



UOHSX007MRRH

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R404/2014/VZ-33223/2015/321/MMI

Brno 15. října 2015

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 20. 11. 2014, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- obcí **Dvory**, IČO 00239071, se sídlem Dvory 3, 280 02 Dvory, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 15. 9. 2014 JUDr. Bohuslavem Sedlatým, advokátem, ev. č. ČAK 0582, IČO 66200415, advokátní kancelář Sedlatý & Malovec, sdružení advokátů, se sídlem Boleslavská třída 137, 288 02 Nymburk,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S726/2014/VZ-23662/2014/533/SWa ze dne 6. 11. 2014, 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 „**Dvory – Veleliby vodovod; Dvory – Veleliby kanalizace, napojení na ČOV Nymburk**“, zadávané v užším zadávacím řízení, jehož oznámení bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 5. 5. 2011 a uveřejněno dne 9. 5. 2011 pod ev. č. 60059865, na jejíž plnění zadavatel uzavřel dne 21. 9. 2011 smlouvu o dílo s vybraným uchazečem – Gema MB s. r. o., IČO 61681679, se sídlem Blahoslavova 186/II, 293 01 Mladá Boleslav,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) 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:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S726/2014/VZ-23662/2014/533/SWa ze dne 6. 11. 2014

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek obdržel podnět, na jehož základě zahájil dne 8. 9. 2014 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem - obcí Dvory, IČO 00239071, se sídlem Dvory 3, 280 02 Dvory, ve správním řízení zastoupenou na základě plné moci ze dne 15. 9. 2014 JUDr. Bohuslavem Sedlatým, advokátem, ev. č. ČAK 0582, IČO 66200415, advokátní kancelář Sedlatý & Malovec, sdružení advokátů, se sídlem Boleslavská třída 137, 288 02 Nymburk (dále jen „**zadavatel**“) při zadávání veřejné zakázky „Dvory – Veleliby vodovod; Dvory – Veleliby kanalizace, napojení na ČOV Nymburk“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 5. 5. 2011 a uveřejněno dne 9. 5. 2011 pod ev. č. 60059865, na jejíž plnění zadavatel uzavřel dne 21. 9. 2011 smlouvu o dílo s vybraným uchazečem – Gema MB s. r. o., IČO 61681679, se sídlem Blahoslavova 186/II, 293 01 Mladá Boleslav.
2. Úřad si na základě skutečností uvedených v podnětu vyžádal od zadavatele veškerou dokumentaci související se zadáním předmětné veřejné zakázky a jeho vyjádření k obsahu podnětu. Na základě posouzení obsahu podnětu a dokumentace zaslané zadavatelem získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel nepostupoval v souladu s ustanovením § 61 odst. 4 a 5 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když před zahájením losování na základě žádosti jednoho ze zájemců nepřidělil nová pořadová čísla zájemcům o účast v užším řízení.

II. Napadené rozhodnutí

3. Úřad po posouzení všech rozhodných skutečností vydal ve správním řízení rozhodnutí č. j. ÚOHS-S726/2014/VZ-23662/2014/533/SWa ze dne 6. 11. 2014 (dále jen „**napadené**“

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

rozhodnutí“), v jehož výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že porušil ustanovení § 61 odst. 4 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 zákona tím, že dne 14. 6. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení, prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zájemce – Petra Březiny – APB Plzeň, IČO 16669711, se sídlem Losiná 303, 332 04 Nezvěstice (dále jen „**zájemce Petr Březina**“) – přidělení nových pořadových čísel zájemcům o účast v užším řízení, přičemž způsob omezení počtu zájemců 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 dne 21. 9. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Za tento správní delikt byla zadavateli uložena pokuta ve výši 100 000 Kč.

