



UOHSX004VX84

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R308/2012/VZ-24618/2013/310/MLr

Brno 18. prosince 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 1. 11. 2012, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Povodí Vltavy, státní podnik**, IČ 70889953, se sídlem Holečkova 8, 150 24 Praha 5,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S66/2012/VZ-4899/2012/530/PPo ze dne 22. 10. 2012, ve věci správního deliktu zadavatele dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „**Protipovodňová opatření lokality Svrčovec**“, zadávané dle ustanovení § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v užším zadávacím řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 31. 5. 2011 pod evidenčním číslem 60060684, následně opraveno dne 9. 8. 2011 pod evidenčním číslem 60060684,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na ustanovení § 90 odst. 5 citovaného zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S66/2012/VZ-4899/2012/530/PPo ze dne 22. 10. 2012

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jenž je dle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**¹“), příslušný k dohledu nad dodržováním citovaného zákona, obdržel podnět Policie České republiky – Útvaru odhalování korupce a finanční kriminality SKPV, expozitura České Budějovice (dále jen „**Policie ČR**“) k prošetření postupu zadavatele – Povodí Vltavy, státní podnik, IČ 70889953, se sídlem Holečkova 8, 150 24 Praha 5 (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání veřejné zakázky s názvem „Protipovodňová opatření lokality Svrčovec“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané dle ustanovení § 28 zákona v užším zadávacím řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 31. 5. 2011 pod evidenčním číslem 60060684, následně opraveno dne 9. 8. 2011 pod evidenčním číslem 60060684. Policie ČR v podnětu uvedla, že „*při zadávání veřejné zakázky bylo použito elektronické losovací zařízení, které nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru, přičemž tímto jednáním mělo dojít k porušení zásady transparentnosti stanovení v ustanovení § 6 zákona*“.
2. Na základě obdrženého podnětu Úřad zahájil z moci úřední správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, protože Úřad pro prošetření podnětu získal pochybnosti o tom, zda zadavatel při omezení počtu zájemců postupoval v souladu s ustanovením § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona.
3. Oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S66/2012/VZ-2315/2012/520/PPo ze dne 8. 2. 2012 bylo téhož dne doručeno jedinému účastníku správního řízení – zadavateli, a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení ve smyslu ustanovení § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“). Usnesením č. j. ÚOHS-S66/2012/VZ-2348/2012/530/PPo ze dne 8. 2. 2012 určil Úřad zadavateli lhůtu do 20. 2. 2012, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu do 24. 2. 2012, ve které byl oprávněn vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.
4. Úřad ve správním řízení z článku II.1.5. oznámení o zahájení zadávacího řízení zjistil, že předmětem plnění veřejné zakázky je stavba protipovodňového opatření, a to zejména vybudování zemních ochranných hrází, opěrných betonových zdí a zídek, vybudování průlehu, monolitické šachty na kanalizaci, související přeložky a dodávky mobilní čerpací stanice. Předpokládanou hodnotu předmětné veřejné zakázky stanovil zadavatel ve výši 21 000 000 Kč bez DPH.
5. Z článku IV.1.2. oznámení o zahájení zadávacího řízení Úřad dále zjistil, že objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců je náhodný výběr provedený losem. Úřad rovněž učinil skutkové zjištění, že zadavatel stanovil, že provede výběr 5 zájemců pro účast v užším řízení.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a dodavatelů v zadávacím řízení.

6. Úřad ve správním řízení dospěl ke skutkovému zjištění, že dne 24. 6. 2011 proběhlo losování, při kterém zadavatel z celkového počtu 23 zájemců vybral 5 zájemců, které následně vyzval k podání nabídky.
7. Úřad z notářského zápisu notářské kandidátky Mgr. Kateřiny Žežulíkové ze dne 24. 6. 2011, osvědčujícího průběh losování (dále jen „**notářský zápis**“), zjistil, že osoba provádějící losování – Ing. Michaela Kristová informovala osoby přítomné losování o tom, že losování bude provedeno prostřednictvím elektronického zařízení, kterým je zejména „*losovací program běžící v prostředí UNIFACE v licenci společnosti COMPUWARE*“ a „*notebook ACER Travel Mate 5442 s operačním programem WINDOWS 7*“. Úřad číselné označení notebooku 5442 v notářském zápise posoudil jako zřejmou chybu v psaní, když správně je toto číslo **5542**.
8. Úřad zjistil, že následně, po výzvě k podání nabídek, zadavatel obdržel 5 nabídek, a po provedeném hodnocení hodnotící komisí zadavatel rozhodl dne 14. 7. 2011 o výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 2. 8. 2011 na předmětnou veřejnou zakázku smlouvu o dílo.
9. Z podání zprávy společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. (nyní Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. v likvidaci), IČ 25952668, se sídlem Akademika Heyrovského 1178, 500 03 Hradec Králové, ve smyslu ustanovení § 8 odst. 1 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), (dále jen „**trestní řád**“), Policii ČR zjistil Úřad, že citovaná společnost uvedla, že losovacím zařízením využívaným pro omezení počtu zájemců od března roku 2011 do 12. 7. 2011 byl „*notebook Acer Travelmate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG020030352FFD51601*“.
10. Z protokolu o vydání věci č. j. OKFK-77-27/TČ-2011-200232 ze dne 12. 7. 2011, vyhotoveného Policií ČR, Úřad zjistil, že vlastníkem losovacího zařízení je společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. Ze smlouvy o spolupráci při technickém zajištění omezení počtu zájemců v užším řízení uzavřené dne 20. 1. 2011 Úřad zjistil, že losování pro společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. zajišťovala společnost KLERIS CZ a.s., nyní s obchodní firmou Block Reality a.s., v likvidaci, IČ 28388330, Praskačka 75, 503 33 Hradec Králové.
11. Úřad dále jako důkaz provedl „Znalecký posudek č. j. 171-1.03.01.06-2011“ ze dne 1. 12. 2011 z oboru kybernetika, odvětví výpočetní techniky, který byl vypracován na základě opatření Policie České republiky v rámci policejního šetření znaleckým ústavem – společností Risk Analysis Consultants, s.r.o., IČ 63672774, se sídlem Konviktská 24, 110 00 Praha 1 (dále jen „**znalecký ústav**“), přičemž Úřad zjistil, že předmětem znaleckého zkoumání byl notebook Acer Travel Mate 5542 p/n: PEW56 S/N LXTZG020030352FFD51601.
12. Znaleckému ústavu bylo zejména uloženo, aby popsal, o jaké elektronické zařízení se jedná; aby popsal, jakým způsobem je zařízení zabezpečeno proti zmanipulování výsledku losování; a dále, aby uvedl, zda a jakým způsobem je možné výsledky losování prováděné elektronickým losovacím zařízením ovlivnit. Úřad ze znaleckého posudku zjistil, že znalecký ústav uvedl, že se jedná o losovací zařízení, složené z notebooku s nainstalovaným losovacím programem. Znalecký ústav dále uvedl, že zařízení není zabezpečeno proti zmanipulování výsledků losování, naopak dle znaleckého ústavu je cíleně vytvořeno tak, aby umožnilo manipulaci výsledků losování. K samotnému procesu, při kterém je ovlivněn výsledek

losování, znalecký ústav zejména uvedl, že „výsledek losování lze zmanipulovat pomocí předem připraveného souboru (...) Losovací program si potom z tohoto předem připraveného souboru přečte IČ subjektů, které mají být vylosovány a tyto subjekty následně i vylosuje“.

