



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu Mgr. Milana Procházky a soudců JUDr. Viktora Kučery a JUDr. Petra Polácha v právní věci žalobce: **obec Cítov**, se sídlem Cítov č. p. 203, zast. JUDr. Petrem Zikmundem, advokátem se sídlem Macharova 376, Mělník, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 9. 12. 2013, č. j. ÚOHS-R304/2012/VZ-23986/2013/310/MMI, ve věci spáchání správního deliktu zadavatele,

t a k t o :

- I. Žaloba **se zamítá**.
- II. Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

Žalobce se podanou žalobou domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí předsedy žalovaného (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým byl zamítnut rozklad žalobce proti rozhodnutí žalovaného (dále jen „správní orgán I. stupně“) ze dne 17. 10. 2012, č. j.: ÚOHS-S22/2012/VZ-6708/2012/550/JHn (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“) a současně

bylo potvrzeno rozhodnutí, v části kterou byl žalobce uznán vinným ze spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění rozhodném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), kterého se dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na ust. § 6 tohoto zákona, neboť neprovedl dne 27. 7. 2011 losování prostřednictvím elektronického zařízení v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a žalobce již dne 23. 8. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Výrok II. prvostupňového rozhodnutí žalovaný změnil tak, že pokutu ve výši 300 000 Kč uloženou žalobci prvostupňovým rozhodnutím snížil na 90 000 Kč.

Žalobce v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejnil dne 1. 7. 2011 pod ev. č. 60061947, ve znění oprav uveřejněných dne 4. 7. 2011, dne 18. 7. 2011, a dne 5. 8. 2011, oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Revitalizace společenského zařízení“ (dále jen „veřejná zakázka“). Žalobce v oznámení o veřejné zakázce uvedl, že „předmětem plnění je revitalizace – stavební úpravy společenského domu“, a dále stanovil, že veřejná zakázka bude zadávána v užším řízení. Současně stanovil omezení počtu zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek na 5. Jako objektivní kritérium pro omezení počtu zájemců zvolil žalobce náhodný výběr provedeným losem.

Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že žalobce v souladu s ust. § 151 zákona o veřejných zakázkách dne 16. 5. 2011 uzavřel mandátní smlouvu se společností Tercier, spol. s.r.o. (dále jen „mandatář“), jejímž předmětem bylo zajištění a realizace zadavatelských činností vyplývajících ze zákona o veřejných zakázkách, pro zadání předmětné veřejné zakázky. Mandatář dne 1. 6. 2011 uzavřel smlouvu o technickém zajištění omezení počtu zájemců v užším řízení se společností Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o., jejímž předmětem bylo zajištění technického zajištění omezení počtu zájemců losováním v užším řízení. Společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. se v uvedené smlouvě zavázala poskytnout příslušný hardware, tj. počítač, tiskárnu, projektor a plátno a příslušný software s řádně zakoupenou licencí. Dále byla povinna v souladu s uvedenou smlouvou zajistit kvalifikovanou obsluhu hardware a software, moderátora průběhu omezení počtu zájemců a notáře za účelem vyhotovení notářského zápisu osvědčující průběh omezení počtu zájemců.

Ze spisového materiálu vyplývá, že žalobci bylo ve stanovené lhůtě doručeno 7 žádostí zájemců o účast, přičemž všichni zájemci prokázali splnění žalobcem požadované kvalifikace. Termín losování byl všem zájemcům oznámen na den 27. 7. 2011. Z notářského zápisu ze dne 28. 7. 2011 o průběhu losování (omezení počtu zájemců v užším řízení) konaného dne 27. 7. 2011 je patrné, že losování se zúčastnila paní Ing. Kristová, která prováděla losování prostřednictvím elektronického zařízení, jednatel mandatáře a zástupce zájemce o uvedenou veřejnou zakázku společnosti FISA s.r.o. Notářský zápis obsahuje seznam všech zájemců o účast a seznam pěti zájemců, kteří byli vylosováni a byli následně žalobcem vyzváni k podání nabídky. Z notářského zápisu dále vyplývá, že losování proběhlo ve smyslu § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách prostřednictvím elektronického zařízení, které tvoří programové vybavení, počítač a periférie. Programové vybavení tvořilo losovací program běžící v prostředí UNIFACE, přičemž autorizovanou instalaci provedla firma ZERON, s.r.o.,

losovacím zařízením byl notebook Acer TravelMate 5442 s operačním systémem WINDOWS 7.

Smlouva na předmětnou veřejnou zakázku byla po řádném ukončení užšího řízení uzavřena s vítězným uchazečem společností FIDES s.r.o. dne 23. 8. 2011, v průběhu zadávacího řízení nebylo namítáno porušení zákona o veřejných zakázkách a žádný zájemce, jak vylosovaný či nevylosovaný, proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nepodal námitky.

