



UOHSX003TBDW

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S338/2011/VZ-15651/2011/510/OKo

V Brně dne: 29. února 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním ve správním řízení zahájeném dne 8.8.2011 na návrh ze dne 5.8.2011, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Mikroregion Podralsko, IČ 70809721, se sídlem Svatovítské náměstí 105, 463 52 Osečná, zast. Jiřím Hauzerem, předsedou mikroregionu, ve správním řízení zastoupená na základě mandátní smlouvy ze dne 6.5.2011 společností Allowance s.r.o., IČ 26140136, se sídlem Korunní 810/104, 101 00 Praha Vinohrady, za niž jedná Lubomír Chalupa, jednatel,
- navrhovatel – společnost Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova1/2348, 149 00 Praha 4 – Chodov, za niž jedná Ing. Dan Ťok a Ing. Patrik Choleva, předseda a místopředseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě pověření ze dne 4.10.2010 a ze dne 26.1.2012 Mgr. Miroslavem Cákem, zaměstnancem společnosti,

ve věci vymezené obsahem návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v podlimitní veřejné zakázce „Zelená cyklomagistrála Ploučnice – Úsek Osečná – Noviny pod Ralskem (Průrva)“ v užším řízení, jehož oznámení bylo v ISVZ uveřejněno dne 6.6.2011 pod ev.č. VZ 60060923, rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – Chodov – ze dne 5.8.2011, **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.

ODŮVODNĚNÍ

Průběh zadávacího řízení

1. Zadavatel – Mikroregion Podralsko, IČ 70809721, se sídlem Svatovítské náměstí 105, 463 52 Osečná, zast. Jiřím Hauzerem, předsedou mikroregionu, ve správním řízení zast. na základě mandátní smlouvy ze dne 6.5.2011 společností Allowance s.r.o., IČ 26140136, se sídlem Korunní 810/104, 101 00 Praha Vinohrady, za niž jedná Lubomír Chalupa, jednatel (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách dne 6.6.2011 pod ev.č. VZ 60060923 oznámení užšího řízení o podlimitní veřejné zakázce „Zelená cyklomagistrála Ploučnice – Úsek Osečná – Noviny pod Ralskem (Průrva)“.
2. Předmětem plnění předmětné veřejné zakázky je vybudování cyklistické stezky. Stavebně se pak jedná jak o úpravy a rekonstrukci stávajících komunikací, tak i o vybudování zcela nových úseků v běžném terénu.
3. Zadavatel v bodě IV. 1.1) oznámení o zakázce určil, že předmětná veřejná zakázka bude zadávána v užším řízení. V bodě IV.1.2) oznámení o zakázce stanovil počet pěti zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek. Současně zadavatel stanovil, že výběr proběhne dle ust. § 61 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), a to losováním.
4. Výkonem zadavatelských činností zadavatel mandátní smlouvou ze dne 6.5.2011 pověřil společnost Allowance s.r.o., IČ 26140136, se sídlem Korunní 810/104, 101 00 Praha – Vinohrady, za niž jedná Lubomír Chalupa, jednatel.
5. Zadavatel v bodě IV. 3.3) oznámení o zakázce stanovil lhůtu pro přijetí žádostí o účast do dne 20.6.2011 do 10.00 hodin. Ve stanovené lhůtě pro podání žádostí o účast obdržel zadavatel 17 žádostí, přičemž 16 zájemců splnilo zadavatelem požadovanou kvalifikaci.
6. Navrhovatel – společnost Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova1/2348, 149 00 Praha 4 – Chodov, za niž jednají Ing. Dan Ťok a Ing. Patrik Choleva, předseda a místopředseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě pověření ze dne 4.10.2010 a ze dne 26.1.2012 Mgr. Miroslavem Cákem, zaměstnancem společnosti (dále jen „navrhovatel“) – podal dopisem ze dne 15.7.2011 námitky směřující proti počtu losovaných zájemců, neboť nepovažoval zadávací podmínku „omezení počtu zájemců losováním na pět“ za postup učiněný v souladu se zákonem. Zadavatel obdržel námitky dne 19.7.2011.
7. Zadavatel dopisem ze dne 2.8.2011 oznámil navrhovateli, že námitky byly podány opožděně, neboť se nejedná o námitky proti zadávacím podmínkám, jak uvádí navrhovatel, ale o námitky proti postupu zadavatele, přičemž navrhovatel se o domnělém porušení zákona dověděl dne 6.6.2011, tj. dnem uveřejnění oznámení o zakázce v ISVZ a lhůta tedy uplynula dne 21.6.2011, s ohledem na datum doručení námitek se jedná o námitky opožděně podané. Navrhovateli byl dopis doručen dne 4.8.2011.
8. Podle notářského zápisu sepsaného notářkou JUDr. Danou Skružnou ze dne 21.7.2011, pod č. NZ 325/2011 (dále jen „notářský zápis“) byl losováním v souladu s bodem IV.1.2) oznámení o zakázce omezen počet zájemců na pět. Zájemcům, kteří nebyli vylosováni,

