



UOHSX006JCRY

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S850/2014/VZ-26121/2014/533/SWa

Brno 9. prosince 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 17. 10. 2014 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – město Jablonné v Podještědí, IČO 00260576, se sídlem náměstí Míru 22, 471 25 Jablonné v Podještědí, ve správním řízení zastoupené JUDr. Mgr. Lukášem Váňou, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 14526, IČO 63041626, KVB advokátní kancelář s. r. o., se sídlem Teplého 2786, 530 02 Pardubice,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „Revitalizace Markvartického rybníka“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 11. 2011 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 29. 11. 2011 pod ev. č. 101988, a na jejíž plnění zadavatel uzavřel dne 22. 5. 2012 smlouvu o dílo s vybraným uchazečem – účastníky sdružení „SYNER – ještědská stavební společnost – Markvartický rybník“ – SYNER, s. r. o., IČO 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec, a Ještědská stavební společnost spol. s r. o., IČO 18382550, se sídlem Selská 517, 460 01 Liberec XII,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Jablonné v Podještědí, IČO 00260576, se sídlem náměstí Míru 22, 471 25 Jablonné v Podještědí – se při zadávání veřejné zakázky „Revitalizace Markvartického rybníka“

v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 11. 2011 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 29. 11. 2011 pod ev.č. 101988, dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že porušil ustanovení § 61 odst. 4 citovaného zákona o veřejných zakázkách a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách tím, že dne 1. 3. 2012 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení, prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zájemce – Petr Březina – APB Plzeň, IČO 16669711, se sídlem Losiná 303, 332 04 Nezvěstice – změnu pořadových čísel zájemců 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, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel dne 22. 5. 2012 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – město Jablonné v Podještědí, IČO 00260576, se sídlem náměstí Míru 22, 471 25 Jablonné v Podještědí – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

pokuta ve výši 100 000 Kč (sto 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“)¹ obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – město Jablonné v Podještědí, IČO 00260576, se sídlem náměstí Míru 22, 471 25 Jablonné v Podještědí, ve správním řízení zastoupené JUDr. Mgr. Lukášem Váňou, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 14526, IČO 63041626, KVB advokátní kancelář s. r. o., se sídlem Teplého 2786, 530 02 Pardubice (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Revitalizace Markvartického rybníka“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 11. 2011 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 29. 11. 2011 pod ev. č. 101988 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Na základě skutečností obsažených v podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci pořizenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou. Z předložené dokumentace zjistil Úřad následující skutečnosti.

¹ Pozn.: Pokud je v textu rozhodnutí uveden odkaz na zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jedná se vždy o znění účinné v době zahájení zadávání veřejné zakázky.

3. Odesláním oznámení o zahájení užšího řízení do informačního systému o veřejných zakázkách zadavatel zahájil dne 28. 11. 2011 zadávací řízení pro zadání veřejné zakázky „Revitalizace Markvartického rybníka“. Oznámení o zakázce bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 29. 11. 2011.
4. Zadavatel se ve smyslu § 151 zákona nechal při výkonu práv a povinností podle zákona souvisejících se zadávacím řízením zastoupit společností DEVELOPER CZ s. r. o., IČO 63149541, se sídlem Fibichova 1339/14 , 460 01 Liberec 1 (dále jen „DEVELOPER CZ s. r. o.“).
5. Předmětem plnění veřejné zakázky jsou podle oznámení o zakázce *„stavební práce, resp. dodávky či služby související s těmito stavebními pracemi, spojené s realizací stavby „Revitalizace Markvartického rybníka Jablonné v Podještědí“.* Záměrem stavby je provést rekonstrukční práce malé vodní nádrže (starší nádrž rybníčního typu), které představují opravu hráze a rekonstrukci funkčních objektů tak, aby vyhověly technickým požadavkům dle ČSN 752410 Malé vodní nádrže. Bude provedeno odbahnění rybníka – odstranění sedimentů z nádrže a následná modelace dna k hlavní stoce, rozsah odbahnění bude respektovat požadovanou ochranu míst (bezzásahových zón) s výskytem chráněných druhů rostlin, vodních živočichů dle požadavků orgánů ochrany přírody. Součástí stavby bude realizace ekologických opatření. Na bezzásahovou zónu budou navazovat nově vytvořená litorální pásma a bude vybudován izolovaný ostrov s tůň a výsadbou stromů a keřů. Součástí předmětu veřejné zakázky je dále: a) zpracování realizační projektové dokumentace, b) zpracování dokumentace skutečného provedení díla, c) provedení geodetického zaměření stavby včetně vyhotovení geometrického plánu, a d) zajištění povinné publicity projektu ... “. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla zadavatelem v bodu II.2.1) oznámení o zakázce stanovena na 47 899 674 Kč bez DPH.
6. Dne 22. 5. 2012 zadavatel uzavřel smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky s dodavatelem – účastníky sdružení „SYNER – ještědská stavební společnost – Markvartický rybník“ – SYNER, s. r. o., IČO 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec, a Ještědská stavební společnost spol. s r. o., IČO 18382550, se sídlem Selská 517, 460 01 Liberec XII (dále jen „vybraný uchazeč“).
7. Po přezkoumání obsahu dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele a vzniklo podezření, že zadavatel nepostupoval v souladu s ustanovením § 61 odst. 4 a 5 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když před zahájením losování na základě žádosti jednoho ze zájemců nepřidělil nová pořadová čísla zájemcům o účast v užším řízení.
8. Z důvodu existence pochybností o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky, na jejíž plnění uzavřel dne 22. 5. 2012 smlouvu, postupoval v souladu se zákonem, a zda se tedy nedopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, zahájil Úřad správní řízení z moci úřední.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

