



UOHSX005CUOV

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R320/2012/VZ-23995/2013/310/MMI

Brno 9. prosince 2013

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

- město **Šternberk**, IČ 00299529, se sídlem Horní náměstí 16, 785 01 Šternberk,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S38/2012/VZ-8593/2012/510/ASH ze dne 23. 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 veřejné zakázky „**Stavební úpravy ulic Lhotská a Na Bažínách ve Šternberku**“ 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 25. 5. 2011 pod evidenčním číslem 60060490, a na kterou byla dne 5. 9. 2011 uzavřena smlouva o dílo,

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-S38/2012/VZ-8593/2012/510/ASh ze dne 23. 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-S38/2012/VZ-8593/2012/510/ASh ze dne 23. 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-S38/2012/VZ-8593/2012/510/ASh ze dne 23. 10. 2012 se zadavateli – městu Šternberk, IČ 00299529, se sídlem Horní náměstí 16, 785 01 Šternberk, ukládá podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **pokuta ve výši 160 000 Kč (sto šedesát 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**“)<sup>1</sup>, 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 – města Šternberk, IČ 00299529, se sídlem Horní náměstí 16, 785 01 Šternberk (dále jen „**zadavatel**“),

---

<sup>1</sup> 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.

při zadávání veřejné zakázky s názvem „Stavební úpravy ulic Lhotská a Na Bažinách ve Šternberku“, zadávané podle ustanovení § 28 zákona v užším zadávacím řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 25. 5. 2011 pod evidenčním číslem 60060490, a na kterou byla dne 5. 9. 2011 uzavřena smlouva o dílo (dále jen „**veřejná zakázka**“). 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 zajištěna 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-P344G50Mnss 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 31. 1. 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 úpravy komunikací. Objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců je náhodný výběr provedený losem. Zadavatel stanovil, že provede výběr 5 zájemců pro účast v užším řízení.

## II. **Napadené rozhodnutí**

6. Úřad po posouzení všech výše uvedených rozhodných skutečností vydal ve správním řízení rozhodnutí č. j. ÚOHS-S38/2012/VZ-8593/2012/510/ASh ze dne 23. 10. 2012 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).

7. 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 29. 6. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již dne 5. 9. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí zadavateli uložil za spáchaný správní delikt pokutu ve výši 600 000 Kč.
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 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*“.
9. Úřad jako důkaz provedl znalecký posudek. Z tohoto posudku vyplývá, že znaleckému ústavu bylo zejména uloženo, aby ve znaleckém posudku 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. Znalecký ústav konstatoval, 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 něj 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; losování zadavatel provede v souladu se zásadami uvedenými v ustanovení § 6 zákona 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 zásada transparentnosti je porušena tehdy, „pokud jsou v zadávacím řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, 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.
14. Výrok II. napadeného rozhodnutí o výši pokuty Úřad odůvodnil tak, že cena veřejné zakázky činí 32 414 826 Kč včetně DPH, a proto horní hranice možné pokuty činí 1 620 741 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 uvedeného pochybení 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 ustanovení § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti. V posuzovaném případě se tedy nejednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější. Nicméně 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. 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

15. Zadavatel uplatnil v zákonné lhůtě dne 7. 11. 2012 podáním z téhož dne rozklad proti napadenému rozhodnutí, kterýmžto dnem bylo zahájeno správní řízení o rozkladu. Zadavatel v úvodu svého rozkladu namítá nesprávnost výroku v tom, že v něm chybí, zda byla věc posuzována podle platného zákona ke dni losování a nikoli podle zákona ve znění platném ke dni vydání rozhodnutí. Zadavatel nesouhlasí s následujícími závěry. Úřadem odůvodněné naplnění skutkové podstaty. Právní hodnocení se opírá toliko o stanovisko uvedené v rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010. Úřad vyloučil aplikaci § 121 odst. 1 zákona s tím, že zadavatel neuvedl objektivní důvod, který by vedl ke zproštění odpovědnosti zadavatele. Úřad konstatoval, že smlouva na realizaci veřejné zakázky byla již uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout jinak. Zadavatel