zadavatel oznámil vyloučení z účasti v zadávacím řízení. Mezi vyloučenými uchazeči byl i navrhovatel.

9. Navrhovatel podal dopisem ze dne 25.7.2011 námitky proti úkonu zadavatele – losování zájemců dle § 61 odst. 4 zákona, které proběhlo dne 21.7.2011. Zadavatel námitky obdržel dne 27.7.2011.
10. Zadavatel rozhodl dne 2.8.2011 o nevyhovění námitkám. Navrhovatel rozhodnutí obdržel dne 4.8.2011.
11. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval obě rozhodnutí zadavatele, tj. rozhodnutí zadavatele ze dne 2.8.2011, kterým zadavatel nevyhověl námitkám týkajících se losování a oznámení zadavatele o opožděně podaných námitkách z téhož dne, za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 5.8.2011 písemný návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgánu dohledu nad dodržováním zákona.
12. Zadavatel oznámil Úřadu dopisem ze dne 24.8.2011, který Úřad obdržel dne 12.9.2011, výběr nejvhodnější nabídky – společnost SaM silnice a mosty a.s., IČ 25018094, se sídlem Máchova 1129, 470 01 Česká Lípa, za niž jedná Ing. Dušan Drahoš, předseda představenstva, se kterým uzavřel zadavatel dne 22.9.2011 smlouvu o dílo.

Obsah návrhu

13. V návrhu ze dne 5.8.2011 navrhovatel uvádí, že porušení zákona spatřuje:
 - v zadávací podmínce, kterou je užší řízení s omezením počtu zájemců losováním na 5 a
 - v netransparentnosti losování.

a) zadávací podmínka – omezení počtu zájemců losováním na pět

14. Navrhovatel zadavateli vytýká, že zadávací podmínka nedovoleně omezuje hospodářskou soutěž a neexistuje objektivní důvod pro omezení počtu uchazečů.
15. Navrhovatel se domnívá, že když žádost o účast podalo 17 zájemců, je omezení jejich počtu na 5 porušením zásady hospodářské soutěže, kterou považuje za nepřímou zásadu zadávacího řízení, protože i omezeným počtem uchazečů musí být zajištěna efektivní hospodářská soutěž ad hoc pro konkrétní podmínky zakázky a trhu. V předmětné zakázce vede zásah zadavatele k situaci, kdy bude soutěžit jenom část „relevantního trhu“.
16. Navrhovatel uvádí, že soutěží-li v nabídkách jenom 5 náhodně vylosovaných subjektů ze 17, nemůže být logicky hospodářská soutěž zajištěna, zejména jsou-li na trhu běžné vysoké rozdíly mezi nabídkami konkurentů; běžné rozdíly v nabídkových cenách jsou v rozpětí až 20 – 40 % a je tedy zcela v rozporu s hospodářskou soutěží a povinností efektivního vynakládání veřejných prostředků, když se zadavatel vlastní vinou zbavuje nabídek dodavatelů, kteří perspektivně nabídnou levnější cenu. 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. V předmětné veřejné zakázce, s přihlédnutím ke statistice, hrozí z důvodu omezení hospodářské soutěže losováním horší cena pro zadavatele řádově v milionech.

