



UOHSX006N0ZQ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S998/2014/VZ-1679/2015/531/JDo

Brno 16. ledna 2015

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 14.11.2014 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Svazek obcí Nové Syrovice a Láz - kanalizace a ČOV, IČO 75009455, se sídlem Nové Syrovice 2, 675 41 Nové Syrovice, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 15.12.2014 JUDr. Jaromírem Bláhou, advokátem, Advokátní kancelář Němec, Bláha & Navrátilová, s.r.o., IČO 28509951, se sídlem Prvního pluku 206/7, 186 00 Praha 8,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Nové Syrovice a Láz - splašková kanalizace a ČOV“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22.12.2010 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23.12.2010 pod ev. č. 60054472, a jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 22.7.2011 pod ev. č. 60062915,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Svazek obcí Nové Syrovice a Láz - kanalizace a ČOV, IČO 75009455, se sídlem Nové Syrovice 2, 675 41 Nové Syrovice – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Nové Syrovice a Láz - splašková kanalizace a ČOV“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22.12.2010 a uveřejněno

ve Věstníku veřejných zakázek dne 23.12.2010 pod ev.č. 60054472, a jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 22.7.2011 pod ev. č. 60062915, nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 citovaného zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 citovaného zákona, když způsob omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku za použití elektronického losovacího zařízení, k němuž došlo dne 2.2.2011, neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy nebyla zachována zásada transparentnosti losování, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 11.7.2011 smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **se** zadavateli – Svazek obcí Nové Syrovice a Láz - kanalizace a ČOV, IČO 75009455, se sídlem Nové Syrovice 2, 675 41 Nové Syrovice – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 200 000,- Kč (dvě stě tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ A 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 – Svazek obcí Nové Syrovice a Láz - kanalizace a ČOV, IČO 75009455, se sídlem Nové Syrovice 2, 675 41 Nové Syrovice, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 15.12.2014 JUDr. Jaromírem Bláhou, advokátem, Advokátní kancelář Němec, Bláha & Navrátilová, s.r.o., IČO 28509951, se sídlem Prvního pluku 206/7, 186 00 Praha 8 (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Nové Syrovice a Láz - splašková kanalizace a ČOV“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22.12.2010 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23.12.2010 pod ev. č. 60054472, a jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 22.7.2011 pod ev. č. 60062915 (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.
3. Odesláním oznámení užšího řízení do informačního systému o veřejných zakázkách zadavatel zahájil dne 22.12.2010 zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky. Oznámení o zakázce

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.

bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 23.12.2010 pod ev. č. 60054472.

4. Zadavatel se ve smyslu § 151 zákona nechal při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením na základě mandátní smlouvy ze dne 20.10.2009 zastoupit společností Regionální poradenská agentura, s.r.o., IČO 26298163, se sídlem Starobrněnská 690/20, 602 00 Brno (dále též „Regionální poradenská agentura, s.r.o.“ či „zástupce zadavatele“).
5. Zadavatel v bodu II.1.5) oznámení o zakázce stanovil, že *„Předmětem veřejné zakázky je řešení nové stokové sítě splaškové kanalizace v obcích Nové Syrovice a Láz včetně čištění odpadních vod na nové čistírně odpadních vod (dále ČOV). Pro odvedení splaškových vod z obou obcí je navržena splašková kanalizace, která je navržena převážně jako gravitační. Čistírna odpadních vod je navržena jako mechanicko-biologická, se systémem směšovací aktivace s nitrifikací a denitrifikací a s aerobní stabilizací kalu. (...).“*
6. Zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky v bodu II.1.4) oznámení o zakázce ve výši 61 890 000,- Kč bez DPH, přičemž jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky uvedl v bodu IV.2.1) oznámení o zakázce hospodářsky nejvýhodnější nabídku, přičemž jako dílčí hodnotící kritéria určil:
 - nabídkovou cenu v Kč bez DPH s váhou 80 %,
 - délku záruky za jakost v měsících s váhou 20 %.
7. Z „1. Protokolu o otevírání žádostí o účast a posouzení kvalifikace“ ze dne 18.1.2011 je zřejmé, že ve lhůtě pro podání žádostí o účast obdržel zadavatel celkem 19 žádostí o účast.
8. Z „2. Protokolu o otevírání žádostí o účast a posouzení kvalifikace“ ze dne 27.1.2011 plyne, že hodnotící komise zadavateli doporučila vyloučit zájemce, který podal žádost o účast pod pořadovým číslem 18, z další účasti v zadávacím řízení, neboť tento nesplnil zadavatelem požadovanou kvalifikaci. Z dokumentace o veřejné zakázce pak vyplývá, že zadavatel dne 31.1.2011 rozhodl o vyloučení dotčeného zájemce.
9. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 2.5.2011 vyplývá, že ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel celkem osm nabídek na plnění šetřené veřejné zakázky.
10. Z oznámení o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 11.5.2011 je dále zřejmé, že jako nejvhodnější nabídka byla vybrána nabídka uchazeče – SYNER VHS Vysočina, a.s., IČO 25183052, se sídlem Na Hranici 4839/14, 586 01 Jihlava (dále jen „vybraný uchazeč“).
11. S vybraným uchazečem následně dne 11.7.2011 uzavřel zadavatel smlouvu o dílo č. 275/2011 na plnění veřejné zakázky. Cena za předmět plnění veřejné zakázky činila dle čl. III „Cena díla a podmínky pro změnu sjednané ceny“ předmětné smlouvy celkem 65 085 947,- Kč s DPH.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

12. Po přezkoumání obsahu dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední.
13. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.

14. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli pod č.j. ÚOHS-S998/2014/VZ-24119/2014/531/JDo ze dne 13.11.2014. Současně Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S998/2014/VZ-24120/2014/531/JDo z téhož dne určil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a rovněž lhůtu k provedení úkonu, a to předložení smlouvy na realizaci veřejné zakázky v originálu nebo úředně ověřené kopii. Oznámení o zahájení správního řízení bylo zadavateli doručeno dne 14.11.2014 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení z moci úřední.
15. Usnesením č. j. ÚOHS-S998/2014/VZ-25244/2014/531/JDo ze dne 3.12.2014 Úřad určil zadavateli lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
16. Usnesením č. j. ÚOHS-S998/2014/VZ-26402/2014/531/JDo ze dne 11.12.2014 Úřad zadavateli na jeho žádost ze dne 10.12.2014 prodloužil lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele ze dne 19.11.2014

17. Zadavatel v reakci na usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S998/2014/VZ-24120/2014/531/JDo ze dne 13.11.2014, kterým mu byla, mimo jiného, určena lhůta k předložení smlouvy na realizaci veřejné zakázky, zaslal Úřadem požadované dokumenty dne 19.11.2014, které Úřad obdržel dne 20.11.2014.
18. Součástí přípisu zadavatele byly rovněž fotokopie protokolů o výslechu svědků – účastníků losování při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, které byly sepsány dle § 60 až 62 a § 96 zákona č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů, příslušnými finančními úřady. Konkrétně se jednalo o následující protokoly:
 - Protokol Finančního úřadu pro Kraj Vysočina, Oddělení dotací a finanční kontroly, referát Třebíč, č. j. 1496675/14/2900-04705-708082 ze dne 14.10.2014, o výslechu svědka Aleše Kobylky,
 - Protokol Finančního úřadu pro Zlínský kraj, Oddělení dotací, referát Vsetín, č. j. 1741304/14/3300-04705-706484 ze dne 21.10.2014, o výslechu svědka Ing. Daniela Manduly,
 - Protokol Finančního úřadu pro Jihomoravský kraj, Oddělení dotací a finanční kontroly, referát Brno, č. j. 3728104/14/3000-04703-707390 ze dne 22.10.2014, o výslechu svědka Ing. Tomáše Sedý.

Vyjádření zadavatele ze dne 22.12.2014

19. Zadavatel se k usnesení č. j. ÚOHS-S998/2014/VZ-26402/2014/531/JDo ze dne 11.12.2014 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 22.12.2014, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž konstatuje následující.
20. Zadavatel předně podotýká, že v šetřeném případě není dána pravomoc Úřadu, neboť veřejná zakázka byla zadávána v souvislosti s relevantní činností podle § 4 odst. 1 písm. e) bod 2. zákona. Vzhledem k tomu, že se současně, podle výše předpokládané hodnoty, jednalo o podlimitní veřejnou zakázku, zadavatel nebyl ve smyslu § 2 odst. 7 zákona povinen při jejím zadávání postupovat podle zákona. Pokud by Úřad dospěl k závěru, že jeho

přezkumná pravomoc je dána, zadavatel vyjadřuje přesvědčení, že z jeho strany k porušení zákona nedošlo.

