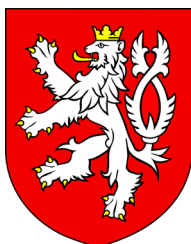




UOHSX005CNTJ

PŘESEDÁ ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R319/2012/VZ-23996/2013/310/MMI

Brno 9. prosince 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 7. 11. 2012, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- městem **Kostelec nad Labem**, IČ 00236951, se sídlem náměstí Komenského 1, 277 13 Kostelec nad Labem, ve správním řízení zastoupeném na základě plné moci ze dne 16. 2. 2012 JUDr. Janou Novákovou, advokátkou, ev. č. ČAK 7421, se sídlem Neratovická 218, 277 13 Kostelec nad Labem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S15/2012/VZ-5316/2012/530/PPo ze dne 22. 10. 2012, ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání podlimitní veřejné zakázky „**Volnočasové centrum Kostelec nad Labem**“, podle 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 8. 3. 2011 pod evidenčním číslem 60057275 a jehož oznámení o zadání bylo uveřejněno dne 24. 6. 2011, pod ev. č. 60057275 tamtéž,

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-S15/2012/VZ-5316/2012/530/PPo ze dne 22. 10. 2012 podle ustanovení § 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-S15/2012/VZ-5316/2012/530/PPo ze dne 22. 10. 2012 podle ustanovení § 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-S15/2012/VZ-5316/2012/530/PPo ze dne 22. 10. 2012 se zadavateli – městu Kostelec nad Labem, IČ 00236951, se sídlem náměstí Komenského 1, 277 13 Kostelec nad Labem, ukládá podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **pokuta ve výši 100 000 Kč (sto tisíc korun českých)**. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. 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

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.

18. 10. 2011 podnět Policie České republiky – Útvaru odhalování korupce a finanční kriminality SKPV (dále jen „**Policie ČR**“) k prošetření postupu zadavatele – města Kostelec nad Labem, IČ 00236951, se sídlem náměstí Komenského 1, 277 13 Kostelec nad Labem, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 16. 2. 2012 JUDr. Janou Novákovou, advokátkou, ev. č. ČAK 7421, se sídlem Neratovická 218, 277 13 Kostelec nad Labem (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání podlimitní veřejné zakázky s názvem „Volnočasové centrum Kostelec nad Labem“, zadávané podle ustanovení § 28 zákona v užším zadávacím řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 8. 3. 2011 pod evidenčním číslem 60057275 a jehož oznámení o zadání bylo uveřejněno dne 24. 6. 2011, pod ev. č. 60057275 tamtéž (dále jen „**veřejná zakázka**“).

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.
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. Dne 8. 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**“).
4. Podle oznámení o zakázce je předmětem plnění veřejné zakázky kompletní realizace stavebního díla „Volnočasové centrum Kostelec nad Labem“ včetně dodávky interiérového vybavení a prováděcí projektová dokumentace. Zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 17 685 000 Kč bez DPH. Objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců je náhodný výběr provedený losem. Zadavatel stanovil, že provede výběr 5 zájemců pro účast v užším řízení. Zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky dne 9. 5. 2011 a dne 7. 6. 2011 uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem.

II. **Napadené rozhodnutí**

5. Úřad po posouzení všech výše uvedených rozhodných skutečností vydal ve správním řízení rozhodnutí č. j. ÚOHS-S15/2012/VZ-5316/2012/530/PPo ze dne 22. 10. 2012 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
6. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že se zadavatel 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 11. 4. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou

transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejuvhodnější nabídky, a zadavatel již dne 7. 6. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí zadavateli uložil za spáchaný správní delikt pokutu ve výši 400 000 Kč.

7. 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 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 „*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 zápisu posoudil jako zřejmou chybu v psaní, když správně je číslo **5542**.
8. 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 Akademika 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**“), pro Policii ČR Úřad zjistil, 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*“.
9. 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 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 dle znaleckého ústavu 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*“.
10. 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; zadavatel provede losování v souladu se zásadami uvedenými v ustanovení § 6 prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování.
11. 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.

