



UOHSX0043FK2

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S288/2011/VZ-3955/2012/520/JMa

V Brně dne: 5. března 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 20.7.2011 na návrh ze dne 18.7.2011, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Raspenava, IČ 00263141, se sídlem Fučíkova 421, 464 01 Raspenava, zastoupené Pavlem Lžičařem, starostou,
- navrhovatel – Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 - Chodov, za niž jedná Ing. Dan Ťok, předseda představenstva, a Ing. Leoš Vrzalík, člen představenstva, v řízení zastoupena na základě pověření ze dne 4. 10. 2010 Mgr. Miroslavem Cákem, zaměstnancem společnosti Skanska a.s.,
- vybraný uchazeč – SMP CZ, a.s., IČ 27195147, se sídlem Evropská 1692/37, 160 41 Praha 6 - Dejvice, za niž jedná Ing. Martin Doksanský, předseda představenstva, a Ing. Pavel Kameník, člen představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vymezené obsahem návrhu učiněných v podlimitní veřejné zakázce „Povodně 2010 – Raspenava – mosty“, zadávané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 17.5.2011 pod evidenčním číslem 60060170,

rozhodl takto:

I.

Návrh navrhovatele – Skanska a. s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – se podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění

pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 citovaného zákona o veřejných zakázkách.

II.

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

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh zadávacího řízení

1. Zadavatel – město Raspenava, IČ 00263141, se sídlem Fučíkova 421, 464 01 Raspenava, zastoupené Pavlem Lžičařem, starostou (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 17. 5. 2011 pod evidenčním číslem 60060170 oznámení o podlimitní veřejné zakázce „Povodně 2010 – Raspenava – mosty“, zadávané formou užšího řízení (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je zhotovení díla – oprava 11 lávek a 4 mostků zničených bleskovou povodní v srpnu 2010 včetně zpracování dokumentace pro provedení stavby, zajištění zařízení staveniště, a to podle potřeby na řádné provedení díla, jeho údržby, odstranění a likvidace, dopravně inženýrská opatření, zhotovení a instalace informační tabule k stavbě, vyklizení staveniště a provedení závěrečného úklidu místa provedení díla, provedení opatření při realizaci díla vyplývající z umístění a návaznosti díla, dodání dokumentace skutečného provedení díla, zajištění uložení stavební suti a ekologická likvidace stavebních odpadů a doložení dokladů o této likvidaci, včetně úhrady poplatků za toto uložení, likvidaci a dopravu a veškeré práce vyplývající ze zadávací dokumentace a popsané v dokumentaci pro zadání stavby.
3. Předpokládaná hodnota bez DPH činí 61 204 502 Kč bez DPH.
4. Základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky byla zadavatelem stanovena ve smyslu § 78 odst. 1 písm. b) zákona nejnižší nabídková cena.
5. Z protokolu o kontrole žádostí o účast v užším řízení ze dne 14.6.2011 vyplývá, že do konce lhůty pro podání žádostí o účast v užším řízení v předmětné veřejné zakázce bylo na adresu zástupce zadavatele doručeno 18 žádostí, přičemž všechny žádosti splnily požadavky zadavatele na prokázání kvalifikace.
6. Dne 29.6.2011, jak vyplývá z notářského zápisu č.j. N 319/2011, NZ 290/2011, se uskutečnilo Omezení počtu uchazečů v zadávacím řízení formou náhodného výběru – losování. K žádosti navrhovatele bylo provedeno zkušební losování tak, aby bylo osvědčeno, že elektronické losovací zařízení (typ: CENTLOZ002) je schopno číslo navrhovateli přidělené pro losování generovat; po zkušebním losování již další prezentaci navrhovatel nepožadoval.

Losováním z 18 doručených žádostí o účast, jež splňovaly kvalifikační kritéria, bylo vybráno pět zájemců. Ostatní zájemci byli po provedeném omezování počtu rozhodnutím zadavatele ze dne 30.6.2011 vyloučeni ze zadávacího řízení.

