



UOHSX004GS7N

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R53/2010/VZ-21385/2012/310/JHr

Brno 13. listopadu 2012

Ve správním řízení o rozkladu doručeném Úřadu dne 23. 4. 2010 navrhovatelem

- **SDS EXMOST, spol. s r. o.**, IČ 49454501, se sídlem Údolní 413/66, 602 00 Brno

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8. 4. 2010, č. j. ÚOHS-S305,306/2009/VZ-16120/2009/540/PVé,

které bylo Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže vydáno ve společném správním řízení zahájeném dne 21. 10. 2009 na návrh ze dne 20. 10. 2009 a dne 23. 10. 2009 na návrh z téhož dne ve věci přezkoumání úkonů zadavatele

- **Statutárního města Přerov**, IČ 00301825, se sídlem Bratrská 709/34, 750 11 Přerov

učiněných ve správním řízení při zadávání veřejné zakázky „Tyršův Most v Přerově“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod evidenčním číslem 60034316 dne 31. 7. 2009, ve kterém dalšími účastníky řízení jsou

- navrhovatel **společnost FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby, a. s.**, IČ 25317628, se sídlem Mlýnská 68, 602 00 Brno

a

- vybraný uchazeč **Skanska DS, a. s.**, od 1. 1. 2010 podnikající pod obchodní firmou **Skanska a. s.**, IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) a v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona a rovněž s přihlédnutím k právním závěrům Krajského soudu v Brně ze dne 15. 2. 2012 č. j. 62 Af 47/2010 a Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012 č. j. 7 Afs 31/2012 rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8. 4. 2010 č. j. ÚOHS-S305,306/2009/VZ-16120/2009/540/PVé

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Statutární město Přerov, IČ 00301825, se sídlem Bratrská 709/34, 750 11 Přerov (dále jen „**zadavatel**“) uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „**zákon**“¹) v informačním systému o veřejných zakázkách dne 31. 7. 2009 pod evidenčním číslem 60034316 oznámení užšího zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Tyršův most v Přerově“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Podle zápisu z otevírání žádostí o účast ze dne 13. 8. 2009 zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel 14 žádostí o účast v užším řízení. Na základě losování provedeného dne 15. 9. 2009 zadavatel omezil počet zájemců o veřejnou zakázku na pět a ostatní zájemce ze zadávacího řízení vyloučil. V návaznosti na provedené losování zadavatel vyzval pět uchazečů k podání nabídky. Dle výsledků hodnocení provedeného dne 13. 10. 2009 hodnotící komise doporučila zadavateli vybrat jako nejvhodnější nabídku uchazeče Skanska DS, a. s., od 1. 1. 2010 podnikajícího pod obchodním názvem Skanska, a. s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Proti vyloučení ze zadávacího řízení po provedeném losování podali uchazeči FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby, a. s., IČ 25317628, se sídlem Mlýnská 68, 602 00 Brno (dále jen „**navrhovatel Firesta**“) a uchazeč SDS EXMOST, s. r. o., IČ 49454501, se sídlem Údolní 413/66, 602 00 Brno (dále jen „**navrhovatel SDS EXMOST**“) námitky, kterým však zadavatel nevyhověl. Rozhodnutí zadavatele o námitkách nepovažovali navrhovatel Firesta ani navrhovatel SDS EXMOST za učiněné v souladu se zákonem, a proto podali k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) návrhy na přezkoumání úkonů zadavatele. Dnem 23. 10. 2009, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele Firesta bylo zahájeno správní řízení

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona

o přezkoumání úkonů zadavatele sp. zn. ÚOHS-S305/2009/VZ a dne 21. 10. 2009, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele SDS EXMOST pak bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele sp. zn. ÚOHS-S306/2009/VZ. K zajištění účelu správního řízení Úřad obě správní řízení spojil usnesením ze dne 4. 11. 2009 a o spojení správních řízení informoval všechny účastníky společného řízení, tedy zadavatele, navrhovatele SDS EXMOST, navrhovatele Firesta a vybraného uchazeče.

II. Napadené rozhodnutí

4. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a dne 8. 4. 2010 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S305,306/2009/VZ-16120/2009/540/PVé (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), ve kterém rozhodl o zastavení správního řízení, neboť v šetřeném případě neshledal porušení zákona.
5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad především uvedl, že zadavatel v rámci oznámení o zakázce stanovil, že omezování počtu zájemců bude provedeno losem, přičemž předpokládaný počet zájemců byl stanoven na pět. Zadavatel tedy postupoval podle ust. § 61 odst. 1 zákona a za účelem omezení počtu zájemců provedl dne 15. 9. 2009 losování. K formulaci zadavatele o předpokládaném počtu zájemců Úřad uvedl, že příslušný formulář oznámení o zakázce obsahuje položku nazvanou „předpokládaný počet zájemců“, do níž nemůže zadavatel zasahovat a musí tedy v příslušném řádku počet zájemců vyplnit. Vzhledem k tomu, že zadavatel na základě losování vybral pět zájemců, které vyzval k podání nabídky, postupoval v souladu s ust. § 61 odst. 5 zákona.
6. K průběhu losování Úřad konstatoval, že provedení výběru losem je jedním z možných způsobů omezení počtu zájemců v užším řízení. Zadavatel musí tento způsob výběru zveřejnit v oznámení zadávacího řízení a samotné losování potom musí být provedeno zcela transparentně. Losování je akt, který může být zadavatelem svěřen zastupující osobě, neboť tento úkon není vyloučením dodavatele ze zadávacího řízení, tím je až samotné rozhodnutí o vyloučení, které v tomto případě učinil zadavatel sám. Úřad dále uvedl, že součástí dokumentace veřejné zakázky je notářský zápis o průběhu losování, z něž není zřejmá jakákoliv manipulace se slosovatelnými kartami a Úřad tedy neshledal v postupu zadavatele při losování, resp. vyloučení navrhovatelů, porušení zákona.