21. Zadavatel ve svém stanovisku uvádí přehled podmínek, které vyplývají z § 61 odst. 4 a odst. 5 zákona a které musí zadavatelé obecně respektovat, pokud omezení počtu zájemců o konkrétní veřejnou zakázku je prováděno formou losu.
22. Jednou z těchto podmínek je podle zadavatele umožnění zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování. K uvedenému zadavatel uvádí, že ze všech jím předložených důkazů vyplývá, že zájemci měli před zahájením losování možnost seznámit se s předmětným losovacím zařízením a zkontrolovat jej, přičemž této možnosti využili. Uvedené vyplývá jednak z notářského zápisu ze dne 4.2.2011 a dále ze svědeckých výpovědí zástupců dodavatelů, kteří byli losování přítomni (jednalo se o osoby vyjmenované v bodu 18 odůvodnění tohoto rozhodnutí, pozn. Úřadu) a jejichž výpovědi byly opatřeny finančními úřady v rámci daňového řízení. Pokud jeden ze zájemců, konkrétně COLAS CZ, a.s., IČO 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha 9 (dále jen „COLAS CZ, a.s.“) v námitkách ze dne 9.2.2011 uvedl, že *„uchazečům nebylo až do skončení losování umožněno zkontrolovat generátor náhodných čísel“*, pak toto tvrzení lze podle zadavatele jednoznačně vyvrátit důkazy uvedenými shora. Zadavatel předesílá, že COLAS CZ, a.s. začal údajné porušení § 61 odst. 5 napadat až po skončení losování, nikoliv již v jeho samotném průběhu. Zadavatel přitom podotýká, že podle § 61 odst. 5 zákona je irelevantní, co se dělo po provedeném losování, proto události, které se uskutečnily po skončení vlastního losování, nemohly být v předmětném notářském zápisu zaznamenány.
23. V další části vyjádření se zadavatel věnuje především zásadě transparentnosti zadávacího řízení, když odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15.9.2010. Z citovaného rozsudku, podle slov zadavatele, plyne, že závěr Úřadu o porušení zásady transparentnosti smí být učiněn až na základě zhodnocení všech skutkových okolností daného zadávacího řízení. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že funkce losovacího zařízení byla před zájemci o šetřenou veřejnou zakázku celkem třikrát demonstrována a až následně bylo přistoupeno k „ostrému“ losování. Výsledky jednotlivých kol losování vyplývající z notářského zápisu zadavatel sumarizuje v příložené tabulce a uvádí, že z těchto údajů nelze vyvodit žádnou pochybnost o náhodnosti vylosovaných čísel. Rovněž další námitka zájemce COLAS CZ, a.s., tj. že losující osoba si natočila losovací zařízení k sobě a znemožnila tak přítomným osobám dohlížet na to, zda činnost losovacího zařízení není ovlivněna, je nedůvodná a účelová, neboť z notářského zápisu, jakož i ze svědeckých výpovědí zástupců dodavatelů opatřených finančními úřady v rámci daňového řízení, vyplývá prokazatelný závěr, a sice že k namítanému jednání nedošlo.
24. Zadavatel v dalším konstatuje, že žádná skutečnost, či okolnost, která *„se během losování udála, nevyvolává důvodnou pochybnost o transparentnosti celého procesu. Předně zadavatel upozorňuje, že zájemcům nic nebránilo kdykoliv v průběhu losování vznášet námitky proti jeho průběhu, což by nepochybně bylo zaneseno do notářského zápisu. Pokud ale v pořádném notářském zápisu není o žádné takové aktivitě kteréhokoliv z přítomných osob žádná zmínka (a navíc ani sám neúspěšný zájemce Colas netvrdí, že by jeho zástupce v průběhu losování cokoliv namítal), pak lze považovat za prokázané, že na místě nikdo nic nenamítal. To samo o sobě je velmi silným indikátorem, že celé losování proběhlo řádným*

a transparentním způsobem, protože si lze jen velmi obtížně představit, že by v případě jakýchkoliv pochybností alespoň některý z přítomných zástupců zájemců nezasáhl.“

25. Zadavatel je přesvědčen, že v posuzovaném případě postupoval v souladu se zásadou transparentnosti a zdůrazňuje, že relevantní pro posouzení věci je pouze důvodná pochybnost, tedy pochybnost reálná a objektivizovaná, nikoliv subjektivní přesvědčení neúspěšného zájemce nebo jiné osoby, že losování mohlo být „nějak“ ovlivněno. Zadavatel se domnívá, že v šetřeném případě nebyla prokázána konkrétní skutková okolnost, která by zakládala důvodnou pochybnost o zákonném průběhu zadávacího řízení.
26. V dalším zadavatel odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu, zejména na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S338/2011/VZ-15651/2011/510/OKo ze dne 29.2.2012, které se podle zadavatele zabývalo téměř identickým případem, jako tomu je v šetřeném zadávacím řízení, a následně bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu.
27. Zadavatel dále uvádí, že na šetřený případ nelze aplikovat rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2012-108 ze dne 6.6.2013, neboť v citovaném rozsudku byl řešen skutkově odlišný případ, jelikož se jednalo o nadlimitní veřejnou zakázku, bylo použité jiné losovací zařízení (CENT LOZ002) a před losováním byl odmítnut požadavek jednoho ze zájemců o změnu přidělených čísel. Zadavatel je přesvědčen o nemožnosti aplikace citovaného rozsudku vzhledem k jiným okolnostem šetřeného případu a domnívá se, že Úřad by měl naopak aplikovat závěry učiněné ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S338/2011/VZ (viz předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí).
28. Zadavatel dodává, že v zadávacím řízení se nechal na základě mandátní smlouvy ze dne 20.10.2009 zastoupit mandatářem, který měl se zadávacími řízeními velké zkušenosti.
29. Zadavatel konečně poukazuje na skutečnost, že šetřená veřejná zakázka byla Úřadem přezkoumávána již ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S80/2011/VZ, které bylo z důvodu zpětvzetí návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele zastaveno. Jestliže Úřad po tomto zastavení nezhájil v dohledné době správní řízení z moci úřední, mohl se zadavatel důvodně domnívat, že v jeho postupu žádná nezákonnost nebyla shledána.
30. Vzhledem ke všem výše popsaným skutečnostem tudíž zadavatel v závěru svého vyjádření Úřadu navrhuje, aby správní řízení zastavil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

31. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona, když způsob omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku za použití elektronického losovacího zařízení, k němuž došlo dne 2.2.2011, neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy nebyla zachována zásada transparentnosti losování, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 11.7.2011 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

32. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
33. 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.
34. 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 vyzoomit nejméně 5 dnů před losováním.
35. Podle § 61 odst. 5 zákona je zadavatel povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

