



UOHSX004A5PS

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-81/2012/VZ-9822/2012/310/ASc

V Brně dne: 28. května 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 22. 3. 2012 podaném navrhovatelem – ,

- společností **SKANSKA, a. s.**, IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S429/2011/VZ-1757/2012/510/MGr ze dne 13. 3. 2012 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –
- **Města Raspenava**, IČ 00263141, se sídlem Fučíkova 421, 464 01 Raspenava, učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**RASPENAVA – OPRAVA KOMUNIKACÍ, POVODEŇ 08/2010**“, zadávané v užším řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 6. 6. 2011 pod evidenčním číslem 60060921 (opraveno dne 24. 6. 2011 a dne 15. 7. 2011) a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 6. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 121-200591 (opraveno dne 19. 7. 2011), jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –
- společnost **SYNER, s. r. o.**, IČ 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S429/2011/VZ-1757/2012/510/MGr ze dne 13. 3. 2012

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Město Raspenava, IČ 00263141, se sídlem Fučíkova 421, 464 01 Raspenava (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, dne 6. 6. 2011 pod evidenčním číslem 60060921 (opraveno dne 24. 6. 2011 a dne 15. 7. 2011) a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 6. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 121-200591 (opraveno dne 19. 7. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 136-225406), oznámení užšího zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „RASPEJAVA – OPRAVA KOMUNIKACÍ, POVODEŇ 08/2010 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) obdržel dne 9. 9. 2011 návrh společnosti SKANSKA, a. s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha (dále jen „**navrhovatel**“), na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť zadavatel nevyhověl jeho námitkám proti nesplnění podmínek kladených na užší řízení a dále námitkám proti netransparentnosti losování. K uvedenému dni tedy Úřad oznámil zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a uchazeče, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější – společnost SYNER, s. r. o., IČ 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Navrhovatel v podaném návrhu uvedl, že nevidí objektivní důvod pro zúžení počtu nabídek a že zvolené omezení na pět uchazečů podle jeho názoru nezaručí skutečnou soutěž mezi dodavateli. O zakázku na stavební práce v takovém rozsahu má zájem každá středně velká stavební společnost v regionu; soutěží-li o ni jenom 5 náhodně vylosovaných subjektů z několikanásobně vyššího počtu dodavatelů, nemůže být hospodářská soutěž zajištěna, zejména jsou-li na trhu běžné vysoké rozdíly mezi nabídkami konkurentů. U předmětné zakázky proto hrozí vyšší vysoutěžená cena pro zadavatele, a to řádově v milionech. Cílem užšího řízení je omezení počtu dodavatelů pouze na dodavatele nej kvalifikovanější, avšak jenom ve zvláštních případech. Podle navrhovatele popírá omezení počtu nabídek na 5 z několikanásobného množství nabídek jeden ze základních pilířů Smlouvy o fungování EU a zadávací směrnice č. 2004/17/ES ze dne 31. 3. 2004, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (dále též jen „**směrnice č. 2004/17/ES**“) a zadávací směrnice č. 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, tj. soutěž mezi tržními subjekty (dále též jen „**směrnice č. 2004/18/ES**“). Ochrana hospodářské soutěže je nepřímou zásadou zadávacího řízení i podle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu. Navrhovatel tak uzavřel, že ze znění čl. 44 odst. 3 směrnice č. 2004/18/ES vyplývá, že zákonem stanovené minimum zájemců nenaplní literu zákona, není-li jím zajištěna dostatečná soutěž. Zjistí-li zadavatel, že

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

je zákonné minimum nedostatečné pro zajištění soutěže, musí stanovit počet uchazečů vyšší, a to až do výše, kdy lze srovnat prospěch z lepší soutěže s administrativními náklady při vícero nabídkách. Závěry o narušení hospodářské soutěže jsou použitelné i přes skutečnost, že pravidlo zachování soutěže v užším řízení nebylo českým zákonodárcem přebráno do zákona (eurokonformní výklad je však podle navrhovatele nevyhnutelný). Nutnost objektivního důvodu pro omezení počtu nabídek nedávno konstatoval také slovenský Úrad pre verejné obstarávanie ve svém rozhodnutí ze dne 11. 5. 2011, č. j. 141-6000/2011-ON/36.

4. Navrhovatel se dále v podaném návrhu věnoval průběhu losování. K tomu bylo použito elektronické losovací zařízení CENTLOZ002 anebo CENTLOZ001 (dále jen „losovací zařízení“), které funguje na bázi běžného notebookového procesoru, jež je zabudován do jiné „krabice“ a z něhož je omezeno externí ovládání. Dále navrhovatel vyjádřil přesvědčení o snadnosti úpravy algoritmu nainstalovaného softwaru. Navrhovatel nesouhlasil, že by byla dostatečně zaručena transparentnost losování notářským zápisem o průběhu losování, dále zprávou o zkoušce Elektrotechnického zkušebního ústavu a plombou výrobce (soukromé osoby) na zadní straně přístroje, zabezpečující nemožnost zasáhnout do nitra zařízení. Zpochybnil i renomé a zkušenosti výrobce losovacího zařízení. Statistika losování podle mínění navrhovatele neodpovídá matematickému výpočtu pravděpodobnosti; na podporu svého závěru předložil navrhovatel tabulku s výsledky z 36 losování na losovacím zařízení a statistiku úspěšnosti jednotlivých společností. Obecně je toho názoru, že losování jako úkon zadavatele je specifikum české právní úpravy a jeho nesmyslnost, netransparentnost a rozpor úkonů losování s pravidly EU podtrhuje návrh novely zákona, který počítá s jeho vypuštěním. V daném konkrétním případě zadavatel přiděloval losovací čísla jednotlivým uchazečům před losováním a při losování již byla změna čísel striktně odmítána. Navrhovatel se proto svým návrhem domáhal, aby Úřad zrušil předmětné zadávací řízení.
5. Zadavatel má zato, že omezení počtu zájemců losováním na pět je zcela v souladu se zákonem a užší řízení je rovnocenné řízení otevřenému; je na vůli zadavatele, jaký druh zadávacího řízení si zvolí. Z hlediska dodržení postupů stanovených zákonem při zadávání veřejné zakázky jsou námitky navrhovatele o zásahu užšího řízení do hospodářské soutěže a tvrzení, že český zákon vede k zásadnímu omezování hospodářské soutěže z libovůle zadavatele, irelevantní, a proto se jimi nebude zabývat. Navrhovatel fakticky napadá zákonnou úpravu institutu užšího řízení, a pokud tedy navrhovatel tvrdí, že postupem zadavatele byla omezena hospodářská soutěž, tvrdí, že tuto soutěž omezuje platná legislativa. Za irelevantní označil zadavatel i odkaz navrhovatele na rozhodnutí vydané podle jiného právního řádu.
6. K průběhu losování zadavatel uvedl, že použil elektronické losovací zařízení CENTLOZ002. Ve zprávě o zkoušce provedené EZÚ 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. Losovací zařízení CENTLOZ002 spolu se zprávou o zkoušce od EZÚ přezkoumával rovněž Úřad a vydal v souvislosti s těmito zařízeními i rozhodnutí ve správních řízeních sp. zn. ÚOHS-S10/2011/VZ a ÚOHS-S145/2011/VZ. Plombování losovacího zařízení provedl jeho vlastník v zájmu

