



UOHSX00BJOS4

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R464/2014/VZ-36193/2018/323/MBr

Brno 6. prosince 2018

V řízení o rozkladu ze dne 29. 12. 2014, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, zadavatelem –

- **město Krásná Lípa**, IČO 00261459, se sídlem Masarykova 246/6, 407 46 Krásná Lípa, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 22. 9. 2014 Mgr. Martinem Pujmanem, advokátem, ev. č. ČAK 14342, VSP advokátní kancelář, s.r.o., IČO 02714736, se sídlem Jugoslávská 620/29, 120 00 Praha 2,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-23661/2014/533/ZPr ze dne 6. 11. 2014,

vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání správních deliktů zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Kanalizace Krásná Lípa**“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 9. 2011 a uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 30. 9. 2011 pod ev. č. 60065850, ve znění opravy uveřejněné dne 7. 10. 2011,

jsem rozhodl takto:

I.

Výrok I rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 11. 2014, č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-23661/2014/533/ZPr ve smyslu § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

p o t v r z u j i

a podaný rozklad v rozsahu uvedeného výroku I

z a m í t á m.

II.

Výrok II rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 11. 2014, č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-23661/2014/533/ZPr ve smyslu § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

r u š í m

a správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Kanalizace Krásná Lípa**“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 9. 2011 a uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 30. 9. 2011 pod ev. č. 60065850, ve znění opravy uveřejněné dne 7. 10. 2011, tím, že porušil ustanovení § 61 odst. 5 citovaného zákona o veřejných zakázkách a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zástupce zájemce – Průmstav, a.s., IČO 25105825, se sídlem Pobřežní 667/78, 186 00 Praha 8, kontrolu losovacího zařízení, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel na plnění předmětné veřejné zakázky dne 9. 2. 2012 smlouvu s vybraným uchazečem – účastníky sdružení s názvem „Sdružení SaM – Energie“,

z a s t a v u j i,

neboť dle § 117a písm. f) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední nebyly shledány důvody pro uložení sankce podle § 120 téhož zákona.

III.

Výrok III rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 11. 2014, č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-23661/2014/533/ZPr ve smyslu § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

m ě n í m

tak, že nově zní takto:

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I tohoto rozhodnutí se zadavateli – město Krásná Lípa, IČO 00261459, se sídlem Masarykova 246/6, 407 46 Krásná Lípa – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

pokuta ve výši 120 000 Kč (sto dvacet tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 27. 9. 2011 odeslal zadavatel – Město Krásná Lípa, IČO 00261459, se sídlem Masarykova 246/6, 407 46 Krásná Lípa, (dále jen „**zadavatel**“) podle § 26 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, k uveřejnění v Informačním systému o veřejných zakázkách oznámení užšího řízení veřejné zakázky s názvem „Kanalizace Krásná Lípa“, které bylo uveřejněno dne 30. 9. 2011 pod ev. č. 60065850, ve znění opravy uveřejněné dne 7. 10. 2011 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Podle oddílu II. 1.5) oznámení o zakázce byla předmětem veřejné zakázky dostavba kanalizačního systému Města Krásná Lípa. V oddílu II. 2.1) oznámení o zakázce zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 86 000 000 Kč bez DPH.
3. V oddílu IV. 1.1) a IV. 1.2) oznámení o zakázce bylo uvedeno, že zadavatel zvolil pro zadání předmětné veřejné zakázky užší řízení, a že bude proveden „[n]áhodný výběr losem v souladu s § 61 odst. 4 zákona za přítomnosti zájemců, kteří splnili kvalifikační kritéria a za účasti notáře (...) Pořadí zájemců pro omezení počtu uchazečů je stanoveno dle data doručení žádosti o účast.“
4. O průběhu losování, které se konalo dne 24. 10. 2011, byl dne 27. 10. 2011 sepsán notářský zápis NZ 168/2011, N 177/2011 (dále jen „**notářský zápis**“). Podle přílohy č. 1 notářského zápisu bylo použito losovací zařízení CENT LOZ001, které mělo od Elektrotechnického zkušebního ústavu, IČO 00001481, se sídlem Pod lisem 129/2, 171 02 Praha 8, (dále jen „**EZÚ**“) vystavenou zprávu o zkoušce a bylo opatřeno plombou č. 056916. Podle notářského

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.

zápisu byli zájemci o účast v užším řízení upozorněni na možnost si losovací zařízení po ukončení losování odvézt k certifikačnímu orgánu ke kontrole, a to na vlastní náklady.

5. Z notářského zápisu mimo jiné vyplývá, že zástupce zájemce obchodní společnosti P r ů m s t a v, a.s. (nyní PRŮMSTAV, a.s. pozn. předsedy Úřadu), IČO 25105825, se sídlem Vyskočilova 1566, 140 00 Praha 4, (dále jen „zájemce“) vznesl před zahájením losování dotaz, (i) zda je možno zkontrolovat zdrojový kód, přičemž losující osoba tento požadavek odmítla a odkázala na zprávu EZÚ, a (ii) požadoval otevření losovacího zařízení s tvrzením, že sám pozná, zda přístroj obsahuje zařízení, kterým je možno losování ovlivnit, přičemž také tento požadavek byl zamítnut. Z notářského zápisu dále vyplývá, že zájemce před zahájením losování požádal také o přečíslování pořadových čísel společností ucházejících se o veřejnou zakázku, přičemž i tento požadavek byl zamítnut.
6. Dne 9. 2. 2012 uzavřel zadavatel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem - „Sdružení SaM – Energie“ tvořeným obchodními společnostmi SaM silnice a mosty Děčín a.s., IČO 25042751, se sídlem Oblouková ulice 416/39, 405 02 Děčín, a Energie – stavební a báňská a.s., IČO 45146802, se sídlem Vašíčkova 3081, 272 04 Kladno, které uzavřely dne 10. 10. 2011 smlouvu o sdružení, (dále jen „vybraný uchazeč“) s cenou díla ve výši 109 491 355 Kč včetně DPH.
7. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, (dále jen „Úřad“) jako příslušný správní orgán dle § 112 zákona, si na základě podnětu k zahájení správního řízení ve věci přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky vyžádal od zadavatele dokumentaci o veřejné zakázce a po jejím přezkoumání získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když před zahájením losování neumožnil zájemci na jeho žádost zkontrolovat losovací zařízení a dále přečíslování pořadových čísel jednotlivých zájemců. Dne 29. 8. 2014, kdy bylo zadavateli doručeno oznámení o zahájení správního řízení, bylo správní řízení zahájeno.

II. Napadené rozhodnutí

8. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností a po zhodnocení všech podkladů vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-23661/2014/533/ZPr ze dne 6. 11. 2014 (dále jen „napadené rozhodnutí“).
9. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona při zadávání veřejné zakázky tím, že porušil § 61 odst. 4 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona, když dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zájemce přidělení nových pořadových čísel těmto zájemcům, přičemž způsob omezení jejich počtu za použití elektronického losovacího zařízení neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel uzavřel na plnění veřejné zakázky dne 9. 2. 2012 smlouvu s vybraným uchazečem.
10. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona při zadávání veřejné zakázky tím, že porušil § 61 odst. 5

zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona, když dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zájemce kontrolu losovacího zařízení, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 9. 2. 2012 smlouvu na realizaci veřejné zakázky s vybraným uchazečem.

