UOHSX006E7BY

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S715/2014/VZ-23661/2014/533/ZPr Brno 6. listopadu 2014

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 29. 8. 2014 z moci úřední, jehož účastníkem je:

- zadavatel – město Krásná Lípa, IČO 00261459, se sídlem Masarykova 246/6, 407 46 Krásná Lípa, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 22. 9. 2014 Mgr. Martinem Pujmanem, advokátem, ev. č. ČAK 14342, VSP advokátní kancelář, s.r.o., IČO 02714736, se sídlem Mánesova 864/19, 120 00 Praha,

ve věci možného spáchání správních deliktů zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadání veřejné zakázky „Kanalizace Krásná Lípa“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 9. 2011 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 30. 9. 2011 pod ev. č. 60065850, ve znění opravy uveřejněné dne 7. 10. 2011,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Krásná Lípa, IČO 00261459, se sídlem Masarykova 246/6, 407 46 Krásná Lípa – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „Kanalizace Krásná Lípa“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 9. 2011 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 30. 9. 2011 pod ev. č. 60065850, ve znění opravy uveřejněné dne 7. 10. 2011, tím, že porušil ustanovení § 61 odst. 4 citovaného zákona o veřejných zakázkách a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 citovaného

zákona o veřejných zakázkách, když dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zástupce zájemce – Průmstav, a.s., IČO 25105825, se sídlem Pobřežní 667/78, 186 00 Praha 8, přidělení nových pořadových čísel zájemcům o účast v užším řízení, přičemž způsob omezení počtu uchazečů za použití elektronického losovacího zařízení neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel na plnění předmětné veřejné zakázky dne 9. 2. 2012 smlouvu s vybraným uchazečem – účastníky sdružení s názvem „Sdružení SaM – Energie“

- SaM silnice a mosty Děčín a.s., IČO 25042751, se sídlem Oblouková ulice 416, 405 01 Děčín 3 a
- Energie - stavební a báňská a.s., IČO 45146802, se sídlem Vašíčkova 3081, 272 04 Kladno,

kteří uzavřeli dne 10. 10. 2011 smlouvu o sdružení.

II.

Zadavatel – město Krásná Lípa, IČO 00261459, se sídlem Masarykova 246/6, 407 46 Krásná Lípa – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „Kanalizace Krásná Lípa“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 9. 2011 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 30. 9. 2011 pod ev. č. 60065850, ve znění opravy uveřejněné dne 7. 10. 2011, tím, že porušil ustanovení § 61 odst. 5 citovaného zákona o veřejných zakázkách a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zástupce zájemce – Průmstav, a.s., IČO 25105825, se sídlem Pobřežní 667/78, 186 00 Praha 8, kontrolu losovacího zařízení, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel na plnění předmětné veřejné zakázky dne 9. 2. 2012 smlouvu s vybraným uchazečem – účastníky sdružení s názvem „Sdružení SaM – Energie“

- SaM silnice a mosty Děčín a.s., IČO 25042751, se sídlem Oblouková ulice 416, 405 01 Děčín 3 a
- Energie - stavební a báňská a.s., IČO 45146802, se sídlem Vašíčkova 3081, 272 04 Kladno,

kteří uzavřeli dne 10. 10. 2011 smlouvu o sdružení.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí se zadavateli – město Krásná Lípa, IČO 00261459, se sídlem Masarykova 246/6, 407 46 Krásná Lípa – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

pokuta ve výši 150 000 Kč (sto padesát tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „zákon“) obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – město Krásná Lípa, IČO 00261459, se sídlem Masarykova 246/6, 407 46 Krásná Lípa, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 22. 9. 2014 Mgr. Martinem Pujmanem, advokátem, ev. č. ČAK 14342, VSP advokátní kancelář, s.r.o., IČO 02714736, se sídlem Mánesova 864/19, 120 00 Praha (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Kanalizace Krásná Lípa“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 9. 2011 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 30. 9. 2011 pod ev. č. 60065850, ve znění opravy uveřejněné dne 7. 10. 2011 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Na základě skutečností obsažených v podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou. Z předložené dokumentace zjistil Úřad následující skutečnosti.

3. Odesláním oznámení o zahájení užšího řízení do informačního systému o veřejných zakázkách zadavatel zahájil dne 27. 9. 2011 zadávací řízení pro zadání veřejné zakázky „Kanalizace Krásná Lípa“. Oznámení o zakázce bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 30. 9. 2011 pod ev. č. 60065850, ve znění opravy uveřejněné dne 7. 10. 2011.

4. Zadavatel se ve smyslu ust. § 151 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), nechal při výkonu práv a povinností podle zákona souvisejících se zadávacím řízením zastoupit společností Allowance s.r.o., IČO 26140136, se sídlem Korunní 810/104, 101 00 Praha – Vinohrady (dále jen „Allowance s.r.o.“ nebo „zástupce zadavatele“).

5. V bodu II.1.5) oznámení o zakázce je stanoveno, že *„předmětem veřejné zakázky je dostavba kanalizačního systému města Krásná Lípa. Dojde k odkanalizování stávající zástavby. Stávající dílčí kanalizace stará cca 80 let bude využita jako dešťová. Celková délka vybudované kanalizace je cca 8000 m, z toho 6600 m hlavních řádů a 1400 m přípojek a bude jí připojeno 994 EO. Nová kanalizace bude napojena na stávající řady města Krásná Lípa. Obsahem zakázky je zároveň i kompletní inženýrská činnost spočívající v zajištění nutných povolení před zahájení prací a dále zajištění kolaudace na základě plné moci.“*

6. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel v bodu IV.2.1) oznámení o zakázce uvedl hospodářsky nejvýhodnější nabídku a jako dílčí hodnotící kritéria stanovil:

    1. nabídkovou cenu v Kč bez DPH a bez rezervy s váhou 80 %,
    2. délku záruční lhůty v měsících na povrchy s váhou 10 %,
    3. délku záruční lhůty v měsících na stavební část díla s váhou 10 %.

Zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky v oznámení o zakázce ve výši 86 000 000 Kč bez DPH.

7. Z Protokolu o kontrole žádostí o účast v užším řízení ze dne 20. 10. 2011 vyplývá, že zadavatel obdržel do konce lhůty pro podání žádostí o účast v daném zadávacím řízení celkem třicet žádostí, přičemž všichni zájemci splnili zadavatelem požadované kvalifikační předpoklady. Na základě losování provedeného dne 24. 10. 2011 zadavatel omezil počet zájemců o veřejnou zakázku na deset, jak vyplývá z protokolu o výsledku losování ze dne 24. 10. 2011.

8. V protokolu o otevírání obálek ze dne 20. 12. 2011 je uvedeno, že v rámci zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku zadavatel obdržel v termínu pro podání nabídek celkem deset nabídek. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 11. 1. 2012 vyplývá, že hodnotící komise vybrala na základě provedeného hodnocení nabídek jako nejvhodnější nabídku uchazeče – „Sdružení SaM – Energie“

   - SaM silnice a mosty Děčín a.s., IČO 2504251, se sídlem Oblouková ulice 416, 405 01 Děčín 3 a
   - Energie - stavební a báňská a.s., IČO 45146802, se sídlem Vašíčkova 3081, 272 04 Kladno,

   kteří uzavřeli dne 10. 10. 2011 smlouvu o sdružení (dále jen „vybraný uchazeč“), s nímž zadavatel uzavřel na předmět plnění dané veřejné zakázky dne 9. 2. 2012 smlouvu o dílo s cenou díla ve výši 109 491 355 Kč včetně DPH (tj. cena včetně rezervy).

9. Po přezkoumání obsahu dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, zejména zda postupoval v souladu s ust. § 61 odst. 4 a 5 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když před zahájením losování neumožnil v rozporu se zásadou transparentnosti zástupci zájemce Průmstav, a.s., IČO 25105825, se sídlem Pobřežní 667/78, 186 00 Praha 8 (dále jen „Průmstav, a.s.“) na jeho žádost zkontrolovat losovací zařízení a přečíslování pořadových čísel uchazečů o danou veřejnou zakázku.

10. Z důvodu existence pochybností o tom, zda zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky a následném uzavření smlouvy dne 9. 2. 2012 postupoval v souladu se zákonem a zda se tedy nedopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, zahájil Úřad správní řízení z moci úřední.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

11. Podle ust. § 113 zákona ve spojení s ust. § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem dnem 29. 8. 2014, kdy Úřad doručil zadavateli oznámení o zahájení správního řízení.

12. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.

13. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-18142/2014/533/ZPr ze dne 28. 8. 2014. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-

S715/2014/VZ-18191/2014/533/ZPr ze dne 2. 9. 2014 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.

14. Dne 5. 9. 2014 obdržel Úřad přípis zadavatele z téhož dne, jehož obsahem byla žádost o prodloužení lhůty stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-18191/2014/533/ZPr ze dne 2. 9. 2014.

15. V návaznosti na výše uvedenou žádost zadavatele Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-18965/2014/533/ZPr ze dne 9. 9. 2014 prodloužil zadavateli lhůtu stanovenou usnesením č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-18142/2014/533/ZPr ze dne 28. 8. 2014.

16. Usnesením č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-20268/2014/533/ZPr ze dne 26. 9. 2014 pak Úřad stanovil zadavateli lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

17. Dne 3. 10. 2014 se na Úřad dostavil zástupce zadavatele (Mgr. Martin Pujman) k nahlédnutí do správního spisu sp. zn. S715/2014/VZ; protokol o nahlížení je součástí správního spisu.

Vyjádření zadavatele ze dne 23. 9. 2014

18. Dne 23. 9. 2014 obdržel Úřad stanovisko zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel uvádí, že se žádného jednání zakládajícího rozpor se zákonem nedopustil, neboť průběh předmětného losování byl realizován plně v souladu se zákonem a způsobem, který nelze považovat za netransparentní.