9. 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 17. 10. 2014, kdy Úřad doručil zadavateli oznámení o zahájení správního řízení.

10. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
11. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S850/2014/VZ-22011/2014/533/SWa ze dne 16. 10. 2014. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S850/2014/VZ-22565/2014/533/SWa ze dne 23. 10. 2014 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
12. Ukončení shromažďování podkladů pro vydání rozhodnutí ve správním řízení oznámil Úřad účastníku řízení usnesením č. j. ÚOHS-S850/2014/VZ-23713/2014/533/SWa/HOd ze dne 7. 11. 2014. Úřad dále účastníku správního řízení uvedeným usnesením stanovil lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele ze dne 30. 10. 2014

13. Dne 4. 11. 2014 doručil zadavatel Úřadu své vyjádření, ve kterém se především odvolává na své předchozí stanovisko k podnětu ze dne 13. 6. 2014. V tomto předchozím stanovisku ze dne 13. 6. 2014 zadavatel mj. uvedl, že v zadávacím řízení postupoval podle ustanovení § 61 zákona. Zadavatel rovněž poukázal na to, že v době odeslání oznámení o zahájení zadávacího řízení omezení počtu uchazečů losem umožňovaly také Závazné pokyny pro žadatele a příjemce podpory SFŽP ČR. Zadavatel dále uvádí, že v oznámení o zakázce stanovil, že dojde k výběru losem a uchazeče informoval o způsobu přidělení čísel. Zadavatel má za to, že právě tímto jednáním splnil zásadu transparentnosti na rozdíl od případu, kdy by podle požadavku jednoho z přítomných uchazečů došlo ke změně jednotlivých čísel bezprostředně před losováním a tím i změně mechanismu, který byl předem jednoznačně popsán v oznámení o zakázce. V této souvislosti zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/MNe ze dne 12. 8. 2011, z něhož cituje: *„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 [...]“* K tomuto zadavatel dodává, že losování proběhlo za využití přístroje s příslušným programem, který zaručoval optimální zabezpečení a zcela náhodný výběr čísel jednotlivých uchazečů pomocí vygenerovaného taktéž předem neznámého algoritmu. Celý přístroj prošel prozkoušením provedeným Elektronickým zkušebním ústavem a před finálním losováním bylo opakovaně přistoupeno k testovacímu losování pro ověření náhodnosti výběru čísel. O uvedených skutečnostech byl zároveň pořízen notářský zápis.
14. Dále zadavatel uvedl, že splnil povinnost umožnit uchazečům kontrolu losovacího zařízení a namítá, že povinnost přistoupení ke změně mechanismu určení losovaných čísel naopak zákon zadavatelům nestanovuje. Svě tvrzení opírá o obsah výše uvedeného rozhodnutí, kde je uvedeno, že *„zákon zadavateli povinnost přiřadit pořadí jednotlivým zájemcům náhodným způsobem neukládá, ukládá pouze povinnost v případě provedení výběru zájemců losem provést tento výběr náhodně a dále, že ze samotného odmítnutí zadavatele změnit pořadí zájemců před losováním nelze bez dalšího dovozovat fakt zmanipulování losování, resp. netransparentnost jeho průběhu.“*