7. Výzvou k podání nabídky ze dne 30.6.2011 byli vybraní uchazeči osloveni k podání nabídky na předmětnou veřejnou zakázku ve lhůtě do 19.7.2011 s tím, že téhož dne bude provedeno otevírání obálek s nabídkami.
8. Podle Seznamu doručených a přijatých nabídek ze dne 19.7.2011 zadavatel obdržel ve stanovené lhůtě 5 nabídek (FIRESTA-Fišer, rekonstrukce, stavby a.s., IČ 25317628, se sídlem Mlýnská 68, 602 00 Brno, INSKY spol. s r.o., IČ 00671533, se sídlem Nový svět 100, 400 07 Ústí nad Labem, ALPINE Bau CZ s.r.o., IČ 45192286, se sídlem Jiráskova 613/13, 757 43 Valašské Meziříčí, Pražské silniční a vodohospodářské stavby, a.s., IČ 45273910, se sídlem Dubečská 3238, 100 00 Praha 10, a SMP CZ, a.s., IČ 27195147, se sídlem Evropská 1692/37, 160 41 Praha 6 – Dejvice), přičemž jak vyplývá z Protokolu o otevírání obálek s nabídkami z téhož dne, všechny nabídky splnily podmínky úplnosti ve smyslu ustanovení § 71 odst. 8 zákona i dle zadávací dokumentace.
9. Při jednání hodnotící komise dne 21.7.2011 bylo konstatováno, že ve všech pěti nabídkách byly řádně oceněny všechny položky soupisu prací a s ohledem na předmět plnění veřejné zakázky se nevyskytují položky mající charakter mimořádně nízké nabídkové ceny u žádné z posuzovaných nabídek. Poté přistoupila komise k hodnocení jednotlivých nabídek, a to podle základního hodnotícího kritéria nejnížší nabídkové ceny. Hodnotící komise nato sestavila podle výsledků hodnocení pořadí nabídek. Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek byla zadavateli předána dne 21.7.2011.
10. Rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 26.7.2011 rozhodl zadavatel o výběru uchazeče SMP CZ, a.s., IČ 27195147, se sídlem Evropská 1692/37, 160 41 Praha 6 - Dejvice, za niž jedná Ing. Martin Doksanský, předseda představenstva, a Ing. Pavel Kameník, člen představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“), jehož nabídka měla nejnížší nabídkovou cenu 58 052 867 Kč bez DPH.
11. Společnost Skanska a. s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, za niž jedná Ing. Dan Ťok, předseda představenstva, a Ing. Leoš Vrzalík, člen představenstva, ve správním řízení zastoupena na základě pověření Mgr. Miroslavem Cákem, zaměstnancem (dále též jen „Skanska a.s.“ nebo „stěžovatel“ nebo „navrhovatel“), která rovněž zadavateli doručila žádost o účast v zadávacím řízení, nepovažovala zadávací podmínku „omezení počtu zájemců losováním na pět“ za stanovenou v souladu s požadavky zákona, Smlouvy o Evropské unii a zadávacích směrnic 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 jen „2004/17/ES“) a 2004/18/ES ze dne 31.3.2004 „o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby“ (dále jen „2004/18/ES“) a podala zadavateli dne 7.7.2011 námitky.

II. Obsah námitek

12. Společnost Skanska a. s. ve svých námitkách ze dne 30.6.2011, doručených zadavateli dne 7.7.2011, uvedla, že stanovením počtu zájemců na nejnížším možném zákonném limitu pěti nabídek bylo nevyvratitelně zasaženo do tržního prostředí. Soutěžili nabídkami tedy jen pět

subjektů z možných 18 dodavatelů, nemůže být podle společnosti Skanska a. s. zajištěna hospodářská soutěž, zejména jsou-li na trhu běžné vysoké rozdíly mezi cenovými nabídkami konkurentů. Závěry o narušení hospodářské soutěže jsou použitelné i přes skutečnost, že pravidlo zachování soutěže v užším řízení nebylo českým zákonodárcem přebráno do zákona, jak tvrdí společnost Skanska a. s. Eurokonformní výklad je podle ní nevyhnutelný, jelikož český zákon nevede k dovolené odchylce v podobě tvrdší úpravy pro stát, naopak vede k zásadnímu omezení hospodářské soutěže z libovůle zadavatele.

13. Důvodem pro použití užšího řízení a následného omezení nabídek by podle tvrzení společnosti Skanska a. s. neměl být vyšší administrativní náklad zadavatele, když lze soutěž dosahovat mezi zájemci nižší cenu řádově v milionech. Své námitky uzavřela společnost Skanska a. s. s tím, že navrhla zadavateli změnit užší řízení na řízení otevřené a dovolit všem zájemcům podat nabídky.

III. Oznámení o opožděně podaných námitkách

14. Zadavatel námitkám společnosti Skanska a. s., které obdržel dne 7.7.2011, nevyhověl a jako opožděné je označil v oznámení ze dne 15.7.2011, jež navrhovatel obdržel dne 18.7.2011.
15. V oznámení o opožděně podaných námitkách zadavatel uvedl, že námitky navrhovatele jsou obsahově námitkami proti postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 17 písm. m) zákona, tedy jde o námitky podané podle § 110 odst. 2 zákona. Tyto měl stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona dozvěděl, nejpozději do uzavření smlouvy. Podle vyjádření stěžovatele je rozhodné datum 17.5.2011, tj. den uveřejnění Oznámení o zakázce v Informačním systému o veřejných zakázkách. Lhůta pro podání námitek podle ustanovení § 110 odst. 2 zákona uplynula dnem 2.6.2011. Zadavatel tu konstatoval s ohledem na doručení námitek, že jde o námitky opožděně podané. Zadavatel proto oznámil stěžovateli ve smyslu ustanovení § 111 odst. 4 zákona, že jeho námitky byly podány opožděně.
16. Z důvodu prověření, zda nedošlo k porušení zákona, zadavatel podané námitky přezkoumal a konstatoval, že v daném případě zadal veřejnou zakázku jako podlimitní, přičemž právem zadavatele je zvolit si podle ustanovení § 21 zákona druh zadávacího řízení. Zadavatel v zadávacím řízení postupoval dle příslušných ustanovení zákona o veřejných zakázkách, který shora citované předpisy Evropské unie zapracovává. Zadavatel odůvodnění svého oznámení uzavřel s tím, že rozhodnutí zadavatele 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.