11. Úřad výroky I a II napadeného rozhodnutí v jejich společném základu odůvodnil tím, že postupem zadavatele byla porušena především transparentnost procesu losování. Při posouzení předmětné problematiky vycházel mimo jiné z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010, publikovaného ve Sb. NSS pod č. 2189/2011 (dále jen „**NSS**“ a **rozsudek „NSS 1“**) a z jím potvrzeného rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 31/2008 ze dne 19. 1. 2010 (dále jen „**krajský soud**“ a **rozsudek „KS 1“**), na který Úřad navázal při výkladu neurčitého právního pojmu „transparentnost“ v kontextu omezení počtu zájemců v zadávacím řízení losování. Úřad dále přihlédl k rozsudku sp. zn. 62 Af 61/2012 ze dne 6. 6. 2013 (dále jen **rozsudek „KS 2“**), kterým krajský soud navázal na výše uvedenou rozhodovací praxi a vyslovil se i ve vztahu k losování za použití elektronických prostředků, a který byl potvrzen rozsudkem NSS č. j. 1 Afs 64/2013 – 52 ze dne 6. 11. 2013 (dále jen **rozsudek „NSS 2“**). Na základě výše uvedeného pak Úřad obecně v souvislosti s losováním konstatoval, že losování je transparentní, pokud zadavatel zabezpečí, aby losování proběhlo férově, působilo navenek korektně a jeho průběh nevyvolával pochybnosti.
12. V souvislosti s odmítnutím požadavku zájemce o změnu přidělených čísel před zahájením losování Úřad v bodě 65 odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že předchozí informace zájemcům o způsobu přidělení pořadových čísel pro účely losování ještě nezaručuje transparentnost procesu losování, a že je nutno vždy zabránit jakýmkoli pochybnostem o netransparentním jednání zadavatele. Na základě toho Úřad v bodě 66 odůvodnění napadeného rozhodnutí vyslovil svůj dílčí závěr, že *„ke zvýšení průhlednosti losování v dané situaci by proto přispělo právě přečíslování umožnit a vyvrátit tak možné pochyby o řádném průběhu náhodného výběru, neboť losovací zařízení a určení pořadí zájemců pro losování byly v dispozici pouze zadavatele“*.
13. Ve vztahu k odmítnutí požadavku zadavatele na kontrolu losovacího řízení (zejména jeho otevřením) Úřad shledal závěry rozsudku KS 2 přílehlavými na přezkoumávaný případ a uvedl, že přestože lze s ohledem na zprávu EZÚ o zkoušce losovacího zařízení usuzovat, že jistá kontrola losovacího zařízení proběhla, nejednalo se o kontrolu ze strany zájemců, jak ukládá § 61 odst. 5 zákona, nýbrž nejvýše o dřívější kontrolu třetí osobou, k níž nedošlo bezprostředně před zahájením losování. Na základě toho Úřad v bodě 63 odůvodnění napadeného rozhodnutí vyslovil svůj dílčí závěr, že *„[p]okud zadavatel v šetřeném případě zájemcům neumožnil otevření losovacího zařízení, účinná kontrola losovacího zařízení zájemci fakticky nebyla možná. Zájemci se totiž nejvýše mohli na losovací zařízení ‚podívat‘, resp. zvenčí si je ‚prohlédnout‘, nikoli provést efektivní kontrolu losovacího zařízení z pohledu samotného postupu při losování“*.
14. Úřad pak v bodě 68 odůvodnění napadeného rozhodnutí shrnul své hodnocení skutkových okolností souvisejících s průběhem losování s tím, že v postupu zadavatele shledal prvky,

keré „v návaznosti na omezení počtu zájemců losováním činí zadávací řízení hůře kontrolovatelné, a které vzbuzují pochybnosti o pravých důvodech kroků zadavatele a regulérnosti průběhu losování, neboť zcela zjevně zakládají pochybnost, zda zadavatel v daném případě ‚neměl důvod něco skrývat‘, když měl naopak zabezpečit, aby losování působilo korektně a aby jeho průběh žádné pochybnosti nevyvolával.“ Úřad dále konstatoval, že „nejde o to, zda s losovacím zařízením mohlo být manipulováno a není to ani součástí jeho přezkumu, ale zda průběh losování se navenek jevil jako férový a řádný“, a zároveň vyslovil přesvědčení, že požadavek na transparentnost losování byl uveden v zákoně již v době před zahájením zadávacího řízení, tedy již před vydáním rozsudku KS 2, a výklad pojmu „transparentnost“ v souvislosti s losováním byl znám z rozhodovací praxe správních soudů, např. z rozsudku KS 1 a NSS 1, v němž je mj. uvedeno, že zjištění, zda byla porušena zásada transparentnosti, se musí odvíjet od hodnocení všech okolností konkrétního případu, když podmínkou dodržení zásady transparentnosti je průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný, přičemž porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé zákonné povinnosti.

15. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli za spáchání správních deliktů uvedených ve výročí I a II napadeného rozhodnutí podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 150 000 Kč. V souladu se zásadou absorpce pak Úřad stanovil pokutu za správní delikt uvedený ve výroku I napadeného rozhodnutí, neboť jej považoval za závažnější. Ke skutečnosti, že postup zadavatele při přidělování pořadových čísel pro účely losování není v zákoně výslovně upraven a v době zadávání veřejné zakázky k otázce zamítnutí požadavku na přečíslování přidělených čísel pro losování neexistovala výkladová praxe založená na rozhodnutích Úřadu a soudů, když mj. rozsudek KS 2, v němž krajský soud shledal porušení zákona zadavatelem z obdobných důvodů jako v šetřeném případě, byl vydán až poté, co zadavatel veřejnou zakázku zadal, pak Úřad přihlédl ve prospěch zadavatele.

III. Námitky rozkladu

16. Dne 29. 12. 2014 obdržel Úřad v zákonné lhůtě rozklad zadavatele z téhož dne, jímž brojí proti napadenému rozhodnutí v celém rozsahu. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
17. Zadavatel v rozkladu namítá existenci procesních pochybení spočívajících v (i) provedení důkazů, které nebyly součástí spisu, (ii) neprovedení navržených důkazů, (iii) nedostatečném zjištění stavu věci, o kterém nejsou důvodné pochybnosti, (iv) neúplném vymezení předmětu správního řízení, díky němuž toto nebylo řádně zahájeno a (v) nenařízení ústního jednání, jejichž kombinace dle jeho názoru znemožnila účinnou obranu a využití procesních práv zadavatele ve správním řízení.
18. Zadavatel považuje za věcně nesprávné závěry Úřadu ve stěžejní části napadeného rozhodnutí, týkající se přezkumu transparentnosti postupu zadavatele při losování. Rozsudky KS 1, NSS 1 a KS 2, na které Úřad poukazyval, pak dle jeho názoru vymezují transparentnost obecným způsobem a k danému případu mají jen nepřímý vztah, přičemž dodržení podmínek transparentnosti je nutné posuzovat vždy v závislosti na okolnostech konkrétního případu.

19. V souvislosti s odmítnutím požadavku zájemce na přečíslování pořadových čísel zájemců před zahájením samotného losování zadavatel uvádí, že pokud měl za účelem dodržení zásady transparentnosti vyloučit veškeré pochybnosti o zákonnosti průběhu losování, nemohl tak v žádném případě učinit vyhověním izolované žádosti o přečíslování jednoho ze zájemců o účast, a zachování v Oznámení o zakázce předem určeného průběhu losování bylo v dané situaci jedinou možnou metodou, jak čelit pochybnostem o zákonnosti průběhu losování.
20. Zadavatel dále nesouhlasí s názorem Úřadu, že nesplnil podmínky uvedené v § 61 odst. 5 zákona, když umožnil kontrolu pouze neporušenosti zajišťovací plomby a výrobního čísla losovacího zařízení, a nikoli celého losovacího zařízení. Zadavatel má za to, že toto ustanovení nezahrnuje povinnost „umožnit přítomným zájemcům rozebrat losovací zařízení“ a navíc díky porušení bezpečnostní pečeti od výrobce by nemohlo k losování dojít, přičemž právě z těchto důvodů měl zadavatel k dispozici zprávu EZÚ a umožnil libovolný počet zkušebních losování a případnou bezprostřední následnou kontrolu EZÚ.
21. Za chybný považuje zadavatel závěr Úřadu vyslovený v bodě 67 odůvodnění napadeného rozhodnutí vycházející z předpokladu, že zařízení použité pro losování nemuselo být dostatečně zabezpečeno. Zadavatel opírá svou argumentaci o zprávy EZÚ, z níž je podle jeho názoru jednoznačně zřejmé, že předmětem zkoušky bylo losovací zařízení jak z pohledu technického zařízení a bezpečnostních opatření proti neoprávněným zásahům, tak i z pohledu bezchybnosti použitého software, a dále o dostatečnost zabezpečení plombou od výrobce losovacího zařízení.
22. Zadavatel nakonec namítá, v kontextu s rozsudkem KS 2, že Úřad v napadeném rozhodnutí „jde nad rámec vymezený KS v Brně a za porušení § 6 ZVZ považuje existenci již pouhé jediné skutečnosti (tzn. nevyhovění požadavku na přečíslování seznamu zájemců či požadavku na kontrolu losovacího zařízení zevnitř), která by mohla vyvolat spekulace o ovlivnění náhodného výběru“, a že závěry o kombinaci více faktorů, které mají za následek porušení zásady transparentnosti, načrtnuté v rozsudku KS 2 nelze na daný případ vztáhnout. K tomuto zadavatel dodává, že Úřadem aplikovaný rozsudek KS 2 se na daný případ nevztahuje z důvodů skutkové odlišnosti.
23. Zadavatel je dále přesvědčen, že se Úřad v přezkoumávaném případě odchýlil od konstantní, ustálené a dlouhodobé rozhodovací praxe zavedené předchozími rozhodnutími, jejichž výčet podává, čímž se jeho postup dostal do rozporu se zásadou právní jistoty a s principem legitimního očekávání.
24. V závěru rozkladu označuje zadavatel pokutu uloženou výrokem III napadeného rozhodnutí za nepřiměřeně vysokou s ohledem na to, že napadeným rozhodnutím byla změněna ustálená rozhodovací praxe Úřadu, a dále z důvodů značného časového odstupu mezi provedeným losováním a zahájením správního řízení. Zadavatel zároveň nesouhlasí, že by pro něj pokuta nebyla likvidační, neboť mu nad rámec povinnosti uhradit pokutu hrozí v důsledku konstatovaného správního deliktu i odnětí poskytnuté dotace.

