



UOHSX003T8IS

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R200/2011/VZ-15571/2011/310/JSI

V Brně dne: 5. října 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 30. 8. 2011 podaném navrhovatelem –

- společností **NAVIMOR – INVEST S. A., organizační složka**, IČ 45770174, se sídlem V Závětrří 1036/4, 170 00 Praha, za niž jedná Mgr. Ing. Wieslaw Czarnecki, ředitel,
proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/MNe ze dne 12. 8. 2011 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –
- **Ředitelství vodních cest ČR**, IČ 67981801, se sídlem Vinohradská 184/2396, 130 52 Praha, za něž jedná Ing. Jiří Blažek, ředitel, učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Dokončení vltavské vodní cesty v úseku VD Hněvkovice – Týn nad Vltavou**“, zadávané v užším řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 31. 12. 2010 pod evidenčním číslem 60054626 (opraveno dne 7. 1. 2011), a v Úředním věstníku EU dne 4. 1. 2011 pod zn. 2011/S 1-001223,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/MNe ze dne 12. 8. 2011

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Ředitelství vodních cest ČR, IČ 67981801, se sídlem Vinohradská 184/2396, 130 52 Praha (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 31. 12. 2010 pod evidenčním číslem 60054626 (opraveno dne 7. 1. 2011) a v Úředním věstníku EU dne 4. 1. 2011 pod zn. 2011/S 1-001223 oznámení užšího zadávacího řízení na realizaci veřejné zakázky s názvem „Dokončení vltavské vodní cesty v úseku VD Hněvkovice – Týn nad Vltavou“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).¹
2. Úřad obdržel návrh společnosti NAVIMOR – INVEST S. A., organizační složka, IČ 45770174, se sídlem V Závětrí 1036/4, 170 00 Praha (dále jen „**navrhovatel**“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť zadavatel nevyhověl jeho námitkám podaným proti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z další účasti ve veřejné zakázce ze dne 23. 3. 2011. V těchto námitkách konstatoval navrhovatel nezákonnost losování, neboť zadavatel odmítl změnit pořadová čísla přiřazená jednotlivým zájemcům. Navrhovatel měl zato, že z předem připravovaného pořadí se dají vylosovat předem určení zájemci, jinými slovy, při náhodném výběru losem by mělo být náhodné i číslo označující jednotlivé zájemce a seznam pořadových čísel by měl být vytvořen těsně před zahájením losování. Zadavatel námitky navrhovatele odmítl s tím, že pro losování použil losovací zařízení, k němuž vydal Elektrotechnický zkušební ústav (dále jen „**EZU**“) osvědčení, že okolnost určující výsledek losování není předem známa a je takového druhu, že nemůže být provozovatelem ani další osobou ovlivněna. K požadované změně pořadových čísel uvedl, že v této otázce nepanovala mezi všemi zájemci shoda, a proto k ní nepřistoupil. Ke dni 21. 4. 2011, kdy Úřad návrh navrhovatele obdržel, tedy oznámil zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele a navrhovatele.
3. V podaném návrhu navrhovatel uvedl prakticky tytéž skutečnosti jako v námitkách. Trval na tom, že proces losování měl být proveden tak, aby nevznikly pochybnosti o ovlivnitelnosti výsledku losování a že seznam pořadových čísel zájemců měl být stanoven náhodně. Zpochybnil dále skutečnosti týkající se plomby na losovacím zařízení. Zadavateli vytkl, že podmíněním opětovného ověření losovacího zařízení náhradou ušlého zisku ze strany zájemců toto ověření fakticky znemožnil. Dále uvedl, že přezkoušení zařízení mělo proběhnout zkušebnou nezávislou na EZU, a současně že postrádá rozsah prověřovací zkoušky EZU a další informace, které se jí týkají. Obecně zpochybnil užívání elektronických losovacích zařízení v zadávacích řízeních z důvodu nemožnosti ověření zařízení osobami s všeobecnými znalostmi a z důvodu neexistence směrnic upravujících provádění zkoušek takových zařízení. Proto navrhovatel navrhl zrušení rozhodnutí o svém vyloučení a požadoval provedení nového losování v intencích svých námitek nebo na mechanickém losovacím

¹ Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“ nebo „**orgán dohledu**“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

zařízení, případně vyhlášení nového výběrového řízení. Současně požádal o pozastavení zadávacího řízení do doby vydání rozhodnutí o návrhu.