36. Zadavatel v bodu IV.1.1) oznámení o zakázce stanovil, že šetřená veřejná zakázka bude zadávána v užším řízení. V bodu IV.1.2) oznámení o zakázce pak zadavatel určil objektivní kritérium pro omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku takto: „na základě kritérií § 61 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (...)“.
37. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zástupce zadavatele oznámením ze dne 27.1.2011 informoval 18 zájemců o veřejnou zakázku o místě a času losování, když uvedl, že losování se uskuteční dne 2.2.2011 v 10.00 hod. v zasedací místnosti zástupce zadavatele.
38. Z „Protokolu o průběhu a výsledku losování“ ze dne 15.2.2011 (dále jen „protokol o losování“), konkrétně z bodu 2. „Údaje o místě a datu konání“, vyplývá, že omezení počtu zájemců, kteří podali žádost o účast v šetřeném zadávacím řízení, proběhlo dne 2.2.2011 v 10.00 hod. v zasedací místnosti zástupce zadavatele, a to náhodným výběrem losem.
39. Z bodu 2. „Údaje o osobách přítomných na losování“ protokolu o losování je pak zřejmé, že osobami pověřenými k provedení aktu omezení počtu zájemců losováním byly JUDr. Jan Bělíček (organizační zabezpečení) a pan Otakar Čmelinský (obsluha losovacího zařízení), přičemž notářkou osvědčující průběh losování byla JUDr. Libuše Žatecká, se sídlem Ostrovského 11/16, 150 00 Praha 5.
40. Z bodu 7. „Přílohy“ protokolu o losování vyplývá, že jeho nedílnou součástí je, mimo jiného, i notářský zápis č. NZ 12/2011 ze dne 4.2.2011 (dále jen „notářský zápis“).
41. Z notářského zápisu plyne, že losující, pan Otakar Čmelinský, byl k tomuto úkonu pověřen jakožto zástupce společnosti VE-ZAK CZ s.r.o., IČO 28600983, se sídlem Ke Stírce 491/33, 182 00 Praha 8 (dále jen „společnost VE-ZAK CZ s.r.o.“), s níž měl zástupce zadavatele ke dni

losování uzavřenou mandátní smlouvou ze dne 27.1.2011. Předmět plnění spočíval dle čl. 1.3 předmětné mandátní smlouvy v zajištění účasti notáře při losování, v zajištění losovacího zařízení, jakož i v zajištění samotného losování mandatářem, tzn. společností VEZ-ZAK s.r.o. K provedení organizačního zabezpečení aktu omezení výběru zájemců losováním v šetřeném zadávacím řízení byl pak společností VE-ZAK CZ s.r.o., pověřen, na základě dohody o provedení práce ze dne 31.12.2010, JUDr. Jan Bělíček.

42. Notářský zápis dále ve vztahu k použitému losovacímu zařízení popisuje, že: *„(...) dodavatelem losovacího zařízení je společnost CENTADOR s.r.o., se sídlem Dubská 244, Kladno-Dubí, PSČ 272 03, IČ: 28599632 a dále konstatoval, že zadavatel rozhodl o způsobu losování formou zařízení, kterým je elektronické losovací zařízení pro losování náhodně generovaných čísel. (...) Losovací zařízení nemá žádné aktivní komunikační rozhraní (bluetooth, WI-FI, LAN, touch screen atd.) vyjma tří kláves pro ovládání aplikace. Zařízení dále obsahuje na zadní stěně tlačítko pro nouzové vypnutí zařízení v případě požáru nebo poruchy elektroinstalace a vstup pro napájecí kabel. Losování hodnot by mělo pro vyšší bezpečnost probíhat během odpojení z elektrické sítě. Losovací zařízení lze otevřít jen vyklopením zadního víka, které je pevně spojeno se zbytkem zařízení pomocí bezpečnostní pečeti. Bez porušení bezpečnostní pečeti není možné zařízení otevřít a provádět jakékoli změny v zařízení a v aplikaci. V případě viditelného mechanického poškození bezpečnostní pečeti nebo zařízení není možné výrobcem garantovat správnost funkce losovacího zařízení. Provozovatel losovacího zařízení se musí před zahájením losování prokázat předávacím protokolem obsahujícím odpovídající číslo losovacího zařízení a bezpečnostní plomby. JUDr. Jan Bělíček připomněl, že má k dispozici předávací protokol, ve kterém je uvedeno jak číslo losovacího zařízení, tak i číslo plomby. JUDr. Jan Bělíček prohlásil, že losovací zařízení nese označení CENT LOZ001 a plomba je označena číslem 056967 a požádal jednoho náhodně vybraného přítomného zástupce uchazeče, aby zkontroloval číslo a stav neporušenosti plomby a její číslo, což jeden ze zástupců uchazečů provedl a konstatoval, že plomba je neporušená a je označena číslem 056967. JUDr. Jan Bělíček oznámil, že bude na ukázkou provedena zkouška losovacího zařízení s tím, že kterýkoliv z přítomných zástupců uchazečů může svým hlasitým pokynem zastavit generování příslušného čísla, vybrat počet losovaných čísel a event. číslo či čísla vyloučená a počet čísel, která budou losována. JUDr. Jan Bělíček vyzval zástupce uchazečů o vybrání počtu zadaných čísel a počtu čísel, které se budou losovat a které budou vyloučena. Dále je vyzval, aby určili počet demonstrací losovacího procesu. Konstatoval, že k jejich žádosti bude demonstrace provedena třikrát a do losovacího zařízení bude vždy zadáno 19 (devatenáct) čísel a to číslo 1 (jedna) až 17 a číslo 19 (devatenáct). Číslo 18 (osmnáct) bude zadáno jako vyloučené. Ve velké rychlosti se na obrazovce bude zobrazovat 18 (osmnáct) čísel a na pokyn k zastavení zařízení bude losujícím stisknuto tlačítko „ENTER“ a tím bude určeno číslo vylosovaného uchazeče. Toto číslo a každé další vylosované číslo zůstane po dobu dalšího losování zobrazeno v dolní části obrazovky. Celkem bude vylosováno 10 (deset) čísel.“*
43. Z „Předávacího protokolu „CENT XZ-CAK CZ 0002/2011“ ze dne 1.2.2011 je zřejmé, že losovacím zařízením, sloužícím k omezení počtu zájemců o šetřenou veřejnou zakázku, bylo losovací zařízení CENT LOZ001, přičemž plomba na předmětném losovacím zařízení byla označena číslem 056967.

44. Protokol o losování obsahuje jmenný seznam 10 vylosovaných zájemců, jež podali žádosti o účast pod čísly 17, 8, 6, 3, 11, 16, 4, 7, 15 a 9 (jako poslední byl vylosován vybraný uchazeč, pozn. Úřadu), kteří byli následně v zákonné lhůtě zadavatelem vyzváni k podání nabídky.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

45. Zadavatel zvolil jako druh zadávacího řízení užší řízení. Úřad nejprve v obecné rovině konstatuje, že užší řízení je zákonem upravený postup, který se v určitých aspektech odlišuje od řízení otevřeného. Primárním rozdílem mezi těmito dvěma řízeními je postup směřující k výběru nejvhodnější nabídky. Lze konstatovat, že užší řízení je zákonem chápáno a konstruováno jako určitý „předstupeň“. Užší řízení se „rozpadá“ do dvou relativně samostatných fází, které na sebe navazují. Hlavní smysl užšího řízení přitom spočívá v selekci dodavatelů, kteří jsou ze zadávacího řízení vyřazeni na základě zákonem předvídaných objektivních kritérií.
46. Úřad na tomto místě dodává, že dle znění zákona účinného v době zahájení zadávacího řízení byl jednou z možností omezení počtu zájemců i náhodný výběr losem (losování), vyhradil-li si zadavatel tuto možnost v oznámení zadávacího řízení.
47. Zadavatel v šetřeném případě stanovil jako kritérium pro omezení počtu zájemců kritérium, jež mu umožňuje ustanovení § 61 odst. 1 zákona, tedy právě náhodný výběr losem podle § 61 odst. 4 zákona.
48. Úřad k uvedené problematice uvádí, že zákon nijak blíže neupravuje formu losování, avšak jestliže se zadavatel rozhodne pro tuto možnost omezování počtu zájemců o účast v užším řízení, tj. pro losování, je povinen **kumulativně** naplnit následující požadavky, které vyplývají z ustanovení § 61 odst. 4 a 5 zákona:
- 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.
49. Jak již bylo uvedeno výše (viz bod 37 odůvodnění tohoto rozhodnutí), zadavatel v šetřeném případě oznámil zájemcům o veřejnou zakázku termín losování 6 dnů před jeho konáním (termín losování zadavatel oznámil dne 27.1.2011, přičemž losování se uskutečnilo dne 2.2.2011), dále umožnil všem zájemcům o předmětnou veřejnou zakázku účast na losování tím, že jim zaslal oznámení o termínu a místě konání a rovněž zajistil účast notáře, resp. notářky, JUDr. Libuše Žatecké. Současně bylo Úřadem zjištěno, že losování bylo provedeno prostřednictvím elektronického losovacího zařízení CENT LOZ 001 (viz bod 43 odůvodnění tohoto rozhodnutí), tedy prostřednictvím zařízení, které § 61 odst. 4 zákona k omezení počtu zájemců o konkrétní veřejnou zakázku umožňuje. Konečně z notářského zápisu vyplývá, že zadavatel umožnil před samotným losováním zkontrolovat zástupci

jednoho ze zájemců o veřejnou zakázku neporušenost plomby losovacího zařízení a její číslo. S ohledem k právě řečenému tak zadavatel podstatnou část z podmínek uvedených výše (viz předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí) naplnil. Úřad však opětovně zdůrazňuje, že k tomu, aby mohlo být omezení počtu zájemců o konkrétní veřejnou zakázku formou náhodného výběru losem označeno za souladné se zákonem, musí být všechny shora citované požadavky naplněny v jejich souhrnu. Klíčovým pro vyslovení závěru o zákonnosti losování je přitom postup zadavatele v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona, a to zejména se zásadou transparentnosti zadávacího řízení.