III. Námitky rozkladu

7. Úřad obdržel od navrhovatele SDS EXMOST dne 23. 4. 2010 proti napadenému rozhodnutí rozklad, v němž navrhovatel SDS EXMOST uvádí, že v zájmu průkazného doložení transparentnosti výběru a rovného zacházení se všemi zájemci, mezi kterými má být rozhodnuto losem o tom, kteří ze zájemců budou vylosováni a tedy vybráni k následnému oslovení výzvou k podání nabídek, bylo povinností zadavatele (respektive osoby zadavatele zastupující), úkon přípravy losovacích kartiček a zejména provedení zcela náhodného označení těchto kartiček čísly 1-14, uskutečnit až před zraky přítomných zástupců zájemců a notáře osvědčujícího prováděný úkon. Takový postup sice zákon výslovně neukládá, ale v návaznosti na zákonný požadavek transparentnosti zadávacího řízení jej lze považovat za postup, který nevyvolá pochybnosti o průběhu losování. V podaném rozkladu navrhovatel SDS EXMOST zastává názor, že losování neproběhlo transparentním způsobem, jelikož přítomnost notáře u losování nepokrývá celý proces přípravy losování. Nelze tudíž spolehlivě

konstatovat, zda příprava losovacích kartiček nebyla ze strany zadavatele nějakým způsobem zmanipulována. Navrhovatel SDS EXMOST zastává názor, že Úřad v rámci přezkoumávání úkonů zadavatele přecenil přítomnost a úlohu notáře při losovacím aktu. Notářský zápis nemá podle něj právní sílu být rozhodujícím dokumentem o správnosti postupu zadavatele, je pouze osvědčením skutkového děje. Z tohoto důvodu nelze podle navrhovatele SDS EXMOST zakládat rozhodnutí Úřadu o zákonnosti postupu zadavatele pouze na základě přítomnosti notáře u losování. Osvědčování právně významných skutečností a oprávnění tvoří jednu ze složek notářské činnosti. Častým nedostatkem účasti notářů v průběhu těchto aktů bývá prohlášení notáře, v němž považuje postup (např. při losování) za správný. Taková prohlášení notáře nejsou v rámci osvědčovací činnosti na místě a nemají právní význam. Dle navrhovatele SDS EXMOST z toho plyne, že ani Úřad nemůže notářské osvědčení považovat za důkaz toho, že omezování počtu zájemců podle § 61 odst. 4 zákona bylo provedeno v souladu s požadavkem zásady transparentnosti. Přítomní zástupci zájemců ani notář nemohli vidět, zda v neprůhledném osudí nedochází k manipulaci s losovacími kartami.

8. Navrhovatel SDS EXMOST dále namítá, že v zájmu dodržení transparentnosti losování zájemců měl zadavatel nařídít připravit a označit losovací kartičky pořadovými čísly až před samotným losovacím aktem za vizuální kontroly zástupců zájemců a za přítomnosti notáře. Navrhovatel SDS EXMOST konstatuje, že Úřad se nevypořádal s důvodnými pochybnostmi o průběhu přípravy a samotného úkonu provedení omezování počtu zájemců, když pouze z obsahu notářského zápisu odvodil, že losování bylo provedeno v souladu s § 6 zákona, jelikož notářský zápis neobsahuje o případné manipulaci s kartičkami žádný záznam. Navrhovatel SDS EXMOST dále poukazuje na to, že v odůvodnění napadeného rozhodnutí existuje rozpor, pokud na jedné straně Úřad uvádí, že z notářského zápisu o průběhu losování není zřejmá jakákoliv manipulace se slosovatelnými kartami a Úřad tedy v postupu zadavatele neshledal porušení zákona, a na straně druhé se Úřad vůbec nezabývá tím, jak se vypořádává s okolnostmi losování uvedenými navrhovatelem SDS EXMOST, které podle něj svědčí o tom, že losování bylo zmanipulováno. Z tohoto pohledu je napadené rozhodnutí dle navrhovatele SDS EXMOST nepřezkoumatelné, neboť navrhovatel neví, zda vůbec, případně jakým způsobem, Úřad tyto skutečnosti zohlednil při svém rozhodování ve vztahu k ustanovení § 6 zákona. Zde navrhovatel SDS EXMOST dále uvádí, že losování jistě není jen to, co proběhne před zraky notáře, nýbrž zahrnuje kromě vlastního tažení kartiček z losovací nádoby nepochybně i celý proces přípravy všech věcí užitých k losování, tedy losovací nádoby, přípravy losovacích kartiček i osob provádějících losování. Notářský zápis o průběhu losování však nemůže být žádným důkazem toho, že při losování nedošlo k manipulaci. Dle stanoviska navrhovatele SDS EXMOST je mimo jakoukoliv pochybnost skutečnost, že při losování došlo k okolnostem, které rozhodně nesvědčí o dodržení zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace ve smyslu zmíněného § 6 zákona.

IV. Závěr rozkladu

9. Navrhovatel SDS EXMOST v závěru rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže napadené rozhodnutí zrušil a současně zrušil rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, rozhodnutí o výběru zájemců, kteří mají být vyzváni k podání nabídek, a aby zadavateli uložil provést nový výběr zájemců.

V. Řízení o rozkladu

10. Úřad určil usnesením ze dne 28. 4. 2010 účastníkům správního řízení lhůtu pěti dnů k podání vyjádření k podanému rozkladu. Dne 6. 5. 2010 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, z něhož vyplývá, že zadavatel se s napadeným rozhodnutím plně ztotožnil.
11. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu (dále jen „SŘ“) a v souladu s § 88 odst. 1 SŘ postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
12. 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 předseda Úřadu podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost a v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

VI. Rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu

13. Předseda Úřadu rozhodnutím ze dne 21. 7. 2010 č. j. ÚOHS-R53/2010/VZ-10705/2010/310/ASc (dále jen „rozhodnutí o rozkladu“) napadené rozhodnutí Úřadu potvrdil a podaný rozklad zamítl. K jednotlivým rozkladovým námitkám předseda Úřadu uvedl následující stanovisko.