dále uvádí, že na organizaci celého zadávacího řízení uzavřel mandátní smlouvu a nebylo v jeho silách ani v silách mandátáře programové vybavení v zapečetěném notebooku kontrolovat a zjišťovat, zda bylo či nebylo schopné manipulace. Není jasné, v čem Úřad spatřuje prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Zadavatel má za to, že k porušení zásady transparentnosti z jeho strany nedošlo, neboť neměl možnost jakkoli průběh řízení ovlivnit. Zadavatel konstatuje, že v okamžiku, kdy se dozvěděl od Policie ČR o tom, že zařízení nebylo v pořádku, zahájil činnosti směřující k zastavení prací. V souvislosti s tímto zadavatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, že nápravy již nelze dosáhnout jinak, neboť zastavil okamžitě práce a bylo plněno zatím cca 20 % z celkové vysoutěžené ceny díla. Zadavatel namítá, že jemu uložená pokuta je zcela nepochopitelně vyšší než v tzv. karlovarské losovačce, přičemž postup zadavatele v tomto případě je nesrovnatelný. Zadavatel má za to, že Úřad zcela mechanicky aplikoval na posuzovaný případ právní větu z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 sp. zn. 1 Afs 45/2010, aniž by jeho konkrétní hodnocení a rozbor ve vztahu k zásadě transparentnosti detailně realizoval. Zadavatel na okraj připomíná, že losovací zařízení bylo použito nejméně v 35 dalších zadávacích řízeních, z nichž jsou známy případy, kdy přesto Úřad neshledal důvody pro zahájení správního řízení. Dále podle zadavatele nelze vyloučit, že za podmínek, kdy losování proběhlo dne 29. 6. 2011 a losovací zařízení bylo zajištěno 12. 7. 2011, došlo k případné úpravě systému UNIFACE až po datu losování. Zadavatel má za to, že vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení povinnosti zabránil.

#### **Závěr rozkladu**

16. Zadavatel se v rozkladu domáhá zrušení napadeného rozhodnutí.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

17. 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**

18. 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 jemu předcházející s právními předpisy, správnost rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
19. 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 29. 6. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel dne 5. 9. 2011 smlouvu a tím, že výrokiem

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 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**

20. Předně je třeba uvést, 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.
21. 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 nejhodnější 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.
22. Zadavatel v úvodu svého rozkladu namítá nesprávnost výroku v tom, že v něm chybí, zda byla věc posuzována podle zákona platného ke dni losování a nikoli podle zákona ve znění platném ke dni vydání rozhodnutí. K této námitce konstatuji, že Úřad postupuje vždy podle zákona v jeho znění 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 pak posuzují úkony zadavatele a dodavatelů v zadávacím řízení. Ustanovení § 68 správního řádu obsahující výčet náležitostí, jež musí obsahovat výroková část rozhodnutí, stanoví ve vztahu k této námitce pouze povinnost uvedení právních ustanovení, podle nichž je rozhodováno. Z uvedeného vyplývá správnost výroku a nepřiléhavost námítky.

