



UOHSX006GJG7

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S130/2012/VZ-7690/2015/532/KSt

Brno 24. března 2015

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 1. 3. 2012 na návrh ze dne 29. 2. 2012, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Zájmové sdružení obcí – Vodovody a kanalizace Znojensko, IČO 45671745, se sídlem Kotskova 2518/20, 669 02 Znojmo, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 23. 3. 2012 Mgr. Ing. Tomášem Horkým, advokátem, Továrek, Horký a partneři, advokátní kancelář, s. r. o., IČO 28319320, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 1844/28, 602 00 Brno,
- navrhovatel – Skanska a. s., IČO 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupená na základě pověření ze dne 5. 9. 2011 JUDr. Ondřejem Navrkalem, zaměstnancem společnosti,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v nadlimitní veřejné zakázce „Zajištění kvality pitné vody pro SV Znojmo“ zadávané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 20. 7. 2011 a uveřejněno v něm dne 22. 7. 2011 pod ev. č. 60062951 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 26. 7. 2011 pod ev. č. 2011/S 141-234032 a jehož zrušení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 6. 2. 2012 pod ev. č. 7251011007269 a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 11. 2. 2012 pod ev. č. 2012/S 29-045982,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Zájmové sdružení obcí – Vodovody a kanalizace Znojemsko, IČO 45671745, se sídlem Kotkova 2518/20, 669 02 Znojmo – nedodržel postup stanovený v § 84 odst. 2 písm. e) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku „Zajištění kvality pitné vody pro SV Znojmo“ zadávanou formou užšího řízení, jehož oznámení bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 20. 7. 2011 a uveřejněno v něm dne 22. 7. 2011 pod ev. č. 60062951 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 26. 7. 2011 pod ev. č. 2011/S 141-234032 a jehož zrušení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 6. 2. 2012 pod ev. č. 7251011007269 a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 11. 2. 2012 pod ev. č. 2012/S 29-045982, aniž by se v jeho průběhu vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nebylo možné po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, **ruší rozhodnutí zadavatele** – Zájmové sdružení obcí – Vodovody a kanalizace Znojemsko, IČO 45671745, se sídlem Kotkova 2518/20, 669 02 Znojmo – **o zrušení zadávacího řízení** „Zajištění kvality pitné vody pro SV Znojmo“ zadávaného formou užšího řízení, jehož oznámení bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 20. 7. 2011 a uveřejněno v něm dne 22. 7. 2011 pod ev. č. 60062951 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 26. 7. 2011 pod ev. č. 2011/S 141-234032 a jehož zrušení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 6. 2. 2012 pod ev. č. 7251011007269 a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 11. 2. 2012 pod ev. č. 2012/S 29-045982, **ze dne 24. 1. 2012.**

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Zájmové sdružení obcí – Vodovody a kanalizace Znojemsko, IČO 45671745, se sídlem Kotkova 2518/20, 669 02 Znojmo – ukládá

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

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zájmové sdružení obcí – Vodovody a kanalizace Znojemsko, IČO 45671745, se sídlem Kotkova 2518/20, 669 02 Znojmo, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 23. 3. 2012 Mgr. Ing. Tomášem Horkým, advokátem, Továrek, Horký a partneři, advokátní kancelář, s. r. o., IČO 28319320, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 1844/28, 602 00 Brno (dále jen „zadavatel“), odeslalo dne 20. 7. 2011 do informačního systému o veřejných

zakázkách a následně v něm uveřejnilo dne 22. 7. 2011 pod ev. č. 60062951 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26. 7. 2011 pod ev. č. 2011/S 141-234032 oznámení užšího zadávacího řízení za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky „Zajištění kvality pitné vody pro SV Znojmo“ (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky podle bodu II.2.1) „Množství nebo rozsah zakázky“ oznámení o zakázce činí 490 827 000,- Kč bez DPH.
3. Zadavatel v bodu IV.2.1) „Kritéria pro zadání zakázky“ oznámení o zakázce stanovil, že základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky bude nejnižší nabídková cena.
4. V bodu IV.3.4) „Lhůta pro doručení nabídek nebo přijetí žádostí o účast“ oznámení o zakázce byla stanovena lhůta pro podání žádostí o účast na den 22. 8. 2011. V bodu IV.1.2) „Omezení počtu zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek nebo k účasti“ oznámení o zakázce zadavatel uvedl, že objektivním kritériem pro výběr omezeného počtu 10 zájemců splňujících kvalifikaci bude náhodný výběr losem podle § 61 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“). Dne 14. 12. 2011 proběhlo losování omezeného počtu zájemců za účasti notáře JUDr. Miroslava Michálka, který o jeho průběhu sepsal notářský zápis.
5. Dne 9. 1. 2012 vyzval zadavatel 10 vylosovaných zájemců k podání nabídky v užším řízení. Dne 24. 1. 2012 rozhodl zadavatel o zrušení zadávacího řízení. Oznámení o zrušení zadávacího řízení obdržel navrhovatel – Skanska a. s., IČO 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupená na základě pověření ze dne 5. 9. 2011 JUDr. Ondřejem Navrkalem, zaměstnancem společnosti (dále jen „navrhovatel“) dne 30. 1. 2012. Protože navrhovatel považoval zadavatelovo rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení za učiněné v rozporu se zákonem, podal dne 3. 2. 2012 námitky, které byly zadavateli doručeny dne 8. 2. 2012.
6. Po přezkoumání oprávněnosti námitek navrhovatele zadavatel těmto nevyhověl. Rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 14. 2. 2012 obdržel navrhovatel dne 20. 2. 2012. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 1. 3. 2012 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).
7. Dnem 1. 3. 2012, kdy Úřad návrh obdržel, bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavateli byl stejnopis návrhu doručen rovněž dne 1. 3. 2012.

Obsah návrhu

8. Navrhovatel nejdříve v návrhu uvedl, že zadavatel jako způsob omezení počtu zájemců zvolil náhodný výběr losem podle § 61 odst. 4 zákona, který podle zadání provede v souladu s § 6 zákona za využití mechanických, elektronických, nebo obdobných zařízení. Zároveň zadavatel určil, že omezí počet zájemců na deset. V Dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011 zadavatel upřesnil, jakým způsobem bude losování provedeno a prostřednictvím jakého obdobného mechanického zařízení (viz dále bod 128. – 130. odůvodnění rozhodnutí).
9. Dne 14. 12. 2011 proběhlo omezení počtu zájemců losem, jehož průběh byl zaznamenán notářem JUDr. Miroslavem Michálkem v notářském zápisu NZ 259/2011 (jeho obsah viz dále

bod 132. odůvodnění rozhodnutí), při němž bylo vylosováno 10 zájemců, mezi nimi i navrhovatel. Následně byl navrhovatel vyzván k podání nabídky v užším řízení.

10. Dne 23. 1. 2012 navrhovatel obdržel Oznámení o podaných námitkách ze dne 19. 1. 2012, ze kterých vyplývá, že zadavatel obdržel dne 29. 12. 2011 písemné námitky proti úkonům zadavatele, kterým však nevyhověl. Dne 30. 1. 2012 bylo navrhovateli doručeno Oznámení rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012. Z tohoto oznámení, respektive z příloženého Rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení vyplývá, že zadavatel ruší zadávací řízení s odvoláním na § 84 odst. 2 písm. e) zákona, protože se podle něj v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. V další části zadavatel své rozhodnutí odůvodnil tak, že postupně obdržel námitky čtyř zájemců proti způsobu losování, kteří namítali, že losování bylo provedeno netransparentně a v rozporu se zákonem. Z tohoto důvodu zadavatel znovu přezkoumal správnost svého postupu a správnost zadávací dokumentace a dospěl k závěru, že losování prováděné ručním vytahováním lístků z losovací nádoby bylo v rozporu s § 61 odst. 4 zákona a že zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací rovněž není v souladu s citovaným zákonem.
11. Protože má navrhovatel za to, že neexistují objektivní důvody pro zrušení zadávacího řízení a postup zadavatele je v rozporu se zásadou rovného zacházení a nediskriminace, představuje podle navrhovatele zrušení zadávacího řízení úkon učiněný v rozporu se zákonem.
12. Podle navrhovatele zadavatel porušil zákon, protože zrušil zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, přestože neexistují důvody hodné zvláštního zřetele, které citované ustanovení zákona předvídá, přičemž ke zrušení zadávacího řízení dne 24. 1. 2012 nedošlo bezodkladně, v důsledku čehož došlo k znevýhodnění (diskriminaci) vylosované skupiny zájemců, a zadavatel dále porušil § 111 odst. 1 zákona, protože jeho rozhodnutí o námitkách navrhovatele ze dne 14. 2. 2012 postrádá odůvodnění, čímž se stává nepřezkoumatelné. Dále zadavatel porušil podle navrhovatele § 111 odst. 3 zákona, když o podaných námitkách zájemců (IMOS Brno, a. s., INSTA CZ s. r. o., Průmstav, a. s., SMP CZ, a. s.) a rozhodnutí o nich neinformoval písemně ostatní zájemce, a taktéž porušil § 111 odst. 1 zákona, když o námitkách zájemce IMOS Brno, a. s., které obdržel dne 29. 12. 2011, rozhodl až dne 19. 1. 2012.
13. Navrhovatel v návrhu uvedl, že podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona může zadavatel bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení, pokud se v průběhu zadávacího řízení vyskytnou důvody zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Jak vyplývá z rozhodovací praxe Úřadu i soudů, „důvody zvláštního zřetele“ jsou typickým neurčitým právním pojmem, který musí být vykládán s ohledem na povahu, smysl a účel zákona, přičemž uvedený pojem vykládají tak, že by se mělo jednat o takové důvody, jejichž existenci zadavatel zjistil až v průběhu zadávacího řízení s tím, že již není možné ze strany zadavatele přijmout jiná opatření k nápravě.
14. Platí tedy, aby mohl zadavatel zrušit zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, že musí být splněny podmínky: objektivní důvody bránící v pokračování v zadávacím řízení; zadavatel se o těchto důvodech dozvěděl v průběhu zadávacího řízení; zadávací řízení bylo zrušeno bez zbytečného odkladu poté, co se o těchto důvodech zadavatel dozvěděl; není

možná jiná náprava, než zrušení zadávacího řízení a tento postup naplňuje zásadu hospodárného nakládání s veřejnými prostředky. Všechny uvedené podmínky musí být splněny kumulativně. Podle navrhovatele nebyla pravděpodobně splněna ani jedna z podmínek.

15. Za objektivní důvod bránící pokračování v zadávacím řízení zadavatel označil jeho nový právní názor na způsob omezení počtu zájemců losem. Své rozhodnutí odůvodnil stručně: „*losování prováděné ručním vytahováním lístků z losovací nádoby bylo v rozporu s § 61 odst. 4 zákona*“. Z této věty se nabízí, že zadavatel zpochybňuje vůbec to, že losoval vytahováním lístků z nádoby. K tomuto navrhovatel dodává, že zákon umožňuje, aby při splnění dalších podmínek bylo losování provedeno prostřednictvím mechanických, nebo obdobných zařízení. Přestože lze vést polemiku o tom, jestli losovací nádoba a lístky jsou obdobným mechanickým zařízením, losování rukou jako takové není pochybením zadavatele, které zakládá důvodné pochybnosti o legálnosti postupu zadavatele, a proto není a nemůže být objektivní překážkou bránící pokračování v zadávacím řízení.
16. Vzhledem k tomu, že od vyhlášení zadávacího řízení do doby podání návrhu nevyvstal žádný objektivní důvod, proč by měl zadavatel přehodnotit svůj právní názor na jím zvolený způsob losování, zcela jistě se nejedná o důvod, který se zadavatel dozvěděl v průběhu zadávacího řízení. O tom, že losování bude probíhat vytahováním lístků z nádoby, zadavatel informoval zájemce v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám již dne 4. 8. 2011, přičemž dne 5. 12. 2011 tento způsob potvrdil v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám č. 2 a dále s tímto postupem byli seznámeni všichni přítomní před samotným aktem losování. Způsob losování a volba pomůcek, které k tomu zadavatel použije, je plně v dikci zadavatele, a proto pochybení v této oblasti nemůže následně zadavatel vykládat, jako důvod hodný zvláštního zřetele.
17. To, že ke zrušení zadávacího řízení došlo až 45 dní od losování, což nepochybně není bez zbytečného odkladu, jen potvrzuje, že se nejedná o zákonný důvod pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona.
18. O nezákonnosti postupu zadavatele svědčí mimo jiné i skutečnost, že dne 19. 1. 2012 nevyhověl námitkám zájemce IMOS Brno, a. s., přičemž lze předpokládat, že se jednalo o námitky proti aktu losování. Avšak následně dne 24. 1. 2012 zadavatel rozhodl o zrušení zadávacího řízení. Jinými slovy, ještě 19. 1. 2012 byl zadavatel přesvědčen o regulérnosti zadávacího řízení, aby nakonec toto řízení o pět dní později zrušil.
19. Proti způsobu losování až do doby než byly známy výsledky, nikdo nic nenamítal. Losování proběhlo dne 14. 12. 2011, avšak ke zrušení zadávacího řízení došlo až dne 24. 1. 2012. Neexistuje objektivní důvod, který by odůvodnil změnu právního názoru zadavatele na losování rukou. Losování z neprůhledné nádoby není objektivním důvodem vystavujícím zadavatele nepřiměřenému riziku.
20. Ke skutečnosti, že nezákonným rozhodnutím zadavatel znevýhodnil (diskriminoval) vylosovanou skupinu zájemců, navrhovatel uvedl, že tím, že zadavatel nejprve nechal provést výběr losem, následně deset vylosovaných zájemců vyzval k podání nabídky a ostatní zájemce vyloučil z důvodu, že nebyli vylosováni, nastolil právní stav, kdy podle zákona již jen 10 zájemců má právo podat nabídku, zatímco zbylých 12 zájemců toto právo nezískalo.