17. Podle navrhovatele omezení počtu nabídek na zlomek trhu popírá jeden ze základních pilířů Smlouvy o fungování EU a zadávacích směrnic č. 2004/17/ES a 2004/18/ES.
18. Navrhovatel spatřuje v postupu zvoleném zadavatelem v bodě IV.2) oznámení o zakázce rozpor s evropským právem, a to s čl. 44 odst. 3 směrnice č. 2004/18/ES, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „směrnice č. 2004/18/ES“), ve kterém je uvedeno: „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 musím být počet vyzvaných zájemců dostatečný, aby zajistil skutečnou hospodářskou soutěž“.
19. Navrhovatel se rovněž domnívá, že pro omezení počtu zájemců v daném případě neexistuje objektivní důvod, tak jak podle něj stanoví Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/17/ES, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb, s odkazem na čl. 54 odst. 3, (dále jen "směrnice č. 2004/17/ES"), kde je uvedeno: "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". Uvedené je analogicky použitelné a používané pro směrnici č. 18.
20. Navrhovatel se domnívá, že povinností zadavatele je v průběhu zadávacího řízení za všech okolností zabezpečit hospodářskou soutěž, přičemž omezení počtu zájemců není samoučelné anebo postavené na libovůli zadavatelů. Tento institut slouží k odbřemenění zadavatele v případech, kdy by byl zadavatel nepřiměřeně zatížen kontrolou obrovského množství nabídek. Český zákon v rozporu s evropskou legislativou umožňuje zvolit užší řízení bez splnění dalších podmínek.
21. Navrhovatel zastává názor, že ze shora citovaných znění obou směrnic vyplývá, že v předmětné veřejné zakázce neexistuje žádný objektivní důvod, pro který by zadavatel měl a mohl omezovat počet účastníků.
22. Nutnost objektivního důvodu pro omezení počtu nabídek nedávno podle navrhovatele konstatoval také slovenský Úrad pre verejné obstarávanie (dále jen „ÚVO“) č. j. 141-6000/2011-ON/36 ze dne 11. 5. 2011, který vycházel z interpretace směrnic 2004/18/ES a 2004/17/ES s tím, že se jedná o analogický případ, opřený o interpretaci sekundárního práva EU.
23. Navrhovatel má za to, že zadavatel porušil své povinnosti z evropské legislativy, národní judikatury a autentického výkladu, protože zvolil užší řízení bez splnění podmínek pro jeho použití.

b) netransparentnost losování

24. Úkonem zadavatele, proti kterému je podán návrh je losování uchazečů dle § 61 odst. 4 zákona, které proběhlo dne 21.7.2011 ve Veletržním paláci v Praze na elektronickém zařízení „CENTLOZ002“. (Z notářského zápisu a protokolu o losování je však zřejmé, že se jednalo o elektronické zařízení „CENTLOZ001“, dále tedy „CENTLOZ001“).