Závěr rozkladu

25. S ohledem na výše uvedené skutečnosti a argumenty zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a řízení zastavil.

IV. Původní rozhodnutí o rozkladu a soudní přezkum

26. Předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R464/2014/VZ-31150/2015/323/MO_d ze dne 2. 10. 2015 (dále jen „**původní rozhodnutí o rozkladu**“) napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl. Proti původnímu rozhodnutí o rozkladu podal zadavatel žalobu ke krajskému soudu, jenž žalobu zadavatele zamítl.
27. Krajský soud ve svém rozsudku č. j. 29 Af 114/2015-332 ze dne 23. 1. 2018 (dále jen „**rozsudek**“) shledal žalobu nedůvodnou s tím, že nepovažuje za uspokojivé důvody, proč zadavatel neumožnil přečíslování. Krajský soud mj. uvedl, že zkouška losovacího zařízení u EZÚ před či po losování ani zaplombování losovacího zařízení výrobcem nepředstavuje kontrolu losovacího zařízení ve smyslu § 61 odst. 5 zákona. Dle krajského soudu jediným způsobem, jak mohli zájemci sledovat transparentnost losování, byla změna čísel přiřazených jednotlivým zájemcům, neboť s ohledem na povahu losovacího zařízení by jakákoli jiná kontrola losovacího zařízení (jeho softwaru) byla pouze hypotetická.
28. Za nedůvodné označil krajský soud rovněž námitky zadavatele směřující proti procesnímu postupu Úřadu (otázka dokazování, nenařzení ústního jednání) a proti výši uložené pokuty.
29. Proti rozsudku krajského soudu, kterým byla žaloba zadavatele zamítnuta, podal zadavatel kasační stížnost. NSS rozsudkem č. j. 6 As 59/2018-75 ze dne 18. 7. 2018 (dále jen „**zrušovací rozsudek**“) vyhověl kasační stížnosti zadavatele a zrušil rozsudek krajského soudu a zrušil také původní rozhodnutí o rozkladu a věc vrátil předsedovi Úřadu k dalšímu řízení.

V. Pokračování v řízení o rozkladu

30. Po vrácení správního spisu NSS Úřadu dne 24. 8. 2018 pokračuje předseda Úřadu v řízení o rozkladu proti napadenému rozhodnutí. Předseda Úřadu je v dalším řízení zavázán právním názorem vysloveným v rozsudku krajského soudu a zároveň právním názorem vysloveným v rozsudku NSS.
31. Dne 19. 9. 2018 bylo Úřadu doručeno podání zadavatele ze dne 17. 9. 2018 označené jako „Vyjádření zadavatele – Uplatnění procesních práv zadavatele ve vedeném správním řízení“.
32. V uvedeném podání zadavatel rekapituluje „procesní stav věci“ a domnívá se, že v souvislosti se zrušovacím rozsudkem NSS je třeba revidovat výši uložené sankce, dále je třeba provádět dokazování a provést nové správní uvážení k této otázce. Rozhodnutí Úřadu, či jeho část pak zadavatel navrhuje zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání. Současně zadavatel zastává názor, že by mělo být ve věci nařizeno ústní jednání.
33. V uvedeném podání zadavatel také žádá, aby mu byly ve smyslu ustanovení § 36 odst. 2 správního řádu včas a písemně sděleny veškeré informace o průběhu vedeného správního řízení, tak aby zadavatel mohl řádně uplatnit své právo a ve znovuoobnoveném správním řízení mohl vyjádřit své stanovisko. Závěrem zadavatel žádá, aby byl před vydáním rozhodnutí (v případě, že rozhodnutí Úřadu nebude změněno, ale zrušeno a věc se vrátí do fáze v řízení před Úřadem) písemně vyrozuměn v souladu s ustanovením § 36 odst. 3 správního řádu o tom, že se věc nachází ve fázi před jejím rozhodnutím a zadavatel se tudíž může vyjádřit k podkladům rozhodnutí shromážděným ze strany předsedy Úřadu, popřípadě ze strany Úřadu, a aby mu k tomu byla poskytnuta přiměřená lhůta.

34. Dne 19. 9. 2018 předseda Úřadu zadavateli oznámil, že se v řízení pokračuje a uvědomil ho o tom, že s ohledem na postup NSS, a vzhledem k předloženému spisovému materiálu a k obligatornímu písemnému průběhu zadávání veřejných zakázek nepovažuje za nezbytné v šetřeném případě nařídit ústní jednání podle § 49 správního řádu.

Stanovisko předsedy Úřadu

35. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a vázán právním názorem, uvedeným v rozsudku, a zejména v rozsudku NSS č. j. 6 As 59/2018-75 ze dne 18. 7. 2018, jsem dospěl k následujícím závěrům.
36. Úřad tím, že výrokem I napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že jednal v rozporu se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona v návaznosti na § 61 odst. 4 zákona, postupoval správně a v souladu se zákonem.
37. S ohledem na závazný právní názor uvedený v rozsudku krajského soudu korigovaný rozsudkem NSS jsem pak ohledně výroku II a III napadeného rozhodnutí dospěl k následujícímu.
38. Úřad tím, že výrokem II napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že jednal v rozporu se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona v návaznosti na § 61 odst. 5 zákona, rozhodl v rozporu se zákonem.
39. Nesprávnost výroku II se posléze projevila i ve výroku III ve kterém byla zadavateli uložena pokuta za spáchání dvou správních deliktů (ve smyslu nynější právní úpravy dvou přestupků) ve výši 150 000 Kč.
40. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení výroku I napadeného rozhodnutí a k zamítnutí rozkladu v tomto rozsahu, a dále důvody pro které jsem výrok II napadeného rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil a také důvody pro které jsem výrok III napadeného rozhodnutí změnil.

VI. K důvodům potvrzení výroku I a zamítnutí rozkladu

41. S argumentem zadavatele, že Úřad pouze poukazoval na rozsudky KS 1, NSS 1 a KS 2, a že tyto vymezují transparentnost obecným způsobem a k danému případu mají jen nepřímý vztah, nelze zcela souhlasit. Rozsudek KS 2, jak je uvedeno výše, identifikoval velice konkrétně rozhodující skutkové okolnosti, jejichž kombinace vyvolává takové pochybnosti o korektnosti postupu při losování, že jej není možno považovat za transparentní. Tento rozsudek je pak přirozeným vyústěním postupně se prohlubující rozhodovací praxe správních soudů v reakci na kontrolu správnosti a zákonnosti rozhodnutí správních orgánů. Je zřejmé, že výklad zákonné povinnosti postupovat při losování transparentně a umožnit před losováním kontrolu zájemců, který je použit v rozsudku KS 2 v souvislosti s konkrétním způsobem losování, tedy losování za použití elektronického zařízení, odpovídá svým smyslem výkladu pojmu transparentnost, který byl použit již v rozsudcích KS 1 a NSS 1, byť tyto se

vyjadřovaly k pojmu transparentnost v kontextu postupu při losování obecně, tedy při losování jakýmkoliv prostředkem. Tento přirozený vývoj judikatury pak Úřad dostatečně zřetelně reflektoval i ve způsobu, jakým odůvodnil napadené rozhodnutí s odkazem na tyto rozsudky v časové posloupnosti.