21. Rozhodnutím o zrušení zadávacího řízení zadavatel způsobil, že 10 vylosovaných zájemců o toto své právo přišlo, čímž se dostali na roveň nevylosovaných zájemců. Fakticky tak toto rozhodnutí 10 vylosovaných zájemců znevýhodňuje, zatímco zbylým nevylosovaným zájemcům naopak nově dává podmíněné právo, že se budou moci o veřejnou zakázku ucházet. Proto rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, po již provedeném losování představuje porušení zásady rovného zacházení a nediskriminace.
22. Z výše uvedených důvodů podle navrhovatele vyplývá, že zadavatel svým postupem porušil zákon, neboť neexistují důvody pro aplikaci § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Protože nejsou žádné jiné důvody, které by zadavateli bránily v pokračování v zadávacím řízení, navrhovatel navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012 a uložil zadavateli povinnost pokračovat v zadávacím řízení.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 7. 3. 2012

23. Zadavatel se k návrhu vyjádřil dne 7. 3. 2012, když uvedl, že podle § 111 odst. 6 zákona platí, že zjistí-li zadavatel v průběhu zadávacího řízení, že některým úkonem porušil zákon, přijme opatření k jeho nápravě i v případě, když proti takovému úkonu námitky neobdržel. Zadavatel dospěl k závěru, že zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací není v souladu se zákonem a jako jediné možné opatření k nápravě vyhodnotil zrušení zadávacího řízení jako takového podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Zrušením zadávacího řízení odstranil nastalý protiprávní stav.
24. Zadavatel je přesvědčen, že jeho rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012 bylo provedeno v souladu se zákonem, neboť pochybení z vadného výběru losem nelze napravit jiným způsobem než zrušením zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona z důvodů hodných zvláštního zřetele.
25. Z uvedených důvodů zadavatel navrhuje, aby byl návrh zamítnut.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

26. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
27. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům pod č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-4874/2012/530/KSt ze dne 14. 3. 2012. Dále Úřad účastníkům řízení stanovil usnesením č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-4875/2012/530/KSt z téhož dne lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, vyjádřit svá stanoviska v řízení a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Doplnění vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 23. 3. 2012

28. Zadavatel své stanovisko k podanému návrhu doplnil dne 23. 3. 2012, když nejprve popsal průběh zadávacího řízení ode dne jeho zveřejnění v informačním systému o veřejných zakázkách do dne podání návrhu navrhovatelem.
29. Nejdříve se zadavatel vyjádřil k námitce uvedené v návrhu týkající se jeho porušení § 84 odst. 2 písm. e) zákona z důvodů, že nebyly naplněny podmínky pro užití tohoto ustanovení zákona. K uvedenému zadavatel sdělil, že v Oznámení o zrušení zadávacího řízení uvedl, že

dospěl k závěru, že losování jako zvolený způsob omezení počtu zájemců o účast v užším řízení nebylo provedeno v souladu se zákonem, neboť zájemci byli ručně losováni taháním lístků z neprůhledné nádoby, tj. nikoli prostřednictvím mechanických, elektromechanických, elektronických nebo obdobných zařízení, jak výslovně požaduje § 61 odst. 4 zákona.

30. Zadavatel na základě výsledků nezávislého právního posouzení jeho postupu v zadávacím řízení a jeho souladu se zákonem dospěl k odlišnému právnímu názoru, než který zastával při rozhodování o námitkách doručených mu dne 29. 12. 2011. Ztotožnil se tak, byť ex post, s námitkami v tom, že losování prováděné ručně je v rozporu se zákonem, neboť ruku nelze považovat za mechanický prostředek ve smyslu § 61 odst. 4 zákona. S ohledem na uvedené mu nezbylo než konstatovat, že v průběhu zadávacího řízení svým úkonem – omezením počtu zájemců v užším řízení losem – porušil zákon, neboť losování provedl v rozporu s požadavky § 61 odst. 4 zákona.
31. Podle zadavatele mezi důvody hodné zvláštního zřetele podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona lze řadit i případ, kdy zadavatel zpětně zjistí, že některým svým úkonem v rámci zadávacího řízení porušil zákon a že toto porušení zákona nelze napravit jiným vhodným způsobem. V této souvislosti odkazuje zadavatel na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 1. 2010 č. j. 2 Afs 64/2009, ve kterém je uvedeno „(...) Dále lze zrušit řízení i v případě, že se v průběhu řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Takovým důvodem může být například porušení postupu předepsaného tímto zákonem pro zadávání veřejných zakázek, které zadavatel sám zjistil. Musí se přitom jednat o takový případ, kdy zadavatel již nemá možnost přijmout opatření k nápravě (§ 108 odst. 6), kterým by uvedené porušení zákona napravit, a při následném řízení o přezkoumání úkonů zadavatele by došlo k uložení nápravného opatření nebo pokuty za správní delikt.“
32. Zrušení zadávacího řízení je podmíněno tím, že porušení zákona nelze napravit jiným vhodným způsobem. Zadavatel je přesvědčen, že i tato podmínka je naplněna, což vyplývá ze skutečnosti, že nezákonný způsob losování je uveden v Dodatečných informacích k zadávacím podmínkám č. 1 a č. 2. Dodatečné informace závazně upřesňují zadávací podmínky. Vzhledem k tomu, že lhůta pro podání žádostí o účast v užším řízení již uplynula, nelze již do zadávacích podmínek jakkoli zpětně zasahovat. Neexistuje tudíž způsob, jak losování provést znova tak, aby bylo zároveň v souladu se zadávacími podmínkami a zároveň v souladu se zákonem. Protiprávnost v postupu zadavatele tak nelze odstranit jinak, než zrušením zadávacího řízení jako celku.
33. Podle názoru zadavatele nelze opačný výklad § 84 odst. 2 písm. e) zákona přijmout, protože zadavatel by byl v rozporu se zákonem nucen pokračovat v zadávacím řízení, které neprobíhá v souladu se zákonem a zároveň by mu byla v rozporu s § 111 odst. 6 zákona upřena možnost napravit porušení zákona přijetím vhodného opatření k nápravě, tedy zrušením zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Zadavatel je tudíž toho názoru, že v této situaci po něm nelze spravedlivě požadovat, aby v zahájeném zadávacím řízení pokračoval.
34. Zadavatel se také domnívá, že odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení bylo dostačující, neboť z něho nade vše pochybnost vyplývá, že důvodem k jeho zrušení byl protizákonný způsob losování, který spočíval v „ručním vytahování lístků z nádoby“, což evidentně odporuje požadavku zákona na losování „prostřednictvím mechanických,

elektromechanických, elektronických nebo obdobných zařízení“. Jak je uvedeno výše, losování rukou nelze považovat za „mechanický“, tím méně pak za „elektromechanický, elektronický či obdobný“ prostředek ve smyslu zákona.

35. Dále zadavatel uvedl, že se navrhovatel snaží v návrhu dovodit, že zadavateli nepřísluší právo na změnu právního názoru a ani právo na zrušení zadávacího řízení v případě pochybení zadavatele. Taková argumentace je však v přímém rozporu se smyslem a účelem zákona a rozhodovací praxí.
36. Dále se zadavatel vyjádřil k namítanému porušení § 84 odst. 2 zákona, když podle názoru navrhovatele nezrušil zadávací řízení ve lhůtě bez zbytečného odkladu, neboť ho zrušil až 45 dnů po losování. K uvedenému zadavatel uvedl, že je jistě chybou zadavatele, že nezvolil správný způsob losování v souladu se zákonem. To, že zadavatel nesprávnost svého postupu zjistil a akceptoval až posléze, a ihned poté přijal opatření k nápravě podle § 111 odst. 6 zákona, rozhodně nelze považovat za svévolné jednání. Vzhledem ke složitosti a náročnosti zákonné úpravy není podobný postup výjimkou ani u jiných zadavatelů veřejných zakázek, a je připuštěn ve výše citovaném judikátu Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2009.
37. K zákazu diskriminace zadavatel uvádí, že existují dvě základní formy diskriminace – diskriminace přímá (zjevná), které se zadavatel dopouští, pokud k některému z dodavatelů přistupuje jinak než k ostatním dodavatelům, a diskriminace nepřímá (skrytá), které se zadavatel dopouští, pokud nastaví zdánlivě stejné podmínky, které však mají pro jednotlivé dodavatele různý dopad.
38. O přímé diskriminaci nelze v daném případě hovořit, neboť zadávací řízení bylo zrušeno ve vztahu ke všem dodavatelům. Zbývá tedy zvážit, zda se zadavatel dopustil diskriminace nepřímé. Při bližším zkoumání však tato úvaha neobstojí, neboť zrušením zadávacího řízení před uplynutím lhůty k podání nabídek nebyl žádný ze zájemců o zakázku oproti ostatním znevýhodněn, když v době zrušení zadávacího řízení nedošlo k podání nabídek, tím méně pak k jejich otevření. Nikomu z vylosovaných zájemců zadavatel neupírá právo se o veřejnou zakázku ucházet v novém zadávacím řízení. Ve zrušeném zadávacím řízení nebyly otevřeny obálky, a nejsou tudíž známy žádné nabídkové ceny. Žádný z uchazečů tak nezískal a ani nemohl získat nějakou výhodu pramenící ze znalosti nabídkových cen ostatních uchazečů, když tyto nabídkové ceny dosud nejsou známy, a žádný z uchazečů tak nemohl být vůči ostatním znevýhodněn ani zvýhodněn, ani nemohlo dojít k omezení či narušení cenové soutěže o tuto veřejnou zakázku. Zrušení zadávacího řízení jako takové není úkonem, který by byl způsobilý diskriminovat některé uchazeče, neboť jeho výsledný dopad je na všechny uchazeče zcela shodný. O diskriminaci má smysl uvažovat toliko v probíhajícím, nikoli zrušeném zadávacím řízení, neboť ve zrušeném zadávacím řízení již nelze žádného z uchazečů zvýhodnit či znevýhodnit.
39. Nakonec se zadavatel vyjádřil k porušení § 111 odst. 1 zákona, když podle názoru navrhovatele dostatečně neodůvodnil své rozhodnutí ze dne 14. 2. 2012 o námitkách navrhovatele ze dne 3. 2. 2012, když jím zadavatel odkázal na odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Zadavatel se však domnívá, že rozhodnutí o námitkách ze dne 14. 2. 2012 odůvodnil dostatečně. Z odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení podle jeho názoru vyplývá, že důvodem ke zrušení zadávacího řízení byl protizákonný způsob

losování, který spočíval v „ručním vytahování lístků z nádoby“, což evidentně odporuje požadavku zákona na losování „prostřednictvím mechanických, elektromechanických, elektronických nebo obdobných zařízení“. Jak je uvedeno výše, losování rukou nelze považovat za „mechanický“ prostředek ve smyslu zákona. Zadavatel se tudíž domnívá, že § 111 odst. 1 zákona neporušil ani v tomto případě. V kontextu toho, že zadávací řízení bylo zrušeno, zadavatel považuje námitky proti údajnému porušení § 111 zákona zadavatelem za bezpředmětné, neboť i kdyby k tvrzenému porušení skutečně došlo, nemohl tento postup v důsledku zrušení zadávacího řízení podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

40. Zadavatel dále ve svém vyjádření uvedl, že nad rámec svých námitek navrhovatel zadavateli v návrhu vytýká, že porušil § 111 odst. 3 zákona, když o námitkách podaných proti postupu zadavatele ve dnech 29. 12. 2011, 16. 1. 2012 a 17. 1. 2012 a rozhodnutí o těchto námitkách neinformoval ostatní uchazeče.
41. K tomu zadavatel uvedl, že v zákoně není uvedeno, v jaké míře je zadavatel povinen informovat ostatní uchazeče o podaných námitkách a rozhodnutí o nich. Je pravda, že zadavatel o podaných námitkách dne 29. 12. 2011 zájemce IMOS Brno, a. s., informoval až v oznámení o zrušení zadávacího řízení dne 24. 1. 2012, ačkoli rozhodnutí o těchto námitkách zadavatel přijal již dne 6. 1. 2012. Tento postup však podle názoru zadavatele nemohl podstatně ovlivnit a ani neovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, když nabídky dosud nebyly ani podány. V případě dalších námitek zájemců (IMOS Brno, a. s., INSTA CZ s. r. o., Průmstav, a. s., SMP CZ, a. s.) zadavatel doplňuje, že rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení bylo přijato ještě před koncem lhůty k rozhodnutí o námitkách, nehledě na to, že další námitky byly podány až po lhůtě k podání námitek, a zadavatel tudíž o nich ani rozhodnout nemohl. Nebylo tudíž nutné o těchto námitkách zájemce informovat ve smyslu § 111 odst. 3 zákona.
42. Dále se zadavatel vyjádřil k namítanému porušení § 111 odst. 1 zákona, když podle navrhovatele o námitkách, které obdržel dne 29. 12. 2011, rozhodl až dne 19. 1. 2012. K tomu zadavatel sdělil, že se navrhovatel v tomto bodě svého návrhu opírá pouze o mylnou informaci, protože zadavatel o těchto námitkách rozhodl ve lhůtě, tj. dne 6. 1. 2012. Zadavatel je proto přesvědčen, že § 111 odst. 1 zákona neporušil. Tato skutečnost navíc není relevantní, neboť nebyla předmětem námitek, které navrhovatel zadavateli odesílal dne 3. 2. 2012 a o nichž zadavatel rozhodl dne 14. 2. 2012. Navrhovatel tudíž není aktivně legitimován, aby v této záležitosti podával návrh k Úřadu.
43. S ohledem na výše uvedené je zadavatel přesvědčen, že zadávací řízení bylo zrušeno v souladu se zákonem a že v jeho případě není ohledně úkonu spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení dán důvod k postupu podle § 118 odst. 1 nebo odst. 2 zákona. Zadavatel proto navrhuje Úřadu, aby návrh navrhovatele zamítl podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 27. 3. 2012

44. Navrhovatel se k podkladům rozhodnutí vyjádřil sdělením ze dne 27. 3. 2012, ve kterém uvedl, že při nahlížení do správního spisu dne 26. 3. 2012 zjistil, že zadavatel doplnil vyjádření k návrhu a předložil mimo jiné i rozhodnutí o námitkách ze dne 6. 1. 2012. Po seznámení se s obsahem těchto dokumentů navrhovatel konstatuje, že Úřad musí nejprve rozhodnout, zda je losování prováděné rukou způsobem, že lístky s pořadovými čísly jsou vytahovány z neprůhledné nádoby, v rozporu se zákonem. Podle názoru navrhovatele lze

podřadit losování lístků rukou z losovací nádoby za losování provedené prostřednictvím mechanických, nebo obdobných zařízení, za předpokladu, že budou dodrženy veškeré zásady a zákonné požadavky, a tedy za učiněné v souladu se zákonem.