12. Úřad dále uvedl, že pověření jiného subjektu k administraci v tomto zadávacím řízení dle ustanovení § 151 odst. 1 zákona nezbavuje zadavatele odpovědnosti za transparentní průběh zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 151 odst. 3 zákona.
13. 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 *„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“*. S ohledem na citované závěry 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.
14. Výrok II. napadeného rozhodnutí o výši pokuty Úřad odůvodnil tak, že cena veřejné zakázky činí 21 191 064 Kč včetně DPH, a proto horní hranice možné pokuty činí 1 059 553,20 Kč (tj. 5 % z ceny veřejné zakázky). Při posouzení závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu to, že se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem na předmětnou veřejnou zakázku, přičemž nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený zákonem. Porušení zákona ze strany zadavatele mohlo ovlivnit konečnou finanční hodnotu veřejné zakázky. V důsledku uvedeného postupu zadavatele nelze vyloučit, že v případě, že by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, kteří mohli předložit ekonomicky výhodnější podmínky plnění veřejné zakázky, než tomu bylo v případě vybraného uchazeče. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele. Vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.

III. Námitky rozkladu

15. Zadavatel uplatnil v zákonné lhůtě dne 7. 10. 2012 podáním z téhož dne rozklad proti napadenému rozhodnutí, kterýmžto dnem bylo zahájeno správní řízení o rozkladu. Napadené rozhodnutí je podle zadavatele stíženo vadami, které mohly mít za následek nesprávné rozhodnutí ve věci. Úřad podle něj neúplně zjistil skutkový stav věci, neboť neprovedl důkazy potřebné k prokázání rozhodných skutečností. Úřad podle zadavatele dospěl na základě provedených důkazů k nesprávným skutkovým zjištěním. Napadené rozhodnutí se podle něj vymyká stávající judikatuře a je nesystémově odlišné od rozhodování Úřadu v obdobných věcech. Zadavatel má za to, že nebylo prokázáno, že by losování neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, neboť nebylo prokázáno, že v okamžiku použití losovacího zařízení bylo toto zařízení zmanipulováno. Pokud jde o způsob stanovení výše pokuty, zadavatel namítá, že Úřad vycházel z nesprávných

podkladů. Napadené rozhodnutí je netransparentní a nepřezkoumatelné, neboť neuvádí, jakou konkrétní povinnost zadavatel porušil. Zadavatel dále odkazuje na článek s názvem „Transparentní zákon o veřejných zakázkách začíná platit“, přičemž tento článek je podle jeho názoru vysvětlením zásady transparentnosti. Závěr Úřadu, že když zajištěný notebook umožňoval manipulaci výsledku losování, tak všechna předchozí losování byla ovlivněna, a tato losování byla netransparentní, nemá oporu v důkazech provedených Úřadem a vymyká se logice spekulace. V této souvislosti zadavatel konstatuje, že Úřad svévolně a účelově vyložil zákon, pracuje v režimu kolektivní viny a překročil své pravomoci.