4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že v šetřeném případě zadavatel termín losování stanovil dostatečně předem, všem zájemcům umožnil účast na losování a zajistil účast notáře, čímž část podmínek stanovených v § 61 odst. 4 zákona splnil. Úřad však získal pochybnost, zda bylo při losování postupováno v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona, zejména v souladu se zásadou transparentnosti, a dále zda byla splněna podmínka spočívající v umožnění kontroly losovacího zařízení před zahájením losování.
5. Z notářského zápisu o průběhu losování ze dne 14. 6. 2011 vyplývá, že zadavatel zamítl požadavek zástupce zájemce Petra Březiny a tedy nedůvodně nevyhověl žádosti, aby zájemcům o účast v užším řízení byla přidělena nová pořadová čísla, s tím, že zájemcům bylo přiděleno číslo v pořadí podle času doručení žádostí o účast. Úřad v této souvislosti konstatoval, že zadavatelem zvolené přiřazení pořadových čísel jednotlivým zájemcům pro účel losování vycházelo z chronologického pořadí, v jakém tito zájemci podali svoji žádost o účast, přičemž z dokumentace o veřejné zakázce nevyplývalo, že by o takové volbě pořadí pro losování byli zájemci předem informováni. Způsob přidělování pořadových čísel zájemcům o účast v užším řízení byl tedy zcela v dispozici zadavatele. Provedení přečíslování na místě před zahájením vlastního losování za přítomnosti zájemců, kteří využili svého práva se losování zúčastnit, bylo podle názoru Úřadu právě jednou z mála možností, kterou bylo možné transparentnost výběru s ohledem na použitý elektronický prostředek pro losování alespoň nějakým způsobem zajistit. Tento postup přitom mohl rozptýlit pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele související s možností manipulace elektronického losovacího zařízení ovlivněním jeho softwaru.
6. Úřad s ohledem na skutečnost, že zadavatel byl povinen provést omezení počtu zájemců v souladu se zásadami zakotvenými v § 6 zákona konstatoval, že zadavatel měl za účelem dodržení zásady transparentnosti vyloučit veškeré pochybnosti o zákonnosti průběhu losování a měl rovněž zabezpečit, aby losování probíhalo způsobem, který je dostatečně kontrolovatelný. V šetřeném případě to podle názoru Úřadu znamenalo žádosti zájemce Petra Březiny o přečíslování vyhovět, přestože zákon tuto povinnost zadavateli výslovně neukládá, případně věrohodně vysvětlit, proč taková změna na místě před losováním není možná, neboť opačným postupem zadavatele vznikly pochybnosti o korektním průběhu losování. V situaci, kdy přidělení pořadových čísel zájemcům pro účely losování bylo zcela v dispozici zadavatele a zájemci o něm nebyli předem informováni, se pak průběh omezení

počtu zájemců o účast v užším řízení losováním nejví jako dostatečně kontrolovatelný. Úřad uvedl, že ke zvýšení průhlednosti losování by přispělo právě umožnění přečíslování.

7. Co se týče uložené sankce, Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že se jednalo o správní delikt svým charakterem závažný. Úřad přihlédl k následkům spáchání správního deliktu, k okolnostem spáchání správního deliktu a zohlednil rovněž ekonomickou situaci zadavatele.

