odvolání v souladu s § 76 odst. 5 správního řádu by mělo být tedy taktéž pouze na straně tohoto účastníka. Navrhovatel mohl svůj rozklad, v souladu s poučením a v kontextu se shora uvedeným odůvodněním, směřovat pouze proti částem vztahujícím se k jeho procesnímu postavení, tj. stanoveným lhůtám, které však v rámci rozkladu rozporovány nejsou. Proto je rozklad nepřipustný a nezbyvá mi než jej z tohoto důvodu zamítnout (s ohledem na stručnost procesní úpravy rozkladu se podle § 152 odst. 4 správního řádu přiměřeně použije § 92 odst. 1 téhož zákona).

VI. Závěr

16. 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 rozklad navrhovatele je nepřipustný, a proto je třeba jej zamítnout.

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Liberecký kraj, U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec
2. Mgr. Radek Pokorný, advokát, Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha
3. Metrostav, a. s., Koželužská 2246, 180 00 Praha
4. SKANSKA a. s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha

Vypraveno dne:

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