45. Dále navrhovatel uvedl, že přestože se zadavatel ve svých vyjádřeních odvolává na § 111 odst. 6 zákona, je třeba zdůraznit, že zadávací řízení bylo zrušeno podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Podle názoru navrhovatele, aby mohlo být rozhodnutí zadavatele označeno za správné, je nezbytné, aby byly splněny veškeré podmínky pro aplikaci § 84 odst. 2 e) zákona, které navrhovatel uvádí ve svém návrhu, a nikoliv jen zjištění „porušení zákona“ jak předpokládá § 111 odst. 6 zákona. K tomu navrhovatel dodává, že zadavatel rozhodl o námitkách (proti úkonu omezení počtu zájemcům losováním) doručených mu dne 29. 12. 2011, dne 6. 1. 2012 tak, že jim nevyhověl, neboť podle zadavatele losování proběhlo v souladu se zákonem. O druhých námitkách stejného zájemce, které byly zadavateli doručeny dne 13. 1. 2012 a které směřovaly proti vyloučení zájemce, zadavatel již nerozhodoval. Dne 9. 1. 2012 zadavatel rozeslal výzvu k podání nabídek a dne 24. 1. 2012 došlo ke zrušení zadávacího řízení, kdy toto rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno až dne 30. 1. 2012.
46. Prvotní pochybení zadavatele navrhovatel spatřuje už v tom, že zvolil takový způsob omezení počtu zájemců, o kterém dnes prohlašuje, že je v rozporu se zákonem. Další pochybnosti vyvolává skutečnost, že si zadavatel nechává zpracovat právní analýzu až poté, co rozhodne o námitkách a vyzve zájemce k podání nabídek, čímž se fakticky dostal do situace, kdy již není možné hledat jinou nápravu, než buď pokračovat v řízení, nebo toto zadávací řízení zrušit. Reálně tak došlo k tomu, že do situace, kterou zadavatel označuje, že po něm nelze spravedlivě požadovat, aby pokračoval v zahájeném zadávacím řízení, se dostal zadavatel sám svým konáním a změnou svého právního názoru, a tak si sám vytvořil podmínky pro zrušení zadávacího řízení.
47. Dále se navrhovatel vyjádřil k diskriminaci a nerovnému zacházení, když uvedl, že zatímco 12 zájemců o možnost podat nabídku přišlo již rozhodnutím o vyloučení ze dne 9. 1. 2012, zbylých 10 zájemců o toto právo přišlo až rozhodnutím zadavatele o zrušení zadávacího řízení, čímž byli zbylým 12 zájemcům postaveni narovno. Fakticky tak došlo k nepřímé diskriminaci, neboť rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení dává všem zájemcům stejné podmínky (nikdo není oprávněn podat nabídku), avšak 12 zájemců v době rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení již toto právo nemělo.
48. Dále navrhovatel uvedl, že § 111 zákona určuje postup zadavatele při přezkoumání námitek, přičemž zadavatel má do 10ti dnů od obdržení námitek odeslat stěžovateli písemné rozhodnutí o námitkách a o podaných námitkách a o rozhodnutích o nich má zadavatel bezodkladně informovat všechny zájemce. V případě, že zadavatel tento postup nedodrží, jedná se o správní delikt zadavatele dle § 120 odst. 1 písm. g) zákona. Z dokumentace je zřejmé, že zadavatel obdržel první námítky dne 29. 12. 2011, přičemž o nich rozhodl dne 6. 1. 2012, avšak ostatní zájemce o podaných námitkách informoval až dopisem ze dne 19. 1. 2012, což nepochybně není bezodkladně. Následně obdržel zadavatel dne 13. 1. 2012 další námítky, o kterých zadavatel pravděpodobně nerozhodoval. V každém případě o nich neinformoval ostatní zájemce. O námitkách podaných dne 16. 1. 2012 a dne 17. 1. 2012 prý zadavatel rozhodnout ani nemohl, neboť byly podány až po lhůtě k podání námitek. Tato

skutečnost se však nezakládá na pravdě, neboť součástí spisu je i rozhodnutí o jedněch z těchto námitek.

49. Podle názoru navrhovatele tímto svým postupem zadavatel několikrát naplnil skutkovou podstatu správního deliktu zadavatele, a proto by mu měla být ze strany Úřadu uložena příslušná sankce. Odůvodnění zadavatele, že tento postup neměl vliv na výběr nejvhodnější nabídky, je bezpředmětné, neboť správní delikt dle §120 odst. 1 písm. g) zákona takovouto podmínku nevyžaduje.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 22. 5. 2012

50. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění vydal dne 22. 5. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-8607/2012/530/KSt, kterým výrokem I. rozhodl, že se návrh navrhovatele v části týkající se rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012, porušení zásady zákazu diskriminace a nedostatečného odůvodnění rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 14. 2. 2012, podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona. Dále Úřad výrokem II. rozhodnutí rozhodl, že se návrh v části týkající se neinformování zájemců o podaných námitkách a o rozhodnutích o nich a pozdního rozhodnutí o námitkách obdržných dne 29. 12. 2011, podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona zamítá, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.
51. Proti uvedenému rozhodnutí podal navrhovatel dne 6. 6. 2012 rozklad ze dne 5. 6. 2012.

Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 20. 12. 2012

52. Předseda Úřadu po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise rozhodnutím č. j. ÚOHS-R163/2012/VZ-24098/2012/310/IPs ze dne 20. 12. 2012 zrušil rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-8607/2012/530/KSt ze dne 22. 5. 2012 a věc vrátil k novému projednání.

Opětovné řízení před Úřadem

53. Oznámením č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-1210/2013/513/KSt ze dne 21. 1. 2013 oznámil Úřad účastníkům správního řízení, že poté, co bylo rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R163/2012/VZ-24098/2012/310/IPs ze dne 20. 12. 2012 zrušeno rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-8607/2012/530/KSt ze dne 22. 5. 2012, a věc mu byla vrácena k novému projednání, se ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S130/2012/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele pokračuje.
54. Usnesením č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-1212/2013/513/KSt ze dne 21. 1. 2013 Úřad stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
55. Dne 8. 2. 2013 umožnil Úřad nahlédnout do správního spisu Mgr. Haně Weignerové, které byla za tímto účelem dne 6. 2. 2013 udělena plná moc právním zástupcem zadavatele.
56. Dále Úřad umožnil dne 4. 4. 2013 nahlédnout do správního spisu JUDr. Ondřeji Navrkalovi, právnímu zástupci navrhovatele.

Vyjádření zadavatele ze dne 5. 2. 2013

57. Zadavatel ve vyjádření ze dne 5. 2. 2013 uvedl, že podle jeho názoru zrušil zadávací řízení v souladu se zákonem, když omezení počtu zájemců v zadávacím řízení bylo provedeno ručním losováním – vytahováním lístků z neprůhledné nádoby, tj. nezákonným způsobem. V době konání zadávacího řízení bylo podle § 61 odst. 4 zákona možné losování provádět pouze „prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování“. Jak vyplývá ze sněmovní rozpravy, hlavním účelem provedené novelizace § 61 odst. 4 zákona byla snaha zamezit používání ručního losování a k losování nadále výhradně užívat pouze mechanická, elektronicko-mechanická, elektronická nebo obdobná zařízení. Ruku nelze považovat za mechanický prostředek ve smyslu zákona, neboť jinak by provedená novelizace neplnila svůj účel. Pokud tedy bylo losování provedeno ručně, bylo provedeno v rozporu se zákonem. Vzhledem k tomu, že vadný způsob losování byl zakotven již v zadávacích podmínkách a lhůta pro podávání žádostí o účast již uplynula, nezbyla zadavateli jiná možnost nápravy, než zrušit celé zadávací řízení, což zadavatel učinil podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Podle názoru zadavatele se Úřad s uvedenou skutečností ve svém rozhodnutí dostatečně nevypořádal, když vycházel z textu zákona před novelou č. 179/2010 Sb., a došel tak k nesprávnému právnímu závěru, že provedení omezení počtu zájemců ručním losováním lístků z losovací nádoby zákon nezakazuje.
58. Zadavatel považuje v šetřené veřejné zakázce za klíčové, že losování bylo provedeno nezákonným způsobem a už jen tato skutečnost je důvodem ke zrušení zadávacího řízení. Je-li losování provedeno v rozporu se zákonem, je rovněž nutně provedeno v rozporu se zásadou transparentnosti.
59. Podle zadavatele bylo losování stíženo vadou nezákonnosti i v dalších okolnostech. Zpočátku byl zadavatel přesvědčen, že jím zvolený způsob losování je v souladu se zásadou transparentnosti. Poté, co losování proběhlo a zadavatel obdržel 4 námítky proti průběhu losování, byl nucen s ohledem na obsah námitek přehodnotit svůj postoj. Zadavatel posléze dospěl k závěru, že průběh losování vykazoval takové znaky, které z hlediska uchazečů budily pochybnosti o transparentnosti losování. Mezi tyto znaky patří, že k losování byla použita neprůhledná nádoba, která prakticky znemožnila sledovat samotný akt losování, a dále skutečnost, že notář průběh losování pouze neosvědčoval, ale přímo se na něm podílel tím, že s losovacími lístky osobně nakládal.
60. Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 č. j. 1 Afs 45/2010 „...Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. Tyto úvahy platí tím spíše v případě, kdy se přistoupí k losování, protože losování je úkon ze své povahy nepřezkoumatelný“. Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 2. 2012 č. j. 62 Af 47/2010 tuto myšlenku rozvíjí v tom směru, že určitá kombinace okolností, za nichž bylo losování provedeno (např. užití neprůhledné nádoby), představuje takový prvek, který „činí průběh losování nekontrolovatelným a nečitelným, a způsobuje tak porušení zásady transparentnosti“. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 20. 6. 2012 č. j. 7 Afs 31/2012 činí závěr, že „pokud by losování neproběhlo transparentně, došlo by k porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách i za situace, kdy by snad bylo možné prokázat, že k žádnému ovlivnění výsledků losování nedošlo.“

61. S ohledem na výše uvedené skutečnosti je zadavatel přesvědčen, že průběh losování tak, jak je popsán v dodatečných informacích ze dne 4. 8. 2011, doložen notářským zápisem, dosvědčen obsahem námitek uchazečů, byl nejen nezákonný, ale i nekontrolovatelný a nečitelný, a porušil jak zásadu zákonnosti, tak zásadu transparentnosti zadávacího řízení. Protože průběh losování byl popsán již v dodatečných informacích, jednalo se o vadu, kterou nebylo možné zpětně zhojit, a zadavateli nezbyla jiná možnost, než zrušit zadávací řízení jako celek.
62. Na základě výše uvedených skutečností je zadavatel přesvědčen, že zadávací řízení bylo zrušeno v souladu se zákonem a proto navrhuje, aby Úřad návrh podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl.

Označení důkazů navrhovatelem ze dne 5. 2. 2013

63. Navrhovatel podáním ze dne 5. 2. 2013 navrhl k prokázání, že postup zadavatele při losování byl v celkovém kontextu transparentní a nevzbuzoval pochybnosti, výslech osob, které se aktu losování zúčastnily, a to konkrétně JUDr. Miroslava Michálka, notáře, Kristýny Soukupové a Ing. Martiny Gabrielové, zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o., IČO 62508822, se sídlem Průběžná 2521/48, České Budějovice 3, 370 04 České Budějovice (dále jen „zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o.“), Mgr. Martiny Veselské, zástupce společnosti OHL ŽS, a. s., Michala Šebely, redaktora ČT Brno a Mgr. Pavla Málka, starostu města Jevišovice. Dále označil jako důkaz článek o průběhu losování z internetové adresy znojemského deníku.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 8. 2. 2013

64. Navrhovatel se k podkladům rozhodnutí vyjádřil dne 8. 2. 2013, když nejdříve uvedl, že jeho návrh směřoval proti úkonu zadavatele a to rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012. Zadavatel zrušil zadávací řízení z důvodu, že podle jeho názoru losování prováděné ručním vytahováním lístků z losovací nádoby bylo v rozporu s § 61 odst. 4 zákona a že zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací není rovněž v souladu se zákonem. Navrhovatel dále uvedl skutečnost, že Úřad již jednou určil, že se jedná o nesprávný právní závěr a tím i nezákonný postup zadavatele. Tento záměr není zpochybněn ani předsedou Úřadu, a tak jej lze mít za druhoinstančně potvrzený.
65. Navrhovatel se dále vyjádřil k netransparentnosti losování. Podle jeho názoru odporuje smyslu zákona, aby zadavatel po provedeném losování bez relevantního zdůvodnění, respektive z důvodu svého deliktního jednání, měl mít možnost výsledky losování anulovat a zahájit nové zadávací řízení. Podle jeho názoru nemůže Úřad dospět k jinému závěru, než že zadavatel zrušením zadávacího řízení porušil zákon, a proto mělo být jeho návrhu vyhověno. Navrhovatel zároveň poukázal na skutečnost, že kdyby Úřad znovu dospěl k závěru o nezákonnosti při omezování počtu zájemců, není nezbytné zrušit zadávací řízení jako celek, ale jako nápravné opatření stačí zrušit úkon losování. V dosavadních řízeních, kdy dospěl Úřad k závěru, že omezení počtu zájemců bylo provedeno netransparentně, nebylo zrušeno zadávací řízení, ale jen úkon omezení počtu zájemců (např. rozhodnutí Úřadu sp. zn. S80/2010 nebo sp. zn. S273/2011).
66. Přestože zadavatel již zahájil nové zadávací řízení a v něm pravděpodobně i uzavřel smlouvu, veřejná zakázka ještě nebyla dokončena. Ze zadávacích podmínek nového zadávacího řízení

vyplývá, že v obchodních podmínkách si zadavatel vyhradil právo odstoupit od smlouvy, a to i bez udání důvodu. Realizace druhého zadávacího řízení není podle navrhovatele překážkou pro rozhodnutí o návrhu.