50. Úřad k obecnému vymezení pojmu transparentnosti v zadávacím řízení nejprve odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně 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 (...)“. Podobně se vyjádřil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 5 Afs 131/2007 ze dne 12.5.2008. Nejvyšší správní soud dále v rozsudku sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15.9.2010, který se týkal otázky transparentnosti losování coby prostředku omezování počtu zájemců, vymezil rámeček, v jakém je třeba transparentnosti v těchto případech rozumět, když, mimo jiného, uvedl že: „(...) podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. (...) Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. Tyto úvahy platí tím spíše v případě, kdy se přistoupí k losování, protože losování je úkon ze své povahy nepřezkoumatelný (...)“. Ve vztahu k postupu správního orgánu soud v posledně citovaném rozsudku dále konstatoval, že pojem „transparentnosti“ spadá do kategorie tzv. neurčitých právních pojmů a uvedl, že: „Při interpretaci neurčitého právního pojmu se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit, a to z toho hlediska, zda posuzovanou věc lze do rámce vytvořeného rozsahem neurčitého pojmu zařadit“.
51. Úřad obsah a význam neurčitého právního pojmu „transparentnosti“ 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 v rozsudku sp. zn. 62 Af 61/2012 ze dne 6.6.2013², kde soud přímo k losování za použití elektronických prostředků 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

² K tomu lze dále odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu, sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15.9.2010.

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 „transparentnosti“ 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.

52. Krajský soud v Brně se ve výše citovaném rozsudku rovněž vyjádřil k použití elektronického losovacího zařízení CENT LOZ 002 (v šetřeném případě bylo použito losovací zařízení CENT LOZ 001, pozn. Úřadu), když uvedl, že použití daného losovacího zařízení fakticky znemožňuje kontrolu losovacího zařízení i samotného losování. Kontrola provedená Elektronickým zkušebním ústavem podle Krajského soudu v Brně nepředstavovala kontrolu samotného procesu losování a nejednalo se o kontrolu ze strany zájemců v souladu s § 61 odst. 5 zákona, nýbrž nejvýše šlo o dřívější kontrolu třetí osobou, k níž nedošlo bezprostředně před zahájením losování. Kontrolou losovacího zařízení a prostředků k losování podle § 61 odst. 5 zákona musí být, podle názoru soudu, 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. Taková kontrola však v soudem 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 sama o sobě zabezpečit přesvědčivou kontrolu procesu losování. Úřad v této souvislosti uvádí, že výše uvedené závěry Krajského soudu jsou aplikovatelné i na šetřený případ.
53. K argumentu zadavatele, že shora uvedený rozsudek Krajského soudu nelze analogicky použít na šetřený případ, a to z toho důvodu, že se, na rozdíl od Úřadem projednávané věci, jednalo o jiný typ losovacího zařízení, odlišnou veřejnou zakázku, co do výše předpokládané hodnoty, a v soudem řešeném případě byl nadto odmítnut požadavek jednoho ze zájemců o změnu přidělených čísel (viz bod 27 odůvodnění tohoto rozhodnutí), konstatuje Úřad následující. Shora citovaný rozsudek Krajského soudu se věnoval zásadě transparentnosti při omezení počtu zájemců o určitou veřejnou zakázku jako takové. Závěry v něm obsažené, týkající se otázky transparentnosti, jsou tudíž zásadně použitelné vždy tehdy, jestliže omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku proběhlo za použití elektronického losovacího zařízení. Úřad přitom předesílá, že na právě řečeném nemůže ničeho změnit fakt, jaký typ losovacího zařízení byl k omezení počtu zájemců použit. Z obdobného důvodu je pak naprosto irelevantní i skutečnost, zda veřejná zakázka spadá, podle výše její předpokládané hodnoty, mezi podlimitní či nadlimitní veřejné zakázky. Konečně na posouzení věci ničeho nemění ani fakt, že v předmětném rozsudku jeden ze zájemců požádal o přečíslování, přičemž jeho požadavku nebylo ze strany zadavatele vyhověno. Úřad opětovně podotýká, že inkriminovaný rozsudek posuzoval a řešil otázku dodržení zásady transparentnosti při

omezení počtu zájemců formou losování obecně. Vzhledem k výše řečenému proto Úřad opětovně uvádí, že závěry obsažené v předmětném rozsudku Krajského soudu jsou bez dalšího aplikovatelné i na šetřené zadávací řízení.

54. K transparentnosti průběhu losování, kterým došlo k omezení počtu zájemců o šetřenou veřejnou zakázku, konstatuje Úřad následující.
55. Z notářského zápisu vyplývá, že zadavatel k omezení počtu zájemců použil elektronické losovací zařízení CENT LOZ 001. Úřad uvádí, že vlastní losovací zařízení bylo popsáno blíže v notářském zápisu (viz bod 42 odůvodnění tohoto rozhodnutí), nicméně všechny zde uvedené skutečnosti nic nevypovídají o stavu zařízení k okamžiku losování, neboť není ověřitelné, kdo a kdy zmiňovanou bezpečnostní pečeť na losovací zařízení umístil a kdo garantoval stav softwaru zařízení před vložením pečeti. V souvislosti s otázkou funkce bezpečnostní plomby Úřad zmiňuje tiskové prohlášení Elektrotechnického zkušebního ústavu, citované v rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 61/2012 ze dne 6.6.2013, který zařízení tohoto výrobce a téhož provozovatele přezkušoval a vyjadřoval se k povaze jím prováděných zkoušek. Úřad opakuje, že v předmětném rozsudku bylo k omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku použito elektronické losovací zařízení CENT LOZ 002. Navzdory skutečnosti, že v šetřeném případě neslo losovací zařízení označení CENT LOZ 001, jsou, ve světle závěrů obsažených v bodě 53 odůvodnění tohoto rozhodnutí, argumenty soudu uvedené ve shora citovaném rozsudku Krajského soudu plně, tedy i co se týče otázky zaplombování losovacího zařízení, aplikovatelné na šetřený případ. V předmětném rozsudku dospěl Krajský soud k závěru, že *„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“*. Jak bylo Úřadem popsáno již výše (viz bod 42 odůvodnění tohoto rozhodnutí), v notářském zápisu je, mimo jiného, uvedeno, že jeden ze zástupců zájemců o veřejnou zakázku zkontroloval číslo a stav neporušenosti plomby použitého losovacího zařízení, přičemž prohlásil, že plomba je neporušená. K tomuto Úřad konstatuje, že provedení této toliko zběžné kontroly losovacího zařízení nemá prakticky žádnou vypovídací hodnotu a nemůže tudíž vést k závěru, že průběh losování byl souladný se zásadou transparentnosti zadávacího řízení. Úřad přitom konstatuje, že otázka funkčnosti a trvanlivosti plombování je pro posouzení naplnění předpokladu transparentnosti losování nezanedbatelná, neboť není zaručeno, že neexistoval volný přístup k softwaru losovacího zařízení. Skutečnost, že zařízení použité pro losování nemuselo být dostatečně zabezpečeno, je okolností přispívající k závěru, že postup zadavatele byl netransparentní. Na tomto místě Úřad zdůrazňuje, že pro porušení uvedené zásady je postačující, pokud okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti a řádnosti průběhu losování, čili, jinými slovy řečeno, Úřad nemusí dokazovat, zda při losování k manipulaci skutečně došlo či nikoliv.
56. Vzhledem k výše řečenému Úřad uvádí, že nikterak nevyvrací argument zadavatele, že zájemcům byla před provedením losování dána možnost losovacího zařízení zkontrolovat, což konkrétní osoba, jak je patrné z notářského zápisu i učinila (viz body 22 a 42 odůvodnění