25. Navrhovatel se domnívá, že elektronické losovací zařízení „CENTLOZ001“, vlastněné společností VE-ZAK CZ s.r.o., je zařízením fungujícím na bázi NTB ACER Aspire 1825PT – 734G32nkk, jedná se tedy o běžný notebookový procesor s omezeným externím ovládáním, u kterého, v případě připojení externího vstupního zařízení (klávesnice, USB), by neměl být problém upravovat algoritmy nainstalovaného software.
26. Navrhovatel dále poukazuje na to, že notářský zápis o průběhu losování prokazuje pouze skutkový děj a stav věci – průběh losování, zápis však neprokazuje transparentnost losování anebo technické charakteristiky zařízení. Notářský zápis není dle názoru navrhovatele dostatečným osvědčením o vlastnostech software či hardware.
27. Navrhovatel se domnívá, že zpráva o zkoušce Elektrotechnického zkušebního ústavu (dále jen „EZU“) č. 100680-01/02 je z pohledu transparentnosti nedostačující, neboť se nijak nevyjadřuje k nemožnosti následné manipulace se zařízením, resp. s jeho software vybavením.
28. Navrhovatel v návrhu dále uvádí, že výrobce zařízení – společnost Centador s.r.o. je chráněnou dílnou, která nabízí výrobu plastových stojanů a žádné jiné výrobky nenabízí, tudíž není personálně ani technicky vybavena k výrobě losovacích zařízení a není zde tedy záruka nemanipulovatelnosti se zmiňovaným zařízením.
29. Stejně tak plombu na zadní straně losovacího zařízení zajišťuje společnost Centador s.r.o. a vzhledem k tomu, že celé zařízení je tvořeno notebookem zabudovaným v plechové krabici, je jednoduchou rutinou upravit nainstalovaný software, přičemž jedinou překážkou je umělohmotná plomba soukromé osoby, která ani nemá v dané oblasti žádnou obchodní historii.
30. Navrhovatel poukazuje na statistiku výsledků 36 losování konaných na stejném losovacím zařízení, která absolutně neodpovídá matematickému výpočtu pravděpodobnosti (některé společnosti dosahují úspěšnosti vyšší než 50 %). Navrhovatel se domnívá, že losováním počítačovým programem je vyloučeno uplatnění práva dle § 61 odst. 5 zákona, neboť kontrola zařízení před losováním nepřipadá v úvahu ani teoreticky, protože vniknutí do zařízení je omezeno plombou výrobce a je jen s velkými obtížemi možné na místě zjistit, zda software zaručuje skutečně náhodný výběr a zda nedošlo k manipulaci software. Navíc jsou losovací čísla přiřazena jednotlivým uchazečům předem před losováním a při losování je změna čísel ze strany organizátorů striktně odmítána.
31. Navrhovatel se domnívá, že losování zařízením je netransparentní a poukazuje na rozsudek Nejvyššího právního soudu č.j. 1 Afs 45/2010 – 159, ve kterém soud interpretuje požadavek transparentnosti tak, že tento není splněn tehdy, pokud jsou v zadatelově postupu sledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele v průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný.
32. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel neučinil žádné kroky a neposkytl důkazy, které by ujistili dodavatele o nemožnosti manipulovat se software zařízením.

33. Navrhovatel je přesvědčen, že mu zadavatel způsobil újmu spočívající v nemožnosti podat nabídku a omezil jeho právo účastnit se transparentní a efektivní hospodářské soutěže. Dále navrhovatel újmu spatřuje v ušlém zisku a v nákladech právního zastoupení.
34. Ze shora uvedených důvodů navrhovatel navrhuje, aby Úřad zrušil zadávací řízení.