42. K vývoji výkladu pojmu transparentnost se ostatně krajský soud v rozsudku KS 2 vyjádřil taktéž, když uvedl, že *„[s] pojmem ,transparentnosti‘, ať už ve vztahu k celému zadávacímu řízení nebo ve vztahu k jednotlivým úkonům zadavatele, je jistě třeba zacházet s vysokou mírou opatrnosti. Flexibilita pojmu transparentnosti však předpokládá svůj vývoj právě v závislosti na proměňujících se protizákonných praktikách narušujících hodnoty chráněné právem veřejných zakázek. Podle názoru zdejšího soudu je tedy třeba s ohledem na vývoj technologií, které mohou být k protizákonným praktikám použity, přiměřeně aplikovat a vykládat i zásadu transparentnosti.“*
43. Skutečnost, že Úřad posuzoval dodržení podmínek transparentnosti individuálně v závislosti na okolnostech přezkoumávaného případu, je pak zřejmá z bodů 50 až 54 odůvodnění napadeného rozhodnutí, ve kterém jsou uvedeny všechny okolnosti skutkového stavu, které byly rozhodující pro posouzení existence prvků zakládajících netransparentnost postupu zadavatele. Nelze tedy souhlasit s námitkou zadavatele, že by Úřad nevzal v potaz konkrétní okolnosti případu, a pouze poukazyval na existující judikaturu. Způsob, jakým Úřad posoudil jednotlivé úkony zadavatele, jež ve své kombinaci vedly k netransparentnímu postupu při omezení počtu zájemců o účast v užším řízení na veřejnou zakázku, pak považuji za správný a v souladu se zákonem.
44. Způsob, jakým se Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí vypořádal s tvrzeními, které zadavatel z větší části zopakoval ve svém rozkladu, považuji taktéž za dostatečný, a pouze nad rámec doplňuji následující.
45. V souvislosti s odmítnutím požadavku zájemce na přečíslování pořadových čísel zájemců před zahájením samotného losování, nelze přijmout zadavatelovu argumentaci předem stanovenou zadávací podmínkou. Požadavek na přečíslování nemohl být neočekávaný již v době formulace zadávacích podmínek, jak plyne ze zadavatelova odkazu na rozhodnutí S145/2011, které se týkalo mimo jiné i takového požadavku, a ani zákon povinnost upravit v zadávacích podmínkách způsob stanovení pořadí zájemců pro účely losování neupravuje. Skutečnost, že si zadavatel stanovil takovouto zadávací podmínku, byť to nebylo nutné, pak v kontextu následného průběhu losování, kdy zadavatel právě touto zadávací podmínkou odůvodnil zamítnutí požadavku zájemce na přečíslování, pak zcela jistě nepůsobí jako prvek, který by přispíval ke zvýšení transparentnosti postupu při losování, ale spíše naopak. Umožnění přečíslování je totiž jedním z mála myslitelných způsobů, jakým by zadavatel v přezkoumávaném případě splnil svoji povinnost vyplývající z § 61 odst. 5 zákona, a to umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování. Tuto povinnost totiž zadavatel nepochybně má, a to bez ohledu na způsob, jakým si stanovil konkrétní kritéria pro výběr omezeného počtu zájemců, navíc za předpokladu, kdy mu takové jejich vymezení neukládá zákon.
46. Ohledně pochybností vyjádřených zadavatelem ve vztahu ke způsobu přečíslování, je nutno zdůraznit, že Úřad nemůže v tomto ohledu podávat závazný návod a je především povinností zadavatele zajistit transparentnost jím zvoleného postupu podle zákona. S ohledem na výše

uvedené lze však alespoň konstatovat, že v dané situaci mohl jakýkoliv transparentní způsob přečíslování provedený na žádost některého z přítomných zájemců před samotným losováním vzbudit menší pochybnosti, než odmítnutí požadavku zájemce.

47. Úřad ve výroku I napadeného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel postupoval v rozporu s § 61 odst. 4 zákona a zásadou transparentnosti ve smyslu § 6 odst. 1 zákona, když neumožnil na žádost zájemce před zahájením losování přidělení nových pořadových čísel zájemcům, přičemž způsob omezení jejich počtu za použití elektronického losovacího zařízení neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel na plnění předmětné veřejné zakázky dne 9. 2. 2012 smlouvu s vybraným uchazečem.
48. Na tomto místě je nutné vyjádřit souhlas s uvedenými závěry Úřadu, neboť zadavatel výše popsaným chováním porušil zásadu transparentnosti, když neumožnil na žádost zájemce přidělení nových pořadových čísel před zahájením losování. O tomto skutku není žádného sporu. Krajský soud ve svém rozsudku i NSS ve svém zrušovacím rozsudku pak potvrdil správnost výroku I, neboť jej i po přezkumu shledal věcně správným, zákonným a řádně odůvodněným.
49. NSS neakceptoval argumentaci zadavatele obsaženou v kasační stížnosti, v rámci níž vysvětloval, proč neumožnil změnu pořadí zájemců pro losování, jelikož ve smyslu rozsudku NSS sp. zn. 1 Afs 64/2013 by dle NSS změna čísel přidělených zájemcům bezprostředně před losováním umožnila faktickou kontrolu losovacího postupu, a zvýšila tak transparentnost losování. NSS tak aproboval závěry krajského soudu, že zadavatel tím, že nevyhověl požadavku zástupce jednoho ze zájemců na změnu pořadových čísel, která byla zájemcům pro účely losování přidělena, vyvolal objektivní pochybnosti o transparentnosti losování s tím, že je irelevantní, kolik zájemců vzneslo námitky proti průběhu losování.
50. Na základě závazného právního názoru krajského soudu a NSS konstatuji, že zadavatel při zmíněném postupu v rámci losování postupoval v rozporu s § 61 odst. 4 zákona a zásadou transparentnosti ve smyslu § 6 odst. 1 zákona, a výrok I napadeného rozhodnutí je tak správný a zákonný.

Posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu k výroku I napadeného rozhodnutí

51. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán, pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější.
52. S ohledem na výše uvedené jsem se zabýval i otázkou zdali je možné shledat nyní účinnou právní úpravu zadávání veřejných zakázek obsaženou v zákoně č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“) příznivější pro zadavatele.
53. Dle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách platí, že objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 může být rovněž náhodný výběr provedený losem (...) Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování. Účastnit se losování mají právo zájemci,

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

54. Uvedené pravidlo (resp. povinnost zadavatele) bylo v zákoně upraveno od 15. 9. 2010 do 31. 3. 2012. Po tomto datu žádné znění zákona uvedené pravidlo neobsahovalo, neobsahuje ho ani nyní platný a účinný ZZVZ.
55. Skutečnost, že pozdější úprava zákona (po 31. 3. 2012) a ani nyní platná a účinná právní úprava obsažená v ZZVZ dané pravidlo neobsahuje, neznamená, že by novější právní úprava byla pro zadavatele příznivější.
56. Zdůrazňuji, že je nutné chápat zákon v jeho vzájemných souvislostech a že § 61 v citovaném znění de facto konkretizoval a dále rozváděl základní zásady obsažené v § 6 zákona. Z dikce celého ustanovení § 61 je zřejmé, že omezení počtu zájemců v užším řízení se přímo dotýká zásad obsažených v § 6 zákona (zejména zásady transparentnosti). Nicméně Úřad nevytýkal zadavateli použití losování, jako prostředku pro omezení počtu zájemců, ale způsob, jakým bylo losování provedeno, a to v rozporu s § 6 zákona, tedy porušením povinnosti uvedené v § 61 odst. 4 větě druhá zákona.
57. Pokud jde o zásadu transparentnosti, jakožto stěžejní podmínky pro omezení počtu zájemců losováním, v souladu s níž má být losování prováděno, tak ta má zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků.
58. Výkladem pojmu transparentnost se již podrobně zabýval Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku NSS 1 označovaném též jako „Karlovarské losovačky“. Podmínkou dodržení zásady transparentnosti je *„[p]růběh 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.“*
59. V rozsudku ze dne 20. 6. 2012, sp. zn. 7 Afs 31/2012 – 55, NSS uvedl, že *„[p]osouzení 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 průběhu losování. K tomu může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo. [...] pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově.“*
60. Ačkoli se citované rozsudky vztahovaly k zákonu, lze jejich obecně přenositelné závěry aplikovat i ve smyslu nyní platného a účinného ZZVZ. Z posledně uvedeného rozsudku lze tak dovodit, že po zadavateli veřejné zakázky je nutné požadovat, aby se vyvaroval takových pochybení, která značně snižují průhlednost losování. Je totiž především na zadavateli, aby zajistil transparentnost úkonů, které on sám nebo jím pověřená osoba provádí [srov. rozsudek NSS ze dne 6. 11. 2013, sp. zn. 1 Afs 64/2013].
61. I přesto, že pozdější právní úprava obsažená v zákoně a ani nyní platná a účinná právní úprava v ZZVZ dané pravidlo týkající se omezení počtu zájemců v užším řízení neobsahuje, tak základní zásady

společné pro zadávání veřejných zakázek jsou obsaženy nejen v zákoně, ale i v samotném ZZVZ. Nadto zásady upravené v zákoně byly ještě rozšířeny o zásadu přiměřenosti v ZZVZ.

62. Na základě uvedeného lze konstatovat, že právní úprava obsažená v zákoně po 31. 3. 2012 a ani právní úprava obsažená v ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, neboť uvedené zásady platí i nadále, tudíž pozdější právní úprava není pro zadavatele příznivější. Chování zadavatele uvedené ve výroku I napadeného rozhodnutí tak bylo v přímém rozporu se zásadou transparentnosti, kterou zná zákon i ZZVZ.