III. Námitky rozkladu

8. Uvedené rozhodnutí napadl zadavatel rozkladem ze dne 20. 11. 2014 doručeným Úřadu téhož dne. Napadené rozhodnutí zadavatel obdržel dne 7. 11. 2014, rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
9. Zadavatel namítá, že napadené rozhodnutí obsáhle popisuje průběh výběrového řízení, nicméně vlastní právní zhodnocení postupu zadavatele, když toto řízení se řídí pouze analogickým vztažením rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“) ze dne 6. 6. 2013 sp. zn. 62 Af 61/2012 na tento případ, není de facto nijak odůvodněno a není zde uvedena přílehlavá právní argumentace. Úřad podle zadavatele argumentuje tím, že v jiné věci krajský soud projednal námitky žalobce, které měly základ v tom, že při omezení počtu zájemců zadavatel nesdělil přítomným zástupcům, kteří konkrétní zájemci, v případě sdružení zájemců, podávají společnou nabídku. Dále žalobce napadl použití takového zařízení při losování, které nezaručuje transparentnost celého procesu. Losovací zařízení nebylo zkontrolováno účastníky losování a bylo-li kontrolováno Elektrotechnickým zkušebním ústavem s. p., nejednalo se o kontrolu bezprostředně před zahájením losování. Krajský soud v tomto citovaném rozhodnutí dal žalobci za pravdu s tím, že kombinace některých žalobcem zmíněných skutečností provázejících losování vyvolala porušení zásady transparentnosti. Podle názoru zadavatele výtku, na níž je založeno napadené rozhodnutí, je namířena pouze proti rozhodnutí zadavatele nevyhovět jednomu z uchazečů, který požadoval přečíslování pořadových čísel před losováním. Tato výtku je však podle zadavatele vytržena z kontextu celého odůvodnění zmiňovaného rozsudku, a pokud pak Úřad odůvodňuje svůj postup zásadou legitimního očekávání, pak v napadeném rozhodnutí činí pravý opak, když vytrhuje dílčí odůvodnění zmiňovaného rozsudku ze souvislostí.
10. Zadavatel má dále za to, že pojme-li ust. § 6 zákona jako základ možného deliktního chování, pak jde o normu s velmi široce pojatou hypotézou a nebylo v možnostech zadavatele „vcítit se“ do vnímání pojmu transparentnost v pojetí Úřadu, tj. že je de facto nutno vždy vyhovět žádosti o přečíslování, byť by byla čísla již napoprvé přidělena náhodně, jako v tomto případě. Je dále třeba vzít na zřetel, že rozhodnutí postihuje obec o 550 obyvatelích s ročním rozpočtem 6 000 000 Kč. Zadavatel opakuje, že zákon zakáz odmítnutí požadavků jednoho ze zájemců o účast v užším řízení na záměnu čísel přidělených zadavatelem účastníkům losování v žádném případě neukládá a pouhé nevyhovění této žádosti jednoho ze zájemců nemůže vzbuzovat pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele.
11. Zadavatel konstatuje, že souvislost mezi jakousi kontrolou losovacího zařízení a přidělování nových pořadových čísel není zřejmá. Chápe-li zadavatel tuto výtku jakožto upozornění na to, že zde existuje jakýsi časový interval, v němž by mohlo být snad s losovacím zařízením

manipulováno, pak zadavateli není zřejmé, proč by k této manipulaci nemohlo dojít i po změně čísel. Pokud je zde jakési naprosto nekonkrétní ani neprokazované podezření, že mechanismus výběru čísel při losování by mohl být zadavatelem nastaven tak, aby byli vylosováni právě konkrétní zájemci s předem přidělenými pořadovými čísly, pak zadavatel uzavírá, že situace předem přidělených čísel přec nastane vždy při jakémkoli režimu losování.

12. Za zarážející pak zadavatel považuje tu skutečnost, že každé deliktní jednání je jednáním zaviněným. Je-li v daném případě konstruováno, že onu tvrzenou netransparentnost zavinil zadavatel, pak v napadeném rozhodnutí úvaha o zavinění, jedné ze základních složek prokazovaného deliktního jednání zcela chybí. Vždyť v daném případě bylo losování podrobeno státnímu dozoru notáře a vlastní losování prováděla společnost VIS – Vodohospodářsko-inženýrské služby, spol. s r.o. Jestliže je tedy součástí skutkové podstaty správního deliktu zadavatele i to, že losování mělo být provedeno prostřednictvím elektronického zařízení, pak tato dílčí skutečnost, nicméně právně významná pro posouzení věci, ani žádnou formou zavinění zadavatele být dotčena nemůže. Zadavatel závěrem opětovně tvrdí, že samo odmítnutí výměny čísel před losováním v daném kontextu být správním deliktem nemůže.

