



UOHSX0058JGK

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R309/2012/VZ-23989/2013/310/MMI

Brno 9. prosince 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 31. 10. 2012, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 1. 11. 2012 zadavatelem –

- **Povodím Vltavy, státním podnikem**, IČ 70889953, se sídlem Holečkova 8/106, 150 24 Praha 5,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S60/2012/VZ-6080/2012/540/MPr ze dne 18. 10. 2012, ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatele podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „**Zvýšení kapacity koryta Vltavy v k. ú. Nové Ouholice a Veltrusy**“, zadávané dle ustanovení § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v užším zadávacím řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 29. 3. 2011 pod evidenčním číslem 60058017,

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

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S60/2012/VZ-6080/2012/540/MPr ze dne 18. 10. 2012 podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v části výroku I.

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

II.

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S60/2012/VZ-6080/2012/540/MPr ze dne 18. 10. 2012 podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

mění

takto:

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S60/2012/VZ-6080/2012/540/MPr ze dne 18. 10. 2012 se zadavateli – Povodí Vltavy, státní podnik, IČ 70889953, se sídlem Holečkova 8/106, 150 24 Praha 5, ukládá podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **pokuta ve výši 230 000 Kč (dvě stě třicet tisíc korun českých)**. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a prvostupňové řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jenž je podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, příslušný k dohledu nad dodržováním citovaného zákona, obdržel dne 18. 10. 2011 podnět Policie České republiky – Útvaru odhalování korupce a finanční kriminality SKPV (dále jen „**Policie ČR**“) k prošetření postupu zadavatele – Povodí Vltavy, státní podnik, IČ 70889953, se sídlem Holečkova 8/106, 150 24 Praha 5, (dále jen

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a dodavatelů v zadávacím řízení.

„zadavatel“), při zadávání veřejné zakázky s názvem „Zvýšení kapacity koryta Vltavy v k. ú. Nové Ouholice a Veltrusy“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané podle ustanovení § 28 zákona v užším zadávacím řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 29. 3. 2011 pod evidenčním číslem 60058017. Tento podnět byl následně dne 9. 11. 2011 doplněn o seznam veřejných zakázek, včetně uvedení zadavatele a zástupce zadavatele – administrátora, ve kterých byla užitá k omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku elektronická losovací zařízení vybavená programem instalovaným v programovacím prostředí UNIFACE, která byla postupně zajištěná Policií ČR v rámci policejního šetření předmětné věci. Předmětem doručeného podání bylo podezření z možného nezákonného postupu zadavatele, a to manipulace průběhu omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, při kterém bylo použito elektronické losovací zařízení, které nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru.

2. Dne 2. 12. 2011 byl Úřadu doručen Znalecký posudek č. j. 171-1.03.01.06-2011“ ze dne 1. 12. 2011 z oboru kybernetika, odvětví výpočetní technika (dále jen „**znalecký posudek**“), jehož zhotovitelem je znalecký ústav Risk Analysis Consultants, s.r.o., IČ 63672774, se sídlem Konviktská 24, 110 00 Praha 1 (dále jen „**znalecký ústav**“), jenž byl opatřením Policie ČR v rámci policejního šetření předmětné věci vyzván k podání znaleckého posudku v oboru kybernetika, odvětví výpočetní technika se zaměřením na analýzy a posuzování bezpečnostních rizik informačních systémů, přičemž předmětem znaleckého zkoumání byl notebook Acer TravelMate 5542 p/n: PEW56 S/N LXTZG020030352FFD51601. Výroková část znaleckého posudku obsahuje informace s ohledem na vědecko-technickou úroveň znalostí z oboru kybernetika k datu vyhotovení znaleckého posudku. Kopie relevantních částí předmětného znaleckého posudku, které Úřad potřeboval k posouzení právního stavu věci je součástí správního spisu.
3. Na základě obdrženého podnětu Úřad zahájil z moci úřední správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, protože Úřad po prošetření podnětu získal pochybnosti o tom, zda zadavatel při omezení počtu zájemců postupoval v souladu s ustanovením § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona.
4. Dne 2. 2. 2012 bylo doručeno jedinému účastníku správního řízení – zadavateli oznámení o zahájení správního řízení, a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení ve smyslu ustanovení § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“).
5. Podle oznámení o zakázce jsou předmětem plnění veřejné zakázky stavební práce - zhotovení díla „Zvýšení kapacity koryta Vltavy v k. ú. Nové Ouholice a Veltrusy“. Objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců je náhodný výběr provedený losem. Zadavatel stanovil, že provede výběr 5 zájemců o účast v užším řízení. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplynulo, že zadavateli bylo ve stanovené lhůtě doručeno 17 žádostí zájemců o účast v užším řízení, přičemž jeden zájemce neprokázal splnění zadavatelem požadované kvalifikace. Všem zájemcům, kteří prokázali splnění kvalifikace, byl oznámen termín losování, a to den 26. 4. 2011.

II. Napadené rozhodnutí

6. Úřad po posouzení všech výše uvedených rozhodných skutečností vydal ve správním řízení rozhodnutí č. j. ÚOHS-S60/2012/VZ-6080/2012/540/MPr ze dne 18. 10. 2012 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
7. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když losování dne 26. 4. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel již dne 13. 6. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí zadavateli uložil za spáchaný správní delikt pokutu ve výši 900 000 Kč.
8. Úřad výrok I. napadeného rozhodnutí odůvodnil tak, že při omezení počtu zájemců ve smyslu ustanovení § 61 odst. 4 zákona zadavatel porušil povinnost postupovat v zadávacím řízení v souladu se zásadou transparentnosti, která je stanovena v ustanovení § 6 zákona. Notářský zápis ze dne 26. 4. 2011 osvědčující průběh losování (dále jen „**notářský zápis**“) obsahuje seznam 5 zájemců, kteří byli vylosováni a byli následně veřejným zadavatelem vyzváni k podání nabídky. Dále z notářského zápisu vyplývá, že losování proběhlo ve smyslu § 61 odst. 4 zákona prostřednictvím elektronického zařízení, kterým je zejména „*losovací program běžící v prostředí UNIFACE v licenci společnosti COMPUWARE*“ a „*notebook ACER Travel Mate 5442 s operačním programem WINDOWS 7*“. Úřad číselné označení notebooku 5442 v notářském zápise posoudil jako zřejmou chybu v psaní, když správně je toto číslo **5542**.
9. Z písemného vyjádření společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. (nyní Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. v likvidaci), IČ 25952668, se sídlem Akademie Heyrovského 1178, 500 03 Hradec Králové, ve smyslu ustanovení § 8 odst. 1 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**trestní řád**“), Policii ČR zjistil Úřad, že citovaná společnost uvedla, že losovacím zařízením využívaným pro omezení počtu zájemců od března roku 2011 do 12. 7. 2011 byl „*notebook Acer Travelmate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG020030352FFD51601*“.
10. Úřad jako důkaz provedl znalecký posudek. Z tohoto posudku vyplývá, že znaleckému ústavu bylo zejména uloženo, aby popsal, o jaké elektronické zařízení se jedná; aby popsal, jakým způsobem je zařízení zabezpečeno proti zmanipulování výsledku losování; a dále, aby uvedl, zda a jakým způsobem je možné výsledky losování prováděné elektronickým losovacím zařízením ovlivnit. Úřad ze znaleckého posudku zjistil, že znalecký ústav uvedl, že se jedná o losovací zařízení, složené z notebooku s nainstalovaným losovacím programem. Znalecký ústav dále uvedl, že zařízení není zabezpečeno proti zmanipulování výsledků losování, naopak podle jeho názoru je cíleně vytvořeno tak, aby umožnilo manipulaci výsledků losování. K samotnému procesu, při kterém je ovlivněn výsledek losování, znalecký ústav zejména uvedl, že „*výsledek losování lze zmanipulovat pomocí předem připraveného souboru (...) Losovací program si potom z tohoto předem připraveného souboru přečte IČ subjektů, které mají být vylosovány a tyto subjekty následně i vylosuje*“.

11. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad na zjištěný stav věci aplikoval ustanovení § 61 odst. 4 zákona, podle kterého objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců může být rovněž náhodný výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií podle ustanovení § 61 odst. 2 zákona a náhodného výběru losem; losování zadavatel provede v souladu se zásadami uvedenými v ustanovení § 6 prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování.
12. Úřad věcně posoudil, na základě závěru znaleckého ústavu, že elektronické zařízení bylo manipulovatelné a cíleně vytvořené k manipulaci s výsledky losování, že losovací zařízení použité k omezení počtu zájemců v předmětném zadávacím řízení nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru, čímž došlo k porušení zásady transparentnosti v zadávacím řízení. Úřad dále v této souvislosti uvedl, že možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast, a tím i výsledek zadávacího řízení.
13. Úřad dále uvedl, že pověření jiného subjektu k administraci v tomto zadávacím řízení dle ustanovení § 151 odst. 1 zákona nezbujuje zadavatele odpovědnosti za transparentní průběh zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 151 odst. 3 zákona.
14. Úřad v souvislosti s právním posouzením věci odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010 a v odůvodnění napadeného rozhodnutí citoval, že zásady transparentnosti je porušena tehdy, *„pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele“*. S ohledem na citovaný závěr Nejvyššího správního soudu Úřad uvedl, že nepovažuje za nezbytně nutné se již zabývat otázkou, zda k vlastní manipulaci v průběhu losování skutečně došlo, přičemž zadavatel ani v průběhu správního řízení neprokázal, že losování provedl v souladu s ustanovením § 61 odst. 4 zákona, a zda tedy při omezení počtu zájemců losem skutečně dodržel zásadu transparentnosti dle ustanovení § 6 zákona.
15. Výrok II. napadeného rozhodnutí o výši pokuty Úřad odůvodnil tak, že cena veřejné zakázky činí 45 467 848,8 Kč včetně DPH, a proto horní hranice možné pokuty činí 2 273 392,44 Kč (tj. 5 % z ceny veřejné zakázky). Při posouzení závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu, že zadavatel svým postupem při zadávání veřejné zakázky porušil zejména jednu ze základních zásad zadávacího řízení, zásadu transparentnosti, a to při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku. Tato netransparentnost mohla podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zároveň činí celý proces losování neprůhledným a vzbuzuje pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele. Podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť tento 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, zákazu diskriminace a transparentnosti. V posuzovaném případě se tedy nejednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější. Úřad z hlediska závažnosti správního deliktu přihlédl ke skutečnosti, že v daném případě došlo k porušení základních zásad, na kterých zadávací řízení stojí. Jedná se tedy o správní delikt velmi závažného charakteru. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. Spáchání správního deliktu mělo v daném případě za následek možné ovlivnění

výběru nejvhodnější nabídky, v jehož důsledku mohla být vybrána nabídka jiného uchazeče. Nelze vyloučit, že by jiný zájemce předložil nabídku, která mohla být ekonomicky výhodnější a došlo by tak k úspoře financí 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.

III. Námitky rozkladu

16. Zadavatel uplatnil v zákonné lhůtě dne 1. 11. 2012 podáním ze dne 31. 10. 2012 rozklad proti napadenému rozhodnutí, kterýmžto dnem bylo zahájeno správní řízení o rozkladu. Zadavatel namítá, že v rámci spisového materiálu nebylo zjištěno nebo není doloženo, zda Policie ČR dospěla v rámci vyšetřování ke konečnému závěru a zahájení úkonů v trestním řízení, jehož součástí je specifikace naplnění skutkové podstaty konkrétního trestného činu a sdělení obvinění konkrétní osobě. Takové okolnosti daného případu jsou dle zadavatele podstatné pro právní kvalifikaci případného správního deliktu, kterého se měl zadavatel dle napadeného rozhodnutí dopustit. Úřad dle zadavatele ovšem takové podstatné okolnosti ve správním řízení nezjistil, a ani nezjišťoval. Zadavatel konstatuje, že je jednoznačně prokazatelné, že předmětné losovací zařízení nikdy nebylo ve vlastnictví zadavatele a ten také neměl s držitelem losovacího systému jakýkoli smluvní či jiný obchodně právní vztah, vlastní obsluha a manipulace s předmětným losovacím zařízením nebyla realizována pracovníkem nebo zaměstnancem zadavatele a oblast kybernetiky, programů a IT problematiky nikdy nebyla a není předmětem činnosti zadavatele. Zadavatel namítá, že tento zásah do zařízení (úprava programu pro losování) nebylo možné ani při vynaložení veškeré možné pozornosti a odbornosti zjistit, jak je konstatováno ve znaleckém posudku.
17. Zadavatel dále vytýká Úřadu, že součástí správního spisu není celý originál „znaleckého posudku“. Součástí správního spisu je pouze kopie, přestože dle zadavatele Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že součástí spisu je „znalecký posudek“. Podle názoru zadavatele z kopie „znaleckého posudku“ vyplývá, že se jedná pouze o vytištěný text elektronické verze „znaleckého posudku“, což je podle něj zjevné z vodoznaku „elektronická verze“ na citovaných stranách „znaleckého posudku“. Zadavatel rovněž vytýká Úřadu, že pochybil, když zacházel se „znaleckým posudkem“ jako podkladem pro vydání rozhodnutí, resp. jako s důkazním prostředkem, přestože podle něj je v rozporu s právními předpisy (zejména se zákonem č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů), a nelze jej považovat za důkazní prostředek o netransparentnosti postupu. Úřad v rozporu se zákonem podle zadavatele neprovedl posouzení a hodnocení „znaleckého posudku“ z hlediska zákonných náležitostí. „Znalecký posudek“ neobsahuje prohlášení o nepodjatosti a odpovědnosti žádného z jeho zpracovatelů (Ing. Marián Svetlík, Ing. František Křepelka, Ing. Jiří Hološka), což je podle zadavatele v rozporu s platnými právními předpisy. Zadavatel v této souvislosti uvádí, že „znalecký posudek“ podepsal pouze jeden ze tří zpracovatelů, a zároveň konstatuje „pokud byl tento materiál zpracováván výše uvedenými třemi osobami, bylo by v souladu s platnou právní úpravou, pokud by byl taktéž těmito osobami podepsán“. Zadavatel v rozkladu dále napadá, že „znalecký posudek“ není podepsán ani statutárním orgánem znaleckého ústavu. Vzhledem k uvedenému nepovažuje zadavatel „znalecký posudek“ za podklad pro vydání správního rozhodnutí, a rovněž uvádí, že takový „znalecký posudek“ nemůže být důkazním prostředkem. Materiál s názvem znalecký posudek nelze považovat legitimní podklad pro správní rozhodnutí a to v kontextu