tohoto rozhodnutí), avšak její konstatování, že plomba losovacího zařízení je neporušená, Úřad podotýká, neznamená, že funkčnost (trvanlivost) plomby vůči neoprávněnému zásahu byla zachována. Nadto Úřad dodává, že omezení počtu zájemců prostřednictvím elektronického losovacího zařízení obecně a tedy i v šetřeném případě, provádí losovací program, tzn. software, který je pochopitelně „uvnitř“ předmětného losovacího zařízení. Jak přitom podotkl Krajský soud ve shora citovaném rozsudku, ke kontrole počítačového (losovacího) programu nemohou být účastníci losování v okamžiku losování řádně vybaveni. Úřad tudíž shrnuje, že indicie popsané výše, a sice že plomba na použitém losovacím zařízení nezajišťovala nemožnost ovlivnění losovacího programu, a v návaznosti na to, že účastníci losování, zejména zájemci o veřejnou zakázku a jejich zástupci, nebyli z povahy věci schopni „neovlivněnost“ losovacího programu během průběhu losování nikterak reálně zkontrolovat, napovídají, že způsob omezení počtu zájemců neumožňoval účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, a že tedy postup zadavatele v šetřeném zadávacím řízení byl rozporný se zásadou transparentnosti. Nad rámec právě řečeného Úřad dodává, že i plně funkční losovací zařízení, které by bylo k losování použito, transparentnost losování samo o sobě zaručit nemůže, pokud existují další okolnosti, které tuto transparentnost zpochybňují.

57. Úřad dále uvádí, že ve věci šetřené veřejné zakázky bylo již Úřadem vedeno jiné správní řízení, a to pod sp. zn. S80/2011/VZ, zahájené na návrh na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 2.3.2011 jedním ze zájemců, konkrétně společnosti COLAS CZ, a.s. Uvedené správní řízení bylo ukončeno vydáním usnesení ze dne 28.4.2011 o zastavení správního řízení, neboť navrhovatel (COLAS CZ, a.s.) vzal svůj návrh na přezkoumání úkonů zadavatele zpět. Předmětem návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, potažmo námitek, po jejichž negativním rozhodnutí zadavatele o nich shora jmenovaná společnost podala návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, bylo, mimo jiného, také tvrzení, že jeden ze zájemců (COLAS, a.s., pozn. Úřadu) po skončení losování chtěl zkontrolovat generátor náhodných čísel, nicméně tento generátor během jeho ověřování „spadl“ a resetoval se. Zájemce tuto skutečnost chtěl zaznamenat do notářského zápisu, byl však odmítnut s odůvodněním, že losování již skončilo.
58. Úřad konstatuje, že ustanovení § 61 odst. 5 zákona ukládá zadavateli povinnost umožnit zájemcům o konkrétní veřejnou zakázku provést kontrolu losovacího zařízení před zahájením losování. Úřad nicméně opětovně podotýká, že zadavatel je při omezení počtu zájemců formou náhodného výběru losem současně vázán i základními zásadami zadávacího řízení, typicky zásadou transparentnosti. Úřad přitom dodává, že nutnost dodržet zásadu transparentnosti zadavatele stíhá i po ukončení daného losování. Nemůže proto obstát argument zadavatele, že je irelevantní, co se dělo po ukončení losování a vzhledem k této skutečnosti nebyly události, k nimž došlo po ukončení losování, zaznamenány do notářského zápisu (viz bod 22 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad uvádí, že pokud zájemce COLAS CZ, a.s. chtěl do notářského zápisu zachytit skutečnost, kterou posléze uvedl v návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, a sice že generátor náhodných čísel během jím prováděné kontroly, obrazně řečeno, „spadl“ a resetoval se (viz bod 57 odůvodnění tohoto rozhodnutí), pak mu měl zadavatel, pro posílení závěru, že v zadávacím řízení při omezení počtu zájemců postupoval transparentně, vyhovět a předmětnou skutečnost (námitku) do notářského zápisu zanést. Fakt, že tato námitka v notářském zápisu absentuje, vzbuzuje pochybnost o pravých důvodech kroků zadavatele a regulérnosti průběhu losování, neboť,

podle názoru Úřadu, zcela zjevně zakládá pochybnost, zda zadavatel v šetřeném případě „neměl důvod něco skrývat“. Úřad přitom konstatuje, že skutečnost popsaná výše, a sice že zájemce COLAS CZ, a.s. žádal o záznam do notářského zápisu, že při jím prováděné kontrole losovacího zařízení došlo k nestandardnímu „jednání“ předmětného losovacího zařízení, je seznatelný i z protokolu o výsledku svědka p. Aleše Kobylyky, který zadavatel Úřadu zaslal v rámci jeho vyjádření (viz bod 18 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak Úřad zjistil z předmětného protokolu ze dne 14.10.2014, p. Aleš Kobylyka se zúčastnil losování, jež sloužilo k omezení počtu zájemců o šetřenou veřejnou zakázku, a to na základě plné moci, která mu byla udělena zájemcem COLAS CZ, a.s. dne 31.1.2011. Shora jmenovaná osoba odpověděla na otázku úřední osoby z finančního úřadu: „*Stalo se něco zvláštního po ukončení „ostrého“ losování např. náhlé vypnutí, (spadnutí) losovacího zařízení a jeho následné resetování? Popište přesně.*“ takto: „*Ano, při mém testování.*“ Na otázku úřední osoby: „*Žádal jste Vy nebo někdo z účastníků losování o záznam do notářského zápisu o této události (spadnutí a resetování)?*“ odpověděl p. Aleš Kobylyka následovně: „*Odkazují na notářský zápis, sepsaný z losování.*“ Konečně na otázku: „*Pokud ano, bylo zdůvodněno, proč to není možné do notářského zápisu zaznamenat? Uveďte toto zdůvodnění.*“ poskytl p. Aleš Kobylyka odpověď tohoto znění: „*Bezpředmětné.*“ Vzhledem ke shora popsaným okolnostem Úřad dovozuje, že zde přetrvávají pochybnosti o regulérnosti průběhu losování, jinými slovy řečeno, pochybnosti o dodržení zásady transparentnosti v šetřeném zadávacím řízení zadavatelem.

59. Úřad uvádí, že notářský zápis o onom „spadnutí“ a resetování generátoru náhodných čísel nehovoří, stejně tak ani o požadavku zájemce COLAS CZ, a.s. o zaprotokolování předmětné skutečnosti. Důvod, proč nebyly tyto skutečnosti zaneseny do notářského zápisu, byl ostatně již zevrubně rozebrán v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí (viz argument zadavatele, že k předmětným skutečnostem došlo až po ukončení losování a tudíž zadavatel nebyl povinen o nich učinit záznam do notářského zápisu). Úřad konstatuje, že tvrzení, že generátor náhodných čísel během testování losovacího zařízení, prováděném po skončení losování zájemcem COLAS CZ, a.s., „nepracoval“ řádně, jelikož došlo k jeho „spadnutí“ a následnému resetování, je obsaženo jak v námitkách, potažmo návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, jímž bylo iniciováno správní řízení sp. zn. S80/2011/VZ (viz bod 57 odůvodnění tohoto rozhodnutí), tak i v protokolu vyhotoveném příslušným finančním úřadem o výsledku svědka, p. Aleše Kobylyky, který se losování, jímž došlo k omezení počtu zájemců o šetřenou veřejnou zakázku, účastnil coby zástupce zájemce COLAS CZ, a.s. (viz předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad uvádí, že inkriminované tvrzení již samo o sobě vzbuzuje pochybnosti o transparentním průběhu losování, což bylo ostatně Úřadem podrobně komentováno v předchozím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí. Úřad však nadto dodává, že fakt, že generátor náhodných čísel během testování losovacího zařízení ze strany zájemce COLAS CZ, a.s., k němuž došlo po ukončení losování, nefungoval řádně, fakticky přiznává i samotný zadavatel. V rozhodnutí zadavatele ze dne 22.2.2011 o námitkách zájemce COLAS CZ, a.s. je totiž, mimo jiného, uvedeno, že „*(...) JUDr. Žatecká zaznamenala jak průběh losování, tak události, které mu předcházely. K uvedenému „spadnutí“ a resetování losovacího zařízení došlo až v okamžiku, kdy bylo losování oficiálně ukončeno (...).*“ Vzhledem k právě řečenému má proto Úřad za prokázané, že generátor náhodných čísel, resp. losovací zařízení jako takové, nevykazovalo standardní „chování“. Jedná se tudíž bez nejmenších pochyb o reálnou a objektivizovanou pochybnost o transparentním způsobu

a průběhu losování, kterým v šetřeném případě došlo k omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku.