Vyjádření zadavatele

35. Zadavatel zaslal stanovisko dopisem ze dne 12.8.2011, ve kterém uvádí, že je zcela na uvážení zadavatele, zda použije užší řízení, které je naprosto rovnocenné otevřenému řízení a může jej tedy zadavatel použít bez jakéhokoliv omezení a bez naplnění dalších zákonných podmínek.
36. Zadavatel k losování uvedl, že použil elektronické losovací zařízení CENTLOZ001, jehož vlastníkem je společnost VE-ZAK CZ s.r.o., IČ 28600983, se sídlem Ke Stírce 491/33, 182 00 Praha 8. Technický popis losovacího zařízení je obsažen v „Prohlášení o způsobu činnosti a aplikace“ vystaveném výrobcem tohoto zařízení – společností CENTADOR s.r.o., a je rovněž uveden v notářském zápisu o průběhu losování číslo NZ 325/2011 sepsaném dne 21.7.2011.
37. Zadavatel dále uvedl, že Elektrotechnický zkušební ústav provedl na základě požadavku vlastníka losovacího zařízení zkoušku, v níž je mj. 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.
38. Zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu ÚOHS-S 10/2011/VaZ-4442/2011/530/Swa ze dne 21.3.2011 a ÚOHS-S 145/2011/VZ-6752/2011/520/Mne ze dne 12.8.2011, která se týkají losování pomocí losovacích zařízení. Zadavatel je přesvědčen, že zákon ve svém ust. § 61 odst. 5 zákona nestanoví žádné další podrobnosti o zařízeních určených k losování, zejm. nestanoví povinnost certifikovat toto elektronické zařízení.
39. V podrobnostech zadavatel odkazuje na ustanovení týkající se losování (§ 61 zákona).
40. Zadavatel se vyjádřil ke statistice, kterou navrhovatel uvedl a upozorňuje na skutečnost, že v případech veřejných zakázek, ve kterých navrhovatel byl pomocí stejného losovacího zařízení náhodným výběrem vylosován, nespatriil navrhovatel na losování nic nezákonného a závadného, což svědčí o účelovosti podaných námitek a návrhu.
41. Zadavatel trvá na tom, že zákon v žádném směru neporušil, a že veškeré postupy při zadávání veřejné zakázky byly v souladu s tímto zákonem a navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil.
42. Dopisem ze dne 24.8.2011 doplnil zadavatel své vyjádření, ve kterém odkazuje na předchozí vyjádření a na informace, které již uvedl v rozhodnutí o námitkách, event. v Oznámení o opožděně podaných námitkách.

Průběh správního řízení

43. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č.j. ÚOHS-S338/2011/VZ-12819/2011/510/OKo ze dne 17.8.2011. Současně Úřad usnesením č.j. ÚOHS-S338/2011/VZ-12820/2011/510/OKo ze dne 17.8.2011 stanovil účastníkům lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

44. Účastníky tohoto správního řízení jsou podle § 116 zákona:
- zadavatel,
 - navrhovatel.
45. Po předběžném posouzení případu Úřad rozhodnutím č.j. ÚOHS-S338/2011/VZ-13000/2011/510/OKo ze dne 22.8.2011 podle § 117 odst. 1 zákona zamítl návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření.
46. Úřad obdržel dne 5.9.2011 rozklad navrhovatele proti citovanému rozhodnutí o zamítnutí návrhu na vydání předběžného opatření.
47. Usnesením č. j. ÚOHS-S338/2011/VZ-14321/2011/510/OKo ze dne 7.9.2011 Úřad stanovil zadavateli lhůtu k podání vyjádření k rozkladu navrhovatele.
48. Usnesením č. j. ÚOHS-S338/2011/VZ-15383/2011/510/OKo ze dne 29.9.2011 byla provedena oprava zjevné nesprávnosti v návěti rozhodnutí a v odstavci č. 1 odůvodnění citovaného rozhodnutí o zamítnutí návrhu na vydání předběžného opatření.
49. 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 navrhovatele podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Závěry úřadu

K zadávací podmínce – omezení počtu zájemců losováním na pět

50. 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.
51. 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 žádostí o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace.
52. 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 § 66, jde-li o sektorového zadavatele. Zadavatel může stanovit i maximální počet zájemců, jež vyzve k podání nabídky.
53. 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 než 5 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.

54. 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 vyzoomí nejméně 5 dnů před losováním.
55. 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.
56. 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 nepřísluší posuzovat případnou úroveň či kvalitu transpozice.
57. I když Úřad není oprávněn provádět výklad jiných právních předpisů než zákona, zejména zákona č. 25/2006 Z. z., o veřejnom 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.
58. 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.
59. 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.
60. 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.“

61. Z výše uvedených skutečností 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 (rekonstrukce mostu – 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.
62. Z ustanovení čl. 7 písm. c) 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).
63. 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 článcích 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.
64. 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.
65. 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.“
66. Z výše uvedených skutečností 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.

67. 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.
68. 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.
69. 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.“).
70. 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“.
71. 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.
72. 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.