4. Zadavatel k zahájenému správnímu řízení uvedl, že pořadová čísla zájemcům stanovil podle pořadí přijetí jejich žádostí o účast. K námitkám o nedostatku informací týkajících se oprávnění a pravidel pro založení plomby uvedl, že je navrhovatel uplatnil teprve v podaném návrhu. V souvislosti s participací zájemců na losování se odvolal na stanovisko Ministerstva pro místní rozvoj ze dne 18. 2. 2011, ze kterého vyplývá, že k použití elektronického zařízení je transparentnost zařízení sloužících k losování zajištěna umožněním kontroly losovacího zařízení a prostředků sloužících k losování zájemci a dále přítomnost notáře. Zájemci průběh losování ovlivnili také tím, že dávali pokyn k stisknutí tlačítka „ENTER“. Co se týče nabídky na přezkoušení losovacího zařízení i podmínky úhrady ušlého zisku, tu učinil zájemcům vlastník losovacího zařízení, nikoli zadavatel, který svou zákonnou povinnost splnil již umožněním kontroly losovacího zařízení před zahájením losování. Na daný typ zařízení se dále nevztahuje podmínka certifikace zařízení nad 50 V a v současné době neexistuje ani žádný právní předpis, který by stanovil podrobnosti o zařízeních určených k losování a povinnost tato zařízení certifikovat (viz stanovisko Úřadu č. j. ÚOHS-D536/2010/VZ-15088/2010/540/RDe ze dne 6. 10. 2010).
5. Jelikož z podkladů, které měl Úřad k dispozici, nebyly dostatečně zjevné skutečnosti týkající se plombování losovacího zařízení, archivace údajů o provedeném losování a otázky, zda předmětné losovací zařízení je zařízením, na které se vztahuje působnost zákona č. 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon č. 22/1997 Sb.**“), stanovil Úřad zadavateli lhůtu k doložení chybějících informací a účastníkům řízení lhůtu k podání vyjádření. Z předložených dokumentů vyplynulo, že zapečetění předmětného losovacího zařízení proběhlo dne 21. 3. 2011 v sídle dodavatele losovacího zařízení (společnosti Centador, s. r. o., se sídlem Dubská 244, 272 03 Kladno) a že provozovatel zařízení (společnost VE-ZAK CZ, s. r. o., se sídlem Ke Stírce 491/33, 182 00 Praha) má s dodavatelem losovacího zařízení smluvně sjednáno zálohování dat a pečetění předmětného zařízení. Předmětné losovací zařízení bylo předáno dne 29. 3. 2011 dodavateli losovacího zařízení k archivaci, přičemž archivované údaje jsou shodné s údaji o zkušebním losování a s údaji o průběhu losování v notářském zápisu. Konečně z vyjádření zadavatele vyplynulo, že předmětné losovací zařízení je mj. vybaveno napájecím vstupem pro napájení integrovaného notebooku a spínačem pro jeho zapnutí a vypnutí. Tuto část dodavatel losovacího zařízení dodala společnost Power Products, s. r. o., se sídlem Modřanská 1806/41, 147 00 Praha, která uvedla, že na jimi vyrobenou část zařízení se vztahuje působnost zákona č. 22/1997 Sb., a doložil dokument nazvaný „ES prohlášení o shodě“ podle tohoto zákona.

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 12. 8. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/MNe (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že se návrh navrhovatele na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle ustanovení § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly shledány důvody pro uložení nápravného opatření.