transparentnosti procesu losování nad rámec zákonných povinností a okolnosti plombování nedokladují tvrzení navrhovatele o netransparentnosti postupu zadavatele při omezení počtu zájemců. Zákon navíc neukládá povinnost použít losovací zařízení certifikované či jinak atestované a ani blíže neurčuje podmínky, které musí takovéto zařízení splňovat. Ohledně kontroly losovacího zařízení uchazeči zadavatel uvedl, že před zahájením losování mohou zástupci zájemců ovlivnit průběh losování tím, že stisknou tlačítko ENTER. V daném případě byli přítomní zástupci zájemců upozorněni také na možnost nechat na své náklady losovací zařízení ihned po ukončení losování zkontrolovat EZÚ; této možnosti však žádný z přítomných zástupců nevyužil. Ani nemožnost změny čísel v průběhu losování není dle mínění zadavatele důvodem pro konstatování netransparentnosti losování. Zadavatel konečně zpochybnil i statistiky losování, které navrhovatel předložil. Ze všech uvedených důvodů navrhl, aby Úřad správní řízení zastavil.

7. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření k zahájenému správnímu řízení označil mj. navrhovatelovu argumentaci statistikou losování za účelovou. Z důvodu omezeného počtu losování, která jsou předmětem srovnání, a různé účasti subjektů při nich provedené srovnání nemůže obstát.

II. Napadené rozhodnutí

8. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 13. 3. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S429/2011/VZ-1757/2012/510/MGr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že se návrh navrhovatele podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 a 2 zákona.
9. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad nejprve vyjádřil k zadávací podmínce – omezení počtu zájemců losování na pět. S odkazem na § 21 odst. 1, § 28 odst. 1, 2 a 3 a § 61 odst. 4 zákona, čl. 2 odst. 2 a čl. 16 směrnice č. 2004/17/ES a čl. 7c a čl. 28 směrnice č. 2004/18/ES uvedl, že nelze aplikovat ustanovení zmíněných směrnic č. 2004/17/ES a 2004/18/ES týkající se omezení počtu zájemců v zadávacím řízení, kdy počet vyzvaných zájemců musí být dostatečný, aby zajistil skutečnou hospodářskou soutěž. Směrnice č. 2004/17/ES se vztahuje na postupy zadavatelů působících ve výše uvedených odvětvích, tzn. podle terminologie zákona o veřejných zakázkách zadavatelů sektorových, navíc v nadlimitních veřejných zakázkách. Z ustanovení čl. 44 bodu 3 směrnice č. 2004/18/ES dále vyplývá, že v omezených řízeních, vyjednávacích řízeních se zveřejněním oznámení o zakázce a v soutěžním dialogu mohou veřejní zadavatelé omezit počet vhodných zájemců, které vyzvou k podání nabídky, vyjednávání nebo dialogu, za předpokladu, že je k dispozici dostatečný počet vhodných zájemců. V omezeném řízení je minimální počet pět. Směrnice č. 2004/18/ES umožňuje zadavateli použít národní předpisy, v tomto případě zákon, který je plně v souladu se směrnicí č. 2004/18/ES i co se požadavků na druhy zadávacích řízení týče. Pro zadávání veřejných zakázek v omezeném řízení je národní úprava také v souladu s úpravou obsaženou ve směrnici č. 2004/18/ES. V čl. 44 bod 3 směrnice č. 2004/18/ES je stanoven minimální počet zájemců, které musí zadavatel v užším řízení vyzvat, konkrétně počet pěti zájemců, přičemž stejný minimální počet je stanoven v zákoně. Směrnice č. 2004/18/ES současně stanovila, že vyzvaný počet zájemců musí být dostatečný, aby zajistil

skutečnou hospodářskou soutěž. Stanovením minimálního počtu zájemců v souvislosti s následným požadavkem na zajištění skutečné hospodářské soutěže zákonodárce zároveň vymezil hraniční minimální počet, který ještě skutečnou hospodářskou soutěž v omezeném (užším) zadávacím řízení zaručuje. Pokud tedy zadavatel v zadávacích podmínkách stanoví počet zájemců vyšší nebo roven pěti, bude tímto požadavkem zaručena skutečná hospodářská soutěž a zároveň splněny jak zákonné podmínky, tak podmínky upravené ve směrnici č. 2004/18/ES.