obecných ustanovení správního řádu. Dále zadavatel uvádí okolnost, že dle výpisu z obchodního rejstříku činí základní kapitál znaleckého ústavu v rozporu se zákonem č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, pouze 100 000 Kč. Další námitkou zadavatel zpochybňuje nepodjatost znaleckého ústavu, která dle zadavatele vyplývá ze samotného znaleckého posudku o tom, že znalecký ústav nemá žádný majetkový prospěch ani není majetkově propojen s Policií ČR jako objednatel posudku, a zároveň bylo vyúčtováno znalečné. Nelze jej považovat za důkazní prostředek, přestože vyznívá ve prospěch zadavatele, neboť neklasifikuje přestupek – nedodržení transparentnosti. Zadavatel dále uvádí, že pro zajištění omezení počtu zájemců losováním „bylo stanoveno i potvrzení a ověření tohoto procesu formou notářského zápisu“, z tohoto notářského zápisu podle něj vyplývá, že přítomný notář nijak průběh losování nezpochybnil.

18. Zadavatel dále uvádí, že „v rámci losovacího zařízení byl poskytnut i písemný materiál osvědčující a zaručující dohled nad odbornou instalací a servisem programu UNIFACE s konkrétním sériovým číslem výroby“. Zadavatel napadá, že proti samotnému losování nepodal žádný uchazeč námitky; tato okolnost dle zadavatele dostatečně osvědčuje, že v průběhu losování nebylo žádných pochybností o jeho transparentnosti. V celém rozhodnutí není explicitně specifikováno, kterým krokem či jednáním byla zmíněná transparentnost porušena. Zadavatel v této souvislosti konkrétně uvádí, že následné zjištění toho, „že je pravděpodobné, že počítačový systém a program byly ovlivnitelné, kdy ani k tomu není dostatečně prokazatelný důkaz, nemůže být podle všech zásad právního systému relevantním důkazem o porušení povinnosti“. Jestliže jsou nejasnosti v otázkách skutkových, je třeba aplikovat zásadu „in dubio pro reo“ (v pochybnostech ve prospěch žalovaného/pachatele). Úřad dle zadavatele porušil ustanovení § 3 správního řádu, dle kterého správní orgán ve věci postupuje tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v ustanovení § 2 správního řádu. Zadavatel v podaném rozkladu cituje závěry Nejvyššího správního soudu „z aktuálního rozhodnutí“, dle kterého „požadavek transparentnosti není plněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu sledovány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férové a řádné“. Zadavatel s odkazem na výše citované závěry Nejvyššího správního soudu vytýká Úřadu, že k nezákonným postupům v zadávacím řízení nedošlo, neboť v případě výběru losem se jednalo o postup, který zákon umožňoval; samotná realizace losování byla dle zadavatele rovněž v souladu se zákonem. Zadavatel dále uvádí, že dle ustálené soudní judikatury pojem úkonu zadavatele nelze vykládat restriktivně, ale jako veškerou činnost nebo nečinnost zadavatele; nikoliv jiných subjektů, zúčastnivších se na zadávacím procesu. Zadavatel v této souvislosti poukazuje na to, že v jiném případě „u půlmiliardové zakázky napadené společností Navimor – Invest tento judikát soudu ÚOHS z neznámých důvodů neaplikoval“, a dále na to, že argumentace Úřadu není v souladu prohlášení mluvčího Policejního prezidia o tom, že není jasné, zda byly počítače upraveny nebo s nimi manipulovala obsluha při losu. Zadavatel rovněž v podaném rozkladu vytýká Úřadu, že postup zadavatele a navazující sankce jím nebyl posouzen zcela objektivně a nestranně, dle zadavatele v daném správním řízení Úřad použil „paušální přístup“ bez dodržení základních zásad správního řízení. V rámci hodnocení nebylo uvedeno,

čím se zadavatel konkrétně dopustil porušení principu transparentnosti. Zadavatel ani při vynaložení maximálního úsilí nemohl zjistit skutečnost, „*kteřou a ne zcela pregnantně stanovil až materiál pod názvem znalecký posudek*“. Zadavatel dále konstatuje, že odůvodnění uložení sankce je naprosto obecné. Zadavatel podle jeho názoru byl v situaci, ve které nebyl schopen odhalit případné vady, nesrovnalosti či nejasnosti nějakého zařízení tak, aby mohl bez sebemenší pochybnosti tvrdit, že je v pořádku. Dalším argumentem ve prospěch zadavatele je podle něj skutečnost, že každý elektronický systém ve všech oblastech je předmětem napadání jak ze strany hackerů, tak ze strany různých jiných systémů, které jej ovlivňují či dokonce destruuují. Zadavatel svůj rozklad uzavírá konstatováním, že se nedopustil správního deliktu.

Závěr rozkladu

19. Zadavatel se v rozkladu domáhá zrušení napadeného rozhodnutí.

IV. Řízení o rozkladu

20. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení s právními předpisy, správnost rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když losování dne 26. 4. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel dne 13. 6. 2011 smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky, a tím, že výrokem II. napadeného rozhodnutí zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného podle výroku I. napadeného rozhodnutí uložil podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil. Pokud však jde o výši pokuty, která byla napadeným rozhodnutím za uvedený správní delikt uložena, dospěl jsem k pochybnostem, zda Úřad postupoval správně. V souladu s ustanovením § 2 odst. 4 správního řádu a v souladu s petitem rozkladu zadavatele jsem přistoupil ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí, neboť současná právní úprava obsažená ve správním řádu dovoluje napadené rozhodnutí změnit.

