



UOHSX00423GB

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S273/2011/VZ-2827/2012/520/DŘÍ

V Brně dne: 28. února 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 8. 7. 2011, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Terezín, IČ 00264474, se sídlem náměstí ČSA 179, 411 55 Terezín, zastoupené Růženou Čechovou, starostkou,
- navrhovatel – Skanska a. s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, za níž jedná Ing. Dan Ťok, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupena na základě pověření Mgr. Miroslavem Cákem, zaměstnancem,
- vybraný uchazeč – Vodohospodářské stavby, společnost s ručením omezeným, IČ 40233308, se sídlem Křížíkova 2393, 415 01 Teplice, za níž jedná Ing. Jindřich Pytelka, CSc., jednatel,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Revitalizace přístupů k rekonstruovaným budovám v Terezíně“, zadávané formou užšího podlimitního řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 29. 4. 2011 pod evidenčním číslem 60059278,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Terezín, IČ 00264474, se sídlem náměstí ČSA 179, 411 55 Terezín – nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 v návaznosti na § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že neprovedl transparentním způsobem omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší** úkon zadavatele – město Terezín, IČ 00264474, se sídlem náměstí ČSA 179, 411 55 Terezín – ze dne 24. 6. 2011, kterým byl omezen počet zájemců o účast v užším řízení „Revitalizace přístupů k rekonstruovaným budovám v Terezíně“ náhodným výběrem provedeným losem.

II.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – město Terezín, IČ 00264474, se sídlem náměstí ČSA 179, 411 55 Terezín – **ukládá**

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,-- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Město Terezín, IČ 00264474, se sídlem náměstí ČSA 179, 411 55 Terezín, zastoupené Růžnou Čechovou, starostkou (dále jen „zadavatel“), uveřejnila podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 29. 4. 2011 pod evidenčním číslem 60059278 oznámení o zahájení užšího zadávacího řízení „Revitalizace přístupů k rekonstruovaným budovám v Terezíně“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodu 1.1 kvalifikační dokumentace je uvedeno, že „po vyhodnocení žádostí bude ze všech žádostí, splňujících požadovaná kvalifikační kritéria, vybráno 5 zájemců náhodným výběrem losem podle ustanovení § 61 odst. 4 zákona, ke kterému budou všichni zájemci, kteří splnili kvalifikaci, přizváni. Vylosovaní zájemci budou vyzváni k podání vlastní nabídky.“
3. Ve lhůtě pro podání žádosti o účast zadavatel obdržel 23 žádostí o účast. Všichni dodavatelé prokázali splnění kvalifikace vymezené zadavatelem v kvalifikační dokumentaci. Dopisem ze dne 26. 5. 2011 oznámil zadavatel termín omezení počtu zájemců losem. Toto losování se konalo dne 8. 6. 2011. Z notářského zápisu ze dne 9. 6. 2011 vyplývá, že „v okamžiku zahájení „ostrého losování“ se nepodařilo zadat počet losovaných čísel. Program losování na počítači (notebook) spadl a vzhledem k této poruše i vzhledem k předchozím potížím losovacího zařízení, se losování ruší.“
4. Oznámením termínu omezení počtu zájemců ze dne 15. 6. 2011 byl stanoven nový termín losování, a to dne 24. 6. 2011. Tímto losováním bylo vybráno pět zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídky.
5. Dopisem ze dne 20. 6. 2011 podala společnost Skanska a. s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, za niž jedná Ing. Dan Ťok, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupena na základě pověření Mgr. Miroslavem Cákem, zaměstnancem (dále jen

„navrhovatel“), námitky proti zadávacím podmínkám, konkrétně proti omezení počtu zájemců losem na pět.

6. Rozhodnutím zadavatele ze dne 27. 6. 2011 byl z účasti v zadávacím řízení na základě provedeného losování vyloučen navrhovatel.
7. Dopisem ze dne 1. 7. 2011, který byl navrhovateli doručen téhož dne, zadavatel odmítl podané námitky s odůvodněním, že námitku proti způsobu omezení počtu zájemců v rámci užšího řízení, tedy úkonu zadavatele, kterým je v daném případě omezení počtu zájemců losem na pět, nelze podat na základě ustanovení § 110 odst. 3 zákona. V případě, že chtěl navrhovatel podat námitky proti způsobu omezení počtu zájemců stanoveném v kvalifikační dokumentaci, která mu byla doručena dne 5. 5. 2011, měl navrhovatel postupovat podle § 110 odst. 2 zákona. I přesto se zadavatel vyjádřil k věcné stránce podaných námitek.
8. Dopisem ze dne 1. 7. 2011, který byl zadavateli doručen dne 4. 7. 2011, podal navrhovatel námitky proti úkonu zadavatele, a to proti omezení počtu zájemců losem, které se konalo dne 24. 6. 2011.
9. Vzhledem k tomu, že zadavatel svým rozhodnutím ze dne 1. 7. 2011 nevyhověl výše uvedeným námitkám navrhovatele, které se týkaly zadávací podmínky omezení počtu zájemců losem na pět, podal navrhovatel dopisem ze dne 8. 7. 2011 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“), který byl doručen Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "Úřad") dne 11. 7. 2011. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne.