K úkonu losování

73. Zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace (viz ust. § 6 zákona).
74. Omezení počtu zájemců zákon upravuje v ustanovení § 61. V odst. 1 cit. ustanovení zákon mj. stanoví, že omezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií podle odstavce 2 nebo 4 cit. ustanovení zákona uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.

75. Podle § 61 odst. 4 zákona může být objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 cit. ustanovení 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 vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.
76. 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 cit. ust. 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 cit. ustanovení zákona veřejný zadavatel bezodkladně po provedení výběru podle odstavců 3 až 6 cit. 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 pořádat protokol, ze kterého bude patrný způsob a výsledek omezení počtu zájemců. Zájemci jsou oprávněni do tohoto protokolu nahlížet a pořádat si z protokolu výpis nebo jeho opis (§ 61 odst. 8 zákona).
77. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že při omezení počtu zájemců pak byla přítomna notářka, která osvědčila jeho průběh. Přítomní zástupci zájemců byli JUDr. Janem Bělíčkem před zahájením losování informováni, že losování bude uskutečněno elektronickým losovacím zařízením, dále bylo losovací zařízení přítomným osobám předvedeno, byl jim podán technický popis zařízení a popis způsobu, jakým probíhá losování, přičemž bylo zdůrazněno, že losovací zařízení je přístupné pouze otevřením zadního víka, které dodavatel losovacího zařízení opatřil pečetí a předal ho společnosti VE–ZAK CZ s.r.o. provádějící losování, což bylo doloženo protokolem o předání losovacího zařízení. Dle notářského zápisu na vyzvání jeden z uchazečů provedl kontrolu čísla losovacího zařízení a kontrolu čísla a neporušenosti plomby porovnáním čísel uvedených na zařízení a čísel obsažených v protokolu. Poté byla provedena opakovaná zkouška funkčnosti losovacího zařízení. Zájemcům byla demonstrována rychlost generování hodnot a skutečnost, že v případě vylosování některého čísla losovacího zařízení s tímto číslem již nadále nepracuje.
78. Poté, co žádný z účastníků nevznesl námitky, přistoupil JUDr. Jan Bělíček k vlastnímu losování. Jednotlivým zájemcům připuštěným do losování bylo přiděleno číslo 1 – 17 odpovídající pořadí dle časového údaje o doručení jejich žádosti o účast ve veřejné zakázce, s tím, že číslo 7 bylo vyloučeno z losování (jednalo se o zájemce, který byl vyloučen pro neprokázání kvalifikace).
79. Po spuštění losovacího zařízení stiskl losující Otakar Čmelinský tlačítko „ENTER“, čímž bylo postupně vylosováno 5 čísel, resp. zájemců, jak zadavatel stanovil v oznámení zadávacího řízení. O průběhu losování byl Otakarem Čmelinským – jednatelem společnosti VE–ZAK CZ s.r.o. sepsán protokol o losování tvořící přílohu notářského zápisu, který obsahuje skutečnosti týkající se počtu a pořadových čísel losovaných zájemců a výsledek losování. Svě

rozhodnutí o vyloučení nevylosovaných zájemců zadavatel dotčeným zájemcům doručil ve dnech 27.7. – 29.7.2011.