60. Ve vztahu ke shora uvedené skutečnosti Úřad uvádí, že transparentnost procesu losování je nutno zajistit všemi dostupnými a reálně v úvahu připadajícími prostředky. Pokud tedy konkrétní zájemce vznesl požadavek na zadavatele na kontrolu generátoru náhodných čísel a tento generátor se následně při kontrole resetoval, lze takový požadavek a tuto vzniklou situaci pokládat za pochybnost o transparentnosti v procesu omezení počtu zájemců náhodným výběrem losem. Úřad k tomu předepisuje, že při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku za použití elektronického losovacího zařízení se de facto možnost kontroly procesu losování zužuje na fázi před a po losování, jelikož vlastní výběr zájemců provádí elektronické zařízení, jehož funkčnost, lépe řečeno neovlivněnost, je na místě samém (tedy při vlastním losování) prakticky pojmově vyloučena. Vzhledem k právě řečenému by proto zadavatelé požadavkům na kontrolu losovacího zařízení měli věnovat zvýšenou míru pozornosti, a to nikoliv pouze před provedením losování, nýbrž i po jeho skončení. Úřad opětovně podotýká, že zadavatel byl povinen provést omezení počtu zájemců v souladu se zásadami zakotvenými v § 6 zákona; proto měl vyloučit jakékoliv 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 dotčeného zájemce vyhovět (tj. umožnit mu kontrolu generátoru náhodných čísel po skončení losování, případně jeho požadavek zaznamenat do notářského zápisu), a to i přesto, že, Úřad opakuje, zákon tuto povinnost zadavateli výslovně neukládá, neboť opačným postupem zadavatele vznikly pochybnosti o korektním průběhu losování. V důsledku zamítnutí požadavku dotčeného zájemce a vzniklé situaci (tj. resetování generátoru náhodných čísel), se tak průběh omezení počtu zájemců o účast v užším řízení losováním nejeví jako dostatečně kontrolovatelný. Úřad k tomuto dále uvádí, že ke zvýšení průhlednosti losování v dané situaci by rozhodně přispělo právě umožnění kontroly generátoru náhodných čísel po skončení losování, neboť losovací zařízení bylo v dispozici pouze zadavatele, resp. společností, které byly organizací zadávacího řízení a vlastním losováním zadavatelem pověřeny.
61. Úřad zdůrazňuje, že k zajištění maximální transparentnosti losování není dostačující samotné transparentní provedení losu, ale rovněž garance možnosti následné kontroly průběhu celého aktu losování v celé šíři, kdykoliv v době bezprostředně navazující na skončení losování. K zachování zásady transparentnosti tedy nestačí, aby zadavatel při samotném losování dodržel pravidla, jež pro něj plynou z ustanovení § 61 odst. 4 a odst. 5 zákona, pokud vyvstanou pochybnosti o zákonnosti losování jako celku, tj. pochybnosti o událostech, které nastaly „před“ a „po“ losování, tj. o událostech, jež losování předcházely a bezprostředně na něj navazovaly.
62. Úřad ve světle shora řečeného na tomto místě opětovně odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 61/2012 ze dne 6.6.2013, ve kterém se Krajský soud vyjádřil k souhrnu skutkových okolností, jež vedly ke zpochybnění transparentnosti losování. Krajský soud v předmětném rozsudku judikoval, že nezákonnost losování, a tedy nezákonnost celého zadávacího řízení, byla vyvolána kumulací pochybností o zákonném průběhu tohoto losování. Podstatou tohoto rozsudku je tudíž fakt, že konkrétní okolnosti, byť by jinak nikterak nemusely zavdávat pochybnosti o nezákonném průběhu zadávacího řízení, ve svém **souhrnu** tyto pochybnosti vyvolávají a způsobují tak ve svém důsledku nezákonnost celého

zadávacího řízení. V šetřeném případě je tato kumulace pochybností zcela jednoznačně dána. Jak bylo Úřadem popsáno již na jiném místě odůvodnění tohoto rozhodnutí, pochybnost o transparentním průběhu losování vyvstává již v důsledku toho, že plomba, kterou bylo použité losovací řízení zablombováno (zapečetěno), neumožňovala ze své podstaty vyloučení ovlivnitelnosti losovacího programu. Pochybnost o transparentním, tudíž i zákonném, průběhu losování je dále dána i tím, že zájemci o veřejnou zakázku, resp. jejich zástupci, kteří byli losování přítomni, nebyli schopni „neovlivněnost“ losovacího programu v průběhu losování nikterak ověřit. K popsaným pochybnostem nadto přistupuje i další pochybnost, a to konkrétně pochybnost vyvolaná postupem zadavatele vůči zájemci COLAS CZ, a.s. Skutečnost, že losovací zařízení se po ukončení losování „chovalo“ neobvykle a nestandardně, když generátor náhodných čísel, lidově řečeno, „spadl“ a následně došlo k jeho resetování, přičemž ono nestandardní „chování“ nebylo zadavatelem zaneseno do notářského zápisu, a to s odůvodněním, že proces losování byl již ukončen, nemůže vést k jinému závěru, než k tomu, že omezení počtu zájemců o šetřenou veřejnou zakázku prostřednictvím náhodného výběru losem nebylo zadavatelem učiněno v souladu se zásadou transparentnosti zadávacího řízení. Kumulace shora nastíněných pochybností o zákonném průběhu losování tudíž způsobila nezákonnost zadávacího řízení jako celku.

63. Úřad se na tomto místě vyjadřuje k argumentu zadavatele, že závěr o netransparentním průběhu zadávacího řízení smí být vysloven pouze tehdy, pokud existují důvodné pochybnosti, tedy pochybnosti reálné a objektivizované, nikoliv subjektivní názor určité osoby, že losování mohlo být „nějak“ ovlivněno (viz bod 25 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad uvádí, že pochybnosti, předestřené v předchozím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí, jejichž kumulace vedla Úřad k závěru, že průběh losování nebyl v šetřeném případě transparentní, jsou pochybnostmi reálnými. Úřad opětovně zdůrazňuje, že jeho úkol nespočívá v dokazování, zda došlo při losování k manipulaci či nikoliv. Úlohou Úřadu je zjistit, zda jsou v konkrétním případě dány pochybnosti o férovém průběhu losování, a zda jsou případně zjištěné pochybnosti natolik fatální, že ve výsledku vedou k závěru o nezákonnosti losování, resp. o nezákonnosti zadávacího řízení jako takového. Popsaného úkolu přitom Úřad v šetřeném případě dostal, když pochybnosti o zákonném průběhu losování zjistil, popsal je a vyvodil z nich příslušný závěr, a sice že zadavatel při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku prostřednictvím náhodného výběru losem nedodržel zásadu transparentnosti zadávacího řízení.
64. Úřad se nemůže ztotožnit s tvrzením zadavatele, že osoby přítomné losování mohly kdykoliv v průběhu losování proti němu vznášet námitky, což by bylo pochopitelně zaneseno do notářského zápisu. Jestliže však v notářském zápisu žádná námitka obsažena není, je tento fakt velmi silným indikátorem, že celé losování proběhlo řádným a transparentním způsobem (viz bod 24 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak Úřad uvedl již na jiném místě odůvodnění tohoto rozhodnutí, osoby, jež se účastní losování, nejsou z povahy věci schopny během losování odhalit, zda losovací program není ovlivněn. Úřad uvádí, že takové odhalení ani nelze po těchto osobách rozumně požadovat, a to z toho důvodu, že možnost zmanipulování losovacího programu může být velmi sofistikovaná, čili její zjištění v průběhu losování je prakticky vyloučena i pro osoby vzdělané v oblasti ICT, tím spíše je toto zjištění pojmově vyloučeno u laické veřejnosti. S ohledem na právě řečené tudíž skutečnost, že na průběh losování nebyly během vlastního losování vzneseny námitky, neznamená, že toto

losování bylo učiněno v souladu se zásadou transparentnosti. Shora popsaný argument zadavatele je proto argumentem zcela irelevantním.