VII. K námitkám rozkladu

14. Předseda Úřadu uvedl, že námitky rozkladu směřují pouze do části napadeného rozhodnutí týkající se provedení omezení počtu zájemců formou losování, a proto odůvodnění rozhodnutí o rozkladu vztáhl pouze k této části napadeného rozhodnutí v korelaci s námitkami rozkladu. Argumentace navrhovatele SDS EXMOST je dle názoru předsedy Úřadu postavena na domněnkách o případné netransparentnosti a manipulaci při provádění losování, bez toho, aby byly navrhovatelem SDS EXMOST předloženy jakékoliv důkazy, které by tuto manipulaci mohly prokázat. Takto postavenou argumentaci předseda Úřadu odmítl, a proto se ztotožnil s názorem Úřadu, že v daném případě nebyly shledány žádné skutečnosti, které by nasvědčovaly netransparentnímu průběhu losování.
15. V daném případě nebylo zjištěno ze získaných podkladů žádné pochybení o možné manipulaci s osudím. Předseda Úřadu tedy stejně jako Úřad vycházel především z vyhotoveného notářského zápisu, z něhož nevyplývá jakékoliv nezákonné jednání v postupu zadavatele, které by mělo na průběh losování vliv. Předseda Úřadu sice souhlasí s navrhovatelem SDS EXMOST v tom, že notářský zápis nezaručuje transparentní průběh losování, na druhou stranu však uvádí, že je povinností notáře vyhotovit tento zápis tak, aby v něm byly zachyceny všechny rozhodné skutečnosti. Ze zachyceného průběhu losování nebylo shledáno, že by provedení losování nenaplněovalo zákonné požadavky z hlediska transparentnosti, a z hlediska navrhovatelem SDS EXMOST namítaných možností manipulace nebyly taktéž shledány žádné důvodné pochybnosti, které by svědčily o možném porušení zákona. Současně rovněž předseda Úřadu upozornil, že průběhu losování byli přítomni zástupci všech uchazečů, jak vyplývá z notářského zápisu, přičemž žádný z nich, včetně navrhovatele SDS EXMOST k průběhu losování nic nenamítal.

16. Předseda Úřadu dále uvedl, že navrhovatelem SDS EXMOST uváděné skutečnosti rovněž přezkoumal, přičemž neshledal žádné pochybení. Z předložených dokladů nevyplývá, že by k některému z uvedených způsobů manipulace mohlo dojít. Předseda Úřadu nesouhlasí ani s tvrzením, že napadené rozhodnutí je z hlediska odůvodnění nepřezkoumatelné, neboť Úřad uvedl všechny rozhodné skutečnosti, kterými byl v rámci svého rozhodování veden.

VIII. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně

17. Navrhovatel SDS EXMOST (v soudním řízení též „žalobce“) podal proti pravomocnému rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 21. 7. 2010 č. j. ÚOHS-R53/2010/VZ-10705/2010/310/ASc (dále též „žalobou napadené rozhodnutí“) žalobu, která byla Krajskému soudu v Brně doručena dne 30. 7. 2010, a kterou se domáhal zrušení žalobou napadeného rozhodnutí i jemu předcházejícího rozhodnutí I. stupně a vrácení věci Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (v soudním řízení též „žalovaný“) k dalšímu projednání. Soudní řízení je u Krajského soudu vedeno pod sp. zn. 62Af 47/2010.
18. Krajský soud ve svém rozsudku ze dne 15. 2. 2012 č. j. 62 Af 47/2010-53 nejprve stručně shrnul procesní stanoviska účastníků soudního řízení, poté přezkoumal žalobou napadené rozhodnutí v mezích žalobních bodů a shledal, že žaloba je důvodná. Vzhledem k tomu, že žalobce předně namítá nepřezkoumatelnost žalobou napadeného rozhodnutí, Krajský soud se zabýval posouzením této otázky. Krajský soud přitom poukázal na rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 26. 2. 1993 č. j. 6 A 48/92-23, dle něhož z odůvodnění rozhodnutí musí být seznatelné, proč správní orgán považuje námitky účastníka za liché, mylné nebo vyvrácené, které skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí, proč považuje skutečnosti předložené účastníkem za nerozhodné, nesprávné nebo jinými provedenými důkazy vyvrácené, podle které právní normy rozhodl a jakými úvahami se přitom řídil při hodnocení důkazů. Dále Krajský soud rovněž citoval i rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) č. j. 3 As 51/2007-84 ze dne 23. 7. 2008, který uvedl, že nevypořádá-li se správní orgán v rozhodnutí o opravném prostředku se všemi námitkami, které v něm byly uplatněny, způsobuje to nepřezkoumatelnost rozhodnutí. Krajský soud v této souvislosti uvedl, že v žádném z rozhodnutí (prvostupňovém i druhostupňovém), se žalovaný výslovně nezabýval konkrétními tvrzeními žalobce, z nichž dovozoval netransparentnost losování (tedy náramky na ruku losující osoby, úzká a neprůhledná dřevěná losovací nádoba, příprava losovacích kartiček před aktem losování i skutečností, že losující osoba je účastna ve společnosti nechvalně známé z předchozího případu losování v Karlových Varech). Tato skutečnost však dle názoru Krajského soudu nezpůsobuje nepřezkoumatelnost napadených rozhodnutí. Žalovaný i jeho předseda totiž dovozovali transparentnost losování zejména z existence notářského zápisu, dále z toho, že losování byli přítomni zástupci zájemců, a z toho, že žalobce nenavrhoval žádné důkazy, jimiž by svá tvrzení o netransparentnosti losování doložil.
19. Z odůvodnění obou správních rozhodnutí je jednoznačně zřejmé, jak o námitce netransparentnosti losování žalovaný i jeho předseda rozhodli a z jakých důvodů. Proto nebylo nezbytně třeba, aby se vypořádávali s jednotlivými dílčími žalobcovými tvrzeními. Na závěru, o němž žalovaný i jeho předseda transparentnost losování opírali, totiž zmíněná žalobcova tvrzení nemohla nic změnit. Závěr o transparentnosti losování postavil žalovaný právě na existenci notářského zápisu a přítomnosti zástupců zájemců při losování, kteří nic

nenamítali proti způsobu losování ani nepředložili důkazy, které by netransparentnost losování prokazovaly. Soud k uvedenému dále dodal, že by jistě bylo vhodnější, aby se žalovaný explicitně vyslovil ke všem žalobcem uvedeným tvrzením, nicméně pokud tak neučinil, na přezkoumatelnost jeho závěrů to nemá vliv. Žalovaný ani jeho předseda tedy nezatížili svoje rozhodnutí nepřezkoumatelností.