V. K námitkám rozkladu

23. K námitce zadavatele, ve které vytýká Úřadu, že nezjišťoval okolnosti týkající se zahájení, průběhu a ukončení případného trestního řízení vedeném s osobami podílejícími se na provedeném losování, uvádím, že tato námitka je nedůvodná. Úřad ve smyslu ustanovení § 112 odst. 1 zákona vykonává dohled nad dodržováním zákona, a proto zjišťuje a posuzuje okolnosti významné pouze z hlediska citovaného zákona. Významné okolnosti z hlediska tohoto zákona jsou právě ty, které vyplývají z obsahu jeho jednotlivých norem. Zjištění toho, proti komu bylo zahájeno trestní řízení, jaká je právní kvalifikace skutku, nebo zda bylo trestní řízení pravomocně skončeno apod., nejsou okolnosti významné, resp. relevantní, pro posouzení toho, zda zadavatel dodržel postup dle zákona, protože žádné ustanovení zákona s nimi nespojuje žádné právní následky. Tyto okolnosti nejsou v daném případě právně významné ani jako předběžná otázka ve smyslu ustanovení § 57 správního řádu, neboť na tom, zda bylo vůbec zahájeno trestní řízení a proti komu, nebo jak byl právně kvalifikován skutek, vydání napadeného rozhodnutí nezáviselo. Správní řád sice v ustanovení § 57 odst. 1 písm. c) upravuje, že správní orgán si nemůže učinit úsudek o tom, zda byl spáchán trestný čin, přestupek nebo jiný správní delikt a kdo za něj odpovídá, nicméně v daném případě jsou tyto okolnosti právně irelevantní. Posouzení toho, zda zadavatel dodržel postup podle zákona, nezáviselo na tom, zda byl spáchán trestný čin nebo přestupek, a kdo za něj odpovídá. Z hlediska posouzení toho, zda zadavatele dodržel postup dle zákona (v tomto případě dle ustanovení § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona), jsou okolnosti týkající se trestních řízení právně irelevantní, neboť ustanovení § 61 odst. 4 zákona ve spojení s ustanovením § 6 zákona neobsahují tyto okolnosti ve svých hypotézách, a ani s nimi nespojují žádné právní následky. Takové okolnosti nejsou právně významné ani pro posouzení toho, zda se zadavatel dopustil správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle kterého 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. K námitce zadavatele dále uvádím, že byť orgány činné v trestním řízení a Úřad se mohou zabývat stejným skutkovým dějem (v daném případě losováním), posuzují případné porušení zákonné povinnosti dle rozdílných právních předpisů. Orgány činné v trestním řízení aplikují trestněprávní předpisy, Úřad pak zákon o veřejných zakázkách a správní řád. Jak správně odkazuje v rozkladu zadavatel na to, že *„město Karlovy Vary dostalo jednu z nejvyšších pokut za zadávání veřejných zakázek (...) Policie ČR případ odložila“*, rozhodnutí orgánu činných v trestním řízení nepředjímá rozhodnutí Úřadu a naopak.
24. Zadavatel vytýká Úřadu, že postup zadavatele nebyl posouzen zcela objektivně a nestranně, a byl aplikován *„paušální přístup“* bez dodržení základních zásad správního řízení, k této námitce uvádím, že je nedůvodná. Jak jsem již uvedl v bodě 21 tohoto rozhodnutí, správní řízení, v němž bylo vydáno napadené rozhodnutí, je v souladu s právními předpisy, což platí i o samotném napadeném rozhodnutí. Úřad postupoval také v souladu s ustanovením § 50 odst. 3 správního řádu, dle kterého je správní orgán povinen zjistit i bez návrhu okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena, nelze proto z tohoto důvodu pochybovat o objektivnosti či nestrannosti Úřadu.

25. Zadavatel v podaném rozkladu namítá, že znalecký posudek, resp. jeho výňatek, nelze považovat za znalecký posudek, neboť nespňuje zákonné náležitosti; znalecký posudek podepsal pouze jeden ze tří zpracovatelů. Zadavatel dále vytýká Úřadu, že neposoudil okolnost, že znalecký posudek nepodepsal statutární orgán znaleckého ústavu, a okolnost, že dle výpisu z obchodního rejstříku činí základní kapitál znaleckého ústavu v rozporu se zákonem č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, pouze 100 000 Kč. K tomu uvádím, že ze znalecké doložky předmětného znaleckého posudku vyplývá, že znalecký posudek je podepsán třemi znalci; není podstatné, že nebyl podepsán některým z jednatelů znaleckého ústavu. Předmětný znalecký posudek byl vypracován na základě žádosti Policie ČR a v průběhu správního řízení nebyly shledány pochybnosti o jeho pravosti či pravdivosti. Vzhledem k uvedenému je námitka zadavatele nedůvodná. Znalecký posudek je v souladu se správním řádem a rovněž se zákonem č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon a znalcích a tlumočnících**“), včetně vyhlášky Ministerstva financí a Českého statistického úřadu č. 37/1967 Sb., k provedení zákona o znalcích a tlumočnících, včetně jejího ustanovení § 13, které upravuje náležitosti posudku.
26. K námitce zadavatele, že součástí správního spisu není originál znaleckého posudku ale pouze jeho „elektronická verze“, uvádím, že je tato námitka rovněž nedůvodná. Podle ustanovení § 22 odst. 1 písm. b) zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů, se konverzí také rozumí úplné převedení dokumentu obsaženého v datové zprávě nebo datovém souboru do dokumentu v listinné podobě a ověření shody obsahu těchto dokumentů a připojení ověřovací doložky. Podle ustanovení § 22 odst. 2 citovaného zákona platí, že dokument, který provedením konverze vznikl, má stejné právní účinky jako ověřená kopie dokumentu, jehož převedením vznikl výstup. Vzhledem k tomu, že dokumenty lze výše uvedeným postupem převádět z elektronické podoby do listinné podoby, přičemž takto vzniklé dokumenty mají právní účinky jako ověřená kopie dokumentu, není vyloučeno, aby ve správním spise byl vytištěn text elektronické verze znaleckého posudku.
27. K námitce zadavatele, že znalecký ústav má dle obchodního rejstříku uveden základní kapitál pouze ve výši 100 000 Kč, uvádím, že je zcela právně irelevantní. Výše základního kapitálu znaleckého ústavu nemá vliv na právní způsobilost a způsobilost znaleckého ústavu k právním úkonům, ani na výkon znalecké činnosti. Rozhodující v dané věci je, že znalecký ústav je zapsán v seznamu ústavů kvalifikovaných pro znaleckou činnost pro odvětví výpočetní technika se zaměřením na poskytování služeb v oblasti analýzy a posuzování bezpečnostních rizik informačních systémů.
28. Zadavatel rovněž namítá, že znalecký posudek neobsahuje „*prohlášení o nepodjatosti a odpovědnosti v rámci příslušných ustanovení trestního zákona*“. K předmětné námitce předně uvádím, že zákon o znalcích a tlumočnících žádné takové prohlášení nestanovuje jako povinnou náležitost, ani trestněprávní předpisy (trestní řád) žádnou takovou povinnou náležitost znaleckého posudku nestanoví. Případná absence zadavatelem uváděného prohlášení nemá vliv soulad znaleckého posudku s právními předpisy. Námitka zadavatele je nedůvodná.
29. Další námitkou zadavatel zpochybňuje nepodjatost znaleckého ústavu, která dle zadavatele vyplývá ze samotného znaleckého posudku o tom, že znalecký ústav nemá žádný majetkový