19. K požadavku zástupce zájemce – společnosti Průmstav, a.s., na zkontrolování zdrojového kódu a dotazu na možnost zkontrolovat přítomnost komunikačního zařízení zadavatel uvádí, že předmětné losovací zařízení bylo předmětem testů státního podniku – Elektrotechnického zkušebního ústavu, s. p., a že u losovacího zařízení daného typu je zřejmé, že okolnost, která určuje výsledek losování, není předem nikomu známa a nemůže být nikým ovlivněna. Zadavatel konstatuje, že předmětné losovací zařízení bylo opatřeno neporušenou pečetí, přičemž zástupcům zájemců o účast byla umožněna prohlídka tohoto losovacího zařízení a byla provedena kontrola neporušenosti zajišťovací plomby a výrobního čísla losovacího zařízení. Zadavatel současně dodává, že účastníkům losování bylo dále opakovaně nabízeno, že v případě jejich zájmu lze ihned po ukončení losování odvézt zapečetěné losovací zařízení na kontrolu do Elektronického zkušebního ústavu, s. p. Otevření zapečetěného losovacího zařízení by podle zadavatele znamenalo porušení pečeti, a tedy také zrušení garance výrobce losovacího zařízení, což by vedlo podle zadavatele k porušení zásady transparentnosti. V souvislosti s výše uvedeným má zadavatel za to, že plně vyhověl požadavku ust. § 61 odst. 5 zákona, které stanovilo povinnost zadavatele umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování losovací zařízení a prostředky sloužící k losování.

20. Zadavatel v předmětném vyjádření dále uvádí, že vzhledem k tomu, že požadavek na kontrolu zdrojového kódu vznesl pouze jediný zástupce účastníka a ke skutečnosti, že při omezení počtu uchazečů losem nebyli přítomni zástupci všech účastníků, nebylo možné tomuto požadavku vyhovět, neboť vyhověním nestandardnímu návrhu ze strany jediného uchazeče by podle zadavatele mohlo dojít k porušení zásady transparentnosti losování.

21. K požadavku zástupce zájemce společnosti Průmstav, a.s., na přečíslování seznamu zájemců o účast zadavatel konstatuje, že přečíslování pořadí jednotlivých zájemců by mohlo vyvolat

důvodnou pochybnost o transparentnosti losování, přičemž tato změna by navíc byla v rozporu se zadávací dokumentací, neboť způsob přidělení pořadových čísel byl uveden v zadávací dokumentaci v bodu IV.1.2) tak, že pořadí zájemců pro omezení počtu uchazečů je stanoveno dle data doručení žádosti o účast. Zadavatel uvádí, že mu není známo, jakým způsobem by mohl požadované přečíslování zajistit tak, aby takové jednání současně nebylo důvodem pochybnosti o transparentnosti losování a to také z toho důvodu, že průběhu losování nebyli přítomni všichni zájemci o účast.

22. K výše uvedenému zadavatel dodává, že mu zákon neukládá povinnost přiřadit pořadí jednotlivým zájemcům náhodně na základě losu, nýbrž mu ukládá pouze povinnost v případě provedení výběru losem provést náhodně tento výběr. Ve vztahu k danému případu zadavatel uvádí, že výsledku losování je dosaženo náhodným generováním hodnot ze zadaného rozsahu čísel, a proto je podle zadavatele požadavek na náhodnost tohoto výběru splněn již použitím elektronického losovacího zařízení.

23. V předmětném vyjádření zadavatel podotýká, že všichni uchazeči měli možnost obrátit se s žádostí o přezkum jednotlivých kroků zadavatele na Úřad, přičemž této možnosti využil pouze zástupce zájemce společnosti Průmstav, a.s., který vzal následně svůj návrh na přezkoumání úkonů zadavatele v dané věci zpět. Z uvedeného podle zadavatele vyplývá, že ostatní uchazeči se necítili být postupem zadavatele poškozeni a ani neshledali v jeho postupu porušení zásady transparentnosti.

24. Zadavatel doplňuje, že ani z notářského zápisu nevyplývá, že by při omezení počtu uchazečů byly porušeny principy transparentnosti.

25. Ve vztahu k rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2012-108 ze dne 6. 6. 2013, na který Úřad odkazuje v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 28. 8. 2014, zadavatel uvádí, že tento rozsudek je v souvislosti s šetřeným případem nepřiléhavý, a to zejména z toho důvodu, že řízení vedené Krajským soudem v Brně bylo vedeno na základě žaloby neúspěšného uchazeče, přičemž v šetřeném případě se žádný z uchazečů necítil být postupem zadavatele jakkoli poškozen a není zde tedy podle zadavatele žádný důvod pro zpětné zkoumání průběhu zadávacího řízení.

26. Zadavatel konstatuje, že nelze pouze na základě blíže nespecifikovaného podnětu přezkoumat, zda byly naplněny subjektivní podmínky transparentnosti tak, jak je mohli vnímat jednotliví zájemci o účast v daném zadávacím řízení, a proto nelze aplikovat závěry uvedené v citovaném rozsudku na daný případ.

27. V předmětném vyjádření zadavatel dále uvádí, že zúžení počtu uchazečů formou losování prostřednictvím losovacího zařízení bylo provedeno zcela v souladu s ust. § 61 odst. 4 zákona, jakož i ust. § 6 zákona, přičemž jako důvody uvádí, že na losování byli pozváni všichni zájemci, kteří si následně mohli před zahájením losování prohlédnout a zkontrolovat losovací zařízení, bylo provedeno tolik zkušebních losování, kolik jich požadovali účastníci losování, kteří měli možnost udělit losující osobě pokyn ke stisknutí tlačítka ENTER, o průběhu losování byl sepsán notářský zápis a účastníkům losování bylo umožněno v případě jejich žádosti nechat po skončení losování odvézt losovací zařízení k certifikačnímu orgánu ke kontrole. Zadavatel dodává, že zúžení počtu zájemců o účast probíhalo nad rámec zákonného

požadavku na 10 zájemců, přičemž si lze podle zadavatele jen stěží představit, že pokud by chtěl zadavatel ovlivnit výsledek zadávacího řízení, byl by toho při takovém množství zájemců schopen.

28. Zadavatel je přesvědčen, že zajistil veškeré dostupné a v té době zcela běžně užívané postupy pro vyloučení jakékoliv pochybnosti o transparentnosti průběhu losování mimo jiné i tím, že na požadavek jediného uchazeče k otevření losovacího zařízení a poškození pečeti losovacího zařízení nepřistoupil.

29. V daném vyjádření zadavatel dále konstatuje, že vycházel ze závěrů tehdejší rozhodovací praxe Úřadu, podle níž je podle zadavatele podobný průběh jako v šetřeném případě zcela v souladu se zákonem, přičemž odkazuje na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/MNe, č. j. ÚOHS-S429/2011/VZ-1757/2012/510/MGr, č. j. ÚOHS-R63/2012/VZ-2145/2012/310/JSl, č. j. ÚOHS-R200/2011/VZ-15571/2011/310/JSl, č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-20327/2011/520/IHl.

30. Zadavatel cituje rozhodnutí č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/MNe ze dne 12. 8. 2011, v němž je uvedeno, že *„z předložených podkladů nevyplývají skutečnosti, které by nasvědčovaly, že by zadavatel tím, že při omezení počtu zájemců použil předmětné losovací zařízení, postupoval v rozporu se zákonem a jeho zásadami. Zákon ve svém ust. § 61 odst. 4 výslovně umožnuje použití mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení s podmínkou účasti notáře při losování, který osvědčí jeho průběh a při zachování zásad dle § 6 zákona. Navrhovatel v návrhu zpochybňuje obecně transparentnost užívání elektronických losovacích zařízení. Tato otázka však v daném případě nemůže být předmětem posuzování Úřadu, neboť podle ust. § 112 odst. 1 zákona Úřad vykonává dohled nad dodržováním tohoto zákona, je tedy povinen vykonávat své pravomoci v jeho mezích a není tak v rámci správního řízení vedeného za účelem přezkoumání postupu zadavatele oprávněn vyslovovat či komentovat oprávněnost či vhodnost umístění jednotlivých ustanovení zákona do jeho textu, nýbrž je povinen posuzovat soulad postupu zadavatele se zákonem“.* Zadavatel dodává, že legálnost používání tohoto losovacího zařízení následně potvrdil i předseda Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R200/2011/VZ-15571/2011/310/JSl ze dne 5. 10. 2011.

31. K otázce změny číselného pořadí zadavatel cituje dále předmětné rozhodnutí č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/MNe ze dne 12. 8. 2011, ve kterém je uvedeno, že *„skutečnost, že zástupce zadavatele před losováním odmítl změnit pořadí přiřazená jednotlivým zájemcům, sama o sobě, vzhledem ke způsobu fungování předmětného losovacího zařízení, nemůže být důvodem pro konstatování netransparentnosti úkonu losování, neboť z informací vyplývajících z NZ, jeho příloh a ze zprávy EZU vyplývá, že výsledku losování bylo dosaženo náhodným generováním hodnot ze zadaného rozsahu čísel, přičemž impulzem k vygenerování výsledných hodnot byl stisk tlačítka „ENTER“ provedený zadavatelem pověřenou osobou na pokyn některého z přítomných zástupců zájemců. Ze zprávy EKU vyplývá, že rychlost střídání zobrazovaných zadaných hodnot pak vylučuje cílenou reakci osoby ovládající tlačítko či dávající pokyn k jeho zmáčknutí takovým způsobem, aby byla cíleně vylosována jím požadovaná hodnota. Pro náhodnost výběru tak konkrétní číslo (pořadí) přiřazené jednotlivým zájemcům není významné, tudíž by i případná změna pořadí*

zájemců byla pro náhodnost výběru irelevantní". Ve vztahu k výše uvedenému má zadavatel za to, že se není důvod ani v šetřeném případě od závěrů uvedených v citovaném rozhodnutí odchylovat a konstatuje, že s ohledem na rozhodovací praxi Úřadu tak neměl sebemenší důvod pochybovat o transparentnosti svého postupu. Zadavatel současně dodává, že pokud by se Úřad v šetřeném správním řízení od své rozhodovací praxe odchýlil, jednalo by se o překvapivé rozhodnutí, které by bylo v rozporu se zásadou legitimního očekávání.