Dne 18. 10. 2011 obdržel žalovaný podnět od Útvaru pro odhalování korupce a finanční kriminality Služby kriminální policie a vyšetřování Policejního prezidia České republiky (dále jen „policejní orgán“), který byl následně dne 19. 11. 2011 doplněn o seznam veřejných zakázek, včetně uvedení zadavatelů a zástupců zadavatelů – tzv. administrátorů veřejných zakázek, ve kterých byla užita k omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku elektronická losovací zařízení vybavená programem instalovaným v programovacím prostředí UNIFACE, která byla postupně policejním orgánem zajišťována v rámci policejního šetření v dané věci. Předmětem doručeného podání bylo podezření z možného nezákonného postupu uvedených zadavatelů, včetně žalobce, a to manipulace průběhu omezení počtu zájemců o předmětnou veřejnou zakázku, při kterém bylo použito elektronické losovací zařízení, které nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru. Jak vyplývá ze spisového materiálu, první zajištěné losovací zařízení notebook ACER Travel Mate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG020030352FFD51601 bylo k losování využíváno od března roku 2011 do 12. 7. 2011, kdy bylo policejním orgánem zajištěno. Druhé losovací zařízení notebook ACER Travel Mate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG02003106205951601 bylo využíváno od 13. 7. 2011 do 16. 9. 2011, kdy bylo zajištěno a třetí losovací zařízení - počítač – notebook HP model g62-b21EC bylo využíváno od 17. 9. 2011 do 29. 9. 2011, kdy bylo taktéž v rámci trestního řízení zajištěno. Dne 18. 10. 2011 bylo zajištěno v pořadí již čtvrté losovací zařízení, u kterého však nebyl prokázán jakýkoliv vztah s losováním jakékoliv veřejné zakázky. Jako vlastník všech tří losovacích zařízení vystupuje společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o., autorizovanou instalaci měla provádět firma ZERON, s.r.o., obsluhu všech elektronických losovacích zařízení zajišťovala společnost KLERIS CZ a.s. (losování vždy prováděla paní Ing. Kristová). Policejním orgánem pak bylo zjištěno, že společnost KLERIS CZ a.s. prováděla losování na základě smluvního vztahu se subjekty, které jsou v rámci dotčených zadávacích řízení uvedených v daném podání v postavení zástupce veřejného zadavatele (administrátora). V předmětné zakázce v postavení administrátora vystupovala společnost Tercier, spol. s.r.o. Z písemného vyjádření ze dne 12. 9. 2011 společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o., která pro společnost Tercier, spol. s.r.o. zajišťovala omezení počtu zájemců je nepochybné, že v předmětné veřejné zakázce bylo užito elektronické losovací zařízení – notebook Acer Travelmate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG02003106205951601, které bylo podle vyjádření uvedené společnosti využíváno k omezení počtu zájemců o veřejné zakázky v období od 13. 7. 2011 do doby tohoto sdělení, tj. i při omezení počtu zájemců o účast v užším řízení na předmětnou veřejnou zakázku dne 27. 7. 2011. V rámci vyšetřování policejním orgánem bylo toto losovací zařízení zajištěno dne 16. 9. 2011.

Na základě opatření policejního orgánu ze dne 13. 7. 2011, 19. 9. 2011, 29. 9. 2011 a 26. 10. 2011 byl do trestního řízení za účelem vypracování znaleckého posudku z oboru kybernetika, odvětví výpočetní technika se zaměřením na poskytování služeb v oblasti analýzy a posuzování bezpečnostních rizik informačních systémů (dále jen „znalecký posudek“) přibrán znalecký ústav Risk Analysis Consultants, s.r.o. Znalecký posudek byl vypracován dne 1. 12. 2011. Losovací zařízení, které bylo užito k losování v předmětné veřejné zakázce - notebook Acer Travelmate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG02003106205951601, bylo ve znaleckém posudku označeno jako „zařízení 171_nb02“. K losovacímu zařízení, kterým bylo provedeno omezení počtu zájemců losem v předmětné veřejné zakázce dne 27. 7. 2011, znalecký posudek v odpovědi na otázku č. 4 na straně č. 100 uvádí: „Zařízení není zabezpečeno proti zmanipulování výsledků losování, naopak, je cíleně vytvořeno způsobem, který umožňuje manipulaci výsledků losování.“. Z odpovědi na otázku č. 6 je pak patrné, že losovací zařízení bylo účelně ke zmanipulování uzpůsobeno, a to již před provedeným losováním. V rozhodnutí se dále uvádí, že samotný fakt, že losovací zařízení umožňovalo zmanipulování výsledků losování, je skutečností, která mohla mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Na základě znaleckého posudku považoval správní orgán I. stupně za jednoznačně prokázané, že losovací zařízení, které bylo užito v předmětné veřejné zakázce, nebylo zabezpečeno proti zmanipulování a mohlo tak dojít k ovlivnění výsledků. S odkazem na judikaturu Nejvyššího správního soudu správní orgán I. stupně ve svém rozhodnutí uvedl, že pro právní posouzení porušení zásady transparentnosti není rozhodné, zda ke zmanipulování losování v posuzovaném případě skutečně došlo či nikoliv, neboť rozhodující je pouhá pochybnost o řádném průběhu losování. Na základě uvedeného pak uznal žalobce ze spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