15. Zadavatel také poukazuje na sdělení předsedy Úřadu č.j. ÚOHS-D411/2011/VZ-17838/2011/520/Dří, ve kterém Úřad dospěl k názoru, že změna v předem deklarovaných zadávacích podmínkách pro danou veřejnou zakázku, byla rozporná se zásadou transparentnosti.
16. Ve vztahu k rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2012-108 ze dne 6. 6. 2013, zadavatel uvádí, že tento rozsudek není aplikovatelný na šetřený případ mimo jiné z toho důvodu, že v daném případě nedošlo ke kombinaci skutečností, které tvrdil žalobce v řízení předcházejícímu vydání rozsudku a na základě kterých Krajský soud v Brně konstatoval porušení zásady transparentnosti. Hlavní odlišnost zadavatel spatřuje především v tom, že v případě posuzovaném Krajským soudem v Brně byly podány kvalifikované námitky jedním z uchazečů na rozdíl od veřejné zakázky zadavatele, kde žádný z uchazečů proces výběru nezpochybnil. Dále z rozsudku vyplývá, že sice v daném případě nedošlo ke změně čísel přidělených jednotlivým uchazečům o veřejnou zakázku, ale zároveň nebyl předem určen mechanismus, jakým jsou tato čísla určena. V neposlední řadě také bylo v rámci předmětné zakázky zahájeno trestní stíhání osob poradců či zadavatelů.
17. V písemném vyjádření ze dne 30. 10. 2014 zadavatel obsah svého stanoviska ze dne 13. 6. 2014 rekapituloval a dále uvádí, že v době, kdy zveřejnil oznámení o zakázce a prováděl samotné losování, nemohl nabýt nejmenší pochybnost, že by jeho postup, kdy nevyhověl návrhu na změnu přidělených čísel, mohl být považován za nestandardní, či nezákonný. Zadavatel má také za to, že pozdější změna přístupu k této problematice by pak byla ze strany Úřadu naprosto překvapivá a jednalo by se o jednoznačný rozpor s požadavkem na předvídatelnost rozhodování orgánů veřejné moci, a tedy o rozpor s principem právní jistoty. Zadavatel tento názor opírá o náleží Ústavního soudu ze dne 22. 6. 2009 sp. zn. IV. ÚS 610/06, z něhož cituje: *„Ke znakům právního státu neodmyslitelně patří hodnota právní jistoty a z ní vyplývající princip ochrany důvěry občanů v právo, které jsou v nejobecnější podobě obsaženy v čl. 1 odst. 1 Ústavy ČR. [...] Ochrana jednání učiněného v důvěře v právo pak předpokládá, že právnícká nebo fyzická osoba jedná v důvěře nejen v text relevantního právního předpisu, ale zejména též v důvěře v trvajícím výklad takového předpisu orgány veřejné moci, včetně (zde) konstantní správní praxe správních úřadů a výkladu práva podávaného správními soudy.“*
18. Ve svém stanovisku zadavatel dále uvádí, že je mu znám aktuální případ č.j. ÚOHS-P434/2014/VZ-14910/2014/521/MGr, ve kterém veřejný zadavatel nevyhověl návrhu na změnu čísel přidělených uchazečům a Úřad přitom neshledal důvod pro zahájení řízení o možném správním deliktu. Z tohoto zadavatel usuzuje, že odlišné posuzování obdobných případů by vedlo k nedůvodným rozdílům v rozhodování a znamenalo by porušení zásady legitimního očekávání podle § 2 odst. 4 správního řádu.
19. Zadavatel k rozsudku Krajského soudu v Brně č.j. 62 Af 61/2012-108 ze dne 6. 6. 2013 doplňuje, že zadavatel měl zcela racionální důvod, proč nevyhovět návrhu na změnu přidělených čísel. Zadavatel měl totiž za to, že naopak změna předem prezentovaného způsobu losování provedená až na poslední chvíli, a to bez možnosti kontroly ze strany všech uchazečů o zakázku, by mohla zakládat pochybnosti ohledně transparentnosti postupu zadavatele.
20. V závěru svého stanoviska zadavatel navrhuje Úřadu, aby správní řízení zastavil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

21. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, čímž se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a proto rozhodl o uložení pokuty. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

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

23. 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.