65. Úřad se pro úplnost vyjadřuje i k tvrzení zadavatele, že před tím, než došlo k „ostrému“ losování, byla funkčnost losovacího zařízení přítomným osobám třikrát demonstrována zkušebními losováními (viz bod 23 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad uvádí, že zkušební losování demonstruje pouze funkci losovacího zařízení (v tom smyslu, že zařízení funguje, přitom „jak“ reálně funguje, je v dané chvíli pro přítomné zájemce ze shora popsaných důvodů fakticky nezjistitelné), a nikoliv skutečnost, že není ovlivnitelné. Zkušební losování tak stejně jako případné přezkoušení losovacího zařízení před či po losování jakkoli neosvětluje samotný princip losování a rozhodně jej nelze považovat za záruku transparentnosti zadávacího řízení.
66. Úřad shledává irelevantním taktéž argument zadavatele, že po zastavení správního řízení sp. zn. S80/2011/VZ, z důvodu zpětvzetí návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, nezahájil Úřad v dohledné době správní řízení z moci úřední, a proto se zadavatel, podle jeho slov, mohl důvodně domnívat, že v jeho postupu při zadávání šetřené veřejné zakázky nebyly shledány pochybnosti svědčící o nezákonném průběhu zadávacího řízení (viz bod 29 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad uvádí, že skutečnost, že Úřad zahájil správní řízení pro podezření ze spáchání správního deliktu zadavatelem více než 3 roky od zastavení správního řízení sp. zn. S80/2011/VZ, ničeho nemění na situaci, že se zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky dopustil porušení zákona, resp. správního deliktu. Je třeba si uvědomit, že judikatura soudů prošla v mezidobí, tedy od zastavení správního řízení sp. zn. S80/2011/VZ, určitým vývojem, přičemž je třeba současně podotknout, že aktuální soudní judikatura zaujala k otázce dodržení zásady transparentnosti zadávacího řízení poměrně jednoznačné stanovisko, co se dodržení předmětné zásady týče. Platí přitom, že Úřad má povinnost postupovat a rozhodovat v souladu s aktuální soudní judikaturou a je povinen své závěry korigovat, jestliže soudy zaujmou ke konkrétní otázce určitý názorový posun. Jestliže tedy Úřad po zastavení správního řízení sp. zn. S80/2011/VZ „obratem“ nezahájil správní řízení z moci úřední, bez dalšího neznamena, že zadavatel mohl spoléhat na to, že jeho postup při zadávání šetřené veřejné zakázky byl v souladu se zákonem. Úřad předesílá, že při zahájení správního řízení z moci úřední vycházel ze skutečností uvedených v podnětu, které, v důsledku aktuální soudní judikatury, týkající se omezování počtu zájemců o veřejnou zakázku losováními, vyvolaly podezření ze spáchání správního deliktu zadavatelem.
67. Z obdobných důvodů, které byly popsány v předchozím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí, je třeba odmítnout i odkaz zadavatele na rozhodnutí Úřadu, jež bylo vydáno ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S338/2011/VZ (viz bod 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad opětovně podotýká, že soudní judikatura zaujala k dodržení zásady transparentnosti při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku užitím losu, oproti judikatuře „původní“, o poznání přísnější postoj. Skutečnost, že Úřad ve správním řízení sp. zn. S338/2011/VZ zaujal k postupu zadavatele, konkrétně k zákonnosti průběhu losování, benevolentnější přístup, tudíž neznamena, že závěry učiněné ve shora uvedeném správním řízení jsou aplikovatelné i na šetřený případ. Tu Úřad opětovně zdůrazňuje, že je ve své činnosti vázán aktuální soudní judikaturou. Vzhledem k tomu, že aktuální soudní judikatura zaujímá k otázce dodržení zásady transparentnosti zadávacího řízení při omezování počtu zájemců o veřejnou zakázku losováními jednoznačný postoj, musel pochopitelně Úřad svoji judikaturu,

týkající se předmětné problematiky, taktéž modifikovat a „sladit“ ji tak s požadavky soudů, jelikož je v souladu se zásadou legality vázán právním názorem soudů. Úřad dále doplňuje, že jeho výklad pojmu „transparentnosti“ při omezování počtu zájemců v užším řízení losování, za použití elektronických prostředků, se po vydání zadavatelem citovaného rozhodnutí Úřadu sp. zn. S338/2011/VZ dále vyvíjel. Úřad dvě předchozí odlišná rozhodnutí ve své následné rozhodovací praxi již korigoval. Jedná se například o rozhodnutí Úřadu sp. zn. S22/2012 ze dne 17.10.2012, sp. zn. S29/2012 z téhož dne a sp. zn. S66/2012 ze dne 22.10.2012, nebo rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. R301/2012 ze dne 9.12.2013, sp. zn. R310/2012 z téhož dne a R308/2012 ze dne 18.12.2013, kterými Úřad zadavatelům uložil pokuty za spáchání správních deliktů v důsledku porušení zásady transparentnosti při losování elektronickými prostředky podle § 61 odst. 4 zákona. Úřad nadto dodává, že každé správní řízení je jedinečné, neboť jsou v něm posuzovány skutkové okolnosti, které se vztahují ke konkrétnímu zadávacímu řízení, jež se liší, byť i v míře minimální, od skutkových okolností řešených v odlišném správním řízení. Nelze proto bez dalšího konstatovat, že závěry obsažené v rozhodnutí vydaném ve správním řízení sp. zn. S338/2011/VZ jsou aplikovatelné i na šetřený případ, neboť zde existuje možnost, že skutkové okolnosti obou případů mohou vykazovat menší či větší odlišnosti.

68. Úřad se v návaznosti na předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí 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 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 šetřeném případě neuplatní, neboť Úřad svou předchozí správní praxi v případě zadavatelem zmiňovaného rozhodnutí č. j. ÚOHS-S338/2011/VZ-15651/2011/510/OKo ze dne 29.2.2012 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), Úřad opakuje, poměrně jednoznačný postoj. 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. Dle správních soudů pochybnost o korektnosti průběhu losování, která vyvstane na základě souhrnu určitých indicií, je k závěru o porušení zásady transparentnosti postačující, přičemž není podstatné, zda k ovlivňování losování skutečně došlo, a že tedy vyvstala objektivní pochybnost o řádném průběhu losování. Úřad zde kromě již citovaných rozsudků odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 47/2010 ze dne 15. 2. 2012 potvrzený Nejvyšším správním soudem v rozsudku sp. zn. 7 Afs 31/2012 ze dne 20. 6. 2012 nebo nejnovější rozsudek v otázce losování vydaný Krajským soudem v Brně dne 30. 4. 2014 ve věci sp. zn. 31 Af 113/2012. Ve světle výše řečeného tudíž Úřad shrnuje, že rozhodnutím vydaným ve správním řízení sp. zn. S338/2011/VZ, na které

zadavatel odkazuje, nemohlo být založeno legitimní očekávání, co se posuzování a rozhodování otázky transparentnosti losování Úřadem týče.