Tyto závěry, tj. že zařízení použité k losování nebylo zabezpečeno proti zmanipulování, z čehož vyplývá, že nastala možnost přímého ovlivnění výsledku losování, jež zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast, pak k rozkladu žalobce potvrdil i předseda žalovaného (dále jen „žalovaný“). Ten v napadeném rozhodnutí stejně jako správní orgán I. stupně zdůraznil, že porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda bylo skutečně manipulováno s losováním a rovněž na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení povinnosti stanovené zákonem o veřejných zakázkách. Proto k porušení zásady transparentnosti ze strany žalobce postačí, že znaleckým posudkem bylo prokázáno, že předmětné losovací zařízení bylo uzpůsobeno k ovlivňování losování. Co se týká uložené pokuty za spáchaný správní delikt, žalovaný v napadeném rozhodnutí uvedl, že po přezkoumání skutkově obdobných případů, kdy bylo v určitém časovém období při losování vždy použito totožné losovací zařízení, zadávací řízení bylo administrováno stejnou společností a v těchto případech pak došlo ke spáchání shodných správních deliktů zadavatelé, dospěl k závěru, že v těchto skutkově obdobných případech byly ukládány nedůvodně rozdílné výše pokut, a proto výši uložené pokuty žalobci snížil, aby výše pokuty odpovídala závažnosti spáchaného správního deliktu a dalším skutkově shodným případům.

Žalovaný potvrdil rozhodnutí správního orgánu I. stupně a současně zamítl rozklad žalobce, který proti tomuto rozhodnutí podal žalobu.

II. Obsah žaloby

Žalobce v podané žalobě namítá nezákonnost napadeného rozhodnutí, které bylo vydáno v rozporu s postupy a s požadavky stanovenými pro správní řízení zákonem č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). Konkrétně má žalobce za to, že bylo porušeno ustanovení § 3 správního řádu, podle kterého správní orgán postupuje tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu. Žalobce má dále za to, že ze strany správního orgánu bylo porušeno ust. § 50 odst. 3 správního řádu, neboť tento nezjistil všechny okolnosti důležité pro ochranu veřejného zájmu, přičemž podle ust. § 50 odst. 4 správního řádu správní orgán hodnotí podklady, zejména důkazy podle své úvahy a přitom pečlivě přihlíží ke všemu, co vyšlo v řízení najevo včetně toho, co uvedli účastníci. Uvedené porušení správního řádu žalobce blíže specifikuje v žalobních bodech.

Žalobce především namítá, že mu nebylo prokázáno nedodržení ust. § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na ust. § 6 tohoto zákona, tedy skutečnost, že losování dne 27. 7. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. V podané žalobě žalobce především zdůrazňuje tu skutečnost, že znalecký posudek, ze kterého při svém rozhodování vycházel správní orgán I. stupně, popisoval stav vydaného notebooku jako losovacího zařízení ke dni zajištění v trestním řízení, tj. ke dni 16. 9. 2011, nikoliv ke dni 27. 7. 2011, kdy se uskutečnilo předmětné losování zájemců o veřejnou zakázku.

Žalobce dále namítá, že ze strany správního orgánu I. stupně bylo porušeno ust. § 51 odst. 2 správního řádu, neboť o provádění důkazů listinami mimo ústní jednání nebyl žalobce vůbec vyrozuměn, ačkoliv jak správní orgán I. stupně, tak žalovaný o tyto důkazy opřeli svá rozhodnutí.

Žalobce v žalobě odkazuje na notářský zápis ze dne 28. 7. 2011 o průběhu losování konaného dne 27. 7. 2011, jakožto veřejnou listinu, která v souladu s ust. § 53 odst. 3 správního řádu, prokazuje i pravdivost toho, co je v ní osvědčeno nebo potvrzeno. Žalobce uvádí, že z uvedeného notářského zápisu nevyplývají žádné skutečnosti nasvědčující tomu, že losovací zařízení použité při losování dne 27. 7. 2011 nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru, jak dovozuje žalovaný v napadeném rozhodnutí.

Žalobce v žalobě dále odkazuje, s úmyslem vyvinít se ze správního deliktu, jehož spáchání je mu kladeno za vinu, na mandátní smlouvu, kterou uzavřel se společností Tercier, spol. s.r.o. Žalobce v žalobě tvrdí, že postup mandátáře kontroloval a z jeho činnosti nebyly patrné žádné skutečnosti nasvědčující tomu, že by mandátář postupoval v rozporu s ust. § 6 zákona o veřejných zakázkách. Na základě výše uvedeného pak žalobce dovozuje, že mělo být aplikováno ust. § 121 zákona o veřejných zakázkách o liberaci žalobce, neboť vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil.