24. Podle § 61 odst. 2 zákona objektivní kritéria pro výběr podle § 61 odst. 1 zákona musí

- a) být stanovena s ohledem na povahu, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky,
- b) být v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona a
- c) odpovídat některému nebo některým z ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky, jejichž prokázání veřejný zadavatel požadoval.

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

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

27. 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.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

28. 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 stanoven předpokládaný počet zájemců v počtu 10. V bodu 13. kvalifikační dokumentace zadavatel dále stanovil, že objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců bude náhodný výběr provedený losem, přičemž

současně vymezil, že „číslo přiřazené zájemci pro losování bude odpovídat pořadovému číslu jeho žádosti o účast v užším řízení dle evidence doručených žádostí o účast“. Zadavatel rovněž uvedl, že „losování provede zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 Zákona a za účasti notáře, který osvědčí průběh losování. Účastnit se losování mají zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu a místu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním. Zadavatel umožní zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování. Počet zájemců vybraných při losování musí odpovídat počtu, který zadavatel uvedl v oznámení o zahájení zadávacího řízení /Oznámení o zakázce, bod IV.1.2)/“.

29. Z „Evidence podaných žádostí o účast v užším řízení“ vyplývá, že zadavatel obdržel ve stanovené lhůtě celkem 26 žádostí o účast v užším řízení (z nichž jedna byla vzata zpět). Podle protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 24. 2. 2012 všichni zájemci splnili kvalifikaci v požadovaném rozsahu. Dopisem ze dne 23. 2. 2012 zadavatel sdělil zájemcům o účast v užším řízení termín losování, které se konalo dne 1. 3. 2012. Losování proběhlo za účasti notáře a o jeho průběhu byl dne 1. 3. 2012 sepsán notářský zápis (č. j. N 102/2012, NZ 85/2012). Podle notářského zápisu ze dne 1. 3. 2012 byla losováním pověřena společnost SOFO Group a. s., IČO 27243389, se sídlem Ovocný trh 572/11, 110 00 Praha 1 (dále jen „SOFO Group a. s.“), přičemž průběhu losování byl přítomen rovněž Ing. Petr Jirkův za společnost DEVELOPER CZ s. r. o. Losování bylo provedeno pomocí elektronického losovacího zařízení ROPRO v 1.0.0.32.
30. V notářském zápisu ze dne 1. 3. 2012 je dále uvedeno, že Ing. Petr Sunek (člen představenstva společnosti SOFO Group a. s.) seznámil přítomné se způsobem losování „prostřednictvím elektronického nástroje, tedy prostřednictvím počítače vybaveného k tomuto účelu odbornou firmou vyvinutým, příslušným programem s optimálním zabezpečením, zajišťujícím současně i kontrolu celého počítače, která je trojstupňová, je monitorován HW, SW a vlastní program (kontrola stisknutých kláves, kontrola činnosti myši, kontrola proti vnějšímu prostředí). SW firmou byl vygenerován unikátní kód (HASH kód), s nímž se musí shodovat kód aplikace při jejím zahájení, v jejím průběhu i po ukončení, jako záruka, že program je stále stejný a ničím neovlivnitelný. V průběhu aplikace pak bude vygenerován náhodný algoritmus (kód pro funkci náhodných čísel), který bude použit pro samotné losování“. Ing. Petr Sunek současně přítomným nabídl možnost kontroly losovacího zařízení a písemné zprávy o zkoušce předmětného elektronického nástroje pro losování (s označením ROPRO v 1.0.0.32) vydané pod č. 101644-01/01 Elektrotechnickým zkušebním ústavem, s. p., Pod Lisem 129, 171 01 Praha 8 – Troja, kterou nabídl k nahlédnutí. Losování prováděl Ing. Petr Sunek, který předem upozornil přítomné, že před samotným vylosováním deseti zájemců bude provedeno opakovaně testovací losování.
31. Z notářského zápisu dále vyplývá, že zástupce zájemce s přiděleným pořadovým číslem 24 – Petr Březina – APB Plzeň, IČO 16669711, se sídlem Losiná 303, 332 04 Nezvěstice (dále jen „Petr Březina – APB Plzeň“) – vznesl před zahájením losování požadavek, aby bylo změněno pořadí zájemců, přičemž k jeho požadavku se připojil ještě jeden ze zástupců zájemců. Tento návrh zájemce Petr Březina – APB Plzeň Ing. Petr Jirkův (zástupce společnosti DEVELOPER CZ s.r.o. pověřené zadavatelem výkonem zadavatelských činností) zamítl s tím, že „by došlo k porušení podmínek tak, jak jsou dány v kvalifikační dokumentaci, kde je stanoveno, že uchazečům bude přiděleno číslo v pořadí, v jakém byly doručeny jejich nabídky“.