32. Zadavatel konstatuje, že v daném zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem a dodržel tedy zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, když zvolil pro zadání předmětné veřejné zakázky takový druh zadávacího řízení, který umožnil podání co nejvyššího počtu nabídek.

33. Současně je zadavatel přesvědčen, že v daném správním řízení je nezbytné k řádnému uplatnění práv zadavatele ústní jednání, a proto navrhuje, aby Úřad v dané věci nařídil ústní jednání ve smyslu ust. § 49 odst. 3 správního řádu.

34. Zadavatel navrhuje, aby Úřad předmětné správní řízení podle ust. § 117a písm. d) zákona zastavil.

Vyjádření zadavatele ze dne 8. 10. 2014

35. V reakci na usnesení č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-20268/2014/533/ZPr ze dne 26. 9. 2014 obdržel Úřad dne 9. 10. 2014 vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí.

36. Zadavatel uvádí, že dne 3. 10. 2014 prostřednictvím svého právního zástupce nahlédl do předmětného správního spisu, přičemž zjistil, že součástí tohoto spisu není mimo jiné podnět, na základě kterého bylo dané správní řízení zahájeno. Zadavatel má za to, že vzhledem ke skutečnosti, že obsah předmětného správního spisu neobsahuje podnět, nemůže být zadavateli, jakožto účastníku řízení, objektivně zřejmé *„jaké jeho konkrétní jednání bude posuzováno, čímž je mu odejmuta možnost se v daném řízení účinně hájit.*"

37. Zadavatel cituje zprávu o zkoušce ze dne 10. 3. 2011 zpracovanou Elektrotechnickým zkušebním ústavem, s. p., v níž je uvedeno, že *„okolnost, jež určuje výsledek losování, není předem nikomu známa a je takového druhu, že nemůže být provozovatelem ani další osobou ovlivněna. Zařízení nevyužívá pro losování žádné prvky mimo zařízení, proces probíhá pouze za pomoci instalovaného software uvnitř zařízení".* Zadavatel má za to, že výběrem předmětného losovacího zařízení tak vyčerpal veškeré dostupné kroky k vyloučení případných pochybností o transparentnosti losování.

38. V souvislosti s výše uvedeným pak zadavatel odkazuje na rozhodnutí č. j. ÚOHS-R200/2011/VZ-15571/2011/310/JSl ze dne 5. 10. 2011, z něhož cituje: *„je tedy zcela nemyslitelné, aby Úřad konstatoval porušení zákona zadavatelem proto, že při omezení počtu zájemců bylo pro losování použito elektronické losovací zařízení, když jeho použití zákon předpokládá."* S odkazem na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S338/2011/VZ-15651/2011/210/OKo, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R63/2012/VZ-2145/2012/310/JSl, pak zadavatel uvádí, že výše uvedené závěry byly potvrzeny také ve vztahu k losovacímu zařízení použitému zástupcem zadavatele v šetřeném zadávacím řízení.

39. K uvedenému zadavatel konstatuje, že v době konání předmětného losování neexistovalo jiné rozhodnutí Úřadu, které by jakkoliv zpochybňovalo transparentnost daného zadávacího řízení, a proto zadavatel použil dané losovací zařízení k zajištění zúžení počtu zájemců o účast v zadávacím řízení.

40. V návaznosti na výše uvedené zadavatel dodává, že jednal v důvěře v předvídatelnost rozhodnutí správního orgánu a v souladu se zásadou legitimního očekávání, přičemž k této otázce cituje vyjádření Ústavního soudu ve věci sp. zn. IV. ÚS 690/01, v němž je uvedeno, že *„ke znakům právního státu a mezi jeho základní hodnoty patří neoddělitelně princip právní jistoty (čl. 1 odst. I Ústavy ČR), jehož neopominutelným komponentem je nejen předvídatelnost práva, nýbrž i legitimní předvídatelnost postupu orgánů veřejné moci v souladu s právem a zákonem stanovenými požadavky. Tato předvídatelnost postupu orgánů veřejné moci je vyjádřením maximy, na základě níž se lze v demokratickém právním státě spolehnout na to, že ve své důvěře v platné právo nikdo, tj. fyzická či právnická osoba, nebude zklamán. Pouze takto předvídatelné chování naplňuje v praxi fungování materiálně chápaného demokratického právního státu a vylučuje prostor pro případnou svévoli.“* Zadavatel podotýká, že v podmínkách právního státu je zcela nemyslitelné, aby správní orgán bez jakéhokoli bližšího zdůvodnění zcela popřel svá předcházející rozhodnutí a stanoviska a rozhodl zcela odlišně.

41. Zadavatel konstatuje, že vzhledem ke skutečnosti, že Úřad ani přes znalost konkrétních skutkových okolností o průběhu daného losování správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v dané věci nezahájil, domníval se tedy zadavatel, že v předmětném zadávacím řízení postupoval plně v souladu se zákonem. K uvedené záležitosti zadavatel dodává, že toto zadávací řízení bylo předmětem šetření ze strany Úřadu na návrh zájemce o účast v daném zadávacím řízení – společnosti Průmstav, a.s., ze dne 2. 11. 2011, kterým se tento zájemce domáhal přezkoumání postupu zadavatele mimo jiné z toho důvodu, že zadavatel neumožnil přečíslování pořadových čísel, přičemž dané správní řízení bylo ukončeno z důvodu zpětvzetí uvedeného návrhu a k následnému řízení o přezkoumání úkonů zadavatele již nedošlo.

42. Zadavatel uvádí, že Úřad v případech šetřených pod sp. zn. P434/2014/VZ a P430/2014/VZ řešil obdobnou otázku týkající se netransparentnosti průběhu losování, přičemž v uvedených případech Úřad neshledal důvody pro zahájení správních řízení z moci úřední. Zadavatel konstatuje, že neshledává žádný důvod k odlišnému hodnocení situace v šetřeném případě a navrhuje, aby obsahy spisů, které byly vedeny k uvedeným případům, byly připojeny do tohoto správního spisu vedeného pod sp. zn. S715/2014/VZ. V případě shledání odlišného závěru než Úřad shledal v rámci případů šetřených pod sp. zn. P434/2014/VZ a P430/2014/VZ by se podle zadavatele Úřad dopustil porušení zásady předvídatelnosti rozhodnutí orgánu státní správy.

43. Ve vztahu k rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2012-108 ze dne 6. 6. 2013, na který Úřad odkazuje v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 28. 8. 2014, zadavatel dále uvádí, že tento rozsudek nelze aplikovat na šetřený případ mimo jiné z toho důvodu, že v daném případě nedošlo ke kombinaci skutečností, které tvrdil žalobce v řízení předcházející vydání rozsudku, a na základě kterých Krajský soud konstatoval porušení zásady transparentnosti. Zadavatel upřesňuje, že v šetřeném případě nedošlo k vyslovení

pochybností o tom, že použité losovací zařízení je losovacím zařízením, jehož se týká zpráva o zkoušce, nevznikly pochybnosti o plombě na zadní straně losovacího zařízení, pochybnosti o možnosti provedení kontroly losovacího zařízení před zahájením vlastního losování a ani nedošlo k posunu termínu losování. Zadavatel dodává, že ačkoli mu není znám obsah soudního spisu vedeného v rámci řízení, v němž byl vydán předmětný rozsudek, obecně platí, že konkrétní zjištění z jednotlivých případů nejsou nijak závazná pro jiné případy, neboť kombinace jednotlivých znaků je třeba individuálně posoudit a vyhodnotit.

44. Zadavatel je přesvědčen, že jsou v daném správním řízení naplněny podmínky pro nařízení ústního jednání ve smyslu § 49 odst. 3 správního řádu, a to zejména v případě, kdy Úřad v rozporu s ust. § 46 odst. 1 správního řádu náležitě neidentifikoval předmět zahajovaného řízení.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

45. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele a na základě vlastního zjištění dospěl k závěru, že zadavatel porušil ustanovení § 61 odst. 4 a 5 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 zákona, když dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zástupce zájemce – Průmstav, a.s., kontrolu losovacího zařízení a přidělení nových pořadových čísel zájemcům o účast v užším řízení, přičemž způsob omezení počtu uchazečů za použití elektronického losovacího zařízení neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 9. 2. 2012 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem na plnění předmětné veřejné zakázky smlouvu o dílo. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

46. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

47. 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 § 61 odst. 2 nebo 4 zákona uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.

48. Podle § 61 odst. 4 zákona může být objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle § 61 odst. 1 zákona rovněž náhodný výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií podle § 61 odst. 2 zákona a náhodného výběru losem. Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování. Účastnit se losování mají právo zájemci,

kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.

49. Podle § 61 odst. 5 zákona je zadavatel povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

50. V bodu IV.1.1) oznámení o zakázce je uvedeno, že zadavatel zvolil pro zadání předmětné veřejné zakázky užší řízení. V bodu IV.1.2) je pak stanoveno, že zadavatel bude provádět *„náhodný výběr losem v souladu s § 61 odst. 4 zákona za přítomnosti zájemců, kteří splnili kvalifikační kritéria a za účasti notáře. Při losování má právo být přítomen jeden, plnou mocí zmocněný zástupce každého ze zájemců. Termín losování bude zájemcům, kteří splnili kvalifikační podmínky, sdělen písemnou formou nejpozději 5 dnů před losováním. Pořadí zájemců pro omezení počtu uchazečů je stanoveno dle data doručení žádosti o účast.“* Předpokládaný počet zájemců byl stanoven na 10.