V poslední řadě žalobce v žalobě namítá, že policejní orgán neučinil žádné opatření ve vztahu k podezřelé společnosti Tercier, spol. s.r.o., ačkoliv poznatky o porušení zákona o veřejných zakázkách měl již dne 13. 7. 2011, kdy bylo zajištěno první losovací zařízení.

S ohledem na výše uvedené, za situace, kdy nebylo spáchání správního deliktu žalobcem podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) prokázáno, žalobce navrhl, aby soud zrušil napadené rozhodnutí žalovaného, jakož i rozhodnutí správního orgánu I. stupně, a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného

Žalovaný ve svém vyjádření k obsahu předložené žaloby nejprve zdůraznil, že napadené rozhodnutí je důsledkem pečlivého zjišťování stavu věci tak, aby o něm nevznikaly jakékoliv důvodné pochybnosti. Zejména poukazuje na skutečnost, že mu žalobce nemůže vytýkat takové postupy, které mu správní řád výslovně umožňuje (hodnocení důkazů podle své úvahy).

Žalovaný ve svém vyjádření k námitkám žalobce v souhrnu uvádí a opakuje tvrzení uvedená v napadeném rozhodnutí spočívající v tom, že v daném případě není podstatné, zda skutečně k manipulaci s losováním došlo, ale rozhodující je právě pochybnost o řádnosti a férovosti losování, která vyvstane na základě určitých indicií, což v daném případě nastalo tím, že bylo znaleckým posudkem prokázáno, že předmětné losovací zařízení bylo záměrně uzpůsobeno k ovlivňování losování, což postačí k závěru o porušení zásady transparentnosti. Na podporu svého tvrzení odkazuje žalovaný ve svém vyjádření na judikaturu Nejvyššího správního soudu, ve světle které porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. Postačí pak, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování.

K námitce žalobce, že mělo být aplikováno ust. § 121 zákona o veřejných zakázkách o liberaci žalovaný uvádí, že zadavatel nese objektivní odpovědnost za průběh celého zadávacího řízení. Skutečnost, že se v nějaké části zadávacího řízení nechá zastoupit někým jiným, jej nezbujuje této objektivní odpovědnosti, jediné že by prokázal liberační důvody. Podle názoru žalovaného však žalobce neprokázal, že by vynaložil veškeré úsilí, aby porušení právní povinnosti prokázal, neboť pověření jiného subjektu k provádění některých činností v rámci zadávacího řízení takovým liberačním důvodem nemůže být.

Žalovaná strana má za to, že napadené rozhodnutí je věcně správné, v souladu se zákonem, stejně jako jemu předcházející rozhodnutí správního orgánu I. stupně, proto navrhuje podanou žalobu v celém rozsahu zamítnout.

IV. Posouzení věci krajským soudem

Napadené rozhodnutí žalovaného krajský soud přezkoumal v řízení podle části třetí, hlavy II, dílu 1, § 65 a násl. s. ř. s. v mezích uplatněných žalobních bodů, ověřil přitom, zda rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti (ex offio),

a vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodnutí žalovaného, přičemž dospěl k závěru, že žaloba je důvodná.

O žalobě krajský soud rozhodl, aniž nařizoval jednání, za splnění podmínek vyplývajících ustanovení § 51 odst. 1 s. ř. s. poté, kdy účastníci řízení s tímto postupem vyslovili souhlas.

Žalobce namítal, že došlo k porušení povinnosti správního orgánu zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti a to v rozsahu, který je nezbytný pro vydání správního rozhodnutí za situace, kdy žalobci nebylo prokázáno spáchání správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, kterého se měl dopustit tím, že porušil ust. § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na ust. § 6 tohoto zákona tím, že při losování bylo užito losovací zařízení, které nebylo zabezpečeno proti zmanipulování výsledků losování, ale naopak bylo cíleně vytvořeno způsobem, který umožňuje manipulaci výsledků losování.

Ustanovení § 61 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách stanoví, že omezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo soutěžním dialogu, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií podle odstavce 2 nebo 4 uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podle ust. § 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. Hodlá-li zadavatel použít los za účelem omezení počtu zájemců, musí takovou skutečnost spolu s pravidly losování uvést v oznámení zadávacího řízení, samotné losování provést transparentním a nestranným způsobem a jeho průběh hodnověrně zaznamenat tak, aby mohl být postup zadavatele případně orgánem dohledu kontrolován. Další podmínkou je, že losování musí být provedeno prostřednictvím mechanických, elektromechanických, elektronických nebo obdobných zařízení. Podle ust. § 149 odst. 2 posledně cit. zákona se elektronickými nástroji pro účely zákona o veřejných zakázkách rozumí programové vybavení, případně jeho součásti, které jsou spojeny se sítí nebo službou elektronických komunikací a umožňují prostřednictvím této sítě nebo služby provádění úkonů v elektronické podobě podle tohoto zákona, včetně zpracování zahrnující digitální kompresi a uchovávání dat. Zadavatel může použít elektronické nástroje pouze za předpokladu, že použití těchto elektronických nástrojů neporušuje zákaz diskriminace, tyto elektronické nástroje jsou s ohledem na předmět veřejné zakázky obecně dostupné a slučitelné s běžně užívanými informačními a komunikačními technologiemi. Losování musí být dále provedeno za účasti notáře, který průběh losování osvědčí. Zákon o veřejných zakázkách též upravuje některé další procedurální otázky spojené s losováním. Předně platí, že losování se mají právo vždy zúčastnit ti zájemci, jejichž losování se týká. Aby se tito zájemci mohli losování zúčastnit, musí zadavatel zájemcům písemně sdělit termín losování, a to nejméně pět dní před losováním. Poslední podmínka, uvedená v odst. 5 uvedeného ustanovení, spočívá v umožnění zájemcům reálně zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.