7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad nejprve odkázal na obsah ustanovení § 61 odst. 1 až 8 a na § 149 odst. 2 zákona. Dále se věnoval průběhu omezení počtu zájemců losování. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že o datu a místě konání omezení počtu zájemců byli zájemci informováni v zákonné lhůtě, přičemž jim bylo umožněno přímo se tohoto úkonu účastnit. Při omezení počtu zájemců byla přítomna notářka, která osvědčila jeho průběh. Přítomní zástupci zájemců byli před zahájením losování informováni, že losování bude uskutečněno elektronickým losovacím zařízením, dále bylo losovacího zařízení přítomným osobám představeno, byl jim podán technický popis zařízení a popis způsobu, jakým losování probíhá, přičemž bylo zdůrazněno, že losovací zařízení je přístupné pouze otevřením zadního víka, které dodavatel losovacího zařízení opatřil pečetí a předal ho provozovateli provádějícímu losování. Náhodně vybraný přítomný zástupce zájemce provedl kontrolu čísla losovacího zařízení a kontrolu čísla a neporušenosti plomby. Poté byla provedena zkouška funkčnosti losovacího zařízení, a to dvěma demonstracemi losování. Pak bylo jednotlivým zájemcům přiděleno číslo 1 – 16 podle pořadí doručení jejich žádosti o účast ve veřejné zakázce. Dva přítomní zástupci zájemců uplatnili žádost o změnu přidělených pořadových čísel, která však byla zástupcem zadavatele zamítnuta. Po spuštění losovacího zařízení vždy na pokyn jednoho z přítomných zástupců zájemců k zastavení losovacího zařízení stiskl zástupce provozovatele tlačítko „ENTER“, a tím bylo postupně vylosováno pět zájemců. O průběhu losování byl sepsán protokol tvořící přílohu č. 3 k notářskému zápisu. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatoval, že zadavatel v souvislosti s omezením počtu zájemců splnil formální požadavky stanovené zákonem.
8. Vzhledem k tomu, že navrhovatel ve svém návrhu zpochybnil zákonnost úkonu losování pro údajný nesoulad postupu zadavatele s § 6 zákona, neboť výsledek losování nepovažoval za náhodný, další část odůvodnění napadeného rozhodnutí se týkala přímo losovacího zařízení. Jak vyplývá z notářského zápisu, losovací zařízení nemá žádné aktivní komunikační rozhraní vyjma tří kláves pro ovládání aplikace, je opatřeno tlačítkem pro nouzové vypnutí zařízení a vstupem pro napájecí kabel a lze ho otevřít vyklopením zadního víka, které je pevně spojeno se zbytkem zařízení pomocí bezpečnostní pečetě (č. 056976). Losovací zařízení generuje každých 10 ms hodnotu ze zadaného intervalu hodnot, přičemž distribuce pravděpodobnosti generování každé hodnoty má charakter rovnoměrného rozdělení pravděpodobnosti. Výběr hodnoty je pak proveden stiskem tlačítka „ENTER“. Přílohou notářského zápisu je i „Zpráva o zkoušce“ předmětného losovacího zařízení. Předmětem zkoušky bylo posouzení, zda zařízení splňuje výše uvedené podmínky. Při posouzení byla zohledňována technická stránka zařízení včetně bezpečnostních opatření a kontroly instalovaného software, dále princip a zkouška funkčnosti generátoru náhodných čísel a postup a rozdělení pravděpodobnosti během reálného losování. V bodě 3 zprávy EZU je uvedeno, že „(...) zařízení svým charakterem a použitými bezpečnostními prvky zaručuje rovné podmínky pro všechny účastníky losování, znemožňuje neoprávněné zásahy v neprospěch nebo v prospěch účastníků losování a znemožňuje neoprávněnou manipulaci s evidencí dat.“. V bodě 7. předmětné zprávy EZU mj. konstatuje, že dotčené elektronické losovací zařízení „(...) je řešeno na základě náhodného procesu s využitím softwarového generátoru pseudonáhodných čísel, (...) zaručuje všem účastníkům losování rovné podmínky, (...) je zajištěna možnost průběžné a následné kontroly (evidencí provozních dat) a umožňuje zajištění podmínek pro řádné provozování ve smyslu technického popisu a návodu