16. Zadavatel dále namítá, že Úřad použil jako jediný důkaz pro konstatování netransparentnosti losování posudek znaleckého ústavu s tím, že zkoumané losovací zařízení použil zadavatel při losování. Tento závěr je podle zadavatele naprosto nedostatečný, neboť mezi losováním a vyhotovením znaleckého posudku uplynulo více než 7 měsíců a mezi losováním a převzetím losovacího zařízení uplynuly 3 měsíce; a dále nebylo prokázáno, že by dané soubory existovaly v daném zařízení v okamžiku předmětného losování a Úřad nepřipustil navrhovaný důkaz o tom, zda byl daný losovací program manipulovatelný v době losování, v době zabavení policií a v okamžiku zpracování znaleckého posudku.
17. Zadavatel dále cituje jiné rozhodnutí Úřadu, které je podle jeho názoru zcela v rozporu se závěry napadeného rozhodnutí. Dále podle názoru zadavatele Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010 bez jakékoli konkrétní návaznosti na projednávanou věc. Zadavatel v této souvislosti cituje rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 31/2012-55 ze dne 20. 7. 2012. Úřad v napadeném rozhodnutí použil závěry Nejvyššího správního soudu obsažené v rozsudku sp. zn. 1 Afs 45/2010 zcela v rozporu se zadavatelem citovaným rozsudkem. Podle zadavatele je nutné v této souvislosti zkoumat, zda existuje kombinace skutečností, které v průběhu losování nastaly, a které vyvolávají pochybnosti o transparentnosti losování. Podle zadavatele bylo nutné prokázat, zda existovala skutečná možnost, že bylo losování ovlivněno, ne pouze domněnka, že losovací program měl 11. 4. 2011 stejné funkce jako v době, kdy byl notebook zabaven. Závěr Úřadu, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, je podle zadavatele naprosto v rozporu s podklady doloženými zadavatelem, neboť vítězná cena byla ve výši 17 659 220 Kč bez DPH a je dokonce nižší oproti zadávací ceně ve výši 17 685 000 Kč bez DPH. Podle zadavatele je účelovým a nesrozumitelným závěr Úřadu, že ke spáchání správního deliktu došlo dne 7. 6. 2011 podpisem smlouvy s vybraným uchazečem. Podle názoru zadavatele mu tak Úřad klade za vinu, že postupoval v souladu se zákonem. Úřad tak podle zadavatele vychází nejen z principu kolektivní viny, ale i z principu nepřípustné retroaktivity. K výši uložené sankce zadavatel uvádí, že Úřad výši pokuty stanovil na základě nesprávných podkladů. Vlastní příjmy zadavatele jsou za poslední roky ve výši okolo 40 mil, nikoliv takové, jak uvedl Úřad, protože dotační prostředky jsou vázané a zadavatel je nemůže použít k jiným účelům. Zadavatel dále namítá nestejný přístup k zadavatelům, neboť v některých případech obdobných nyní projednávané věci Úřad neshledal důvody pro zahájení správního řízení, takový postup je podle něj diskriminační. Podle zadavatele Úřad vycházel z nesprávných nebo nedostatečných podkladů a jeho hodnocení důkazů je neurčité, nelogické a nespravedlivé a rovněž nepřezkoumatelné. Napadené rozhodnutí podle názoru zadavatele bez souvislosti s výsledkem šetření Policie ČR, vyvolává další pochybnosti o transparentnosti napadeného rozhodnutí. Zadavatel poukazuje na liberační důvody dle § 121 odst. 1 zákona.

18. Následně zadavatel doručil Úřadu přípis ze dne 1. 3. 2013 nazvaný doplnění rozkladu. Zadavatel uvádí, že jelikož Policie ČR neobvinila v souvislosti s předmětným zadávacím řízením žádnou konkrétní osobu, nebyly naplněny všechny podmínky pro konstatování spáchání správního deliktu zadavatelem.

Závěr rozkladu

19. Zadavatel se v rozkladu domáhá zrušení napadeného rozhodnutí. Zároveň zadavatel žádá o rozhodnutí o odkladném účinku rozkladu.

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 jemu předcházející 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 11. 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 7. 6. 2011 smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky, a tím, že výrokem II. napadeného rozhodnutí zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve 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 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. Úvodem uvádím, že 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 a tímto pak dochází k porušení zásady transparentnosti.