VII. K důvodům zrušení výroku II napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení

Obecná východiska

63. Podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumává odvolací správní orgán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží; tímto ustanovením není dotčeno právo na náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem.
64. Podle § 152 odst. 5 správního řádu platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání, nevylučuje-li to povaha věci.
65. Podle § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu platí, že pokud odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, tak napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a řízení zastaví.
66. Podle § 90 odst. 4 platí, že pokud odvolací správní orgán zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího zruší napadené rozhodnutí a řízení zastaví, ledaže jiné rozhodnutí o odvolání může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků.
67. Podle § 117a písm. f) zákona platí, že Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 nebo pro uložení sankce podle § 120 nebo § 120a.
68. V řízení o rozkladu je odvolacímu správnímu orgánu uloženo přezkoumávat soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy ex lege. Tento přezkum zákonnosti je povinností plynoucí přímo ze zákona a není přitom nijak vázán na rozsah námitek uvedených v rozkladu.
69. Dle § 68 odst. 3 správního řádu se v odůvodnění uvedou důvody výroku nebo výroků rozhodnutí, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů, a informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí.
70. Za rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost lze považovat zejména rozhodnutí postrádající základní zákonné náležitosti, rozhodnutí, z něhož nelze seznat, o jaké věci bylo rozhodováno či jak bylo o věci rozhodnuto atd. O nepřezkoumatelné rozhodnutí se dále jedná tehdy, když je jeho výrok v rozporu s odůvodněním nebo rozhodnutí vůbec neobsahuje právní závěry vyplývající z rozhodných skutkových okolností nebo jeho důvody nejsou

ve vztahu k výroku jednoznačné (viz přiměřeně rozsudek NSS ze dne 4. 12. 2003, sp. zn. 2 Azs 47/2003; viz též rozsudek NSS ze dne 12. 12. 2003, sp. zn. 2 Ads 33/2003). Rovněž to je případ rozhodnutí, jehož odůvodnění nedává smysl, nejde tedy o rozhodnutí, z něhož by vyplývaly skutkové a právní důvody, které vedly správní orgán k vydání rozhodnutí (viz rozsudek NSS ze dne 24. 9. 2003, sp. zn. 7 A 547/2002). Rozhodující je, zda rozpory ve výroku či mezi výrokiem a odůvodněním mohou být odstraněny výkladem (viz rozsudek NSS ze dne 23. 8. 2006, č. j. 1 Afs 38/2006), a to ve vazbě na další části výroku a odůvodnění rozhodnutí či kontext dané věci.

K důvodům zrušení výroku II a zastavení správního řízení

71. Úřad výrokiem II napadeného rozhodnutí rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona při zadávání veřejné zakázky tím, že porušil § 61 odst. 5 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona, když dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zájemce kontrolu losovacího zařízení, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování.
72. V odůvodnění k výroku II napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že přestože lze s ohledem na zprávu EZÚ o zkoušce losovacího zařízení usuzovat, že jistá kontrola losovacího zařízení proběhla, nejednalo se však o kontrolu ze strany zájemců, jak ukládá § 61 odst. 5 zákona. Jednalo se tedy o dřívější kontrolu třetí osobou (ne zájemcem), k níž nedošlo bezprostředně před zahájením losování. Úřad doplnil, že pokud zadavatel v šetřeném případě zájemcům (resp. zájemci) neumožnil otevření losovacího zařízení, účinná kontrola losovacího zařízení zájemcem tak nebyla fakticky možná. Zájemce se tak mohl na losovací zařízení pouze „podívat“, resp. si losovací zařízení zvenčí prohlédnout, nikoli provést jeho efektivní kontrolu z pohledu postupu při samotném losování.
73. Krajský soud se s výrokiem II napadeného rozhodnutí ztotožnil a uvedl, že zástupci zájemce nebylo umožněno rozptýlit pochyby o transparentnosti průběhu losování (přečíslování pořadových čísel subjektů, ucházejících se o veřejnou zakázku) a dále zájemci nebylo umožněno provedení úkonu ve smyslu § 61 odst. 5 zákona tedy „kontrola losovacího zařízení a prostředků sloužících k losování před samotným zahájením losování“. Dle názoru krajského soudu lze vysledovat jistý rozdíl mezi faktickou kontrolou losovacího postupu – viz např. bod 34 rozsudku NSS ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49 – a kontrolou losovacího zařízení. Zajištění transparentnosti losování tedy bylo možné, i z hlediska dosavadní judikatury správních soudů nejen zmíněným přečíslováním, ale i umožněním fyzické kontroly losovacího zařízení, neboť ta judikaturou nebyla vyloučena.
74. Krajský soud dále uvedl, že zkouška od EZÚ, zaplombování losovacího zařízení výrobcem, ani případná následná kontrola zařízení u EZÚ neznamenala kontrolu před zahájením losování provedenou zájemcem a nesměřovala tak k zajištění transparentnosti losování v jeho průběhu. Zároveň nebylo možné vyloučit, že prostá vizuální kontrola zájemce by byla s to rozptýlit pochyby o tom, zda není přítomno zařízení, kterým je možno losovací zařízení na dálku ovlivnit viz např. rozsudek NSS ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010.
75. Krajský soud uzavřel, že si je vědom judikatury správních soudů, např. již zmíněného rozsudku NSS ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49, která vychází z toho, že „*změna čísel*

zájemců bezprostředně před zahájením losování by umožnila zájemcům faktickou kontrolu losovacího postupu. Vzhledem k technické povaze losovacího zařízení totiž jiná kontrola ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování nebyla materiálně možná“. Nicméně dle názoru krajského soudu se tyto případy odlišovaly tím, že zájemci nevznegli požadavek na alespoň vizuální kontrolu losovacího zařízení týkající se přítomnosti prostředků, které byly schopné ovlivnit samotné losovací zařízení a tedy samotný průběh losování, jako to bylo v posuzovaném případě. Uvedená rozhodnutí se dle názoru krajského soudu odlišovala i tím, že s ohledem na technickou obtížnost reálné kontroly losovacího zařízení se zaměřovala především na „faktickou kontrolu losovacího postupu“.

76. S výše uvedenými závěry Úřadu a krajského soudu se neztotožnil NSS a shledal v napadeném rozhodnutí vadu spočívající právě v rozporu mezi uvedeným výrokem II a jeho odůvodněním.
77. NSS zrekapituloval, že Úřad shledal zadavatele odpovědného za dva skutky, z nichž první spočíval v „nepřečíslování“ zájemců pro losování (výrok I). Výrokem II napadeného rozhodnutí pak Úřad konstatoval, že zadavatel porušil zákon tím, že „*dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení, prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zástupce zájemce [...] kontrolu losovacího zařízení, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování“.*
78. NSS akcentoval, že Úřad (i krajský soud) na jednu stranu postavil svou argumentaci z velké části na odkazech na dosavadní judikaturu zdůrazňující význam změny pořadových čísel zájemců bezprostředně před losováním právě proto, že jiná kontrola elektronického losovacího řízení zájemci prakticky není možná, a zároveň shledal porušení zákona v tom, že zadavatel takovou (jinou) kontrolu zástupci jednoho ze zájemců neumožnil. Tímto postupem Úřad, resp. krajský soud, dle NSS zatížil své rozhodnutí nepřezkoumatelností pro nesrozumitelnost. NSS konkrétně poukázal na bod 63 odůvodnění napadeného rozhodnutí, z něhož však vyplývá, že zadavateli vytýkal právě to, že zástupci jednoho ze zájemců neumožnil otevření losovacího zařízení, tedy porušení plomby, jež je chránila (bod 89 odůvodnění napadeného rozhodnutí), což znemožnilo jeho účinnou kontrolu. Odstranění plomby a umožnění kontroly losovacího zařízení ze strany jednoho ze zájemců považoval Úřad za žádoucí (bod 64 odůvodnění napadeného rozhodnutí) a v bodě 71 odůvodnění napadeného rozhodnutí naopak uvedl, že „*[o]dmítnutím požadavku na přidělení nových pořadových čísel zájemcům o účast v užším řízení byla zájemcům v podstatě znemožněna kontrola losovacího zařízení, neboť vzhledem k technické povaze losovacího zařízení se jedná o jednu z mála možných způsobů kontroly“.*
79. Závěrem NSS nepřisvědčil postupu krajského soudu, který se pokusil odstranit rozpor závěrů Úřadu s dosavadní judikaturou (a s tím související rozpor mezi výrokem II napadeného rozhodnutí a částí jeho odůvodnění) tvrzením, že předešlé případy „*se odlišovaly tím, že zájemci nevznegli požadavek na alespoň vizuální kontrolu losovacího zařízení týkající se přítomnosti prostředků, které by byly s to ovlivnit chod losovacího zařízení, jako to bylo v nynějším případě“.*
80. Po zhodnocení všech rozhodných okolností případu, zejména s ohledem na závazný právní názor NSS, konstatují, že povinností zadavatele není vyhovět každému požadavku zájemce souvisejícímu s kontrolou losovacího zařízení. Z uvedeného vyplývá i ta skutečnost,

že nevyhovění každému myslitelnému požadavku nelze automaticky brát jako jednání ohrožující transparentnost losování, které by bylo v rozporu se zákonem. Pokud je předmětem požadavku zájemce kontrola, která není již z povahy losovacího zařízení možná, nemůže být porušením zásady transparentnosti, pokud zadavatel takovému požadavku nevyhoví. Jak uvedl NSS, ve zrušovacím rozsudku, není možné nutit zadavatele k porušení bezpečnostní plomby, jejímž účelem je právě zamezit manipulaci s losovacím zařízením.