prospěch ani není majetkově propojen s Policií ČR jako objednatelem posudku, a zároveň bylo vyúčtováno znalečné. Nárok na znalečné je zákonem aprobovaný nárok; jeho uplatnění znaleckým ústavem a uspokojení nezakládá pochybnosti o nepodjatosti znalce. Okolnost, že za provedení znaleckých posudků vzniká závazek poskytnout peněžité protiplnění znalci (znaleckému ústavu), je plně v souladu s ustanovením § 17 odst. 1 zákona o znalcích a tlumočnících, dle kterého znalec má za podání posudku právo na odměnu, přičemž tato odměna je ve smyslu ustanovení § 16 vyhlášky č. 37/1967 Sb., k provedení zákona o znalcích a tlumočnících, pekuniární. Nárok na odměnu, případně nárok na znalečné, a jejich uplatnění není bez dalšího „materiální závislostí“, která by způsobovala podjatost znalce či znaleckého ústavu. Jestliže zadavatel označuje znalečné nebo odměnu za výkon znalecké činnosti jako majetkový prospěch, pak uvádím, že majetkovým prospěchem se zpravidla rozumí poskytnutí plnění bez odpovídajícího protiplnění. Uvedené však zadavatel v podaném rozkladu nenamítá. Jestliže znalec opakovaně vykonává znaleckou činnost za odměnu pro týž orgán činný v trestním řízení nebo pro tutéž organizační složku státu, rovněž ani toto nezakládá bez dalšího podjatost znalce. Zadavatelem uplatněná námitka je z výše uvedených důvodů nedůvodná.

30. Zadavatel v podaném rozkladu uvádí, že znalecký posudek nelze považovat v souladu s platnou právní úpravou za důkazní prostředek, protože pouze dokumentuje a popisuje způsob a případné ovlivnění losování; dle zadavatele argumentace znaleckého posudku je jednoznačně ve prospěch zadavatele, protože jeho obsahem není závěr o nedodržení transparentnosti. Z provedených listin znaleckého posudku, které jsou součástí správního spisu, vyplývá, že znalecký ústav věcně posoudil odborné otázky – popsal elektronické zařízení a jeho vybavení, popsal, zda a jakým způsobem je zkoumané elektronické zařízení zabezpečeno proti zmanipulování výsledku losování, popsal způsob ovlivnění výsledku losování prováděné elektronickým zařízením. Tato zjištění Úřadu na základě listin znaleckého posudku mají oporu ve správním spise, a jsou věcně správná. Dle ustanovení § 51 správního řádu, platí, že k provedení důkazů lze užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy. Provedený výňatek znaleckého posudku je i z hlediska obsahu v souladu s citovaným ustanovením správního řádu, neboť se výhradně zabývá skutkovými okolnostmi (stavem věci) případně jeho věcným a odborným posouzením, nikoliv však právním posouzením, kterým je také, slovy zadavatele, „*kvalifikace přestupku – nedodržení transparentnosti*“. Zadavatel vlastně svou námitkou o tom, že „*znalecký posudek pouze dokumentuje a popisuje způsob a případné ovlivnění losování jako takového*“, kvituje, že obsah znaleckého posudku je v souladu s citovaným ustanovením správního řádu, když nečiní žádné právní závěry.
31. Jestliže zadavatel předmětnou námitkou dále napadá, že znalecký posudek musí kvalifikovat porušení právní povinnosti zadavatele, tedy i povinnost dodržovat zásadu transparentnosti, uvádím, že taková námitka je nedůvodná. Žádný důkazní prostředek (důkaz) ve smyslu ustanovení § 51 odst. 1 správního řádu nemůže suplovat aplikaci právní úpravy správním orgánem; pouze správní orgány jsou povinny aplikovat platné právo na zjištěný skutkový stav, jinými slovy právně kvalifikovat jednání zadavatele. Důkaz „znaleckým posudkem“, který by se vyjadřoval k aplikaci práva na zjištěný skutkový stav nebo by věc dokonce právně posuzoval, by nebyl v souladu s ustanovením § 51 odst. 1 správního řádu a rovněž s ustanovením § 56 správního řádu, ze kterého vyplývá, že znalci věcně posuzují skutečnosti,

k nimž je třeba odborných znalostí, neaplikují však právní úpravu na zjištěný skutkový stav. Provedené části znaleckého posudku se tedy výhradně zabývají odbornými otázkami, nikoliv otázkami právními, a v tomto smyslu je znalecký posudek v souladu s ustanovením správního řádu upravující důkazní prostředky. Námitka zadavatele, kterou napadá nezákonnost postupu Úřadu, když se znaleckým posudkem zacházel jako s důkazním prostředkem (důkazem), je nedůvodná.

32. Zadavatel v podaném rozkladu uvádí, že učinil vše pro to, aby zajistil zákonný průběh losování, ze samotného průběhu losování osvědčený notářským zápisem nevyplývá žádná pochybnost o manipulaci s výsledky losování či o jeho netransparentnosti. Zadavatel rovněž konstatuje, že v daném případě se jedná o postih za jednoznačně nespecifikované a nepředvídatelné jednání třetího subjektu. K této námitce rozkladu uvádím, že porušení zákonné povinnosti zadavatele podle zákona je založeno na tzv. objektivní odpovědnosti, tedy odpovědnosti za výsledek bez ohledu na zavinění. Zadavatel se nemůže zprostit odpovědnosti za porušení zákonné povinnosti tím, že se nechá podle ustanovení § 151 odst. 1 zákona zastoupit při výkonu práv a povinností jinou osobou. Podle ustanovení § 121 odst. 1 zákona právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. Úsilím zadavatele ve smyslu ustanovení § 121 odst. 1 zákona rozumím aktivní jednání, zaměřené na zabránění porušení právní povinnosti.
33. Jestliže zadavatel v rozkladu namítá, že zajistil pro zákonný průběh losování vše, tím, že průběh losování osvědčil notář, a že „*byl poskytnut materiál osvědčující a zaručující dohled nad odbornou instalací a servisem programu UNIFACE*“, tak uvádím, že účast notáře při provádění losování, a který osvědčuje průběh losování, je zákonnou povinností podle ustanovení § 61 odst. 4 zákona. Splnění jedné zákonné povinnosti zadavatelem jej nezbavuje odpovědnosti nebo nezmenšuje jeho odpovědnost za porušení povinnosti jiné. Plnění zákonné povinnosti z povahy věci nezbavuje zadavatele ani odpovědnosti ve smyslu ustanovení § 121 odst. 1 zákona, plnění zákonné povinnosti z povahy věci nelze bez dalšího považovat za „úsilí“ směřující k tomu, aby zadavatel zabránil porušení právní povinnosti. Rovněž okolnost, že žádný z přítomných zájemců nenapadl průběh losování, nezbavuje odpovědnosti zadavatele za dodržení zákonných povinností. Úřad rozhoduje na základě skutečného stavu, a nikoliv na základě znalostí, představ či názorů účastníků řízení nebo dokonce třetích osob, byť se jednalo o dodavatele, jako tomu bylo v tomto případě. Samotná skutečnost, že by losovací program byl odborně nainstalován, jak také zjistil z notářského zápisu i Úřad („*autorizovanou instalaci provedla firma ZERON, s.r.o.*“), svědčí pouze o tom, že dle notářského zápisu byla provedena instalace losovacího programu, ale nesvědčí o tom, jaké jsou funkční vlastnosti takového softwaru, resp. zda umožňuje předem ovlivnit výsledky losování. Ze samotného tvrzení zadavatele o tom, že „*byl poskytnut materiál osvědčující a zaručující dohled nad odbornou instalací a servisem programu UNIFACE*“, a které také má představovat konkrétní kroky, jimiž zadavatel zajišťoval v zadávacím řízení zákonný průběh losování, však nevyplývá, jakým konkrétním způsobem zadavatel vynaložil úsilí, aby losování bylo v souladu se zákonem.
34. Zadavatel v souvislosti s tvrzeným nesprávným právním posouzením dále uvádí, že losovací zařízení nebylo ve vlastnictví zadavatele, a dále že neměl s držitelem losovacího systému jakýkoliv smluvní vztah. Okolnost, že zadavatel nebyl a není vlastníkem losovacího zařízení