20. Žalobce rovněž namítal nesprávné posouzení otázky netransparentnosti losování a tuto námitku soud shledal důvodnou. K této otázce soud uvedl, že z ust. § 61 odst. 1 až 4 zákona plyne, že zákon omezení počtu zájemců losem blíže neupravoval. Stanovil pouze povinnost, aby losování proběhlo v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona, a aby se losování mohli účastnit zájemci, jichž se losování týká. Minimální standard řádného průběhu losování je tedy dán neexistencí objektivních pochybností o transparentnosti jeho průběhu. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi dodavateli v postavení uchazečů a také nezbytným předpokladem efektivního vynakládání veřejných prostředků. Transparentním postupem soud chápe takový postup, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně. Naopak požadavek transparentnosti není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele (viz např. rozsudek soudu ve věci sp. zn. 31 Ca 166/2005). Právě uvedený závěr soudu potvrdil i NSS ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010 sp. zn. 1 Afs 45/2010 ve věci tzv. karlovarské losovačky. NSS poukázal také na to, že pojem zásada transparentnosti spadá do kategorie tzv. neurčitých právních pojmů, jejichž definování v právních předpisech nemusí být pro jejich povahu vhodné, dokonce ani možné. To platí tím spíše o právních zásadách. Užitím neurčitých právních pojmů zákonodárce dává orgánu aplikujícímu právní předpis prostor, aby posoudil, zda konkrétní situace patří do rozsahu neurčitého pojmu či nikoliv.
21. Postup zadavatele, který v daném případě stanovil, že omezení zájemců bude provedeno losem, nebyl v rozporu se zákonem, neboť zadavatel řádně oznámil, jakým způsobem dojde k omezení počtu zájemců. Losování, které je provedeno řádně a způsobem, který vylučuje jakékoliv pochybnosti, je totiž jistě dostatečně nediskriminační i transparentní. Zajištění toho, aby veškeré kroky prováděné v zadávacím řízení nepůsobily netransparentně, je přitom vždy na zadavateli příslušné veřejné zakázky, který měl zajistit, aby losování proběhlo férově a jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti. V daném případě však zadavatel této povinnosti nedostál. Pohlíží-li totiž soud na žalobcem zmíněné skutečnosti (příprava losovacích kartiček před započítáním losování, náramky na ruku losující osoby a vysoká neprůhledná losovací nádoba) pohledem zásady transparentnosti, dospívá ke shodnému závěru jako žalobce. I soud má za to, že kombinace žalobcem zmíněných skutečností, které losování provázely, způsobuje porušení zásady transparentnosti. Přestože se závěry, které z těchto skutečností žalobce dovozuje, pohybují pouze na úrovni neprokázaných domněnek, nic to nemění na tom, že kombinace žalobcem uvedených okolností, je dle názoru soudu právě takovým prvkem, který průběh losování činí nekontrolovatelným a způsobuje tak porušení zásady transparentnosti.
22. Žalobcem namítané skutečnosti, které losování provázely, žalovaný nijak nezpochybnil a soud je tak považuje mezi účastníky za nesporné. Celkový průběh losování tak mohl skutečně navozovat dojem, že losování neproběhlo řádně. Soud proto souhlasí se žalobcem,

že existuje reálná možnost, že nebylo losováno, nýbrž že byly z losovací nádoby pouze vytahovány prostřednictvím magnetů na náramcích losující osoby kartičky, jež byly předem napuštěny kovovým roztokem. Není přitom podstatné, zda tomu tak bylo či nikoliv, ale právě taková pochybnost o řádnosti losování, která vyvstane na základě určitých indicií, je podle názoru soudu (i podle názoru výše citovaného rozsudku NSS) dostačující k závěru o porušení zásady transparentnosti.

23. Podle názoru soudu nic nebránilo tomu, aby byly losovací kartičky připravovány až bezprostředně před losováním a v přítomnosti notáře a zástupců zájemců, nikoliv předem bez jakékoliv kontroly. Příprava, která by spočívala například v náhodném rozmíchání kartiček na stole a jejich následnému očíslování, totiž jistě nezabere více než několik minut času. Soud má dále za to, že nic nebránilo tomu, aby si losující osoba, ve snaze zajistit řádný průběh losování, před losováním náramky sundala a ani tomu, aby bylo případně losováno z průhledné losovací nádoby. Možným námitkám, že by průběh losování mohla losující osoba ovlivnit pohledem do průhledné losovací nádoby lze předejít tím, že losovací kartičky budou vloženy do neprůhledných obálek. Soudu je přitom známo, že takový způsob losování v určitých případech probíhá, aniž by kdokoliv zpochybnil jeho řádnost a férovost.
24. V daném případě tedy soud shledal způsob losování rozporným se zásadou transparentnosti, neboť kombinace všech shora uvedených skutečností, které provázely průběh losování způsobuje nečitelnost a nekontrolovatelnost průběhu losování a může tak navodit pochyby o jeho řádnosti. Ve vztahu ke shledanému porušení zásady transparentnosti není přitom podstatné, že o průběhu losování byl pořízen notářský zápis, neboť shora zmíněné pochybnosti tento zápis nijak nevyvrací. V daném případě rovněž nemůže závěr o porušení zásady transparentnosti zvrátit ani skutečnost, že se losování zúčastnili zástupci zájemců, a že tito proti způsobu losování nijak nebrojili. Skutečnost, že si okolnosti způsobující porušení zásady transparentnosti zástupci zájemců neuvědomili, eventuálně je zadavateli nevytkli, nemá na výše popsany závěr o porušení této zásady žádný vliv.
25. Pokud žalovaný namítl, že s pojmem transparentnosti je třeba zacházet s vysokou mírou opatrnosti, neboť s ohledem na množství technologických postupů by mohlo docházet ke zneužívání tohoto pojmu, pak ani s touto námitkou soud nesouhlasí. Flexibilita pojmu transparentnost totiž předpokládá svůj vývoj právě v závislosti na proměňujících se protizákonných praktikách narušujících hodnoty chráněné právem veřejných zakázek. Dle názoru soudu je třeba právě s ohledem na vývoj technologií, které mohou být k nezákonným praktikám použity, přiměřeně vykládat i zásadu transparentnosti. Způsob losování, který by mohl být před několika roky považován za řádný a transparentní, nelze za takový považovat i v době, kdy lze reálně losování prováděné popsáním způsobem ovlivňovat. K takovému závěru je třeba dojít tím spíše, pokud je zásada transparentnosti aplikována na akt losování, který je ze své povahy nepřezkoumatelný. Pokud tedy žalovaný dospěl k závěru, že k porušení zásady transparentnosti při losování nedošlo, jedná se o závěr nezákonný.
26. V závěru Krajský soud uvedl, že ze shora uvedených důvodů shledal žalobu důvodnou, a proto žalobou napadené rozhodnutí jako nezákonné zrušil a vyslovil, že věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení. V tomto řízení je žalovaný vázán právním názorem Krajského soudu, vysloveným v tomto rozsudku. Žalovaný je tedy povinen znovu posoudit návrh žalobce v souladu se závěrem soudu o tom, že způsobem jakým losování v dané věci probíhalo, došlo k porušení zásad transparentnosti.