II. Napadené rozhodnutí

13. Úřad po posouzení všech výše uvedených rozhodných skutečností vydal ve správním řízení rozhodnutí č. j. ÚOHS-S66/2012/VZ-4899/2012/530/PPo ze dne 22. 10. 2012 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
14. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když losování dne 24. 6. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel již dne 2. 8. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.
15. Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí zadavateli uložil za spáchaný správní delikt pokutu ve výši 100 000 Kč.
16. Úřad výrok I. napadeného rozhodnutí odůvodnil tak, že při omezení počtu zájemců ve smyslu ustanovení § 61 odst. 4 zákona zadavatel porušil povinnost postupovat v zadávacím řízení v souladu se zásadou transparentnosti, která je stanovena v ustanovení § 6.
17. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad na zjištěný stav věci aplikoval ustanovení § 61 odst. 4 zákona, dle kterého objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců může být rovněž náhodný výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií podle ustanovení § 61 odst. 2 zákona a náhodného výběru losem; losování zadavatel provede losování v souladu se zásadami uvedenými v ustanovení § 6 prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování.
18. Úřad věcně posoudil na základě závěru znaleckého ústavu, že elektronické zařízení bylo manipulovatelné a cíleně vytvořené k manipulaci s výsledky losování, že losovací zařízení použité k omezení počtu zájemců v předmětném zadávacím řízení nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru, čímž došlo k porušení zásady transparentnosti v zadávacím řízení. Úřad dále v této souvislosti uvedl, že možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast, a tím i výsledek zadávacího řízení.
19. Úřad dále uvedl, že pověření jiného subjektu k administraci v tomto zadávacím řízení dle ustanovení § 151 odst. 1 zákona nezbavuje zadavatele odpovědnosti za transparentní průběh zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 151 odst. 3 zákona.
20. Úřad v souvislosti s právním posouzením věci odkázal na konstantní soudní judikaturu (rozsudek Nejvyššího správního soud č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010 a rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 47/2010 – 53 ze dne 15. 2. 2012). Úřad uvedl, že citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně vyplývá, že úkolem zásady transparentnosti je zajistit, aby k zadávání veřejných zakázek docházelo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem, přičemž zásady transparentnosti může být dodržena pouze

tehdy, jestliže průběh zadávacího řízení nevzbuzuje pochyb o regulérnosti jednání zadavatele.

21. Úřad dále v odůvodnění napadeného rozhodnutí citoval z výše uvedeného rozsudku Nejvyššího správního soudu, že „*porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. Tyto úvahy platí tím spíše v případě, kdy se přistoupí k losování, protože losování je úkon ze své povahy nepřezkoumatelný*“. S ohledem na citovaný závěr Nejvyššího správního soudu Úřad uvedl, že nepovažuje za nezbytně nutné se již zabývat otázkou, zda k vlastní manipulaci v průběhu losování skutečně došlo, přičemž zadavatel ani v průběhu správního řízení neprokázal, že losování provedl v souladu s ustanovením § 61 odst. 4 zákona, a zda tedy při omezení počtu zájemců losem skutečně dodržel zásadu transparentnosti dle ustanovení § 6 zákona.
22. Výrok II. napadeného rozhodnutí o výši pokuty Úřad odůvodnil tak, že dle smlouvy o dílo ze dne 2. 8. 2011 vyplývá, že cena veřejné zakázky činí 25 253 855 Kč včetně DPH, a proto horní hranice možné pokuty činí 1 262 292, 80 Kč (tj. 5% z ceny veřejné zakázky).
23. Úřad zohlednil jako polehčující okolnost, že dosud nebylo započato s plněním veřejné zakázky, jak vyplývá z Dohody o ukončení smlouvy o dílo ze dne 15. 2. 2012 uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem. Úřad posoudil, že došlo k úspoře veřejných prostředků. Úřad při stanovení výše pokuty za spáchaný správní delikt posoudil a zohlednil ekonomickou situaci zadavatele na základě výkazu zisku a ztrát zadavatele za rok 2011, ze kterého vyplývá, že zadavatel hospodařil s kladným výsledkem hospodaření ve výši 13 921 000 Kč.

III. Námitky rozkladu

24. Zadavatel uplatnil dne 1. 11. 2012 podáním z téhož dne rozklad proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 23. 10. 2012; zadavatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.
25. Zadavatel se v rozkladu domáhá se, aby předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**předseda Úřadu**“) napadené rozhodnutí zrušil.
26. Vzhledem k tomu, že zadavatel v rozkladu výslovně neuvedl, v jakém rozsahu napadá napadené rozhodnutí, platí zákonná fikce ve smyslu ustanovení § 82 odst. 2 věta druhá správního řádu, že se zadavatel domáhá zrušení celého napadeného rozhodnutí.
Nezjištěn stav věci Úřadem, o němž nejsou důvodné pochybnosti
27. Zadavatel v podaném rozkladu vytýká Úřadu, že nezjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, tím, že nezjistil, zda Policie ČR zahájila úkony trestního řízení, a zda Policie ČR sdělila v souvislosti s provedeným losováním konkrétnímu pachateli obvinění, a zda a jak právně kvalifikovala trestné činy, které jsou takovému pachateli kladeny za vinu. Takové okolnosti daného případu jsou dle zadavatele podstatné pro právní kvalifikaci případného správního deliktu, kterého se měl zadavatel dle napadeného rozhodnutí dopustit. Úřad dle zadavatele ovšem takové podstatné okolnosti ve správním řízení nezjistil, a ani nezjišťoval.
28. Zadavatel rovněž v podaném rozkladu vytýká, že postup zadavatele nebyl Úřadem posouzen zcela objektivně a nestranně, dle zadavatele v daném správním řízení Úřad použil „*paušální přístup*“ bez dodržení základních zásad správního řízení.

