



UOHSX00799WZ

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R104/2015/VZ-16664/2015/322/LKo

Brno 7. července 2015

V řízení o rozkladu ze dne 14. 4. 2015 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- svazek obcí **VODOVODY A KANALIZACE ZNOJEMSKO**, IČO 45671745, se sídlem Kotkova 2518/20, 669 02 Znojmo, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 23. 3. 2012 Mgr. Ing. Tomášem Horkým, advokátem, advokátní kancelář Továrek, Horký a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28319320, se sídlem tř. Jaroše 1844/28, 602 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S130/2012/VZ-7690/2015/532/KSt ze dne 24. 3. 2015, vydanému ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Zajištění kvality pitné vody pro SV Znojmo**“, v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 22. 7. 2011 pod evidenčním číslem 60062951 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26. 7. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 141-234032, a jejíž zrušení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 6. 2. 2012 pod evidenčním číslem 7251011007269 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 2. 2012 pod evidenčním číslem 2012/S 29-045982, a jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- **Skanska a. s.**, IČO 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-7690/2015/532/KSt ze dne 24. 3. 2015

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedená Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 1. 3. 2012 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel návrh navrhovatele – Skanska a. s., IČO 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, (dále jen „**navrhovatel**“), na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – svazku obcí VODOVODY A KANALIZACE ZNOJEMSKO, IČO 45671745, se sídlem Kotkova 2518/20, 669 02 Znojmo (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zrušení veřejné zakázky s názvem „Zajištění kvality pitné vody pro SV Znojmo“, zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 22. 7. 2011 pod evidenčním číslem 60062951 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26. 7. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 141-234032, a jejíž zrušení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 6. 2. 2012 pod evidenčním číslem 7251011007269 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 2. 2012 pod evidenčním číslem 2012/S 29-045982 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dne 22. 5. 2012 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S310/2012/VZ-8607/2012/530/KSt (dále jen „**rozhodnutí Úřadu ze dne 22. 5. 2012**“), jehož výrokem I. „*návrh v části týkající se rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012, porušení zásady diskriminace a nedostatečného odůvodnění rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 14. 2. 2012*“ s odkazem na § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítl, neboť dle Úřadu nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona. Ve výroku II. rozhodnutí Úřadu ze dne 22. 5. 2012 Úřad rozhodl tak, že „*návrh v části týkající se neinformování zájemců o podaných námitkách a o rozhodnutích o nich a pozdního rozhodnutí o námitkách obdržených dne 29. 12. 2011*“ s odkazem na § 118 odst. 4 písm. c)

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

zákona zamítl, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou. Navrhovatel proti rozhodnutí Úřadu ze dne 22. 5. 2012 uplatnil rozklad.

3. Dne 20. 12. 2012 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j. ÚOHS-R163/2012/VZ-24098/2012/310/IPs (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 20. 12. 2012**“), kterým rozhodl tak, že rozhodnutí Úřadu ze dne 22. 5. 2012 s odkazem na § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání. Předseda Úřadu konstatoval, že Úřad musí dovodit pochybnosti o transparentnosti losování z jednání zadavatele, nikoliv z absence konstatování některých skutečností v notářském zápisu. Předseda Úřadu dále uvedl, že je třeba znovu posoudit, zda zadavatel splnil podmínky stanovené zákonem, za kterých je oprávněn zrušit zadávací řízení.
4. V návaznosti na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 20. 12. 2012 Úřad předmětnou věc opětovně projednal a následně vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-6770/2013/513/KSt ze dne 15. 4. 2013 (dále jen „**rozhodnutí Úřadu ze dne 15. 4. 2013**“), kterým ve výroku I. návrh navrhovatele v části týkající se rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012, porušení zásady zákazu diskriminace stanovené v § 6 zákona, a nedostatečného odůvodnění rozhodnutí zadavatele o námitkách, s odkazem na § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona. Výrokem II. rozhodnutí Úřadu ze dne 15. 4. 2013 rozhodl Úřad tak, že návrh navrhovatele v části týkající se neinformování zájemců o podaných námitkách a o rozhodnutích o nich a pozdního rozhodnutí o námitkách obdržенých dne 29. 12. 2011 zamítl dle § 118 odst. 5 písm. c) zákona, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou. Proti rozhodnutí Úřadu ze dne 15. 4. 2013 podal navrhovatel rozklad.
5. Dne 15. 9. 2014 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j. ÚOHS-R128/2013/VZ-19330/2014/310/MLr (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 15. 9. 2014**“), kterým rozhodl tak, že rozhodnutí Úřadu ze dne 15. 4. 2013 dle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání, jelikož rozhodnutí Úřadu ze dne 15. 4. 2013 trpělo nepřezkoumatelností spočívající v tom, že skutková zjištění Úřadu neměla oporu v provedeném dokazování a úvahy Úřadu neměly oporu ve zjištěném stavu věci. Předseda Úřadu zavázal Úřad, aby v novém řízení zjistil skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to na základě vhodných důkazních prostředků. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí ze dne 15. 9. 2014 uvedl, že po zjištění stavu věci má Úřad následně posoudit, zda „*zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací*“ a „*losování prováděné ručním vytahováním lístků z losovací nádoby*“ proběhlo v souladu se zákonem.