IV. Obsah návrhu

17. Neboť navrhovatel nepovažoval postup zadavatele za učiněný v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 18.7.2011 k Úřadu návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) a zároveň návrh na nařízení předběžného opatření, jímž by měl být zadavateli podle § 117 odst. 1 písm. b) citovaného zákona o veřejných zakázkách uloženo předběžné opatření spočívající v přerušení zadávacího řízení.

IV.1 Návrh na přezkoumání zadávací podmínky

18. Navrhovatel ve svém návrhu namítá předně protiprávnost zadávací podmínky, že stanovením počtu zájemců na nejnižším možném zákonném limitu pěti nabídek bylo nevyvratitelně zasaženo do tržního prostředí a narušena hospodářská soutěž, když se o veřejnou zakázku ucházelo 18 zájemců. Podle navrhovatele omezení počtu nabídek na pět z 18 popírá jeden ze základních pilířů smlouvy o fungování EU a zadávacích směrnic č. 2004/17/ES a č. 2004/18/ES, tj. hospodářskou soutěž mezi tržními subjekty. Podle navrhovatele je stěžejním účelem zákona o veřejných zakázkách, aby byla zabezpečena soutěž při zadávání zakázek subjekty. Cílem zákona je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zadavatel nese odpovědnost za výběr nejvhodnější nabídky. Navrhovatel poukázal na dikci směrnice č. 2004/18/ES, 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.“* Navrhovatel připustil, že omezení na 5 zájemců je možné, avšak omezeným počtem musí být zajištěna efektivní hospodářská soutěž ad hoc pro konkrétní podmínky zakázky a trhu (hojnost konkurence).
19. Jak navrhovatel podotkl, soutěží-li jen 5 subjektů z 18, nemůže být zajištěna hospodářská soutěž, zejména jsou-li na trhu běžné vysoké rozdíly mezi cenovými nabídkami konkurentů (případ stavebnictví). S ohledem na momentální situaci ve stavebnictví jsou běžné cenové rozdíly v nabídkových cenách 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.
20. Podle navrhovatele je běžné, že v otevřených řízeních se vítězná nabídková cena pohybuje v rozmezí 50 – 65 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, naopak použití užšího řízení je evidentně protisoutěžní krok, neboť v užších řízeních s omezením na 5 zájemců je vítězná cena v rozmezí 85 – 95 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Zákon o veřejných zakázkách je nástrojem dosažení cíle, jímž má být efektivní vynakládání veřejných prostředků. Je podle navrhovatele bezpochyby v rozporu s tímto cílem, omezí-li zadavatel počet nabídek na množství nezaručující soutěž, anebo bez existence objektivního důvodu ospravedlňujícího toto zúžení soutěžitelů.
21. *„Uvedené závěry o narušení hospodářské soutěže jsou použitelné i přes skutečnost, že pravidlo zachování soutěže v užším řízení nebylo českým zákonodárcem přebráno do zákona. Eurokonformní výklad je nevyhnutelný, jelikož český zákon nevede k dovolené odchylce v podobě „tvrdší“ úpravy pro stát, naopak vede k zásadnímu omezování hospodářské soutěže z libovůle zadavatele.“*, konstatuje navrhovatel. *„Zadavatel stejně tak jedná v rozporu s guideline k zadávacím směrnicím, který zadavatelům připisuje povinnost oslovit takový počet dodavatelů, který jednoznačně zabezpečí dostatečnou a přirozenou hospodářskou soutěž.“*
22. Jak navrhovatel podotkl, nutnost objektivního důvodu pro omezení počtu nabídek nedávno zdůraznil také slovenský Úrad pre verejné obstarávanie v rozhodnutí č. j. 141-6000/2011-ON/36 ze dne 11.5.2011, kdy vycházel z interpretace směrnic č. 2004/18/ES a č. 2004/17/ES. Tyto směrnice stanovují, kromě zachování hospodářské soutěže, *„podmínku existence*

objektivního důvodu pro zúžení počtu zájemců, čl. 54/3 směrnice č. 17: V omezených a vyjednávacích řízeních mohou být kritéria založena na objektivní potřebě zadavatele snížit počet zájemců na úroveň, která je odůvodněná potřebou vyvážení zvláštních znaků zadávacího řízení a prostředků potřebných pro jeho uskutečnění. Počet vybraných zájemců však musí zohledňovat nutnost zajištění přiměřené hospodářské soutěže“. Aplikační guideline ke vzorovému zákonu UNCITRAL¹ ještě zpřisňuje interpretaci podmínek použití užšího řízení, aby se jeho použití nestalo nástrojem zneužívaným zadavatelem pro zasahování do soutěže.