10. Co se týče odkazu na rozhodnutí slovenského Úradu pre verejné obstarávanie, konstatoval Úřad, že ze znění zákona č. 25/2006 Z. z. vyplývá, že: *„Verejný obstarávateľ môže obmedziť počet záujemcov, ktorých vyzve na predloženie ponuky, a to najmenej na 5 a najviac na 20 tak, aby umožnil hospodársku súťaž“*. Vzhledem k odlišnosti národních úprav i povahy veřejné zakázky nelze závěry navrhovatelem zmíněného rozhodnutí Úradu pre verejné obstarávanie aplikovat. Jediná právní norma, kterou byl zadavatel v předmětném zadávacím řízení ve vztahu k omezení počtu zájemců a použití toho kterého druhu zadávacího řízení vázán, byl zákon. Úřad proto neshledal v postupu zadavatele (v omezení počtu zájemců losováním na pět) pochybení, které by mohlo mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, a proto návrh zamítl podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona.
11. K namítané netransparentnosti losovacího zařízení a losování, odkázal Úřad nejprve obecně na § 6, § 61 odst. 1, 4 až 8 zákona. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že při omezení počtu zájemců byla přítomna notářka, která osvědčila jeho průběh notářským zápisem. Přítomní zástupci zájemců byli před zahájením losování informováni, že losování bude uskutečněno elektronickým losovacím zařízením, dále bylo losovací zařízení přítomným osobám předvedeno, byl jim podán technický popis zařízení a popis způsobu, jakým probíhá losování, přičemž bylo zdůrazněno, že losovací zařízení je přístupné pouze otevřením zadního víka, které dodavatel losovacího zařízení opatřil pečetí a předal ho společnosti VE-ZAK CZ s.r.o. provádějící losování, což bylo doloženo protokolem o předání losovacího zařízení. Dle notářského zápisu na vyzvání jeden z uchazečů provedl kontrolu čísla losovacího zařízení a kontrolu čísla a neporušenosti plomby. Poté byla přítomným jednatelem společnosti VE-ZAK CZ s.r.o. provedena opakovaná zkouška funkčnosti losovacího zařízení. Zájemcům byla demonstrována rychlost generování hodnot a skutečnost, že v případě vylosování některého čísla losovacího zařízení s tímto číslem již nadále nepracuje. Jednatel společnosti VE-ZAK CZ s. r. o. zadal do losovacího zařízení čísla 1 – 23, která byla přihlášeným uchazečům přidělena dle data doručení žádostí o účast. K pokynu vždy jednoho z přítomných uchazečů k zastavení losovacího zařízení stiskl jednatel společnosti VE-ZAK CZ s. r. o. tlačítko „ENTER“ a postupně se objevila a byla hlasitě přečtena vylosovaná čísla. O průběhu losování byl sepsán protokol o losování tvořící přílohu notářského zápisu. Zadavatel v souvislosti s omezením počtu zájemců splnil formální požadavky stanovené zákonem. Ustanovení § 61 odst. 4 zákona použití mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení s podmínkou účasti notáře při losování, který osvědčí jeho průběh, a při současném zachování zásad dle § 6 zákona, umožňuje. Úřadu nepřísluší posuzovat vhodnost, logičnost či oprávněnost zákonných ustanovení, jeho úkolem je zákonná ustanovení aplikovat ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Je tedy zcela nemyslitelné, aby Úřad konstatoval porušení zákona zadavatelem proto, že při omezení počtu zájemců

bylo pro losování použito elektronické losovací zařízení, když jeho použití zákon předpokládá. Zákon ani jiný právní předpis ČR blíže neupravuje podmínky a parametry, které musí losovací zařízení splňovat (vyjma zařízení nebo jeho části, které splňují podmínky stanovené zákonem pro elektronické nástroje, či zařízení a jeho části, na která se vztahuje působnost zákona č. 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky, ve znění pozdějších předpisů, resp. nařízení vlády ze dne 9.12.2002 č. 17/2003 Sb., kterým se stanoví požadavky na elektrická zařízení nízkého napětí), stejně jako neukládá zadavateli povinnost použít pouze losovací zařízení certifikované či jinak atestované. Přílohou notářského zápisu byla též zpráva o zkoušce losovacího zařízení provedená Elektrotechnickým zkušebním ústavem. Ze zprávy vyplývá, že se netýká pouze elektrické bezpečnosti, ale i možností ovlivnění výsledku losování provozovatelem či jinou osobou. Zadavatel je povinen umožnit zájemcům před losováním kontrolu losovacího zařízení, což také učinil. Zákon však nepožaduje, aby bylo losovací zařízení vybaveno plombou či jiným zařízením obdobného charakteru a funkce. Výrobce losovacího zařízení není subjektem, který by se na losování jakkoli podílel; plomba a její neporušenost byla přímo na místě losování zkontrolována zájemci a žádný z nich k celistvosti plomby nic nenamítal, jak vyplývá z notářského zápisu. Zákon neobsahuje ani podmínky a náležitosti týkající se plombování losovacích zařízení, ukládá pouze povinnost zadavatele postupovat při všech úkonech v zadávacím řízení v souladu se zásadami dle § 6 zákona. Úřad tedy uzavřel, že úkon zadavatele nebyl nekontrolovatelný, hůře kontrolovatelný, nečitelný či nepřehledný (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 8 Afs 60/2009, na který navrhovatel poukázal).

III. Námitky rozkladu

12. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad rozklad navrhovatele, v jehož úvodu navrhovatel zrekapituloval, že závěry napadeného rozhodnutí se dají shrnout do dvou hlavních myšlenek: Zaprvé, zákon je v souladu se směrnicí a představuje jedinou normu, kterou byl zadavatel povinen se řídit. Zákonodárcem stanovený minimální počet pěti uchazečů v užším řízení představuje jakousi „fikci“ zachování hospodářské soutěže. Zadruhé, elektronické losovací zařízení, dodané pochybnou firmou a testované na EZÚ bez zpětné analýzy zdrojového kódu, které losuje stále ty samé zájemce, je v souladu se zákonem.
13. Co se týče prvního závěru napadeného rozhodnutí, cílem zadávacího řízení je ochrana hospodářské soutěže, volný pohyb služeb a zamezení korupce. Jednání veřejného zadavatele (hospodařícího s veřejnými prostředky a nezávislého na dosažení zisku) se proto má co nejvíce přiblížit jednání v soukromém podnikatelském prostředí tak, aby se zadavatelé snažili získat nabídky co největšího množství dodavatelů, aby z nich skutečně mohli vybrat tu nejvýhodnější. Omezení počtu zájemců na pět odporuje jednomu ze základních pilířů Smlouvy o fungování EU, tj. soutěži mezi tržními subjekty. Smlouva o fungování EU s žádnými finančními limity nepočítá. Na podporu tohoto závěru cituje navrhovatel z komentáře autora JURČÍK, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, 57 s., a dále z důvodové zprávy k zákonu. K poměru zadávacího řízení a hospodářské soutěže se vyjádřil i Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 8 Afs 60/2009 a k efektivnímu vynakládání veřejných prostředků v rozsudku sp. zn. 9 Afs 87/2008. Ze všech uvedených zdrojů vyplývá, že primární povinností zadavatele je každým svým krokem, rozhodnutím nebo úkonem

sledovat zajištění základního důvodu existence právní úpravy veřejných zakázek, kterým je rovná, transparentní a pravá soutěž mezi tržními subjekty. Argument, že se jeden z pramenů (zadávací směrnice) na zakázku nevztahuje, tak podle navrhovatele vzbuzuje dojem alibismu. Namísto zcela jednoznačně zodpověditelné otázky, zda zadavatel měl povinnost postupovat tak, aby zajistil pravou soutěž, je třeba se ptát, zda tak skutečně postupoval a zda pravou soutěž zajišťuje účast pěti dodavatelů. Jakkoli je postup ve světle prostého gramatického výkladu zákona legitimní, cíl právní úpravy dosažen nebyl. Úřad se vůbec nevypořádal s tvrzením v bodech 6, 7 a 9 návrhu a dále se stěžejním důkazem o narušení hospodářské soutěže, kterým je statistika výsledků sledovaných soutěží. Minimálně v tomto bodě je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné a neobstojí v soudním přezkumu.