II. Napadené rozhodnutí

6. V návaznosti na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 15. 9. 2014 Úřad předmětnou věc opětovně projednal a následně vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-7690/2015/532/KSt ze dne 24. 3. 2015 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 84 odst. 2 písm. e) zákona, tím, že zrušil zadávací řízení na 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. Jako opatření k nápravě Úřad výrokem II. napadeného rozhodnutí zrušil rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku ze dne 24. 1. 2012. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.

7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona z důvodů hodných zvláštního zřetele, jež spočívají v tom, že zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011 nebyla v souladu se zákonem, a že losování prováděné ručním vytahováním lístků z losovací nádoby bylo v rozporu s § 61 odst. 4 zákona.
8. Úřad se proto v napadeném rozhodnutí nejdříve zabýval tím, zda ruční losování je druhem losování, které bylo v souladu se zákonem či nikoliv. Úřad uvedl, že aby bylo losování provedeno v souladu se zákonem, muselo být provedeno prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení. Úřad dospěl k závěru, že v šetřené veřejné zakázce lze 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 ovládní. 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 dle Úřadu o losování provedené v souladu se zákonem. Úřad shrnul, že zadavatel v šetřené veřejné zakázce stanovil zadávací podmínky ve znění dodatečných informací ze dne 4. 8. 2011 týkající se způsobu losování v souladu se zákonem, z čehož vyplývá, že tento důvod uvedený zadavatelem v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012 nebyl důvodem pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona.
9. Úřad dále zkoumal průběh losování a vyzval účastníky správního řízení a zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o. k zodpovězení dotazů týkajících se průběhu losování. V návaznosti na odpovědi těchto subjektů dospěl Úřad k závěru, že losování proběhlo způsobem popsaným 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. Úřad proto dospěl k závěru, že zadavatel proto ani na základě tohoto důvodu nebyl oprávněn zadávací řízení na veřejnou zakázku zrušit.
10. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatoval, 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.

III. Námitky rozkladu

11. Dne 14. 4. 2015 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí v zákonné lhůtě rozklad zadavatele z téhož dne. Zadavatel v podaném rozkladu namítá, že Úřad v napadeném rozhodnutí vycházel z vadného předpokladu, že losování provedené rukou z neprůhledné nádoby je v souladu se zákonem, a nesprávně tak dospěl k závěru, že i zadávací podmínky veřejné zakázky ve znění dodatečných informací předepisující takový způsob losování jsou v souladu se zákonem. Dle zadavatele se tedy mylný závěr Úřadu o absenci důvodů hodných zvláštního zřetele odvíjí od nesprávného výkladu § 61 odst. 4 zákona.
12. K výkladu § 61 odst. 4 zákona zadavatel uvádí, že losování mělo být provedeno „prostřednictvím ... zařízení“, což dle zadavatele znamená, že je třeba požadovat, aby průběh a výsledek losování coby náhodného procesu byl produktem činnosti stroje (resp. zařízení) bez přímé ingerence lidského faktoru do tohoto náhodného procesu. Zadavatel se proto domnívá, že samotnou nádobu (jíž bylo losování prováděno) nelze považovat za stroj, neboť tato neprovádí přeměnu jedné formy energie na jinou formu ani nevykonává práci; tím méně pak za stroj mechanický, když je prostá jakéhokoliv mechanismu. Zadavatel podotýká, že ať již je nádobě zvenčí dodána energie v jakékoliv formě (kinetická, potenciální, apod.), nádoba sama není s to provést losování, a tedy nemůže být sama o sobě „zařízením“, jehož prostřednictvím je losováno.
13. Zadavatel dále namítá, že pokud by přijal výklad § 61 odst. 4 zákona provedený Úřadem, popíralo by to zásadu racionálního zákonodárce, jelikož novela zákona, jež požadavek na losování prostřednictvím zařízení zavedla, by postrádala smysl, jelikož by nepředstavovala žádnou kvalitativní změnu oproti předchozímu stavu zákona.
14. Zadavatel se dále domnívá, že Úřad nesprávně dovedil, že jej předseda Úřadu zavázal k právnímu názoru v tom smyslu, že losování prováděné ručním vytahováním lístků z nádoby je druhem losování, které není v rozporu se zákonem.
15. K dodržení zásady transparentnosti zadavatel tvrdí, že pokud k losování nebylo použito zákonem předepsaných prostředků (v posuzovaném případě mechanického zařízení), pak losování nevyhovělo zákonné zásadě transparentnosti, byť by proběhlo v obecném smyslu slova „sebetransparentněji“.
16. Zadavatel dále uvádí, že i v případě, že by odhlédl od nesprávnosti Úřadem provedeného výkladu § 61 odst. 4 zákona, nedomnívá se, že by průběh losování proběhl transparentně a v souladu se zadávacími podmínkami. Zadavatel se domnívá, že použití neprůhledné nádoby k losování a existence důvodných pochybností o tom, jakým způsobem došlo k promíchání losovacích lístků (zda přímo rukou či protřepáním nádobou), jsou skutečnosti, jež činí průběh losování nekontrolovatelným a nečitelným, a pokud se týká způsobu promíchání lístků tak i možné rozporným se zadávacími podmínkami. Úřad tedy dle zadavatele nezjistil skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti.
17. Dále zadavatel namítá, že uvedené pochybnosti o způsobu průběhu losování by bylo možno jistě snáze odstranit, pokud by Úřad provedl výslech osob namísto vyžádání si jejich písemného vyjádření, v čemž zadavatel spatřuje zkrácení práva účastníků řízení klást těmto osobám otázky. Zadavatel rovněž tvrdí, že závěry Úřadu nemají oporu v provedeném dokazování. Úřad se dle zadavatele v neposlední řadě nevypořádal s jeho námitkou,