IX. Kasační stížnosti

27. Proti rozsudku Krajského soud v Brně sp. zn. 62 Af 47/2010 ze dne 15. 2. 2012, kterým bylo zrušeno žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R53/2010/VZ-10705/2010/310/ASc ze dne 21. 7. 2010 podal předseda žalovaného (dále též „**stěžovatel 1**“) dne 24. 4. 2012 kasační stížnost. Stěžovatel 1 opírá důvodnost své kasační stížnosti o ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) a písm. d) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „**SŘS**“), neboť má za to, že napadený rozsudek je stížen nezákonností spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení a nepřezkoumatelností spočívající v nedostatku důvodů rozhodnutí. Stěžovatel 1 v kasační stížnosti uvedl, že Krajský soud akceptoval tvrzení žalobce o existenci různých technologických postupů, pomocí nichž lze upravit losovací kartičky, jimiž pak lze losování ovlivnit. Krajský soud má rovněž za to, že kombinace dalších skutečností, uváděných žalobcem, tedy zejména náramky na ruku losující osoby, která organizovala i mediálně známé losování v Karlových Varech, a rovněž skutečnost, že losovací nádoba byla vysoká a neprůhledná, přičemž notář ani přítomní zájemci nemohli vidět samotné losování, postačují k závěru, že losování nebylo transparentní. Tyto svoje závěry odůvodnil Krajský soud právním názorem NSS, uvedeným v rozsudku sp. zn. 1 Afs 45/2010 ve věci losování v Karlových Varech. Podle Krajského soudu se závěry, které z těchto skutečností dovodil žalobce a s nimiž se Krajský soud ztotožnil, pohybují na úrovni neprokázaných domněnek. To však dle názoru Krajského soudu nic nemění na tom, že žalobcem zmíněné skutečnosti a jejich kombinace je prvkem, který průběh losování činí nekontrolovatelným a způsobuje tak porušení zásady transparentnosti.
28. Stěžovatel 1 se domnívá, že všechny závěry, uváděné Krajským soudem v odůvodnění napadeného rozsudku jsou ryze spekulativní a nemají oporu v provedeném dokazování. Stěžovatel 1 má dále za to, že aplikace právních závěrů rozsudku NSS sp. zn. 1 Afs 45/2010 není v projednávaném případě namístě. V kauze tzv. karlovarské losovačky byla totiž zcela jednoznačně prokázána při losování manipulace, spočívající v nepřiměřeně dlouhé době losování a dále ve vysoké míře podezření ohledně slepování losovaných lístků v osudí. Šetřený případ však má skutkové okolnosti odlišné a stěžovatel 1 opětovně zdůraznil, že z notářského zápisu neplyne, že by proti úkonu losování, ani proti jeho přípravě podal kterýkoliv z jeho účastníků námitky.
29. Míra spekulativnosti argumentů žalobce, které Krajský soud téměř nepozměněné přejal do odůvodnění napadeného rozsudku, způsobuje dle stěžovatele 1 nezákonnost tohoto rozsudku. Žalobce i Krajský soud sice přiznávají spekulativnost svých tvrzení, avšak přesto na takových tvrzeních staví argumentaci, která dle názoru stěžovatele nemůže obstát. Krajský soud dokonce neváhá v napadeném rozsudku uvést doporučený způsob losování, který by podle něj měl být transparentní, přesto však by se ve spekulativní rovině dalo vykonstruovat mnoho způsobů, jak i takový způsob losování označit za netransparentní.
30. Proti citovanému rozsudku Krajského soudu v Brně podal kasační stížnost i zadavatel, tedy Statutární město Přerov, (dále jen „**stěžovatel 2**“). Rovněž stěžovatel 2 má za to, že soud při svém rozhodování postupoval nesprávně, když porušení zásady transparentnosti posuzoval se zřetelem na tzv. karlovarské losování. Rovněž stěžovatel 2 poukazuje na to, že v případě karlovarského losování došlo ke zřejmému porušení zásady transparentnosti, když z videozáznamu losování je patrné, že osoba provádějící losování nejednala

nediskriminačně ve vztahu ke všem zájemcům. V posuzovaném případě je však zcela evidentní, že proběhlo řádné losování, nikoliv tedy hledání kartiček, jak tomu bylo u losování v Karlových Varech. Stěžovatel 2, Statutární město Přerov, trvá na tom, že v průběhu losování nikdo z přítomných, tj. ani notář ani nikdo ze zástupců zájemců nezaznamenal žádnou okolnost, která by mohla ovlivnit výsledek losování. Domněnky, které krajský soud bere v úvahu při rozhodování jsou tedy zcela nepodložené. Za stěžejní stěžovatel 2 považuje skutečnost, že se krajský soud v řízení nezabýval otázkou ověření, zda losující osoba opravdu měla na rukou náramky s přívěšky, které údajně měly obsahovat magnety. Pokud by totiž skutečně takový náramek měla, bylo by pro ni značně obtížné před očima všech přítomných nepozorovaně od sebe oddělit losovací kartičky napuštěné kovovým roztokem, magnetickou silou přitažené k náramku.