Vyjádření zadavatele k označení důkazů navrhovatelem ze dne 14. 2. 2013

67. Zadavatel se vyjádřil k podání navrhovatele ze dne 5. 2. 2013, ve kterém označil důkazy k prokázání svých tvrzení, že zrušil zadavatel zadávací řízení neoprávněně. K tomu uvedl, že zákon je jako celek postaven na zásadách, které představují nejen obecné interpretační vodítko při výkladu zákona, ale jejich konkrétní projevy jsou vtěleny do řady zákonných ustanovení, která představují cílenou konkretizaci obecné zásady do textu zákona. Při zkoumání toho, zda byla v šetřeném případě dodržena zásada transparentnosti, je proto nutné nejdříve zkoumat, zda byla dodržena litera zákona tam, kde zákon tuto zásadu výslovně konkretizuje ve svých ustanoveních. Takovým ustanovením je nepochybně i § 61 odst. 4 zákona.
68. Při posuzování, zda zadavatel postupoval při losování transparentně, je třeba nejprve zkoumat, zda zadavatel zachoval požadavky zákona na losování kladené, neboť dodržení zákona je v tomto případě základním a nutným předpokladem dodržení zásady transparentnosti. Poté, když je zjevné, že zákonu bylo učiněno zadost, je možné posoudit to, zda zadavatel postupoval v rámci zákona transparentně „v obecném slova smyslu“.
69. Ukládá-li zákon v rozhodné době, tj. ke dni zahájení zadávacího řízení, zadavateli povinnost provést losování určitým konkrétním způsobem, tedy za pomoci mechanických, elektronickomechanických, elektronických či obdobných zařízení a za účasti notáře, lze z toho dovodit, že jiné způsoby losování zákon nepřipouštěl, tj. že jakýkoliv jiný způsob losování byl nezákonný, a zároveň že zákonem předvídaný způsob losování považoval zákonodárce za dostatečně transparentní, tj. že jakýkoliv jiný způsob byl nejen nezákonný, ale též netransparentní. Pokud by zákonodárce považoval za transparentní i jiné způsoby losování než ty v zákoně výslovně uvedené, jistě by buď připustil užití i jiných způsobů, nebo by své požadavky na provedení losování blíže nespecifikoval.
70. Podle názoru zadavatele lze navrhovaným výsledkem svědků odpovědět pouze na otázku, zda losování proběhlo transparentně v obecném slova smyslu. Tato otázka je však v řešeném případě nerozhodná, neboť z předložených důkazů vyplývá, že nebyl dodržen základní předpoklad transparentnosti, a to postup v souladu se zákonem. Vzhledem k tomu, že zadavatel postupoval při losování v rozporu se zákonem, nemohl být jeho postup ani zákonný, ani transparentní, a proto bylo namístež zadávací řízení zrušit. Zadavatel proto považuje výsledek svědků za nadbytečný a navrhuje, aby jej Úřad neprováděl.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 15. 4. 2013

71. Úřad přezkoumal opětovně na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění vydal dne 15. 4. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-6770/2013/513/KSt, kterým výrokem I. rozhodl, že se návrh navrhovatele v části týkající se rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012, porušení zásady zákazu diskriminace a nedostatečného odůvodnění rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 14. 2. 2012, podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného

opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona. Dále Úřad výrokem II. rozhodnutí rozhodl, že se návrh v části týkající se neinformování zájemců o podaných námitkách a o rozhodnutích o nich a pozdního rozhodnutí o námitkách obdržných dne 29. 12. 2011, podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona zamítá, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

72. Proti uvedenému rozhodnutí podal navrhovatel dne 2. 5. 2013 rozklad ze dne 29. 4. 2013.

Řízení o rozkladu

73. Předseda Úřadu po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise rozhodnutím č. j. ÚOHS-R128/2013/VZ-19330/2014/310/MLr ze dne 15. 9. 2014 zrušil rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-6770/2013/513/KSt ze dne 15. 4. 2013 a věc vrátil Úřadu k novému projednání. V citovaném rozhodnutí dospěl předseda Úřadu k následujícím závěrům.
74. Rozhodnutí Úřadu je podle předsedy Úřadu nepřezkoumatelné. Zadavatel v rozhodnutí o zrušení šetřeného zadávacího řízení uvedl důvody, pro které zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona zrušil. Bylo tedy na Úřadu, aby právně posoudil, zda zadavatel splnil všechny podmínky pro to, aby v souladu s citovaným ustanovením zákona zadávací řízení zrušil, neboť zrušení rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení se domáhá navrhovatel.
75. Úřad tedy byl povinen právně posoudit, zda zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací je nebo není v souladu se zákonem a zda losování prováděné ručním vytahováním lístků z losovací nádoby proběhlo nebo neproběhlo v souladu se zákonem. Úřad se v odůvodnění rozhodnutí nezabýval posouzením toho, zda zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací ze dne 4. 8. 2011 je v souladu se zákonem, přestože důvodem zrušení zadávacího řízení bylo, že zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací rovněž není v souladu se zákonem.
76. Bylo tedy na Úřadu, aby posoudil zadávací dokumentaci ve znění dodatečných informací ze dne 4. 8. 2011, ve kterých zadavatel upravil postup před a při losování. Právě rozpor zadávacích podmínek ve znění dodatečných informací se zákonem byl jedním ze dvou důvodů, pro které zadavatel zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona zrušil.
77. K transparentnosti losování předseda Úřadu uvedl, že Úřad pochybil, když posuzoval pouze jednu okolnost, nemající oporu v provedeném dokazování, že při losování byla použita neprůhledná nádoba, aniž by se zabýval všemi právně významnými okolnostmi losování a právně je posoudil. V odůvodnění rozhodnutí chybí úvahy, z jakého konkrétního důvodu činí nemožnost ověření promíchání a vytahování lístků z neprůhledné nádoby úkon zadavatele netransparentním. Závěr Úřadu, že nelze zjistit průběh losování je právně nesprávný. Úřad zjišťoval průběh losování z notářského zápisu. Závěr Úřadu, že nelze zjistit průběh losování, je v rozporu se zjištěným stavem věci.
78. Dále se předseda Úřadu vyjádřil k závěru Úřadu o reálné možnosti, že k určitému ovlivňování mohlo dojít. K tomu uvedl, že Úřad zjišťoval průběh losování z notářského zápisu a měl právně posoudit, zda bylo losování provedeno v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona. Úřad však neposuzoval zjištěný skutkový děj, nýbrž konstruoval eventuality, které by

se mohly při losování stát. Úřad má ve správním řízení posuzovat zjištěný stav věci a nikoliv nezjištěné okolnosti, které mohly nastat.

79. Závěr Úřadu, že ve správním řízení bylo prokázáno, že reálná možnost ovlivnění losování nastala, nemá oporu v provedeném dokazování. Závěry citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 31/2012-55 ze dne 20. 6. 2012 a Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 47/2010-53 ze dne 15. 2. 2012 neznamenají, že zadavatel nese odpovědnost za porušení zákona v případě pouhé možnosti, že může nastat nějaká okolnost v průběhu losování, aniž by ve správním řízení bylo prokázáno, že taková okolnost v průběhu skutkového děje skutečně nastala, a následně na základě těchto hypotetických možností, které nebyly zjištěny a žádný účastník je netvrdil, dovozovat, že není vyloučeno, že mohlo dojít k ovlivnění losování. V šetřeném případě tak Úřad spojil odpovědnost zadavatele s tím, zda a kolik okolností následně vedoucích k porušení zásady transparentnosti při losování si lze představit, ačkoliv ze zjištěného stavu věci nic nenasvědčuje tomu, že k těmto okolnostem skutečně došlo.
80. Dále předseda Úřadu rozhodl, že výrok II. napadeného rozhodnutí je nezákonný, neboť jestliže zadavatel postupuje při vyřizování námitek v rozporu se zákonem, dopustí se správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona, přičemž o spáchání správního deliktu lze rozhodnout pouze ve správním řízení zahájeném z moci úřední, nikoliv ve správním řízení zahájeném na návrh. Úřad tak pochybil, když o vyjádření navrhovatele ohledně nevyřízení námitek zadavatelem rozhodoval jako o samostatném návrhu.
81. Závěrem rozhodnutí předseda Úřadu uvedl, že stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, bude Úřad zjišťovat na základě vhodných důkazních prostředků. Podle předsedy Úřadu se jako vhodný důkazní prostředek jeví svědecká výpověď osob, které se skutkového děje zúčastnily. Úřad následně právně posoudí, zda zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací je nebo není v souladu se zákonem a zda losování prováděné ručním vytahováním lístků z losovací nádoby proběhlo nebo neproběhlo v souladu se zákonem a dle zadávací dokumentace, je-li v souladu se zákonem.

Opětovné řízení před Úřadem

82. Oznámením č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-20459/2014/532/KSt ze dne 30. 9. 2014 oznámil Úřad účastníkům správního řízení, že poté, co bylo rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R128/2013/VZ-19330/2014/310/MLr ze dne 15. 9. 2014 zrušeno rozhodnutí Úřadu ÚOHS-S130/2012/VZ-6770/2013/513/KSt ze dne 15. 4. 2013, a věc mu byla vrácena k novému projednání, se ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S130/2012/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele pokračuje.
83. Podáním ze dne 1. 10. 2014 sdělil zadavatel Úřadu, že pokračování správního řízení bere na vědomí a že setrvává na stanoviscích předložených Úřadu v dosavadních podáních.
84. Usnesením č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-20784/2014/532/KSt ze dne 7. 10. 2014 Úřad stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
85. Usnesením č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-26619/2014/532/KSt ze dne 19. 12. 2014 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu k zaslání odpovědi k otázkám týkajícím se losování konaného dne

14. 12. 2011 za účelem výběru omezeného počtu zájemců v šetřené veřejné zakázce (k otázkám podrobněji viz bod 163. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

86. Žádostí o zodpovězení dotazů č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-27668/2014/532/KSt ze dne 30. 12. 2014 Úřad požádal zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o., aby zaslaly Úřadu odpovědi k otázkám týkajícím se losování konaného dne 14. 12. 2011 za účelem výběru omezeného počtu zájemců v šetřené veřejné zakázce (k otázkám podrobněji viz bod 163. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
87. Usnesením č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-598/2015/532/KSt ze dne 8. 1. 2015 stanovil Úřad účastníkům správního řízení lhůtu, ve které mohli navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
88. Dne 14. 1. 2015 umožnil Úřad zadavateli nahlédnout do správního spisu.
89. Dále Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-1459/2015/532/KSt ze dne 15. 1. 2015 stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele ze dne 14. 10. 2014

90. Zadavatel ve vyjádření ze dne 14. 10. 2014 uvedl, že setrvává na svém dosavadním procesním stanovisku. K nezákonnosti provedeného losování uvedl, že losování bylo provedeno v rozporu se zákonem, neboť zájemci byli losováni ručním vytahováním lístků z nádoby, a nikoliv prostřednictvím mechanických, elektromechanických, elektronických nebo obdobných zařízení, jak to požaduje ustanovení § 61 odst. 4 zákona. Účelem novely citovaného § 61 odst. 4 zákona bylo zamezit používání ručního losování. K tomu zadavatel doplnil, že pokud by šlo ruční losování zahrnout pod mechanická, elektronickomechanická, elektronická nebo obdobná zařízení, pak by provedená novela postrádala smysl.
91. Zadavatel tedy trvá na svém stanovisku, že byl povinen zadávací řízení zrušit z důvodu, že mělo být losováno ručně, nejenom kvůli tomu, že ruční losování bylo provedeno netransparentním způsobem. Dodržení zákona je pro konečné posouzení transparentnosti určitého postupu zadavatele nutnou podmínkou. Nelze totiž postupovat opačně a tvrdit, že pokud bylo učiněno zadost zásadě transparentnosti, pak byl postup zadavatele správný, i když byl v rozporu se zákonem. Při posuzování, zda postup zadavatele byl v případě losování transparentní, je tedy nejdříve nutné zkoumat, zda zadavatel dodržel požadavky zákona na losování kladené, neboť dodržení zákona je předpokladem dodržení zásady transparentnosti. Teprve až poté je možné posuzovat, zda zadavatel postupoval v rámci zákona transparentně.
92. Ukládá-li zákon zadavateli v době zahájení zadávacího řízení povinnost provést losování určitým konkrétním způsobem, lze z toho dovodit, že jiný způsob losování by byl nezákonný a též i netransparentní. Pokud by zákonodárce považoval za transparentní i jiné způsoby losování, než ty v zákoně uvedené, pak by připustil použití i těchto jiných způsobů losování.
93. Zadavatel opětovně odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 47/2010 ze dne 15. 2. 2012, podle kterého je podstatné pro posouzení, zda proběhlo losování transparentním způsobem, zda existuje reálná možnost, že k určitému ovlivňování losování mohlo dojít a že tedy vyvstala pochybnost o řádnosti a férovosti losování. Podle zadavatele lze závěry citovaného rozsudku použít na ruční losování, neboť právě vyloučením ručního losování sledoval zákonodárce odstranění pochybností o řádnosti a férovosti losování, které s sebou ruční losování nutně nese.