k používání, neboť technické řešení zařízení, použité bezpečnostní prvky a přijatá opatření brání ovlivnění výsledku losování.“. Z předložených podkladů dále vyplývá, že provozovatel losovacího zařízení převzal losovací zařízení dne 21. 3. 2011 zapečetěné od dodavatele a po provedeném losování ho dne 29. 3. 2011 opět stále zapečetěné předal jeho dodavateli, který po odpečetění provedl archivaci v zařízení uchovaných dat a poté ho znovu zapečetil a opět předal jeho provozovateli. Archivované údaje jsou shodné s údaji o zkušebním losování a o samotném průběhu losování uvedenými v notářském zápisu. Z předložených podkladů tak nevyplývají skutečnosti, které by nasvědčovaly, že by zadavatel použitím předmětného losovacího zařízení postupoval v rozporu se zákonem a jeho zásadami. Zákon ve svém § 61 odst. 4 výslovně umožňuje použití mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení s podmínkou účasti notáře při losování, který osvědčí jeho průběh a při zachování zásad dle § 6 zákona. Transparentnost užívání elektronických losovacích zařízení však v daném případě nemůže být předmětem posuzování Úřadu, neboť podle § 112 odst. 1 zákona Úřad vykonává dohled nad dodržováním tohoto zákona a není tak v rámci správního řízení vedeného za účelem přezkoumání postupu zadavatele oprávněn vyslovovat či komentovat oprávněnost či vhodnost umístění jednotlivých ustanovení zákona do jeho textu. Závěrem Úřad dodal, že žádná norma právního řádu České republiky blíže neupravuje podmínky, které musí jednotlivé typy losovacích zařízení podle § 61 odst. 4 zákona splňovat, vyjma zařízení, které splňuje podmínky stanovené zákonem pro elektronické nástroje (§ 149 odst. 2 zákona) či zařízení, na něž se vztahuje působnost zákona o technických požadavcích na výrobky. Předmětné losovací zařízení nelze považovat za elektronický nástroj dle § 149 odst. 2 zákona, neboť při provádění úkonů v elektronické podobě není spojeno se sítí nebo službou elektronických komunikací. V průběhu správního řízení byly Úřadu předloženy podklady, z nichž vyplývá, že na část předmětného losovacího zařízení („Informační kiosek BUDGIE“) se vztahuje působnost zákona č. 22/1997 Sb. a Úřadu bylo doloženo prohlášení jeho výrobce o shodě s příslušnými českými i evropskými právními i technickými normami. Vzhledem ke zjištěným skutečnostem Úřad nezjistil skutečnosti, že kterých by vyplývalo, že dotčené losovací zařízení nesplňuje podmínky, které na daný typ zařízení klade právní řád České republiky, resp. příslušné normy Evropské unie.

9. K namítané absenci informací o zkoušce losovacího zařízení Úřad uvedl, že podle prohlášení zadavatele provozovatel losovacího zařízení nechal losovací zařízení prověřit EZU právě z důvodu nedostatečné právní úpravy losovacích zařízení s cílem prokázat jeho funkčnost a nemožnost ovlivnění procesu losování. Vzhledem k neexistenci povinnosti zadavatele nechat losovací zařízení přezkoušet, nelze požadavek zájemce na podrobné informace o provedené zkoušce považovat za nárokový ve smyslu, že by zadavatel ze zákona musel takové informace zájemcům automaticky předkládat. Zájemce má podle § 61 odst. 5 zákona právo, aby mu zadavatel umožnil zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování, což zadavatel učinil. Zadavatel nebyl ani ze zákona povinen zájemcům automaticky, tedy bez jejich žádosti, zpřístupnit celou zprávu o zkoušce EZU. Vzhledem k této skutečnosti a s ohledem na to, že návrhové při kontrole losovacího zařízení údaje o celém obsahu zkoušky nepožadoval, nelze považovat nepředložení celého obsahu zprávy zájemcům před losováním za porušení zákona, resp. projev netransparentního jednání. Nelze automaticky předpokládat, že by zadavatel v případě žádosti některého z účastníků losování tyto informace odmítl zpřístupnit. Skutečnost, že zadavatel prostřednictvím provozovatele