Nezákonný postup Úřadu při provádění důkazu – vady formy znaleckého posudku

29. Zadavatel dále napadá, že materiál, označený jako „znalecký posudek z oboru kybernetika, odvětví výpočetní technika“ vypracovaný znaleckým ústavem, není znaleckým posudkem dle platné právní úpravy.
30. Zadavatel vytýká Úřadu, že součástí správního spisu není celý originál „znaleckého posudku“. Součástí správního spisu jsou pouze kopie některých strany (jmenovitě 1, 21, 95 až 99) „znaleckého posudku“, přestože dle zadavatele Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že součástí spisu je „znalecký posudek“. Dle zadavatele z vyňatých listin „znaleckého posudku“ vyplývá, že se jedná pouze o vtištěný text elektronické verze „znaleckého posudku“, což je dle zadavatele zjevné z vodoznaku „elektronická verze“ na citovaných stranách „znaleckého posudku“.
31. Zadavatel vytýká Úřadu, že pochybil, když zacházel se „znaleckým posudkem“ jako podkladem pro vydání rozhodnutí, resp. jako s důkazním prostředkem, přestože dle zadavatele je v rozporu s právními předpisy (zejména se zákonem č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů), a nelze jej považovat za důkazní prostředek o netransparentnosti postupu.
32. Úřad v rozporu se zákonem dle zadavatele neprovedl posouzení a hodnocení „znaleckého posudku“ z hlediska zákonných náležitostí.
33. „Znalecký posudek“ neobsahuje prohlášení o nepodjatosti a odpovědnosti žádného z jeho zpracovatelů (Ing. Marián Svetlík, Ing. František Křepelka, Ing. Jiří Hološka), což je dle zadavatele v rozporu s ustanoveními trestního řádu. Zadavatel v této souvislosti uvádí, že „znalecký posudek“ podepsal pouze jeden ze tří zpracovatelů, a zároveň konstatuje „pokud byl tento materiál zpracováván výše uvedenými třemi osobami, bylo by v souladu s platnou právní úpravou, pokud by byl taktéž těmito osobami podepsán“.
34. Zadavatel v rozkladu dále napadá, že „znalecký posudek“ není podepsán ani statutárním orgánem znaleckého ústavu. Vzhledem k uvedenému nepovažuje zadavatel „znalecký posudek“ za podklad pro vydání správního rozhodnutí, a rovněž uvádí, že takový „znalecký posudek“ nemůže být důkazním prostředkem.

Nezákonný postup Úřadu při provádění důkazu – vady obsahu znaleckého posudku

35. Zadavatel k obsahu „znaleckého posudku“ uvádí, že jeho předmětem není „klasifikace přestupku – nedodržení transparentnosti“, „znalecký posudek pouze popisuje způsob a případné ovlivnění losování jako takového“; proto dle zadavatele obsah znaleckého posudku zní jednoznačně ve prospěch zadavatele.

Nesprávné právní posouzení porušení právní povinnosti zadavatelem

36. Zadavatel namítá, že učinil vše pro zajištění zákonného průběhu omezení počtu zájemců, „a to způsobem, který platná právní úprava zákona č. 137/2006 Sb. jednoznačně připouštěla“.
37. Zadavatel konkrétně uvádí, že pro zajištění omezení počtu zájemců losováním „bylo stanoveno i potvrzení a ověření tohoto procesu formou notářského zápisu“, z tohoto notářského zápisu dle zadavatele vyplývá, že přítomný notář nijak průběh losování nezpochybnil.

38. Zadavatel dále uvádí, že „v rámci losovacího zařízení byl poskytnut i písemný materiál osvědčující a zaručující dohled nad odbornou instalací a servisem programu UNIFACE s konkrétním sériovým číslem výroby“. Zadavatel napadá, že proti samotnému losování nepodal žádný uchazeč námitky; tato okolnost dle zadavatele dostatečně osvědčuje, že v průběhu losování nebylo žádných pochybností o jeho transparentnosti.
39. Zadavatel rovněž vytýká, že ze správního spisu je jednoznačně prokazatelné, že losovací zařízení nikdy nebylo ve vlastnictví zadavatele; zadavatel neměl s držitelem losovacího zařízení jakýkoliv smluvní či jiný obchodně-právní vztah. Zadavatel rovněž napadá, že i z listin znaleckého posudku vyplývá, že úpravu programu nebylo možné zjistit ani při vynaložení „veškeré možné pozornosti a odbornosti zjistit“.

Nedostatečný popis jednání zadavatele, kterým spáchal správní delikt

40. Zadavatel dále vytýká, že v napadeném rozhodnutí není výslovně uvedeno, kterým konkrétním jednáním zadavatel porušil zásadu transparentnosti.
41. Zadavatel v této souvislosti konkrétně uvádí, že následné zjištění toho, „že je pravděpodobné, že počítačový systém a program byly ovlivnitelné, kdy ani k tomu není dostatečně prokazatelný důkaz, nemůže být podle všech zásad právního systému relevantním důkazem o porušení povinnosti“. Jestliže jsou nejasnosti v otázkách skutkových, je třeba aplikovat zásadu „in dubio pro reo“ (v pochybnostech ve prospěch žalovaného/pachatele).
42. Úřad dle zadavatele porušil ustanovení § 3 správního řádu, dle kterého správní orgán ve věci 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 ustanovení § 2 správního řádu.
43. Zadavatel v podaném rozkladu cituje závěry Nejvyššího správního soudu „z aktuálního rozhodnutí“, dle kterého „požadavek transparentnosti není plněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férové a řádné“.
44. Zadavatel s odkazem na výše citované závěry Nejvyššího správního soudu vytýká Úřadu, že k nezákonným postupům v zadávacím řízení nedošlo, neboť v případě výběru losem se jednalo o postup, který zákon umožňoval; samotná realizace losování byla dle zadavatele rovněž v souladu se zákonem. Zadavatel dále uvádí, že dle ustálené soudní judikatury pojem úkony zadavatele nelze vykládat restriktivně, ale jako veškerou činnost nebo nečinnost zadavatele; nikoliv jiných subjektů, zúčastnivších se na zadávacím procesu.
45. Zadavatel v této souvislosti poukazuje na to, že v jiném případě „u půlmiliardové zakázky napadené společností Navimor – Invest tento judikát soudu ÚOHS z neznámých důvodů neaplikoval“, a dále na to, že argumentace Úřadu není v souladu prohlášení mluvčího Policejního prezidia o tom, že není jasné, zda byly počítače upraveny nebo s nimi manipulovala obsluha při losu.

Odpovědnost zadavatele za spáchaný správní delikt

46. Zadavatel napadá závěr Úřadu o tom, že polehčující okolností je, že zadavatel uzavřel „dohodou o ukončení platnosti uzavřené smlouvy o dílo“, a zároveň, že pokutu má plnit preventivní funkci. Zadavatel uvádí, že se v daném případě jedná o postih za jednoznačně nespécifikované a nepředvídatelné jednání třetího subjektu. Závěr o Úřadu o odpovědnosti zadavatele by argumentací ad absurdum vedl k tomu, že při poskytnutí služeb např. taxislužby by zákazník odpovídal za technickou nezpůsobilost vozidla nebo za znečištění životního prostředí výfukovými plyny.