23. Navrhovatel uzavřel, že neshledává objektivní důvod, pro který by zadavatel měl a mohl omezovat počet účastníků, ani nepřiměřené náklady spojené s více nabídkami od zájemců tak, jak je vyžadováno zadávací směrnicí.
24. K důvodu odmítnutí námítky zadavatelem navrhovatel uvádí, že informace o počtu uchazečů, na jejichž počet bude soutěž zúžena, není zadávací podmínkou, jak zadavatel tvrdí v rozhodnutí o odmítnutí námítky, a dovozuje, že kdyby byl závěr zadavatele o lhůtě pro podání námítky s navázáním na 15 denní lhůtu ode dne obdržení kvalifikační dokumentace správný, vedlo by to podle navrhovatele 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.
25. Navrhovatel vyjádřil nesouhlas s názorem zadavatele, že se na lhůtu pro podání námítky vztahuje § 110 odst. 2 zákona, když právě § 110 odst. 2 zákona postihuje o ex post kontrolu již uskutečněných úkonů, a že tedy závěr zadavatele o existenci „úkonu užšího řízení s omezením na pět uchazečů“ není správný. Úkonem je podle navrhovatele losování.

IV.2 Návrh na přezkoumání úkonu losování

26. Další část návrhu obsahuje námítky proti úkonu zadavatele – losování podle § 61 odst. 4 zákona. Losování proběhlo dne 29.6.2011 na adrese Veletržní palác, Dukelských hrdinů 47, Praha 6, v 8,30 hodin, a to elektronickým přístrojem „CENTLOZ002“. Navrhovatel připouští, že námítku proti úkonu zadavatele nedoručil v požadované lhůtě. Proto žádá Úřad, aby zahájil řízení ve věci ex offio.
27. Navrhovatel uvedl, že k losování bylo použito zařízení CENTLOZ002, které je ve vlastnictví společnosti VE-ZAK CZ s.r.o., IČ 28600983, se sídlem Ke Stírce 491/33, 182 00 Praha 8. Jde o elektronické losovací zařízení – generátor náhodných čísel. Výrobce celého zařízení je společnost Centador, s.r.o., IČ 28599632, se sídlem Dubská 244, 272 03 Kladno.
28. Podle vlastníka losovacího zařízení je transparentnost zaručena notářským zápisem, zprávou o zkoušce Elektrotechnického zkušebního ústavu a plombou. Navrhovatel tu uvádí, že pořízení notářského zápisu, byť dokáže být překážkou pro viditelnou manipulaci losováním, nedokáže omezit promyšlenou manipulaci software vybavení zařízení. Vyslovuje dále domněnku, že průměrný odborník z oblasti IT může v daném zařízení provést změnu software i algoritmus losování nebo omezit množinu losovaných čísel. Podle navrhovatele je

¹ UNCITRAL Model Law on Procurement Goods, Construction and Services with Guide to Enactment

zcela nedostačující, aby možnost úpravy software byla zamezena pouze umělohmotnou plombou soukromé osoby.

29. Ke statistice losování navrhovatel argumentuje, že matematický propočten vylosování některých uchazečů se zcela vymyká matematickým pravidlům pravděpodobnosti. Na vzorku uchazečů ukazuje, že pravděpodobnosti právě jejich vylosování, přes možnou odchylku v náhodě, absolutně neodpovídají počtu vylosování uvedených uchazečů, právě ve srovnání s navrhovatelem. Na příkladu vybraného uchazeče udává navrhovatel pravděpodobnost vylosování 0,72 %, přičemž četnost výskytu vylosování vybraného uchazeče přes 50 % tomu údajně neodpovídá.
30. Navrhovatel namítá porušení pravidel hospodářské soutěže a sekundárního práva Evropské unie, neboť losování není guideline dovoleno. Zároveň poukazuje na rozpor losování zařízením se zákonem o veřejných zakázkách, kdy kontrola zařízení před losováním nepřipadá v úvahu a proces losování zařízením je zcela nepřezkoumatelný a nekontrolovatelný ze strany uchazečů.
31. Podle názoru navrhovatele jsou skutečnosti uvedené ve druhé části návrhu, tj. v podnětu, jednoznačným indikátorem netransparentního losování, když zadavatel neučinil žádné kroky ani neposkytl důkazy, jež by svědčily o nemožnosti manipulovat se software zařízením.
32. Újma podle navrhovatele spočívá v nemožnosti účastnit se férové soutěže, předložit nabídku a dále ve skutečné škodě v nákladech právních zastoupení a ušlém zisku.
33. Závěrem navrhovatel navrhuje, aby bylo vydáno předběžného opatření spočívající v přerušení řízení, a zrušit zadávací řízení.
34. Navrhovatel doplnil návrh podáním ze dne 25.7.2011, jež Úřad dne 27.7.2011 obdržel, o statistiku losování s předmětným losovacím zařízením. Podle tvrzení navrhovatel jiní uchazeči vykazují nesrovnatelně vyšší úspěšnost při losování i při menším počtu účastí v soutěžích ve srovnání s navrhovatelem. Domnívá se proto, že je zcela vyloučeno, že by předmětné losovací zařízení fungovalo na rovnoměrném rozložení pravděpodobnosti při uvedených výsledcích. Navrhovatel má za to, že je diskriminován při účasti v zadávacím řízení. Na základě v doplnění návrhu uvedených zjištění považuje navrhovatel losování ze dne 29.6.2011 za netransparentní, nevylučující možnost manipulace při losování.