Závěr rozkladu

13. Zadavatel se v rozkladu domáhá zrušení napadeného rozhodnutí.

IV. Řízení o rozkladu

14. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

15. 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, jež jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, správnost rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
16. 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, za nějž mu byla výrokem II. napadeného rozhodnutí uložena pokuta ve výši 100 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K zásadě transparentnosti obecně a k rozsudku sp. zn. 62 Af 61/2012

17. Nejdříve shrnuji, že v přezkoumávaném případě zadavatel použil k omezení počtu zájemců o účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku elektronické losovací zařízení CENT LOZ 002 společnosti VE-ZAK CZ s.r.o. O průběhu losování, které se konalo dne 14. 6. 2011, byl téhož dne sepsán notářský zápis (č. j. NZ 255/2011) (dále jen „**notářský zápis**“).
18. V notářském zápisu je uvedeno, že zadavatel rozhodl o způsobu losování formou zařízení, kterým je nástroj pro losování náhodně generovaných čísel. Losovací zařízení nemá žádné aktivní komunikační rozhraní (bluetooth, Wi-Fi, LAN touch screen atd.) vyjma tří kláves pro ovládání aplikace. Losovací zařízení lze otevřít jen vyklopením zadního víka, které je pevně spojeno se zbytkem zařízení pomocí bezpečnostní pečeti. Podle přílohy uvedeného notářského zápisu má losovací zařízení vystavenou zprávu o zkoušce z Elektrotechnického zkušebního ústavu a je opatřeno plombou č. 056910. V notářském zápisu je dále zaznamenáno, že zájemci o účast v užším řízení byli upozorněni na možnost nechat na svoje náklady losovací zařízení po ukončení losování odvézt certifikačnímu orgánu ke kontrole. Dále z notářského zápisu vyplývá, že zástupce zájemce s přiděleným pořadovým číslem 23 Petra Březiny požádal o přečíslování pořadových čísel společností ucházejících se o předmětnou veřejnou zakázku, přičemž tento návrh zástupce zadavatele zamítl s tím, že zájemcům bylo přiděleno číslo v pořadí podle doručení žádosti.
19. Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že zadavatel porušil § 61 odst. 4 zákona a zásadu transparentnosti v § 6 zákona, jelikož před zahájením losování zadavatel neumožnil na žádost zástupce zájemce Petra Březiny přidělení nových pořadových čísel zájemcům o účast, přičemž způsob omezení počtu zájemců 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.
20. K výše uvedenému obecně konstatuji, že zásada transparentnosti je jednou ze základních zásad, již je zadavatel povinen dodržet v průběhu celého zadávacího řízení. Jak bylo správně dovozeno v napadeném rozhodnutí, zásada transparentnosti může být dodržena pouze za předpokladu, že postup zadavatele nevzbuzuje prvky, jež by činily zadávací řízení nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným, nepřehledným či by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele (k tomu viz závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010 či rozsudku Krajského soudu ve věci sp. zn. 31 Ca 166/2005 ze dne 14. 5. 2007).
21. Byť v zadavatelem citovaném rozsudku krajského soudu sp. zn. 62 Af 61/2012, na něj navazujícím rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 64/2013 ze dne 6. 11. 2013 a dále rozsudku krajského soudu sp. zn. 62 Af 47/2010 ze dne 15. 2. 2012 shledaly soudy porušení zásady transparentnosti z kombinace více prvků, nelze z nich dovodit, že je vyloučeno, aby k porušení zásady transparentnosti došlo v důsledku existence pouze jednoho prvku, jež činí zadávací řízení nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným, nepřehledným či vzbuzuje pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Pokud bych připustil výklad zadavatele, bylo by možné, aby postup zadavatele

obsahoval (jeden) nekontrolovatelný, nečitelný či nepřehledný prvek. Takový výklad však ze zákonné úpravy neplyne, naopak je třeba uzavřít, že zadávací řízení musí být prosto jakéhokoli takového prvku, jenž je s to vzbudit reálné a objektivizované pochybnosti o transparentnosti postupu zadavatele.