OBSAH NÁVRHU

10. Navrhovatel v návrhu uvádí, že zadávací podmínkou, vůči níž směřovala námitka navrhovatele ze dne 20. 6. 2011 a vůči níž směřuje také návrh, je omezení počtu zájemců losem na pět. Porušení zákona navrhovatel spatřuje v počtu losovaných zájemců, tj. 5. Zadávací podmínkou pěti uchazečů bylo nevyvratitelně zasaženo do tržního prostředí a narušena hospodářská soutěž. Smyslem zadávacího řízení je ochrana hospodářské soutěže, volný pohyb služeb a zamezení korupce. Omezení počtu zájemců z 23 na 5 popírá jeden ze základních pilířů Smlouvy o fungování EU a zadávacích směrnic č. 2004/17/ES a 2004/18/ES.
11. V jednání zadavatele navrhovatel spatřuje zásadní rozpor se zadávací směrnicí č. 2004/18/ES, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby. Podle dikce směrnice, čl. 44 odst. 3: „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.“
12. Podle uvedeného je omezení počtu zájemců na pět možné, avšak omezeným počtem musí být zajištěna efektivní hospodářská soutěž ad hoc pro konkrétní podmínky zakázky a trhu. Soutěží-li v nabídkách jenom pět náhodně vylosovaných subjektů z 23, nemůže být logicky hospodářská soutěž zajištěna, zejména jsou-li na trhu běžné vysoké rozdíly mezi nabídkami konkurentů. S ohledem na momentální situaci ve stavebnictví jsou běžné cenové rozdíly v nabídkových cenách v rozpětí až 20-40 %. Je zcela v rozporu s hospodářskou soutěží a povinností efektivního vynakládání veřejných prostředků v situaci, kdy se zadavatel sám vlastní vinou zbavuje nabídek dodavatelů, kteří perspektivně nabídnou levnější cenu.

13. Omezení hospodářské soutěže podtrhuje a zdůrazňuje statistika soutěží, vedená navrhovatelem. Ze statistiky je zjevné, že v otevřeném řízení se vítězná cena pohybuje v rozmezí 50-65 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Naopak v užších řízeních na 5 zájemců je vítězná cena v rozmezí 85-95 %. Takové jednání je nadto v rozporu s povinností spravovat veřejné prostředky s péčí řádného hospodáře.
14. Uvedené závěry o narušení hospodářské soutěže jsou použitelné i přes skutečnost, že pravidlo zachování soutěže v užším řízení nebylo českým zákonodárcem přebráno do zákona. Navrhovatel tedy konstatuje, že je nevyvratitelnou skutečností porušení povinnosti zajistit skutečnou hospodářskou soutěž zadavatelem, když omezil počet vylosovaných pouze na pět.
15. Zadávací směrnice 17/2004/ES a 18/2004/ES stanovují kromě zachování hospodářské soutěže podmínku existence objektivního důvodu pro zúžení počtu zájemců.
16. Zadávací řízení, resp. předmět zakázky nemá žádný zvláštní znak, který by vedl k nepřiměřeným prostředkům potřebným pro uskutečnění řízení. Náklady zadavatele představují pouze výdaj na kontrolu nabídek. Objem práce není tak velký, aby kontrola nabídky byla časově a finančně náročná.
17. Je nutno brát do úvahy, že právo omezit počet zájemců v zadávacím řízení není samoučelné nebo postavené na libovůli zadavatele. Tento institut slouží k odbřemenění zadavatele v případech, kdy by byl zadavatel nepřiměřeně zatížen kontrolou nabídek. I kdyby objektivní důvod existoval a k omezení by došlo, musí být zúžený počet zájemců dostatečný pro hospodářskou soutěž.
18. Navrhovatel shrnuje, že v napadené zakázce neexistuje žádný objektivní důvod, pro který by zadavatel měl a mohl omezovat počet účastníků na pět anebo jiné množství a ani žádné nepřiměřené náklady spjaté s vícero nabídkami od zájemců tak, jak je vyžadováno zadávací směrnicí.
19. Závěr o nezajištění hospodářské soutěže a nutnosti existence objektivního důvodu pro omezení počtu nabídek nedávno konstatoval slovenský Úrad pre verejné obstarávanie ve svém rozhodnutí č. j. 141-6000/2011-ON/36. Úřad by měl v přezkoumávané věci dospět myšlenkovým interpretačním pochodem ke stejnému závěru.
20. K odmítnutí námitek zadavatelem navrhovatel uvádí, že zadavatel odmítl námítky s odůvodněním, že byly podány opožděně. Zadavatel tvrdí, že navrhovatel měl podat námítky do 15 dnů ode dne doručení kvalifikační dokumentace.
21. Navrhovatel je přesvědčen, že názor zadavatele je chybný. Informace o druhu řízení a počtu uchazečů, na něž bude soutěž zúžena, je součástí oznámení o zakázce. Námitka přitom nesměřovala proti samotnému losování, ale proti druhu a podmínkám použitého zadávacího řízení. Jedná se tedy o zadávací podmínku.
22. Dále v návrhu navrhovatel napadá samotné omezení počtu zájemců losem, které proběhlo dne 24. 6. 2011. V jeho průběhu bylo zakázáno pořizovat z losování jakékoliv audio nebo video záznamy. Losovací zařízení bylo standardním notebookem, na kterém by nainstalován neidentifikovatelný software neidentifikovatelného autora nebo výrobce. Osoby realizující losování nijak přítomné zástupce zájemců neseznámili se systémem anebo algoritmem, na jakém losovací software funguje. Zdrojem pochybností navrhovatele jsou výsledky testovacích losování. Z jejich výsledků je zřejmé, že losovací software má „slabost“ pro čísla