(notebook a losovací software), je skutkově a právně irelevantní. Úřad najisto postavil na základě notářského zápisu, že při losování v předmětném zadávacím řízení dne 24. 6. 2012 bylo použito elektronického losovacího zařízení; rozhodující pro posouzení věci je okolnost, že bylo použito nějaké elektronické losovacího zařízení. Posouzení toho, kdo je nebo byl vlastníkem elektronického losovacího zařízení, nemá v daném správním řízení právní relevanci. Zadavatel následně po provedeném losování vyloučil nevylosované zájemce a vylosované zájemce vyzval k podání nabídky. Z toho plyne, že sám zadavatel vyloučil nevylosované zájemce a vyzval vylosované zájemce bez ohledu na vlastnická práva k elektronickému losovacímu zařízení. Jinými slovy je nevýznamné v tomto správním řízení, kdo byl nebo nebyl vlastníkem elektronického losovacího zařízení. Naopak skutkově a právně významnou je okolnost, zda a jaké elektronické losovacího zařízení bylo použito, a zda zadavatel na základě provedeného losování učinil v zadávacím řízení úkony. Zadavatel dále uvádí, že losovacího zařízení neobsluhoval ani s ním nemanipuloval žádný zaměstnanec zadavatele. Tato okolnost je rovněž irelevantní. Jak je již uvedeno výše, skutkově a právně významnou je okolnost, zda a jaké elektronické losovacího zařízení bylo použito, a zda zadavatel na základě provedeného losování učinil v zadávacím řízení úkony.

35. Zadavatel dále v rozkladu namítá, že napadené rozhodnutí neobsahuje popis konkrétního jednání, kterým zadavatel porušil zásadu transparentnosti. K uvedené námitce rozkladu uvádím, že napadené rozhodnutí obsahuje popis konkrétního jednání zadavatele, které vedlo k porušení zásady transparentnosti. Úřad uvedl popis jednání ve výroku I. napadeného usnesení a v samotném odůvodnění napadeného rozhodnutí. V citovaném výroku je postup zadavatele popsán tak, že „*losování dne 26. 4. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti*“. Úřad tedy popsal jednání zadavatele s ohledem na právně relevantní části skutkové děje, kterými je zejména údaj o tom, kdy a zda proběhl výběr losem, jakým prostředkem bylo provedeno, k čemu postup zadavatele vedl (porušení zásady transparentnosti).
36. Vzhledem k tomu, že součástí popisu jednání zadavatele je i tzv. neurčitý právní pojem, zde zásada transparentnosti, je Úřad povinen obsah a význam tohoto pojmu objasnit. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí v daném případě interpretoval neurčitý právní pojem „zásada transparentnosti“, což je i v souladu se zákonem i konstantní soudní judikaturou (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010), a rovněž významné pro vymezení jednání zadavatele včetně jeho následku (účinku), kterým se dopustil správního deliktu. Odůvodnění citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu k povinnosti správního orgánu objasnit tzv. neurčitý právní pojem konkrétně uvádí, 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*“. Úřad konkrétně v odůvodnění napadeného rozhodnutí k zásadě transparentnosti v daném případě konstatuje, že „*zásada transparentnosti může být dodržena pouze tehdy, jestliže průběh zadávacího řízení nevybuzuje pochyb, že zadavatel jednal regulérně*“, a dále, že „*možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast a tedy i výsledek zadávacího řízení*“. Jinými slovy tam, kde není dána a zaručena náhodnost výběru losem – neboť pojmovým znakem „losování“ je náhodnost konkrétního výsledku nezávislého na lidské vůli – není daná transparentnost. Tyto závěry rovněž

potvrzuje rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 31/2012 – 55 ze dne 20. 6. 2012 a to v tom smyslu, že není podstatné, zda skutečně k manipulaci s losováním došlo, ale rozhodující je právě pochybnost o řádnosti a férovosti losování, která vyvstane na základě určitých indicií, což v daném případě nastalo tím, že bylo znaleckým posudkem prokázáno, že předmětné losovací zařízení bylo záměrně uzpůsobeno k ovlivňování losování, což postačí k závěru o porušení zásady transparentnosti.