losovacího zařízení nabídl zájemcům možnost opětovného přezkoušení zařízení u EZU, je nutno považovat za úkon nad rámec zákonných povinností, a proto požadavek na úhradu nákladů, které by musel zadavatel v souvislosti s dalším přezkoušením losovacího zařízení vynaložit, nelze považovat za porušení zákona.

10. K plombě losovacího zařízení Úřad uzavřel, 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. Plombování losovacího zařízení zajistil jeho provozovatel v zájmu transparentnosti procesu losování smluvně u dodavatele losovacího zařízení, tj. subjektu, který je osobou odlišnou od zadavatele a provozovatele a který se na úkonu losování nepodílí. Zjištěné skutečnosti týkající se typu a funkce losovacího zařízení, včetně okolností jeho plombování, tak nedokládají tvrzení navrhovatele o netransparentnosti postupu zadavatele při omezení počtu zájemců.
11. Co se týče změny pořadí zájemců pro účely losování, zákon zadavateli ukládá pouze povinnost v případě provedení výběru zájemců losem provést tento výběr náhodně. Požadavek náhodnosti byl v daném případě splněn již použitím předmětného losovacího zařízení. Námitku navrhovatele ohledně nutnosti provést před losováním náhodné přiřazení pořadí též jednotlivým zájemcům je v kontextu znění zákona a charakteru a funkce losovacího zařízení nutno považovat za nedůvodnou. Ze samotného odmítnutí zadavatele změnit pořadí zájemců před losováním nelze bez dalšího dovozovat zmanipulování losování, resp. netransparentnost jeho průběhu. Skutečnosti, které by nasvědčovaly tomu, že bylo s losovacím zařízením před úkonem losování manipulováno s cílem ovlivnit výsledek losování, navrhovatel ve svém návrhu neuvádí a takové skutečnosti ani nevyplývají z předložených podkladů.
12. K návrhu na provedení dalších důkazů Úřad závěrem uvedl, že předmětné losovací zařízení bylo předmětem přezkoumání z hlediska jeho funkčnosti a technického i programového řešení u EZU, přičemž výsledky této zkoušky jsou prezentovány v předchozích částech odůvodnění tohoto rozhodnutí. Údaje o použití dotčeného losovacího zařízení i v případě jiných veřejných zakázek Úřad vzhledem k předmětu daného správního řízení považoval za irelevantní, a proto nebyly předmětem šetření.

III. Námitky rozkladu

13. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad rozklad navrhovatele, který trvá na návrhu na zrušení výsledků losování ze dne 23. 3. 2011. Losování dle jeho názoru neproběhlo transparentně, neboť bylo provedeno pomocí elektronického zařízení s předem připraveným pořadím zájemců. Napadené rozhodnutí se z větší části věnuje dodržení formálních zápisů z postupů, které navrhovatel nikdy nezpochybnil; zpochybnil pouze samotné postupy jako např. odmítnutí změny pořadí zájemců či podmínění předání losovacího zařízení na verifikační zkoušky náhradou ušlého zisku. Navrhovatel v této souvislosti dodává, že změnu pořadí zájemců požadoval proto, že již v minulosti nabyl pochybnosti o zákonnosti losování u tohoto zadavatele. Změna pořadí zájemců těsně před losováním by zaručila, že