31. Ke kasační stížnosti stěžovatele 2 se dne 14. 5. 2012 rovněž vyjádřil předseda žalovaného, tedy stěžovatel 1, který se ztotožnil se závěry, které jako stěžovatel 2 učinilo Statutární město Přerov. Stěžovatel 1 dále doplnil, že notářský zápis nemůže být jediným důkazním prostředkem, na základě něhož by bylo rozhodováno o transparentnosti průběhu losování a Úřad aplikoval notářský zápis pouze jako jeden z důkazů o průběhu losování, přičemž ex officio přezkoumal všechny úkony zadavatele. Notářský zápis a přítomnost notáře sice sama o sobě nezaručuje transparentní způsob losování, neboť v notářském zápisu je pouze zaznamenán jeho průběh, je však povinností notáře vyhotovit tento zápis tak, aby v něm byly zachyceny všechny rozhodné skutečnosti a tento zápis tak mohl být podkladem pro další jednání. Stěžovatel 1 proto navrhl, aby NSS napadený rozsudek Krajského soudu zrušil a věc vrátil tomuto soudu k dalšímu řízení.

X. Řízení před Nejvyšším správním soudem

32. Rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 31/2012-55 ze dne 20. 6. 2012 NSS rozhodl, že kasační stížnosti stěžovatelů 1 a 2 se zamítají. V úvodu rozsudku NSS zopakoval, že Krajský soud v napadeném rozsudku nejprve shledal nedůvodnou námitku nepřezkoumatelnosti rozhodnutí žalovaného a jeho předsedy. Z odůvodnění jejich rozhodnutí je totiž zřejmé, jak a z jakého důvodu o námitce netransparentnosti losování rozhodli. Nebylo tedy nezbytně třeba, aby se vypořádávali s jednotlivými dílčími konkrétními tvrzeními žalobce a tato skutečnost nezpůsobuje nepřezkoumatelnost napadených rozhodnutí, která jsou v tomto smyslu přezkoumatelná.
33. NSS dále deklaroval, že dle rozhodnutí Krajského soudu má transparentnost zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Pouze losování, které je prováděno řádně a způsobem vylučujícím jakékoliv pochybnosti, je dostatečně nediskriminační a transparentní. Zajištění toho, aby veškeré kroky prováděné v zadávacím řízení (tedy i losování) nepůsobily netransparentně, je přitom vždy na zadavateli veřejné zakázky. V daném případě však zadavatel této svojí povinnosti nedostál. Kombinace žalobcem zmíněných skutečností, které losování provázely (zejména tedy příprava losovacích kartiček před aktem losování, náramky na rukou losující osoby a losování z vysoké neprůhledné losovací nádoby) způsobuje porušení zásady transparentnosti. Námitka netransparentnosti je tedy důvodná.
34. NSS přezkoumal kasačními stížnostmi napadený rozsudek krajského soudu a vázán rozsahem a důvody, které stěžovatelé uplatnili v podaných kasačních stížnostech, dospěl k závěru, že

kasační stížnosti nejsou důvodné. NSS se nejprve zabýval námitkou, kterou uplatnil stěžovatel 2 (ve správním řízení zadavatel), že Krajský soud vyšel z tvrzení žalobce, aniž by ověřoval, zda losující osoba opravdu měla na ruku náramek s přívěšky, které měly obsahovat magnety. Krajský soud měl tedy pochybit tím, že vzal za prokázané tvrzení žalobce, aniž by k jeho prokázání prováděl dokazování. Tato námitka je však dle NSS nedůvodná.

35. Správní soudy v řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu vycházejí ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu. Krajský soud ve svém rozsudku výslovně uvedl, že skutečnosti, že losování probíhalo z neprůhledné vysoké nádoby a losující osoba měla na ruku kovové náramky s přívěšky, považuje mezi účastníky za nesporné. Tento závěr Krajského soudu má přitom oporu v soudním spise. Žalovaný totiž ve svém vyjádření k žalobě uvedl, že ani skutečnost, že losující osoba měla na ruku náramky, nemůže být vyhodnocena jako manipulace a akceptoval tedy skutečnost, že tomu tak bylo. Žalovaný tedy tvrzení žalobce v této věci nijak nezpochybnil a naopak z něj vycházel jako ze skutečnosti, kterou považuje za danou. Za této situace tedy Krajský soud správně poznamenal, že tato skutečnost je mezi účastníky nesporná a byl oprávněn vycházet z toho, že losující osoba na ruku náramky s přívěšky skutečně měla. O žalobcem tvrzených skutečnostech tedy nevystaly žádné pochybnosti, přičemž v tomto směru nic nenamítal ani zadavatel.
36. NSS dále uvedl, že stěžovatelé dále shodně namítají, že krajský soud nesprávně vyložil pojem „transparentnost“ a vystavěl své závěry na nepodložených domněnkách o manipulaci při losování. Ani tato námitka není důvodná. Zde NSS uvedl, že výkladem tohoto pojmu se již zabýval ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010 sp. zn. 1 Afs 45/2010 a svůj výklad opřel mimo jiné o judikaturu Soudního dvora Evropské unie (dříve Evropského soudního dvora), zejména o rozsudky ve věcech C-324/98 a C-324/07. NSS přitom uzavřel, že podmínkou dodržování zásady transparentnosti je průběh zadávacího řízení vedený takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. Motivy jednotlivých osob, participujících na výběru zájemců o veřejnou zakázku jsou v tomto ohledu pro posouzení zásady transparentnosti irelevantní. Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti.
37. Od výše uvedené interpretace se v projednávané věci není důvod odchýlit. Jak přitom poukázal také Krajský soud, obsah tohoto pojmu se může měnit v závislosti na proměňujících se praktikách narušujících hodnoty chráněné právem veřejných zakázek. Odkaz na výše citovaný judikát ze strany Krajského soudu, co do interpretace pojmu „transparentnost“, byl tedy zcela případný. Z obsahu kasačních stížností lze dovodit, že stěžovatelé ve své podstatě nebrojí proti samotnému odkazu na uvedený judikát, ale proti závěrům, které Krajský soud učinil na základě tohoto výkladu, po jeho aplikaci na nyní projednávaný případ. K tomu NSS předesílá, že posouzení transparentnosti losování v žádném případě nespočívá v dokazování, zda došlo při losování k manipulaci či nikoliv. Pro porušení zásady transparentnosti stačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti a řádnosti průběhu losování. K tomu může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo, neboť jak poukázal NSS ve shora citovaném rozsudku, pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově.