81. Zdůrazňuji, že není možné přičítat zadavateli odpovědnost za správní delikt spočívající v porušení povinnosti, která je fakticky nesplnitelná. V této souvislosti předseda Úřadu odkazuje na rozsudek sp. zn. 1 Afs 64/2013, dle něhož *„[k]ontrola losovacího zařízení, tj. počítačového programu, samotnými zájemci, nebyla fakticky možná, neboť zájemci k tomu nemohli být bezprostředně před losováním vybaveni. [...] změna čísel zájemců bezprostředně před losováním by umožnila zájemcům faktickou kontrolu losovacího postupu. Vzhledem k technické povaze losovacího zařízení totiž jiná kontrola ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování nebyla materiálně možná“*.
82. S ohledem na výše uvedené konstatuji, že zadavatele nelze shledat odpovědným za skutek uvedený ve výroku II napadeného rozhodnutí.
83. Podle § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu odvolací správní orgán napadeného rozhodnutí nebo jeho část zruší a řízení zastaví, pokud dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné.
84. Podle § 90 odst. 4 správního řádu odvolací správní orgán přistoupí ke zrušení napadeného rozhodnutí (nebo jeho částí) a k zastavení správního řízení za předpokladu, že nastane situace, která odůvodňuje zastavení správního řízení.
85. Krajský soud rozhodl ve věci rozsudkem ze dne 23. 1. 2018, ve kterém zamítl správní žalobu podanou zadavatelem. NSS pak dne 18. 7. 2018 zrušil rozsudek krajského soudu a původní rozhodnutí o rozkladu.
86. Podle správní teorie se po zrušení pravomocného rozhodnutí soudem postupuje procesně dle předpisů platných a účinných ke dni právní moci zrušujícího rozsudku. V případě procesního práva obecně platí zásady nepravé retroaktivity procesních norem, tedy že není-li v přechodných ustanoveních výslovně stanoveno jinak, je při střetu staré a nové právní úpravy nutno vycházet z obecně platné zásady nepravé retroaktivity procesních norem, tedy aplikace nových procesních norem pro dříve započatá řízení.
87. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti ZZVZ. Ustanovení § 273 odst. 1 ZZVZ v účinném znění *„Přechodná ustanovení pro zadávání veřejných zakázek“* stanoví, že *„[p]okud došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona k zahájení zadávání veřejných zakázek, zadávání rámcových smluv, soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nebo řízení o správních deliktech před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí se taková zadávání, soutěže anebo řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.“*

88. Na základě uvedeného a zejména s ohledem na to, že přechodné ustanovení ZZVZ řeší střet „staré“ a „nové“ právní úpravy veřejných zakázek, jsem dospěl k závěru, že se v tomto případě neuplatní zásada nepravé retroaktivity procesních norem a je třeba dle přechodných ustanovení použít zákon ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti ZZVZ.
89. Podle § 117a písm. f) zákona Úřad zastaví správní řízení, pokud v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 nebo pro uložení sankce podle § 120 nebo § 120a zákona. Sankci lze uložit, pokud zadavatel nedodrží postup stanovený zákonem pro zadávání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. V závislosti na uvedeném konstatuji, že zadavatel se nedopustil skutku vymezeného ve výroku II napadeného rozhodnutí, a tedy nepostupoval v rozporu se zákonem, protože nejsou splněny podmínky pro uložení sankce ve smyslu § 117a písm. f) zákona za tento správní delikt. S ohledem na to, že ve výroku II vedl Úřad správní řízení z moci úřední a nastaly okolnosti odůvodňující zastavení správního řízení ve smyslu § 117a písm. f) zákona, jsou splněny podmínky postupu podle § 90 odst. 4 správního řádu a je možno uvedený výrok napadeného rozhodnutí zrušit a správní řízení v tomto rozsahu zastavit.

VIII. K důvodům změny výroku III týkajícího se pokuty

90. Dříve než přistoupím k samotným důvodům pro uložení pokuty, považuji za vhodné zejména ze systematického hlediska nejdříve posoudit, zda zde pro zadavatele není pozdější příznivější právní úprava ve vztahu k ukládání pokuty.

K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu k pokutě

91. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán, pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 ZOP, který výslovně stanoví, že „[o]dpovědnost za přestupek se posuzuje podle zákona účinného v době spáchání přestupku; podle pozdějšího zákona se posuzuje jen tehdy, je-li to pro pachatele přestupku (...) příznivější.“
92. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti ZZVZ, který byl později novelizován zákonem č. 183/2017 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákona o některých přestupcích (dále jen „**novela ZZVZ**“).

Skutková podstata

93. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
94. Podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
95. Při porovnání obou citovaných ustanovení lze konstatovat, že ačkoli se změnila textace těchto ustanovení, jejich obsah i nadále zůstává stejný. Tento závěr je plně v souladu

s rozsudkem NSS sp. zn. 9 As 51/2017 – 46 ze dne 23. 11. 2017, ve kterém NSS v bodě 48 odůvodnění uvedl, že z uvedeného srovnání je zřejmé, že skutková podstata původního správního deliktu je nyní součástí ZZVZ, byť v určitém mírně pozměněném znění, tudíž v tomto ohledu se nejedná o právní úpravu pro zadavatele příznivější.

96. Lze tak v rámci dílčího závěru konstatovat, že se jedná o právní úpravu, která má pro zadavatele stejné důsledky. Ani jedna z citovaných právních úprav tak není pro zadavatele příznivější, neboť je obsahově stejná.

Horní hranice sazby

97. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona ve znění do 31. 3. 2012, ve kterém se posuzuje jednání zadavatele, neboť k uzavření smlouvy, a tedy ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I napadeného rozhodnutí došlo 9. 2. 2012, se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
98. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona v posledním platném a účinném znění se za právní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
99. Podle § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ se za přešůpek uloží pokuta do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) až c).
100. Pro přehlednost doplňuji, že ustanovení § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ bylo převzato z ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona v posledním platném a účinném znění v nezměněné podobě. V souvislosti s novelou ZZVZ došlo pouze ke změně pojmu „správní delikt“ na pojem „přešůpek“ v souladu s novou právní úpravou přešůpků podle ZOP.
101. Při porovnání všech tří citovaných ustanovení nelze dojít k jinému závěru, než k takovému, že nejpriznivější právní úpravu představuje pro zadavatele ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona ve znění do 31. 3. 2012. Je evidentní, že při změně tohoto ustanovení, týkajícího se výše pokuty, došlo k posunutí horní hranice sazby (z 5 % na 10 %) a došlo též k posunutí maximální absolutní výše pokuty z 10 000 000 Kč na 20 000 000 Kč.
102. Nad rámec výše uvedeného uvádím, že v posuzované věci Úřad mohl uložit pokutu, až do výše 5 % z ceny veřejné zakázky tedy po zaokrouhlení by mohla pokuta činit až 5 474 568 Kč.
103. Na základě výše uvedeného konstatuji, že pozdější právní úprava ve vztahu k výši pokuty upravená v ZZVZ není pro zadavatele příznivější.

Závažnost

104. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Byl-li uložen zákaz plnění smlouvy podle § 118 odst. 2, přihlédne se rovněž k tomu, v jakém rozsahu bylo již ze smlouvy plněno.
105. Podle § 270 odst. 2 ZZVZ ve znění účinném do 30. 6. 2017 se při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání

a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Byl-li uložen zákaz plnění smlouvy, přihlédne se rovněž k tomu, v jakém rozsahu bylo již ze smlouvy plněno.