24. K námitkám zadavatele, konstatuji, že Úřad, na základě provedeného dokazování znaleckým posudkem, dospěl k jednoznačnému závěru, který je z odůvodnění napadeného rozhodnutí zřejmý, že zařízení použité k losování nebylo zabezpečeno proti zmanipulování, z čehož vyplývá, že nastala možnost přímého ovlivnění výsledku losování, jež zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast. Ke konstatování spáchání správního deliktu zadavatelem postačí pouhá eventualita ovlivnění výběru nevhodnější nabídky, jak je uvedeno v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Odpovědnost zadavatele za celý průběh zadávacího řízení je podle zákona objektivní, tedy za výsledek bez ohledu na zavinění, avšak nikoli absolutně. Zadavatel se jí tudíž nemůže nikterak zprostit, ledaže by prokázal tvrzené liberační důvody, tedy že objektivně vynaložil veškeré úsilí, aby porušení právní povinnosti zabránil, k čemuž však nedošlo. Úsilím zadavatele ve smyslu ustanovení § 121 odst. 1 zákona rozumím aktivní jednání, zaměřené na zabránění porušení právní povinnosti. Ani přítomnost notáře u losování, což je zákonná povinnost zadavatele podle ustanovení § 61 odst. 4 zákona, či skutečnost, že se zadavatel nechal v rámci zadávacího řízení zastoupit jinou osobou, jej nemůže nijak zprostit jeho odpovědnosti za dodržování zákona. Zadavatel si navíc sám vybírá, zda a kterou společnost zmocní k zastoupení své osoby za účelem realizace zadávacího řízení.
25. V tomto případě bylo znaleckým posudkem prokázáno, že při losování bylo použito zařízení, které umožňovalo manipulaci s losováním, což ve svém výsledku mohlo ovlivnit výběr nevhodnější nabídky, a tudíž postup zadavatele v zadávacím řízení se stal netransparentním. Jak již uvedl v napadeném rozhodnutí Úřad, podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 č. j. 1 Afs 45/2010 - 159 postačí k porušení zásady transparentnosti, když jsou v postupu zadavatele shledány takové prvky, které činí zadávací řízení nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným či nepřehledným nebo jež vzbuzují pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Porušení zásady transparentnosti přitom nastává nezávisle na tom, zda bylo skutečně manipulováno s losováním a dále nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení povinnosti stanovené zákonem. 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.
26. K námitkám rozkladu týkající se nesprávnosti napadeného rozhodnutí, nedostatečně zjištěného skutkového stavu a neprovedení důkazů, konstatuji, že správní řízení, v němž bylo vydáno napadené rozhodnutí, je v souladu s právními předpisy, a stejně tak samotné napadené 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. 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.

27. K námitce zadavatele tedy konkrétně uvádím, že Úřad na základě znaleckého posudku zjistil, že notebook (značka Acer TravelMate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG020030352FFD51601) a nainstalovaný losovací program jsou „*manipulovatelné a cíleně vytvořeny k manipulaci s výsledky losování*“. Z uvedeného vyplývá, 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 Policií ČR dne 12. 7. 2011 umožňovalo ovlivnit výsledky losování. K námitce zadavatele, že Úřad nepřipustil jím navrhovaný důkaz, odkazují na výše uvedené a uvádím, že nebylo nutné provádět další důkazy, neboť skutková zjištění Úřadu učiněná na základě provedených důkazů jsou dostatečná pro zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti.
28. Úřad dále z vyjádření společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. zjistil, že losování pro omezení počtu zájemců v období od března 2011 do 12. 7. 2011 bylo prováděno prostřednictvím notebooku značky Acer TravelMate 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 11. 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.
29. Další skutkové zjištění Úřadu se týká samotného průběhu losování v předmětném zadávacím řízení. Úřad z notářského zápisu zjistil, že dne 11. 4. 2011 proběhlo losování, při kterém k výběru zájemců pro užší řízení byl použit notebook Acer TravelMate 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 TravelMate 5542 a losovací software, jehož licenci poskytla společnost „COMPUWARE“).
30. Jak vyplývá z obsahu úvahy Úřadu v odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad konkrétně uzavřel, že losovací zařízení použité dne 11. 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).
31. Druhá následující úvaha Úřadu o tom, že „*nepovažoval za nezbytně nutné se již zabývat otázkou, zda k 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“.