K výroku rozhodnutí

32. Z výše citovaných ustanovení zákona (§ 61 odst. 4 a 5 zákona) 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.
33. 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.
34. 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...“*.
35. 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. 2013², 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 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.

36. Krajský soud v Brně se v citovaném rozsudku rovněž vyjádřil k použití elektronického losovacího zařízení, 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 přílehlivé na šetřený případ, neboť se v obou případech jednalo o elektronické losovací zařízení a obdobný průběh losování.
37. Z notářského zápisu o průběhu losování ze dne 1. 3. 2012 vyplývá, že zadavatel zamítl požadavek zástupce zájemce Petr Březina – APB Plzeň a tedy nedůvodně nevyhověl žádosti,

² K tomu lze dále odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu, sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010.

aby zájemcům o účast v užším řízení byla přidělena nová pořadová čísla, s tím, že zájemcům bylo přiděleno číslo v pořadí podle času doručení žádostí o účast, jak je uvedeno v kvalifikační dokumentaci. 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 36 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.

38. Úřad v této souvislosti 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 13 kvalifikační dokumentace (viz bod 28 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 vzniku jakýchkoli pochybností o transparentnosti jednání zadavatele v průběhu zadávacího řízení. Pokud tedy některý ze zájemců přítomných losování vznese požadavek na přečíslování předem přidělených čísel, lze takový požadavek hodnotit jako vyjádření pochyb o transparentnosti procesu losování 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.
39. 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 – Petr Březina – APB Plzeň (a dalšího zájemce, jehož identifikaci notářský zápis ze dne 1. 3. 2012 neobsahuje) – 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.

40. Úřad dále pokládá za vhodné vyjádřit se k části notářského zápisu, která popisuje vlastní losovací zařízení (viz bod 30 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a konstatuje, že všechny zde uvedené skutečnosti nic nevypovídají o stavu zařízení k okamžiku losování, neboť není ověřitelné, zda losovací zařízení nemohlo být zmanipulováno, či jakkoli upraveno po provedených zkouškách Elektrotechnickým zkušebním ústavem. Kromě toho Úřad zmiňuje tiskové prohlášení Elektrotechnického zkušebního ústavu citované v rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 61/2012 ze dne 6. 6. 2013, který se vyjadřoval 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 v šetřeném případě tedy nebylo 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.
41. 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.
42. 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 losování 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“.

43. 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.
44. 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 (k němuž se dále připojil i další zájemce) 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 totiž jiná kontrola ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování nebyla fakticky možná. 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.

45. K tvrzení zadavatele, že přečíslováním pořadových čísel před losováním by došlo k porušení podmínek uvedených v kvalifikační dokumentaci, Úřad uvádí, že nové označení zájemců čísla pro losování by dle Úřadu naopak přispělo k posílení transparentnosti postupu zadavatele a právě situace, kdy zadavatel měl pořadová čísla zájemců pro účely losování již předem připravená, činí věc neprůhlednou a je důvodem pochybností o transparentnosti průběhu losování, zejména když zadavatel žádosti o přečíslování nevyhověl ani věrohodně neodůvodnil, proč taková změna není možná.
46. 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 předmětnému zadávacímu řízení z důvodu odlišných skutkových okolností, Úřad konstatuje, že jak v šetřeném případě, tak i v případě projednávaném Krajským soudem v Brně, 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, zda předcházelo řízení o námitkách nebo byly v dané věci zahájeny kroky trestního řízení.
47. Úřad se dále vyjadřuje k zadavatelem namítanému 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 bude Úřad 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 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 dovedl, 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/MMI ze dne 9. 12. 2013, č. j. ÚOHS-R310/2012/VZ-23991/2013/310/MMI 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 § 61 odst. 4 zákona.