O průběhu losování byl dne 28. 7. 2011 sepsán notářský zápis, který popisuje postup při losování dne 27. 7. 2011. V notářském zápise je mj. uvedeno, že losovací zařízení bylo

v rámci autorizované instalace uzpůsobeno pro jednoúčelové využití, přičemž v rámci autorizované instalace byly zakázány všechny programem nevyužívané funkce a služby operačního systému a hardware jako je bluetooth, wi-fi, připojení paměťových medií, apod. Výše uvedené skutečnosti byly do notářského zápisu zapsány na základě sdělení osoby pověřené losováním, paní Kristové. Soud se neztotožňuje s názorem žalobce, že by přítomnost notáře a sepsání notářského zápisu zajistily férovost postupu při losování. Je třeba přisvědčit žalobci, že vzhledem k tomu, že uvedené skutečnosti o průběhu losování jsou osvědčeny notářským zápisem, je nutné je považovat za prokázané. Notářský zápis jako veřejná listina zakládá vyvratitelnou domněnku pravdivosti toho, co je touto listinou osvědčeno. Žalobce ovšem zcela nesprávně vyvozuje, že notářský zápis navíc osvědčuje řádný průběh losování. Krajský soud zdůrazňuje, že notářský zápis vypracovaný podle § 79 zákona č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), pouze zaznamenává, jaké skutečnosti se v průběhu za přítomnosti notáře udály v souladu se zákonem. Notářka v notářském zápise sice uvádí, že přítomnému zájemci bylo umožněno vyzkoušet si losovací program a byl dotázán, zda tento postup losování považuje za transparentní, to ovšem neznamená více než, že notářka zachytila vyjádření osoby zúčastněné na losování. Notář se nemůže sám k technickým otázkám odborně vyjadřovat, tedy tyto otázky zjišťovat a ověřovat. Notářský zápis zachycuje toliko obsah úkonu, tj. průběh losování, aniž by skutečnosti technického charakteru v notářském zápisu uvedené bylo možno považovat za skutečnosti skutečně osvědčené. Není proto pro posouzení, zda losovací zařízení bylo či nebylo zabezpečeno proti zmanipulování výsledků losování, podstatné, že je notářský zápis veřejnou listinou a že o něj tak mohl žalobce opřít své závěry. Skutečnost, že o průběhu losování byl sepsán notářský zápis, proto automaticky nemůže znamenat, že losování proběhlo férově a v souladu se zásadou transparentnosti ve smyslu ust. § 6 zákona o veřejných zakázkách. Námitka žalobce spočívající v tom, že řádný průběh losování osvědčuje notářský zápis, proto neobstojí.

Nelze dále souhlasit s tvrzením žalobce, že žalovaný porušil postup zakotvený v ust. § 51 odst. 2 správního řádu, podle kterého musí být účastníci o provedení důkazů mimo ústní jednání včas vyrozuměni. Žalobce má za to, že vzhledem k tomu, že správní orgán I. stupně ve věci nenařídil ústní jednání a ve svém rozhodnutí vychází z listinných důkazů (stejně tak i žalovaný), zejména ze znaleckého posudku, došlo k porušení posl. citovaného ustanovení správního řádu. Jak vyplývá z rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 157/2012-40 ze dne 13. 3. 2013, správní orgán není povinen postupovat podle § 51 odst. 2 správního řádu, tj. vyrozumět účastníka řízení o provádění důkazů mimo ústní jednání, jde-li o provedení důkazu listinou. Smyslem § 51 odst. 2 správního řádu je umožnit účastníkům řízení, aby mohli být přítomni při provádění důkazů, nebylo-li k jejich provedení nařízeno ústní jednání. Díky přítomnosti při provádění důkazů se mohou účastníci lépe seznámit s jejich obsahem a v návaznosti na to se detailněji vyjádřit k těmto důkazům. Nejvyšší správní soud se v uvedeném rozsudku vyjádřil, že není vadou řízení, pokud nebyl účastník informován o provedení důkazu listinou mimo ústní jednání. Krajský soud souhlasí s názorem Nejvyššího správního soudu, že by bylo naprosto bezúčelné, aby žalovaný musel informovat žalobce o tom, že v uvedený den a hodinu si hodlá přečíst předložené listiny, a tak jimi provést důkaz. Tím spíše, že správní orgán není povinen sdělovat účastníkům řízení předběžný úsudek o důkazu plynoucí z provedeného důkazního prostředku. Své úvahy o hodnocení důkazu vtělil správní orgán I. stupně až do odůvodnění rozhodnutí. Žalobce se prostřednictvím svého