23. Zadavatel nesouhlasí s následujícími závěry. Úřadem odůvodněné naplnění skutkové podstaty. Právní hodnocení se opírá toliko o stanovisko uvedené v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 sp. zn. 1 Afs 45/2010. Úřad vyloučil aplikaci § 121 odst. 1 zákona s tím, že zadavatel neuvedl objektivní důvod, který by vedl ke zproštění odpovědnosti zadavatele. Úřad konstatoval, že smlouva na realizaci veřejné zakázky byla již uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout jinak. V této části rozkladu zadavatel nijak neargumentuje, proč s těmito závěry Úřadu nesouhlasí, tudíž se k těmto námitkám nelze vyjádřit.
24. Zadavatel uvádí, že na organizaci celého zadávacího řízení uzavřel mandátní smlouvu a nebylo v jeho silách ani v silách mandátáře programové vybavení v zapečetěném notebooku kontrolovat a zjišťovat, zda bylo či nebylo schopné manipulace. Jak je již uvedeno výše, skutečnost, že se zadavatel nechal v rámci zadávacího řízení zastoupit jinou osobou, jej nemůže nijak zprostit jeho odpovědnosti za dodržování zákona. Podle ustanovení § 151 odst. 1 zákona se zadavatel může při výkonu práv a povinností podle zákona souvisejících se zadávacím řízením nebo soutěží o návrh nechat zastoupit jinou osobou, přičemž podle § 151 odst. 3 zákona tím není dotčena odpovědnost zadavatele za dodržování tohoto zákona. Deliktní odpovědnost zadavatele za průběh zadávacího řízení je objektivní. Skutkově a právně významnou je okolnost, zda a jaké elektronické losovací zařízení bylo použito, a zda zadavatel na základě provedeného losování učinil v zadávacím řízení úkony.
25. Podle zadavatele není jasné, v čem Úřad spatřuje prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Zadavatel má za to, že k porušení zásady transparentnosti z jeho strany nedošlo, neboť neměl možnost jakkoli průběh řízení ovlivnit. K této námitce zadavatele odkazují na předchozí odstavec a zároveň na část odůvodnění tohoto rozhodnutí zabývající se objektivní odpovědností zadavatele. Námitka, že nemohl jakkoli ovlivnit průběh zadávacího řízení je tudíž zcela irelevantní.
26. Zadavatel konstatuje, že v okamžiku, kdy se dozvěděl od Policie ČR o tom, že zařízení nebylo v pořádku, zahájil činnosti směřující k zastavení prací. V souvislosti s tímto zadavatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, že nápravy již nelze dosáhnout jinak, neboť zastavil okamžitě práce a bylo plněno zatím cca 20 % z celkové vysoutěžené ceny díla. K této námitce uvádím, že uzavření smlouvy na veřejnou zakázku je 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 5. 9. 2011. Úřad pak může pouze uložit zadavateli pokutu za spáchaný správní delikt, 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. V případě, že již byla uzavřena smlouva na předmět veřejné zakázky a z této smlouvy bylo, byť jen částečně, plněno, není již způsobu jak nápravy dosáhnout jinak.
27. Zadavatel má za to, že Úřad zcela mechanicky aplikoval na posuzovaný případ právní větu z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 sp. zn. 1 Afs 45/2010, aniž by jeho konkrétní hodnocení a rozbor ve vztahu k zásadě transparentnosti detailně realizoval. 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. 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 má zajistit, aby k zadávání veřejných zakázek docházelo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Transparentním postupem je v souladu s citovaným rozsudkem Nejvyššího správního soudu takový postup, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně.“* 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. Není tedy pravdou, že by Úřad aplikoval judikaturu Nejvyššího správního soudu mechanicky.

28. Zadavatel na okraj připomíná, že losovací zařízení bylo použito nejméně v 35 dalších zadávacích řízeních, z nichž jsou známy případy, kdy přesto Úřad neshledal důvody pro zahájení správního řízení. 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.
29. Podle zadavatele nelze vyloučit, že za podmínek, kdy losování proběhlo dne 29. 6. 2011 a losovací zařízení bylo zajištěno 12. 7. 2011, došlo k případné úpravě systému UNIFACE až po datu losování. K této námitce uvádím, že okolnost kdy bylo teprve po provedeném losování zjištěno, že losovací zařízení mohlo ovlivnit náhodnost výběru, 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.

30. Zadavatel má za to, že vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení povinnosti zabránil. 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.
31. 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.
32. K námitkám týkajícím se uložené pokuty uvádím, že v ustanovení § 121 odst. 2 zákona je 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. 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 proto výši uložené pokuty snížil na 160 000 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.
33. 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.

34. 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**

35. 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.
36. 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**

1. město Šternberk, Horní náměstí 16, 785 01 Šternberk

#### **Vypraveno dne**

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