37. Obecným smyslem výběru prostřednictvím losu (losování) je vyloučení vlivu jakékoliv vůle subjektů práva (včetně zadavatele a zájemců) na výsledek provedeného losování; vůle subjektů práva je vyloučena právě ve prospěch náhodnosti výběru a prostřednictvím náhodnosti výběru. Zákon sám výslovně ukládá, aby zadavatelem provedený výběr losem byl náhodný. Možnost ovlivnění výsledku losování pak vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast v užším řízení, jak také v odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatuje Úřad.
38. K námitce, že bylo teprve ex post (po provedeném losování) zjištěno, že losovací zařízení mohlo ovlivnit náhodnost výběru, uvádím, že tato okolnost nemá na posouzení porušení zákonné povinnosti zadavatelem žádný vliv. Stejně jako se vyvíjejí moderní technologie, vyvíjí se protiprávní praktiky, které mohou velmi sofistikovaně porušit zásadu transparentnosti tak, jako se stalo v daném případě. Záměr vytvořit losovací program k manipulaci s výsledky losování jde ruku v ruce se záměrem, aby manipulace nebyla odhalitelná a samozřejmě odhalena. Vytvoření takového losovacího programu je vedeno tím, aby v průběhu losování nevznikly důvodné pochybnosti o jeho transparentnosti; „manipulátor“ zúčastněné rozhodně neupozorňuje na možnost ovlivnění výsledků. V daném případě tedy Úřad postupoval v souladu se zákonnou právní úpravou, když dostatečně určitě zjištěné jednání popsal a současně interpretoval s ohledem na konkrétní skutkové okolnosti pojem „zásada transparentnosti“, a nadto tento popis jednání zadavatele také odpovídá citovaným závěrům Nejvyššího správního soudu.
39. Zadavatel dále namítá, že pouze na základě skutkového stavu tak, jej zjistil Úřad, nelze posoudit, že zadavatel porušil svoji právní povinnost, neboť skutkové okolnosti v daném případě jsou pro takový závěr nedostatečné, resp. nebyl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Dle zadavatele Úřad při takto nedostatečně zjištěném stavu věci měl aplikovat zásadu *in dubio pro reo* (v pochybnostech ve prospěch pachatele), a tedy rozhodnout o tom, že zadavatel se porušení zákona nedopustil. Přezkoumal jsem v této souvislosti zákonnost napadeného rozhodnutí, jak ukládá odvolacímu správnímu orgánu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu, dle kterého odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, a dospěl jsem k závěru, že Úřad zjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v zákonném rozsahu; dále Úřad postupoval v souladu s ustanovením § 50 správního řádu a v souladu s ustanoveními § 51 odst. 1 a násl. správního řádu, dle kterého lze k provedení důkazů užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy.
40. K námitce zadavatele tedy konkrétně uvádím, že Úřad na základě znaleckého posudku zjistil, že notebook (značka Acer Travel Mate 5542 p/n PEW56 S/N:LXTZG020030352FFD51601) a nainstalovaný losovací program jsou „*manipulovatelné a cíleně vytvořeny k manipulaci s výsledky losování*“. Z uvedeného vyplývá, že Úřad zjistil, že tzv. losovací zařízení (tj. nainstalovaný software a shora specifikovaný notebook) umožňuje ovlivnit výsledky

losování. Předmětná zjištění se tedy týkají funkčnosti tzv. losovacího zařízení, a z povahy věci jsou přímým důkazem toho, že citované losovací zařízení k okamžiku jeho vydání dne 12. 7. 2011 Policii ČR umožňovalo ovlivnit výsledky losování.

41. Úřad dále z vyjádření společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. zjistil, že losování pro omezení počtu zájemců od března 2011 do 12. 7. 2011 bylo prováděno prostřednictvím notebooku značky Acer Travel Mate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG020030352FFD51601. Z tohoto zjištění má Úřad za prokázané, že citovaný notebook byl společností Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. použit i při losování v předmětném zadávacím řízení dne 26. 4. 2011. V této souvislosti rovněž uvádím, že Úřad dle mého posouzení postupoval tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti s tím, že na základě provedených důkazů, včetně jejich hodnocení jednotlivě i ve vzájemné souvislosti nelze učinit jiný závěr, než že shora citované losovací zařízení bylo použito i při losování v předmětném zadávacím řízení. Přestože Úřad svou úvahu takto explicitně nevyjádřil přímo v odůvodnění napadeného rozhodnutí, doplnil jsem ji na základě zjištění Úřadu a jiných úvah Úřadu, které mají podklad v provedeném dokazování a oporu ve správním spise. Další skutkové zjištění Úřadu se týká samotného průběhu losování v předmětném zadávacím řízení. Úřad z notářského zápisu zjistil, že dne 24. 6. 2011 proběhlo losování, při kterém k výběru zájemců pro užití řízení byl použit notebook Acer Travel Mate 5542 (*číslo 5442 uvedené v notářském zápisu je dle posouzení Úřadu chybou v psaní*). Citovaný notářský zápis je tedy přímým důkazem toho, že při losování bylo použito ve smyslu ustanovení § 61 odst. 4 zákona elektronického zařízení (*konkrétně notebook Acer Travel Mate 5542 a losovací software, jehož licenci poskytla společnost „COMPUWARE“*).
42. Úřad konkrétně uzavřel, že losovací zařízení použité dne 26. 4. 2011 při výběru zájemců do užšího řízení *„nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru“*. Úřad v této části odůvodnění napadeného rozhodnutí následně věcně posoudil v souladu s ustanovením § 50 odst. 4 správního řádu uvedená skutková zjištění ve vzájemné souvislosti (*dle ustanovení § 50 odst. 4 správního řádu správní orgán hodnotí poklady pro vydání rozhodnutí podle své úvahy*). Následující úvaha Úřadu o tom, že *„nepovažoval za nezbytně nutné se již zabývat otázkou, zda k vlastní manipulaci v průběhu losování skutečně došlo“* se odvíjí od interpretace tzv. neurčitého právního pojmu – zásady transparentnosti, který interpretoval tak, že *„zásada transparentnosti může být dodržena pouze tehdy, jestliže průběh zadávacího řízení nevzbuzuje pochyb, že zadavatel jedná regulérně“*, a *„možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast“*.
43. V tomto ohledu Úřad zjistil všechny relevantní okolnosti, tj. funkční vlastnosti losovacího zařízení (notebooku a nainstalovaného softwaru), období, ve kterém se losovací zařízení pro výběr zájemců pro užití řízení používalo, a dále samotný průběh losování dne 26. 4. 2011. Rozsah zjištěného stavu věci je zcela v souladu s ustanovením § 3 správního řádu pro to, aby zadavatel nesl odpovědnost za porušení ustanovení § 61 odst. 4 zákona tím, že losování dne 26. 4. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, jak je uvedeno ve výroku I. napadeného rozhodnutí. Rozsah a obsah skutkových zjištění Úřadu nevyvolává žádné rozumné pochybnosti o tom, že zadavatel skutečně porušil právní povinnosti v ustanovení § 61 odst. 4 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti.