právního zástupce s obsahem správního spisu před vydáním prvostupňového rozhodnutí seznámil dne 15. 2. 2012, kdy bylo právnímu zástupci umožněno pořídit si kopie ze správního spisu a na USB flash disk mu byl ve formátu pdf nahrán předmětný znalecký posudek, což vyplývá z protokolu o nahlížení do spisu ze dne 15. 2. 2012, č.j. ÚOHS-S22/2012/VZ-3025/2012/550/JHn. Na základě uvedeného krajský soud proto uzavírá, že námitka žalobce spočívající v porušení ust. § 51 odst. 2 správního řádu není důvodná.

Z prvostupňového rozhodnutí a z napadeného rozhodnutí je nepochybné, že jak správní orgán I. stupně, tak žalovaný vycházely při zkoumání odpovědnosti žalobce za spáchaný správní delikt pouze a jen ze znaleckého posudku, který byl vypracován v rámci trestního řízení. Žalovaný v předmětném správním řízení považoval znalecký posudek za klíčový důkaz, a proto jak sám v rozhodnutí uvádí, mu přisoudil nejvyšší právní sílu.

K losovacím zařízení, kterým bylo provedeno omezení počtu zájemců losem v daném zadávacím řízení dne 27. 7. 2011, znalecký posudek na str. 100 v odpovědi na otázku č. 4 uvádí, *„Zařízení není zabezpečeno proti zmanipulování výsledků losování, naopak, je cíleně vytvořeno způsobem, který umožňuje manipulaci výsledků losování. V odpovědi na otázku č. 5, zda a jakým způsobem je možné výsledky losování prováděné tímto elektronickým zařízením ovlivnit, popřípadě zmanipulovat, je podrobně vysvětlen způsob manipulace. Otázka č. 6 ve vztahu k zařízení 171_nb02 směřovala ke zjištění, zda byl výsledek losování, které mělo být provedeno tímto elektronickým zařízením dne 16. 9. 2011, ovlivněn popřípadě manipulován. Odpověď na tuto otázku zněla následovně: „Lze jednoznačně prokázat, že losovací zařízení bylo připraveno ke zmanipulování výsledků losování. Výsledky zkoumání dokazují, že losovací zařízení bylo na manipulaci jednoznačně a cíleně připraveno a byly nalezeny soubory naplněné daty, které měly tyto toto losování zmanipulovat.“*. Správní orgán I. stupně pak ve svém rozhodnutí na základě odpovědi na otázku č. 6 znaleckého posudku ve vztahu k předmětnému losovacím zařízení vyslovil závěr, který potvrdil žalovaný v napadeném rozhodnutí, že je jednoznačně prokázáno, že losovací zařízení bylo účelně ke zmanipulování uzpůsobeno, a to již před provedeným losováním, čímž žalobce porušil postup stanovený v ust. § 61 odst. 4 ve spojení s ust. § 6 zákona o veřejných zakázkách. Žalovaný pak v napadeném rozhodnutí souhlasí s argumentací správního orgánu I. stupně v tom, že nepovažoval za nutné se již zabývat otázkou, zda k manipulaci v průběhu losování skutečně došlo, jelikož zásada transparentnosti může být dodržena pouze tehdy, jestliže průběh zadávacího řízení nevzbuzuje pochyb, že zadavatel jednal regulérně, přičemž podle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č.j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010, porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti.

Na straně 33 znaleckého posudku je souhrnně uvedena doba zajištění všech losovacích zařízení: notebook s označením 171_nb01 byl zajištěn po ukončení losování (pozn. dne 12. 7. 2011), program Losování ještě nebyl ukončen; notebook s označením 171_nb02 byl zajištěn před losováním ve vypnutém stavu (pozn. dne 16. 9. 2011), program Losování nebyl spuštěn; notebook s označením 171_nb03 byl zajištěn před losováním (pozn. dne 29. 9. 2011), program Losování byl spuštěn; notebook s označením 171_nb04 byl zajištěn vypnutý bez zjevné předchozí souvislosti s nějakým konkrétním losováním.