32. 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 užší řízení používalo, a dále samotný průběh losování dne 11. 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 11. 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.
33. K námitce zadavatele, že napadené rozhodnutí není v souladu s judikaturou a rozhodovací praxí Úřadu uvádím, že jsem shledal napadené rozhodnutí zcela v souladu s aktuální judikaturou soudů. Na danou problematiku, Úřad zcela přílehavě použil jak judikaturou Krajského soudu v Brně, tak Nejvyššího správního soudu. Napadené rozhodnutí se rovněž nikterak nevymyká rozhodovací praxi Úřadu, jenž se při svém rozhodování řídí právě zmíněnou rozhodovací praxí soudů. Jak uvádím v bodě 41 tohoto rozhodnutí o rozkladu, rovněž závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 7. 2012 č. j. 7 Afs 31/2012-55, na který zadavatel v rozkladu v této souvislosti odkazuje, jsou plně v souladu se závěry napadeného rozhodnutí. Neshledávám tedy jakýkoli rozpor napadeného rozhodnutí oproti ustálené rozhodovací praxi soudů.
34. Zadavatel namítá, že závěr Úřadu, že když zajištěný notebook umožňoval manipulaci výsledku losování, tak všechna předchozí losování byla ovlivněna, proto veškerá losování byla netransparentní, nemá oporu v důkazech provedených Úřadem a vymyká se logice spekulace. V této souvislosti zadavatel konstatuje, že Úřad svévolně a účelově vyložil zákon, pracuje v režimu kolektivní viny a překročil své pravomoci. Zadavatel dále namítá, že Úřad použil jako jediný důkaz pro konstatování netransparentnosti losování posudek znaleckého ústavu s tím, že zkoumané losovací zařízení použil zadavatel při losování. Tento závěr je podle zadavatele naprosto nedostatečný, neboť mezi losováním a vyhotovením znaleckého posudku uplynulo více jak 7 měsíců a mezi losováním a převzetím losovacího zařízení uplynuly 3 měsíce; nebylo prokázáno, že by dané soubory existovaly v daném zařízení v okamžiku předmětného losování. K těmto námitkám uvádím následující.
35. Z písemného vyjádření společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o., IČ 25952668, se sídlem Akademika Heyrovského 1178, 500 03 Hradec Králové, ze dne 12. 9. 2011, ve smyslu ustanovení § 8 odst. 1 trestního řádu 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. Skutečnost, že tento notebook nebyl zabezpečen proti zmanipulování, vyplývá jednoznačně ze znaleckého posudku. Ke skutečnosti, že bylo teprve 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. K tomuto konstatuji, že Úřad jednoznačně uvedl, z jakého důvodu není právně relevantní právě zjištění toho, zda dne 11. 4. 2011 skutečně bylo manipulováno, přičemž tento závěr, který se také odvíjí od konstantní soudní judikatury Nejvyššího správního soudu (viz rozsudek č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010), považuji za přezkoumatelný a správný. K námitce zadavatele týkající se kolektivní viny, konstatuji, že je zcela irelevantní. Zákon je založen na objektivní odpovědnosti zadavatele za průběh zadávacího řízení na veřejnou zakázku, a tudíž odkazují na část tohoto odůvodnění věnující se objektivní odpovědnosti zadavatele.