44. Úřad dále jednoznačně uvedl, z jakého důvodu není právně relevantní právě zjištění toho, zda dne 24. 6. 2011 skutečně bylo manipulováno, přičemž tento důvod, který se také odvíjí od konstantní soudní judikatury Nejvyššího správního soudu (rozsudek č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010), považují za přezkoumatelný a správný. Jak uvedl Úřad, samotná možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost. Závěr o samotné možnosti ovlivnění je založen dle mého posouzení napadeného rozhodnutí právě na spojení skutkového zjištění Úřadu o tom, že losování zařízení umožňuje manipulaci, a že losovací zařízení použité dne 24. 6. 2011 při výběru zájemců do užšího řízení „*nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru*“.
45. Na základě provedeného přezkumu zákonnosti rozsahu a obsahu skutkových zjištění a následujících úvah Úřadu považují rozhodnutí za zákonné a věcně správné, a námitku rozkladu za nedůvodnou. Úřad zjistil všechny rozhodné skutkové okolnosti, na základě kterých zde není žádná rozumná pochybnost o tom, že zadavatel porušil zákonnou povinnost. Úřad tedy prokázal porušení právní povinnosti zadavatelem mimo jakoukoliv rozumnou pochybnost.
46. K námitce zadavatele, že závěry Úřadu nejsou v souladu s prohlášením tiskového mluvčího policejního prezidia, uvádím, že dle ustanovení § 2 odst. 1 správního řádu správní orgán postupuje v souladu se zákony a ostatními právními předpisy, jakož i mezinárodními smlouvami, které jsou součástí právního řádu. Úřad jako správní orgán je povinen postupovat pouze v souladu s citovanými prameny práva. Prohlášení tiskového mluvčího z povahy věci takovým pramenem není, jakož není podkladem pro zjištění stavu věci ve správních řízeních vedených Úřadem. Prohlášení tiskového mluvčího je pro rozhodování orgánu dohledu nad zákonem o veřejných zakázkách zcela právně irelevantní. Z uvedených důvodů považují námitku zadavatele za zcela irelevantní.
47. K tvrzení zadavatele, že „*u půlmiliardové zakázky napadené společností Navimor – Invest tento judikát soudu ÚOHS z neznámých důvodů neaplikoval*“, uvádím, že zadavatel pravděpodobně odkazuje na pravomocné rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/MNe ze dne 12. 8. 2011, jehož účastníkem byl navrhovatel - společnost NAVIMOR – INVEST S.A. organizační složka, IČ 45770174, se sídlem Vinohradská 184/2396, 130 52 Praha 3. Jmenovaná společnost se citovaným návrhem domáhala zrušení výsledku omezení počtu zájemců losování a rozhodnutí o jejím vyloučení. V tomto a jmenovaném správním řízení Úřad posuzoval losování provedené zadavatelem za účelem omezení počtu zájemců; zjištěný stav věci ve jmenovaném správním řízení je odlišný. Vzhledem k tomu, že nebyly zjištěny a posouzeny žádné okolnosti, které by vyloučily zásadu transparentnosti, byl návrh zamítnut.
48. V tomto správním řízení byly zjištěny okolnosti, které vedly k porušení zásady transparentnosti, a proto Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí citoval rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010, jehož závěry jsou příhodné a korespondují se stavem věci; zejména závěr Nejvyššího správního soudu o tom, že „*není podstatné, zda k ovlivňování došlo, podstatné je, že existuje reálná možnost, že k určitému ovlivňování dojít mohlo, a že tedy vyvstala pochybnost o řádnosti a férovosti losování*“. Úřad věcně posoudil zjištěný stav věci a dospěl k závěru, že „*možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast a tedy i výsledek*“.

zadávacího řízení“, a proto v daném případě citace konstantní soudní judikatury byla plně na místě.

Uložení pokuty za spáchaný správní delikt

49. Zadavatel ve vztahu k uložené pokutě namítá neobjektivnost, nedostatek nestrannosti, paušální přístup a obecnost odůvodnění uložené sankce. Přezkoumal jsem v této souvislosti výrok II. napadeného rozhodnutí, jak ukládá odvolacímu správnímu orgánu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu, dle kterého odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Dospěl jsem k závěru, že Úřad zjistil stav věci v souladu s ustanovením § 3 správního řádu na základě zákonně provedených důkazních prostředků. K výtkám zadavatele dále uvádím, že jsem neshledal v postupu Úřadu žádné prvky nestrannosti či neobjektivnosti. Odůvodnění uložené pokuty jsem shledal jako přezkoumatelné, neboť se Úřad zabýval všemi skutečnostmi a okolnostmi, jak mu ukládá zákon.
50. Co se týče pokuty, je v ustanovení § 121 odst. 2 zákona uveden výčet skutečností, k nimž je možno při určení výměry pokuty přihlédnout. Z uvedeného ustanovení vyplývá, že pro určení výměry pokuty je rozhodná závažnost správního deliktu, přičemž je zde uveden demonstrativní výčet skutečností, k nimž má být při posouzení závažnosti správního deliktu přihlédnuto. Zákon uvádí, že při posouzení závažnosti správního deliktu má být přihlédnuto zejména ke způsobu jeho spáchání, k následkům správního deliktu a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Ke všem těmto skutečnostem bylo Úřadem přihlédnuto a nejedná se tudíž o paušální přístup Úřadu, jak namítá zadavatel. Jakkoli není pochyb o odpovědnosti zadavatele za spáchání výše uvedeného správního deliktu, přistoupil jsem ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí a uloženou pokutu jsem přiměřeně snížil z následujícího důvodu. Ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu, jež stanoví správnímu orgánu povinnost dbát o to, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a aby odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Přezkoumal jsem skutkově obdobné případy, kdy bylo v určitém časovém období při losování vždy použito totožné losovací zařízení, zadávací řízení bylo administrováno stejnou společností a v těchto případech pak došlo ke spáchání shodných správních deliktů zadavateli, a dospěl jsem k závěru, že Úřad v těchto skutkově obdobných případech uložil nedůvodně rozdílné výše uložených pokut. Z důvodu dodržení základní zásady činnosti správních orgánů zakotvené v ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu jsem v rámci volné úvahy a s přihlédnutím k námitkám zadavatele vzneseným v rozkladu výši uložené pokuty snížil na 230 000 Kč tak, aby výše pokuty odpovídala závažnosti spáchaného správního deliktu a dalším skutkově shodným případům. Zároveň jsem přihlédl k okolnostem případu tak, jak je Úřad uvedl v napadeném rozhodnutí poté, co jsem je vyhodnotil jako správně zjištěné.
51. Na druhou stranu nebylo možné od uložené pokuty zcela upustit, neboť jednání, kterého se zadavatel dopustil, se podstatně dotýká základních principů, na nichž je zadávací řízení vystavěno, zejména zásady transparentnosti. Kromě toho negativní důsledky porušení zákona (tedy omezení soutěže o veřejnou zakázku) již v tuto chvíli není možné účinně zhojit způsobem, který by potenciálním dodavatelům umožnil se o veřejnou zakázku nebo její část ucházet, protože smlouva o dílo již byla uzavřena.

52. Sankce za spáchání správního deliktu lze chápat jako právní následek porušení zákona, který pro pachatele znamená určitou morální či majetkovou újmu nebo omezení jeho práva. Účelem ukládání sankce je působit na pachatele správního deliktu takovým způsobem, aby se již v budoucnosti nedopouštěl protiprávního jednání. Sankce má tak působit výchovně a preventivně. Sankce má však i reparační charakter, neboť do určité míry napravuje následek porušení právní povinnosti. I při nižší výši pokuty bude v daném případě dosaženo účelu sankce, neboť tato bude stále pro zadavatele natolik citelná, aby nadále plnila represivní, preventivní i reparační funkci. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem jsem proto přistoupil ke snížení uložené pokuty tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

VI. Závěr

53. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že odpovědnost zadavatele za spáchání správního deliktu je dána, jsem potvrdil výrok I. napadeného rozhodnutí. Avšak ohledně výše uložené pokuty jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí a to v části výroku II., tedy pro přiměřené snížení pokuty.
54. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

Povodí Vltavy, státní podnik, Holečkova 8/106, 150 24 Praha 5

Vypraveno dne

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