51. Dne 18. 10. 2011 zadavatel vyrozuměl prostřednictvím zaslaného e-mailu zájemce o účast v zadávacím řízení o termínu losování. O průběhu losování, které se konalo dne 24. 10. 2011, byl dne 27. 10. 2011 sepsán notářkou JUDr. Libuší Žateckou notářský zápis (NZ 168/2011, N 177/2011). Z tohoto zápisu vyplývá, že losování moderoval zaměstnanec zástupce zadavatele, tj. společnosti Allowance s.r.o., JUDr. Jan Bělíček, a že losujícím byl pan Otakar Čmelinský, jakožto zástupce společnosti VE-ZAK CZ s.r.o., IČO 28600983, se sídlem Ke Stírce 491/33, 182 00 Praha 8, s níž měla společnost Allowance s.r.o. ke dni losování platnou mandátní smlouvu ze dne 13. 10. 2011. Podle protokolu o výsledku losování ze dne 24. 10. 2011 bylo losování provedeno pomocí elektronického losovacího zařízení CENT LOZ001. Současně jsou v notářském zápisu uvedeny následující informace. Zadavatel rozhodl o způsobu losování formou zařízení, kterým je nástroj pro losování náhodně generovaných čísel. Losovací zařízení nemá žádné aktivní komunikační rozhraní (bluetooth, Wi-Fi, LAN touch screen atd.) vyjma tří kláves pro ovládání aplikace. Losovací zařízení lze otevřít jen vyklopením zadního víka, které je pevně spojeno se zbytkem zařízení pomocí bezpečnostní pečetě. Podle přílohy č. 1 notářského zápisu má losovací zařízení vystavenu zprávu o zkoušce z Elektrotechnického zkušebního ústavu, se sídlem Pod lisem 129, 171 02 Praha 8, a je opatřeno plombou č. 056916. Zájemci o účast v užším řízení byli podle notářského zápisu upozorněni na možnost nechat na svoje náklady losovací zařízení po ukončení losování odvézt certifikačnímu orgánu ke kontrole.

52. Z uvedeného notářského zápisu vyplývá, že zástupce zájemce společnosti Průmstav, a.s., vznesl před zahájením losování dotaz, zda je možno zkontrolovat zdrojový kód, přičemž Otakar Čmelinský tento požadavek odmítl s tím, že *„k dispozici všem přítomným je kompletní zpráva o zkoušce losovacího zařízení od Elektrotechnického zkušebního ústavu …“* a zdůraznil, že *„je ochoten okamžitě po losování odjet do Elektrotechnického zkušebního ústavu, se sídlem Pod Lisem 129, v Praze 8 a v přítomnosti kteréhokoli ze zástupců uchazeče o veřejnou zakázku, nechat stále zapečetěný losovací přístroj zkontrolovat ….“*

53. V předmětném notářském zápisu je dále uvedeno, že zástupce společnosti Průmstav, a.s., vznesl před zahájením losování další dotaz, a to *„jak je možno zkontrolovat, že v losovacím*

přístroji není bluetooth, WI-FI, LAN, touch screen atd., nebo zařízení, kterým je možno losovací přístroj na dálku ovlivnit a požadoval otevření losovacího zařízení s tvrzením, že sám pozná, zda přístroj obsahuje tato zařízení, či ne", přičemž také tento požadavek byl Otakarem Čmelinským zamítnut s odůvodněním, že zařízení je zapečetěno a JUDr. Bělíček dodal, že *„pokud by pečeť byla odstraněna, nemohlo by být losováno, poněvadž by v tomto případě nebyla zaručena transparentnost."*

54. Úřad dále uvádí, že z notářského zápisu vyplývá, že zástupce společnosti Průmstav, a.s., před zahájením losování požádal také o přečíslování pořadových čísel společností ucházejících se o předmětnou veřejnou zakázku, přičemž také tento požadavek byl JUDr. Bělíčkem zamítnut, a to s odkazem na znění bodu IV.1.2) oznámení o zakázce, ve kterém je mimo jiné uvedeno, *že „…pořadí zájemců pro omezení počtu uchazečů je stanoveno dle data doručení žádostí o účast."* JUDr. Bělíček následně dodal, že *„…vzhledem k tomu, že nejsou přítomni všichni zástupci uchazečů a též vzhledem k tomu, že pořadí nemůže změnit nikdo z přítomných zástupců uchazečů ani on sám, jako průvodce tohoto losování a není přítomen nikdo, kdo by mohl přečíslování provést aniž by se losování nestalo netransparentním, není možno přečíslování umožnit."*

K výrokům I. a II. tohoto rozhodnutí

55. Úřad v prvé řadě uvádí, že zadavatel může provést omezování počtu zájemců mimo jiné formou náhodného výběru losem (losováním), vyhradí-li si to v oznámení zadávacího řízení.

56. Z ustanovení § 61 odst. 4 a 5 zákona přitom vyplývají následující požadavky, které musí zadavatel naplnit, jestliže se rozhodne omezovat počet zájemců o účast v užším řízení losováním:

- soulad se zásadami uvedenými v § 6 zákona;
- uskutečnění losování prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení;
- účast notáře, který osvědčuje průběh losování;
- právo všech zájemců, kterých se výběr losem týká, účastnit se losování;
- písemné vyrozumění o termínu losování nejméně 5 dnů před losováním;
- umožnění zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.

57. V šetřeném případě zadavatel termín losování stanovil dostatečně předem, všem zájemcům umožnil účast na losování a zajistil účast notáře, čímž část podmínek stanovených v § 61 odst. 4 zákona splnil. Úřad však získal pochybnost, zda byly při losování naplněny podmínky souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona, zejména soulad se zásadou transparentnosti, a dále podmínka spočívající v umožnění kontroly losovacího zařízení před zahájením losování.

58. Pokud jde o zásadu transparentnosti, v souladu s níž má být losování prováděno, Úřad uvádí, že tato zásada má podle závěrů rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 31/2008-114 ze dne 19. 1. 2010 zajistit, aby *„…zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně*

korektním a předvídatelným způsobem. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost, nepřehlednost či obtížnější kontrolovatelnost zadávacího řízení, nebo jež vzbuzuje pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele."

59. Úřad při posouzení předmětné problematiky vycházel mimo jiné z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010, ve kterém Nejvyšší správní soud k zásadě transparentnosti uvedl, že *„podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný"*, a že požadavek transparentnosti *„není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele"*. Základním úkolem zásady transparentnosti je tedy zajistit, aby k zadávání veřejných zakázek docházelo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Zásada transparentnosti může být dodržena pouze tehdy, jestliže průběh zadávacího řízení nevzbuzuje pochybnosti, že zadavatel jedná regulérně. Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku rovněž uvedl, 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.".* Stejně tak je možné ve vztahu k zachování zásady transparentnosti v zadávacím řízení, resp. jejímu obecnému vymezení odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 31 Ca 166/2005 ze dne 14. 5. 2007, kde soud uvedl, že požadavek transparentnosti není splněn tehdy, pokud jsou v postupu zadavatele shledány *„…takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele…"*.

60. *Vzhledem k tomu, že pojem transparentnost je neurčitým právním pojmem, uvádí k tomuto Úřad následující.* Úřad obsah a význam tohoto neurčitého právního pojmu *„transparentnost"* objasňuje v kontextu omezení počtu zájemců v zadávacím řízení losováním v návaznosti na rozsudek Krajského soudu v Brně, sp. zn. 62 Ca 31/2008 ze dne 19. 1. 2010, tedy z období před zahájením předmětného zadávacího řízení, kde soud k otázce losování uvedl: *„Losování, které je prováděno řádně, je totiž jistě dostatečně nediskriminační i transparentní. (…) Zajištění toho, aby veškeré kroky prováděné v zadávacím řízení – zejména pak losování – nepůsobilo netransparentně, je přitom vždy na zadavateli příslušné veřejné zakázky. Ten tak měl v daném případě zabezpečit, aby losování probíhalo férově, působilo korektně a aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti".* Na svoji předchozí rozhodovací praxi v otázce transparentnosti navázal Krajský soud v Brně již ve výše citovaném rozsudku sp. zn. 62 Af 61/2012 ze dne 6. 6. 2013 [1], kde soud přímo k losování za použití elektronických prostředků rovněž uvedl: *„Přistoupí-li tedy zadavatel k losování, musí být připraven unést břemeno, které spočívá v neexistenci jakýchkoli reálných a objektivizovaných pochybností o způsobu*

[1] K tomu lze dále odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu, sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010.

a průběhu losování. Zadavatel, hodlal-li omezovat účast zájemců losováním, tedy měl v daném případě zabezpečit, aby losování probíhalo férově, aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti a aby řádný průběh losování byl dostatečně jasně kontrolovatelný. (…) Nicméně zajištění toho, aby žádný z úkonů zadavatele prováděných v zadávacím řízení (a tedy ani losování coby úkon již ze své podstaty nepřezkoumatelný) nepůsobil netransparentně, je vždy na zadavateli veřejné zakázky". Úřad k výkladu pojmu *„transparentnost"* v souvislosti s losováním konstatuje, že v souladu s citovanou judikaturou je losování transparentní, pokud zadavatel zabezpečí, aby losování proběhlo férově, působilo navenek korektně a jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti. Řádným průběhem se přitom rozumí průběh losování, který je dostatečně kontrolovatelný.