že netransparentnost losování spočívala i v tom, že notář průběh losování pouze neosvědčoval, ale přímo se na něm podílel. Zadavatel je rovněž toho názoru, že Úřad měl vzít v potaz, kolik zájemců námitky proti průběhu losování podalo a rovněž měl přihlídnout k jejich odůvodnění.

18. Zadavatel rovněž podotýká, že po něm nelze spravedlivě požadovat, aby v zahájeném zadávacím řízení pokračoval, když předmět veřejné zakázky již realizoval v rámci jiného zadávacího řízení.

Závěr rozkladu

19. Zadavatel proto navrhuje předsedovi Úřadu, aby napadené rozhodnutí změnil tak, že návrh navrhovatele se zamítá podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona, popř. aby napadené rozhodnutí podle zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání v prvním stupni.

IV. Řízení o rozkladu

20. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu, a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v jeho výrocích uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, na základě kterých jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a k zamítnutí rozkladu.

V. K námitkám rozkladu

23. Zadavatel v podaném rozkladu namítá, že Úřad nesprávně interpretoval § 61 odst. 4 zákona, dle kterého byl zadavatel povinen provést losování prostřednictvím mechanického, elektronickomechanického, elektronického nebo obdobného zařízení.
24. K výše uvedené námitce zadavatele uvádím, že jsem dospěl k závěru, že Úřad v napadeném rozhodnutí správně a vyčerpávajícím způsobem uvedl, z jakého důvodu nádobu, již zadavatel použil k losování v zadávacím řízení, považuje za mechanické zařízení, přičemž k námitkám zadavatele v rozkladu se dále vyjadřuji následovně.
25. Novelou č. 179/2010 Sb., kterou se mění zákon (dále jen „**novela zákona č. 179/2010 Sb.**“), došlo ke změně právní úpravy losování, kdy byly podrobněji specifikovány náležitosti průběhu a způsobu losování, přičemž nově bylo požadováno, aby losování probíhalo za účasti notáře a současně, aby bylo losování prováděno prostřednictvím zařízení. Zákonodárce druhy zařízení, jež byli zadavatelé oprávněni použít, specifikoval tím nejširším

způsobem, když uvedl, že se může jednat o zařízení mechanické, elektronickomechanické, elektronické nebo obdobné zařízení.