94. Vzhledem k tomu, že zadavatel při losování postupoval v rozporu se zákonem, nemohl být jeho postup ani zákonný, ani transparentní, a protože pochybení již nebylo možné napravit, zadavatel zadávací řízení zrušil. K tomu zadavatel dodal, že musel zadávací řízení zrušit jako celek, protože nezákonný způsob losování uvedl v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011, a dále potvrdil v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 5. 12. 2011. Losování následně proběhlo dne 14. 12. 2011. Dodatečné informace závazně upřesňují zadávací podmínky. Lhůta pro podání žádostí o účast v užším řízení již uplynula, a proto již nešlo zpětně do zadávacích podmínek zasahovat. Neexistoval tedy způsob, jak losování provést znovu tak, aby bylo v souladu se zákonem. Již počátek zadávacího řízení byl tedy stížen vadou, kterou nebylo možné zhojit.
95. Zadavatel tedy považuje za klíčové v šetřeném případě, že je-li losování provedeno v rozporu se zákonem, je tudíž i v rozporu se zásadou transparentnosti. Nicméně zadavatel trvá i na tom, že losování bylo netransparentní i v dalších okolnostech než jen v nezákonnosti losování. Za tyto okolnosti zadavatel považuje skutečnost, že k losování byla použita neprůhledná nádoba, že notář průběh losování pouze neosvědčoval, ale i se na něm podílel skládáním losovacích lístků, a nakonec i skutečnost, že proti průběhu losování podalo několik zájemců námítky.
96. Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010 podmínkou dodržení zásady transparentnosti je průběh zadávacího řízení, který se jeví jako férový a řádný. Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. Tyto úvahy platí tím spíše v případě, kdy se přistoupí k losování, protože losování je úkon ze své povahy nepřezkoumatelný.
97. V rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 47/2010 ze dne 15. 2. 2012 je uvedeno, že určitá kombinace okolností, za nichž bylo losování provedeno, představuje prvek, který činí průběh losování nekontrolovatelným a nečitelným, a způsobuje tak porušení zásady transparentnosti.
98. Nakonec Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 7 Afs 31/2012 ze dne 20. 6. 2012 učinil závěr, že pokud by losování neproběhlo transparentně, došlo by k porušení § 6 zákona i za situace, kdy by snad bylo možné prokázat, že k žádnému ovlivnění výsledků losování nedošlo.
99. S ohledem na výše uvedené závěry je zadavatel přesvědčen, že průběh losování v šetřeném případě byl nejen nezákonný, ale také nekontrolovatelný a nečitelný a porušil jak zásadu zákonnosti, tak i zásadu transparentnosti zadávacího řízení.
100. Ke zrušení zadávacího řízení zadavatel uvedl, že mezi důvody hodné zvláštního zřetele podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona lze zařadit i případ, kdy zadavatel zpětně zjistí, že některým svým úkonem porušil zákon a že toto porušení zákona nelze napravit jiným způsobem. Tato možnost zadavatele je vyjádřena i v důvodové zprávě k zákonu, přičemž ji cituje i Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 2 Afs 64/2009 ze dne 27. 1. 2010, ve kterém uvádí, že lze zrušit řízení i v případě, kdy se v průběhu řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Takovými důvody může být porušení postupu předepsaného zákonem, které zadavatel sám zjistil. Musí se však jednat o takový případ, kdy zadavatel již nemá možnost přijmout opatření k nápravě, kterým by porušení zákona napravit.

101. Podle zadavatele je tedy možné zadávací řízení zrušit za podmínky, že porušení zákona nelze napravit jiným vhodným způsobem. Zadavatel se domnívá, že tuto podmínku naplnil, neboť nezákonný způsob losování byl uveden v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám dne 4. 8. 2011 a dne 15. 12. 2011.
102. Pokud by zadavatel zadávací řízení nezrušil, byl by nucen pokračovat v zadávacím řízení, které je v rozporu se zákonem a dále by mu byla upřena možnost stanovená v § 111 odst. 6 zákona napravit porušení zákona vhodným opatřením k nápravě. V důsledku toho by mu hrozila sankce ze strany Úřadu.
103. Nakonec zadavatel uvedl, že zrušení zadávacího řízení před podáním nabídek nevedlo ke zvýhodnění či znevýhodnění žádného z účastníků. Všichni zájemci měli možnost zúčastnit se nového zadávacího řízení, které bylo vypsáno jako otevřené řízení.
104. S ohledem na výše uvedené skutečnosti navrhovatel je přesvědčen, že zadávací řízení bylo zrušeno v souladu se zákonem a proto navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl.

Vyjádření navrhovatele ze dne 20. 10. 2014

105. Navrhovatel v podání ze dne 20. 10. 2014 uvedl, že zadavatel zrušil zadávací řízení nikoliv z důvodu, že se jednalo o netransparentní losování, ale okolnost zvláštního zřetele zadavatele spatřoval v tom, že vytahoval lístky ručně z nádoby. Úřad by se tak měl zabývat pouze jen oprávněností takto uvedeného důvodu zrušení zadávacího řízení.
106. Dále navrhovatel uvedl, že již i předseda Úřadu uzavřel, že losování z nádoby neodporuje zákonu, a to ani po novelizovaném znění. Jestliže zadavatel zrušil zadávací řízení s odůvodněním, že omezení počtu zájemců je v rozporu s § 61 odst. 4 zákona, neboť není možné losovat z nádoby, měl Úřad dojít k závěru, že zadavatel zrušil zadávací řízení v rozporu se zákonem.
107. Podle navrhovatele by měl Úřad vyhovět jeho návrhu, že zadavatel zrušil zadávací řízení v rozporu se zákonem, a to i bez dalšího dokazování.

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 21. 10. 2014

108. Ve vyjádření ze dne 21. 10. 2014 zadavatel uvedl, že vzhledem ke skutečnosti, že se od vydání posledního prvostupňového rozhodnutí Úřadu okruh podkladů pro rozhodnutí nezměnil, odkazuje na svá dosavadní vyjádření, která dosud učinil. Dále zadavatel doplnil, že nadále trvá na svých tvrzeních a důkazních návrzích obsažených v jeho dosavadních podáních.
109. Zadavatel opětovně navrhl, aby Úřad návrh navrhovatele podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl.

Zodpovězení dotazů zaměstnankyněmi společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o. ze dne 5. 1. 2015

110. Zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o. zodpověděly otázky týkající se losování konaného dne 14. 12. 2011 podáním ze dne 5. 1. 2015 (k odpovědím podrobněji viz bod 163. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

Zodpovězení dotazů zadavatelem ze dne 5. 1. 2015

111. Zadavatel odpověděl na otázky ohledně losování konaného dne 14. 12. 2011 podáním ze dne 5. 1. 2015 (k odpovědím podrobněji viz bod 163. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
112. V uvedeném podání zadavatel dále s ohledem na obsah otázek upozornil na skutečnost, že losování jako celek bylo provedeno v rozporu s tehdy platným a účinným ustanovením § 61 odst. 4 zákona, protože losování proběhlo ručním taháním lístků z nádoby a nikoli prostřednictvím mechanických, elektromechanických, elektronických nebo obdobných zařízení. Z uvedeného důvodu je podle názoru zadavatele irrelevantní, jak samotné ruční losování proběhlo, neboť i kdyby proběhlo transparentně, stále bylo provedeno v rozporu se zákonem.
113. Dále zadavatel opětovně odkázal na rozhodnutí soudů, která již v předmětném správním řízení citoval ve vyjádření ze dne 14. 10. 2014 a která se týkala netransparentnosti losování, jako např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010, rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 47/2010 ze dne 15. 2. 2012 a rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 Afs 31/2012 ze dne 20. 6. 2012.
114. Dále zadavatel doplnil, že proti průběhu losování brojilo svými námitkami několik uchazečů, kteří považovali losování za netransparentní.
115. Na základě uvedených skutečností zadavatel nadále setrvává na svém stanovisku a navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl.

Zodpovězení dotazů navrhovatelem doručené Úřadu dne 6. 1. 2015

116. Navrhovatel odpovědi na otázky týkající se losování konaného dne 14. 12. 2011 doručil úřadu dne 6. 1. 2015 (k odpovědím podrobněji viz bod 163. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
117. **Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 22. 1. 2015**
118. Navrhovatel v podání ze dne 22. 1. 2015 uvedl že, žádný z „podkladů“, který je součástí spisu, neprokazuje, že by omezení počtu zájemců náhodným výběrem bylo provedeno netransparentně. Z uvedeného důvodu má navrhovatel za to, že zrušení zadávacího řízení bylo provedeno v rozporu se zákonem. Transparentnost losování by podle navrhovatele prokázal jím navržený výslech svědků.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

119. Na základě § 112 a následujících ustanovení zákona Úřad přezkoumal případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění rozhodl, že zadavatel při zrušení šetřeného zadávacího řízení postupoval v rozporu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K výroku I. rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

120. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
121. Podle § 61 odst. 1 zákona omezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu, provede výběr ze zájemců, kteří

řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií podle odstavce 2 nebo 4 citovaného ustanovení zákona uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.

122. Podle § 61 odst. 4 zákona může být objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 citovaného ustanovení zákona rovněž náhodný výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií podle odstavce 2 citovaného ustanovení zákona a náhodného výběru losem. Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování. Účastnit se losování mají zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.
123. Podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona může zadavatel bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení, pokud se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.
124. Zjistí-li zadavatel v průběhu zadávacího řízení, že některým úkonem porušil zákon, přijme podle § 111 odst. 6 zákona opatření k jeho nápravě i v případě, když proti takovému úkonu námitky neobdržel.
125. Nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad podle § 118 odst. 1 zákona zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

Zjištění Úřadu vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

126. Zadavatel uveřejnil dne 22. 7. 2011 v informačním systému o veřejných zakázkách zahájení zadávacího řízení šetřené veřejné zakázky formou užšího řízení. V bodu IV.1.2) „Omezení počtu zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek nebo k účasti“ oznámení o zakázce zadavatel uvedl, že objektivním kritériem pro výběr omezeného počtu 10 zájemců splňujících kvalifikaci bude náhodný výběr losem podle § 61 odst. 4 zákona.
127. V bodu 6.6. „Postup zadavatele při posuzování a hodnocení kvalifikace a výběru zájemců“ kvalifikační dokumentace zadavatel mimo jiné uvedl, že kritériem pro omezení počtu zájemců je náhodný výběr provedený losem (§ 61 odst. 4 zákona). Zadavatel avizoval, že losování provede v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona prostřednictvím mechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčí průběh losování. Účastnit se losování mají zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.
128. V Dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011 zadavatel upřesnil, jakým způsobem bude losování probíhat. Zadavatel uvedl, že „*Do neprůhledné losovací nádoby (jako losovací zařízení bude použita neprůhledná nádoba o průměru cca 14 cm, která je opatřena šroubovacím víčkem) budou po kontrole losovacích lístků (losovací lístky budou přítomným notářem přede všemi zúčastněnými přeprokontrolovány, zda nejsou poškozeny nebo jiným způsobem označeny) vloženy složené lístky s označením jednotlivých zájemců, kteří podali žádost o účast a splnili požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů. Při*

kontrola losovacích lístků notářem a následně i pověřeným pracovníkem zástupce zadavatele, který provádí losování, bude sdělena identifikace příslušného zájemce, která je uvedena na losovacím lístku. Po důkladném promíchání losovacích lístků v losovací nádobě (promíchání bude provedeno protřepáním lístků v nádobě) a poté bude pověřeným pracovníkem zástupce zadavatele vylosován příslušný počet zájemců, kteří se zúčastní dalšího průběhu veřejné zakázky. Každý vylosovaný lístek bude předán přítomnému notáři, který ho rozbalí a nahlas všem přítomným sdělí identifikace vylosovaného zájemce. Na závěr budou z losovací nádoby vysypány zbývající lístky zájemců, kteří nebyli vybráni. Všechny tyto zbývající lístky budou přítomným notářem rovněž rozbaleny a opět bude nahlas přečtena identifikace těchto nevylosovaných zájemců. O průběhu losování bude v souladu s ustanovením § 61 odst. 7 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách pořízen protokol – notářský zápis. Vylosovaná množina uchazečů (ověřená notářským zápisem) bude vyzvána k podání nabídky.“

129. Dále zadavatel v dodatečných informacích ze dne 4. 8. 2011 odpověděl dotaz „*Jakým způsobem je mechanické, elektronické nebo obdobné zařízení certifikováno?*“, ke kterému sdělil, že „*Jako losovací zařízení bude použita neprůhledná nádoba o průměru cca 14 cm, která je opatřena šroubovacím víčkem. Jedná se o nádobu, která se používá např. k uskladnění potravin (jedná se o dózu s víčkem, kde se například uchovávají těstoviny, syké potraviny atd.). Nádoba byla zakoupena v běžném obchodním řetězci. Toto zařízení (neprůhledná losovací nádoba) není nikterak certifikováno - nejedná se o elektronický nástroj. Požadavek na certifikaci losovacího zařízení nevyplývá z žádného ustanovení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách“.*
130. Zadavatel zodpověděl v dodatečných informacích ze dne 4. 8. 2011 další dotaz týkající se losování a to, jakým způsobem mohou uchazeči na tomto zařízení provést kontrolu před vlastním losováním. K tomuto dotazu zadavatel uvedl, že „*Kontrola losovacího zařízení (losovací nádoby) i losovacích lístků bude před zahájením losování (v souladu s ustanovením § 61 odst. 5 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách), v případě zájmu, umožněna všem přítomným zástupcům zájemců, kterých se výběr losem týká. Těmto zájemcům bude umožněno provedení hmatové i zrakové (či jiné) kontroly na tomto zařízení (losovací nádobě)“.*
131. Dne 14. 12. 2011 proběhlo losování pro výběr omezeného počtu zájemců za účasti notáře JUDr. Miroslava Michálka, který o jeho průběhu sepsal notářský zápis NZ 259/2011.
132. Notářský zápis obsahuje následující informace o průběhu losování: „*Před vlastním losováním byli Ing. Martinou Gabrielovou účastníci z pléna vyzváni ke kontrole losovacích lístků a kontrole losovací urny, což někteří z přítomných učinili. Dále vzešla z pléna žádost, aby vlastní losování provedl předseda představenstva zadavatele Ing. Vlastimil Gabrhel Zájmového sdružení obcí – Vodovody a kanalizace Znojmsko, se sídlem Kotkova 2518/20, 66 02 Znojmo, IČ: 45671745 a starosta Města Znojma, přičemž sám jmenovaný toto odmítl s odůvodněním, že na základě mandátní smlouvy je losováním pověřena STAVEBNÍ PORADNA spol. s r. o. a on chce zajistit absolutní nestrannost. Před kontrolou lístků z mé strany byl přítomnými zástupci zájemců vznesen požadavek, aby lístky nebyly skládány, což zástupce zadavatele nedoporučil s ohledem na nedostatečné promíchání nesložených lístků v losovací urně. Zástupci zájemců dále požadovali, aby skládáním lístků byl pověřen někdo jiný než Ing. Martina Gabrielová, a to zástupce zadavatele. Toto starosta Města Znojma odmítl a lístky jsem při provádění závěrečné kontroly složil osobně a následně předal Ing.*

Gabrielové, jež je průběžně vhazovala do losovací urny. Z losovací nádoby, do níž bylo vloženo po předchozím překontrolování osvědčujícím notářem všech dvacet dva složených lístků s označením jednotlivých zájemců, kteří splnili kvalifikační předpoklady a podali žádost o účast, a to bylo následně po důkladném promíchání pověřeným pracovníkem zástupce zadavatele Ing. Martinou Gabrielovou vylosováno deset zájemců, kteří se zúčastní veřejné zakázky, a to Následně byla zkontrolována losovací nádoba, v níž zůstaly složené lístky zájemců, kteří nebyli vylosováni, a to Bylo konstatováno, že vylosování zájemci budou vyzváni k podání nabídky a zaslání dokumentace“.