z určité oblasti stupnice. Zásahem do zásady transparentnosti je dále výslovný zákaz pořizovat audio nebo video nahrávky z losování. Závažné porušení zásady transparentnosti dále navrhovatel spatřuje v odmítnutí sdělení jména notářky.

23. Navrhovatel tedy navrhuje zrušit zadávací řízení a podle § 117 odst. 1 písm. b) zákona navrhuje vydání předběžného opatření, kterým by bylo zadávací řízení pozastaveno.

VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

24. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu, které Úřad obdržel dne 18. 7. 2011, uvádí, že se neztotožňuje s názorem navrhovatele. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že navrhovatel nedodržel povinnost podle § 114 odst. 4 zákona. Sám navrhovatel v návrhu uvádí, že námitky ve vztahu k provedenému omezení počtu zájemců losem zatím nebyly zadavatelem vyřízeny. Takové jednání nemá oporu v zákoně.
25. K námitkám proti zadávacím podmínkám zadavatel uvádí, že je zcela v souladu s § 110 zákona odmítl a bezodkladně o této skutečnosti navrhovatele uvědomil. Zadávacími podmínkami jsou podle § 17 písm. l) zákona veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky. Podle názoru zadavatele nelze slučovat pojem úkon zadavatele s pojmem zadávací podmínka. Úřad ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S195/2010/VZ-11676/2010/520/DŘ ze dne 1. 11. 2010 uvádí, že zadávací podmínky, jak jsou definovány v § 17 písm. l) zákona, představují nejobecnější pojem pro vymezení požadavků zadavatele stanovených pro určitou veřejnou zakázku. Jedná se nejen o požadavky na osobu dodavatele, požadavky na podobu úkonů dodavatele v průběhu zadávacího řízení, ale i požadavky na způsob realizace předmětu veřejné zakázky. Vzhledem k procesnímu pochybení navrhovatele z hlediska dodržení postupu pro podání návrhu zadavatel žádá, aby Úřad podaný návrh zamítl.
26. Zadavatel stanovil počet uchazečů v souladu se zákonem a směrnicí č. 2004/18/ES, čl. 44 odst. 3. Zadavatel považuje stanovený počet uchazečů za dostatečný a odmítá závěr navrhovatele týkající se nedovoleného narušení hospodářské soutěže. Podle § 28 odst. 3 zákona je zadavatel oprávněn omezit počet zájemců, které vyzve k podání nabídky, vždy však musí vyzvat nejméně 5 zájemců. Zadavatel je tedy toho názoru, že postupoval zcela v souladu se zákonem.
27. Dále se zadavatel vyjadřuje k výtkám týkajícím se samotného průběhu losování. Uvádí, že zákazem pořizování audio nebo video záznamů postupoval v souladu s právním řádem a argumentuje ustanovením § 11 a 12 odst. 1 občanského zákoníku.
28. K neseznámení účastníků losování se systémem nebo algoritmem, na jakém losovací software funguje, zadavatel uvádí, že v rámci popisu losování komise uvedla následující: „losování budou zájemci, kteří budou vyzváni k podání nabídek; losování proběhne pomocí elektronického zařízení, které provede losování na základě náhodného výběru; systém průběžně monitoruje HW a SW prostředí, ve kterém je program spuštěn; systém dále monitoruje každé jednotlivé stisky kláves a myši; systém průběžně kontroluje neměnnost SW pro losování; systém generuje unikátní HASH kód, se kterým se musí shodovat kód aplikace při jejím zahájení, průběhu i na jejím konci; systém zajišťuje vygenerování monitorovacího logu na závěr losování, který bude přílohou notářského zápisu.“ Z uvedeného jasně vyplývá,

že komise popsala způsob losování a současně vysvětlila, jakým je způsob zabezpečení systému proti manipulaci s losovacím zařízením.