26. Pojem mechanické zařízení není v zákoně blíže vysvětlen či specifikován, proto je třeba, jak Úřad správně dovedl, vycházet z toho, jak je tento pojem obecně vnímán. Za zařízení v obecně chápaném pojetí (viz např. Slovník spisovného jazyka českého dostupný na internetových stránkách <<http://ssjc.ujc.cas.cz/>>) je třeba považovat předmět nebo soubor předmětů uzpůsobených k vykonávání nějakého úkonu. Nádobu zvolenou zadavatelem přitom tuto definici bezesporu naplňuje, neboť se jedná o předmět uzpůsobený k provedení úkonu losování. Pojem mechanické zařízení použitý v § 61 odst. 4 zákona pak vyjadřuje to, že k jeho použití není třeba jiné energie např. elektrické, nýbrž postačuje jednoduché (až automatické) ovládání zejména lidskou silou. Rovněž tuto definici nádoba zvolená zadavatelem k losování splňuje. Dospěl jsem tedy k témuž závěru, jako Úřad v napadeném rozhodnutí, tedy že nádobu zvolenou zadavatelem lze považovat za mechanické zařízení ve smyslu § 61 odst. 4 zákona, jinými slovy, že mechanickým zařízením ve smyslu § 61 odst. 4 zákona nelze rozumět pouze zařízení provádějící přeměnu jedné energie na druhou či jiným způsobem vykonávající práci prostřednictvím mechanismu.
27. Ostatně, i kdybych přistoupil na zadavatelem předestřený výklad pojmu „mechanický“ (ve smyslu opatřeno mechanismem), dospěl bych k témuž závěru, tedy že nádoba zvolená zadavatelem je zařízením ve smyslu § 61 odst. 4 zákona, jelikož zákon umožňoval použití zařízení obdobných mechanickým, přičemž z hlediska účelu a smyslu zákona neshledávám faktický rozdíl (a tedy shledávám obdobnost) v tom, zda zadavatel provede losování prostřednictvím nádoby, již osoba provádějící losování protřepe a následně ručně vytáhne některé z losovacích lístků, například od situace, kdy zadavatel losuje prostřednictvím osudí opatřeného mechanismem klíčky (tedy prostřednictvím zařízení opatřeného mechanismem ve smyslu tvrzení zadavatele), kterým lístky zamíchá a následně opět vytáhne některé z losovacích lístků.
28. Zadavatel dále tvrdí, že Úřadem provedený výklad pojmu „mechanické zařízení“ je v rozporu s interpretační zásadou racionálního zákonodárce a v rozporu s teleologickým výkladem § 61 odst. 4 zákona, jelikož při použití výkladu Úřadu by novela zákona č. 179/2010 Sb. nepředstavovala co do vymezení formy losování žádnou změnu oproti předchozí zákonné úpravě, jelikož by i nadále umožňovala jakékoli ruční losování.
29. K uvedené námitce zadavatele konstatuji, že ji neshledávám jako důvodnou, jelikož z § 61 odst. 4 zákona (v rozhodných zněních) lze dovést, že po účinnosti předmětné novely nebyly vyloučeny všechny druhy ručního losování, ale pouze ty, které nebyly prováděny prostřednictvím zařízení, tedy například losování probíhající formou „karetních losů“, kdy byly jednotlivé lístky vyskládány na stůl rubovou stranou nahoru a osoba provádějící losování pak pouze volila (např. rukou označila) losovací lístky, které budou vybrány. Smyslem změn v § 61 odst. 4 zákona bylo vyloučení zejména těch způsobů losování, jež snižovaly prvek náhodnosti a blížily se svým charakterem spíše cílené volbě losující osoby, tedy forem losování, u nichž zcela absentovalo použití jakéhokoli zařízení. Výklad provedený Úřadem proto nijak neodporuje účelu a smyslu změn v § 61 odst. 4 zákona provedených novelou zákona č. 179/2010 Sb.