36. K námitce, že nebylo prokázáno, že by losování nebylo provedeno v souladu se zásadou transparentnosti, neboť nebylo prokázáno, že v okamžiku použití losovacího zařízení bylo toto zařízení zmanipulováno, odkazují na právní závěr rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010. Jak již uvedl Úřad, samotná možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost. Pokud je vyloučena náhodnost, která je podstatou aktu losování, je rovněž porušena zásada transparentnosti. Právě nemožnost náhodnosti, jež je vyloučena možností manipulace s losováním, je porušením zásady transparentnosti ve smyslu, že tímto dojde k zadávání veřejné zakázky neprůhledným, právně nekorektním a nepředvídatelným způsobem, jak porušení zásady transparentnosti deklaroval výše citovaný rozsudek. Tento rozsudek rovněž uvádí, že *„porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. Tyto úvahy platí tím spíše v případě, kdy se přistoupí k losování, protože losování je úkon ze své povahy nepřezkoumatelný“*. Pro úplnost uvádím, že závěr o samotné možnosti ovlivnění je založen dle mého posouzení napadeného rozhodnutí právě na spojení skutkového zjištění Úřadu o tom, že losovací zařízení umožňuje manipulaci, a na úvaze Úřadu, že losovací zařízení použité dne 11. 4. 2011 při výběru zájemců do užšího řízení *„nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru“*. K námitce že právní závěr citovaného rozsudku nemá konkrétní návaznost na projednávanou věc, konstatuji, že se v obou případech jedná o losování za účelem omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, při kterém byla zjištěna pochybnost o transparentnosti tohoto losování, citovaný judikát považuji za příslušný a správně interpretovaný.
37. Napadené rozhodnutí je podle názoru zadavatele netransparentní a nepřezkoumatelné, neboť neuvádí, jakou konkrétní povinnost zadavatel porušil. K tomuto uvádím, že napadené rozhodnutí se zcela srozumitelně vypořádává se skutečnostmi, v nichž spočívá pochybení zadavatele a z něj vyvozené spáchání správního deliktu. Jak je uvedeno ve výroku I. napadeného rozhodnutí, zadavatel se 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 11. 4. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel dne 7. 6. 2011 smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Zadavatel tedy v rámci zadávacího

řízení porušil povinnost, stanovenou v § 61 odst. 4 zákona, když losování neprovedl v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona. Povinností zadavatele je zajistit, aby tyto zásady byly v průběhu zadávacího řízení dodrženy, což však zadavatel neučinil. V tomto případě tedy byly shledány pochybnosti o transparentnosti proběhnutého losování způsobující porušení zákona.

38. Zadavatel dále odkazuje na článek s názvem „Transparentní zákon o veřejných zakázkách začíná platit“, přičemž tento článek je podle jeho názoru vysvětlením zásady transparentnosti. Tato námitka zadavatele je zcela irelevantní, neboť článek není pramenem práva ani judikaturou, kterou by se měl Úřad řídit při svém rozhodování. Zásada transparentnosti je sice neurčitým právním pojmem, avšak tento je vykládán ustálenou rozhodovací praxí soudů mimo jiné rovněž rozsudky, na které je odkazováno v napadeném rozhodnutí, nikoli článkem týkajícím se novely zákona. 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 nevzbuzuje 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 prokázáno, že předmětné losovací zařízení bylo záměrně uzpůsobeno k ovlivňování losování, což postačí k závěru o porušení zásady transparentnosti.
39. Zadavatel dále cituje rozhodnutí Úřadu, které je podle jeho názoru zcela v rozporu se závěry napadeného rozhodnutí. Odkaz na citované rozhodnutí je irelevantní. Zadavatelem zmiňované rozhodnutí je nepravomocné, neboť rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu proti tomuto rozhodnutí bylo Krajským soudem v Brně zrušeno.
40. Podle názoru zadavatele Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010 bez jakékoli konkrétní návaznosti na projednávanou věc. Zadavatel v této souvislosti cituje rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 31/2012-55 ze dne 20. 7. 2012. Úřad v napadeném rozhodnutí použil závěry