61. Krajský soud v Brně se v citovaném rozsudku rovněž vyjádřil k použití elektronického losovacího zařízení CENT LOZ 002 (v šetřeném případě bylo použito losovací zařízení CENT LOZ 001 – pozn. Úřadu), když uvedl, že použití daného losovacího zařízení fakticky znemožňuje kontrolu losovacího zařízení i samotného losování. Kontrola provedená Elektronickým zkušebním ústavem podle Krajského soudu v Brně nepředstavovala kontrolu samotného procesu losování a nejednalo se o kontrolu ze strany zájemců v souladu s § 61 odst. 5 zákona, nýbrž nejvýše šlo o dřívější kontrolu třetí osobou, k níž nedošlo bezprostředně před zahájením losování. Kontrolou losovacího zařízení a prostředků k losování podle § 61 odst. 5 zákona musí být rozuměna taková kontrola, která na místě losování s využitím prostředků, které mohou mít zájemci coby účastníci losování bezprostředně před zahájením losování k dispozici, umožní objektivně posoudit, zda losování může proběhnout korektním způsobem či nikoliv. Takováto kontrola však v posuzované věci zájemcům umožněna být nemohla – fakticky se totiž jednalo o kontrolu počítačového programu, k jehož kontrole nemohli být účastníci řízení na místě losování bezprostředně po jeho zahájení vybaveni. Krajský soud dále podotkl, že za dostatečnou nelze považovat ani nabídku zadavatele, že přímo po losování může být zapečetěné losovací zařízení na náklady zájemce odvezeno na kontrolu, neboť tato následná kontrola nemusí provést přesvědčivou kontrolu procesu losování. Úřad v této souvislosti uvádí, že výše uvedené závěry Krajského soudu jsou přiléhavé na šetřený případ, neboť se v obou případech jednalo o použití obdobného elektronického losovacího zařízení a obdobný průběh a okolnosti losování, kdy zadavatel neumožnil jednomu ze zájemců o účast v zadávacím řízení přečíslování pořadových čísel, která byla jednotlivým zájemcům přidělena. Úřad přitom doplňuje, že pro aplikovatelnost daného rozsudku je zcela nepodstatné, na popud jakého subjektu byla žaloba v případě řešeném rozsudkem iniciována.

62. Z notářského zápisu o průběhu losování konaného dne 24. 10. 2011 vyplývá, že zadavatel zamítl požadavek zástupce zájemce Průmstav, a.s., na kontrolu a otevření losovacího zařízení (tj. kontrolu zdrojového kódu a kontrolu, zda v losovacím přístroji není bluetooth, WI-FI, LAN, touch screen atd., nebo zařízení, kterým je možno losovací přístroj na dálku ovlivnit). Současně zadavatel zamítl i požadavek téhož zájemce, aby zájemcům o účast v užším řízení byla přidělena nová pořadová čísla. Úřad k výše uvedeným skutečnostem nejprve uvádí, že v šetřeném případě, kdy bylo k omezení počtu zájemců použito elektronického zařízení, je třeba dodržení zásady transparentnosti chápat v kontextu použitého prostředku náhodného výběru. V návaznosti na závěry Krajského soudu v Brně citované v bodu 61

odůvodnění tohoto rozhodnutí lze dovodit, že v případě použití elektronického losovacího zařízení zadavatel zužuje možnost kontrolovat celý proces losování pouze na fázi před a po losování, když vlastní výběr zájemců generuje elektronické zařízení, jehož funkci lze jen stěží přezkoumat. Do této kontrolovatelné fáze spadá zejména postup zadavatele těsně před zahájením losování, tedy včetně způsobu přiřazení pořadových čísel jednotlivým zájemcům o účast v užším řízení a kontroly losovacího zařízení.

63. Ve vztahu k odmítnutí požadavku zadavatele na kontrolu losovacího řízení (zejména prostřednictvím jeho otevření) Úřad uvádí, že přestože lze s ohledem na zprávu Elektrotechnického zkušebního ústavu o zkoušce losovacího zařízení usuzovat, že jistá kontrola losovacího zařízení proběhla, nejednalo o kontrolu ze strany zájemců, jak ukládá § 61 odst. 5 zákona, nýbrž nejvýše o dřívější kontrolu třetí osobou, k níž nedošlo bezprostředně před zahájením losování. Pokud zadavatel v šetřeném případě zájemcům neumožnil otevření losovacího zařízení, účinná kontrola losovacího zařízení zájemci fakticky nebyla možná. Zájemci se totiž nejvýše mohli na losovací zařízení „podívat“, resp. zvenčí si je „prohlédnout“, nikoli provést efektivní kontrolu losovacího zařízení z pohledu samotného postupu při losování. Za splnění podmínek uvedených v ustanovení § 61 odst. 5 zákona přitom nelze považovat skutečnost, že zadavatel umožnil kontrolu pouze neporušenosti zajišťovací plomby a výrobního čísla losovacího zařízení a nikoli celého losovacího zařízení. Kontrolou losovacího zařízení a prostředků sloužících k losování ve smyslu § 61 odst. 5 zákona musí být rozuměna taková kontrola, která na místě losování s využitím prostředků, které mohou mít zájemci coby účastníci losování bezprostředně před zahájením losování k dispozici, umožní objektivně posoudit, zda losování může proběhnout korektním způsobem či nikoli. Vzhledem k výše uvedenému je nutno mít za to, že zadavatel nedostál požadavku ust. § 61 odst. 5 zákona, když na žádost jednoho ze zájemců (Průmstav, a.s.) neumožnil kontrolu losovacího zařízení jeho otevřením a tedy neumožnil zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování, čímž umocnil pochyby o transparentnosti losování. Uvedený postup přitom nebylo možno zhojit nabídkou zadavatele na odvezení losovacího zařízení Elektrotechnickému zkušebnímu ústavu (jak je uvedena v notářském zápisu ze dne 27. 10. 2011), neboť se jednak nejedná o kontrolu učiněnou před zahájením losování a jednak se nejedná o kontrolu ze strany zájemců, nýbrž třetí osoby. Úřad shrnuje, že vzhledem k tomu, že zadavatel v daném případě odmítl požadavek zájemce společnosti Průmstav, a.s., na kontrolu losovacího zařízení, který byl vznesen před samotným losováním, a odkázal pouze na zprávu o zkoušce losovacího zařízení od Elektrotechnického zkušebního ústavu, případně na možnost provést kontrolu losovacího zařízení v Elektrotechnickém zkušebním ústavu po ukončení losování, nelze daný postup zadavatele považovat za umožnění kontroly losovacího zařízení či prostředků sloužících k losování ve smyslu ustanovení § 61 odst. 5 zákona, neboť se nejednalo o fyzickou kontrolu daného losovacího zařízení (nikoli tedy pouze kontrolu zajišťovací plomby či výrobního čísla, případně zprávy sepsané třetí osobou) provedenou osobou zájemce tak, aby tato kontrola vyvrátila jeho pochybnosti o možné netransparentnosti losování. Není přitom rozhodné, zda ke zmanipulování losování v posuzovaném případě skutečně došlo či nikoliv, podstatné je, že existuje reálná možnost, že k určitému ovlivňování mohlo dojít, a že tedy vyvstala pochybnost o řádnosti a férovosti losování.

64. Úřad doplňuje, že ani tvrzení zadavatele, že by nemohlo být v případě odstranění pečeti z losovacího zařízení losováno, neboť by nebyla zaručena transparentnost, stejně tak jako tvrzení zadavatele o tom, že průběhu daného losování nebyli přítomni všichni uchazeči zájemců, což by v případě umožnění kontroly losovacího zařízení jednomu z nich mohlo podle zadavatele u ostatních zájemců vzbudit pochybnosti o dodržení zásady transparentnosti losování, nelze považovat za relevantní. K tomu Úřad uvádí, že postup požadovaný zájemcem, tj. odstranění pečeti a umožnění kontroly losovacího zařízení před losováním, shledává naopak s ohledem na zásady stanovené v § 6 zákona za žádoucí, neboť v opačném případě vzniká v dané situaci pochybnost o transparentnosti postupu zadavatele. Na tuto skutečnost přitom nemá žádný vliv ani počet přítomných zájemců, jak argumentuje zadavatel, neboť žádná podmínka, která by se týkala počtu zájemců přítomných losování, není v § 61 odst. 5 zákona ani v žádném jiném zákonném ustanovení stanovena. Počet zájemců, kteří využijí možnosti přítomnosti na losování tedy nemá ani vliv na dodržení zásady transparentnosti zakotvené v ust. § 6 zákona a zadavatel je povinen zásadu transparentnosti losování dodržet bez ohledu na počet přítomných zájemců o danou veřejnou zakázku.

65. V souvislosti s odmítnutím požadavku jednoho ze zájemců (Průmstav, a.s.) o změnu přidělených čísel před zahájením losování Úřad připomíná, že zadavatelem zvolené přiřazení pořadových čísel jednotlivým zájemcům pro účel losování vycházelo z chronologického pořadí, v jakém tito zájemci podali svoji žádost o účast, přičemž zájemci byli o této volbě předem informováni prostřednictvím bodu IV.1.2) oznámení o zakázce (viz bod 50 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Nicméně je nutno konstatovat, že předchozí informace zájemcům o způsobu přidělení pořadových čísel pro účely losování ještě nezaručuje transparentnost procesu losování a je nutno vždy zabránit jakýmkoli pochybnostem o netransparentním jednání zadavatele v průběhu zadávacího řízení. Pokud tedy některý ze zájemců přítomných losování vznese požadavek k zadavateli na přečíslování čísel, lze takový požadavek hodnotit jako vyjádření pochyb o netransparentnosti v procesu losování žádostí o účast a zadavatel by měl takové pochybnosti svým jednáním rozptýlit. Provedení přečíslování na místě před zahájením vlastního losování za přítomnosti zájemců, kteří využili svého práva se losování zúčastnit, bylo podle názoru Úřadu právě jednou z mála možností, kterou bylo možné transparentnost výběru s ohledem na použitý elektronický prostředek pro losování alespoň nějakým způsobem zajistit. Tento postup přitom mohl rozptýlit pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele související s možností manipulace elektronického losovacího zařízení ovlivněním jeho softwaru.

66. Úřad s ohledem na skutečnost, že zadavatel byl povinen provést omezení počtu zájemců v souladu se zásadami zakotvenými v § 6 zákona, konstatuje, že zadavatel měl za účelem dodržení zásady transparentnosti vyloučit veškeré pochybnosti o zákonnosti průběhu losování a měl rovněž zabezpečit, aby losování probíhalo způsobem, který je dostatečně kontrolovatelný. V šetřeném případě to podle názoru Úřadu znamenalo žádosti zájemce – Průmstav, a.s. – o přečíslování vyhovět, přestože zákon tuto povinnost zadavateli výslovně neukládá, případně věrohodně vysvětlit, proč taková změna na místě před losováním není možná, neboť opačným postupem zadavatele vznikly pochybnosti o korektním průběhu losování. V důsledku zamítnutí požadavku na přečíslování zájemců se tak průběh omezení

počtu zájemců o účast v užším řízení losováním nejeví jako dostatečně kontrolovatelný. Úřad uvádí, že ke zvýšení průhlednosti losování v dané situaci by proto přispělo právě přečíslování umožnit a vyvrátit tak možné pochyby o řádném průběhu náhodného výběru, neboť losovací zařízení a určení pořadí zájemců pro losování byly v dispozici pouze zadavatele, resp. společností, které byly organizací zadávacího řízení a vlastním losováním zadavatelem pověřeny.