38. Vzhledem k tomu, že žalobcem tvrzené skutečnosti, které mohly ovlivnit řádný průběh losování, byly mezi účastníky nesporné, lze vést v daném případě spor pouze o tom, zda tyto skutečnosti skutečně vzbuzují důvodné podezření a objektivně vnímané pochybnosti o řádnosti losování. Krajský soud vycházel při posuzování věci z toho, že losovací kartičky byly připravovány mimo kontrolu notáře či zástupců zájemců, losování probíhalo z neprůhledné vysoké nádoby a losující osoba měla na ruku kovové náramky.
39. Rovněž NSS, ve shodě s názorem Krajského soudu shledal v kombinaci uvedených podezřelých skutečností významné pochybnosti o transparentnosti průběhu losování. Již samotná příprava losovacích kartiček mimo kontrolu notáře či zástupců zájemců vzbuzuje zásadní pochybnosti. V kombinaci s ostatními výše jmenovanými pochybnostmi se pak otevírá prostor pro domněnku, kterou vnesl žalobce. Tato domněnka spočívá v možnosti, že losující osoba mohla mít v náramcích s přívěšky umístěny magnety, losovací kartičky mohly být napuštěny roztokem s mikročástčkami kovu a pokud losování probíhalo z neprůhledné vysoké dřevěné nádoby, netečné k magnetickým silám, což bylo prokázáno, pak tímto způsobem mohlo být losování ovlivněno. S ohledem na popsané skutkové okolnosti přitom takovou domněnku nelze vyloučit. NSS dále zdůraznil, že nikoliv sama možnost naplnění takové domněnky představuje porušení zásady transparentnosti, nýbrž v první řadě popsané skutkové okolnosti. NSS tedy v této souvislosti uvedl, že je na místě se ptát, proč byla zvolena příprava kartiček předem, proč bylo losováno z neprůhledné nádoby a proč měla losující osoba na ruku náramky. Nic nebránilo tomu, aby losovací kartičky byly připravovány v přítomnosti notáře a zástupců zájemců, aby si losující osoba náramky sundala a bylo losováno z průhledné nádoby. Je zjevné, že skutečný průběh úkonů spojených s losováním byl mnohem méně čitelný a kontrolovatelný. K uvedenému NSS dodal, že po zadavateli je nutno požadovat, aby se podobných pochybení vyvaroval, neboť snižují průhlednost losování. Je přitom především na zadavateli, aby zjistil transparentnost úkonů, které provádí on sám, či jím pověřená osoba.
40. Dále NSS uvedl, že pro učinění závěru, že losování bylo v daném případě netransparentní, nebylo rozhodující, jakou možnost ovlivnění žalobce prezentoval jako možnou. NSS k tomu uvedl, že losování nelze považovat za netransparentní pouze z toho důvodu, že teoreticky existuje způsob, jak mohlo být ovlivněno. I přesto, že losování proběhne transparentně, nelze zcela vyloučit možnost, že k určitému ovlivnění jeho výsledku dojde. Naopak, pokud by losování nebylo transparentní, došlo by k porušení § 6 zákona i za situace, kdy by snad bylo možno prokázat, že k žádnému ovlivnění výsledku losování nedošlo. Tyto závěry nemůže zvrátit ani námitka stěžovatele 2 (tedy zadavatele), že pro losující osobu by bylo obtížné oddělit vždy před losováním uchazeče od magnetů kartičky ostatních uchazečů. NSS dospívá k závěru, že případná obtížnost provedení této manipulace nemůže mít vliv na posouzení transparentnosti losování. Obtížnost nebo naopak snadnost provedení manipulace je do značné míry dána použitou technologií, zkušeností a zručností losující osoby. NSS na základě výše učiněných závěrů uzavřel, že v každém případě byly v projednávané věci dány výše zmíněné okolnosti a byly to právě ony, které ve vzájemné kombinaci založily důvodné pochybnosti o férovosti losování.
41. Závěrem NSS uvedl, že skutečnost, že žádné pochybnosti o průběhu losování nebyly vneseny ani notářem, ani zástupci přítomných zájemců, je pouze dokladem toho, že okolnosti, které transparentnost losování narušily, nebyly zjevné, tedy přímo do očí bijící.

Nevznesením námitek přímo na místě však nelze upřít zájemcům o veřejnou zakázku právo, aby námitky uplatnili až po zralé úvaze.

42. Ani skutečnost, že žádnou pochybnost o transparentnosti průběhu losování neshledal přítomný notář, a proto ji nevtělil do notářského zápisu, nemůže být sama o sobě důkazem toho, že losování bylo transparentní. Přípravy kartiček s čísly 1-14 předem si však notář všiml, což v notářském zápisu zaznamenal, když uvedl, že kartičky s číselným označením předem připravil pracovník společnosti Allowance s. r. o. v pořadí, jak byli uchazeči uvedeni v Seznamu doručených a přijatých žádostí o účast. Notářský zápis nicméně nemůže v tomto ohledu poskytovat závazné hodnocení skutkového právního stavu, pouze osvědčuje skutečnosti, kterým byl notář přítomen. Skutkový stav, jak byl zjištěn v řízení před Krajským soudem, byl také tímto soudem správně vyhodnocen. V dalším řízení je žalovaný tímto hodnocením vázán, což jej nezbavuje povinnosti zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti.

XI. Stanovisko předsedy Úřadu

43. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 SŘ a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 SŘ napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise a drže se závazného právního názoru Krajského soudu a NSS jsem dospěl k následujícímu závěru.
44. Úřad v napadeném rozhodnutí č. j. ÚOHS-S305,306/2009/VZ-16120/2009/540/PVé ze dne 8. 4. 2010 nepostupoval v souladu se zákonem, pokud tímto rozhodnutím rozhodl o zastavení správního řízení. V průběhu správního řízení totiž nebyly řádně vypořádány námitky, které budou specifikovány níže. Z uvedených důvodů jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a věc jsem vrátil Úřadu k novému projednání. V dalším řízení se Úřad bude řídit právními závěry učiněnými v rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 47/2010 ze dne 15. 2. 2012, právními závěry vyslovenými v rozsudku NSS sp. zn. 7 Afs 31/2012 ze dne 20. 6. 2012 a tímto rozhodnutím.