30. Zadavatel na podporu svého výkladu § 61 odst. 4 zákona poukazuje na vyjádření poslance Oldřicha Vojíře k jím předkládanému pozměňovacímu návrhu k § 61 odst. 4 zákona. K tomu v první řadě konstatuji, že vyjádření v rámci parlamentní rozpravy nejsou pro Úřad jakkoli právně závazná. Jedná se pouze o vyjádření názoru osoby, jež se sice na procesu zákonotvorby podílí, ale nepředstavuje vyjádření úmyslu či vůle zákonodárce (zákonodárského sboru jako celku) při tvorbě či novelizaci právního předpisu. Z tohoto pohledu plní tuto funkci spíše tzv. důvodová zpráva, avšak i ta představuje pouze určité nezávazné vodítko k výkladu zákona. Avšak v předmětném případě ani důvodová zpráva k novele zákona č. 179/2010 Sb. závěry tvrzené zadavatelem neobsahuje.
31. Mimoto považuji za nezbytné uvést, že poslanec Oldřich Vojíř v zadavatelem citované části vyjádření k pozměňovacímu návrhu k § 61 odst. 4 zákona pouze poukazyval na to, že by se mělo k losování použít mechanické zařízení např. „buben“ (bez bližší specifikace), v němž budou uloženy „*jakési pomyslné míčky*“ nebo ještě lépe použít elektronické zařízení. Takové vyjádření však není v rozporu výkladem § 61 odst. 4 zákona uvedeným v napadeném rozhodnutí a ani se závěry odůvodnění tohoto rozhodnutí. Ani z vyjádření uvedeného poslance totiž nevyplývá požadavek, aby bylo mechanické zařízení opáreno mechanismem provádějícím přeměnu jedné energie na druhou či vykonávajícím práci.
32. Zadavatel dále uvádí, že předmětná novela zákona č. 179/2010 Sb. měla zabránit ručnímu losování tak, jak bylo provedeno v případě tzv. „Karlovarské losovačky“, přičemž pokud by zadavatel dle svého tvrzení přijal závěry Úřadu, byla by i „Karlovarská losovačka“ po technické stránce přípustná i po uvedené novele. K výše uvedeným argumentům zadavatele uvádím, že případem tzv. „Karlovarské losovačky“ se Nejvyšší správní soud zabýval ve svém rozsudku sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010. Považuji za nezbytné zdůraznit, že tento případ se vztahoval k zákonu č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách (nikoli k zákonu č. 137/2006 Sb.), a že Úřad a Nejvyšší správní soud v tamním případě řešili otázku transparentnosti losování a nikoli otázku přípustné formy losování (druhu losovacího zařízení). Argumentaci zadavatele odkazující na tento případ proto v této souvislosti nepovažuji za relevantní. Pokud se týká tvrzení zadavatele, že zákonná úprava po novele zákona č. 179/2010 Sb. zakazovala jakékoli ruční losování, dospěl jsem k tomu, že takový závěr z § 61 odst. 4 zákona nevyplýval, uvedené ustanovení totiž stanovovalo pouze povinnost zvolit určitý prostředek losování, avšak nevyklučovalo ingerenci lidského faktoru (například formou vytažení lístků z nádoby).
33. Vzhledem k výše uvedenému jsem dospěl k závěru, že Úřad tím, že v napadeném rozhodnutí konstatoval, že zadavatel zvolil v zadávacích podmínkách zákonem aprobovaný způsob losování (tj. druh losovacího zařízení), postupoval správně a zákonně.
34. K námitce zadavatele, že se Úřad v bodu 156. napadeného rozhodnutí mylně domníval, že je vázán právním názorem předsedy Úřadu konstatuji, že z rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 20. 12. 2012 tento závazný právní názor skutečně neplyne, předseda Úřadu zavázal Úřad toliko k opětovnému přezkumu zákonnosti postupu zadavatele. Nicméně nedospěl jsem k závěru, že by se jednalo o vadu, jež by způsobovala nezákonnost či nesprávnost napadeného rozhodnutí, jelikož Úřad se v napadeném rozhodnutí neomezil pouze na odkaz na závazný právní názor předsedy Úřadu, nýbrž dostatečně a přesvědčivě v napadeném rozhodnutí uvedl, z jakého důvodu považuje zadavatelem zvolený způsob (formu) za zákonnou (viz body 149. a následující odůvodnění napadeného rozhodnutí).

35. Argumentací zadavatele, že § 61 odst. 4 zákona je konkrétním vyjádřením zásady transparentnosti v § 6 zákona, a pokud tedy zadavatel zvolil losování rukou z nádoby v rozporu s § 61 odst. 4 zákona, nemůže být ze své podstaty takový postup zadavatele transparentní, jsem se dále nezabýval, jelikož jak je uvedeno výše, v přezkoumávaném případě jsem nedospěl k závěru, že by losování rukou z nádoby, tak jak bylo vymezeno v zadávacích podmínkách veřejné zakázky, a jak bylo následně provedeno, bylo v rozporu s § 61 odst. 4 zákona.
36. Zadavatel dále uvádí, že existují důvodné pochybnosti o tom, jakým způsobem došlo k promíchání losovacích lístků (zda přímo rukou či protřepáním nádobou), přičemž ve spojení s tím, že zadavatel použil k losování neprůhlednou nádobu, se jedná o skutečnosti, jež činí průběh losování nekontrolovatelným a nečitelným. Pokud se týká způsobu promíchání lístků, tak je postup zadavatele dle jeho názoru i možně rozporný se zadávacími podmínkami. V návaznosti na to, Úřad dle zadavatele nezjistil skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti a závěry Úřadu ani nemají oporu v provedeném dokazování.
37. Ke způsobu promíchání lístků uvádím, že dle zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací ze dne 4. 8. 2011 mělo promíchání proběhnout protřepáním lístků v nádobě. Jak vyplývá z obsahu správního spisu, Úřad v přezkoumávaném případě vyzval účastníky řízení a zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o. k zodpovězení dotazů za účelem ověření průběhu losování. Zadavatel tuto otázku odpověděl tak, že *„tuto otázku není zadavatel pro časový odstup schopen s určitostí zodpovědět; domnívá se však, že lístky byly zřejmě promíchány zatřesením uzavřenou nádobou.“*. Zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o., jež byly zadavatelem pověřeny k provedení losování, uvedly, že *„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.“*
38. Dále je nezbytné shrnout, že zadavatel v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012 uvedl dva důvody, jež považuje za důvody zvláštního zřetele hodné, a to, že samotný způsob provedení losování (ruční losování z nádoby) byl v rozporu se zákonem a že zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací ze dne 4. 8. 2011 nebyla v souladu se zákonem. Z rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012 však neplyne, že by zadavatel zrušil zadávací řízení z důvodu, že by losování neproběhlo způsobem předvídaným v zadávací dokumentaci ve znění dodatečných informací.
39. Předmětem správního řízení vedeného Úřadem je přezkum toho, zda důvody uvedené v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012 jsou důvody zvláštního zřetele hodné, nikoli zkoumání, zda nad rámec těchto důvodů existuje nějaký jiný důvod, jenž by potenciálně opravňoval zadavatele ke zrušení zadávacího řízení. Zadavatel současně není oprávněn v průběhu správního řízení důvody zrušení zadávacího řízení svévolně rozšiřovat, tj. hledat další důvody, pro které bylo eventuálně možné zadávací řízení zrušit. Ostatně pokud by byl zadavatel oprávněn rozšiřovat důvody, pro něž zadávací řízení zrušil, pouhou proklamací v rámci správního řízení, fakticky by tím došlo ke zkrácení práva zájemců o veřejnou zakázku, kteří by proti takovému novému tvrzení nemohli podat námitky (jelikož fakticky zadavatel v zadávacím řízení žádný další úkon neučinil). Rozšiřování důvodů zadavatelem nad rámec obsahu rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012 proto nelze akceptovat.