Losovací zařízení 17_nb02 bylo zajištěno před losováním ve vypnutém stavu, kdy program losování ještě nebyl spuštěn. Toto losovací zařízení bylo pro potřeby omezení počtu uchazečů využíváno od 13. 7. 2011 do doby 16. 9. 2011, kdy bylo policejním orgánem zajištěno. Losování omezení počtu zájemců tímto zařízením v jiné veřejné zakázce mělo proběhnout dne 16. 9. 2011, tedy v den, kdy bylo zajištěno. Ze znaleckého posudku na str. 60 je dále patrné, že ze systémových registrů Windows lze získat informace o práci s tímto losovacím zařízením na úrovni administrátorského účtu a o připojení externích USB disků k tomuto losovacímu zařízení dne 15. 9. 2011 v 19.03. Dále je zde uvedeno, že z metod souborového systému na pevném disku zkoumaného zařízení lze určit dobu vytvoření pomocných souborů na 15. 9. 2011 v 19.06. Znalecký posudek dále uvádí, že ze získaných informací lze dovodit souvislosti mezi použitím administrátorského účtu a vytvořením pomocných souborů sloužících k manipulaci výsledků losovacího zařízení.

K zásadě transparentnosti při losování řekla judikatura správních soudů již mnohé. Především vyšla z toho, že pojem transparentnosti je pojmem pružným a schopným reagovat na nejrůznější skutkové situace, které mohou nastat – viz rozsudek Nejvyššího správního soudu pod č. j. 1 Afs 45/2010 – 159. Současně judikatura potvrdila, že pružnost pojmu transparentnost předpokládá též vývoj v závislosti na proměňujících se protizákonných praktikách a že pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu přitom může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo. Pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově – srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 – 53, publ. pod č. 2714/2012 Sb. NSS.

Z posledně uvedeného rozsudku, jakož i z další relevantní judikatury, např. rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 – 108, a následného rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 – 49, lze dále 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.

Losovací zařízení nejen, že nebylo zabezpečeno před případnou manipulací, ale bylo k ní přímo uzpůsobeno, přičemž způsob ovlivnění výsledků popsal zpracovatel posudku v jeho závěru, v části 4. nazvané „Znalecké závěry a odpovědi na položené otázky“, kde ve vztahu k notebooku označenému jako „171_nb02“ podal na otázku 4 odpověď, kterou lze pro ilustraci celou citovat:

„Zkoumané losovací zařízení je cíleně vytvořeno tak, aby umožňovalo předem připravenou manipulaci s výsledky losování.

Výsledek losování lze zmanipulovat pomocí předem připraveného souboru. Tento soubor musí mít název „uconfig.ini“ a musí být před losováním umístěn v adresáři „c:\Temp“. Tento soubor musí mít přesně danou strukturu a obsahuje IČ subjektů, které mají být vylosovány. Losovací program si potom z tohoto předem připraveného souboru přečte IČ subjektů, které mají být vylosovány a tyto subjekty následně i vylosuje.

Manipulace losováním je dobře maskována a nezasvěcený pozorovatel nepozná, že se nejedná o náhodné losování, ale o předem připravenou manipulaci. Cíleným ovládním

programu přepne obsluha po provedení demonstračních procesů, které probíhají korektně, program do módu zmanipulovaného losování a toto losování realizuje jako finální. Přepnutí mezi režimy (korektní náhodné losování a zmanipulované losování) se děje (i opakovaným) stiskem „Vymazání losování“ a navolený režim je identifikován pouze malou tečkou (nachází se pod tlačítkem „Tisk protokolu“), která se objevuje nebo mizí na obrazovce programu podle módu, do kterého je program přepnut. Navíc je tato tečka prakticky viditelná pouze na monitoru počítače, protože promítáním pomocí datového projektoru se snižuje kontrast a kvalita obrazu a na promítacím plátně je tato tečka zpravidla nepostřehnutelná.

Program je také ošetřen proti potenciálnímu následnému zkoumání a důsledně maže všechny pomocné soubory, které pro manipulaci losování používá. Hned po spuštění programu se obsah předem připraveného souboru „uconfig.ini“ načte do paměti počítače a na disku počítače se obsah tohoto souboru nenávratně vymaže. Tím je výrazně snížena pravděpodobnost odhalení manipulace losování.“

Za této situace, kdy je samo losovací zařízení, resp. notebook jako jeho hlavní součást (vedle tiskárny a datového projektoru) zpochybněn takovým způsobem jako je tomu v uvedeném znaleckém posudku, který je v tomto ohledu nepochybně klíčovým důkazem, tedy soud souhlasí se závěry žalovaného potažmo správního orgánu I. stupně. A dodává, že znalecký posudek byl v tomto směru nejen důkazem klíčovým, ale také důkazem dostatečným a provedené dokazování nebylo v tomto ohledu nutno dále doplňovat.

Jak již bylo uvedeno – notebook losovacího zařízení nebyl nijak zabezpečen. A vice versa obsahoval losovací program s funkcionalitou pro losování v módu podle předem daného výběru. Umožňoval tudíž reálnou manipulaci, což pro důvodné pochybnosti o transparentnosti provedeného losování plně postačuje a dalšího dokazování tak nebylo třeba. Nehledě na to, že by ani nebylo možné, pokud použitý program důsledně maže všechny pomocné soubory, jak je popsáno ve znaleckém posudku. Navíc samotné předchozí nahrání takového souboru by již znamenalo pravděpodobnost manipulace hraničící s jistotou; prokázání manipulace však není nezbytné, stačí pouhá pochybnost, jak plyne ze shora citované judikatury. A tato pochybnost v souzené věci byla dostatečně přítomná a silná natolik, aby zpochybnila transparentnost provedeného losování.