14. K tvrzení, že pět uchazečů je počtem pro „zákonnou fikci soutěže“, uvádí navrhovatel, že tak zásadní okolnost, jakou je počet vyhodnocovaných nabídek, nemůže být ponechávána na libovůli zadavatele, neboť by vedla k popření základní premisy přezkoumatelnosti jeho jednání (tento názor navrhovatel podporuje odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 166/2005). Za každých okolností tak musí být rozhodnutí zadavatele, proč přizval k podání nabídek určitý počet zájemců, přezkoumatelný. Úřad sice tvrdil, že na zákonné minimum počtu vybraných zájemců o účast v užším řízení nejsou zákonem kladeny žádné další požadavky, avšak podle navrhovatele toto zákonem stanovené minimum neplní literu zákona, není-li jím zajištěna dostatečná soutěž (viz rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 15/2006, podle něhož není zákonné minimum dostatečné, jsou-li zde další okolnosti vedoucí k požadavku na vyšší hodnotu). Zadavatel by proto měl mít jasno, zda mu pět dodavatelů z mnohonásobně vyššího počtu schopných dodavatelů umožní základního účelu zákona dosáhnout; pokud nikoli, musí ze zájemců o účast v užším řízení vybrat vyšší počet uchazečů, kteří budou podávat nabídky. Navrhovatel s odkazem na čl. 44 odst. 3 směrnice č. 2004/17/ES trvá na tom, že by zadavatel měl postupovat tak, že nejprve oznámí min. počet uchazečů (ne méně než pět, i kdyby pro soutěž objektivně postačovali uchazeči dva), ale po obdržení žádostí může počet uchazečů zvýšit (libovůle změny počtu uchazečů vede k lepší soutěži).
15. Co se týče druhé části podaného rozkladu, v ní navrhovatel opětovně namítá netransparentnost losování a zpochybňuje erudici a pověst společnosti VE-ZAK CZ, s. r. o. Uvádí, že autor losovacího software není znám a při losování nebylo jeho jméno sděleno. Jako důkaz o dlouhodobém zmanipulování losování navrhovatel znovu odkazuje na statistiku losování, kterou si má Úřad ověřit. Zpráva EZÚ navíc nevyklučuje software přeinstalovat jiným a nebyla zpracována na základě zpětné analýzy zdrojového kódu. Navrhovatel v této souvislosti cituje z dříve vydaného rozhodnutí Úřadu v obdobné věci (rozhodnutí ze dne 28. 2. 2012, sp. zn. ÚOHS-S273/2011/VZ). Zadavatel závěry výše uvedeného rozhodnutí porušil v tom směru, že neumožnil identifikaci losovacích prostředků tím, že neuvedl název software a nositele osobnostních autorských práv k tomuto autorskému dílu (počítačovému programu), a dále tím, že losovatel nepodal žádné informace k tomu, jak je eliminován zásah do nainstalovaného losovacího software či jeho úprava tak, aby nedošlo k manipulaci s losováním.

16. Navrhovatel dále namítá, že z § 151 zákona vyplývá, že nelze udělit substituční plnou moc k úkonu ze zástupce na třetí osobu. Neupravuje-li zákon (obzvláště veřejnoprávní norma) možnost udělení substituční plné moci, nemělo by být takové postoupení akceptováno. K úkonu „losování“ tak měl losovatel VE-ZAK CZ, s. r. o. pověření „nepřímé“, a to od zástupce zadavatele – společnosti Allowance, s. r. o., což potvrzuje i notářský zápis; nebylo zároveň prokázáno, že by losovatel VE-ZAK CZ, s. r. o. měl přímou plnou moc. Substituční plná moc je tedy nicotným právním úkonem a na tom by nemohlo nic změnit ani to, kdyby byla možnost substituce upravena v písemném pověření od zadavatele pro společnost Allowance, s. r. o. Ustanovení § 151 zákona je kogentní a nelze se od něj dohodou stran odchýlit. Mimo gramatického výkladu § 151 zákona je zapotřebí zohlednit i jeho účel a smysl. Připuštěním nekontrolovatelného přenosu kompetencí k výkonu zadavatelských činností by bylo možné, aby zadavatel udělil plnou moc v zásadě neomezenému počtu osob, které by se na výkonu zadavatelských činností mohly podílet. V takovém případě by se stala povinnost ověřování nepodjatosti těchto osob (§ 74 odst. 7 zákona) pouhou iluzí. Skutečnost, že v průběhu zadávacího řízení za zadavatele jednaly dva odlišné subjekty, považuje navrhovatel za zásadní porušení zákona a transparentnosti zadávacího řízení. Navrhovatel v tomto jednání navíc spatřuje pokus o přenesení trestněprávní odpovědnosti z administrátora (tj. společnosti Allowance, s. r. o.) na jinou osobu. Tyto skutečnosti sice nebyly namítány samostatnou námitkou, avšak Úřad se jimi dle mínění navrhovatele zabývat musí. Platnost úkonu je prejudiciální otázka, kterou se musí dozorující orgán zabývat vždy. Absolutní neplatnost navíc nemusí být namítána a orgán dohledu je povinen ji zkoumat vždy a za každých okolností.
17. Navrhovatel se proto domáhá přezkoumání napadeného rozhodnutí v plném rozsahu a k jeho změně v tom smyslu, že se návrhu navrhovatele vyhovuje.