40. Tvrzení zadavatele, že promíchání lístků proběhlo jinak, než způsobem předpokládaným v zadávací dokumentaci, se rovněž jeví jako účelové, obzvláště za situace, kdy se ve správním řízení na dotaz Úřadu, jak proběhlo promíchání lístků, sám zadavatel (a rovněž zaměstnankyně společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o., jež zadavatel pověřil k provedení losování) přiklonil k tomu, že losování bylo provedeno způsobem, jež zadávacím podmínkám ve znění dodatečných informací ze dne 4. 8. 2011 odpovídá a je s nimi v souladu.
41. Vzhledem k obsahu odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012 se proto Úřad nemusel vypořádat s otázkou, zda byly losovací lístky promíchány dle požadavků zadávací dokumentace protřepáním či promícháním rukou. Proto se neztotožňuji s tvrzením zadavatele, že Úřad porušil § 3 zákona, když nečinil další zjištění, jakým způsobem byly lístky promíchány. Ze stejného důvodu nepovažuji za případnou ani námitku zadavatele, že pochybnosti o způsobu promíchání mohli být odstraněny snáze, pokud by Úřad provedl výslech těchto osob a umožnil zadavateli klást otázky, a vzhledem k tomu, že výslech neučinil, porušil tím jeho právo klást těmto osobám otázky.
42. Naproti tomu Úřad měl v rámci řízení zkoumat, zda byly zadávací podmínky v souladu se zákonem a tedy i zásadou transparentnosti (§ 6 zákona). Dospěl jsem k závěru, že se Úřad v napadeném rozhodnutí dostatečným způsobem k této otázce vyjádřil a nad rámec toho doplňuji následující.
43. Úřad v napadeném rozhodnutí správně konstatoval, že zákon dopodrobna nestanovuje (se samozřejmými výjimkami - například povinná účast notáře), jak konkrétně má losování probíhat, je tedy nutné brát v úvahu pouze korektiv § 6 zákona, kdy kroky zadavatele musí být nediskriminační (rovné) a transparentní. Jak vyplývá z obecných požadavků na transparentnost, úkony zadavatele musí být čitelné a kontrolovatelné, nevzbuzující pochybnosti o pravosti úmyslů zadavatele (k tomu blíže např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 Afs 31/2012 ze dne 20. 6. 2012).
44. V přezkoumávaném případě zadavatel v zadávacích podmínkách ve znění dodatečných informací ze dne 4. 8. 2011 svůj postup při losování transparentně a podrobně rozvedl. Zájemcům tak bylo zřejmé, podle jakých pravidel bude zadavatel při losování postupovat. Samotná pravidla přitom respektují požadavek na transparentnost, jelikož zahrnují kontrolu losovacích lístků před všemi zúčastněnými (čímž se omezují pochybnosti o nezákonné manipulaci s lístky před zahájením losování), hmatovou, zrakovou či jinou kontrolu losovací nádoby zájemci před zahájením losování (čím se omezují pochybnosti o nezákonné manipulaci s losovací nádobou), dále zahrnují promíchání lístků (čímž se omezují pochybnosti o účelovém vkládání lístků do nádoby a možné manipulaci během losování). Po ukončení losování zahrnují vytažení zbývajících lístků a přečtení čísel zájemců (čímž se omezují pochybnosti o tom, zda byly do losovací nádoby vloženy losovací lístky všech zájemců a současně zda každému zájemci náležel jen jeden lístek) a vyhotovení notářského zápisu o průběhu a výsledku losování (čímž se omezují pochybnosti v tom smyslu, že zadavatel bude později deklarovat jiný průběh či jiný výsledek losování).
45. Pro úplnost konstatuji, že samotný způsob promíchání losovacích lístků stanovený v zadávací dokumentaci ve znění dodatečných informací ze dne 4. 8. 2011 (tj. protřepáním) rovněž nepovažuji za netransparentní. Naopak takový způsob transparentnost posiluje, jelikož vylučuje jakékoli zásahy při promíchání zvenčí. Pro úplnost uvádím, že se ztotožňuji