V. Řízení před správním orgánem

35. Dnem 20.7.2011, kdy Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh obdržel, bylo podle ustanovení § 113 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 20.7.2011.
36. Účastníky správního řízení jsou podle § 116 zákona:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč – SMP CZ, a.s., IČ 27195147, se sídlem Evropská 1692/37, 160 41 Praha 6 - Dejvice, za niž jedná Ing. Martin Doksanský, předseda představenstva, a Ing. Pavel Kameník, člen představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“).

37. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S288/2011/VZ-11984/2011/520/JMa ze dne 29.7.2011. Zároveň jim usnesením č. j. ÚOHS-S288/2011/VZ-11985/2011/520/JMa ze dne 29.7.2011 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Úřad navrhovateli v usnesení současně stanovil lhůtu k doplnění návrhu o originál či úředně ověřenou kopii pověření ze dne 4. 10. 2010 Mgr. Miroslavu Cákovi, zaměstnanci společnosti Skanska a.s. Následně přípisem ze dne 25. 7. 2011 navrhovatel ověřenou kopii pověření zaměstnance zaslal.
38. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S288/2011/VZ-11987/2011/520/JMa ze dne 29.7.2011 zamítnul Úřad návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření, jímž mělo být zadavateli podle § 117 odst. 1 písm. b) zákona uloženo předběžné opatření spočívající v pozastavení zadávacího řízení.
39. Navrhovatel dopisem ze dne 3.8.2011 podal rozklad proti rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S288/2011/VZ-11987/2011/520/JMa ze dne 29.7.2011. Ve svém rozkladu navrhovatel uvedl, že rozhodnutí je nepřezkoumatelné z důvodu nedostatku řádného odůvodnění a navrhuje změnit napadené rozhodnutí tak, že se předmětné zadávací řízení pozastavuje až do pravomocného rozhodnutí ve věci samé.
40. K rozkladu navrhovatele bylo rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R172/2011/VZ-2487/2012/310/IPs ze dne 6.2.2012 napadené rozhodnutí potvrzeno s tím, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

VI. Vyjádření zadavatele k návrhu

41. Zadavatel se přípisem ze dne 26.7.2011, který byl Úřadu dne 27.7.2011 doručen, vyjádřil k návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel zopakoval předně, že námitky navrhovatele doručené mu dne 7.7.2011 směřovaly nikoli proti zadávací podmínce, avšak proti postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky a jde tedy o námitky podané ve smyslu § 110 odst. 2 zákona. Podle zadavatele lhůta pro podání námitek uplynula dne 2.6.2011 a s ohledem na datum doručení námitek zadavateli se tedy jednalo o opožděně podané námitky ve smyslu ustanovení § 111 odst. 4 zákona, podle něhož zadavatel o opožděně podaných námitkách nerozhoduje, tuto skutečnost pouze stěžovateli oznámí. Jak zadavatel konstatoval, rozhodnutí o použití užšího řízení, jakož i rozhodnutí o omezení počtu zájemců, kteří mají být vyzváni k podání nabídky, nelze samo o sobě účinně napadnout námitkami nebo návrhem na přezkoumání úkonu zadavatele. Pokud by námitky nebyly opožděně a zadavatel měl povinnost o nich rozhodnout, těmto námitkám by nevyhověl s odůvodněním, že žádným svým postupem zákon neporušil. Podle tvrzení zadavatele není omezení počtu zájemců losováním na pět zadávací podmínkou a je zcela v souladu se zákonem. Užší řízení je rovnocenné řízení otevřenému a je na vůli zadavatele, jaký druh zadávacího řízení si zvolí. Navíc omezení počtu zájemců na pět není podle zadavatele zadávací podmínkou, nýbrž postupem zadavatele při zadávání veřejné zakázky.
42. Pokud jde o námitku navrhovatele proti úkonu zadavatele – losování, zadavatel uvádí, že použil k losování elektronické losovací zařízení CENTLOZ002. Ve zprávě o zkoušce provedené Elektrotechnickým zkušební ústavem 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. K námitkám navrhovatele, který napadá zákonnost losování, podotkl zadavatel, že jsou účelové a vykonstruované. 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.