106. Lze konstatovat, že § 270 odst. 2 ZZVZ ve znění účinném do 30. 6. 2017 je obsahově stejný jako citované ustanovení § 121 odst. 2 zákona, a tudíž pozdější právní úprava představovaná ZZVZ není pro zadavatele příznivější.
107. Citované ustanovení § 270 odst. 2 ZZVZ bylo s účinností od 1. 7. 2017 ze ZZVZ vypuštěno. ZOP od 1. 7. 2017 upravuje určení druhu a výměry správního trestu, povahu a závažnost přestupku, polehčující a přitěžující okolnosti v ustanoveních § 37 – 40. Podle § 37 ZOP se při určení druhu a výměry správního trestu přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku, dále k tomu, že o některém z více přestupků, které byly spáchány jedním skutkem nebo více skutky, nebylo rozhodnuto ve společném řízení a dále k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem. Podle § 38 ZOP povaha a závažnost přestupku je dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku, způsobem spáchání přestupku, okolnostmi jeho spáchání. Přitěžující a polehčující okolnosti jsou upraveny v § 39 a § 40 ZOP.
108. Na základě uvedeného lze učinit dílčí závěr, že ustanovení ZOP týkající se obecných zásad při ukládání správních trestů (zejm. závažnost správního deliktu, způsob spáchání, následky a okolnosti spáchání deliktu) jsou obsahově stejná jako ustanovení zákona. Je tedy zřejmé, že by Úřad i podle pozdější právní úpravy (ZZVZ) posuzoval stejné aspekty ovlivňující výměru pokuty.
109. Po posouzení relevantních ustanovení v ZOP ve vztahu k závažnosti správního deliktu, jsem tak dospěl k závěru, že pozdější právní úprava není pro zadavatele právní úpravou příznivější.

K posouzení zániku deliktní odpovědnosti

110. Dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „**ZOP**“).
111. Dle § 112 odst. 2 ZOP ustanovení dosavadních zákonů o lhůtách pro projednání přestupku nebo jiného správního deliktu, lhůtách pro uložení pokuty za přestupek nebo jiný správní delikt a lhůtách pro zánik odpovědnosti za přestupek nebo jiný správní delikt se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona nepoužijí. Odpovědnost za přestupek a dosavadní jiný správní delikt však nezanikne dříve, než by uplynula některá ze lhůt podle věty první, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.
112. Pro posouzení zániku odpovědnosti za správní delikt se tedy dosavadní právní úprava nepoužije ani ve vztahu ke správním deliktům spáchaným přede dnem 1. 7. 2017. V návaznosti na to je s účinností od 1. 7. 2017 třeba posuzovat zánik odpovědnosti za přestupek, resp. správní delikt podle § 270 ZZVZ. V otázkách touto speciální právní úpravou neřešených je pak třeba subsidiárně aplikovat jednotlivá ustanovení ZOP jakožto obecnějšího právního předpisu.
113. Podle § 270 odst. 5 ZZVZ promlčecí doba činí 5 let.
114. Podle § 29 písm. a) zákona o přestupcích odpovědnost za přestupek zaniká uplynutím promlčecí doby.

115. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
116. Podle § 270 odst. 6 ZZVZ se promlčecí doba přerušuje a) oznámením o zahájení řízení o přestupku, b) vydáním rozhodnutí, jímž je obviněný uznán vinným.
117. Podle § 270 odst. 7 ZZVZ přerušením promlčecí doby počíná běžet promlčecí doba nová.
118. Podle § 270 odst. 8 ZZVZ byla-li promlčecí doba přerušena, odpovědnost za přestupek zanikne nejpozději uplynutím 10 let od jeho spáchání.
119. Podle § 41 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „SŘS“) stanoví-li zvláštní zákon ve věcech přestupků, kárných nebo disciplinárních nebo jiných správních deliktů lhůty pro zánik odpovědnosti, popřípadě pro výkon rozhodnutí, tyto lhůty po dobu řízení před soudem podle tohoto zákona neběží.
120. V posuzované věci došlo ke spáchání správního deliktu dne 9. 2. 2012, kdy zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo. Pětiletá promlčecí doba dle § 270 odst. 5 ZZVZ tedy v souladu s § 31 odst. 1 ZOP počala běžet dne 10. 2. 2012. Dne 29. 8. 2014 obdržel zadavatel od Úřadu oznámení o zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Tímto dnem došlo v souladu s § 270 odst. 6 písm. a) ZZVZ k přerušení běhu promlčecí doby a počala běžet podle § 270 odst. 7 ZZVZ nová promlčecí doba v délce 5 let. Dne 6. 11. 2014 bylo vydáno napadené rozhodnutí. Vydáním napadeného rozhodnutí, jehož výrokem I byl zadavatel uznán vinným ze spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, došlo v souladu s § 270 odst. 6 písm. b) ZZVZ k dalšímu přerušení promlčecí doby. Přerušením promlčecí doby počala běžet podle § 270 odst. 7 ZZVZ nová promlčecí doba v délce 5 let, přičemž odpovědnost za přestupek by zanikla nejpozději uplynutím 10 let od jeho spáchání. V souladu s § 41 SŘS po dobu řízení před krajským soudem a NSS promlčecí doba neběžela. Vzhledem k tomu, že nová promlčecí doba, která začala běžet dnem následujícím po vydání napadeného rozhodnutí, by uplynula nejdříve dne 6. 11. 2019, lze konstatovat, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla, aniž by nyní bylo nutné stanovit skutečné datum skončení promlčecí doby v návaznosti na dobu, po kterou v důsledku řízení u krajského soudu a NSS neběžela. Pro úplnost uvádím, že pokud by promlčecí doba stanovená v souladu se ZZVZ a SŘS již uplynula, za účelem zjištění, zda odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla, by se dále postupovalo podle věty druhé § 112 odst. 2 ZOP.

Závěr k posouzení příznivější právní úpravy a k posouzení zániku deliktní odpovědnosti

121. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě je třeba ukládat správní trest podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy podle zákona ve znění účinném do 31. 3. 2012, (s výjimkou posouzení zániku deliktní odpovědnosti – viz body 109 – 119 odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž právní úprava obsažená v zákoně od 1. 4. 2012, ZOP nebo ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější.

K uložení pokuty

Skutková podstata

122. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se pokuta uloží za správní delikt (...) jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
123. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že porušil ustanovení § 61 odst. 4 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 zákona, když dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zástupce zájemce přidělení nových pořadových čísel zájemcům o účast v užším řízení, přičemž způsob omezení počtu uchazečů za použití elektronického losovacího zařízení neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
124. Jelikož zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 9. 2. 2012 na předmět plnění veřejné zakázky smlouvu, aniž by dodržel výše uvedený postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Horní hranice pokuty

125. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona ve znění do 31. 3. 2012 se za právní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
126. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí částku ve výši 109 491 355 Kč včetně DPH (tj. cena včetně rezervy). Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy po zaokrouhlení činí částku ve výši 5 474 568 Kč.

Závažnost spáchaného správního deliktu

127. Podle § 121 odst. 2 věty první zákona, se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho okolnostem, za nichž byl spáchán.
128. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnosti správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán).
129. V návaznosti na rozhodovací praxi Úřadu uvádím, že nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona dosahuje postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť uvedený postup vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zásady zákazu

diskriminace a zásady transparentnosti. V posuzovaném případě se tedy nejednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější, neboť zadavatel zahájil zadávání veřejné zakázky v užším řízení. Jelikož však při omezování počtu zájemců o účast v užším řízení došlo k porušení jedné ze základních zásad, na kterých zadávací řízení stojí (zásady transparentnosti), jedná se o správní delikt závažného charakteru.

130. Co se týče způsobu spáchání správního deliktu, nemám žádné indicie, že by zadavatel při omezování počtu zájemců o účast v užším řízení jednal v přímém či nepřímém úmyslu s cílem ovlivnit výsledek losování ve prospěch konkrétních zájemců. Způsob spáchání správního deliktu tedy nevykazuje znaky svědčící o tom, že by uložená pokuta měla být adekvátním způsobem zvýšena. Zadavatel tedy pochybil, když před vlastním losováním nevyhověl žádosti jednoho z uchazečů o přečíslování zájemců k provedení náhodného výběru, což vzhledem k zadavatelem zvolené formě omezení počtu zájemců elektronickým losováním a technické povaze losovacího zařízení bylo jedním z mála způsobů, jak mohli sami zájemci alespoň nějakým způsobem sledovat a kontrolovat transparentnost procesu losování.
131. Z hlediska následků jsem při stanovení výše pokuty vzal v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem mohl ovlivnit účast dalších dodavatelů v zadávacím řízení a narušit tak soutěžní prostředí. Nelze totiž vyloučit, že kdyby zadavatel při omezování počtu zájemců o účast losováním postupoval v souladu se zákonem, mohl být vybrán jiný okruh uchazečů o veřejnou zakázku a z tohoto okruhu by některý uchazeč mohl předložit nabídku, která mohla být ekonomicky výhodnější a došlo by tak k úspoře finančních prostředků z veřejných zdrojů. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.
132. Ve prospěch zadavatele jsem přihlédl ke skutečnosti, že postup zadavatele při přidělování pořadových čísel pro účely losování nebyl v zákoně výslovně upraven a v době zadávání šetřené veřejné zakázky k otázce zamítnutí požadavku na přečíslování přidělených čísel pro losování řešena neexistovala výkladová praxe založená na rozhodnutích Úřadu, krajského soudu či NSS (když mj. rozsudek KS 2, v němž krajský soud shledal porušení zákona zadavatelem z obdobných důvodů, jako v šetřeném případě, byl vydán až poté, co zadavatel šetřenou veřejnou zakázku zadal). Dále jsem ve prospěch zadavatele přihlédl i k době, která již uplynula od spáchání správního deliktu (ode dne uzavření smlouvy z 9. 2. 2012).
133. Považuji za vhodné doplnit, že požadavek na transparentnost losování byl však uveden v zákoně a rovněž v době před zahájením předmětného zadávacího řízení byl výklad pojmu „transparentnost“ v souvislosti s losováním znám z rozhodovací praxe správních soudů, např. z již citovaného rozsudku NSS 1. Zároveň k těmto polehčujícím okolnostem uvádím, že je nelze považovat za okolnosti, které by „zhojily“ uvedené porušení zákona, avšak k těmto okolnostem jsem přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování výše nově uložené pokuty.
134. Při určení výše pokuty jsem vzal v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Z dokumentu s názvem „Rozpočet na rok 2018“, který je rovněž dostupný na webových