Nejvyššího správního soudu obsažené v rozsudku sp. zn. 1 Afs 45/2010 zcela v rozporu se zadavatelem citovaným rozsudkem. Podle zadavatele je nutné v této souvislosti zkoumat, zda existuje kombinace skutečností, které v průběhu losování nastaly, které vyvolají pochybnosti o transparentnosti losování. Podle zadavatele bylo nutné prokázat, zda existovala skutečná možnost, že bylo losování ovlivněno, ne pouze domněnka, že losovací program měl 11. 4. 2011 stejné funkce jako v době, kdy byl notebook zabaven. K této námitce cituji z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 31/2012-55, na který odkazuje zadavatel, „posouzení transparentnosti losování v žádném případě nespočívá v dokazování, zda došlo při losování k manipulaci či nikoliv. Pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti a řádnosti průběhu losování. K tomu může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo, neboť jak poukázal NSS ve shora citovaném rozsudku (pozn. sp. zn. 1 Afs 45/2010), pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově“. Mám za to, že v tomto případě Úřadem zjištěné skutkové okolnosti vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti a řádnosti průběhu losování, neboť bylo Úřadem, potažmo znaleckým posudkem prokázáno, že použité losovací zařízení bylo uzpůsobeno k manipulaci s losováním.

41. Závěr Úřadu, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, je podle zadavatele naprosto v rozporu s podklady doloženými zadavatelem, neboť vítězná cena byla ve výši 17 659 220 Kč bez DPH a je dokonce nižší oproti „zadávací ceně“ (jedná se o pojem použitý zadavatelem, kterým označuje předpokládanou hodnotu veřejné zakázky) ve výši 17 685 000 Kč bez DPH. K této námitce uvádím, že jednou z podmínek pro naplnění skutkové podstaty správního deliktu je, že nedodržením postupu podle zákona zadavatel podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, přičemž ke skutečnému ovlivnění výběru nemusí dojít, protože postačí pouhá možnost takového ovlivnění. V daném případě, pokud bylo prokázáno, že omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení neproběhlo v souladu se zákonem, pak z podstaty věci je dána možnost ovlivnění okruhu zájemců, kteří byli vyzváni k podání nabídky, a ze kterých pak byla vybrána nejvhodnější nabídka. Pro úplnost uvádím, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky je hodnota, kterou si určí zadavatel na začátku zadávacího řízení, a ve většině případů jsou pak nabídkové ceny nižší, než byla předpokládaná hodnota zadavatele. Účelem zákona je hospodárné vynakládání veřejných prostředků. Argument zadavatele, že vybraný uchazeč nabídl zhruba o 25 000 Kč nižší cenu, než byla předpokládaná hodnota veřejné zakázky, je zcela irelevantní.
42. Podle zadavatele je účelovým a nesrozumitelným závěr Úřadu, že ke spáchání správního deliktu došlo dne 7. 6. 2011 podpisem smlouvy s vybraným uchazečem. Podle názoru zadavatele mu tak Úřad klade za vinu, že postupoval v souladu se zákonem. Úřad tak podle zadavatele vychází nejen z principu kolektivní viny, ale i z principu nepřipustné retroaktivity. K této námitce uvádím, že stejně jako u předchozí námitky, je uzavření smlouvy na veřejnou zakázku jedním ze znaků skutkové podstaty správního deliktu. Jinými slovy, ke spáchání správního deliktu dojde fakticky až dnem uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, tedy v tomto případě k tomu došlo dne 7. 6. 2011. Úřad pak může pouze uložit zadavateli pokutu, neboť nápravy již nelze dosáhnout jinak. Do tohoto okamžiku je možno nápravy dosáhnout jinak a to tak, že buď může za podmínek stanovených zákonem sám zadavatel zrušit zadávací řízení, nebo může Úřad uložit zadavateli nápravné opatření.