s tvrzením Úřadu, že ani v případě, že by zadavatel promíchal losovací lístky způsobem tak, jak jej předestřel navrhovatel ve svém vyjádření v rámci správního řízení, nevzbuzuje tento způsob pochybnosti o transparentnosti postupu zadavatele. Dle tvrzení navrhovatele totiž losovací lístky byly promíchány rukou avšak při současném sundání všech náramků, prstenů, hodinek i saka losující osoby a „*po provedení promíchání znovu bylo všem zájemcům umožněno, aby pohledem zkontrolovali promíchání, tedy aby zkontrolovali, že jsou lístky v nádobě rozmístěny rovnoměrně*“.

46. Vzhledem k tomu, že samotná neprůhlednost losovací nádoby netransparentnost průběhu losování neprokazuje (jak vyplývá již z bodu 42. a následujících rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 15. 9. 2014), ve způsobu promíchání losovacích lístků jsem v šetřeném zadávacím řízení neshledal rozpor se zákonem, a současně jsem souladně se závěry Úřadu v napadeném rozhodnutí neshledal jiné prvky, jež by činili průběh losování určený zadávací dokumentací a dodatečnými informacemi ze dne 4. 8. 2011 netransparentním, považuji námitky zadavatele ohledně netransparentnosti losování za liché.
47. Zadavatel dále tvrdí, že závěry Úřadu, že nic nenasvědčuje tomu, že by průběh losování nebyl proveden netransparentním způsobem a že by losování neproběhlo podle požadavků zadávací dokumentace, nemají oporu v provedeném dokazování. K tomu uvádím, že tvrzení zadavatele je pouze obecného charakteru a není zřejmé, k čemu konkrétnímu námitka zadavatele směřuje, resp. v jakých konkrétních okolnostech zadavatel spatřuje rozpor s provedeným dokazováním nebo v čem spatřuje absenci dokazování. Vzhledem k tomu se k ní nemohu blíže vyjádřit. V obecné rovině jsem však neshledal, že by závěry Úřadu neměly oporu v provedeném dokazování, naopak se domnívám, že závěry Úřadu vyplývají a korespondují s obsahem dokumentace o veřejné zakázce a vyjádření účastníků řízení a zaměstnankyň společnosti STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o.
48. K námitce zadavatele, že měl Úřad zohlednit, kolik osob (zájemců) podalo proti průběhu losování námitky a měl zohlednit jejich obsah, v němž zájemci namítali protizákonnost volby samotného losovacího zařízení, konstatuji, že Úřad se touto námitkou v napadeném rozhodnutí (konkr. v bodu 184. odůvodnění napadeného rozhodnutí) zabýval a zcela správně dospěl k závěru, že zrušení zadávacího řízení nemůže zadavatel odůvodnit pouze s odkazem na to, že proti němu byly podány námitky. Tím spíše zrušení zadávacího řízení nemůže zadavatel odůvodnit tím, že námitek podaných proti jeho úkonu v zadávacím řízení bylo více. Samotné podání námitek je vyjádřením práva zájemců o veřejnou zakázku a nikoli vyjádřením toho, že zadavatel postupoval v řízení v rozporu se zákonem. Ostatně skutečnost, že se někteří zájemci domnívají, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, nemůže při posouzení věci Úřadem převážit nad tím, zda objektivně k rozporu se zákonem došlo či nikoli. Námitku zadavatele, že měl Úřad zohlednit podané námitky či jejich obsah, proto nepovažuji za případnou.
49. Zadavatel dále namítá, že dle zadávací dokumentace (a rovněž dle rekonstruovaného průběhu losování) se notář na losování přímo podílel například tím, že lístky osobně skládal, a současně průběh losování osvědčoval, což rovněž způsobuje netransparentnost losování, přičemž Úřad se s touto námitkou zadavatele v napadeném rozhodnutí nevypořádal.
50. K tomu uvádím, že Úřad se měl s touto námitkou zadavatele výslovně vypořádat, nicméně dvouinstančnost řízení před Úřadem zajišťuje nejen dvojí posouzení věci, ale je také cestou