přednastavení pořadí vylosovaných zájemců se stane neúčinným ve smyslu očekávaného výsledku; to, že zadavatel změnu pořadí zájemců odmítl, potvrzuje netransparentnost jeho postupu i jeho možnou zainteresovanost na výběru konkrétních zájemců. Pokud by losování skutečně mělo být náhodné, bylo by lhostejné, s jakými pořadovými čísly zájemců se uskuteční. Navrhovatel zdůrazňuje, že výběr losem má být náhodný, proto by losování mělo proběhnout z náhodně sestaveného pořadí, což se však v tomto případě nestalo. Jedná-li se o soutěž o veřejnou zakázku v hodnotě několika milionů, mělo by mít losovací zařízení potvrzeno svoji funkčnost, a nejen svou elektrickou bezpečnost (potvrzení EZU). Odvolání na zaplombování výrobcem považuje navrhovatel za irelevantní. Závěrem zdůraznil, že u jiných zadavatelů v otevřených řízeních se dle jemu dostupných informací soutěžní ceny obdobných i značně menších zakázek pohybují (snižují) až o 50 % a více ve srovnání s předpokládanou hodnotou veřejné zakázky. Pokud výsledek losování ze dne 23. 3. 2011 nebude zrušen, očekává navrhovatel, že bude vybrána nabídka, jejíž nabídková cena se blíží předpokládané hodnotě této veřejné zakázky. Tím se zadavatel dopustí značné nehospodárnosti, kterou bude navrhovatel nucen napadnout u Evropské komise a Evropského účetního dvora.

14. Navrhovatel proto opakovaně požaduje, aby předseda Úřadu zrušil výsledek losování ze dne 23. 3. 2011 a nařídil provést losování na mechanickém losovacím zařízení, které je každý ze zájemců schopen zkontrolovat, nebo aby nařídil zadavateli, aby k podání nabídky vyzval všechny zájemce, kteří prošli kvalifikačním řízením.

IV. Řízení o rozkladu

15. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-14105/2011/520/MNe ze dne 5. 9. 2011 zadavateli lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu, zadavatel se však ve stanovené lhůtě ani po jejím uplynutí nevyjádřil.
16. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
17. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
18. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/MNe ze dne 12. 8. 2011 rozhodl, že se návrh navrhovatele na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zamítá podle ustanovení § 118 odst. 4 písm. a) zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

19. Jak vyplývá z podaného rozkladu, navrhovatel trvá na tom, že průběh losování za účelem výběru uchazečů v užším řízení neproběhl v souladu se zásadou transparentnosti, a to zejména proto, že zadavatel k výběru uchazečů použil elektronické losovací zařízení a že odmítl před začátkem losování změnit pořadí zájemců, přidělené podle okamžiku doručení jejich žádosti o účast v užším řízení. Valná část rozkladu však pouze znovu opakuje již jednou vznesené skutečnosti a argumenty, aniž by však v konkrétní rovině relevantně reagovala na věcnou i právní argumentaci uvedenou v napadeném rozhodnutí. Nadto se některé dílčí rozkladové námitky netýkají postupu zadavatele v přezkoumávaném zadávacím řízení, ale v zadávacích řízeních jiných, na něž nemůže být brán zřetel. Taktéž odkazy na články z médií přinášejí do věci pouze obecné informace o zamýšleném zřízení registru cen za jednotlivé stavební práce a informaci o pochybnostech političky Markéty Reedové nad spolehlivostí internetového hlasování. V obou případech se jedná o problematiku, která se obsahu námitek a návrhu, stejně jako obsahu napadeného rozhodnutí, týká pouze velmi okrajově, a tedy informace vyplývající z těchto článků nejsou schopny ani v nejmenším zvrátit stěžejní závěry, na kterých napadené rozhodnutí stojí. Nezbyvá tedy než konstatovat, že se napadené rozhodnutí obsáhle vypořádalo se všemi námitkami návrhu, a to způsobem, ze kterého je plně srozumitelné a seznatelné, jakými skutečnostmi a úvahami se správní orgán prvního stupně při svém rozhodování řídil.
20. K námitce navrhovatele, že se Úřad v rozhodnutí ve značné míře věnuje posouzení formálních zápisů z postupů, které však navrhovatel nezpochybnil, uvádím, že tato část napadeného rozhodnutí má především rekapitulační funkci a shrnuje skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce, které jsou relevantní pro posouzení opodstatněnosti návrhu navrhovatele. Z napadeného rozhodnutí jako celku je přitom zřejmé, že Úřad konkrétní navrhovatelem vznesené výhrady proti postupu zadavatele vzal na vědomí a také se jimi na str. 10 až 14 podrobně zabýval.
21. K otázce použití elektronického losovacího zařízení konstatuji, že jak již bylo uvedeno v napadeném rozhodnutí, 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 přezkumu 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. Dále potvrzuji závěr orgánu dohledu, 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.), stejně jako neukládá zadavateli povinnost použít pouze losovací zařízení certifikované či jinak atestované. Losovací zařízení není ani elektronickým nástrojem ve smyslu § 149 odst. 2 zákona, ani na ně nelze plně aplikovat zákon č. 22/1997 Sb.; tento zákon se v přezkoumávaném případě vztahuje pouze na část losovacího zařízení (nazvaný výrobcem