22. Přes výše uvedené konstatuji, že Úřad v přezkoumávaném případě shledal porušení zásady transparentnosti v kombinaci více prvků, nikoli prvku jediného. Tento závěr přímo vyplývá jak z výroku I. napadeného rozhodnutí, tak z jeho odůvodnění. Úřad za tyto prvky shledal zejména charakter losovacího zařízení, jež dle Úřadu ze své podstaty neumožňoval kontrolu samotného zařízení na místě samém a skutečnost, že zadavatel neumožnil zástupci zájemce Petra Březiny změnu pořadových čísel přidělených za účelem losování. Námitku zadavatele, že v citovaném rozsudku vyvolala porušení zásady transparentnosti kombinace skutečností provázejících losování a zároveň výtka, na níž je založeno napadené rozhodnutí, je namířena pouze proti rozhodnutí zadavatele nevyhovět jednomu z uchazečů, který požadoval přečíslování pořadových čísel před losováním, s ohledem na výše uvedené nepovažuji za důvodnou.
23. Zadavatel v podaném rozkladu namítá, že na přezkoumávaný případ nelze použít závěry rozsudku krajského soudu sp. zn. 62 Af 61/2012. Rozdílnost projednávaného případu s případem řešeným v rámci předmětného rozsudku krajského soudu, dle zadavatele způsobuje neaplikovatelnost závěrů tohoto rozsudku na projednávaný případ.
24. Mám za to, že dílčí závěry rozsudku krajského soudu sp. zn. 62 Af 61/2012 a na něj navazujícího rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 64/2013 ze dne 21. 11. 2013, na které Úřad odkázal v napadeném rozhodnutí, jsou na projednávaný případ aplikovatelné, jelikož v tamním případě, stejně jako v případě přezkoumávaném, proběhlo omezení zájemců v zadávacím řízení losováním prostřednictvím obdobného losovacího zařízení téže společnosti VE-ZAK CZ s.r.o., přičemž v obou případech jeden ze zájemců požadoval změnu čísel přidělených pro účely losování a ani v jednom případě nebylo tomuto zájemci vyhověno.
25. Lze souhlasit se zadavatelem v tom, že případ řešený v rozsudku sp. zn. 62 Af 61/2012 se oproti projednávanému případu lišil v dílčích jednotlivostech (např. řízení bylo zahájeno na návrh zájemce o účast a v projednávaném případě bylo zahájeno řízení z moci úřední). Nicméně správnost závěrů Úřadu v napadeném rozhodnutí, jež pro podporu argumentace odkazují na dílčí závěry rozsudku sp. zn. 62 Af 61/2012, není podmíněna tím, zda je odkazovaný rozsudek ve všech ohledech totožný s případem řešeným v napadeném rozhodnutí. Případnost (aplikovatelnost) závěrů rozsudku na projednávaný případ se totiž posuzuje pouze ve vztahu k obdobnosti jednotlivých dílčích okolností, k nimž se Úřad resp. soud vyjadřoval. Pro úplnost podotýkám, že nejedná se o rozhodující skutkové odlišnosti, jež by vylučovaly aplikovatelnost závěrů tohoto rozsudku na projednávaný případ.

K nepřidělení nových pořadových čísel zájemcům o účast

26. Úřad v napadeném rozhodnutí konstatoval, že „*odmítnutím 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 ze strany zájemců bezprostředně před zahájením*

losování". Právě neumožnění přečíslování považoval Úřad za jednu ze stěžejních okolností, které vzbuzovaly pochybnosti o férovosti postupu zadavatele.