43. Ohledně výše uložené sankce zadavatel namítá, že Úřad výši pokuty stanovil na základě nesprávných podkladů. Vlastní příjmy zadavatele jsou za poslední roky ve výši okolo 40 mil, nikoliv takové, jak uvedl Úřad, protože dotační prostředky jsou vázané a zadavatel je nemůže použít k jiným účelům. Vzhledem k tomu, že prostřednictvím tohoto rozhodnutí o rozkladu dochází k celkovému snížení výše uložené pokuty, považuji tuto námitku za bezpředmětnou v tom smyslu, že nově uložená pokuta ve výši 100 000 Kč je ekonomické situaci zadavatele přiměřená, rovněž ve světle této rozkladové námítky. Podrobně je snížení pokuty rozebráno v další části odůvodnění tohoto rozhodnutí.
44. Zadavatel dále namítá nestejný přístup k zadavatelům, neboť v některých případech Úřad neshledal důvody pro zahájení správního řízení, takový postup je podle něj diskriminační. K této námitce uvádím, že v případech, kdy se jednalo o veřejné zadavatele, jež jsou povinni postupovat podle zákona a byly shledány důvody pro zahájení správního řízení, pak tato byla zahájena.
45. Napadené rozhodnutí podle názoru zadavatele bez souvislosti s výsledkem šetření Policie ČR vyvolává další pochybnosti o transparentnosti napadeného rozhodnutí. K této námitce uvádím následující. 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, zda bylo ve věci 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 neobsahuje popis těchto okolností ani 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, přešůpek 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 přešůpek, a kdo za něj odpovídá. Z hlediska posouzení toho, zda zadavatel 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 nejhodnější 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, které vyžadují splnění odlišných předpokladů pro konstatování odpovědnosti za jejich porušení. Orgány činné v trestním řízení aplikují trestněprávní předpisy, Úřad pak zákon o veřejných zakázkách a správní řád.

46. Zadavatel poukazuje na liberační důvody podle § 121 odst. 1 zákona. K tomuto uvádím, že porušení zákonné povinnosti zadavatele dle 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 dle 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. Zadavatel nijak neprokázal vynaložené úsilí směřující k zabránění porušení povinnosti. Neshledal jsem v tomto případě, stejně jako Úřad, důvody pro aplikaci ustanovení zákona o liberaci zadavatele.
47. Nejen k námitce, že Úřad vycházel z nesprávných nebo nedostatečných podkladů a jeho hodnocení důkazů je neurčité, nelogické, nespravedlivé a rovněž nepřezkoumatelné, konstatuji, že na základě provedeného přezkumu zákonnosti rozsahu a obsahu skutkových zjištění a následujících úvah Úřadu považuji rozhodnutí za zákonné a věcně správné, a námitky rozkladu za nedůvodné. Úřad zjistil všechny rozhodné skutkové okolnosti, na základě kterých zde není žádné rozumné pochybnosti o tom, že zadavatel porušil zákonnou povinnost. Úřad tedy prokázal porušení právní povinnosti zadavatelem mimo jakoukoliv rozumnou pochybnost.
48. Co se týče pokuty, je v ustanovení § 121 odst. 2 zákona uveden výčet skutečností, k nimž je možno při určení výměry pokuty přihlídnout. 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 přihlídnuto. Zákon uvádí, že při posouzení závažnosti správního deliktu má být přihlídnuto zejména ke způsobu jeho spáchání, k následkům správního deliktu a k okolnostem, za nichž byl spáchán. 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 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 přihlídnutím k námitkám zadavatele vneseným v rozkladu výši uložené pokuty snížil na 100 000 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.
49. 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.

50. 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.
51. Na závěr si dovoluji upozornit, že pokud zadavatel žádá o rozhodnutí o odkladném účinku rozkladu, je jeho žádost bezpředmětná, neboť poučení, jež je součástí napadeného rozhodnutí obsahuje konstatování, že včas podaný rozklad má odkladný účinek a jak je uvedeno výše, rozklad byl podán v zákonem stanovené lhůtě, tedy včas. Podání rozkladu má tedy odkladný účinek ex lege.

VI. Závěr

52. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že odpovědnost zadavatele za spáchání správního deliktu je dána, avšak ohledně výše uložené pokuty výrokem II. napadeného rozhodnutí jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí v části výroku II., tedy pro snížení pokuty a to s ohledem na výše uvedené, přičemž výrok I. napadeného rozhodnutí jsem potvrdil.
53. 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

JUDr. Jana Nováková, advokátka, Neratovická 218, 277 13 Kostelec nad Labem

Vypraveno dne

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