29. Zadavatel pro větší transparentnost provedl dvě testovací losovací kola před samotným losováním a následně dvě další testovací kola po samotném losování. Z výčtu losovaných čísel je patrné, že systém nemá „slabost“ pro čísla určité oblasti stupnice, jak uvádí navrhovatel.
30. K odmítnutí poskytnout notářský zápis zadavatel uvádí, že dne 12. 7. 2011 si zástupce navrhovatele vyzvedl kopii požadovaného notářského zápisu.
31. Zadavatel dále odmítá argumentaci judikaturou Nejvyššího správního soudu, která se týkala nepřiměřené délky losování jednotlivých zájemců a z toho vyplývajícího netransparentního postupu zadavatele. Zadavatel ve všech svých krocích postupoval v souladu se zákonem.

ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

32. Námitkám navrhovatele ze dne 1. 7. 2011, které se týkaly samotného průběhu losování, a které zadavatel obdržel dne 4. 7. 2011, dopisem ze dne 12. 7. 2011 zadavatel nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách navrhovatel obdržel dne 18. 7. 2011 a dne 25. 7. 2011 zaslal navrhovatel Úřadu doplnění návrhu, kde rekapituluje své výtky týkající se samotného omezení počtu zájemců losem konaného dne 24. 6. 2011 uvedené v návrhu ze dne 8. 7. 2011.
33. Zadavatel rozhodnutím ze dne 24. 10. 2011 rozhodl o výběru nejhodnější nabídky, kterou se stala nabídka uchazeče Vodohospodářské stavby, společnost s ručením omezeným, IČ 40233308, se sídlem Křížíkova 2393, 415 01 Teplice, za niž jedná Ing. Jindřich Pytelka, CSC. (dále jen „vybraný uchazeč“).

SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ

34. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
35. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S273/2011/VZ-12006/2011/520/DŘÍ ze dne 1. 8. 2011. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S273/2011/VZ-12019/2011/520/DŘÍ ze dne 1. 8. 2011 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
36. Rozhodnutím o předběžném opatření č. j. ÚOHS-S273/2011/VZ-12027/2011/520/DŘÍ ze dne 1. 8. 2011 Úřad zamítl návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření, jímž by mělo být zadavateli uloženo pozastavit zadávací řízení.
37. Dopisem ze dne 10. 8. 2011 podal proti rozhodnutí o předběžném opatření navrhovatel rozklad.

DOPLNĚNÍ VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE

38. Dne 4. 8. 2011 Úřad od zadavatele obdržel vyjádření k doplnění návrhu zadavatele týkající se provedení omezení počtu zájemců losem dne 24. 6. 2011. Zadavatel uvádí, že omezení

počtu zájemců losem není veřejným jednáním a s ohledem na úpravu osobnostních práv podle občanského zákoníku tedy nedovolil pořizování obrazových či zvukových záznamů. Zadavatel připouští, že při využití elektronických zařízení je téměř nemožné provést komplexní kontrolu daného zařízení ve smyslu § 61 odst. 5 zákona ihned a na místě. Zadavatel však upozorňuje, že pro losování zvolil elektronické zařízení právě z důvodu, aby vyloučil možnost jakékoliv manipulace s losováním. Součástí notářského zápisu je reverzní záznam běhu celého losovacího zařízení, včetně výpisu fyzické paměti, spouštěcích procesů, záznam průběhu všech funkcí v rámci programu a další technické záznamy, které umožňují komplexní a jasnou zpětnou vazbu.

39. Dne 15. 8. 2011 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele, ve kterém opět opakuje, že ve všech krocích v průběhu zadávacího řízení postupoval v souladu se zákonem.
40. Zadavatel námitku navrhovatele neodmítl z důvodu podání po lhůtě, ale z důvodu, že námitku proti určení způsobu omezení počtu zájemců v rámci užšího řízení, tedy úkonu zadavatele, kterým je v daném případě omezení počtu zájemců losováním na pět, nelze podat na základě § 110 odst. 3 zákona, tedy že nebyla podána v souladu se zákonem. Zásadní rozdíl mezi podáním námitek podle § 110 odst. 2 zákona a § 110 odst. 3 zákona tkví v požadavcích na formu námitek. V námitkách podle § 110 odst. 2 zákona musí stěžovatel uvést skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se stěžovatel o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Tuto skutečnost navrhovatel ve své námitce neuvedl. Navrhovatel tedy není aktivně legitimován k podání návrhu a zadavatel navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil.

SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ

41. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S273/2011/VZ-17758/2011/520/DŘÍ ze dne 8. 11. 2011 Úřad vydal z moci úřední předběžné opatření, kterým uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu.
42. Usnesením č. j. ÚOHS-S273/2011/VZ-17822/2011/520/DŘÍ ze dne 10. 11. 2011 Úřad zadavateli stanovil lhůtu k provedení úkonu – zaslání zařízení, kterým bylo dne 24. 6. 2011 provedeno omezení počtu zájemců losem spolu s popisem softwaru, kterého bylo pro tento úkon použito.
43. Dne 21. 11. 2011 Úřad od zadavatele obdržel vyjádření, ve kterém uvádí, že si ke všem činnostem spojených s projektovou žádostí, administrací a realizací zadávacího řízení najal prostřednictvím smlouvy o dílo společnost Asistenční centrum, a. s., se sídlem Sportovní 3302, 434 01 Most. Tato společnost si pro administrativní zajištění procesních úkonů včetně provedení omezení počtu zájemců losem najala společnost A. I. Consulting s. r. o. Dne 9. 11. 2011 došlo k vykradení automobilu jednatele společností A. I. Consulting s. r. o., v souvislosti s tím bylo z automobilu odcizeno mimo jiné rovněž losovací zařízení, které bylo použito pro omezení počtu zájemců losem dne 24. 6. 2011. Přílohou tohoto vyjádření je smlouva o dílo uzavřená mezi zadavatelem a společností Asistenční centrum, a. s., mandátní smlouva uzavřená mezi společností Asistenční centrum, a. s. a společností A. I. Consulting s. r. o., a Úřední záznam o podaném vysvětlení podle § 158 odst. 5 trestního řádu Policie České republiky týkající se uvedeného vloupání do vozidla společnosti A. I. Consulting s. r. o.
44. Proti rozhodnutí o předběžném opatření č. j. ÚOHS-S273/2011/VZ-17758/2011/520/DŘÍ ze dne 8. 11. 2011 podal zadavatel dopisem ze dne 28. 11. 2011 rozklad.

ZÁVĚRY ÚŘADU

45. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 v návaznosti na § 6 zákona tím, že neprovedl transparentním způsobem omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Dodržení zásady transparentnosti v průběhu losování

46. Podle ustanovení § 61 odst. 1 zákona omezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií podle odstavce 2 nebo 4 uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.

47. Ustanovení § 61 odst. 4 zákona uvádí, že objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 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 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 vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.

48. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

49. Dne 24. 6. 2011 zadavatel provedl omezení počtu zájemců náhodným výběrem losem. Z 23 přijatých žádostí o účast bylo vylosováno pět zájemců, kteří budou zadavatelem vyzváni k podání nabídky. O provedeném losování byl téhož dne vyhotoven notářský zápis NZ 097/2011. V notářském zápisu je mimo jiné uvedeno, „losování proběhne prostřednictvím počítače, který je kabelem připojen pouze k dataprojektoru, avšak s žádnými dalšími zařízeními, není do něho zapojeno žádné USB, žádná myš, není aktivováno Bluetooth, počítač není zapojen do zásuvky, je spuštěn pouze program k losování. Běžným pohledem skutečně nebyla k počítači kromě zmiňovaného dataprojektoru připojena další zařízení. Nikdo z přítomných zástupců zájemců nepožádal o provedení podrobnější kontroly losovacího počítače či jeho programu.“

50. Dále je v notářském zápisu uvedeno, že „paní Mgr. Jana Zedníková (zástupce administrátora) seznámila přítomné s následujícím popisem způsobu losování:

- a) losováno bude pět zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek,
- b) losování proběhne pomocí elektronického zařízení, které provede losování na základě náhodného výběru,
- c) systém průběžně monitoruje každé jednotlivé stisky kláves a myši,
- d) systém průběžně kontroluje neměnnost SW pro losování,