Podle názoru soudu je rozhodné, že již v důsledku nestandardní funkcionality losovacího programu umožňující modifikované losování jsou dány pochybnosti o transparentnosti losování a nic na nich nemění ani žalobcem namítaná časová prodleva mezi losováním (27. 7. 2011) a zajištěním notebooku (16. 9. 2011), resp. zpracováním znaleckého posudku (prosinec 2011). Ve světle všech výše uvedených skutečností je totiž zřejmé, že použitý notebook obsahoval losovací software – program a tento program umožňoval manipulovatelnost losování. Ostatně žalobce ani nic jiného netvrdí a neuvádí např., že v rozhodném období – duben 2011 – používal losovací program jiný, umožňující toliko korektní losování. Žádné takové tvrzení či jiná indicie zpochybňující závěry žalovaného vznesena nebyla a ani ze spisového materiálu nevyvstala. Navíc ze zprávy společnosti Inženýrské služby Hradec Králové s. r. o. ze dne 12. 9. 2011 je potvrzeno, že předmětné losovací zařízení bylo využíváno k omezení počtu zájemců o veřejné zakázky v období od 13. 7. 2011 do doby tohoto sdělení, tj. i při losování dne 27. 7. 2011.

Na základě výše uvedeného krajský soud uzavírá, že žalovaný v potřebném rozsahu zjistil skutkový stav věci (§ 3 správního řádu), důkaz v podobě znaleckého posudku vyhodnotil v souladu se zákonem, na základě kterého pak jednoznačně konstatoval, že se žalobce dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 61 odst. 4 v návaznosti na ust. § 6 zákona o veřejných zakázkách, neboť losování dne 27. 7. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Nedošlo tedy k žalobcem namítanému porušení ust. § 50 odst. 3 správního řádu.

Ve vztahu k námitce žalobce, že mělo být ve správním řízení uplatněno ustanovení o liberaci zakotvené v § 121 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, krajský soud uvádí následující. V této části argumentace žaloby soud plně souhlasí se stanoviskem žalovaného a správního orgánu I. stupně. Skutečnost, že se zadavatel při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením nechá zastoupit jinou osobou, nezbavuje v souladu s ust. § 151 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách zadavatele odpovědnosti za dodržování zákona, jakož i požadavku transparentního průběhu zadávacího řízení. Je na zadavateli, aby zajistil, že omezení počtu zájemců bude probíhat průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Ze vzniku případné odpovědnosti se zadavatel nemůže liberovat tím, že udělí zmocnění jiné osobě, aby za něj činila úkony a zajistila tak průběh zadávacího řízení. Odpovědnost zadavatele za celý průběh zadávacího řízení je podle zákona o veřejných zakázkách objektivní, tedy za výsledek bez ohledu na zavinění, avšak nikoliv absolutně. Zadavatel se jí tudíž nemůže nikterak zprostit, ledaže by prokázal tvrzené liberační důvody, tedy že objektivně vynaložil veškeré úsilí, aby porušení právní povinnosti zabránil. Úsilím zadavatele ve smyslu § 121 odst. 1 zákon o veřejných zakázkách se rozumí aktivní jednání, zaměřené na zabránění porušení právní povinnosti. Ani přítomnost notáře u losování, či skutečnost, že se zadavatel nechal v rámci zadávacího řízení zastoupit jinou osobou v souladu s ust. § 151 odst. 1 zákon o veřejných zakázkách, jej nemůže nijak zprostit jeho odpovědnosti za dodržování zákona.

K námitce žalobce, že policejní orgán měl poznatky o protiprávním jednání mandátáře, který zastupoval žalobce v předmětné veřejné zakázce, již dne 13. 7. 2011, kdy bylo ze strany policejního orgánu zajištěno první ze čtyř losovacích zařízení, tedy před losováním předmětné veřejné zakázky, které proběhlo 27. 7. 2011, a přesto policejní orgán neučinil žádné úkony či opatření směrem k podezřelé společnosti Tercier, spol. s r.o., krajský soud konstatuje pouze toliko, že postupy orgánů činných v trestním řízení nejsou přezkoumatelné ve správním soudnictví, a proto nepřísluší krajskému soudu se k dané námitce vyjadřovat. Žalobcem tvrzená skutečnost jej nezbavuje odpovědnosti v předmětné věci.

V. Závěr a náklady řízení

Na základě všech shora uvedených skutečností lze tedy uzavřít, že soud žádnou z námitek žalobce neshledal důvodnou, a proto v souladu s ustanovením § 78 odst. 7 s. ř. s. žalobu jako nedůvodnou zamítl.

O náhradě nákladů řízení krajský soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní agendy nevznikly.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 18. 2. 2016

Mgr. Milan Procházka, v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Jaroslava Předešlá