80. Na základě výše zjištěných skutečností lze konstatovat, že zadavatel v souvislosti s omezením počtu zájemců splnil formální požadavky stanovené zákonem. Navrhovatel ve svém návrhu zpochybňuje zákonnost úkonu losování s ohledem na údajný nesoulad postupu zadavatele při losování s ust. § 6 zákona, neboť losování nepovažuje za transparentní a to vzhledem ke své pochybnosti o losovacím zařízení, výrobci losovacího zařízení, plombě a statistice týkající se pravděpodobnosti vylosování na uvedeném přístroji, kterou navrhovatel přiložil.
81. K otázce použití elektronického losovacího zařízení Úřad konstatuje, že ust. § 61 odst. 4 zákona použití mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení s podmínkou účasti notáře při losování, který osvědčí jeho průběh, a při současném zachování zásad dle § 6 zákona, umožňuje. Úřadu jakožto orgánu moci výkonné nepřísluší posuzovat vhodnost, logičnost či oprávněnost zákonných ustanovení, jeho úkolem je rozhodování v mezích zákona, tj. zákonná ustanovení aplikovat ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Je tedy zcela nemyslitelné, aby Úřad konstatoval porušení zákona zadavatelem proto, že při omezení počtu zájemců bylo pro losování použito elektronické losovací zařízení, když jeho použití zákon předpokládá.
82. Úřad dále uvádí, že zákon ani jiný právní předpis ČR blíže neupravuje podmínky a parametry, které musí losovací zařízení splňovat (vyjma zařízení nebo jeho části, které splňují podmínky stanovené zákonem pro elektronické nástroje, či zařízení a jeho části, na která se vztahuje působnost zákona č. 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky, ve znění pozdějších předpisů, resp. nařízení vlády ze dne 9.12.2002 č. 17/2003 Sb., kterým se stanoví požadavky na elektrická zařízení nízkého napětí), stejně jako neukládá zadavateli povinnost použít pouze losovací zařízení certifikované či jinak atestované.
83. Úřad uvádí, že přílohou notářského zápisu byla též zpráva o zkoušce losovacího zařízení provedená Elektrotechnickým zkušebním ústavem. Ze zprávy vyplývá, že se netýká pouze elektrické bezpečnosti, ale i možností ovlivnění výsledku losování provozovatelem či jinou osobou.
84. V této souvislosti Úřad uvádí, že zadavatel je povinen umožnit zájemcům před losováním kontrolu losovacího zařízení (§ 61 odst. 5 zákona), což zadavatel také učinil. Z notářského zápisu o průběhu losování nevyplývá, že by při provádění kontroly losovacího zařízení navrhovatel nebo jiný zájemce požadoval předložení dalších informací či podkladů o losovacím zařízení, případně že by zpřístupněné informace označil za neúplné či nedostatečné.
85. Ke zpochybnění plomby na losovacím zařízení, Úřad uvádí, že zákon nepožaduje, aby bylo losovací zařízení vybaveno plombou či jiným zařízením obdobného charakteru a funkce. Je třeba zdůraznit, že výrobce losovacího zařízení není subjektem, který by se na losování jakkoli podílel. Plomba a její neporušenost byla přímo na místě losování zkontrolována zájemci a žádný z nich k celistvosti plomby nic nenamítal, jak vyplývá z notářského zápisu.
86. K plombě losovacího zařízení Úřad dále konstatuje, že zákon neobsahuje podmínky a náležitosti týkající se plombování losovacích zařízení, ukládá pouze povinnost zadavatele

postupovat při všech úkonech v zadávacím řízení v souladu se zásadami dle § 6 zákona, což zadavatel učinil, jak vyplývá z předložené dokumentace.

87. K rozsudku Nejvyššího správního soudu, na který navrhovatel ve svém návrhu poukazuje, Úřad sděluje, že z notářského zápisu vyplývá, že při samotném losování navrhovatel ani žádná další osoba z řad zástupců zájemců nezpochybnila transparentnost tohoto konkrétního losování či samotného losovacího zařízení. Úřad má tedy za to, že úkon zadavatele nebyl nekontrolovatelný, hůře kontrolovatelný, nečitelný či nepřehledný.
88. K navrhovatelem uváděné statistice Úřad sděluje, že nelze porovnávat úspěšnost jednotlivých účastníků losování, pokud se některý z nich účastnil např. pouze jednou či 2x a uspěl, s těmi, kteří se účastnili např. 8 a vícekrát, neboť výsledky týkající se % úspěšnosti jsou v porovnání velmi zkreslené.
89. Na základě výše zjištěných skutečností Úřad návrh navrhovatele ze dne 5.8.2011 podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 citovaného zákona o veřejných zakázkách.

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:

Allowance s.r.o., Korunní 810/104, 101 00 Praha Vinohrady
Mgr. Miroslav Cák, Skanska a.s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – Chodov

Vypraveno dne:

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