k nápravě a odstranění vad, které se vyskytly v řízení před prvním stupněm. To lze dovodit rovněž ze soudní judikatury (viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 As 64/2007 ze dne 26. 3. 2008 a sp. zn. 5 Afs 16/2003 ze dne 12. 10. 2004), dle níž tvoří rozhodnutí správních orgánů I. a II. stupně z hlediska soudního přezkumu jeden celek, přičemž je přípustné, aby nedostatky jednoho stupně mohly být zhojeny argumenty stupně druhého v situaci, kdy nedochází ke změně výroku napadeného rozhodnutí. Vzhledem k tomu jsem přistoupil k vypořádání této námítky a ke zhojení nedostatku napadeného rozhodnutí, a to následujícím způsobem.

51. Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 64/2013 ze dne 6. 11. 2013 notářský zápis řádný průběh losování neosvědčuje. Nejvyšší správní soud zdůraznil, že *„notářský zápis vypracovaný podle § 79 zákona č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád) pouze zaznamenává, jaké skutečnosti se v průběhu losování za přítomnosti notáře udály, nemůže však poskytovat závazné právní hodnocení tohoto skutkového stavu, ani osvědčovat, že se skutečnosti udály v souladu se zákonem.“* Vzhledem k tomu účast notáře při losování v tom smyslu, že lístky skládal a fakticky se tak lístky dostaly do jeho dispozice, nepovažuji za okolnost, která by jakkoli narušovala transparentnost losování; participace osoby, odlišné od zadavatele či účastníků řízení na losování spíše transparentnost posiluje. Jinak by tomu samozřejmě bylo za situace, když by notář losování prováděl sám a současně autoritativně rozhodoval o tom, zda je jeho postup transparentní, avšak jak vyplývá z výše citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu, férovost (zákonnost) průběhu losování notář neosvědčuje.
52. Vzhledem k tomu, že jsem posledně jmenovanou námítku zadavatele neshledal za důvodnou, neshledal jsem ani, že by nevypořádání této námítky Úřadem v napadeném rozhodnutí mělo vliv na správnost a zákonost výroku napadeného rozhodnutí, a proto jsem ani neshledal, že by se jednalo o takovou vadu, pro kterou by bylo třeba napadené rozhodnutí zrušit.
53. Zadavatel v neposlední řadě namítá, že Úřad měl uvážit vhodné opatření k dosažení nápravy, přičemž zrušení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení je v předmětné věci nelogické a po zadavateli nelze spravedlivě požadovat, aby v zahájeném zadávacím řízení pokračoval, když předmět veřejné zakázky již realizoval v rámci jiného zadávacího řízení.
54. Pokud zadavatel naplní předpoklady pro aplikaci § 118 odst. 1 zákona, je Úřad oprávněn uložit pouze ten druh nápravného opatření, který je předvídan v tomto ustanovení, tedy může pouze zrušit úkon zadavatele nebo celé zadávací řízení. Úřad není oprávněn od uložení nápravného opatření upustit s tím, že se uložení nápravného opatření jeví neúčelné nebo z pohledu účastníka řízení nespravedlivé.
55. Dále uvádím, že při určení nápravného opatření Úřad zjišťuje, jaké úkony byly učiněny v rozporu se zákonem, resp. jaké úkony zadavatele ve světle závěrů Úřadu již neobstojí, a vzhledem k § 118 odst. 1 zákona pak uloží nápravné opatření, jímž tyto vadné úkony zadavatele zruší. Účelem nápravného opatření je „vrátit“ zadávací řízení do stádia předcházejícímu porušení zákona zadavatelem.
56. Jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí, dospěl jsem k závěru, že Úřad rozhodl správně, když v napadeném rozhodnutí konstatoval, že skutečnosti uvedené zadavatelem v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012 nejsou v tomto případě důvodem

pro zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Dospěl jsem tedy k závěru, že Úřad postupoval v souladu se zákonem, když konstatoval porušení zákona zadavatelem při zrušení zadávacího řízení.

57. V návaznosti na to Úřad postupoval zcela v intencích zákona (§ 118 odst. 1 zákona), když zrušil rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012, jelikož právě tento úkon zadavatele je z pohledu zákona vadný a tedy nezákonný.

VI. Závěr

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

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. Skanska a. s., JUDr. Ondřej Navrkal, Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4

Vypraveno dne:

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