XII. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

45. V šetřeném případě je pro posouzení zákonnosti napadeného rozhodnutí Úřadu stěžejní zejména otázka transparentnosti provedeného losování. Na netransparentnost losování poukázal žalobce, který uvedl, že příčinou netransparentního losování byly skutečnosti, jejichž přítomnost při průběhu losování navozovala pochybnosti o správném a řádném provedení celého losování a o důvěryhodnosti celého aktu provedení losování. Omezení počtu zájemců losování se zúčastnili zástupci zájemců a losování byl přítomen rovněž notář. Pochybnosti o férovém provedení losovacího aktu vyvolával zejména fakt, že před samotným započítáním losování byly již předem připraveny losovací kartičky, které byly označeny pořadovými čísly, poté byly vloženy do neprůhledné (dřevěné) losovací nádoby a losování prováděla osoba, která je účastna v nechvalně známé společnosti, která organizovala mediálně známé losování v Karlových Varech. Losující osoba měla navíc na ruku kovové náramky opatřené přívěšky, u nichž nebylo vyloučeno, že obsahují magnety. Uvedené okolnosti vedly žalobce k úvaze, že losovací kartičky mohly být připraveny k domnělému losování tak, že kartičky mohly být napuštěny roztokem s mikročástčkami

kovu a přitaženy pomocí magnetu v přivešcích losující osoby, což nepochybně mohlo losování ovlivnit.

46. Uvedené skutečnosti, které jsou ve správním spisu řádně doloženy a zdokumentovány, a mezi účastníky nejsou sporné, byly dle právního názoru Krajského soudu, který byl v plné míře potvrzen rovněž NSS, příčinou netransparentně vedeného losování. Průběh losování nezaručoval, že během něj nedošlo k manipulaci s losovacími kartičkami. Na základě skutečností, za nichž k losování prokazatelně došlo, nelze takovou domněnku vyloučit. Sama existence popsaných skutkových okolností losování, představuje porušení zásady transparentnosti. Je totiž zřejmé, že skutečný průběh úkonů spojených s losováním, byl v důsledku popsaných okolností, které losování provázely, mnohem méně čitelný a kontrolovatelný, než jak by tomu mělo být, pokud by při losování byla dodržena zásada transparentnosti.
47. Popsané okolnosti, za nichž losování proběhlo, nenasvědčují tomu, že postup zadavatele, který má průběh losování zajišťovat, byl transparentní. Zvolený způsob losování a zejména skutečnosti, za nichž bylo losování prováděno (tedy příprava losovacích kartiček před aktem losování, jejich umístění do neprůhledné dřevěné, tedy k magnetickým silám netečné nádoby i možné umístění magnetů do náramků na ruku losující osoby) totiž reálně umožňují, že nebylo losováno, nýbrž pomocí magnetů byly výše popsaným způsobem pouze vytahovány kartičky s čísly požadovaných uchazečů. Pro porušení zásady transparentnosti přitom postačí, že okolnosti případu vzbuzují oprávněnou a odůvodněnou pochybnost o férovém průběhu losování. K uvedenému dále dodávám, že skutečnost, že přítomný notář žádnou pochybnost o transparentnosti průběhu losování neshledal, a na této skutečnosti zejména vystavěl svá rozhodnutí Úřad i jeho předseda, se ve světle právních stanovisek Krajského soudu i NSS jeví jako irelevantní, neboť notářský zápis ani nemůže v tomto ohledu poskytovat závazné hodnocení skutkového stavu, pouze osvědčuje skutečnosti, kterým byl notář přítomen. Z notářského zápisu vyplývá, že pracovník společnosti Allowance s. r. o. již předem připravil kartičky s číselným označením k losování tak, jak byli uchazeči uvedeni v Seznamu doručených a přijatých žádostí o účast. Další pracovnice této společnosti pak samotné losování prováděla. Právě tato notářem osvědčená skutečnost byla dle stanoviska Krajského soudu i NSS skutečností, která svědčí o netransparentnosti průběhu losování, neboť tímto postupem mohlo dojít k ovlivnění losování výše popsaným způsobem. Na tuto skutečnost je tedy třeba poukázat v nově vyhotoveném správním rozhodnutí. Uvedená skutečnost dle rozsudku soudu postačuje k tomu, aby průběh losování, tak jak byl popsán v notářském zápise, byl označen za netransparentní a tedy rozporný se zákonem. Skutečnost, že notář ve svém zápise nepoužil přímo formulaci, že losování neproběhlo transparentně, je tedy nerozhodná. Podstatné jsou naopak skutečnosti notářem ověřené, z nichž lze jednoznačně usuzovat na netransparentní průběh losování, který je navíc umocněn i dalšími shora popsanými okolnostmi, za nichž losování proběhlo.
48. Vzhledem k tomu, že žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu bylo zrušeno již rozsudkem Krajského soudu a v rozporu s právními závěry učiněnými soudy je rovněž napadené rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S305,306/2/VZ-16120/2009/540/PVé ze dne 8. 4. 2010 a tento rozpor nelze v řízení o rozkladu odstranit jinak, shledal jsem důvody pro zrušení napadeného prvostupňového rozhodnutí Úřadu, jak je uvedeno výše. Po zrušení napadeného rozhodnutí bude tedy Úřad ve správním řízení pokračovat a v tomto řízení vydá

rozhodnutí, ve kterém bude respektovat závazný právní názor Krajského soudu v Brně, Nejvyššího správního soudu i závěry učiněné v tomto rozhodnutí. Úřad nechť v souladu s výše uvedenými závěry soudů v novém správním řízení znovu posoudí návrhy žalobce učiněné ve správním řízení, zejména ve vztahu k tomu, že způsobem, jakým losování v dané věci probíhalo, došlo k porušení zásady transparentnosti a ke způsobu, jakým zadavatel přistoupil k provedení samotného aktu losování, učiní patřičné závěry. Vzhledem k tomu, že za dodržování zásady transparentnosti dle § 6 zákona odpovídá zadavatel, Úřad nechť zváží rovněž uložení adekvátní sankce zadavateli.

XIII. Závěr

49. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí Úřadu, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

Otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Statutární město Přerov, Bratrská 709 34, 750 11 Přerov
2. FIRESTA- Fišer, rekonstrukce a stavby, a. s., Mlýnská 68, 602 00 Brno
3. SDS EXMOST, s. r. o., Údolní 413/66, 602 00 Brno
4. Skanska a.s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4

Vypraveno dne:

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