IV. Řízení o rozkladu

47. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu předal správní spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu.

Stanovisko předsedy Úřadu

48. 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 s právními předpisy, správnost rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
49. Úřad tím, že ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když losování dne 24. 6. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel dne 2. 8. 2011 smlouvy, a tím, že ve výroku II. napadeného rozhodnutí zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného dle výroku I. napadeného rozhodnutí uložil dle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 100 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, na základě kterých jsem rozhodl potvrdit rozkladem napadené rozhodnutí a zadavatelem uplatněný rozklad zamítnout.

V. K námitkám rozkladu

Úřadem nebyl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti

50. K námitce zadavatele, ve které vytýká Úřadu, že nezjišťoval okolnosti týkající se zahájení, průběhu a ukončení případného trestního řízení vedeném s osobami podílejícími se na provedeném losování, uvádím, že tato námitka je nedůvodná.
51. Úřad ve smyslu ustanovení § 112 odst. 1 zákona² vykonává dohled nad dodržováním zákona (tj. pouze zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách), a proto zjišťuje a posuzuje okolnosti významné pouze z hlediska citovaného zákona. Významné okolnosti z hlediska tohoto zákona jsou právě ty, které vyplývají z obsahu jeho jednotlivých norem.

² Ve znění účinném v době zahájení předmětného správního řízení.

52. Zjištění toho, proti komu bylo zahájeno trestní řízení, jaká je právní kvalifikace skutku, nebo zda bylo trestní řízení pravomocně skončeno apod., nejsou okolnosti významné, resp. relevantní, pro posouzení toho, zda zadavatel dodržel postup dle zákona o veřejných zakázkách, protože žádné ustanovení zákona neobsahuje popis těchto okolností ani s nimi nespojuje žádné právní následky. Tyto okolnosti nejsou v daném případě právně významné ani jako předběžná otázka ve smyslu ustanovení § 57 správního řádu, neboť na tom, zda bylo vůbec zahájeno trestní řízení a proti komu, nebo jak byl právně kvalifikován skutek, vydání napadeného rozhodnutí nezáviselo.
53. Správní řád sice v ustanovení § 57 odst. 1 písm. c) upravuje, že správní orgán si nemůže učinit úsudek o tom, zda byl spáchán trestný čin, přešupek nebo jiný správní delikt a kdo za něj odpovídá, přesto v daném případě jsou tyto okolnosti právně irelevantní. Posouzení toho, zda zadavatel dodržel postup podle zákona, nezávisí na tom, zda byl spáchán trestný čin nebo přešupek, a kdo za něj odpovídá.
54. Z hlediska posouzení toho, zda zadavatele dodržel postup dle zákona (v tomto případě dle ustanovení § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona), jsou okolnosti týkající se trestních řízení právně irelevantní, neboť ustanovení § 61 odst. 4 zákona ve spojení s ustanovením § 6 zákona neobsahují tyto okolnosti ve svých hypotézách, a ani s nimi nespojují žádné právní následky. Takové okolnosti nejsou právně významné ani pro posouzení toho, zda se zadavatel dopustil správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle kterého se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
55. K námitce zadavatele dále uvádím, že byt orgány činné v trestním řízení a Úřad se mohou zabývat stejným skutkovým dějem (v daném případě losováním), posuzují případné porušení zákonné povinnosti dle rozdílných právních předpisů s jinými právními instituty. Orgány činné v trestním řízení aplikují trestněprávní předpisy, Úřad pak zákon o veřejných zakázkách a správní řád. Jak správně odkazuje v rozkladu zadavatel na to, že *„město Karlovy Vary dostalo jednu z nejvyšších pokut za zadávání veřejných zakázek (...) Policie ČR případ odložila“*, rozhodnutí orgánu činných v trestním řízení nepředjímá rozhodnutí Úřadu a naopak.
56. Jestliže pak zadavatel vytýká Úřadu, že postup zadavatele nebyl posouzen zcela objektivně a nestranně, a byl aplikován *„paušální přístup“* bez dodržení základních zásad správního řízení, uvádím, že tato námitka je nedůvodná.
57. Jak jsem již uvedl v článku 49 tohoto rozhodnutí, správní řízení, v němž bylo vydáno napadené rozhodnutí, je v souladu s právními předpisy, a rovněž samotné napadené rozhodnutí. Úřad postupoval také v souladu se zásadou vyšetřovací, jež je upravena v ustanovení § 50 odst. 3 správního řádu. Dle citovaného ustanovení je správní orgán povinen zjistit i bez návrhu okolnosti svědčící ve prospěch (tyto Úřad zjistil v článku 46 napadeného rozhodnutí: *„Úřad při stanovení výše pokuty zohlednil jako polehčující okolnost skutečnost, že dne 15. 2. 2012 došlo mezi zadavatelem a vybraným uchazečem k uzavření Dohody o ukončení smlouvy o dílo...“*) i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena. Nelze proto z tohoto důvodu pochybovat o objektivnosti či nestrannosti Úřadu.