stránkách zadavatele (<https://www.krasnalipa.cz/doc/rozpocet/ro-2018.pdf>)² vyplývá, že rozpočet zadavatele na rok 2018 činí 77 209 000 Kč. Na základě uvedeného je zřejmé, že zadavatel hospodaří s finančními prostředky v řádech desítek milionů korun, a proto nově uloženou pokutu nelze v tomto případě považovat za likvidační, ani za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu zadavatele (a v tomto smyslu nespravedlivou).

135. Nad rámec výše uvedeného poznamenávám, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Obdobně se vyjádřil i krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním.
136. Po zvážení všech okolností případu jsem dospěl k závěru, že výše nově uložené pokuty v hodnotě 120 000 Kč naplňuje dostatečně obě shora uvedené funkce právní odpovědnosti.
- K námitkám směřujícím proti výroku III napadeného rozhodnutí*
137. K námitce zadavatele, že Úřadem uložená pokuta je nepřiměřeně vysoká vzhledem k tomu, že napadeným rozhodnutím byla změněna ustálená správní praxe Úřadu a dále z důvodů značného časového odstupu mezi provedeným losováním a zahájením správního řízení, uvádím následující.
138. Z bodu 97 odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, že Úřad, byť to nevyjádřil výslovně, přihlédl k vývoji rozhodovací praxe v některých konkrétních otázkách, ke kterému došlo s časovým odstupem od doby porušení postupu při losování, když uvedl „*že postup zadavatele při přidělování pořadových čísel pro účely losování není v zákoně výslovně upraven a v době zadávání šetřené veřejné zakázky k otázce zamítnutí požadavku na přečíslování přidělených čísel pro losování neexistovala výkladová praxe založená na rozhodnutích Úřadu, Krajského soudu v Brně či Nejvyššího správního soudu*“. Mám tedy za to, že uvedené skutečnosti namítané zadavatelem byly jako polehčující okolnost Úřadem v napadeném rozhodnutí zohledněny, a proto považuji tuto námitku zadavatele za nedůvodnou.
139. Pokud zadavatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, že pro něj pokuta není likvidační, s odkazem na možné odnětí prostředků poskytnutých formou dotace z Operačního programu Životní prostředí, je nutno konstatovat, že taková skutečnost nemůže být při stanovení výše pokuty Úřadem zohledněna, jak ostatně judikoval i NSS v rozsudku č. j. 1 Afs 23/2012 – 102 ze dne 28. 11. 2012, kde uvedl, že „*žádost o zohlednění okolnosti, že pokud bude stěžovateli udělena v dané věci správní pokuta, tak bude krácena dotace (případně vymáhána sankce) za porušení rozpočtových pravidel, je ze své podstaty zcela nepřijatelná a pro rozhodování nepodstatná. Nelze požadovat ani po správním orgánu, ani po soudu, aby „přehledly“ porušení zákona z důvodu, že stěžovatel ponese ještě jiné důsledky svého protiprávního*

² Pro úplnost uvádím, že rozpočet města Krásná Lípa pro rok 2018 je součástí správního spisu.

jednání“. Je zřejmé, že Úřad je povinen při posuzování možného spáchání správního deliktu a při stanovení výše pokuty posuzovat postup zadavatele podle zákona, bez ohledu na následky, jež pro zadavatele vyplývají z jiných předpisů či pravidel.

140. Argumentace zadavatele, že pokuta je likvidační a že tu reálně hrozí krácení či odnětí dotace je nepodstatná. Pokud dojde ke krácení či odnětí dotace nelze z toho vinit Úřad. Jedná se o následek sankce udělené za postupování v rozporu se základními zásadami při zadávání veřejných zakázek, se kterou každý zadavatel musí počítat již před zahájením zadávacího řízení.
141. Co se týká zadavatelem tvrzené spekulativní povahy argumentu Úřadu o možných právních nástrojích, kterými může dojít ke zmírnění následků uložení pokuty, je zřejmé, že Úřad v posledním souvětí bodu 99 odůvodnění napadeného rozhodnutí pouze okrajově konstatoval existenci různých právních nástrojů použitelných v případě odpovědnosti konkrétních osob, přičemž nijak blíže nedoporučoval ani nespecifikoval způsob, jakým by tyto měli být použity. K tomu ostatně Úřad není ani povinen.
142. S ohledem na odůvodnění napadeného rozhodnutí a shora uvedené konstatuji, že Úřad v napadeném rozhodnutí odůvodnil výši uložené pokuty přezkoumatelným způsobem a v souladu se zákonem. Námitky zadavatele o nepřiměřenosti Úřadem uložené pokuty proto považuji za nedůvodné.

IX. Závěr

143. Po zvážení všech aspektů posuzované věci a po zjištění, že Úřad při vydávání výroku I napadeného rozhodnutí postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nejsou naplněny předpoklady pro jeho zrušení nebo změnu z důvodů uváděných v rozkladu. To vše v souladu a s přihlédnutím k závaznému právnímu názoru NSS.
144. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno výrok I napadeného rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku I tohoto rozhodnutí uvedeno.
145. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem dospěl k závěru, že jsou dány důvody pro zrušení a zastavení, neboť delikt vymezený ve výroku II napadeného rozhodnutí se nestal.
146. Po zvážení všech aspektů posuzované věci a po zjištění, že správní delikt uvedený ve výroku II napadeného rozhodnutí již nelze dále posuzovat jako přitěžující okolnost, neboť se tento správní delikt nestal, resp. nelze v chování zadavatele (neumožnění kontroly losovacího zařízení) dále spatřovat deliktní jednání, jsem dospěl k závěru, že pokutu uvedenou ve výroku III bylo třeba snížit.
147. Co se týče podkladů, ze kterých jsem vycházel při vydání tohoto rozhodnutí, uvádím, že jsem vycházel z podkladů shromážděných Úřadem a neprováděl jsem žádné další nové důkazy (podklady) pro vydání tohoto rozhodnutí s výjimkou dokumentu označeného jako „Rozpočet na rok 2018“, k němuž uvádím následující. I přesto, že daný dokument je podkladem pro vydání tohoto rozhodnutí, nepovažuji za nutné ani účelné vyzývat zadavatele k vyjádření se k tomuto podkladu, neboť se jedná o vlastní rozpočet zadavatele, se kterým v roce 2018 hospodaří. Jedná se o dokument, jehož obsah je zadavateli bezesporu znám, a proto není nutné zadavatele vyzývat k vyjádření se z důvodů procesní ekonomie, neboť správní orgán

je povinen podle § 6 odst. 2 správního řádu postupovat tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady a dotčené osoby co možná nejméně zatěžoval. Pro přehlednost opakují, že zadavatel ve svém podání ze dne 17. 9. 2018 označeném jako „Vyjádření zadavatele – Uplatnění procesních práv zadavatele ve vedeném správním řízení“ si zažádal o možnost vyjádřit se k novým podkladům rozhodnutí, které budou provedeny, ale tuto žádost podmínil tím, že dojde ke zrušení napadeného rozhodnutí a k vrácení věci Úřadu, a k tomu v tomto případě nedošlo.

148. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů dále odvolat.

Ing. Petr Rafaj

předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Mgr. Martin Pujman, advokát VSP advokátní kancelář, s.r.o., Jugoslávská 620/29, 120 00 Praha 2

Vypraveno dne:

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