67. Úřad dále pokládá za vhodné vyjádřit se k části notářského zápisu, která popisuje vlastní losovací zařízení (viz bod 51 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a konstatuje, že všechny zde uvedené skutečnosti nic nevypovídají o stavu zařízení k okamžiku losování, neboť není ověřitelné, kdo a kdy zmiňovanou bezpečnostní pečeť na losovací zařízení umístil a kdo garantoval stav softwaru zařízení před vložením pečeti. V souvislosti s otázkou funkce bezpečnostní plomby Úřad zmiňuje tiskové prohlášení Elektrotechnického zkušebního ústavu, citované v rozsudku Krajského soudu v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 61/2012 ze dne 6. 6. 2013, který zařízení tohoto výrobce a téhož provozovatele přezkušoval a vyjadřoval se k povaze jím prováděných zkoušek. *„Z tiskového prohlášení Elektrotechnického zkušebního ústavu, s. p., v reakci na článek publikovaný v Hospodářských novinách dne 13. 2. 2013, kde se tento ústav vyjadřoval k rozsahu jím provedeného prověřování losovacího zařízení společnosti VE-ZAK CZ s. r. o., plyne, že předmětem zkoušky v Elektrotechnickém zkušebním ústavu, s. p., nebylo posouzení procesu losování, že tento ústav žádným způsobem neověřoval funkčnost a trvanlivost plombování přístroje vůči neoprávněnému zásahu, tj. že nebyl certifikován samotný proces losování nebo možnost jeho ovlivnění zásahy obsluhy“.* Úřad konstatuje, že otázka funkčnosti a trvanlivosti plombování je pro posouzení naplnění předpokladu transparentnosti losování nezanedbatelná, neboť není zaručeno, že neexistoval volný přístup k softwaru losovacího zařízení. Skutečnost, že zařízení použité pro losování nemuselo být dostatečně zabezpečeno, je další okolností přispívající k závěru, že v kombinaci s neumožněním přečíslování byl postup zadavatele netransparentní.

68. Úřad v souladu s výše citovanou judikaturou shledává ve výše popsaném postupu zadavatele prvky, které v návaznosti na omezení počtu zájemců losováním činí zadávací řízení hůře kontrolovatelné, a které vzbuzují pochybnosti o pravých důvodech kroků zadavatele a regulérnosti průběhu losování, neboť zcela zjevně zakládají pochybnost, zda zadavatel v daném případě „neměl důvod něco skrývat“, když měl naopak zabezpečit, aby losování působilo korektně a aby jeho průběh žádné pochybnosti nevyvolával. Úřad dále konstatuje, že nejde o to, zda s losovacím zařízením mohlo být manipulováno a není to ani součástí jeho přezkumu, ale zda průběh losování se navenek jevil jako férový a řádný. Dle Úřadu byl požadavek na transparentnost losování uveden v zákoně již v době před zahájením zadávacího řízení (oproti Úřadem citované judikatuře, např. opakovaně zmiňovaný rozsudek Krajského soudu sp. zn. 62 Af 61/2012) a výklad pojmu *„transparentnost“* v souvislosti s losováním byl znám z rozhodovací praxe správních soudů, například z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 31/2008 ze dne 19. 1. 2010 a návazného rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010. Nad rámec uvedeného Úřad podotýká, že soud v posledně citovaném rozsudku uvedl, že zjištění, zda v určitém případě byla porušena zásada transparentnosti, se musí odvíjet od hodnocení všech okolností konkrétního případu, když podmínkou dodržení zásady transparentnosti je průběh

zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný, přičemž porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé zákonné povinnosti.

69. Souhrn skutkových okolností, jenž vedl ke zpochybnění transparentnosti losování, popsal Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 61/2012 ze dne 6. 6. 2013, ve kterém se vyjádřil k otázce požadavku zájemce o veřejnou zakázku na přečíslování, tj. na změnu předem přiřazených čísel jednotlivým uchazečům pro účel losování elektronickými prostředky takto: *„Je sice pravdou, že ZVZ výslovně neukládá zadavateli povinnost přiřazovat čísla pro losování konkrétním (náhodným) způsobem, jak dovodil žalovaný, avšak za situace, kdy čísla byla zájemcům přidělena předem, kdy předchozí kontrola losovacího zařízení Elektrotechnickým zkušebním ústavem, s. p., se na průběh losování nevztahovala a kdy kontrola losovacího zařízení bezprostředně před zahájením losováním byla fakticky nemožná, odmítnutí přečíslování před zahájením losování (jehož požadavek zdejší soud s ohledem na zjištěné skutkové okolnosti nepokládá za zjevně obstrukční postup žalobce) postrádá racionální zdůvodnění a pochyby o způsobu losování skutečně posiluje. Souhrn již právě uvedených okolností, aniž by bylo zapotřebí věnovat se dalším dílčím bodům žalobní argumentace, vyvolává objektivizovaný dojem, že použité losovací zařízení nemuselo zaručovat náhodný výběr čísel jednotlivých zájemců“.* Soud v posledně citovaném rozsudku dále dovozuje, že již pochybnost o korektnosti průběhu losování, která vyvstane na základě souhrnu určitých indicií, je k závěru o porušení zásady transparentnosti postačující. Dle soudu není podstatné, zda k ovlivňování losování skutečně došlo, ale že existuje reálná možnost, že k určitému ovlivňování dojít mohlo, a že tedy vyvstala objektivní pochybnost o řádném průběhu losování. Podobně se Krajský soud v Brně vyjádřil v rozsudku sp. zn. 62 Af 47/2010 ze dne 15. 2. 2012, kde uvedl: *„Minimální standard řádného průběhu losování je tedy dán neexistencí objektivních pochybností o transparentnosti jeho průběhu. (…) I soud má totiž za to, že kombinace žalobcem zmíněných skutečností, které provázely losování, způsobuje porušení zásady transparentnosti. Přestože se závěry, které žalobce z těchto skutečností dovozuje, pohybují na úrovni nijak neprokázaných domněnek, nemění to nic na tom, že kombinace žalobcem zmíněných okolností je podle zdejšího soudu právě takovým prvkem, který průběh losování činí nekontrolovatelným a nečitelným, a způsobuje tak porušení zásady transparentnosti. Pokud totiž v daném případě byly losovací kartičky připravovány mimo jakoukoli kontrolu notáře či zástupců zájemců, nebyla vyloučena možnost kartičky upravit způsobem, na nějž poukazuje žalobce“.*

70. Dále Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 64/2013 – 52 ze dne 6. 11. 2013, kterým byl potvrzen rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2012 – 108 ze dne 6. 6. 2013, zdůraznil, že v případě, kdy kontrola elektronického losovacího zařízení, tj. počítačového programu, samotnými zájemci nebyla fakticky možná, neboť zájemci k tomu nemohli být bezprostředně před losováním vybaveni, byla de facto jediným způsobem, jak mohli sami zájemci sledovat transparentnost procesu losování, právě změna čísel přiřazených jednotlivým zájemcům bezprostředně před losováním. Nejvyšší správní soud má tedy za to, že změna čísel zájemců bezprostředně před zahájením losování by umožnila zájemcům faktickou kontrolu losovacího postupu. Vzhledem k technické povaze losovacího zařízení

totiž jiná kontrola ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování nebyla materiálně možná.

71. Analogicky se závěry učiněnými ve výše citovaných rozsudcích, má Úřad za to, že v šetřeném případě došlo k porušení zásady transparentnosti, jejíž naplnění v průběhu losování vyžaduje ustanovení § 61 odst. 4 zákona, neboť odmítnutí požadavku jednoho ze zájemců o účast v užším řízení na záměnu čísel přidělených zadavatelem účastníkům losování podle pořadí doručení žádostí o účast vzbuzuje pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele. Odmítnutím požadavku na přidělení nových pořadových čísel zájemcům o účast v užším řízení byla zájemcům v podstatě znemožněna kontrola losovacího zařízení, neboť vzhledem k technické povaze losovacího zařízení se jedná o jednu z mála možných způsobů kontroly ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování. V důsledku uvedeného postupu zadavatele pak vzniká podezření, že mechanismus výběru čísel při losování by mohl být zadavatelem nastaven tak, aby byli vylosováni právě konkrétní zájemci s předem přidělenými pořadovými čísly. Není přitom podstatné, zda k porušení zákona ve formě ovlivnění výsledku losování ze strany zadavatele skutečně došlo, k učinění závěru o porušení zásady transparentnosti stačí pouhá pochybnost o regulérnosti postupu zadavatele. Úřad se tak v šetřeném případě nezabýval posouzením otázky, zda skutečně při losování prostřednictvím elektronického zařízení k manipulaci došlo či nikoliv.

72. V souvislosti s argumenty zadavatele, podle nichž nelze vztahovat závěry uvedené v citovaném rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2012-108 ze dne 6. 6. 2013 k zadávacímu řízení realizovanému v době, kdy tento výklad nebyl znám, Úřad konstatuje, že tato skutečnost na posouzení věci ničeho nemění, neboť v době před zahájením předmětného zadávacího řízení byl požadavek na transparentnost losování uveden v zákoně a výklad pojmu „transparentnost“ byl v souvislosti s losováním znám z rozhodovací praxe správních soudů, např. z již citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010.