43. Zadavatel proto považuje námitky navrhovatele za účelové a navrhuje, aby orgán dohledu správní řízení zastavil.

VII. Závěry Úřadu

44. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona, neboť nebyl podán osobou k tomu oprávněnou. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

VII.1 K výrokové části I. tohoto rozhodnutí

Navrhovatel jako osoba oprávněná k podání návrhu

45. Navrhovatel podal dopisem ze dne 30.6.2011 námitky, a to proti zadávací podmínce podle § 110 odst. 3 zákona. Zadávací podmínkou, vůči níž námitka směřuje, je omezení počtu zájemců losování na pět. Námitka směřuje proti počtu losovaných zájemců, tj. 5, bod oznámení č. IV.1.2 o zakázce uveřejněného v informačním systému o veřejných zakázkách dne 17.5.2011 pod evidenčním číslem 60060170.
46. Zadavatel dopisem ze dne 15.7.2011 námitky navrhovatele posoudil jako opožděné s tím, že lhůta stanovená v § 110 odst. 2 zákona uplynula již dne 2.6.2011, a tuto skutečnost ve smyslu ustanovení § 111 odst. 4 zákona oznámil navrhovateli. Zároveň zadavatel konstatoval, že námitky navrhovatele považuje za námitky podle § 110 odst. 2 zákona, neboť způsob omezení počtu zájemců v rámci užšího řízení je úkonem zadavatele. Přesto se zadavatel vyjádřil k námitkám navrhovatele rovněž z věcného hlediska, jak bylo uvedeno v podrobnostech shora v bodu 19., resp. 44. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
47. 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.
48. Jak stanoví § 110 odst. 3 zákona, námitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.
49. Z ustanovení § 110 odst. 7 zákona plyne, že námitky se 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.

50. 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.
51. 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.
52. Úřad konstatuje, že 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.
53. Obsahové náležitosti námitek jsou uvedeny v již citovaném 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 30.6.2011.
54. Předmětná veřejná zakázka byla zadávána formou užšího řízení. Lhůtu pro doručení žádostí o účast stanovil zadavatel do 6.6.2011 (bod č. IV.3.4. oznámení o zakázce). Dne 7.7.2011 zadavatel obdržel námitky navrhovatele ze dne 30.6.2011. V předmětné veřejné zakázce byla zadavatelem stanovena lhůta pro podání nabídek do 19.7.2011.
55. S ohledem na specifika užšího řízení, doba mezi seznámením dodavatelů se zadávací dokumentací, podáním žádosti o účast a stanovením lhůty pro podání nabídek může být u složitých veřejných zakázek i několik měsíců, lze u tohoto druhu zadávacího řízení chápat vázání lhůty pro podání námitek na konec lhůty pro podání nabídek, jak je formulováno v ustanovení § 110 odst. 3 zákona, jako nepřilíš vhodné. Přesto však Úřad konstatuje, že zákon neumožňuje v dané věci aplikovat ustanovení § 110 odst. 2 zákona.
56. Vzhledem k uvedenému Úřad konstatuje, že námitky navrhovatele směřující proti zadávací podmínce omezení počtu zájemců losováním na pět ze dne 30.6.2011 byly podány ve lhůtě podle § 110 odst. 3 zákona. Úřad konstatuje, že podaný návrh lze považovat za řádný a v souladu se zákonem v části směřující proti stanovení zadávací podmínky omezení počtu zájemců losováním na pět.
57. 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 byl osobou oprávněnou k podání

návrhu ve věci zadávací podmínky omezení počtu zájemců na pět uvedené v bodu č. IV.1.2. oznámení o zakázce.

K omezení počtu zájemců losováním na pět

58. Zákon v ustanovení § 21 odst. 1 písm. b) uvádí, že užší řízení jako druh zadávacího řízení je upraveno v § 28 zákona. Podle ustanovení § 21 odst. 2 zákona je zadavatel oprávněn pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínky stanovené v § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.
59. Jak vyplývá z ustanovení § 28 odst. 1 zákona, 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.
60. Zákon v § 28 odst. 2 zákona stanoví, že zájemci podávají písemnou žádost o účast a prokazují splnění kvalifikace ve stanovené lhůtě. Po posouzení kvalifikace zájemců zadavatel vyzve zájemce, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídky. Pokud zadavatel v oznámení užšího řízení omezil počet zájemců pro účast v užším řízení, vyzve k podání nabídky pouze zájemce vybrané v souladu s § 61, jde-li o veřejného zadavatele, nebo v souladu s ustanovením § 66, jde-li o sektorového zadavatele. Zadavatel může stanovit i maximální počet zájemců, jež vyzve k podání nabídky.
61. Podle § 28 odst. 3 zákona je veřejný zadavatel povinen vyzvat k podání nabídky nejméně pět 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 pět zájemců.
62. Jak plyne z ustanovení § 61 odst. 4 zákona, 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, elektronicko-mechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování. Účastnit se losování mají právo zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyzoomí nejméně pět dnů před losováním.
63. Zadavatel je povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losovacího zařízení a prostředky sloužící k losování (§ 61 odst. 5 zákona). Počet zájemců vybraných podle odstavců 3 a 4 citovaného ustanovení zákona musí odpovídat počtu, který uvedl veřejný zadavatel v oznámení o zahájení zadávacího řízení. V případě, že zadavatel neuvedl v oznámení o zahájení zadávacího řízení přesný počet zájemců, které vyzve k podání nabídky, je povinen stanovit tento počet před provedením výběru a písemně o tom informovat všechny zájemce, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace (§ 61 odst. 6 zákona). Podle odst. 7 citovaného ustanovení zákona veřejný zadavatel bezodkladně po provedení výběru podle odstavců 3 až 6 citovaného ustanovení zákona vyloučí z účasti v zadávacím