IV. Řízení o rozkladu

18. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
19. K podanému rozkladu se vyjádřil zadavatel a uvedl, že se v plném rozsahu ztotožňuje s napadeným rozhodnutím a že ve svém postupu nespatřuje žádné pochybení.
20. Vybraný uchazeč je toho názoru, že měl-li navrhovatel zásadní námitky proti omezení počtu nabídek formou losování, měl je vznést ihned poté, kdy se o tomto způsobu veřejné soutěže dověděl, nikoli až poté, kdy zjistil, že nebyl vylosován. Vzhledem k tomu, že se tak nestalo, považuje vybraný uchazeč postup navrhovatele za šikanózní, a to způsobem, který může znamenat popření zásad rovné soutěže a zcela zbytečně prodlužovat správní řízení s nežádoucím dopadem na uzavírání smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, včetně významné finanční škody. Ke zpochybnování věrohodnosti použitého losovacího zařízení odkazuje vybraný uchazeč na svoje předchozí vyjádření k námitkám.
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 s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

22. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze č. j. ÚOHS-S429/2011/VZ-1757/2012/510/MGr ze dne 13. 3. 2012 rozhodl, že se návrh navrhovatele podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 a 2 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

23. Jak je z podaného rozkladu zřejmé, navrhovatel v něm uplatňuje vesměs obecné námitky spočívající v připomenutí základních principů, na nichž je postaven zákon a na nichž funguje jednotný vnitřní trh Evropské unie. Nebylo cílem napadeného rozhodnutí, stejně jako není záměrem rozhodnutí o rozkladu, zpochybňovat zejména základní princip ochrany hospodářské soutěže při zadávání veřejných zakázek. Mám však zato, že rozkladové námitky musí být dostatečně konkrétní, aby bylo možné identifikovat, v jakých konkrétních úvahách a právních závěrech správní orgán prvního stupně pochybil. Za podstatný bod podaného rozkladu proto považuji navrhovatelem vyjádřený nesouhlas s absencí povinnosti zadavatele zkoumat při volbě počtu zájemců, které vyzve k podání nabídky v užším řízení, zda zvolený počet zájemců zaručí existenci skutečné hospodářské soutěže, a dále zpochybnění zákonnosti průběhu losování.
24. V obdobném duchu se vyjádřil i Krajský soud v Brně, který ve svém rozsudku ze dne 7. 10. 2011, č. j. 62 Af 41/2010-72, dospěl k závěru, že námitku obecnou, jež by byla podána pouze coby obecný nesouhlas se závěry obsaženými v prvostupňovém rozhodnutí, je možné za určitých okolností vypořádat obecným odkazem na předchozí prvostupňové rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že navrhovatel uplatňuje prakticky tytéž skutečnosti a argumenty, jaké vnesl ve správním řízení prvního stupně, a tím pádem rozklad neobsahuje v argumentační linii týkající se aplikace zadávacích směrnic a zákona a použití elektronického losovacího zařízení při losování za účelem omezení počtu zájemců v užším řízení nic nového, k čemu by se již Úřad v napadeném rozhodnutí nevyjádřil, s ohledem na zásadu ekonomie správního řízení plně postačuje na závěry napadeného rozhodnutí odkázat.
25. Nově však navrhovatel zpochybňuje průběh losování i z důvodu údajného porušení § 151 zákona, spočívajícího v nedovoleném udělení substituční plné moci společnosti VE-ZAK CZ s. r. o. k losování od společnosti Allowance, s. r. o., jež byla administrátorem přezkoumávané veřejné zakázky. Tato nová námitka bude vypořádána v další části odůvodnění tohoto rozhodnutí.
26. V bodu 11 rozkladu navrhovatel dále vznáší námitku nepřezkoumatelnosti odůvodnění napadeného rozhodnutí. Byla-li by nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí v některém

ohledu zjištěna, jednalo by se o důvod, pro nějž samotný by napadené rozhodnutí nemohlo obstát v případném soudním přezkumu. Nepřezkoumatelnost má dle mínění navrhovatele spočívat v nevypořádání bodů 6, 7 a 9 podaného návrhu a v neprovedení stěžejního důkazu o narušení hospodářské soutěže, kterým má být statistika sledovaných soutěží. Podle rozsudků Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 5. 2009, č. j. 2 As 22/2008-151, a ze dne 4. 5. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007-75, není vyloučeno, aby byly absentující úvahy napadeného rozhodnutí plně nahrazeny úvahami orgánu rozhodujícího o rozkladu, a to dokonce i na podkladě doplněného dokazování a nad rámec důvodů rozkladu.

27. Přezkumem obsahu napadeného rozhodnutí jsem zjistil, že ke statistice losování se Úřad vyjádřil v bodu 72. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v němž uvedl, že nelze porovnávat úspěšnost jednotlivých účastníků losování, pokud se některý z nich účastnil losování za účelem omezení počtu zájemců v užším řízení např. pouze jednou či dvakrát a uspěl, s těmi účastníky, kteří se účastnili např. osmkrát a vícekrát. Úřad tak předloženou statistiku z důkazního hlediska odmítl proto, že výsledky týkající se procentuální úspěšnosti jsou v navrhovatelem předložené statistice zkreslené, a tím pádem neporovnatelné, s čímž se ztotožňuji. Pouhá skutečnost, že se Úřad nepřiklání k právnímu názoru navrhovatele, že jím předložená statistika dokazuje, že losování prováděná v minulosti zadavatelem byla zmanipulovaná, nelze za nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí samo o sobě považovat. Obdobný postoj zaujímám také k údajně nevypořádaným bodům 6, 7 a 9 návrhu, které se shodují s týmiž body rozkladu. Zde zejména znovu opakují, že se jedná o obecné a spíše proklamativní námitky, které byly fakticky vypořádány v bodech 35 až 56 napadeného rozhodnutí; současně opětovně zdůrazňuji, že není sporu o významu principu ochrany hospodářské soutěže při zadávání veřejných zakázek, nicméně to nic nemění na tom, že okruh povinností zadavatele je zákonem přesně dán.
28. První rozkladová námitka (ve shodě s námitkou návrhovou) míří proti závěru napadeného rozhodnutí, že postup zadavatele, který v užším řízení omezil počet zájemců na pět, byl v souladu se zákonem. Navrhovatel setrvává na svém tvrzení, že omezení počtu nabídek na pět z několikanásobného množství nabídek popírá jeden ze základních pilířů Smlouvy o fungování EU, tj. soutěž mezi tržními subjekty, a zdůrazňuje v této souvislosti, že ochrana soutěže je nepřímou zásadou zadávacího řízení.
29. Jak vyplývá z bodů 35 až 56 odůvodnění napadeného rozhodnutí, vyjádřil se Úřad jak k aplikaci zákona, tak k aplikaci zadávacích směrnic či jiných právních předpisů Evropské unie naprosto vyčerpávajícím způsobem, a proto v tomto ohledu na tyto závěry postačí pouze odkázat. Z napadeného rozhodnutí tak jasně vyplývá, že ačkoli podle § 1 zákona tento zákon zapracovává příslušné předpisy Evropské unie (mj. zadávací směrnice č. 2004/17/ES a č. 2004/18/ES), tj. provádí transpozici zadávacích směrnic, činnost Úřadu jakožto orgánu moci výkonné se omezuje na rozhodování v mezích zákona. Z tohoto důvodu Úřadu nepřísluší jakkoli posuzovat nebo se i jen vyjadřovat ke kvalitě provedené transpozice, stejně jako orgán dohledu nemůže její případné nedostatky zhojit.
30. Navíc bylo v napadeném rozhodnutí srozumitelně vysvětleno, že se směrnice č. 2004/17/ES vztahuje na postupy zadavatelů působících v odvětvích specifikovaných v jejím čl. 2 odst. 2,