- e) systém generuje unikátní HASH kód, se kterým se musí shodovat kód aplikace při jejím zahájení, průběhu i na jejím konci,
 - f) systém zajišťuje vygenerování monitorovacího logu na závěr losování, který bude přílohou notářského zápisu.“
51. Poté došlo k provedení dvou testovacích losování pěti náhodných čísel z celkového počtu 23. Třetí kolo losování bylo tzv. ostré, kdy byly vybráni zájemci, kteří budou vyzváni k podání nabídky. Následně byla provedena další dvě testovací losovací kola.
52. Zásada transparentnosti, v souladu s níž má být losování prováděno, má zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Transparentním postupem se chápe takový postup, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně (rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 AF 47/2010-53). Jak již Krajský soud uvedl ve svém rozsudku sp. zn. 31 Ca 199/2005, požadavek transparentnosti není splněn tehdy, pokud v zadavatelově postupu jsou 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.
53. Výše uvedené v nejobecnější rovině znamená, že v případě omezení počtu zájemců provedeného prostřednictvím elektronického zařízení, bude toto elektronické losovací zařízení popsáno v dokumentaci o veřejné zakázce alespoň takovým způsobem, který umožní jeho jednoznačnou identifikaci. Notářský zápis ze dne 24. 6. 2011 obsahuje pouze konstatování, že se jedná o počítač. Rovněž žádný jiný dokument z dokumentace o veřejné zakázce neumožňuje použité elektronické zařízení identifikovat. Je zcela na odpovědnosti zadavatele, aby veškeré úkony činil takovým způsobem, aby je bylo možné následně ze strany Úřadu přezkoumat. Pokud se jedná o úkon, který je ze své podstaty nepřezkoumatelný (jako je losování), musí být ze strany zadavatele řádně zdokumentován. Pokud je popis zařízení, kterým je losování prováděno, omezen pouze na druhové označení přístroje (počítač, popř. notebook), nelze ani za předpokladu následného zcela detailního popisu jednotlivých kroků zadavatele tvořících v souhrnu průběh losování, považovat takto „zdokumentovaný“ úkon zadavatele za učiněný v souladu se zásadou transparentnosti podle § 6 zákona. Takovou vadu by zadavatel nebyl schopen zhojit ani v případě, kdy by v průběhu správního řízení Úřadu zaslal informace o použitém elektronickém zařízení, neboť s ohledem na uvedené by nebylo možné prokázat, že uvedené informace se skutečně vztahují k použitému přístroji.
54. Výše uvedený závěr o netransparentnosti provedeného losování nevychází výlučně z nedostatku zdokumentování uvedeného úkonu zadavatele. Zjištěná netransparentnost losování vychází rovněž z jeho samotného průběhu, který lze alespoň zčásti rekonstruovat z informací obsažených v návrhu navrhovatele a notářského zápisu.
55. Jak uvádí Krajský soud v již citovaném rozsudku sp. zn. 62 AF 47/2010-53, losování, které je prováděno řádně a způsobem vylučujícím jakékoliv pochybnosti, je dostatečně nediskriminační i transparentní. Zajištění toho, aby veškeré kroky prováděné v zadávacím řízení (tedy i losování) nepůsobily netransparentně, je přitom vždy na zadavateli příslušné veřejné zakázky. Ten tak měl v daném případě zabezpečit, aby losování probíhalo férově, aby

jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti a aby řádný průběh losování byl dostatečně jasně kontrolovatelný.

56. V přezkoumávaném případě má Úřad za to, že výše citované požadavky nejsou ze strany zadavatele naplněny. Pochybnosti o průběhu losování vyvolává skutečnost uvedená v návrhu navrhovatele (a nijak nevyvrácena obsahem notářského zápisu), že osoby realizující losování za zprostředkovatele nijak přítomné zástupce neseznámili se systémem nebo algoritmem, na jakém losovací software funguje. Zástupci zprostředkovatele vůbec nevysvětlili, jak je zabezpečena možnost zasáhnout a upravit losovací software tak, aby nedošlo k manipulaci s losováním.
57. Pokud není navrhovatel a všichni ostatní zájemci, z nichž má být jakýmkoliv losovacím zařízením vybrán určitý počet, který bude vyzván k podání nabídky, seznámen s tímto zařízením, s principy jeho fungování, na základě kterých budou zájemci vybráni a s případnou nemožností průběh losování třetí osobou ovlivnit, nelze hovořit o transparentním postupu zadavatele. Takový postup zadavatele zákonitě vyvolává oprávněné pochybnosti ze strany zájemců a řádný průběh losování nelze považovat za jasně kontrolovatelný.
58. Vzhledem k uvedenému Úřad konstatuje, že zadavatel nepostupoval v souladu s § 6 zákona tím, že neprovedl dne 24. 6. 2011 transparentním způsobem omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
59. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že v případě, kdy by zadavatel postupoval v průběhu omezení počtu zájemců náhodným výběrem provedeným losem transparentním způsobem, mohl vybrat jiné zájemce, které vyzve k podání nabídky.
60. Při rozhodování podle § 118 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy protiprávního stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Zadavatel závažně pochybil až při omezení počtu zájemců náhodným výběrem provedeným losem a není tedy nutné rušit zadávací řízení. Nápravu lze sjednat tím, že úkon ze dne 24. 6. 2011, kterým byl omezen počet zájemců o účast náhodným výběrem provedeným losem, bude zrušen.
61. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K podmínce zadání – omezení počtu zájemců losováním na pět

62. 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.
63. 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 žádosti o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace.