69. Úřad se na tomto místě vyjadřuje k tvrzení zadavatele, kterým zpochybňuje pravomoc Úřadu v šetřené věci, neboť podle zadavatele předmětnou veřejnou zakázku zadával v souvislosti s výkonem relevantní činnosti podle § 4 odst. 1 písm. e) bod 2. zákona a vzhledem k tomu, že se jednalo o podlimitní veřejnou zakázku, nebyl povinen postupovat podle zákona (viz bod 20 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad uvádí, že pod výkonem relevantní činností, jak vyplývá z dikce ustanovení § 4 odst. 1 písm. e) bod 2. zákona, je třeba rozumět situaci, kdy zadavatel vykonává relevantní činnost podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona a dále splňuje podmínky uvedené pod body 1. nebo 2. § 4 odst. 1 písm. e) zákona.
70. Úřad k uvedenému konstatuje, že z úřední činnosti má k dispozici vyjádření zadavatele ze dne 23.7.2014. V předmětném vyjádření, které se vztahovalo k okamžiku zahájení šetřeného zadávacího řízení, zadavatel uvedl, že „(...) *Svazek obcí Nové Syrovice – kanalizace a ČOV* (tedy zadavatel, pozn. Úřadu), *nebyl a není majitel vodovodu, ani jeho provozovatelem ani dodavatelem pitné vody do vodovodu*“. Z uvedeného vyjádření zadavatele vyplývá, že zadavatel, tj. Svazek obcí Nové Syrovice a Láz - kanalizace a ČOV, IČO 75009455, se sídlem Nové Syrovice 2, 675 41 Nové Syrovice, se v šetřeném případě nenachází v pozici sektorového zadavatele, který by vykonával relevantní činnost podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona, neboť, jak je zřejmé z výše popsaného vyjádření, nebyl k okamžiku zahájení předmětného zadávacího řízení poskytovatelem vodovodu, sloužícího veřejné potřebě, pro účely provozování takového vodovodu podle zvláštního právního předpisu v souvislosti s výrobou nebo dodávkou pitné vody nebo provozovatelem vodovodu sloužícího veřejné potřebě podle zvláštního právního předpisu v souvislosti s výrobou nebo dodávkou pitné vody nebo dodavatelem pitné vody do vodovodu. Stručně řečeno, zadavatel nevykonával relevantní činnost ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona.
71. Vzhledem k tomu, že podmínkou pro výkon relevantní činnosti podle § 4 odst. 1 písm. e) bod 2. zákona je nutné splnění podmínky výkonu relevantní činnosti podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona, pak Úřad opakuje, že podmínka výkonu relevantní činnosti podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona zadavatelem, vzhledem k obsahu jeho vyjádření ze dne 23.7.2014, splněna nebyla. Úřad proto konstatuje, že v šetřeném případě se zadavatel nenacházel v pozici sektorového zadavatele ve smyslu § 2 odst. 7 zákona, jehož postup by byl vyňat z působnosti zákona. Úřad proto konstatuje, že jeho přezkumná pravomoc je bez nejmenších pochyb dána a zadavatel byl povinen v šetřeném zadávacím řízení postupovat podle zákona.
72. Konečně se Úřad vyjadřuje k tvrzení zadavatele, že se v zadávacím řízení nechal na základě mandátní smlouvy zastoupit mandatářem (Regionální poradenskou agenturou, s.r.o., pozn. Úřadu), který měl se zadávacími řízeními bohaté zkušenosti (viz bod 28 odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad předně konstatuje, že odpovědnost za zákonnost zadávacího řízení náleží výlučně zadavateli. Úřad uvádí, že pověření jiného subjektu k administraci veřejné zakázky, jako tomu bylo v šetřeném případě, nezbavuje zadavatele odpovědnosti za zákonný průběh zadávacího řízení. Jak vyplývá z § 151 odst. 1 zákona, zadavatel se sice může nechat v zadávacím řízení zastoupit jinou osobou, avšak podle § 151 odst. 3 zákona tím není dotčena odpovědnost zadavatele za dodržování tohoto zákona.

73. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel se při zadávání šetřené veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nepostupoval v souladu s § 61 odst. 4 zákona, a současně nedodržel zásadu transparentnosti, jež je obsažena v ustanovení § 6 zákona, když způsob omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, k němuž došlo dne 2.2.2011, použitím elektronického losovacího zařízení, neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy nebyla zachována zásada transparentnosti losování, přičemž tento postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze zcela vyloučit možnost, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl být vylosován jiný okruh zájemců, kteří mohli nabídnout výhodnější podmínky pro zadavatele, a zadavatel již dne 11.7.2011 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky.
74. Úřad dodává, že nezákonný postup zadavatele byl způsobitelný 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 bylo 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 zájemců, kteří byli následně vyzváni k podání nabídky, by mohl být jiný, přičemž některý zájemce z tohoto okruhu mohl zadavateli nabídnout výhodnější podmínky plnění veřejné zakázky. K tomu Úřad pro úplnost dodává, že pro naplnění skutkové podstaty správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona postačí i existence potenciální možnosti, že by mohla být v případě dodržení zákonného postupu ze strany zadavatele podána nabídka další, která by se stala nabídkou vítěznou. Úřad uvádí, že správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je zákonodárcem konstruován jako delikt ohrožovací. K naplnění jeho skutkové podstaty tudíž plně postačuje, že nezákonným postupem **mohlo** reálně dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, nikoliv to, že k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky skutečně došlo.
75. Úřad proto rozhodl tak, jak vyplývá z výroku I. tohoto rozhodnutí.

IV. K ULOŽENÍ POKUTY

76. 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.
77. V šetřeném případě se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona, když neprovedl losování dne 2.2.2011 při omezení počtu zájemců transparentním způsobem, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 11.7.2011 smlouvu na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem.
78. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

79. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby 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.
80. 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 na základě podnětu, který obdržel dne 21.5.2014. Ke spáchání správního deliktu pak došlo dnem uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, tj. dne 11.7.2011, přičemž správní řízení z moci úřední bylo zahájeno dne 14.11.2014. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
81. 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 odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
82. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou mu může být uložena pokuta, činí celkem 65 085 947 Kč včetně DPH (viz bod 10 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 3 254 297 Kč.
83. Podle § 121 odst. 2, věty první, zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
84. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6.12.2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná, nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. S požadavky soudu na řádné odůvodnění pokuty, obsaženými ve výše citovaném rozsudku, se Úřad vypořádává následujícím způsobem.
85. Úřad při stanovení výše pokuty vzal v první řadě v úvahu závažnost správního deliktu, za který ukládá sankci. Zadavatel tím, že nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona, když losování konané dne 2.2.2011, jímž došlo k omezení počtu zájemců o šetřenou veřejnou zakázku, neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, zamezil v účasti potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení a narušil tak soutěžní (konkurenční) prostředí. Ve vztahu k závažnosti spáchaného správního deliktu tak nelze než uvést, že se v šetřeném případě jedná o delikt závažný, neboť postupem zadavatele došlo k eliminaci základního účelu procesu zadávání veřejné zakázky, kterým je zajištění spravedlivé soutěže o cenu v souladu se základními principy zadávání vyplývajícími z § 6 zákona.
86. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. V daném případě měl spáchaný správní delikt za následek, že v důsledku netransparentně, a tím, i nezákonně, provedeného omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, bylo zamezeno v další účasti v zadávacím řízení (podání nabídky) potenciálním dodavatelům, kteří případně

mohli podat nabídky s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele. Úřad dále konstatuje, že rovněž nelze zcela vyloučit, že k podání nabídky byli vylosováni ti uchazeči, kteří neusilovali o dosažení nejnižší nabídkové ceny, když vzhledem k porušení zásady transparentnosti existovala možnost připustit k podání nabídek předem vybrané zájemce. Ve výsledku tak mohlo být neehospodárně nakládáno s veřejnými prostředky, neboť zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku s uchazečem, který podal nabídku na základě omezení počtu zájemců losováním, které nenaplnilo alespoň minimální předpoklad transparentnosti. Postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky.

87. Po pečlivém zvážení všech aspektů Úřad neshledal žádné polehčující ani přitěžující okolnosti, jež by měly vliv na výši uložené pokuty.
88. Při určení výměry pokuty Úřad vzal v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Ze závěrečného účtu za rok 2013 (sestaveného ke dni 23.5.2014) vyplývá, že zadavatel v roce 2013 disponoval finančními prostředky ve výši 22 704 375 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.
89. 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 pocítována 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.
90. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů zadavatele Úřad při určení výměry uložené pokuty dospěl k závěru, že pokuta ve výši 200 000,- Kč naplňuje dostatečně, vzhledem k okolnostem případu, obě shora uvedené základní funkce právní odpovědnosti.
91. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy tak již nelze dosáhnout jinak. Z uvedeného důvodu uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
92. Uložená pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj – pracoviště Brno zřízený u pobočky České národní

banky v Brně číslo 3754-17721621/0710. Jako variabilní symbol zadavatel uvede své identifikační číslo.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

JUDr. Jaromír Bláha, advokát, Advokátní kancelář Němec, Bláha & Navrátilová, s.r.o., Prvního pluku 206/7, 186 00 Praha 8

Vypraveno dne

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