48. Ke srovnání daného případu s případem řešeným v rámci šetření podnětu sp.zn. P434/2014/VZ (z něho zadavatel zmiňuje písemnost vedenou pod č. j. ÚOHS-P434/2014/VZ-14910/2014/521/MGr) Úřad uvádí, že 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.
49. 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 sp. zn. 6 Ads 88/2006 ze dne 21. 7. 2009, ve kterém Nejvyšší správní 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 přihlídnout 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.

50. K odkazu zadavatele na sdělení předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-D411/2011/VZ-17838/2011/520/DŘÍ Úřad uvádí, že předmětem tohoto sdělení je vyjádření názoru ohledně možnosti změny zadávacích podmínek spočívající v nepoužití původně stanoveného způsobu omezení počtu zájemců losem a vyzvání k podání nabídky všech zájemců, kteří prokázali splnění kvalifikace. Jedná se tedy o odlišnou otázku, nežli v právě šetřeném případě. Nadto je třeba zdůraznit, že předmětné sdělení obsahuje i informaci, že rozhodnutí, zda konkrétní zadávací řízení bylo či nebylo realizováno v souladu se zákonem, může být vysloveno pouze v rámci správního řízení a rovněž že předmětná otázka dosud ve správním řízení meritorně řešena nebyla. Úřad shrnuje, že uvedené sdělení předsedy Úřadu není rozhodnutím Úřadu ve správním řízení, a tudíž není pro danou věc relevantní. Pouze rozhodnutí vydávaná ve správních řízeních jsou jediným pramenem, který obsahuje relevantní právní názory Úřadu k aplikaci jednotlivých ustanovení zákona o veřejných zakázkách a konkrétní závěr by tedy mohl být vysloven pouze v rámci správního řízení.
51. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že porušil ustanovení § 61 odst. 4 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 zákona tím, že dne 1. 3. 2012 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení, prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zájemce – Petr Březina – APB Plzeň – změnu pořadových čísel zájemců 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 výroku I. tohoto rozhodnutí.

IV. ULOŽENÍ POKUTY

52. 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.
53. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že porušil ustanovení § 61 odst. 4 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 zákona tím, že dne 1. 3. 2012 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení, prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil

na žádost zájemce – Petr Březina – APB Plzeň – změnu pořadových čísel zájemců 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, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

54. 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.
55. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl dne 21. 5. 2014, kdy obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 22. 5. 2012, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno dne 17. 10. 2014. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
56. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní 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.
57. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 56 529 651,06 Kč včetně daně z přidané hodnoty. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy po zaokrouhlení činí částku ve výši 2 826 483 Kč.
58. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlídně k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
59. 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.
60. 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 ze zájemců (k němuž se dále připojil i další zájemce) 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 absence manipulace s losovacím zařízením po přezkoušení Elektrotechnickým zkušebním ústavem 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.

61. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. Spáchání správního deliktu mělo v daném případě za následek možné ovlivnění výběru nejhodnější nabídky, v jehož důsledku mohla být vybrána nabídka jiného uchazeče. 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.
62. 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 zájemců 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.
63. 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 neexistovala výkladová praxe založená na rozhodnutích Úřadu, Krajského soudu v Brně či Nejvyššího správního soudu. 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.
64. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, jež nelze oddělit, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pociťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. 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 peněžité 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.

65. Úřad dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Při stanovení výše pokuty vzal tedy Úřad v úvahu i finanční možnosti zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Z rozpočtu zadavatele na rok 2014 zveřejněného na internetových stránkách zadavatele (www.jablonnevp.cz) vyplývá, že příjmy zadavatele se pohybují v řádu desítek milionů Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
66. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad uložil pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
67. 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, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu, a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza
JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

JUDr. Mgr. Lukáš Váňa, Ph.D., advokát, KVB advokátní kancelář s. r. o., Teplého 2786, 530 02
Pardubice

Vypraveno dne

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