64. Zákon v § 28 odst. 2 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.
65. 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.
66. 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 vyznamenal nejméně 5 dnů před losováním.
67. 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.
68. 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 toto ustanovení a zásadu legality má Úřad jako správní orgán za to, že mu nepřisluší posuzovat případnou úroveň či kvalitu transpozice.
69. 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.
70. Navrhovatel ve svém návrhu uvedl, že stanovením počtu zájemců na nejnižším možném zákonném limitu pěti nabídek bylo nevyvratitelně zasaženo do tržního prostředí. Jednání zadavatele je tak současně 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.
71. 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.
72. 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.“
73. 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 (revitalizace přístupů k rekonstruovaným budovám v Terezíně, tj. výstavba, obnova a rozvoj doprovodné infrastruktury pro turistiku a rozvoj – stavební práce) postupoval jako zadavatel veřejný (nikoliv sektorový), navrhovatelem uvedená směrnice nemá vliv na postup zadavatele v předmětné veřejné zakázce, Úřad se tedy nebude aplikací citované směrnice na postup zadavatele dále zabývat.
74. 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).
75. 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.
76. 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.

77. 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.“
78. 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 směrnici č. 2004/18/ES.
79. 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 směrnici č. 2004/18/ES.
80. 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.
81. 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“).
82. 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“.

83. 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.
84. 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.
85. 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.

Navrhovatel jako osoba oprávněná k podání návrhu

86. Navrhovatel dopisem ze dne 20. 6. 2011 podal námitky, ve kterých uvádí, že „podává námitku proti zadávací podmínce podle § 110 odst. 3 zákona. Zadávací podmínkou, vůči níž směřuje námitka je omezení počtu zájemců losováním na pět. Námitka směřuje proti počtu losovaných zájemců, tj. 5, bod oznámení č. IV.1.2.“
87. Zadavatel dopisem ze dne 1. 7. 2011 tuto námitku odmítl s tím, že se jedná o námitku podle § 110 odst. 2 zákona, neboť způsob omezení počtu zájemců v rámci užšího řízení je úkonem zadavatele.
88. Ustanovení § 110 odst. 2 zákona uvádí, že námitky lze 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.
89. Podle ustanovení § 110 odst. 3 zákona námitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.
90. Podle ustanovení § 110 odst. 7 zákona 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.
91. Zadávacími podmínkami jsou podle § 17 odst. 1 písm. l) zákona veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky.
92. Rozhodující pro posouzení toho, zda určitý požadavek zadavatele je či není zadávací podmínkou podle uvedeného ustanovení, je to, zda se takový požadavek nachází v některém z dokumentů v tomto ustanovení uvedeném. Skutečnost, že zadavatel zvolil pro zadání veřejné zakázky formu užšího řízení, resp. omezí počet zájemců na 5, je informace obsažená v oddíle IV: ŘÍZENÍ oznámení o zahájení zadávacího řízení. Jedná se tedy o informaci, která je obsažena v jednom z dokumentů uvedených ustanovení § 17 písm. l) zákona, od kterého je

odvislá zákonná definice zadávacích podmínek. Druh zadávacího řízení (užší řízení) a stanovení počtu zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídky, jsou tedy zadávacími podmínkami podle ustanovení § 17 písm. l) zákona.