133. Dne 9. 1. 2012 vyzval zadavatel 10 vylosovaných zájemců k podání nabídky v užším řízení.
134. Dne 24. 1. 2012 rozhodl zadavatel o zrušení zadávacího řízení, což oznámil zájemcům téhož dne. Zadavatel rozhodl v souladu s § 84 odst. 2 písm. e) zákona o zrušení zadávacího řízení, protože se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Zadavatel své rozhodnutí odůvodnil tak, že postupně obdržel námítky čtyř zájemců proti způsobu, kterým byl proveden výběr při omezení počtu zájemců v užším řízení. Zájemci v námítkách namítali, že výběr, resp. losování, bylo provedeno netransparentně a v rozporu se zákonem. Zadavatel po přezkoumání svého postupu a obsahu zadávací dokumentace dospěl k závěru, že losování prováděné ručním vytahováním lístků z losovací nádoby bylo v rozporu s § 61 odst. 4 zákona a že zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací rovněž není v souladu se zákonem. Vzhledem k tomu, že zjištěné pochybení nelze napravit jiným způsobem (losování nelze opakovat, neboť nelze najít způsob, který by byl v souladu s § 61 odst. 4 zákona a současně v souladu se zadávací dokumentací ve znění dodatečných informací), rozhodl zadavatel o zrušení zadávacího řízení.

Právní posouzení

135. Úvodem Úřad nejprve uvádí, že z rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R128/2013/VZ-19330/2014/310/MLr ze dne 15. 9. 2014 vyplývá, že Úřad má v šetřeném zadávacím řízení posoudit dvě „předběžné otázky“, aby bylo možné se zabývat zákonností či nezákonností zrušení zadávacího řízení.
136. Z citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu vyplývá, že je třeba posoudit obsah zadávací dokumentace, tedy zda uvedené parametry losování, tak jak byly v zadávací dokumentaci vymezeny, jsou v souladu se zákonem. Dále je podle předsedy Úřadu třeba provést právní posouzení samotného průběhu losování, tedy toho, jak byl tento proces realizován a zda byl v souladu nejen se zákonem, ale i s tím, jak byl vymezen v zadávací dokumentaci. Po posouzení uvedených skutečností má Úřad přezkoumat, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když zadávací řízení zrušil podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona.
137. Nejdříve Úřad obecně uvádí, že v šetřeném případě zvolil zadavatel pro zadání veřejné zakázky užší řízení. Užší řízení je jedním ze základních druhů zadávacího řízení, přičemž v oznámení užšího řízení oznamuje zadavatel neomezenému počtu dodavatelů úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto druhu zadávacího řízení. Oznámení užšího řízení je tak výzvou k podání žádostí o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace. V této fázi užšího řízení tedy dodavatelé podávají žádosti o účast v užším řízení a předkládají doklady k prokázání splnění kvalifikačních předpokladů.

138. Po podání žádostí o účast zadavatel posoudí, zda všichni zájemci prokázali splnění kvalifikačních předpokladů. Poté zadavatel buď vyzve všechny zájemce, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídky, nebo nejdříve provede výběr zájemců, které vyzve k podání nabídky, a to na základě předem stanoveného kritéria.
139. Úprava užšího řízení umožňuje zadavateli vyzvat k podání nabídky jen předem omezený okruh zájemců, kteří podali žádost o účast v užším řízení. Jestliže se zadavatel rozhodne omezit počet zájemců v užším řízení, musí již v oznámení o zahájení zadávacího řízení uvést kritéria, na jejichž základě provede výběr ze zájemců, kteří prokázali splnění požadované kvalifikace. Zadavatelem stanovená kritéria musí být objektivní a musí být stanovena s ohledem na povahu, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky a musí být v souladu se základními zásadami zákona a odpovídat některému z ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky, jejichž prokázání veřejný zadavatel požadoval. Objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců však může být také náhodný výběr provedený losem. Po provedeném omezení počtu zájemců v užším řízení vyzve zadavatel vybrané zájemce k podání nabídky.
140. V šetřené veřejné zakázce, zadávané v užším řízení, zadavatel uveřejnil dne 22. 7. 2011 v informačním systému o veřejných zakázkách zahájení zadávacího řízení, přičemž již v oznámení o zakázce stanovil kritérium pro omezení počtu zájemců, když v bodu IV.1.2) „Omezení počtu zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek nebo k účasti“ uvedl, že objektivním kritériem pro výběr omezeného počtu 10 zájemců splňujících kvalifikaci bude náhodný výběr losem podle § 61 odst. 4 zákona.
141. Další informace o kritériu pro omezení počtu zájemců uvedl zadavatel v bodu 6.6. „Postup zadavatele při posuzování a hodnocení kvalifikace a výběru zájemců“ kvalifikační dokumentace, ve kterém stanovil, že kritériem pro omezení počtu zájemců je náhodný výběr provedený losem (§ 61 odst. 4 zákona). Zadavatel avizoval, že losování provede v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona prostřednictvím mechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčí průběh losování.
142. Zadavatel dále poskytl informace o kritériu pro omezení počtu zájemců v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011, ve kterých upřesnil, jakým způsobem bude losování probíhat (viz body 128. až 130. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
143. Vlastní losování provedené za účelem omezení počtu zájemců proběhlo dne 14. 12. 2011 za účasti notáře JUDr. Miroslava Michálka, který o jeho průběhu sepsal notářský zápis NZ 259/2011 (jeho obsah viz bod 132. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Poté, dne 9. 1. 2012 vyzval zadavatel 10 vylosovaných zájemců k podání nabídky v užším řízení.
144. Dne 24. 1. 2012 rozhodl zadavatel o zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, protože se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, přičemž své rozhodnutí zdůvodnil tak, že losování prováděné ručním vytahováním lístků z losovací nádoby bylo v rozporu s § 61 odst. 4 zákona a že zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací rovněž není v souladu se zákonem.

První důvod zrušení zadávacího řízení

145. Základní otázkou pro rozhodnutí Úřadu je tedy skutečnost, zda byl zadavatel oprávněn zrušit zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona. S tím souvisí první otázka, která je klíčová pro posouzení legitimacy postupu zadavatele, a to, zda ruční losování je druhem losování, které je v souladu se zákonem či nikoliv.
146. Podle § 61 odst. 4 zákona může být objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle § 61 odst. 1 zákona i náhodný výběr losem. Losování má zadavatel provést v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona, a to prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčí 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.
147. K losování Úřad uvádí, že losování může být použito jako kritérium pro omezení počtu zájemců v užším řízení. Aby bylo losování provedeno v souladu se zákonem, má být provedeno prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení.
148. Jak vyplývá z dodatečných informací zadavatele k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011, zadavatel losovací nádobu nepovažoval za elektronické zařízení, neboť se jednalo o nádobu, kterou zakoupil v běžném obchodním zařízení, přičemž tato nádoba nebyla nikterak certifikována.
149. K pojmu „mechanické zařízení“ Úřad nejprve uvádí, že zákon tento pojem nedefinuje.
150. K pojmu „zařízení“ se však vyjádřil např. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 As 49/2010-82 ze dne 27. 11. 2011, ve kterém uvedl, že pokud pojem „zařízení“ není zákonem definován, je nutno při jeho výkladu vycházet z toho, jak je tento pojem v českém jazykovém prostředí obecně vnímán. Tento pojem – kromě jiných významů jako zařízení (vybavení) místnosti, nebo akt, kdy někdo něco zařizuje – je v českém jazyce vnímán nejen jako stroj (mechanismus) k zajištění určité činnosti, ale také jako vybavená místnost, stavba či upravená plocha k uspokojování nějaké lidské aktivity nebo potřeby, vedoucí v některých případech i k vnímání slova „zařízení“ jako označení instituce.
151. Pojem „zařízení“ užitý v zákoně o veřejných zakázkách je třeba vykládat pouze tak, že jde o zařízení ve smyslu stroje (mechanismu) k zajištění určité činnosti fungujícího na mechanickém, elektronickomechanickém, elektronickém či obdobném principu. Pojem „mechanický“ pak lze vykládat ve smyslu konaný bez zvláštního promyšlení nebo uvažování, konaný automaticky či mechanicky.
152. Na základě uvedených skutečností lze v šetřené veřejné zakázce neprůhlednou nádobu, která byla použita za účelem vylosování losovacích lístků, považovat za mechanické zařízení, protože se jedná o zařízení, které funguje na mechanickém principu a lze ho ovládat mechanicky, tedy např. rukou, což je možné považovat za mechanický způsob ovládání.
153. Jestliže v šetřené veřejné zakázce došlo k losování rukou z neprůhledné nádoby, kterou lze na základě výše uvedených skutečností považovat za mechanické zařízení, jedná se tedy o losování provedené v souladu se zákonem, neboť takový způsob losování je podle § 61 odst. 4 zákona losováním provedeným prostřednictvím mechanického zařízení.

154. Jestliže tedy zadavatel stanovil jako kritérium pro omezení počtu zájemců losování, přičemž v zadávací dokumentaci ve znění dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011 stanovil, že omezení počtu zájemců bude provedeno losem, a to ručním losováním lístků z losovací nádoby, pak na základě výše uvedených skutečností byl jeho postup v souladu se zákonem. Zadavatel tedy v šetřené veřejné zakázce stanovil zadávací podmínky ve znění dodatečných informací ze dne 4. 8. 2011 v souladu se zákonem.
155. K tomu Úřad dále uvádí, že předseda Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R163/2012/VZ-24098/2012/310/IPs ze dne 20. 12. 2012 uvedl, že *„zadavatel své rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení odůvodnil tak, že zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací není v souladu se zákonem, neboť losování prováděné ručním vytahováním lístků z losovací nádoby je v rozporu s § 61 odst. 4 zákona. Úřad však v této věci s tímto tvrzením zadavatele nesouhlasí. Z tohoto důvodu je třeba znovu posoudit, zda zadavatel splnil podmínky stanovené zákonem, za kterých je oprávněn zrušit zadávací řízení.“*
156. Z uvedeného je zřejmé, že předseda Úřadu dospěl k závěru, že losování prováděné ručním vytahováním lístků z nádoby je druhem losování, které není v rozporu se zákonem, přičemž Úřad je při dalším rozhodování vázán právním názorem vysloveným v rozhodnutí předsedy Úřadu.
157. Jak vyplývá z rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R128/2013/VZ-19330/2014/310/MLr ze dne 15. 9. 2014, měl Úřad posoudit, zda zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací je v souladu se zákonem, když právě rozpor zadávacích podmínek ve znění dodatečných informací se zákonem byl jedním z důvodů, pro který zadavatel podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona zadávací řízení zrušil.
158. Jak již bylo uvedeno výše, dospěl Úřad k závěru, že zadavatelem stanovené kritérium pro omezení počtu zájemců formou ručního losování lístků z nádoby stanovené v zadávací dokumentaci ve znění dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011 je v souladu se zákonem, neboť ruční losování je druh losování, který je zákonem předpokládán a tedy přípustný.
159. Na základě výše uvedených skutečností dospěl Úřad k dílčímu závěru, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když jako kritérium pro výběr zájemců v užším řízení stanovil losování, a to formou ručního vytahování lístků z nádoby. Z uvedeného důvodu je tedy i zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011 v souladu se zákonem, z čehož vyplývá, že tento důvod uvedený zadavatelem v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012 není důvodem pro zrušení zadávacího řízení podle zákona.

Druhý důvod zrušení zadávacího řízení

160. Z rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R128/2013/VZ-19330/2014/310/MLr ze dne 15. 9. 2014 dále vyplývá, že Úřad má přezkoumat, zda samotný průběh losování, tedy to, jak byl tento proces realizován, byl v souladu se zákonem, a i s tím, jak byl vymezen v zadávací dokumentaci. K uvedenému uvádí Úřad následující skutečnosti.
161. Průběh, jakým zadavatel hodlal provádět ruční losování, byl zadavatelem popsán v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011 (podrobněji viz body 128. – 130. odůvodnění tohoto rozhodnutí). O samotném průběhu losování, které proběhlo

dne 14. 12. 2011, byl notářem JUDr. Miroslavem Michálkem sepsán notářský zápis (podrobněji viz bod 132. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

162. Aby byl Úřad schopen posoudit, zda losování proběhlo v souladu se zadávací dokumentací, vyzval účastníky správního řízení a zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o. k zodpovězení dotazů týkajících se průběhu losování. Při formulaci dotazů vycházel Úřad z dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011, ve kterých zadavatel popsal průběh, jakým bude losování probíhat.