Nezákoný postup Úřadu při provádění důkazu – vady formy znaleckého posudku

58. Zadavatel v podaném rozkladu namítá, že znalecký posudek, resp. jeho výňatek, nelze považovat za znalecký posudek, neboť nesplňuje zákonné náležitosti; znalecký posudek podepsal pouze jeden ze tří zpracovatelů. Zadavatel dále vytýká Úřadu, že neposoudil okolnost, že znalecký posudek nepodepsal statutární orgán znaleckého ústavu, a okolnost, že dle výpisu z obchodního rejstříku činí základní kapitál znaleckého ústavu v rozporu se zákonem č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, pouze 100 000 Kč.
59. Ze znalecké doložky předmětného znaleckého posudku vyplývá, že znalecký posudek je podepsán třemi znalci; není podstatné, že nebyl podepsán některým z jednatelů znaleckého ústavu. Předmětný znalecký posudek byl vypracován na základě žádosti Policie ČR a v průběhu správního řízení nebyly shledány pochybnosti o jeho pravosti či pravdivosti. Vzhledem k uvedenému je námitka zadavatele nedůvodná. Znalecký posudek je v souladu se správním řádem a rovněž se zákonem č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o znalcích a tlumočnících**“), včetně vyhlášky Ministerstva financí a Českého statistického úřadu č. 37/1967 Sb., k provedení zákona o znalcích a tlumočnících (dále jen „**vyhláška k provedení zákona o znalcích a tlumočnících**“), včetně jejího ustanovení § 13, které upravuje náležitosti posudku.
60. K námitce zadavatele, že součástí správního spisu není originál znaleckého posudku ale pouze jeho „elektronická verze“, uvádím, že je rovněž nedůvodná. Dle ustanovení § 22 odst. 1 písm. b) zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů, se konverzí také rozumí úplné převedení dokumentu obsaženého v datové zprávě nebo datovém souboru do dokumentu v listinné podobě a ověření shody obsahu těchto dokumentů a připojení ověřovací doložky. Dle ustanovení § 22 odst. 2 citovaného zákona platí, že dokument, který provedením konverze vznikl, má stejné právní účinky jako ověřená kopie dokumentu, jehož převedením výstup vznikl. Vzhledem k tomu, že lze výše uvedeným postupem převádět dokumenty z elektronické podoby do listinné podoby, přičemž takto vzniklé dokumenty mají právní účinky jako ověřená kopie dokumentu, není vyloučeno, aby ve správním spise byl vytištěný text elektronické verze znaleckého posudku.
61. K námitce zadavatele, že znalecký ústav má dle obchodního rejstříku uveden základní kapitál pouze ve výši 100 000 Kč, uvádím, že je zcela právně irelevantní. Výše základního kapitálu znaleckého ústavu nemá vliv na právní způsobilost a způsobilost znaleckého ústavu k právním úkonům, ani na výkon znalecké činnosti. Rozhodující v dané věci je, že znalecký ústav je zapsán v seznamu ústavů kvalifikovaných pro znaleckou činnost pro odvětví výpočetní technika se zaměřením na poskytování služeb v oblasti analýzy a posuzování bezpečnostních rizik informačních systémů.
62. Zadavatel rovněž namítá, že znalecký posudek neobsahuje „*prohlášení o nepodjatosti a odpovědnosti v rámci příslušných ustanovení trestního zákona*“. K předmětné námitce předně uvádím, že zákon o znalcích a tlumočnících žádné takové prohlášení nestanovuje jako povinnou náležitost, ani trestněprávní předpisy (trestní řád) žádnou takovou povinnou náležitost znaleckého posudku nestanoví. Případná absence zadavatelem uváděného

prohlášení nemá vliv na soulad znaleckého posudku s právními předpisy. Námitka zadavatele je nedůvodná.

63. Další námitkou zadavatel zpochybňuje nepodjatost znaleckého ústavu. Dle zadavatele ze samotného znaleckého posudku vyplývá, že znalecký ústav nemá žádný majetkový prospěch ani není majetkově propojen s Policií ČR jako objednatel posudku, a přesto objednatel hradí znalečné v tomto a jiném případě. Dle zadavatele se lze tak domnívat, že je zde materiální závislost, a to i s přihlédnutím k počtu znaleckých ústavů v oboru kybernetiky.
64. K tomu uvádím, že nárok na znalečné je zákonem aprobovaný nárok; jeho uplatnění znaleckým ústavem a uspokojení nezakládá pochybnosti o nepodjatosti znalce.
65. Okolnost, že za provedení znaleckých posudků vzniká závazek poskytnout peněžité protiplnění znalci (znaleckému ústavu), je plně v souladu s ustanovením § 17 odst. 1 zákona o znalcích a tlumočnících, dle kterého znalec má za podání posudku právo na odměnu, přičemž tato odměna je ve smyslu ustanovení § 16 vyhlášky k provedení zákona o znalcích a tlumočnících, pekuniární.
66. Nárok na odměnu, případně nárok na znalečné, a jejich uplatnění není bez dalšího „materiální závislostí“, která by způsobovala podjatost znalce (znaleckého ústavu).
67. Jestliže zadavatel označuje znalečné nebo odměnu za výkon znalecké činnosti jako majetkový prospěch, pak uvádím, že majetkovým prospěchem se zpravidla rozumí poskytnutí plnění bez odpovídajícího protiplnění. Uvedené však zadavatel v podaném rozkladu nenamítá.
68. Jestliže znalec opakovaně vykonává znaleckou činnost za odměnu pro týž orgán činný v trestním řízení nebo pro tutéž organizační složku státu, rovněž ani toto nezakládá bez dalšího podjatost znalce. Zadavatelem uplatněná námitka je z výše uvedených důvodů nedůvodná.

Nezákonný postup Úřadu při provádění důkazu – vady obsahu znaleckého posudku

69. Jestliže zadavatel v podaném rozkladu uvádí, že znalecký posudek nelze považovat v souladu s platnou právní úpravou za důkazní prostředek, protože pouze dokumentuje a popisuje způsob a případné ovlivnění losování; dle zadavatele argumentace znaleckého posudku je jednoznačně ve prospěch zadavatele, protože jeho obsahem není závěr o nedodržení transparentnosti.
70. Z provedených listin znaleckého posudku, které jsou součástí správního spisu, vyplývá, že znalecký ústav věcně posoudil odborné otázky – popsal elektronické zařízení a jeho vybavení, popsal, zda a jakým způsobem je zkoumané elektronické zařízení zabezpečeno proti zmanipulování výsledku losování, popsal způsob ovlivnění výsledku losování prováděné elektronickým zařízením. Tato zjištění Úřadu na základě listin znaleckého posudku mají oporu ve správním spise, a jsou věcně správná.
71. Dle ustanovení § 51 správního řádu, platí, že k provedení důkazů lze užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy.

72. Provedený výňatek znaleckého posudku je i z hlediska obsahu v souladu s citovaným ustanovením správního řádu, neboť se výhradně zabývá skutkovými okolnostmi (stavem věci) případně jeho věcným a odborným posouzením, nikoliv však právním posouzením, kterým je také, slovy zadavatele, „*kvalifikace přestupku – nedodržení transparentnosti*“. Zadavatel vlastně svou námitkou o tom, že „*znalecký posudek pouze dokumentuje a popisuje způsob a případné ovlivnění losování jako takového*“, kvituje, že obsah znaleckého posudku je v souladu s citovaným ustanovením správního řádu, když nečiní žádné právní závěry.
73. Jestliže zadavatel předmětnou námitkou dále napadá, že znalecký posudek musí kvalifikovat porušení právní povinnosti zadavatele, tedy i povinnost dodržovat zásadu transparentnosti, uvádím, že taková námitka je nedůvodná. Žádný důkazní prostředek (důkaz) ve smyslu ustanovení § 51 odst. 1 správního řádu nemůže suplovat aplikaci právní úpravy správním orgánem; pouze správní orgány jsou povinny aplikovat platné právo na zjištěný skutkový stav, jinými slovy právně kvalifikovat jednání zadavatele. Důkaz „znaleckým posudkem“, který by se vyjadřoval k aplikaci práva na zjištěný skutkový stav nebo by dokonce právně posuzoval, by nebyl v souladu s ustanovením § 51 odst. 1 správního řádu a rovněž s ustanovením § 56 správního řádu, ze kterého vyplývá, že znalci věcně posuzují skutečnosti, k nimž je třeba odborných znalostí, neaplikují však právní úpravu na zjištěný skutkový stav.
74. Provedené části znaleckého posudku se tedy výhradně zabývají odbornými otázkami, nikoliv otázkami právními, a v tomto smyslu je znalecký posudek v souladu s ustanovením správního řádu upravující důkazní prostředky. Námitka zadavatele, kterou napadá nezákonnost postupu Úřadu, když se znaleckým posudkem zacházel jako s důkazním prostředkem (důkazem), je nedůvodná.

Nesprávné právní posouzení porušení zákonné povinnosti

75. Zadavatel v podaném rozkladu uvádí, že učinil vše pro to, aby zajistil zákonný průběh losování, ze samotného průběhu losování osvědčený notářským zápisem nevyplývá žádná pochybnost o manipulaci s výsledky losování či o jeho netransparentnosti. Zadavatel rovněž v podaném rozkladu uvádí, že v daném případě se jedná o postih za jednoznačně nespécifikované a nepředvídatelné jednání třetího subjektu.
76. K námitce rozkladu uvádím, že porušení zákonné povinnosti zadavatele dle zákona je založeno na tzv. objektivní odpovědnosti, tedy odpovědnosti za výsledek bez ohledu na zavinění. Zadavatel se nemůže zprostit odpovědnosti za porušení zákonné povinnosti tím, že se nechá dle ustanovení § 151 odst. 1 zákona zastoupit při výkonu práv a povinností jinou osobou.
77. Podle ustanovení § 121 odst. 1 zákona právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. Úsilím zadavatele ve smyslu ustanovení § 121 odst. 1 zákona rozumím aktivní jednání, zaměřené na zabránění porušení právní povinnosti.
78. Jestliže zadavatel v rozkladu namítá, že zajistil pro zákonný průběh losování vše, tím, že průběh losování osvědčil notář, a že „*byl poskytnut materiál osvědčující a zaručující dohled nad odbornou instalací a servisem programu UNIFACE*“, tak uvádím, že účast notáře při provádění losování, a který osvědčuje průběh losování, je zákonnou povinností. Splnění

jedné zákonné povinnosti zadavatelem nezbavuje nebo nezmenšuje odpovědnosti za porušení povinnosti jiné. Plnění zákonné povinnosti z povahy věci nezbavuje zadavatele ani odpovědnosti ve smyslu ustanovení § 121 odst. 1 správního řádu, plnění zákonné povinnosti z povahy věci není „úsilím“ k tomu, aby zadavatel zabránil porušení právní povinnosti.

79. Rovněž okolnost, že žádný z přítomných zájemců nenapadl průběh losování, nezbavuje odpovědnosti zadavatele za dodržení zákonných povinností. Úřad rozhoduje na základě skutečného stavu, a nikoliv na základě znalostí, představ či názorů účastníků řízení nebo dokonce třetích osob, byť se jednalo o dodavatele, jako tomu bylo v tomto případě.
80. Samotná skutečnost, že by losovací program byl odborně naistalován, jak také zjistil z notářského zápisu i Úřad (článek 26 odůvodnění napadeného rozhodnutí - „*autorizovanou instalaci provedla firma ZERON, s.r.o.*“), svědčí pouze o tom, že dle notářského zápisu byla provedena instalace losovacího programu, ale nesvědčí o tom, jaké jsou funkční vlastnosti takového softwaru, resp. zda umožňuje předem ovlivnit výsledky losování.
81. Ze samotného tvrzení zadavatele o tom, že „*byl poskytnut materiál osvědčující a zaručující dohled nad odbornou instalací a servisem programu UNIFACE*“, a které také má představovat konkrétní kroky, jimiž zadavatel zajišťoval v zadávacím řízení zákonný průběh losování, však nevyplývá, jakým konkrétním způsobem zadavatel vynaložil úsilí, aby losování bylo v souladu se zákonem, komu a od koho byl poskytnut tento materiál apod.
82. Zadavatel v souvislosti s nesprávným právním posouzením dále uvádí, že losovací zařízení nebylo ve vlastnictví zadavatele, a dále že neměl s držitelem losovacího systému jakýkoliv smluvní vztah. Okolnost, že zadavatel nebyl a není vlastníkem losovacího zařízení (notebook a losovací software), je skutkově a právně irelevantní. Úřad najisto postavil na základě notářského zápisu, že při losování v předmětném zadávacím řízení dne 24. 6. 2012 bylo použito elektronického losovacího zařízení; rozhodující pro posouzení věci je okolnost, že bylo použito nějaké elektronické losovacího zařízení. Posouzení toho, kdo je nebo byl vlastníkem elektronického losovacího zařízení, nemá v daném správním řízení právní relevanci. Zadavatel následně po provedeném losování vyloučil nevylosované zájemce a losované zájemce vyzval k podání nabídky. Z toho plyne, že sám zadavatel vyloučil nevylosované zájemce a vyzval vylosované zájemce bez ohledu na vlastnická práva k elektronickému losovacímu zařízení. Jinými slovy je nevýznamné v tomto správním řízení, kdo byl nebo nebyl vlastníkem elektronického losovacího zařízení. Naopak skutkově a právně významnou je okolnost, zda a jaké elektronické losovací zařízení bylo použito, a zda zadavatel na základě provedeného losování učinil v zadávacím řízení úkony.
83. Zadavatel dále uvádí, že losovací zařízení neobsluhoval ani s ním nemanipuloval žádný zaměstnanec zadavatele. Tato okolnost je rovněž irelevantní. Jak uvedeno výše, skutkově a právně významnou je okolnost, zda a jaké elektronické losovací zařízení bylo použito, a zda zadavatel na základě provedeného losování učinil v zadávacím řízení úkony.

Nedostatečný popis jednání zadavatele, kterým spáchal správní delikt

84. Zadavatel dále v rozkladu namítá, že napadené rozhodnutí neobsahuje popis konkrétního jednání, kterým zadavatel porušil zásadu transparentnosti.

85. K uvedené námitce rozkladu uvádím, že napadené rozhodnutí obsahuje popis konkrétního jednání zadavatele, které vedlo k porušení zásady transparentnosti. Úřad uvedl popis jednání ve výroku I. napadeného usnesení a v samotném odůvodnění napadeného rozhodnutí. V citovaném výroku je postup zadavatele popsán tak, že *„losování dne 24. 6. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti“*. Úřad tedy popsal jednání zadavatele s ohledem na právně relevantní části skutkového děje, kterými je zejména údaj o tom, kdy a zda proběhl výběr losem, jakým prostředkem bylo provedeno, k čemu postup zadavatele vedl (porušení zásady transparentnosti).
86. Vzhledem k tomu, že součástí popisu jednání zadavatele je i tzv. neurčitý právní pojem, zde zásada transparentnosti, je Úřad povinen obsah a význam tohoto pojmu objasnit. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí v daném případě interpretoval neurčitý právní pojem *„zásada transparentnosti“*, což je i v souladu se zákonem i konstantní soudní judikaturou (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010), a rovněž významné pro vymezení jednání zadavatele včetně jeho následku (účinku), kterým se dopustil správního deliktu. Odůvodnění citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu k povinnosti správního orgánu objasnit tzv. neurčitý právní pojem konkrétně uvádí, že *„při interpretaci neurčitého právního pojmu se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit, a to z toho hlediska, zda posuzovanou věc lze do rámce vytvořeného rozsahem neurčitého pojmu zařadit“*.
87. Úřad konkrétně v odůvodnění napadeného rozhodnutí k zásadě transparentnosti v daném případě konstatuje, že *„zásada transparentnosti může být dodržena pouze tehdy, jestliže průběh zadávacího řízení nezbuzuje pochyb, že zadavatel jednal regulérně“*, a dále, že *„možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast a tedy i výsledek zadávacího řízení“*. Jinými slovy tam, kde není dána a zaručena náhodnost výběru losem – neboť pojmovým znakem *„losování“* je náhodnost konkrétního výsledku nezávislého na lidské vůli – není daná transparentnost.
88. Obecným smyslem výběru prostřednictvím losu (losování) je vyloučení vlivu jakékoliv vůle subjektů práva (včetně zadavatele a zájemců) na výsledku provedeného losování; vůle subjektů práva je vyloučena právě ve prospěch náhodnosti výběru a prostřednictvím náhodnosti výběru. Zákon sám výslovně ukládá, aby zadavatelem provedený výběr losem byl náhodný. Možnost ovlivnění výsledku losování pak vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast v užším řízení, jak v odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatuje také Úřad (článek 35 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
89. K námitce, že bylo teprve ex post (po provedeném losování) zjištěno, že losovací zařízení mohlo ovlivnit náhodnost výběru, uvádím, že tato okolnost nemá na posouzení porušení zákonné povinnosti zadavatelem žádný vliv, neboť rozhodující je skutečný stav věci. Stejně jako se vyvíjejí moderní technologie, vyvíjí se protiprávní praktiky, které mohou velmi sofistikovaně porušit zásadu transparentnosti tak, jako se stalo v daném případě. Záměr vytvořit losovací program k manipulaci s výsledky losování jde ruku v ruce se záměrem, aby manipulace nebyla odhalitelná a (samozřejmě) nebyla odhalena. Vytvoření takového losovacího programu je vedeno tím, aby v průběhu losování nevznikly důvodné pochybnosti o jeho transparentnosti; *„manipulátor“* zúčastněné rozhodně neupozorňuje na možnost ovlivnění výsledků.

90. V daném případě tedy Úřad postupoval v souladu se zákonnou právní úpravou, když dostatečně určitě zjištěné jednání popsal a současně interpretoval s ohledem na konkrétní skutkové okolnosti pojem „zásada transparentnosti“, a nadto tento popis jednání zadavatele také odpovídá citovaným závěrům Nejvyššího správního soudu.

Nedostatečně zjištěný skutkový stav

91. Zadavatel dále namítá, že pouze na základě skutkového stavu tak, jej zjistil Úřad, nelze posoudit, že zadavatel porušil svoji právní povinnost, neboť skutkové okolnosti v daném případě jsou pro takový závěr nedostatečné, resp. nebyl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Dle zadavatele Úřad při takto nedostatečně zjištěném stavu věci měl aplikovat zásadu *in dubio pro reo* (v pochybnostech ve prospěch pachatele), a tedy rozhodnout o tom, že zadavatel se porušení zákona nedopustil.
92. Přezkoumal jsem v této souvislosti zákonnost napadeného rozhodnutí, jak ukládá odvolacímu správnímu orgánu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu, dle kterého odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, a dospěl jsem k závěru, že Úřad zjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v zákonném rozsahu; dále Úřad postupoval v souladu s ustanovením § 50 správního řádu a v souladu s ustanoveními § 51 odst. 1 a násl. správního řádu, dle kterého lze k provedení důkazů užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy.
93. K námitce zadavatele tedy konkrétně uvádím, že Úřad na základě znaleckého posudku zjistil, že notebook (značka Acer Travel Mate 5542 p/n PEW56 S/N:LXTZG020030352FFD51601) a nainstalovaný losovací program jsou „*manipulovatelné a cíleně vytvořeny k manipulaci s výsledky losování*“ (článek 34 věta první odůvodnění napadeného rozhodnutí). Z uvedeného vyplývá, že Úřad zjistil, že losovací zařízení (tj. nainstalovaný software a shora specifikovaný notebook) umožňuje ovlivnit výsledky losování. Předmětná zjištění se tedy týkají funkčnosti tzv. losovacího zařízení, a z povahy věci jsou přímým důkazem toho, že citované losovací zařízení k okamžiku jeho vydání dne 12. 7. 2011 Policii ČR umožňovalo ovlivnit výsledky losování.
94. Úřad dále z vyjádření společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. zjistil (článek 27 odůvodnění napadeného rozhodnutí), že losování pro omezení počtu zájemců od března 2011 do 12. 7. 2011 bylo prováděno prostřednictvím notebooku značky Acer Travel Mate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG020030352FFD51601. Uvedené zjištění je důkazem toho, že citovaný notebook byl používán i při losování dne 24. 6. 2011, přičemž na základě provedených důkazů, včetně jejich hodnocení jednotlivě i ve vzájemné souvislosti, nebyl ve správním řízení prokázán opak.
95. Další skutkové zjištění Úřadu se týká samotného průběhu losování v předmětném zadávacím řízení (článek 26 napadeného rozhodnutí). Úřad z notářského zápisu zjistil, že dne 24. 6. 2011 proběhlo losování, při kterém k výběru zájemců pro užší řízení byl použit notebook Acer Travel Mate 5542 (číslo 5442 uvedené v notářském zápisu je dle posouzení Úřadu chybou v psaní). Citovaný notářský zápis je tedy přímým důkazem toho, že při losování bylo použito ve smyslu ustanovení § 61 odst. 4 zákona elektronického zařízení (konkrétně notebook Acer Travel Mate 5542 a losovací software, jehož licenci poskytla společnost „COMPUWARE“).

96. Jak vyplývá z obsahu úvahy Úřadu v článku 34 odůvodnění napadeného rozhodnutí (věta druhá), Úřad konkrétně uzavřel, že losovací zařízení použité dne 24. 6. 2011 při výběru zájemců do užšího řízení „*nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru*“. Úřad v této části odůvodnění napadeného rozhodnutí následně věcně posoudil v souladu s ustanovením § 50 odst. 4 správního řádu uvedená skutková zjištění ve vzájemné souvislosti (*dle ustanovení § 50 odst. 4 správního řádu správní orgán hodnotí poklady pro vydání rozhodnutí podle své úvahy*).
97. Druhá následující úvaha Úřadu (věta druhá článku 35 odůvodnění napadeného rozhodnutí) o tom, že „*nepovažoval za nezbytně nutné se již zabývat otázkou, zda k vlastní manipulaci v průběhu losování skutečně došlo*“ se odvíjí od interpretace tzv. neurčitého právního pojmu – zásady transparentnosti, který interpretoval tak, že „*zásada transparentnosti může být dodržena pouze tehdy, jestliže průběh zadávacího řízení nevzbuzuje pochyb, že zadavatel jedná regulérně*“, a „*možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast*“.
98. V tomto ohledu Úřad zjistil všechny relevantní okolnosti, tj. funkční vlastnosti losovacího zařízení (notebooku a nainstalovaného softwaru), období, ve kterém se losovací zařízení pro výběr zájemců pro užší řízení používalo, a dále samotný průběh losování dne 24. 6. 2011. Rozsah zjištěného stavu věci je zcela v souladu s ustanovením § 3 správního řádu pro to, aby zadavatel nesl odpovědnost za porušení ustanovení § 61 odst. 4 zákona tím, že losování dne 24. 6. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, jak uvedeno ve výroku I. napadeného rozhodnutí.
99. Rozsah a obsah skutkových zjištění Úřadu nevyvolává žádné rozumné pochybnosti o tom, že zadavatel skutečně porušil právní povinnosti v ustanovení § 61 odst. 4 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti.
100. Úřad dále jednoznačně uvedl, z jakého důvodu není právně relevantní právě zjištění toho, zda dne 24. 6. 2011 skutečně bylo manipulováno, přičemž tento důvod, který se také odvíjí od konstantní soudní judikatury Nejvyššího správního soudu (č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010), považují za přezkoumatelný a správný. Jak uvedl Úřad, samotná možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost. Závěr o samotné možnosti ovlivnění je založen dle mého posouzení napadeného rozhodnutí právě na spojení skutkového zjištění Úřadu o tom, že losování zařízení umožňuje manipulaci, a na úvaze Úřadu, že losovací zařízení použité dne 24. 6. 2011 při výběru zájemců do užšího řízení „*nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru*“.
101. Na základě provedeného přezkumu zákonnosti rozsahu a obsahu skutkových zjištění a následujících úvah Úřadu považují rozhodnutí za zákonné a věcně správné, a námitku rozkladu za nedůvodnou. Úřad zjistil všechny rozhodné skutkové okolnosti, na základě kterých zde není žádné pochybnosti o tom, že zadavatel porušil zákonnou povinnost. Úřad tedy prokázal porušení právní povinnosti zadavatelem mimo jakoukoliv rozumnou pochybnost.
102. K námitce zadavatele, že závěry Úřadu nejsou v souladu s prohlášením tiskového mluvčího policejního prezidia, uvádím, že dle ustanovení § 2 odst. 1 správního řádu správní orgán postupuje v souladu se zákony a ostatními právními předpisy, jakož i mezinárodními smlouvami, které jsou součástí právního řádu. Úřad jako správní orgán je povinen

postupovat pouze v souladu s citovanými prameny práva. Prohlášení tiskového mluvčího z povahy věci takovým pramenem není, jakož není podkladem pro zjištění stavu věci ve správních řízeních vedených Úřadem. Prohlášení tiskového mluvčího je pro rozhodování orgánu dohledu nad zákonem o veřejných zakázkách zcela právně irelevantní. Z uvedených důvodů považuji námitku zadavatele za nedůvodnou.

103. K tvrzení zadavatele, že „u půlmiliardové zakázky napadené společností Navimor – Invest tento judikát soudu ÚOHS z neznámých důvodů neaplikoval“, uvádím, že zadavatel pravděpodobně odkazuje na pravomocné rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/MNe ze dne 12. 8. 2011, jehož účastníkem byl navrhovatel - společnost NAVIMOR – INVEST S.A. organizační složka, IČ 45770174, se sídlem Vinohradská 184/2396, 130 52 Praha 3. Jmenovaná společnost se citovaným návrhem domáhala zrušení výsledku omezení počtu zájemců losování a rozhodnutí o jejím vyloučení. V tomto a jmenovaném správním řízení Úřad posuzoval losování provedené zadavatelem za účelem omezení počtu zájemců; zjištěný stav věci ve jmenovaném správním řízení je však odlišný. V citovaném rozhodnutí nebyly zjištěny a posouzeny žádné okolnosti, které by porušovaly zásadu transparentnosti, a proto byl návrh zamítnut.
104. V tomto správním řízení byly naopak zjištěny okolnosti, které vedly k porušení zásady transparentnosti, a proto Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí citoval rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010, jehož závěry jsou příhodné a korespondují se stavem věci; zejména závěr Nejvyššího správního soudu o tom, že „není podstatné, zda k ovlivňování došlo, podstatné je, že existuje reálná možnost, že k určitému ovlivňování dojít mohlo, a že tedy vyvstala pochybnost o řádnosti a férovosti losování“. Úřad věcně posoudil zjištěný stav věci a dospěl k závěru, že „možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast a tedy i výsledek zadávacího řízení“, a proto v daném případě citace konstantní soudní judikatury byla plně na místě.

Uložení pokuty Úřadem za spáchaný správní delikt

105. Zadavatel v podaném rozkladu vytýká, že „uzavření dohody o ukončení platnosti uzavřené smlouvy o dílo je polehčující okolností, ale pokuta má dle stanoviska ÚOHS plnit preventivní funkci, která směřuje k předcházení porušení zákona“.
106. 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 výrok II. napadeného rozhodnutí je zákonný, správný a Úřad při rozhodování o pokutě za správní delikt postupoval v souladu s ustanoveními správního řádu, zákona a své rozhodovací praxe.
107. K výtce zadavatele dále uvádím, že preventivní funkce pokuty směřuje nejen k tomu, aby zadavatele (tzv. individuální prevence) v budoucnosti odradila od opakování nezákonného jednání, ale zároveň, aby odradila od téhož i jiné subjekty (tzv. generální prevence). Preventivní funkce postihu musí mít reálnou sílu odradit od nezákonného postupu. Úřad při ukládání pokuty zohlednil jak její preventivní funkci, tak i funkci represivní.

108. Jestliže Úřad při určení výměry pokuty přihlédl k dohodě o ukončení platnosti smlouvy o dílo jako okolnosti polehčující, a zároveň dostal toho, že uložená pokuta splňuje funkci preventivní, pak uvedené si neodporuje a je vzájemně konzistentní.

VI. Závěr

109. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

110. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku.

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

Povodí Vltavy, státní podnik, Holečkova 8, 150 24 Praha 5

Vypraveno dne

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