93. Citaci rozhodnutí č. j. ÚOHS-S-S195/2010/VZ-11676/2010/520/DŘÍ ze dne 1. 11. 2010, kterou zadavatel ve svém vyjádření použil, je nutné chápat v kontextu celého rozhodnutí. V daném případě se jednalo o námitky proti kvalifikační dokumentaci, tedy výlučně o požadavek zadavatele na osobu dodavatele. Z tohoto pohledu bylo v odstavci 66 citovaném rozhodnutí přistoupeno k definici zadávacích podmínek a jednalo se tedy o výčet požadavků zadavatele vztahujících se pouze na osobu dodavatele. V žádném případě se nejednalo o výčet taxativní, zahrnující všechny případné požadavky zadavatele v průběhu celého zadávacího řízení.
94. Navíc v odstavci 66 uvedeného rozhodnutí je jednoznačně konstatováno, že zadávací podmínky „představují nejjobecnější pojem pro vymezení požadavků zadavatele stanovených pro určitou veřejnou zakázku.“ Pochopitelně tedy lze do zadávacích podmínek podřadit i požadavek zadavatele na podobu zadávacího řízení, včetně stanovení druhu zadávacího řízení a v konkrétním případě i stanovení počtu zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídky po provedeném losování.
95. Námitky navrhovatele ze dne 20. 6. 2011, které směřovaly proti omezení počtu zájemců na pět, jsou tedy námitkami proti zadávacím podmínkám podle ustanovení § 110 odst. 3 zákona.
96. Obsahové náležitosti námitek jsou uvedeny ve výše uvedeném ustanovení § 110 odst. 7 zákona. Jak vyplývá z věty čtvrté předmětného ustanovení, skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele stěžovatel dozvěděl, musí být uvedeny pouze v námitkách podle § 110 odst. 2 zákona, nikoliv v námitkách proti zadávacím podmínkám podaným podle § 110 odst. 3 zákona. Úřad tedy konstatuje, že skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele stěžovatel dozvěděl, nebyly povinnou obsahovou náležitostí námitek navrhovatele ze dne 20. 6. 2011.
97. Ustanovení § 110 odst. 3 zákona uvádí, že námitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.
98. Předmětná veřejná zakázka byla zadávána užšího řízení. Námitky navrhovatele ze dne 20. 6. 2011 byly zadavateli doručeny dne 23. 6. 2011. V předmětné veřejné zakázce byla zadavatelem stanovena lhůta pro podání nabídek do 14. 10. 2011.
99. Vzhledem k uvedenému Úřad konstatuje, že námitky navrhovatele ze dne 17. 5. 2010 byly podány ve lhůtě podle § 110 odst. 3 zákona a tedy včas.
100. K zadavatelem namítané skutečnosti, že by za předpokladu přijetí výkladu, že se jedná o námitky podle § 110 odst. 3 zákona (a lze je tedy podat ve lhůtě do pěti dnů od skončení lhůty pro podání nabídek), mohlo docházet ze strany nevylosovaných zájemců k obstrukčnímu blokování průběhu zadávacího řízení podáváním námitek proti zadávacím podmínkám, Úřad uvádí, že s ohledem na uvedené je správná. Úřad již v citovaném rozhodnutí č. j. ÚOHS-S195/2010/VZ-11676/2010/520/DŘÍ ze dne 1. 11. 2010 vyjádřil pochybnosti o vhodnosti formulace ustanovení § 110 odst. 3 zákona ve vztahu k jednacím

řízení s uveřejněním, a v případě užšího řízení je situace obdobná. Přesto však Úřad uvádí, že zákon neumožňuje v dané věci aplikovat ustanovení § 110 odst. 2 zákona.

101. Jak je výše uvedeno, podle ustanovení § 110 odst. 7 zákona je podání námitek řádně a včas podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Vzhledem k výše uvedenému tedy Úřad konstatuje, že navrhovatel je osobou oprávněnou k podání návrhu ve věci zadávací podmínky omezení počtu zájemců na pět uvedené v bodu č. IV.1.2. oznámení o zahájení zadávacího řízení.
102. K zadavatelem namítanému nedodržení podmínky ustanovení § 114 odst. 4 zákona ve vztahu k podání návrhu navrhovatele týkajícího se samotného omezení počtu zájemců losem provedeného dne 24. 6. 2011 Úřad uvádí následující.
103. Podle ustanovení § 114 odst. 4 zákona musí být návrh doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl.
104. Zadavatel podal dopisem ze dne 1. 7. 2011, který byl zadavateli doručen dne 4. 7. 2011, námitky podle ustanovení § 110 odst. 2 zákona proti omezení počtu zájemců losem provedenému dne 24. 6. 2011. Dne 11. 7. 2011 Úřad obdržel návrh navrhovatele ze dne 8. 7. 2011 směřující proti zadávací podmínce stanovení druhu zadávacího řízení (užší řízení), resp. proti omezení počtu zájemců losem na pět. Současně tímto návrhem byl napaden úkon zadavatele – omezení počtu zájemců losem dne 24. 6. 2011. V době podání tohoto návrhu dosud nebylo ze strany zadavatele rozhodnuto o námitkách navrhovatele ze dne 1. 7. 2011 proti úkonu zadavatele. O těchto námitkách zadavatel rozhodl dne 12. 7. 2011 a toto rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno dne 18. 7. 2011. Dne 25. 7. 2011 bylo Úřadu (a zadavateli) doručeno doplnění návrhu podaného u Úřadu dne 11. 7. 2011, které se týkalo úkonu zadavatele – omezení počtu zájemců losem dne 24. 6. 2011.
105. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že podmínka ustanovení § 114 odst. 4 zákona byla ze strany navrhovatele splněna doplněním návrhu dne 25. 7. 2011, který se týkal úkonu zadavatele, a který byl Úřadu stejně jako zadavateli doručen ve lhůtě 10 dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl (18. 7. 2011).

NÁKLADY ŘÍZENÍ

106. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
107. Vzhledem k tomu, že úkon zadavatele byl tímto rozhodnutím zrušen, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2011000273.

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:

Město Terezín, náměstí ČSA 179, 411 55 Terezín

Mgr. Miroslav Cák, Skanska a. s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4

Vodohospodářské stavby, společnost s ručením omezeným, Křižíkova 2393, 415 01 Teplice

Vypraveno dne:

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