163. Účastníci správního řízení a zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o. k následujícím otázkám zaslali tyto odpovědi:

- Byla losovací nádoba použitá dne 14. 12. 2011 při losování neprůhledná?
 - Zadavatel:
„Nádoba použitá při předemtném losování jako losovací osudí byla neprůhledná.“
 - Navrhovatel:
„Ano, při losování byla použita neprůhledná nádoba; Losovací nádoba je vyfocena na přiloženém snímku, která pochází z internetového článku.“
 - Zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o.:
„Ano, jednalo se o neprůhlednou nádobu opatřenou šroubovacím víčkem (jednalo se o nádobu, která se používá např. k uskladnění sypkých potravin, která byla zakoupena v běžném obchodním řetězci).“
- Jaký měla losovací nádoba přibližný průměr?
 - Zadavatel:
„Nádoba měla tvar válce o průměru cca 20cm; byla uzavíratelná víkem.“
 - Navrhovatel:
„Losovací nádoba měla průměr přibližně 15cm. „
 - Zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o.:
„Losovací nádoba měla průměr cca 14cm.“
- Byly losovací lístky před losováním zkontrolovány notářem i pověřeným pracovníkem zástupce zadavatele?
 - Zadavatel:
„Ano, byly.“
 - Navrhovatel:
„Ano, před tím, než byly lístky notářem přehnuty a vloženy do nádoby, byly zkontrolovány notářem, zástupkyní společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o., Ing. Martinou Gabrielovou, tedy pravděpodobně zaměstnankyní mandátáře zadavatele. Následně byla dána možnost zkontrolovat lístky i všem přítomným zástupcům zájemců.“
 - Zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o.:
„Losovací lístky byly před losováním zkontrolovány některými z přítomných zástupců zájemců o účast. Před losováním byla zkontrolována některými z přítomných zástupců zájemců o účast, jakožto i notářem a Ing. Martinou Gabrielovou i losovací nádoba. Losovací lístky byly před losováním zkontrolovány notářem i Ing. Martino Gabrielovou – tato je kontrolovala při podávání jednotlivých losovacích lístků notáři. Lístky při provádění kontroly losovacích lístků složil osobně přítomný notář, který následně

předával každý složený lístek Ing. Martině Gabrielové, která jej vhodila do losovací nádoby.“

- Zkontroloval notář při kontrole losovacích lístků před losováním, zda losovací lístky nejsou poškozeny nebo jiným způsobem označeny, a zda je na nich uvedena identifikace jednotlivých zájemců?
 - Zadavatel:
„Ano.“
 - Navrhovatel:
„Ano, paní Gabrielová komentovala počínání pana notáře tak, že notář kontroluje, zda losovací lístky nejsou poškozeny, nebo jiným způsobem označeny. Zástupce navrhovatele JUDr. Ondřej Navrkal, který využil možnosti před zahájením losování zkontrolovat jak lístky, tak urnu, kontroloval, zdali losovací lístky nejsou poškozeny nebo jiným způsobem označeny, a zda je na nich uvedena identifikace jednotlivých zájemců. Nic takového neshledal.“
 - Zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o.:
„Kontrola, zda losovací lístky nejsou poškozeny nebo jiným způsobem označeny a rovněž identifikace jednotlivých zájemců uvedená na losovacích lístcích, byla notářem provedena před složením každého jednotlivého losovacího lístku. Tato kontrola byla provedena před losováním rovněž některými z přítomných zástupců zájemců o účast.“
- Jakým způsobem došlo k promíchání losovacích lístků v losovací nádobě před započítáním losování?
 - Zadavatel:
„Tuto otázku není zadavatel pro časový odstup schopen s určitostí zodpovědět; domnívá se však, že lístky byly zřejmě promíchány zatřesením uzavřenou nádobou.“
 - Navrhovatel:
„Rukou a provedla jej Ing. Gabrielová, která se před tímto aktem sundala všechny prsteny, náramky, hodinky i sako. Po provedení promíchání bylo znovu všem zájemcům umožněno, aby pohledem zkontrolovali promíchání, tedy aby zkontrolovali, že jsou lístky v nádobě rozmístěny rovnoměrně.“
 - Zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o.:
„Losovací lístky, které byly vloženy do losovací nádoby, která byla následně uzavřena šroubovacím víčkem, byly promíchány protřepáním losovací nádoby (velikost losovací nádoby umožňovala dostatečné promíchání všech losovacích lístků.“
- Byl každý vylosovaný lístek předán notáři a ten jej rozbilil a nahlas sdělil identifikaci vylosovaného zájemce?
 - Zadavatel:
„Ano.“
 - Navrhovatel:
„Vytahování lístků z nádoby prováděla Ing. Gabrielová. Každý vytažený lístek následně předala notáři. Jestli identifikaci přečetla přímo Ing. Gabrielová, nebo až notář, si již nevzpomínáme.“
 - Zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o.:
„Losovací lístky byly z losovací nádoby losovány Ing. Martinou Gabrielovou. Já, Ing. Martina Gabrielová, ani, já, Kristýna Soukupová, si již nepamatujeme, zda

identifikaci vylosovaných zájemců přečetla Ing. Martina Gabrielová, nebo notář. V každém případě však byla identifikace každého vylosovaného zájemce nahlas sdělena ihned po vytažení losovacího lístku z nádoby.“

- Byly z losovací nádoby po vylosování deseti zájemců vysypány zbývající losovací lístky zájemců, tyto losovací lístky rozbaleny a přečteny z nich údaje o identifikaci zájemců?
 - Zadavatel:
„Tuto otázku není zadavatel pro časový odstup schopen s určitostí zodpovědět, neboť si není jist, zda nevylosované lístky byly z nádoby najednou vysypány a posléze přečteny, anebo zda byly z nádoby vytažovány jednotlivě a průběžně čteny.“
 - Navrhovatel:
„Ano.“
 - Zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o.:
„Po vylosování deseti zájemců byly zbývající losovací lístky zájemců vysypány na stůl, tyto byly rozbaleny a nahlas z nich byly přečteny údaje o identifikaci zbývajících zájemců. Tyto losovací lístky byly vysypány na stůl tak, aby všem přítomným účastníkům byla umožněna vizuální kontrola, že s těmito lístky nebylo v průběhu ani po ukončení losování nijak manipulováno. Já, Ing. Martina Gabrielová, ani já, Kristýna Soukupová, si již nepamatujeme, zda identifikaci nevylosovaných zájemců přečetla Ing. Martina Gabrielová nebo notář. Po vysypání všech losovacích lístků byla zkontrolována i losovací nádoba.“

164. Následně Úřad posoudil, zda losování konané dne 14. 12. 2011 proběhlo tak, jak byl jeho průběh popsán v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011. Podle nich mělo být losování provedeno z neprůhledné losovací nádoby o průměru cca 14 cm. Jak vyplývá z výše uvedených odpovědí, byla k losování použita neprůhledná nádoba o průměru cca 14 – 20 cm.

165. Z uvedených odpovědí je zřejmé, že se jedná de facto o shodné odpovědi, neboť z nich vyplývá, že se jednalo o neprůhlednou nádobu, která umožňovala volné vsunutí ruky. Skutečnost, že odpovědi nebyly v číselném vyjádření zcela shodné, nepovažuje Úřad v daném případě s ohledem na znění dotazu za skutečnost, která by odpovědi činila za protichůdné či vzájemně se vyvracející. Úřad tedy považuje předložené odpovědi za potvrzení skutečnosti, že použitá nádoba odpovídala popisu uvedenému v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011.

166. Dále měly být podle dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011 losovací lístky před losováním zkontrolovány jak notářem, tak i pověřeným pracovníkem zástupce zadavatele, přičemž notář měl při kontrole losovacích lístků ověřit, zda ty nejsou poškozeny, jiným způsobem označeny a zda je na nich uvedena identifikace jednotlivých zájemců. Z obdržených odpovědí vyplývá, že před losováním byly lístky zkontrolovány jak notářem, tak i pověřeným pracovníkem zástupce zadavatele, a že notář zkontroloval, zda losovací lístky nejsou poškozeny, jiným způsobem označeny a zda je na nich uvedena identifikace jednotlivých zájemců.

167. Podle dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011 mělo dojít k promíchání lístků protřepáním v losovací nádobě. Na dotaz Úřadu, jakým způsobem proběhlo promíchání lístků, obdržel Úřad odpovědi, že zřejmě zatřesením uzavřenou

nádobou, rukou, nebo protřepáním losovací nádoby. Současně zástupce navrhovatele v této souvislosti doplnil skutečnost, že po provedení promíchání bylo všem zájemcům umožněno, aby pohledem zkontrolovali promíchání, tedy aby zkontrolovali, že jsou lístky v nádobě rozmístěny rovnoměrně. Z uvedených skutečností je zřejmé, že před vlastním losováním došlo k promíchání losovacích lístků v losovací nádobě, a že tedy bylo postupováno v souladu s průběhem losování popsaným v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011. K uvedenému Úřad dodává, že i kdyby došlo k promíchání lístků pouze rukou, nejednalo by se o netransparentní jednání, neboť i tento způsob lze považovat za promíchání lístků v losovací nádobě.

168. Ze zodpovězených dotazů také vyplývá, že každý lístek vylosovaný zaměstnankyní společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o. byl předán notáři a že byl obsah vylosovaných lístků nahlas přečten a to podle zadavatele samotným notářem. Uvedené skutečnosti tedy odpovídají průběhu losování popsanému v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011.
169. Ze zodpovězených dotazů je dále zřejmé, že po vylosování deseti zájemců byly zbývající losovací lístky z losovací nádoby vysypány na stůl, rozbaleny a nahlas z nich přečteny údaje o identifikaci zbývajících zájemců. K tomuto bodu zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o., doplnily, že zbylé losovací lístky byly vysypány na stůl tak, aby byla přítomným zájemcům umožněna vizuální kontrola, že s lístky nebylo v průběhu losování, ani po jeho skončení nijak manipulováno.
170. Pro úplnost Úřad dodává, že ze zodpovězených dotazů nad jejich rámec vyplývá, že byla zájemcům dána možnost, aby průběh losování kontrolovali osobně, neboť jim byla dána mimo jiné i možnost zkontrolovat jak losovací nádobu, tak i losovací lístky, zda nebyly nijak poškozeny, označeny a zda skutečně obsahují identifikaci jednotlivých zájemců, a to před jejich složením notářem. Že této možnosti někteří ze zájemců využili, vyplývá rovněž i z notářského zápisu pořízeného o průběhu losování notářem JUDr. Miroslavem Michálkem. Možnosti uvedené kontroly využil i zástupce navrhovatele, který se losování zúčastnil, když v odpovědích na dotazy uvedl, že zkontroloval jak losovací nádobu, tak i losovací lístky před jejich složením notářem.
171. Z výše uvedených skutečností je zřejmé, že zadavatel v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011 popsal, jakým způsobem bude losování probíhat. O průběhu losování byl notářem JUDr. Miroslavem Michálkem sepsán notářský zápis. Z obsahu notářského zápisu pořízeného JUDr. Miroslavem Michálkem o průběhu losování konaného dne 14. 12. 2014 však nevyplývá, zda průběh losování byl proveden podle jednotlivých bodů uvedených v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011, neboť některé skutečnosti nebyly v pořízeném notářském zápise uvedeny. Úřad tak nebyl schopen posoudit z obsahu notářského zápisu, zda losování proběhlo způsobem popsaným v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011. Z uvedeného důvodu vyzval Úřad účastníky správního řízení a zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o., aby zodpověděli dotazy týkající se průběhu losování.
172. Jak vyplývá z výše uvedených odpovědí, je zřejmé, že losování proběhlo způsobem, kterým byl průběh losování popsán již v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne

4. 8. 2011. Z uvedených skutečností současně nic nenasvědčuje tomu, že by průběh losování nebyl proveden transparentním způsobem.
173. K uvedenému Úřad dále uvádí, že zákon omezení počtu zájemců losem blíže neupravuje a nekonkretizuje. Pouze stanoví povinnost, aby bylo losování provedeno v souladu se zásadami stanovenými v § 6 zákona, a aby se losování mohli účastnit zájemci, kterých se výběr losem týká. Pokud jde o zásadu transparentnosti, v souladu s níž má být losování prováděno, tak ta má zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Zjištění, zda v určitém případě byla porušena zásada transparentnosti, se pak musí odvíjet od hodnocení všech okolností konkrétního případu, z nichž Úřad učiní závěr, zda je daný pojem naplněn či nikoli.
174. Postup zadavatele, který stanovil v zadávací dokumentaci ve znění dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011, že omezení počtu zájemců bude provedeno ručním vytahováním lístků z losovací nádoby, jak již bylo uvedeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, nebyl v rozporu se zákonem. Losování, které je prováděno řádně a způsobem vylučujícím jakékoli pochybnosti, je dostatečně nediskriminační i transparentní. Zajištění toho, aby veškeré kroky prováděné v zadávacím řízení, tedy i při losování, nepůsobily netransparentně, je vždy na zadavateli. Ten má zabezpečit, aby losování probíhalo férově, aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti a aby řádný průběh losování byl dostatečně jasně kontrolovatelný.
175. Na základě výše uvedených dotazů a odpovědí Úřad zjistil, jakým způsobem losování proběhlo. Poté Úřad provedl srovnání, zda zjištěný průběh losování odpovídá popisu losování, jak jej zadavatel popsal v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011. Na základě zjištěného stavu o průběhu losování a obsahu dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011 popisujícím průběh losování dospěl Úřad k závěru, že losování proběhlo takovým způsobem, jakým jej zadavatel popsal v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011. Současně Úřad shledal, že losování proběhlo řádným a férovým způsobem, tedy takovým způsobem, který nevyvolává pochybnosti o jeho férovosti a že nic nenasvědčuje tomu, že by v jeho průběhu nastaly okolnosti, které by vedly k porušení zásady transparentnosti losování.
176. K uvedenému Úřad dále uvádí, že podle zadavatele je irelevantní, jak samotné ruční losování proběhlo, neboť i kdyby proběhlo transparentně, bylo provedeno v rozporu se zákonem, neboť proběhlo ručním losováním a nikoliv prostřednictvím mechanických, elektromechanických, elektronických nebo obdobných zařízení, jak bylo stanoveno v tehdy platném a účinném ustanovení § 61 odst. 4 zákona.
177. K tomu Úřad uvádí, že již výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí dospěl k závěru, že losování prováděné ručním losováním není v rozporu s ustanovením § 61 odst. 4 zákona. Z uvedeného důvodu není v rozporu ani zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011, která stanovila jako objektivní kritérium pro výběr omezeného počtu zájemců náhodný výběr losem a která popisovala, jakým způsobem bude ruční losování vytahováním lístku z losovací nádoby probíhat. Jestliže zadavatel zrušil zadávací řízení mimo jiné i z důvodu, že zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací není v souladu se zákonem a Úřad dospěl k opačnému závěru, tedy že zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne

4. 8. 2011 byla v souladu se zákonem, pak zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, když zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona zrušil z uvedeného důvodu. Protože však zadavatel jako další důvod zrušení zadávacího řízení uvedl, že losování nebylo provedeno transparentně a v souladu se zákonem, musel Úřad přezkoumat i tento důvod zrušení zadávacího řízení, aby dospěl k závěru, zda byl zadavatel zadávací řízení oprávněn zrušit. Z uvedeného důvodu nemůže Úřad souhlasit s názorem zadavatele, že je irrelevantní, jakým způsobem ruční losování proběhlo.