jako „Informační kiosek BUDGIE“) a v této části také bylo příslušné prohlášení o shodě předloženo. Losovací zařízení tak splnilo všechny podmínky, které na ně české a komunitární právní předpisy kladou.

22. Co se týká prověření losovacího zařízení EZU, přistoupil k němu provozovatel losovacího zařízení právě z důvodu absence relevantní právní úpravy. Jeho cílem bylo nejen prokázání funkčnosti tohoto zařízení, ale také nemožnosti ovlivnění procesu losování osobami provádějícími losování či jinými osobami, které jsou losování přítomny. Vzhledem k tomu, že zákon zadavateli neukládá povinnost přezkoušet ve výše uvedeném smyslu losovací zařízení, nelze mu vytýkat, že nevyhověl návrhům navrhovatele na přezkoušení opětovné (resp. že mu vyhověl pouze pod podmínkou úhrady zvýšených nákladů). Existence takových zvýšených nákladů je přitom pravděpodobná.
23. V této souvislosti doplňuji, 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. To ostatně nebylo dosud ani namítáno. Zájemcům byl např. předložen pouze výsledek zkoušky losovacího zařízení provedené EZU, avšak žádný zájemce nechtěl nahlédnout do celé zprávy o zkoušce, z čehož ovšem zároveň nelze vyvozovat, že by takovou případnou žádost zadavatel odmítl. Současně je třeba zdůraznit, že pokud zákon zadavateli neukládá povinnost používat testované či certifikované zařízení, stěžlí může obsahovat povinnost automaticky (tj. bez výslovné žádosti) seznámit zájemce s obsahem zprávy o zkoušce losovacího zařízení, kterou provozovatel provedl dobrovolně nad rámec zákona. Pro úplnost uvádím, že zkouška provedená EZU se netýkala pouze elektrické bezpečnosti, jak uvádí navrhovatel v rozkladu, ale zabývala se mj. i možností ovlivnění výsledku losování provozovatelem či jinou osobou. O tom svědčí obsáhlé odůvodnění napadeného rozhodnutí v bodech 49 až 51.
24. Zákon rovněž nepožaduje, aby bylo losovací zařízení vybaveno plombou či jiným zařízením obdobného charakteru a funkce. Plombování losovacího zařízení smluvně zajistil provozovatel tohoto zařízení u jeho výrobce, a to právě za účelem dosažení maximální transparentnosti průběhu losování. 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. Odplombování zařízení následně provedl opět dodavatel losovacího zařízení. Porovnáním archivovaných údajů s údaji o zkušebním losování a o průběhu losování tak, jak byl popsán v notářském zápisu, taktéž nebyl zjištěn jakýkoli rozpor.
25. Nezbyvá mi tedy než uzavřít, že skutečnosti týkající se typu a funkce losovacího zařízení, včetně okolností jeho plombování a kontroly archivovaných údajů, tak, jak byly orgánem dohledu zjištěny, nenasvědčují tvrzení navrhovatele o netransparentnosti losování. Současně doplňuji, že Úřad nemůže vyslovit porušení zákona zadavatelem ohledně nesplnění

povinnosti, kterou zákon zadavateli neukládá, a proto nelze v rámci přezkumu postupu zadavatele nedostatek právní úpravy certifikace losovacích zařízení dávat zadavateli k tíži.