27. Další námitky zadavatele směřují právě proti závěrům, jež Úřad učinil ve vztahu k nevyhovění přečíslování zájemců před provedeným losováním. K těmto námitkám konstatuji, že dle § 112 zákona Úřad přezkoumává již učiněné úkony zadavatele a posuzuje, zda úkony učiněné zadavatelem byly v souladu se zákonem či nikoli. Zároveň považuji za nezbytné k námitce zadavatele zdůraznit, že nelze dovozovat, že je zadavatel vždy, za všech okolností, povinen provést přečíslování zájemců o účast. Musí však být dán relevantní racionální důvod, pro který zadavatel k přečíslování nepřistoupil. Čísla zájemcům byla přidělena předem. Kontrola počítačového programu byla ze své podstaty pro zájemce bezprostředně před losováním prakticky vyloučena a z notářského zápisu, jež zachycuje průběh losování, neplynou jiné rozhodné skutečnosti. Z tohoto vyplývá, že odmítnutí přečíslování takové racionální zdůvodnění postrádá a pochyby o způsobu losování posiluje.
28. K námitce neodůvodněnosti napadeného rozhodnutí konstatuji, že požadavek na přezkoumatelnost napadeného rozhodnutí plyne z § 68 odst. 3 správního řádu, dle kterého v odůvodnění rozhodnutí je správní orgán povinen uvést 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. V posuzovaném případě jsem nedospěl k závěru, že by napadené rozhodnutí bylo neodůvodněné a tedy nepřezkoumatelné jak uvádí zadavatel v rozkladu. Úřad totiž uvedl a dostatečně (přezkoumatelně) rozvedl důvody výroků napadeného rozhodnutí, včetně relevantních úvah a podkladů rozhodnutí. Pro úplnost uvádím, že povinností Úřadu nebylo rozebírat v napadeném rozhodnutí způsoby, jakými by zadavatel zásadu transparentnosti neporušil (pokud by takový postup zvolil), nýbrž rozvést, z jakého důvodu považuje postup zadavatele za protizákonný (rozporný se zásadou transparentnosti).
29. Na základě výše uvedeného konstatuji, že se ztotožňuji se závěry Úřadu obsaženými v napadeném rozhodnutí, že postup zadavatel byl netransparentní. Dospěl jsem ke shodnému závěru jako Úřad, že losovací zařízení, jímž zadavatel provedl omezení počtu zájemců z účasti v zadávacím řízení, ze své povahy vylučuje kontrolu zájemců provedenou bezprostředně před losováním či v jeho průběhu. Samotný akt elektronického losování je tak ze své povahy reálně nepřezkoumatelný. V kombinaci s neprovedením požadovaného přečíslování pak způsobuje objektivní pochybnost o korektnosti a férovém průběhu losování, přičemž i pouhá (kvalifikovaná) pochybnost postačuje ke konstatování porušení zásady transparentnosti bez ohledu na to, zda k manipulaci losovacího zařízení skutečně došlo či nikoli.
30. V této souvislosti pak odkazuji na judikát Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 Afs 31/2012 ze dne 20. 6. 2012, jež se vztahuje k transparentnosti losování a řeší otázku, kdy je pochybnost o transparentnosti pouze v otázce teoretické roviny a kdy již nikoliv. „*Porušení zásady transparentnosti postupu zadavatele podle § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, nezpůsobuje pouhá možnost naplnění tvrzené, avšak neprokázané domněnky manipulace, ke které mohlo dojít při losování. Netransparentnost losování způsobují primárně skutkové okolnosti vzbuzující odůvodněnou pochybnost o férovosti jeho průběhu. Úvaha o proveditelnosti možné manipulace slouží pouze k potvrzení či vyvrácení*

toho, zda zjištěná netransparentnost mohla či nemohla mít, byť jen teoreticky, vliv na výsledek losování. K porušení zásady transparentnosti proto může dojít i v případě, že k žádné manipulaci ve skutečnosti nedošlo.“ Zde tedy s odkazem na tento judikát uvádím, že v posuzovaném případě jsou takové skutkové okolnosti, které vzbuzující odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu zadávacího řízení, jak je již uvedeno výše.