tj. podle terminologie zákona na činnost zadavatelů sektorových, nikoli veřejných (v pozici veřejného zadavatele vystupoval i zadavatel v přezkoumávaném zadávacím řízení na stavební práce). Směrnice č. 2004/17/ES proto na postup zadavatele v přezkoumávané veřejné zakázce nedopadá, a proto se Úřad její další aplikací na postup zadavatele správně nezabýval.

31. Z dikce čl. 44 odst. 3 směrnice č. 2004/18/ES, jejíž aplikace naopak vyloučena není [viz její čl. 7 písm. c) a čl. 28], vyplývá, že v omezených řízeních, vyjednávacích řízeních se zveřejněním oznámení o zakázce a v soutěžním dialogu mohou veřejní zadavatelé počet vhodných zájemců, které vyzvou k podání nabídky, vyjednávání nebo dialogu, omezit za předpokladu, že je k dispozici dostatečný počet vhodných zájemců. Citovaný článek směrnice č. 2004/18/ES dále uvádí, že v omezeném řízení (tj. slovy zákona v užším řízení) je minimální počet vyzvaných zájemců pět. V každém případě musí být počet vyzvaných zájemců dostatečný, aby zajistil skutečnou hospodářskou soutěž. Veřejní zadavatelé vyzvou takový počet zájemců, který je přinejmenším shodný s předem stanoveným minimálním počtem.
32. Ze znění § 21 odst. 2 zákona je zřejmé a jednoznačné, že zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít mimo jiné užší řízení, přičemž v § 28 zákona, který konkretizuje podmínky použití užšího řízení, je v odstavci třetím stanoven minimální počet zájemců, které musí zadavatel vyzvat k podání nabídky. V obou případech se jedná o kogentní ustanovení zákona, tj. zadavatel se od něj nemůže odchýlit a vždy musí nejméně 5 zájemců o účast v užším řízení k podání nabídky vyzvat, což se také v přezkoumávaném případě stalo. Povinnost zadavatele vyzvat k podání nabídek minimálně 5 zájemců však není v § 28 odst. 3 zákona dále konkretizována (např. ve vztahu k množství subjektů pohybujících se v konkrétním tržním prostředí, jak naznačuje navrhovatel), a taktéž zákon zadavateli neukládá, aby volbu počtu zájemců podrobil zkoumání, zda jím bude zajištěna skutečná hospodářská soutěž. Jak již uvedl orgán dohledu v napadeném rozhodnutí, zákonodárce sám v § 28 odst. 3 zákona vymezil hraniční počet oslovených zájemců, která ještě hospodářskou soutěž ve smyslu čl. 44 odst. 3 směrnice č. 2004/18/ES zajišťuje. Lze tedy v zásadě souhlasit se shrnutím, které provedl navrhovatel v podaném rozkladu, že minimální počet pěti vybraných (zde losovaných) zájemců o účast v užším řízení představuje svého druhu zákonnou fikci skutečné soutěže o veřejnou zakázku.
33. Mám tedy ve shodě s napadeným rozhodnutím zato, že zákon je plně v souladu se směrnicí č. 2004/18/ES, a to nejen v oblasti požadavků na druhy zadávacích řízení, ale i v konkrétní právní úpravě užšího řízení. Pokud bych připustil, že zákon skutečně netransponoval znění směrnice č. 2004/18/ES v plném rozsahu, pak je třeba uvést následující:
34. Podle čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod může každý činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá. Dále platí, že veřejnou moc může orgán veřejné moci vykonávat pouze v oblasti své působnosti zákonem stanovenými právními prostředky. Pravomoc a působnost orgánů veřejné moci je stanovena zákonem a pro uplatňování veřejné moci platí zásada, podle níž právní povinnosti mohou být ukládány pouze zákonem stanovené nebo na základě zákona a v jeho mezích (*secundum legem*). Zadavatel byl při svém postupu vázán toliko § 28 odst. 3 zákona, který, jak již bylo řečeno,

nijak nekonkretizuje povinnost vyzvat minimální počet zájemců např. ve vztahu k množství subjektů pohybujiících se v konkrétním tržním prostředí, a který současně zadavateli ani neukládá, aby volbu počtu zájemců podrobil zkoumání či dokazování, zda zajistí skutečnou hospodářskou soutěž. Nelze proto nijak postihovat zadavatele za to, že využil zákonem dané možnosti omezit počet zájemců o účast v užším řízení na minimální zákonem stanovenou úroveň. Přímý účinek směrnice v případě, že nedojde k její implementaci do národního práva, je sice jedním ze základních principů práva Evropské unie, potvrzený judikaturou Evropského soudního dvora, nicméně tento přímý účinek se v zásadě neužije na vztah horizontální (tj. v právních vztazích mezi jednotlivci navzájem, v tomto případě mezi zájemcem o účast v užším řízení a zadavatelem). V úvahu přichází pouze tzv. účinek nepřímý, tj. povinnost eurokonformního výkladu vnitrostátního práva příslušným orgánem.