26. Ohledně tvrzeného netransparentního postupu zadavatele při losování uvádím, že netransparentnost losování spatřuje navrhovatel pouze ve skutečnosti, že zadavatel odmítl jeho požadavek na změnu pořadí zájemců (těm byla pro účely losování přidělena čísla podle pořadí, ve kterém zadavatel obdržel jejich nabídky). Domnívá se, že změnou pořadí zájemců by se „přednastavení“ losovacího zařízení za účelem výběru konkrétních zájemců stalo neúčinným. Navrhovatel své pochybnosti o „přednastavení“ výsledku losování či jiné manipulaci s losovacím zařízením s cílem ovlivnit výsledek losování pouze konstatuje, žádným způsobem je však nedoložil, ani nenavrhl konkrétní důkazy, které by měly toto podezření postavit najisto. V průběhu správního řízení nebyla opodstatněnost těchto pochybností navrhovatele prokázána a skutečnost, že zástupce zadavatele před losováním odmítl změnit pořadí přiřazená jednotlivým zájemcům, sama o sobě, vzhledem ke způsobu fungování předmětného losovacího zařízení tak, jak bylo popsáno v bodech 48 až 51 napadeného rozhodnutí, nemůže být důvodem pro konstatování netransparentnosti úkonu losování (viz bod 60 napadeného rozhodnutí). Dle zprávy EZU není pro náhodnost výběru konkrétní číslo (odrážející pořadí, v němž byly nabídky zájemců zadavateli doručeny) přiřazené jednotlivým zájemcům významné, tudíž by i případná změna pořadí zájemců byla pro náhodnost výběru irelevantní. Že by skutečně došlo před losováním k manipulaci s losovacím zařízením za účelem ovlivnění výsledku losování, z předložených podkladů nevyplývá. Povinnost stanovit náhodné pořadí zájemců pro losování zákon výslovně nestanoví, stanoví pouze povinnost zadavatele provést náhodný výběr losem, čehož bylo v daném případě docíleno provedeným losováním s použitím dotčeného zařízení, což prokazuje výsledek zkoušky EZU, který nebyl navrhovatelem zpochybněn. Stejně jako orgán dohledu jsem též přesvědčen, že prvek náhodnosti je i v případě přidělení čísel jednotlivým zájemcům dostatečně přítomen již tím, že čísla byla zájemcům přidělena podle pořadí doručení jejich nabídek. Zkušenosti navrhovatele z předchozích výběrových řízení vyhlášených zadavatelem, o které navrhovatel opírá své podezření na „přednastavení“ losovacího zařízení za účelem ovlivnění jeho výsledku a které taktéž žádným způsobem nedokládá, považuji rovněž za nepodložené, a tudíž bezpředmětné. Nelze současně odhlédnout od faktu, že navrhovatel tyto skutečnosti uplatňuje až nyní v řízení o rozkladu. Na základě výše uvedených skutečností jsem toho názoru, že postup zadavatele nevykazoval jakýkoli rozpor se zákonem, a proto bylo na místě zamítnutí návrhu podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona, jak Úřad v napadeném rozhodnutí správně učinil.

VI. Závěr

27. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uvedených v rozkladu.
28. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. NAVIMOR – INVEST S. A., organizační složka, V Závětrí 1036/4, 170 00 Praha
2. Ředitelství vodních cest ČR, Vinohradská 184/2396, 130 52 Praha

Vypraveno dne:

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