řízení všechny zájemce, kteří nebyli vybráni. Vyloučení zájemce včetně důvodů veřejný zadavatel zájemci bezodkladně písemně oznámí. Veřejný zadavatel je povinen o postupu při omezení počtu zájemců pořídit protokol, ze kterého bude patrný způsob a výsledek omezení počtu zájemců. Zájemci jsou oprávněni do tohoto protokolu nahlížet a pořídit si z protokolu výpis nebo jeho opis (§ 61 odst. 8 zákona).

64. Podle ustanovení § 1 zákona tento zákon zapracovává příslušné předpisy Evropských společenství (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.
65. V ustanovení § 112 odst. 1 zákona je stanoveno, že Úřad vykonává dohled nad dodržováním tohoto zákona, přičemž podle § 112 odst. 2 písm. b) zákona rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu s tímto zákonem. Zadáváním je podle § 17 písm. m) zákona závazný postup, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení.
66. Navrhovatel ve svém návrhu uvedl, že stanovením počtu zájemců na nejnižším možném zákonném limitu pěti nabídek bylo nevyvratitelně zasaženo do tržního prostředí, s ohledem na předmět zakázky (rekonstrukce mostu), nízké kvalifikační požadavky a konkurenční tržní prostředí v oblasti mostního stavitelství. 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.
67. Podle čl. 2 odst. 2 směrnice č. 2004/17/ES se působnost této směrnice vztahuje na zadavatele, kteří
 - 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 týkající se průzkumu nebo těžby ropy, zemního plynu, uhlí nebo jiných pevných paliv, jakož i přístavů a letišť (čl. 7),
 - 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.
68. Jak stanoví čl. 16 Směrnice č. 2004/17/ES, tato 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:
 - 499 000 EUR pro zakázky na dodávky a služby,
 - 6 242 000 EUR pro zakázky na stavební práce.
69. Z výše uvedených skutečností lze dovodit, že 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.

Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel v předmětné podlimitní veřejné zakázce (rekonstrukce mostu – stavební práce) postupoval jako zadavatel veřejný, navrhovatelem uvedená směrnice nemá vliv na postup zadavatele v předmětné veřejné zakázce.

70. Z ustanovení čl. 7c směrnice č. 2004/18/ES vyplývá, že se 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. Z výše uvedených skutečností vyplývá, že 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.
71. Na základě výše uvedených informací Úřad uvádí, že nelze aplikovat ustanovení zmíněných 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.
72. 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.“). Ze zmíněného rozhodnutí ÚVO dále vyplývá, že se jednalo o nadlimitní veřejnou zakázku na stavební práce, bohužel ze zmíněného rozhodnutí nelze určit, zda Turčianska vodárenská spoločnosť, a. s., vystupovala jako veřejný nebo sektorový zadavatel.
73. Z ustanovení § 52 odst. 1 zákona č. 25/2006 Z. z., o verejnom obstarávaní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 25/2006 Z. z.“), do jehož působnosti spadá postup veřejných za 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*“.
74. 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. Česká úprava užšího řízení a omezení počtu zájemců totiž postrádá požadavek, aby zadavatel omezil počet zájemců tak, aby umožnil hospodářskou soutěž. Tato úprava je navíc zakotvena ve směrnicih č. 2008/17/ES a 2008/18/ES. S jistotou lze konstatovat, že veřejná zakázka „*Odkanalizovanie obcí Valča, Příbovce, Benice a Rakovo*“ vzhledem k předpokládané hodnotě (nadlimitní veřejná zakázka) spadala mimo jiné do působnosti směrnice č. 2008/18/ES.
75. Vzhledem k odlišnosti národních úprav týkající se postupu zadavatele ve veřejných zakázkách zadávaných v užším řízení a odlišnosti šetřeného případu s veřejnou zakázkou „*Odkanalizovanie obcí Valča, Příbovce, Benice a Rakovo*“ (nadlimitní veřejná zakázka), nelze

aplikovat závěry navrhovatelem zmíněného rozhodnutí ÚVO č. j. 141-6000/2011-ON/36 ze dne 11.5.2011 na šetření předmětné veřejné zakázky.