31. K námitce zadavatele týkající se zavinění konstatuji následující. Odpovědnost za spáchání správního deliktu je zákonem koncipována jako objektivní. Zadavatel tedy nese objektivní odpovědnost za celý průběh zadávacího řízení. Zavinění zadavatele je z hlediska zákona irelevantní. Absenci úmyslu ze strany zadavatele lze pak zohlednit pouze při rozhodování o výši pokuty, což odráží bod 48 napadeného rozhodnutí. K tomu nad rámec odkazuji na rozsudek krajského soudu sp. zn. 62 Af 14/2013, kde je uvedeno, že správní orgán při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit *„všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Pokud je pak úmyslné spáchání správního deliktu obecně vnímáno jako okolnost přitěžující, neznamená to automaticky, že by nedbalostní spáchání deliktu mělo být okolností polehčující, jak se mylně domnívá žalobce. Delikt je totiž vždy spáchán buď úmyslně, nebo z nedbalosti. Pokud je pak úmyslné spáchání deliktu okolností přitěžující a nedbalost by měla být automaticky okolností polehčující, nikdy by nebyla pokuta ukládána v „základní“ výši. S takovým pojetím soud nesouhlasí a má za to, že nedbalostní spáchání deliktu není automaticky polehčující okolností.“*

Uložení pokuty za spáchaný správní delikt

32. Jako jedinou zmínku v rozkladu vztahující se v pokutě lze seznat konstatování zadavatele, že je třeba vzít na zřetel, že napadené rozhodnutí postihuje obec o 550 obyvatelích s ročním rozpočtem 6 000 000 Kč. Toto obecné konstatování zadavatele nelze považovat za námitku směřující vůči rozhodnutí jako takovému. Vzhledem k obecnosti tohoto konstatování a argumentačnímu nerozvedení či neodůvodnění se lze vyjádřit k tomuto rovněž pouze v obecné rovině, a to následovně. Přezkoumal jsem v této souvislosti výrok II. napadeného rozhodnutí, jak ukládá odvolacímu správnímu orgánu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu, dle kterého odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Dospěl jsem k závěru, že Úřad zjistil stav věci v souladu s ustanovením § 3 správního řádu na základě zákonně provedených důkazních prostředků. Odůvodnění uložené pokuty jsem shledal jako přezkoumatelné, neboť se Úřad zabýval všemi skutečnostmi a okolnostmi, jak mu ukládá zákon. Zároveň uvádím, že pokuta byla uložena při dolní hranici možné výše. Pro úplnost konstatuji, že uloženou pokutu ve výši 100 000 Kč nelze považovat za likvidační, neboť zadavatel hospodaří s rozpočtem v řádech milionů korun, což vyplývá z rozpočtu zadavatele zveřejněného na internetových stránkách (www.dvory-veleliby.cz).
33. Co se týče pokuty, je v ustanovení § 121 odst. 2 zákona uveden výčet skutečností, k nimž je možno při určení výměry pokuty přihlídnout. Z uvedeného ustanovení vyplývá, že pro určení výměry pokuty je rozhodná závažnost správního deliktu, přičemž je zde uveden demonstrativní výčet skutečností, k nimž má být při posouzení závažnosti správního deliktu přihlídnuto. Zákon uvádí, že při posouzení závažnosti správního deliktu má být přihlídnuto zejména ke způsobu jeho spáchání, k následkům správního deliktu a k okolnostem, za nichž

byl spáchán. Ke všem těmto skutečnostem bylo Úřadem přihlédnuto. 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 na plnění předmětu veřejné zakázky 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. Závěrem tedy shrnuji, že odůvodnění uložené pokuty jsem shledal jako přezkoumatelné, neboť se Úřad zabýval všemi skutečnostmi a okolnostmi, jak mu ukládá zákon a výši uložené pokuty jsem rovněž shledal za přiměřenou okolnostem případu.

VI. Závěr

35. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
36. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

JUDr. Bohuslav Sedlatý, advokát, Boleslavská 137, 288 02 Nymburk

Vypraveno dne

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