35. V této souvislosti je třeba poukázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 2. 2010, č. j. 5 Afs 68/2009-113, který se týkal eurokonformního výkladu zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů: „Princip nepřímého účinku byl poprvé ESD formulován ve věci Von Colson a Kaman (C-14/83): Tento judikát se stal základem doktríny nepřímého účinku a následně byl nesčetněkrát citován a rozšiřován (např. C-106/89 ve věci Marleasing, C- 80/86 ve věci Kolpinghuis, C-334/92 ve věci Wagner Merit). Doktrína nepřímého účinku stanoví povinnost vnitrostátní právo určitým způsobem vykládat, přitom musí být dodržena podmínka, že pro užití nepřímého účinku, vnitrostátní předpis je schopen takového výkladu. Umožňují-li vnitrostátní interpretační techniky vyložit dané vnitrostátní ustanovení několika způsoby, má správní orgán, jakož i soud povinnost použít ten výklad, který je nejbližší smyslu a cíli odpovídajícího komunitárního ustanovení. Pokud je tedy ustanovení zákona nejasné, neurčité nebo není definováno, nelze ani určit, zda je se směrnicí v rozporu. Ze svého principu tedy nepřímý účinek komunitárního práva nikdy nemůže být *contra legem*. (...) Povinnosti vykládat národní právo v souladu se směrnicí je tedy podmíněno a priori tím, že existuje vnitrostátní předpis, který je nejednoznačný, umožňuje několik výkladů, přitom alespoň jeden z možných výkladů práva je v souladu se Směrnicí. Z uvedeného vyplývá, že čím větší mají dané vnitrostátní soudy možnost své právo interpretovat (dotvářet), tím větší povinnost mají toto právo vykládat eurokonformně.“
36. Ve světle citovaného rozsudku mám zato, že v přezkoumávaném případě není naplněna podmínka, aby byl vnitrostátní předpis schopen eurokonformního výkladu, resp. aby dikce sporného ustanovení § 28 odst. 3 zákona vícery výklad umožňovala a aby bylo nutné zákon a úmysl zákonodárce dotvářet (v tomto případě doplňovat o povinnost zadavatele zkoumat či dokonce dokazovat, zda jím zvolený počet vybraných zájemců zajistí dostatečnou soutěž). V této souvislosti opětovně uvádím, že dostatečná hospodářská soutěž byla zákonem zajištěna právě za pomoci stanovení minimálního počtu vybraných zájemců o účast v užším řízení; při stanovení konkrétního počtu zákonodárce nepochybně vycházel z úpravy uvedené v čl. 44 odst. 3 směrnice č. 2004/18/ES.
37. K rozdílnosti nabídkových cen vítězných uchazečů v rámci otevřených a užších řízení uvádím, že navrhovatelem předestřené komparace nabídkových cen jsou pro řízení před Úřadem irelevantní, neboť není v kompetencích Úřadu posuzovat, zda otevřené a užší řízení přinášejí odlišné výsledky a jaké, neboť oba postupy jsou zákonné a je čistě na zadavateli, který druh

zadávacího řízení pro zadání konkrétní veřejné zakázky zvolí (samozřejmě za předpokladu naplnění kogentních ustanovení zákona, o čemž není v tomto případě, jak vyplývá z předchozí části odůvodnění tohoto rozhodnutí, pochyb). Uzavírám tedy, že jsem v postupu zadavatele neshledal rozpor se zákonem.

38. Otázkou transparentnosti losování se Úřad zabýval v bodech 61 až 71 odůvodnění napadeného rozhodnutí a v nich dospěl k závěru, že předmětné losovací zařízení bylo zkoušeno v Elektrotechnickém zkušebním ústavu, o čemž byla vydána zpráva o zkoušce losovacího zařízení, což představuje dostatečnou záruku jeho řádné funkce.
39. Jak již bylo uvedeno v napadeném rozhodnutí, § 61 odst. 4 zákona použití mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení s podmínkou účasti notáře při losování, který osvědčí jeho průběh, a při zachování zásad dle § 6 zákona, výslovně umožňuje. Úřadu jakožto orgánu moci výkonné nepřísluší posuzovat vhodnost, logičnost či oprávněnost zákonných ustanovení, jeho úkolem je rozhodování v mezích zákona, tj. zákonná ustanovení aplikovat ve správním řízení o přezkumu úkonů zadavatele. Je tedy zcela nemyslitelné, aby Úřad konstatoval porušení zákona zadavatelem proto, že při omezení počtu zájemců bylo pro losování použito elektronické losovací zařízení, když jeho použití zákon výslovně předpokládá. Dále jsem nucen dát plně za pravdu orgánu dohledu, že zákon ani jiný právní předpis ČR blíže neupravuje podmínky a parametry, které musí losovací zařízení splňovat (vyjma zařízení nebo jeho části, které splňují podmínky stanovené zákonem pro elektronické nástroje, či zařízení a jeho části, na která se vztahuje působnost zákona č 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky), stejně jako neukládá zadavateli povinnost použít pouze losovací zařízení certifikované či jinak atestované. Losovací zařízení není ani elektronickým nástrojem ve smyslu § 149 odst. 2 zákona. Losovací použité v přezkoumávaném zadávacím řízení tedy splnilo všechny podmínky, které na ně české a komunitární právní předpisy kladou.
40. Co se týká prověření losovacího zařízení EZÚ, přistoupil k němu provozovatel losovacího zařízení právě z důvodu absence relevantní právní úpravy. Jeho cílem bylo nejen prokázání funkčnosti tohoto zařízení, ale také nemožnosti ovlivnění procesu losování osobami provádějícími losování či jinými osobami, které jsou losování přítomny. Vzhledem k tomu, že zákon zadavateli neukládá povinnost přezkoušet ve výše uvedeném smyslu losovací zařízení, nelze mu vytýkat, že případné přezkoušení funkčnosti podmínil úhradou souvisejících nákladů těmi zájemci, kteří o přezkoušení požádají.
41. Zadavatel je dále povinen umožnit zájemcům před losováním kontrolu losovacího zařízení (§ 61 odst. 5 zákona), což také učinil. Z notářského zápisu o průběhu losování nevyplývá, že by při provádění kontroly losovacího zařízení navrhovatel nebo jiný zájemce požadoval předložení dalších informací či podkladů o losovacím zařízení, případně že by zpřístupněné informace označil za neúplné či nedostatečné (viz námitka, že zájemcům nebyly sděleny podrobnosti o instalovaném software a jeho autorovi, případně o možnosti ovlivnění či úpravy tohoto software). To ostatně nebylo dosud ani namítáno. Zákon rovněž nepožaduje, aby bylo losovací zařízení vybaveno plombou či jiným zařízením obdobného charakteru a funkce. Plombování losovacího zařízení smluvně zajistil dodavatel tohoto zařízení u jeho

výrobce, a to právě za účelem dosažení maximální transparentnosti průběhu losování. Výrobce losovacího zařízení navíc není subjektem, který by se na losování jakkoli podílel.