73. V návaznosti na zpochybnění rozhodovací praxe Úřadu v době po zahájení šetřeného zadávacího řízení se Úřad vyjadřuje k odklonu od své rozhodovací praxe, a to v kontextu rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 61/2012 ze dne 6. 6. 2013. Úřad uvádí, že v rámci zásady právní jistoty by byl v šetřeném případě povinen věc posoudit stejným způsobem, jakým již dříve posoudil skutkově obdobné či stejné věci a pokud v okamžiku jeho rozhodování existují i jiná rozhodnutí Úřadu o skutkově obdobných nebo stejných případech, je nutno chránit víru účastníků, že Úřad bude v případě zadavatele postupovat stejným způsobem. Úřad je však na druhé straně povinen rozhodovat v souladu se zásadou legality a jeho rozhodnutí tak musí být v souladu se zákonem. Ke vztahu zásady legitimního očekávání a zásady legality se vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 1 Afs 50/2009 ze dne 16. 3. 2010, kde soud uvedl: „*Pokud pak správní orgán zamýšlí rozhodnout v obdobném či shodném případě jiným způsobem, může tak učinit pouze, jak stanoví § 2 odst. 4 správního řádu, pokud je to důvodné. Jinými slovy, zásada legitimního očekávání účastníka správního řízení nemá v žádném případě absolutní hodnotu a je např. omezena jinými zásadami, jež je v rámci správního řízení správní orgán povinen respektovat. Zde musí Nejvyšší správní soud souhlasit s názorem krajského soudu, že zásada legitimního očekávání je omezena zejm. zásadou legality (§ 2 odst. 1 a 2 správního řádu) či zásadou účelnosti*

a souladu zvoleného řešení s veřejným zájmem (§ 2 odst. 4 správního řádu). Lze tedy přitakat krajskému soudu, že jedním ze závažných důvodů, na základě nichž může správní orgán prolomit legitimní očekávání účastníků správního řízení, by mohl být např. rozpor rozhodování správního orgánu s právními předpisy". Úřad na základě výše uvedeného konstatuje, že v souladu se zásadou legality je v nyní šetřené veřejné zakázce vázán právním názorem výše citovaného správního soudu, který dovodil, že již pochybnost o korektnosti průběhu losování, která vyvstane na základě souhrnu určitých indicií, je k závěru o porušení zásady transparentnosti postačující. Úřad dále doplňuje, že jeho výklad zásady transparentnosti při omezování počtu zájemců v užším řízení, prostřednictvím elektronického losovacího zařízení, se po vydání zadavatelem citovaných rozhodnutí dále vyvíjel. Úřad dvě předchozí odlišná rozhodnutí ve své následné rozhodovací praxi již korigoval. Jedná se například o rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S22/2012/VZ-6708/2012/550/JHn ze dne 17. 10. 2012, č. j. ÚOHS-S29/2012/VZ-19495/2012/521/JHn z téhož dne a č. j. ÚOHS-S66/2012/VZ-4899/2012/530/PPo ze dne 22. 10. 2012, nebo rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R301/2012/VZ-23985/2013/310/MMl ze dne 9. 12. 2013, č. j. ÚOHS-R310/2012/VZ-23991/2013/310/MMl z téhož dne a č. j. ÚOHS-R308/2012/VZ-24618/2013/310/MLr ze dne 18. 12. 2013, kde Úřad zadavatelům uložil pokuty za spáchání správních deliktů v důsledku porušení zásady transparentnosti při losování elektronickými prostředky podle ust. § 61 odst. 4 zákona.

74. Úřad se v návaznosti na výše uvedené vyjadřuje k otázce, jakou kvalitu musí mít správní praxe, aby vůbec založila legitimní očekávání, a jaké jsou možnosti její změny. V této souvislosti Úřad odkazuje na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, sp. zn. 6 Ads 88/2006, ve kterém soud uvedl: *„správní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů. Takovou praxí je správní orgán vázán. Lze ji změnit, pokud je změna činěna do budoucna, dotčené subjekty mají možnost se s ní seznámit a je řádně odůvodněna závažnými okolnostmi".* Úřad po pečlivém posouzení všech okolností konstatuje, že se tato zásada v nyní projednávané věci neuplatní, neboť Úřad svou předchozí správní praxi v případě dvou výše citovaných rozhodnutí neshledal jako praxi konstantní, ustálenou a dlouhodobou, a je tedy možné připustit její změnu. Současně dle Úřadu nelze na změnu teprve vytvářené rozhodovací praxe Úřadu klást tytéž požadavky jako na změnu ustálené správní praxe. Tento svůj závěr odůvodňuje Úřad zejména tím, že při rozhodování nyní projednávané věci musel přihlédnout k aktuální soudní judikatuře, která zaujala k otázce transparentnosti losování (v porovnání s judikaturou dosavadní) výrazně přísnější výklad. Úřad dále doplňuje, že na úrovni správního soudnictví se již vytvořila ustálená rozhodovací praxe, která dovozuje, že minimální standard řádného průběhu losování je dán neexistencí objektivních pochybností o transparentnosti jeho průběhu.

75. K argumentu zadavatele, že Úřad nezahájil správní řízení, ačkoli v dané věci zastavil správní řízení zahájené na návrh zájemce – společnosti Průmstav, a.s., ze dne 2. 11. 2011 z důvodu zpětvzetí návrhu, Úřad konstatuje, že jelikož zadavatelem zmiňované rozhodnutí nebylo ukončeno meritorním rozhodnutím, nelze činit jakékoli závěry o zákonnosti či nezákonnosti postupu zadavatele v tomto zadávacím řízení. S ohledem na skutečnost, že po zjištění

důvodu pro procesní zastavení správního řízení není Úřad povinen se věcí dále zabývat a zkoumat zákonnost postupu zadavatele, nelze vyloučit, že na základě podaného návrhu nezíská pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, když se jím blíže meritorně nezabýval. Nelze tak dospět k závěru, že Úřad okamžitým nezahájením správního řízení z moci úřední v době po podání návrhu uvedeného zájemce potvrdil soulad postupu zadavatele se zákonem, jak dovozuje zadavatel.

76. K námitce zadavatele, že nebyl seznámen s celým zněním podnětu, Úřad uvádí, že z oznámení o zahájení předmětného správního řízení ze dne 28. 8. 2014, jakož i z celého správního spisu vedeného v dané věci, je dostatečně zřejmý předmět tohoto správního řízení, o čemž svědčí mimo jiné i vyjádření zadavatele ke konkrétní problematice ze dne 23. 9. 2014 a ze dne 8. 10. 2014. V rámci oznámení o zahájení správního řízení byly jasně specifikovány pochybnosti Úřadu o souladu postupu zadavatele se zákonem tj. *„zda zadavatel postupoval v souladu s ustanovením § 61 odst. 5 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když před zahájením losování neumožnil zástupci zájemce Průmstav, a.s. na jeho žádost zkontrolovat losovací zařízení a přečíslování pořadových čísel uchazečů o danou veřejnou zakázku*“. Z uvedených důvodů nelze považovat tvrzení zadavatele, že předmět zahajovaného správního řízení nebyl náležitě identifikován, za opodstatněné. Úřad dodává, že podnět jako takový není v šetřeném případě podkladem pro rozhodnutí, nýbrž pouze impulsem k šetření Úřadu před zahájením správního řízení. Úřad doplňuje, že zadavatel měl možnost se ve správním řízení vyjádřit ke všem podkladům rozhodnutí.

77. K požadavku zadavatele na nařízení ústního jednání ve věci Úřad uvádí, že nařízení takového jednání neshledal jako účelné, neboť práva zadavatele mohla být v daném správním řízení řádně uplatněna, a to zejména tím, že byla zadavateli příslušnými usneseními Úřadu dána možnost navrhovat důkazy a činit jiné návrhy, vyjádřit v řízení své stanovisko a vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Rovněž Úřad v návaznosti na žádost zadavatele prodloužil usnesením č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-18965/2014/533/ZPr ze dne 9. 9. 2014 lhůtu, v níž zadavatel mohl navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko. S ohledem na výše uvedené Úřad neshledal důvody pro nařízení ústního jednání. Závěrem k této námitce Úřad dodává, že jelikož neshledal důvod pro nařízení ústního jednání, nerozhodoval ani o Úřad o návrhu zadavatele, aby ústní jednání bylo veřejné.

78. Úřad k návrhu na doplnění dokazování obsahem spisů sp. zn. P434/2014/VZ a sp. zn. P430/2014/VZ dále uvádí, že tento důkaz neprováděl, neboť každý případ je nutno posoudit individuálně z hlediska všech relevantních skutečností. O zákonnosti či nezákonnosti postupu zadavatele nelze usuzovat podle výsledků šetření podnětů Úřadu v jiných případech, neboť každé zadávací řízení je individuální a je nutno jej přezkoumávat samostatně s ohledem na konkrétní okolnosti šetřeného případu. Úřad doplňuje, že shromážděné důkazy považuje za zcela dostačující a prokazující stav věci a výše navrhovaný důkaz zadavatele by do výsledku správního řízení nemohl přinést žádné nové skutečnosti. Z výše uvedeného důvodu tedy Úřad považuje za irelevantní dokumenty z podnětů, které se týkají jiných veřejných zakázek, přikládat do správního spisu týkající se veřejné zakázky prošetřované v rámci tohoto správního řízení.

79. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad proto konstatuje, že zadavatel – porušil ustanovení § 61 odst. 4 a 5 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 zákona, když dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zástupce zájemce – Průmstav, a.s., kontrolu losovacího zařízení a přidělení nových pořadových čísel zájemcům o účast v užším řízení, přičemž způsob omezení počtu zájemců za použití elektronického losovacího zařízení neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování. Postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť omezení počtu zájemců o účast v užším řízení je klíčovou fází užšího řízení, v níž jsou z kvalifikovaných dodavatelů vybíráni ti, kteří budou vyzváni k podání nabídky. Jak je odůvodněno výše, v šetřeném případě nelze vyloučit pochybnosti o korektním průběhu losování. Bylo-li by losováno v souladu se zásadou transparentnosti a způsobem umožňujícím náhodný výběr losem, lze konstatovat, že okruh uchazečů, kteří byli následně vyzváni k podání nabídky, by mohl být jiný a některý uchazeč z tohoto okruhu mohl zadavateli nabídnout výhodnější podmínky plnění veřejné zakázky. Vzhledem ke všem uvedeným důvodům rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí.