178. Dále zadavatel ve svých vyjádřeních citoval např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010, podle kterého platí, že *„Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. Tyto úvahy platí tím spíše v případě, kdy se přistoupí k losování, protože losování je úkon ze své povahy nepřezkoumatelný.“*
179. K uvedenému Úřad uvádí, že z citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010 dále vyplývá, že *„Proto se zjištění, zda v daném případě byla porušena zásada transparentnosti, musí odvíjet od hodnocení všech okolností konkrétního případu, z nichž správní orgán učiní závěr, zda je daný pojem naplněn či nikoli.“* Z uvedeného je zřejmé, že Úřad je povinen posoudit všechny okolnosti šetřené veřejné zakázky, tedy všechny okolnosti proběhlého losování, což, jak vyplývá z výše uvedených skutečností v odůvodnění tohoto rozhodnutí, učinil a nedospěl k závěru, že by losování proběhlo netransparentním způsobem či v rozporu s dodatečnými informacemi k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011.
180. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 47/2010 ze dne 15. 2. 2012 podle zadavatele vyplývá, že při určité kombinaci okolností, za nichž bylo losování provedeno (např. užití neprůhledné nádoby), může takový prvek činit *„losování nekontrolovatelným a nečitelným, a způsobuje tak porušení zásady transparentnosti“*. Tento závěr je však podle Úřadu třeba vykládat tak, že musí být v šetřeném případě zjištěno několik konkrétních skutkových okolností, které během losování nastaly a které společně mohly způsobit nečitelnost losování a tak jeho netransparentnost, jak tomu bylo ve veřejné zakázce šetřené v citovaném rozsudku Krajského soudu v Brně.
181. V předmětné veřejné zakázce však Úřad, jak již uvedl výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, nezjistil žádné okolnosti, které by činily losování nekontrolovatelným a nečitelným. Pouhé použití neprůhledné nádoby pro losování není dostatečným důvodem k tomu, aby průběh losování byl netransparentním, pokud se k této okolnosti nepřidaly další okolnosti, které by učinily průběh losování netransparentním. Taková okolnost však v šetřené veřejné zakázce podle zjištěných skutečností nenastala.
182. Nakonec zadavatel citoval rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 31/2012 ze dne 20. 6. 2012, ze kterého vyplývá závěr, že *„pokud by losování neproběhlo transparentně, došlo by k porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách i za situace, kdy by snad bylo možné prokázat, že k žádnému ovlivnění výsledků losování nedošlo“*.
183. K uvedenému Úřad uvádí, že vzhledem ke skutečnosti, že shledal, že losování proběhlo transparentním způsobem, nelze závěr citovaného rozsudku aplikovat na šetřenou veřejnou zakázku.

184. Úřad dále dodává, že zadavatel také argumentoval tím, že několik uchazečů podalo námitky, které směřovaly proti průběhu losování. K tomuto argumentu Úřad uvádí, že zadavatel skutečně obdržel po proběhlém losování několik námitek a to od uchazečů, které vyloučil z další účasti v zadávacím řízení, neboť nebyli vylosovanými uchazeči. Současně tento argument uvedl i v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012. Zadavatel však nemůže argumentovat či zdůvodnit své rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení tím, že obdržel námitky od uchazečů. Podání námitek je oprávněním každého uchazeče, který se domnívá, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Zadavatel má pak povinnost v rámci rozhodnutí o námitkách posoudit, zda jsou tyto námitky oprávněné či nikoliv, samotné podání námitek však nemůže být v žádném případě důvodem pro zrušení zadávacího řízení.
185. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval při losování v souladu se zákonem, neboť losování proběhlo jak v souladu se zadávací dokumentací ve znění dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011, tak i v souladu s § 61 odst. 4 zákona.

Rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012

186. Z rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R128/2013/VZ-19330/2014/310/MLr ze dne 15. 9. 2014 dále vyplývá, že Úřad má přezkoumat, zda zadavatel splnil podmínky pro zrušení zadávacího řízení, neboť návrhovatel se návrhem domáhá zrušení rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení.
187. K postupu zadavatele při zrušení zadávacího řízení Úřad nejprve obecně konstatuje, že zákon rozlišuje mezi zákonnou povinností zrušit zadávací řízení a fakultativní možností zadavatele zrušit zadávací řízení v případech stanovených zákonem. Obligatorně se zadávací řízení ruší podle § 84 odst. 1 zákona, fakultativně za podmínek stanovených § 84 v odst. 2 až 5 zákona.
188. Fakultativní zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona předpokládá skutečnosti, které jsou objektivní, stojící vně zadavatele a tedy nezávislé na jeho vůli a atakující samotný smysl dokončení již zahájeného zadávacího řízení, které by v důsledku takových skutečností již nemohlo dospět k zamýšlenému výsledku. Tedy pokud nastaly okolnosti, za kterých by sice bylo možné pokračovat v zadávacím řízení, avšak dokončení takového řízení by nebylo efektivní a ekonomické. Záleží tedy na uvážení zadavatele, zda bude v takovém zadávacím řízení pokračovat nebo je zruší. Toto „volní“ uvážení zadavatele je pak omezeno pořádkovou lhůtou, která mu ukládá, aby tak učinil bez zbytečného odkladu.
189. Jako důvody oprávněné a tedy „hodné zvláštního zřetele“ jsou soudní judikaturou uváděny příklady, kdy např. zadavateli byla na veřejnou zakázku přislíbena dotace a před ukončením zadávacího řízení je zřejmé, že zadavatel tuto dotaci neobdrží, nebo pokud je na majetek zadavatele v průběhu zadávacího řízení prohlášen konkurs, nebo zadavatel vstoupí do likvidace, nebo v důsledku živelné pohromy nelze po zadavateli spravedlivě požadovat, aby dokončil zadávací řízení na plnění, které již s ohledem na živelnou událost nemůže požadovat, atd. (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2009 ze dne 27. 1. 2010). Důvody hodné zvláštního zřetele však musí nastat objektivně, tedy bez přímého zavinění zadavatele.

190. Úřad k tomu dále doplňuje, že je možné zrušit zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona rovněž z důvodu porušení postupu podle zákona, např. z důvodu rozporu zadávací dokumentace se zákonem. V tomto případě je nicméně zásadní podmínka, že se musí jednat o situaci, kdy zadavatel nemůže v zadávacím řízení pokračovat a nemá žádnou možnost přijmout opatření k nápravě, kterým by uvedené porušení zákona napravil, než zadávací řízení zrušit. Současně je nutné splnění i dalších podmínek uvedených v citovaném ustanovení zákona.
191. Žádná ze situací hodných zvláštního zřetele však, jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí, v šetřeném případě nenastala, přičemž tento svůj závěr Úřad opírá o následující argumentaci.
192. Zadavatel zrušil zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona z důvodů, že zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011 není v souladu se zákonem a že losování prováděné ručním vytahováním lístků z losovací nádoby bylo v rozporu s § 61 odst. 4 zákona.
193. K důvodu zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, tak jak ho zadavatel specifikoval v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012, tedy že nestanovil zadávací podmínky ve znění dodatečných informací týkající se způsobu losování v souladu se zákonem, Úřad uvádí, že tato skutečnost by obecně mohla být důvodem pro zrušení zadávacího řízení, avšak nikoliv v tomto konkrétním případě. V daném případě totiž, jak již bylo konstatováno výše, Úřad dospěl k závěru, že zadavatel stanovil zadávací podmínky ve znění dodatečných informací ve vztahu k určenému způsobu omezení počtu zájemců prostřednictvím ručního losování z losovací nádoby v souladu se zákonem, tudíž neexistoval zákonný důvod pro zrušení zadávacího řízení.
194. K dalšímu důvodu zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona uvedenému v rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012 a to, že losování prováděné ručním vytahováním lístků z losovací nádoby bylo v rozporu s § 61 odst. 4 zákona, Úřad uvádí, že ani na základě tohoto důvodu nebyl zadavatel oprávněn zadávací řízení zrušit. Úřad v šetřené veřejné zakázce dospěl k závěru, že vlastní průběh losování proběhl jak v souladu s popisem losování uvedeným v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011, tak i transparentním způsobem. Ani tento důvod zrušení zadávacího řízení tedy nebyl zákonným důvodem pro zrušení zadávacího řízení.
195. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že důvody zrušení zadávacího řízení nebyly v souladu s § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Z uvedeného důvodu Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 84 odst. 2 písm. e) zákona tím, že zrušil zadávací řízení na šetřenou veřejnou zakázku, aniž by se v jeho průběhu vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nebylo možné po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť v důsledku zrušení předmětného zadávacího řízení nedošlo k výběru nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
196. Pro úplnost se Úřad vyjadřuje k dalšímu pochybení zadavatele, kterého se podle navrhovatele dopustil zadavatel, a který je uveden v návrhu. Podle navrhovatele zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona, když při vyřizování obdržených námitek postupoval v rozporu s § 111 zákona.

197. K uvedenému Úřad uvádí, že zákon je koncipován tak, že ve správním řízení zahájeném na návrh se může navrhovatel domáhat pouze uložení nápravného opatření ze strany Úřadu vůči zadavateli, nemůže se však v návrhovém řízení domáhat uložení pokuty za spáchání správního deliktu. Tak může postupovat pouze Úřad v řízení o spáchání správního deliktu, které je zahajováno z moci úřední.
198. Správní řízení zahájené na návrh a správní řízení o správním deliktu zahájené z moci úřední se kromě aktu zahájení odlišují i předmětem správního řízení, okruhem účastníků, procesními právy těchto účastníků a procesními povinnostmi Úřadu. Předmět správního řízení zahájeného na návrh je určen obsahem toho kterého návrhu (proti jakému úkonu zadavatele navrhovatel brojí, v čem navrhovatel spatřuje porušení zákona a čeho se domáhá).
199. Navrhovatel tedy není oprávněn žádat uložení sankce za spáchání správního deliktu. Taková jeho žádost může být posouzena pouze jako podnět a jako taková pak správním orgánem prošetřena. Z tohoto důvodu nemohlo být o této části návrhu navrhovatele rozhodnuto ve správním řízení o návrhu.
200. Pro úplnost k tomu Úřad dodává, že o nevyřízení námitek zadavatelem v šetřené veřejné zakázce již rozhodl samostatně ve správním řízení zahájeném z moci úřední a vedeném pod sp. zn. S160/2014, přičemž s pravomocným rozhodnutím Úřadu je možné se seznámit na internetových stránkách Úřadu.

K výroku II. rozhodnutí – nápravné opatření

201. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
202. Úřad je při rozhodování podle § 118 odst. 1 zákona povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu.
203. V šetřené veřejné zakázce zadavatel pochybil, když rozhodl o zrušení zadávacího řízení, aniž by se v jeho průběhu vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nebylo možné po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Zadavatel tím, že nedodržel zákonem stanovený postup pro zadání veřejné zakázky, ovlivnil výběr nejhodnější nabídky, neboť pokud by zadávací řízení nezrušil, podalo by 10 vylosovaných uchazečů nabídky, které by zadavatel následně posoudil, hodnotil, přičemž by jednu z nich vybral jako nabídku nejhodnější.
204. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, tedy zrušil rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012.
205. Zadávací řízení se tak vrací do stavu před vydáním zmíněného rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení a zadavatel bude muset pokračovat v zadávacím řízení, příp. bude muset opětovně rozhodnout o zrušení zadávacího řízení, shledá-li pro takový postup zákonné důvody.

K výroku III. rozhodnutí – náklady řízení

206. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis.
207. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
208. Vzhledem k tomu, že Úřad zrušil tímto rozhodnutím rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení, rozhodl o uložení povinnosti uhradit náklady řízení tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
209. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2012000130.

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, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Mgr. Ing. Tomáš Horký, advokát, Továrek, Horký a partneři, advokátní kancelář, s. r. o.,
tř. Kpt. Jaroše 1844/28, 602 00 Brno
2. JUDr. Ondřej Navrkal, 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