76. 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 č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Zadavatel tedy může bez dalšího použít pro zadání veřejné zakázky užší zadávací řízení, s omezením počtu zájemců na minimální počet pěti.
77. Na základě výše zjištěných skutečností a po přezkoumání námitek navrhovatele v této části návrhu, jak bylo podobně popsáno shora, Úřad uzavírá, že neshledal v postupu zadavatele (omezení počtu zájemců losováním na pět) pochybení, které by mohlo mít podstatný vliv na výběr nejhodnější nabídky, proto návrh navrhovatele ze dne 8. 7. 2011 podle ustanovení § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítl tak, jak je uvedeno ve výrokové části I. tohoto rozhodnutí.

VII.2 K výrokové části II. tohoto rozhodnutí

K namítané netransparentnosti losovacího zařízení a losování

78. Pokud jde o námítky navrhovatele týkající se úkonu losování, Úřad se předně zabýval otázkou osoby oprávněné k podání návrhu, neboť její vyřešení je rozhodné pro to, zda se bude Úřad zabývat všemi částmi návrhu navrhovatele v meritu věci či nikoliv.
79. Bylo tedy nutné posoudit, zda navrhovatel je v této části návrhu osobou oprávněnou k jejímu podání Úřadu. Námítky navrhovatele ze dne 30.6.2011 jsou po obsahové stránce totožné s návrhem na zahájení správního řízení ze dne 18.7.2011 doručeného Úřadu dne 20.7.2011. Podle notářského zápisu, který osvědčil seznámení uchazečů s losovacím zařízením a průběh losování uchazečů při omezení jejich počtu o předmětnou veřejnou zakázku, proběhlo losování dne 29.6.2011.
80. Z předložené dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v užším řízení z důvodu omezení počtu zájemců losováním ze dne 30.6.2011 obdržel navrhovatel dne 1.7.2011, přičemž proti uvedenému rozhodnutí zadavatele námítky navrhovatel nepodal.
81. Na základě ustanovení § 110 odst. 1 zákona může při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“), podat zadavateli zdůvodněné námítky.
82. Z ustanovení § 110 odst. 2 zákona vyplývá, že námítky 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.
83. Zákon v ustanovení § 110 odst. 7 stanoví, že se námítky podávají písemně. V námítkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námítkách 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.

84. Jak stanoví § 114 odst. 1 zákona, návrh lze podat proti všem úkonům zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady stanovené v ustanovení § 6 a v jejichž důsledku hrozí nebo vznikla újma na právech navrhovatele, a to zejména proti zadávacím podmínkám, obsahu oznámení nebo výzvy o zahájení zadávacího řízení, vyloučení uchazeče v zadávacím řízení, rozhodnutí o výběru nejuvhodnější nabídky, použití druhu zadávacího řízení.
85. Podle ustanovení § 114 odst. 3 zákona musí návrh vedle obecných náležitostí podání obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá. Součástí návrhu je doklad o složení kauce podle § 115 a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli a doklad o opětovném složení jistoty podle § 67 odst. 4 zákona.
86. V § 118 odst. 4 písm. c) zákona je stanoveno, že Úřad návrh zamítne, pokud návrh nebyl podán oprávněnou osobou.
87. Na základě předložené dokumentace o veřejné zakázce lze konstatovat, že pro stanovení okamžiku, kdy se o případné netransparentnosti losovacího zařízení a losování navrhovatel dozvěděl, je rozhodný den 29.6.2011, kdy proběhlo losování, kterého se osobně účastnil. Navrhovatel tedy mohl ve lhůtě podle § 110 odst. 2 zákona, tj. do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení dozvěděl, podat námitky, což neučinil.
88. Úřad konstatuje, že navrhovatel sice podal námitky ze dne 30.6.2011, které zadavatel obdržel dne 7.7.2011, avšak zde navrhovatel brojí pouze proti zadávací podmínce omezení počtu uchazečů na pět. Námitky ze dne 30.6.2011 neobsahovaly argumenty proti losovacímu zařízení a losování, přestože losování proběhlo dne 29.6.2011.
89. Navrhovatel však námitky proti losovacímu zařízení a losování zadavateli vůbec nepodal, tudíž v této části návrhu nesplnil podmínku pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele uvedenou v § 110 odst. 7 zákona, neboť řádné a včasné podání námitek je podmínkou pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci.
90. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že navrhovatel není osobou oprávněnou k podání návrhu proti možné netransparentnosti losovacího zařízení a losování, protože návrh byl podán v rozporu s ustanovením § 110 odst. 7 zákona. Navrhovatel ve výše uvedených částech návrhu nesplnil zákonnou podmínku k podání návrhu, kterou v daném případě bylo podání předchozích řádných námitek. Z tohoto důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrokové části II. tohoto rozhodnutí, a návrh v této části podle ustanovení § 118 odst. 4 písm. c) zákona zamítl.

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:

1. město Raspenava, se sídlem Fučíkova 421, 464 01 Raspenava
2. Mgr. Miroslav Cák, Skanska a. s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4
3. SMP CZ, a.s., se sídlem Evropská 1692/37, 160 41 Praha 6 - Dejvice

Vypraveno dne:

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