42. Nezbyvá mi tedy než uzavřít, že skutečnosti týkající se typu a funkce losovacího zařízení, včetně okolností jeho plombování a případné kontroly archivovaných údajů, tak, jak byly orgánem dohledu zjištěny, nenasvědčují tvrzení navrhovatele o netransparentnosti losování. Současně doplňuji, že Úřad nemůže vyslovit porušení zákona zadavatelem ohledně nesplnění povinnosti, kterou mu zákon neukládá, a proto nelze v rámci přezkumu dávat zadavateli k tíži nedostatek právní úpravy certifikace losovacích zařízení. Z notářského zápisu o provedeném losování není ani zřejmé, že by některá osoba z řad zájemců zpochybnila transparentnost tohoto konkrétního losování či samotného losovacího zařízení.
43. Z další části rozkladu vyplývá, že navrhovatel kromě zpochybnění erudice a renomovanosti společnosti VE-ZAK CZ s. r. o., poukázal i na to, že v průběhu losování ani jindy nebyl seznámen se jménem autora jádra losovacího zařízení (instalovaného software). K odkazu na rozhodnutí Úřadu sp. zn. S273/2011/VZ, resp. jeho části, v níž je konstatováno, že elektronické losovací zařízení musí být popsáno v dokumentaci o veřejné zakázce alespoň takovým způsobem, který umožní jeho jednoznačnou identifikaci, uvádím, že tuto podmínku považuji za splněnou. V notářském zápisu, který byl učiněn součástí zadávací dokumentace, bylo uvedeno, že losování bude provedeno na zařízení, které nese označení CENT LOZ002 s plombou č. 056989 (označení losovacího zařízení a plomby bylo ověřeno jedním náhodně vybraným zástupcem zájemce), jehož dodavatelem je společnost CENTADOR s. r. o., IČ 28599632, se sídlem Dubská 244, Kladno - Dubí. Podotýkám, že citované rozhodnutí sp. zn. S273/2011/VZ v podrobnostech nestanoví souhrn údajů, které musí být o losovacím zařízení sděleny zájemcům. Podstatné je, aby losovací zařízení bylo „jednoznačně identifikovatelné“, tj. odlišitelné od zařízení jiného, nikoli aby se zájemcům dostalo všech myslitelných informací o něm. Lze sice konstatovat, že čím více údajů bude o losovacím zařízení zpřístupněno zájemcům, tím lépe pro zadavatele z hlediska posouzení transparentnosti jeho postupu, nicméně i přesto nelze v daném konkrétním případě za důkaz netransparentnosti a nedostatečné objektivity losování, případně za důkaz porušení povinnosti podle 61 odst. 5 zákona, alespoň optikou citovaného dřívějšího rozhodnutí Úřadu, považovat fakt, že zájemcům nebylo sděleno jméno autora instalovaného software a jeho název.
44. Namítá-li rovněž navrhovatel, že osoba provádějící losování nepodala žádné informace k tomu, jak je zabezpečena možnost zasáhnout a upravit nainstalovaný software tak, aby nedošlo k manipulaci s losováním, uvádím (nad rámec odůvodnění týkajícího se zkoušky EZÚ, která se mj. týkala ověření možnosti ovlivnění procesu losování osobami provádějícími losování či jinými osobami, které jsou losování přítomny), že zákon zadavateli (a potažmo osobě provádějící za něj losování) takovou povinnost neukládá. Kromě toho pokud navrhovatel určité informace postrádal, nic mu nebránilo obrátit se s dotazem přímo na losovatele.
45. Skutečnost, že losování prováděla třetí osoba zplnomocněná zástupcem zadavatele, neshledávám jako rozpornou se zákonem, neboť z dikce § 151 zákona nevyplývá zákaz

zástupce zadavatele nechat se dále zastoupit, tudíž je vyloučení možnosti přenést plnou moc zástupcem zadavatele na jinou osobu plně na dohodě mezi zadavatelem a zastupující osobou. V této souvislosti dodávám, že jsem se neztotožnil s názorem prezentovaným navrhovatelem v podaném rozkladu, že možnost udělení substituční plné moci musí být v právním předpisu výslovně zmíněna tak, jako tomu je v § 33 odst. 3 správního řádu či v § 33a zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů. Vycházím naopak z § 33a odst. 1 písm. a) zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, jež je jako norma obecného a hmotného charakteru z hlediska analogie případnější než speciální procesní normy, a to proto, že § 151 procesní charakter nemá (upravuje práva a povinnosti zadavatele související se zadávacím řízením nebo soutěží o návrh; nevytváří mechanismus ochrany hmotného práva). Podle naposledy zmíněného ustanovení je zmocněnec oprávněn udělit plnou moc jiné osobě, aby místo něho jednala za zmocnitele, je-li výslovně oprávněn podle plné moci udělit plnou moc jiné osobě. Z bodu 2.4 mandátní smlouvy mezi zadavatelem a společností Allowance, s.r.o. vyplývá, že mandatář je oprávněn uskutečňovat část smluvního plnění prostřednictvím třetích osob. Nedomnívám se rovněž, že by tento fakt snižoval důvěryhodnost losování, ale naopak mám zato, že provádění losování třetí nestrannou osobou může důvěryhodnost losování zvyšovat. Dílčí námitky o skrytém účelu takového jednání (vyhnutí se trestní či jiné odpovědnosti) jsou pouhou spekulací.

VI. Závěr

46. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
47. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí měnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu ve spojení s § 152 odst. 4 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Město Raspenava, Fučíkova 421, 464 01 Raspenava
2. SKANSKA, a. s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha
3. SYNER, s.r.o., se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec

Vypraveno dne:

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