K uložení pokuty

80. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

81. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správních deliktů tím, že

- porušil ustanovení § 61 odst. 4 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 zákona, když dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zástupce zájemce – Průmstav, a.s., přidělení nových pořadových čísel zájemcům o účast v užším řízení, přičemž způsob omezení počtu uchazečů za použití elektronického losovacího zařízení neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky,

- porušil ustanovení § 61 odst. 5 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 zákona, když dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zástupce zájemce – Průmstav, a.s., IČO 25105825, se sídlem Pobřežní 667/78, 186 00 Praha 8, kontrolu losovacího zařízení, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

  Jelikož zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 9. 2. 2012 na předmět plnění veřejné zakázky „Kanalizace Krásná Lípa“ smlouvu, aniž by dodržel výše uvedené postupy

stanovené zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil skutkovou v obou případech podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

82. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

83. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ustanovení § 121 odst. 3 zákona k uložení pokuty. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona dozvěděl dne 21. 5. 2014, kdy obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele. Ke spáchání správních deliktů došlo uzavřením smlouvy o dílo dne 9. 2. 2012. Správní řízení bylo zahájeno dne 29. 8. 2014. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikty nezanikla.

84. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za právní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.

85. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výši sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (poena maior absorbet minorem – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů týmž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomocí analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007 – 135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.

86. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu. V daném případě zadavatel naplnil skutkové podstaty správních deliktů uvedených pod shodným zákonným ustanovením, a tudíž za oba spáchané správní delikty zadavatelem je tedy stanovena shodná sazba výše pokuty.

87. V daném případě tedy principu absorpce podléhají následující správní delikty spáchané zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona:

- porušení ustanovení § 61 odst. 4 zákona a zásady transparentnosti zakotvené v ustanovení § 6 zákona, když dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, zadavatel neumožnil na žádost zástupce zájemce – Průmstav, a.s., přidělení nových pořadových čísel zájemcům o účast v užším řízení, přičemž způsob omezení počtu uchazečů za použití elektronického losovacího zařízení neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky,
- porušení ustanovení § 61 odst. 5 zákona a zásady transparentnosti zakotvené v ustanovení § 6 zákona, když dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, zadavatel neumožnil na žádost zástupce zájemce – Průmstav, a.s., IČO 25105825, se sídlem Pobřežní 667/78, 186 00 Praha 8, kontrolu losovacího zařízení, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky

88. V souladu se zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, tj. deliktu, za který je možno uložit nejpřísnější sankci (nejvyšší pokutu). Vzhledem k tomu, že za správní delikty uvedené ve výroku I. a II. rozhodnutí je sankce stejně přísná, zabýval se Úřad otázkou, který delikt je v šetřeném případě závažnější.

89. Při posouzení míry závažnosti spáchaných správních deliktů vzal Úřad v úvahu, že v postupu zadavatele, když odmítl požadavek zájemce Průmstav, a.s., o přidělení nových pořadových čísel zájemcům o účast v užším řízení, Úřad neshledal žádný důvod, který by zadavateli bránil vyhovět tomuto požadavku jednoho ze zájemců, aniž by zadavatel musel vyvinout větší úsilí či jej nutil k zásadnější manipulaci s losovacím zařízením (naproti tomu v případě neumožnění kontroly losovacího zařízení zadavateli bránila v otevření losovacího zařízení, a tedy jeho kontrole, alespoň umístěná plomba a zadavatel by tedy k umožnění kontroly losovacího zařízení musel plombu odstranit – to ovšem nemění nic na to, že zadavatel byl povinen tak učinit – viz závěry Úřadu výše). Z tohoto důvodu Úřad stanovil pokutu za správní delikt uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí, neboť jej považuje za závažnější. K tomu Úřad podotýká, že k druhému spáchanému deliktu přihlédne v rámci okolností spáchání správního deliktu.

90. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí částku ve výši 109 491 355 Kč včetně DPH (tj. cena včetně rezervy). Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy po zaokrouhlení činí částku ve výši 5 474 568 Kč.

91. Jak vyplývá z ustanovení § 121 odst. 2 zákona, Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho

následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnosti správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán).

92. Podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť uvedený postup vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti. V posuzovaném případě se tedy nejednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější, neboť zadavatel zahájil zadávání veřejné zakázky v užším řízení. Jelikož však při omezování počtu zájemců o účast v užším řízení došlo k porušení jedné ze základních zásad, na kterých zadávací řízení stojí (zásady transparentnosti), jedná se o správní delikt závažného charakteru.

93. Co se týče způsobu spáchání správního deliktu, nemá Úřad žádné indicie, že by zadavatel při omezování počtu zájemců o účast v užším řízení jednal v přímém či nepřímém úmyslu s cílem ovlivnit výsledek losování ve prospěch konkrétních zájemců. Způsob spáchání správního deliktu tedy nevykazuje znaky svědčící o tom, že by uložená pokuta měla být adekvátním způsobem zvýšena. Zadavatel tedy pochybil, když před vlastním losováním nevyhověl žádosti jednoho z uchazečů o přečíslování zájemců k provedení náhodného výběru, což vzhledem k zadavatelem zvolené formě omezení počtu zájemců elektronickým losováním a technické povaze losovacího zařízení, které nebylo možné na místě bez potřebného vybavení zkontrolovat, vzhledem k okolnosti, že není ověřitelná funkčnost a trvanlivost plomby losovacího přístroje a vzhledem k nedostatečnému odůvodnění zamítnutí žádosti o přečíslování, bylo jedním z mála způsobů, jak mohli sami zájemci alespoň nějakým způsobem sledovat a kontrolovat transparentnost procesu losování.

94. Z hlediska následků vzal Úřad při stanovení výše pokuty v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem mohl ovlivnit účast dalších dodavatelů v zadávacím řízení a narušit tak soutěžní prostředí. Nelze totiž vyloučit, že kdyby zadavatel při omezování počtu zájemců o účast losováním postupoval v souladu se zákonem, mohl být vybrán jiný okruh uchazečů o veřejnou zakázku a z tohoto okruhu by některý uchazeč mohl předložit nabídku, která mohla být ekonomicky výhodnější a došlo by tak k úspoře finančních prostředků z veřejných zdrojů. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.

95. Úřad z hlediska okolností, za nichž byl delikt spáchán, konstatuje, že právě souhrn vícero okolností ve spojení s neumožněním přečíslování vede Úřad k závěru, že v přezkoumávaném případě nebyl naplněn předpoklad transparentnosti losování. Pokud by zadavatel návrhu na změnu označení uchazečů pro losování vyhověl, pak by naplnil alespoň minimální míru zákonného požadavku na dodržení předpokladu transparentnosti v tomto konkrétním

případě, a to bez ohledu na další okolnosti. Umožnit přečíslování bylo totiž natolik zásadní, že mělo potenci omezit či zcela vyloučit negativní dopad dalších okolností plynoucích buď z povahy losovacího zařízení, nebo z jednání zadavatele. Úřad zde shledává okolnost přitěžující, neboť zadavatel odmítl přečíslovat jednotlivé zájemce, aniž by tento svůj postup jakkoli rozumně zdůvodnil.

96. V neprospěch zadavatele přihlédl Úřad ke skutečnosti, že se zadavatel v rámci zadávacího řízení dopustil dalšího správního deliktu specifikovaného ve výroku II. rozhodnutí tím, že neumožnil kontrolu losovacího zařízení, čímž dále umocnil pochybnosti o regulérnosti losování v daném zadávacím řízení.

97. Ve prospěch zadavatele přihlédl Úřad ke skutečnosti, že postup zadavatele při přidělování pořadových čísel pro účely losování není v zákoně výslovně upraven a v době zadávání šetřené veřejné zakázky k otázce zamítnutí požadavku na přečíslování přidělených čísel pro losování řešena neexistovala výkladová praxe založená na rozhodnutích Úřadu, Krajského soudu v Brně či Nejvyššího správního soudu (když mj. rozsudek č. j. 62 Af 61/2012-108 ze dne 6. 6. 2013, v němž Krajský soud v Brně shledal porušení zákona zadavatelem z obdobných důvodů, jako v šetřeném případě, byl vydán až poté, co zadavatel šetřenou veřejnou zakázku zadal). Úřad doplňuje, že požadavek na transparentnost losování byl však uveden v zákoně a rovněž v době před zahájením předmětného zadávacího řízení byl výklad pojmu „transparentnost“ v souvislosti s losováním znám z rozhodovací praxe správních soudů, např. z již citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010. Úřad zároveň k těmto polehčujícím okolnostem uvádí, že je nelze považovat za okolnosti, které by „zhojily“ uvedené porušení zákona. Úřad však k těmto okolnostem přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování výše sankce.

98. Při určení výše pokuty vzal Úřad v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Z dokumentu s názvem „Rozpočet města Krásná Lípa na rok 2014“, který je dostupný na webových stránkách zadavatele (http://www.krasnalipa.cz/index.php?menu=39), vyplývá, že rozpočet zadavatele na rok 2014 činí 122 914 000 Kč. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že z uvedeného je tedy zřejmé, že zadavatel hospodaří s finančními prostředky v řádech stovek milionů korun, a proto stanovenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat za likvidační, ani za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu zadavatele (a v tomto smyslu nespravedlivou).

99. Úřad dále poznamenává, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele,

který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.

100. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů zadavatele Úřad při určení výměry uložené pokuty dospěl k závěru, že výše pokuty stanovená v hodnotě 150 000 Kč naplňuje dostatečně obě shora uvedené funkce právní odpovědnosti.

101. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci předmětné veřejné zakázky již byla uzavřena a nápravy tedy nelze dosáhnout. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

102. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:
město Krásná Lípa, Masarykova 246/6, 407 46 Krásná Lípa

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy