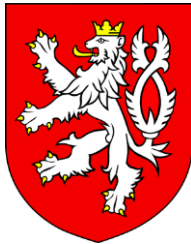




UOHSX005DEFV

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R333/2012/VZ-23994/2013/310/MMI

Brno 9. prosince 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 14. 11. 2012, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Správou silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace**, IČ 70960399, se sídlem Lipenská 120, 779 00 Olomouc, ve správním řízení o rozkladu zastoupenou na základě plné moci ze dne 13. 11. 2012 JUDr. Miroslavem Svatoněm, advokátem, se sídlem nám. T. G. Masaryka 93, 751 31 Lipník nad Bečvou,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S131/2012/VZ-20629/2012/523/DŘí ze dne 1. 11. 2012, ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „**Most ev. č. 44620-5 Střeň**“, 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 7. 3. 2011 pod evidenčním číslem 60057244,

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

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S131/2012/VZ-20629/2012/523/DŘÍ ze dne 1. 11. 2012 podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v části výroku I.

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

II.

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S131/2012/VZ-20629/2012/523/DŘÍ ze dne 1. 11. 2012 podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

mění

takto:

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S131/2012/VZ-20629/2012/523/DŘÍ ze dne 1. 11. 2012 se zadavateli – Správě silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČ 70960399, se sídlem Lipenská 120, 779 00 Olomouc, ukládá podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **pokuta ve výši 100 000 Kč (sto tisíc korun českých)**. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jenž je podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, příslušný k dohledu nad dodržováním citovaného zákona, obdržel dne 18. 10. 2011 podnět Policie České republiky – Útvaru odhalování korupce a finanční kriminality SKPV (dále jen „**Policie ČR**“) k prošetření postupu zadavatele – Správy silnic

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.

Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČ 70960399, se sídlem Lipenská 120, 779 00 Olomouc, (dále jen „**zadavatel**“) ve správním řízení o rozkladu zastoupené na základě plné moci ze dne ze dne 13. 11. 2012 JUDr. Miroslavem Svatoněm, advokátem, se sídlem nám. T. G. Masaryka 93, 751 31 Lipník nad Bečvou, při zadávání veřejné zakázky s názvem „Most ev. č. 44620- 5 Střeň“, zadávané podle ustanovení § 28 zákona v užším zadávacím řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 7. 3. 2011 pod evidenčním číslem 60057244 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Tento podnět byl následně dne 9. 11. 2011 doplněn o seznam veřejných zakázek, včetně uvedení zadavatele a zástupce zadavatele – administrátora, ve kterých byla užitá k omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku elektronická losovací zařízení vybavená programem instalovaným v programovacím prostředí UNIFACE, která byla postupně zajištěna Policií ČR v rámci policejního šetření předmětné věci. Předmětem doručeného podání je podezření z možného nezákonného postupu zadavatele, a to manipulace průběhu omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, při kterém bylo použito elektronické losovací zařízení, které nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru.

2. Dne 2. 12. 2011 byl Úřadu doručen Znalecký posudek č. j. 171-1.03.01.06-2011“ ze dne 1. 12. 2011 z oboru kybernetika, odvětví výpočetní technika (dále jen „**znalecký posudek**“), jehož zhotovitelem je znalecký ústav Risk Analysis Consultants, s.r.o., IČ 63672774, se sídlem Konviktská 24, 110 00 Praha 1 (dále jen „**znalecký ústav**“), jenž byl opatřením Policie ČR v rámci policejního šetření předmětné věci vyzván k podání znaleckého posudku v oboru kybernetika, odvětví výpočetní technika se zaměřením na analýzy a posuzování bezpečnostních rizik informačních systémů, přičemž předmětem znaleckého zkoumání byl notebook Acer TravelMate 5542 p/n: PEW56 S/N LXTZG020030352FFD51601. Výroková část znaleckého posudku obsahuje informace s ohledem na vědecko-technickou úroveň znalostí z oboru kybernetika k datu vyhotovení znaleckého posudku. Kopie relevantních částí předmětného znaleckého posudku, které Úřad potřeboval k posouzení právního stavu věci je součástí správního spisu.
3. Na základě obdrženého podnětu Úřad zahájil z moci úřední správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, protože Úřad po prošetření podnětu získal pochybnosti o tom, zda zadavatel při omezení počtu zájemců postupoval v souladu s ustanovením § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona.
4. Dne 12. 3. 2012 bylo doručeno jedinému účastníku správního řízení – zadavateli oznámení o zahájení správního řízení a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení ve smyslu ustanovení § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“).
5. Podle oznámení o zakázce jsou předmětem plnění veřejné zakázky stavební práce spočívající v rekonstrukci mostu. Objektívním kritériem pro omezení počtu zájemců je náhodný výběr provedený losem. Zadavatel stanovil, že provede výběr 5 zájemců pro účast v užším řízení.

II. Napadené rozhodnutí

6. Úřad po posouzení všech výše uvedených rozhodných skutečností vydal ve správním řízení rozhodnutí č. j. ÚOHS-S131/2012/VZ-20629/2012/523/DŘí ze dne 1. 11. 2012 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
7. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když losování dne 28. 3. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již dne 2. 6. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí zadavateli uložil za spáchaný správní delikt pokutu ve výši 350 000 Kč.
8. 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 zákona. Notářský zápis osvědčující průběh losování (dále jen „**notářský zápis**“) obsahuje seznam 5 zájemců, kteří byli vylosováni a byli následně veřejným zadavatelem vyzváni k podání nabídky. Dále z notářského zápisu vyplývá, že losování proběhlo ve smyslu § 61 odst. 4 zákona prostřednictvím elektronického zařízení.
9. Úřad jako důkaz provedl znalecký posudek. 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 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“*.
10. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad na zjištěný stav věci aplikoval ustanovení § 61 odst. 4 zákona, podle kterého objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců může být rovněž náhodný výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií podle ustanovení § 61 odst. 2 zákona a náhodného výběru losem; 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.
11. Úřad věcně posoudil, na základě závěru znaleckého ústavu, že elektronické zařízení bylo manipulovatelné a cíleně vytvořené k manipulaci s výsledky losování, čímž došlo k porušení zásady transparentnosti v zadávacím řízení. Úřad dále v této souvislosti uvedl, že možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast, a tím i výsledek zadávacího řízení.

12. Úřad dále uvedl, že pověření jiného subjektu k administraci v tomto zadávacím řízení dle ustanovení § 151 odst. 1 zákona nezbavuje zadavatele odpovědnosti za transparentní průběh zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 151 odst. 3 zákona.
13. Úřad v souvislosti s právním posouzením věci odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010 a v odůvodnění napadeného rozhodnutí citoval, že zásada transparentnosti je porušena tehdy, „*pokud jsou v zadavatelském postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele*“. S ohledem na citovaný závěr Nejvyššího správního soudu Úřad uvedl, že nepovažuje za nezbytně nutné se již zabývat otázkou, zda k vlastní manipulaci v průběhu losování skutečně došlo, přičemž zadavatel ani v průběhu správního řízení neprokázal, že losování provedl v souladu s ustanovením § 61 odst. 4 zákona, a zda tedy při omezení počtu zájemců losem skutečně dodržel zásadu transparentnosti dle ustanovení § 6 zákona.
14. Výrok II. napadeného rozhodnutí o výši pokuty Úřad odůvodnil tak, že cena veřejné zakázky činí 20 108 764 Kč včetně DPH, a proto horní hranice možné pokuty činí 1 005 438,20 Kč (tj. 5 % z ceny veřejné zakázky). Při posouzení závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu, že zadavatel svým postupem při zadávání veřejné zakázky porušil zejména jednu ze základních zásad zadávacího řízení, zásadu transparentnosti, a to při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku. Tato netransparentnost mohla podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zároveň činí celý proces losování neprůhledným a vzbuzuje pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele. Podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť tento postup vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti. V posuzovaném případě se tedy nejednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější. Nicméně Úřad z hlediska závažnosti správního deliktu přihlédl ke skutečnosti, že v daném případě došlo k porušení základních zásad, na kterých zadávací řízení stojí. Jedná se tedy o správní delikt velmi závažného charakteru. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. Spáchání správního deliktu mělo v daném případě za následek možné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, v jehož důsledku mohla být vybrána nabídka jiného uchazeče. Nelze vyloučit, že by jiný zájemce předložil nabídku, která mohla být ekonomicky výhodnější a došlo by tak k úspoře financí z veřejných zdrojů. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.

III. Námitky rozkladu

15. Zadavatel uplatnil v zákonné lhůtě dne 14. 11. 2012 podáním z téhož dne rozklad proti napadenému rozhodnutí, kterýmžto dnem bylo zahájeno správní řízení o rozkladu. Zadavatel především nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že losování neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, jak ji má na mysli § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 zákona. Zadavatel ve svém rozkladu konstatuje, že pojem zásada transparentnosti

je tzv. neurčitým právním pojmem a je potřeba vykládat jej v souladu s judikaturou, přičemž odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010 a rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 31/2008-114 ze dne 19. 1. 2010. Dále zadavatel odkazuje na notářský zápis, který popisuje průběh předmětného losování. Zadavatel se domnívá, že z něj nevyplývá ničeho, co by poukazovalo na přítomnost prvků, jež by bylo možné ve smyslu citovaných judikaturních závěrů označit za prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Z notářského zápisu dále podle něj není zřejmé, že by kterákoli osoba z řad uchazečů transparentnost losování či losovacího zařízení zpochybnila. Zadavatel je toho názoru, že lze obecně konstatovat, že samotné použití notebooku pro losování nemůže být bez dalšího považováno za prvek tendující k netransparentnosti ve smyslu § 6 zákona, když sám zákon jeho použití v době, kdy se losování provádělo, předpokládal. Zadavatel zdůrazňuje, že mu není znám žádný právní předpis, který by mu ukládal, aby k losování použil losovací řízení atestované, certifikované či zařízení konkrétních parametrů či jejich konfigurací. Zadavatel je přesvědčen, že znalecký posudek nelze bez dalšího vztáhnout na předmětnou veřejnou zakázku. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením Úřadu, jež presumuje skutečnost, že předmětný notebook vybavený programem instalovaným v programovacím prostředí UNIFACE, byl rovněž použit jako losovací zařízení v tomto zadávacím řízení. Zadavatel rozporuje skutečnost, že Úřad má za prokázané, že zadavatel provedl losování prostřednictvím zařízení, jehož programové vybavení umožňovalo manipulovat a ovlivňovat výsledek losování tak, aby nedocházelo k náhodnému výběru, přestože ve znaleckém posudku a v notářském zápisu je uveden rozdílný způsob přidělování čísel jednotlivým uchazečům. Zadavatel podle jeho názoru vynaložil veškeré úsilí, které na něm bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil, respektive zajistil absolutní transparentnost losování. Zadavatel závěrem rozkladu konstatuje, že podle něj smluvní delegace realizace zadávacího řízení předmětné veřejné zakázky na třetí subjekty nesnižuje důvěryhodnost losování, ba naopak provádění třetí nestrannou osobou může důvěryhodnost a legitimitu losování zvyšovat.

Závěr rozkladu

16. Zadavatel se v rozkladu domáhá zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.

IV. Řízení o rozkladu

17. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

18. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení s právními předpisy, správnost rozhodnutí v rozsahu

námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

19. Úřad tím, že ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když losování dne 28. 3. 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. 6. 2011 smlouvu, a tím, že výrokem II. napadeného rozhodnutí zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí uložil podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil. Pokud však jde o výši pokuty, která byla napadeným rozhodnutím za uvedený správní delikt uložena, dospěl jsem k pochybnostem, zda Úřad postupoval správně. V souladu s ustanovením § 2 odst. 4 správního řádu jsem přistoupil ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí, neboť současná právní úprava obsažená ve správním řádu dovoluje napadené rozhodnutí změnit.

V. K námitkám rozkladu

20. Úvodem uvádím, že obecným smyslem výběru prostřednictvím losu (losování) je vyloučení vlivu jakékoliv vůle subjektů práva (včetně zadavatele a zájemců) na výsledek provedeného losování; vůle subjektů práva je vyloučena právě ve prospěch náhodnosti výběru a prostřednictvím náhodnosti výběru. Zákon sám výslovně ukládá, aby zadavatelem provedený výběr losem byl náhodný. Možnost ovlivnění výsledku losování pak vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast v užším řízení a tímto pak dochází k porušení zásady transparentnosti.
21. K námitkám zadavatele konstatuji, že Úřad, na základě provedeného dokazování znaleckým posudkem, dospěl k jednoznačnému závěru, který je z odůvodnění napadeného rozhodnutí zřejmý, tedy že zařízení použité k losování nebylo zabezpečeno proti zmanipulování, z čehož vyplývá, že nastala možnost přímého ovlivnění výsledku losování, jež zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast. Ke konstatování spáchání správního deliktu zadavatelem postačí pouhá eventualita ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, jak je uvedeno v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Odpovědnost zadavatele za celý průběh zadávacího řízení je podle zákona objektivní, tedy za výsledek bez ohledu na zavinění, avšak nikoli absolutně. Zadavatel se jí tudíž nemůže nikterak zprostit, ledaže by prokázal tvrzené liberační důvody, tedy že objektivně vynaložil veškeré úsilí, aby porušení právní povinnosti zabránil, k čemuž však nedošlo. Úsilím zadavatele ve smyslu ustanovení § 121 odst. 1 zákona rozumím aktivní jednání, zaměřené na zabránění porušení právní povinnosti. Ani přítomnost notáře u losování, což je zákonná povinnost zadavatele podle ustanovení § 61 odst. 4 zákona, či skutečnost, že se zadavatel nechal v rámci zadávacího řízení zastoupit jinou osobou, jej nemůže nijak zprostit jeho odpovědnosti za dodržování zákona. Zadavatel si navíc sám vybírá, zda a kterou společností zmocní k zastoupení své osoby za účelem realizace zadávacího řízení.
22. V tomto případě bylo znaleckým posudkem prokázáno, že při losování bylo použito zařízení, které umožňovalo manipulaci s losováním, což ve svém výsledku mohlo ovlivnit výběr

nejvhodnější nabídky, a tudíž postup zadavatele v zadávacím řízení se stal netransparentním. Jak již uvedl v napadeném rozhodnutí Úřad, podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 č. j. 1 Afs 45/2010 - 159 postačí k porušení zásady transparentnosti, když jsou v postupu zadavatele shledány takové prvky, které činí zadávací řízení nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným či nepřehledným nebo jež vzbuzují pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Porušení zásady transparentnosti přitom nastává nezávisle na tom, zda bylo skutečně manipulováno s losováním a dále nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení povinnosti stanovené zákonem. Tyto závěry rovněž potvrzuje rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012 č. j. 7 Afs 31/2012 – 55 a to v tom smyslu, že není podstatné, zda skutečně k manipulaci s losováním došlo, ale rozhodující je právě pochybnost o řádnosti a férovosti losování, která vyvstane na základě určitých indicií, což v daném případě nastalo tím, že bylo prokázáno, že předmětné losovací zařízení bylo záměrně uzpůsobeno k ovlivňování losování, což postačí k závěru o porušení zásady transparentnosti.

23. Zadavatel ve svém rozkladu především nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že losování neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, jak ji má na mysli § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 zákona. Zadavatel ve svém rozkladu konstatuje, že pojem zásada transparentnosti je tzv. neurčitým právním pojmem a je potřeba vykládat jej v souladu s judikaturou, přičemž odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010 a rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 31/2008-114 ze dne 19. 1. 2010. Dále v této souvislosti zadavatel odkazuje na notářský zápis, který popisuje průběh předmětného losování. Zadavatel se domnívá, že z něj nevyplývá ničeho, co by poukazovalo na přítomnost prvků, jež by bylo možné ve smyslu citovaných judikatorních závěrů označit za prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Z notářského zápisu dále podle něj není zřejmé, že by kterákoli osoba z řad uchazečů transparentnost losování či losovacího zařízení zpochybnila. K těmto námitkám zadavatele uvádím následující.
24. Zásada transparentnosti je sice neurčitým právním pojmem, avšak tento je vykládán ustálenou rozhodovací praxí soudů mimo jiné rovněž rozsudky, na které je odkazováno v napadeném rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že součástí popisu jednání zadavatele je i tzv. neurčitý právní pojem, zde zásada transparentnosti, je Úřad povinen obsah a význam tohoto pojmu objasnit. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí v daném případě interpretoval neurčitý právní pojem „zásada transparentnosti“, což je v souladu se zákonem i konstantní soudní judikaturou (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010), a rovněž významné pro vymezení jednání zadavatele včetně jeho následku (účinku), kterým se dopustil správního deliktu. Odůvodnění citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu k povinnosti správního orgánu objasnit tzv. neurčitý právní pojem konkrétně uvádí, že *„při interpretaci neurčitého právního pojmu se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit, a to z toho hlediska, zda posuzovanou věc lze do rámce vytvořeného rozsahem neurčitého pojmu zařadit“*. Úřad konkrétně v odůvodnění napadeného rozhodnutí k zásadě transparentnosti v daném případě konstatuje, že *„zásada transparentnosti má zajistit, aby k zadávání veřejných zakázek docházelo průhledným, právně korektním*

a předvídatelným způsobem. Zásada transparentnosti může být dodržena pouze tehdy, jestliže průběh zadávacího řízení nezbuzuje pochyb, že zadavatel jedná regulárně.“ Jinými slovy tam, kde není dána a zaručena náhodnost výběru losem – neboť pojmovým znakem „losování“ je náhodnost konkrétního výsledku nezávislého na lidské vůli – není daná transparentnost. Tyto závěry rovněž potvrzuje rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 31/2012 – 55 ze dne 20. 6. 2012 a to v tom smyslu, že není podstatné, zda skutečně k manipulaci s losováním došlo, ale rozhodující je právě pochybnost o řádnosti a férovosti losování, která vyvstane na základě určitých indicií, což v daném případě nastalo tím, že bylo znaleckým posudkem prokázáno, že předmětné losovací zařízení bylo záměrně uzpůsobeno k ovlivňování losování, což postačí k závěru o porušení zásady transparentnosti.

25. K námitce týkající se notářského zápisu konstatuji, že účast notáře při provádění losování, který osvědčuje průběh takového losování, je zákonnou povinností podle ustanovení § 61 odst. 4 zákona. Splnění jedné zákonné povinnosti zadavatelem jej nezbavuje odpovědnosti nebo nezmenšuje jeho odpovědnost za porušení povinnosti jiné. Notářský zápis pouze zachycuje průběh losování. Podle notářského zápisu byla provedena instalace losovacího programu, ale ten už nesvědčí o tom, jaké jsou funkční vlastnosti takového softwaru, resp. zda umožňuje předem ovlivnit výsledky losování. Porušení zásady transparentnosti musí tedy vyplývat ze skutkových okolností případu nikoli z notářského zápisu. Tak je tomu i v šetřeném případě. Plnění zákonné povinnosti z povahy věci nezbavuje zadavatele ani odpovědnosti ve smyslu ustanovení § 121 odst. 1 správního řádu, plnění zákonné povinnosti z povahy věci nelze bez dalšího považovat za „úsilí“ směřující k tomu, aby zadavatel zabránil porušení právní povinnosti. 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.
26. Zadavatel je toho názoru, že lze obecně konstatovat, že samotné použití notebooku pro losování nemůže být bez dalšího považováno za prvek tendující k netransparentnosti ve smyslu § 6 zákona, když sám zákon jeho použití předpokládal v době, kdy se losování provádělo. K této námitce konstatuji, že Úřad neshledal samotné použití notebooku za porušení zásady transparentnosti. Jak je uvedeno v odůvodnění napadeného rozhodnutí a rozvedeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, na základě znaleckého posudku Úřad dospěl k závěru, že použité losovací zařízení bylo vybaveno programem umožňujícím manipulaci losování. Tato skutečnost činí zadávací řízení netransparentním a vzhledem k tomu, že zadavatel nese objektivní odpovědnost za průběh zadávacího řízení, zadavatel tak spáchal správní delikt specifikovaný ve výroku I. napadeného rozhodnutí. Zadavatel zdůrazňuje, že mu není znám žádný právní předpis, který by mu ukládal, aby k losování použil losovací řízení atestované, certifikované či zařízení konkrétních parametrů či jejich konfigurací. K této námitce uvádím, že přestože taková povinnost explicitně nevyplývá z právního předpisu, tak je zadavatel povinen zajistit, aby losování proběhlo v souladu s ustanovením § 6 zákona. Zajištění dodržení těchto zásad závisí rovněž na zvoleném způsobu losování a v použitých prostředcích.
27. Zadavatel je přesvědčen, že znalecký posudek nelze bez dalšího vztáhnout na předmětnou veřejnou zakázku. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením Úřadu, jež presumuje skutečnost,

že předmětný notebook vybavený programem instalovaným v programovacím prostředí UNIFACE, byl rovněž použit jako losovací zařízení v tomto zadávacím řízení. Zadavatel rozporuje skutečnost, že Úřad má za prokázané, že zadavatel provedl losování prostřednictvím zařízení, jehož programové vybavení umožňovalo manipulovat a ovlivňovat výsledek losování tak, aby nedocházelo k náhodnému výběru, přestože ve znaleckém posudku a v notářském zápisu je uveden rozdílný způsob přidělování čísel jednotlivým uchazečům. K námitce zadavatele tedy konkrétně uvádím, že Úřad na základě znaleckého posudku zjistil, že notebook (značka Acer TravelMate 5542 p/n PEW56 S/N:LXTZG020030352FFD51601) a nainstalovaný losovací program jsou manipulovatelné a cíleně vytvořeny k manipulaci s výsledky losování. Z uvedeného vyplývá, že Úřad zjistil, že tzv. 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.

28. Úřad dále z vyjádření Policie ČR ze dne 20. 12. 2011 zjistil, že losování pro omezení počtu zájemců od března 2011 do 12. 7. 2011 bylo prováděno prostřednictvím notebooku značky Acer TravelMate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG020030352FFD51601. Z tohoto zjištění má Úřad za prokázané, že citovaný notebook byl použit i při losování v předmětném zadávacím řízení dne 28. 3. 2011. V této souvislosti rovněž uvádím, že Úřad dle mého posouzení postupoval tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti s tím, že na základě provedených důkazů, včetně jejich hodnocení jednotlivě i ve vzájemné souvislosti, nelze učinit jiný závěr, než že shora citované losovací zařízení bylo použito i při losování v předmětném zadávacím řízení. Přestože Úřad svou úvahu takto explicitně nevyjádřil přímo v odůvodnění napadeného rozhodnutí, doplnil jsem ji na základě zjištění Úřadu a jiných úvah Úřadu, které mají podklad v provedeném dokazování a oporu ve spise správního řízení. Další skutkové zjištění Úřadu se týká samotného průběhu losování v předmětném zadávacím řízení. Úřad z notářského zápisu zjistil, že dne 28. 3. 2011 proběhlo losování, při kterém k výběru zájemců pro užší řízení byl použit notebook Acer TravelMate 5542. 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 TravelMate 5542 a losovací software, jehož licenci poskytla společnost „COMPUWARE“). Úřad konkrétně uzavřel, že losovací zařízení použité dne 28. 3. 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). Následující úvaha Úřadu 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“*.

29. 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 užití řízení používalo, a dále samotný průběh losování dne 28. 3. 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 28. 3. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, jak je uvedeno ve výroku I. napadeného rozhodnutí. 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.
30. Úřad dále jednoznačně uvedl, z jakého důvodu není právně relevantní právě zjištění toho, zda dne 28. 3. 2011 skutečně bylo manipulováno, přičemž tento důvod, který se také odvíjí od konstantní soudní judikatury Nejvyššího správního soudu (rozsudek č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010), považuji 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 28. 3. 2011 při výběru zájemců do užšího řízení nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru.
31. K namítanému rozdílnému způsobu přidělování čísel jednotlivým uchazečům, uvádím, že je tato námitka irelevantní, neboť rozhodujícími čísly byla identifikační čísla uchazečů, jež byla losována.
32. Na základě provedeného přezkumu zákonnosti rozsahu a obsahu skutkových zjištění a následujících úvah Úřadu považuji rozhodnutí za zákonné a věcně správné, a námitky rozkladu za nedůvodné. Úřad zjistil všechny rozhodné skutkové okolnosti, na základě kterých zde není žádné rozumné pochybnosti o tom, že zadavatel porušil zákonnou povinnost. Úřad tedy prokázal porušení právní povinnosti zadavatelem mimo jakoukoliv rozumnou pochybnost.
33. Zadavatel podle jeho názoru vynaložil veškeré úsilí, které na něm bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil, respektive zajistil absolutní transparentnost losování. Zadavatel závěrem rozkladu konstatuje, že podle něj smluvní delegace realizace zadávacího řízení předmětné veřejné zakázky na třetí subjekty nesnižuje důvěryhodnost losování, ba naopak provádění třetí nestrannou osobou může důvěryhodnost a legitimitu losování zvyšovat. K tomuto uvádím, že porušení zákonné povinnosti zadavatele dle zákona je založeno na tzv. objektivní odpovědnosti, tedy odpovědnosti za výsledek bez ohledu na zavinění. Zadavatel se nemůže zprostit odpovědnosti za porušení zákonné povinnosti tím, že se nechá dle ustanovení § 151 odst. 1 zákona zastoupit při výkonu práv a povinností jinou osobou. Podle ustanovení § 121 odst. 1 zákona právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. Úsilím zadavatele ve smyslu ustanovení § 121 odst. 1 zákona rozumím aktivní jednání, zaměřené na zabránění porušení právní povinnosti. Zadavatel nijak neprokázal vynaložené úsilí směřující k zabránění porušení povinnosti. Neshledal jsem v tomto případě, stejně jako Úřad, důvody pro aplikaci ustanovení zákona o liberaci zadavatele.

34. Co se týče pokuty, je v ustanovení § 121 odst. 2 zákona uveden výčet skutečností, k nimž je možno při určení výměry pokuty přihlídnout. Z uvedeného ustanovení vyplývá, že pro určení výměry pokuty je rozhodná závažnost správního deliktu, přičemž je zde uveden demonstrativní výčet skutečností, k nimž má být při posouzení závažnosti správního deliktu přihlídnuto. Zákon uvádí, že při posouzení závažnosti správního deliktu má být přihlídnuto zejména ke způsobu jeho spáchání, k následkům správního deliktu a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Jakkoli není pochyb o odpovědnosti zadavatele za spáchání výše uvedeného správního deliktu, přistoupil jsem ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí a uloženou pokutu jsem přiměřeně snížil z následujícího důvodu. Ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu stanoví správnímu orgánu povinnost dbát o to, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem, a aby odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Přezkoumal jsem skutkově obdobné případy, kdy bylo v určitém časovém období při losování vždy použito totožné losovací zařízení a v těchto případech pak došlo ke spáchání shodných správních deliktů zadavateli, a dospěl jsem k závěru, že Úřad v těchto skutkově obdobných případech uložil nedůvodně rozdílné výše uložených pokut. Z důvodu dodržení základní zásady činnosti správních orgánů zakotvené v ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu jsem v rámci volné úvahy a s přihlídnutím k námitkám zadavatele vzneseným v rozkladu výši uložené pokuty snížil na 100 000 Kč tak, aby výše pokuty odpovídala závažnosti spáchaného správního deliktu a dalším skutkově shodným případům. Zároveň jsem přihlédl k okolnostem případu tak, jak je Úřad uvedl v napadeném rozhodnutí poté, co jsem je vyhodnotil jako správně zjištěné.
35. Na druhou stranu nebylo možné od uložené pokuty zcela upustit, neboť jednání, kterého se zadavatel dopustil, se podstatně dotýká základních principů, na nichž je zadávací řízení vystavěno, zejména zásady transparentnosti. Kromě toho negativní důsledky porušení zákona (tedy omezení soutěže o veřejnou zakázku) již v tuto chvíli není možné účinně zhojit způsobem, který by potenciálním dodavatelům umožnil se o veřejnou zakázku nebo její část ucházet, protože smlouva o dílo již byla uzavřena.
36. Sankce za spáchání správního deliktu lze chápat jako právní následek porušení zákona, který pro pachatele znamená určitou morální či majetkovou újmu nebo omezení jeho práva. Účelem ukládání sankce je působit na pachatele správního deliktu takovým způsobem, aby se již v budoucnosti nedopouštěl protiprávního jednání. Sankce má tak působit výchovně a preventivně. Sankce má však i reparační charakter, neboť do určité míry napravuje následek porušení právní povinnosti. I při nižší výši pokuty bude v daném případě dosaženo účelu sankce, neboť tato bude stále pro zadavatele natolik citelná, aby nadále plnila represivní, preventivní i reparační funkci. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem jsem proto přistoupil ke snížení uložené pokuty tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

VI. Závěr

37. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že odpovědnost zadavatele za spáchání správního deliktu je dána, jsem potvrdil výrok I. napadeného rozhodnutí. Avšak ohledně výše uložené pokuty jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí a to v části výroku II., tedy pro přiměřené snížení pokuty.

38. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

JUDr. Miroslav Svatoň, advokát, nám. T. G. Masaryka 93, 751 31 Lipník nad Bečvou

Vypraveno dne

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