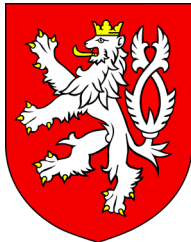




UOHSX0058CBM

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R301/2012/VZ-23985/2013/310/MMI

Brno 9. prosince 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 25. 10. 2012, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 30. 10. 2012, zadavatelem –

- obcí **Svijany**, IČ 00671908, se sídlem Svijany č. 71, 463 46 Příšovice, ve správním řízení zastoupenou na základě plné moci ze dne 25. 10. 2012 JUDr. Jiřím Stránským, advokátem, se sídlem Husova č. 602, 511 01 Turnov,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S39/2012/VZ-19498/2012/521/JHn ze dne 17. 10. 2012, ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatele podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „**Výstavba kanalizace Svijany**“, 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 6. 5. 2011 pod evidenčním číslem 60059838,

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-S39/2012/VZ-19498/2012/521/JHn ze dne 17. 10. 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-S39/2012/VZ-19498/2012/521/JHn ze dne 17. 10. 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-S39/2012/VZ-19498/2012/521/JHn ze dne 17. 10. 2012 se zadavateli – obci Svijany, IČ 00671908, se sídlem Svijany č. 71, 463 46 Příšovice, ukládá podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **pokuta ve výši 75 000 Kč (sedmdesát pět 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 – obce Svijany,

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.

IČ 00671908, se sídlem Svijany č. 71, 463 46 Příšovice, ve správním řízení zastoupenou na základě plné moci ze dne 25. 10. 2012 JUDr. Jiřím Stránským, advokátem, se sídlem Husova č. 602, 511 01 Turnov (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání veřejné zakázky s názvem „Výstavba kanalizace Svijany“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané podle ustanovení § 28 zákona v užším zadávacím řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 6. 5. 2011 pod evidenčním číslem 60059838. 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, přičemž celý znalecký posudek byl zadavateli v elektronické formě na jeho žádost zaslán e-mailem dne 7. 3. 2012.
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 16. 2. 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 je předmětem plnění veřejné zakázky gravitační splašková kanalizace oddílné stokové soustavy doplněná čerpací stanicí s výtlačkem, napojení kanalizační přípojky od přilehlých rodinných domů. Objektivním 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-S39/2012/VZ-19498/2012/521/JHn ze dne 17. 10. 2012 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
7. 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 2. 6. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel již dne 22. 7. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí zadavateli uložil za spáchaný správní delikt pokutu ve výši 150 000 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 osvědčujícího 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, 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**.
9. Z písemného vyjádření 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), ve znění pozdějších předpisů, (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. Úřad provedl znalecký posudek jako důkaz. Z tohoto znaleckého posudku vyplývá, že 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*“.
11. 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.

12. 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.
13. 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.
14. 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 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“*. 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.
15. Výrok II. napadeného rozhodnutí o výši pokuty Úřad odůvodnil tak, že cena veřejné zakázky činí 15 204 511 Kč včetně DPH, a proto horní hranice možné pokuty činí 760 226 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. Netransparentnost uvedeného pochybení 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

16. Zadavatel uplatnil v zákonné lhůtě dne 30. 10. 2012 podáním ze dne 25. 10. 2012 rozklad proti napadenému rozhodnutí, kterýmžto dnem bylo zahájeno správní řízení o rozkladu. Zadavatel namítá, že není prokázána příčinná souvislost mezi jednáním zadavatele a jeho postavením. Příčinná souvislost mezi jednáním společnosti zajišťující losování na doporučení notářské kanceláře a údajným zaviněním zadavatele pro údajně chybné losování je zcela iluzorní. Rozsáhlé úvahy Úřadu týkající se uložení sankce jsou naprosto irelevantní, protože není prokázán základní vztah mezi údajným porušením zákona a zaviněním zadavatele. V této souvislosti zadavatel namítá, že zde neexistuje žádná příčinná souvislost vzhledem k tomu, že stojí naprosto mimo sebe zadavatel a losovatel. Zadavatel si nedovede představit, jakým způsobem by mohl zajistit transparentnost losování, aby mohlo být prohlášeno za zcela neovlivnitelné, protože nikdo ze zastupitelstva nerozumí elektronickému losování. Dále zadavatel namítá, že odůvodnění napadeného rozhodnutí neobsahuje ani jedinou zmínku o nástrojích a úkonech učiněných elektronicky při zadávání veřejných zakázek ve smyslu § 149 odst. 8 zákona. Zadavatel byl v tom smyslu i ujištěn, že elektronický nástroj k losování splňuje požadavky stanovené zákonem a prováděcími právními předpisy. Ze znaleckého posudku ani nevyplývá, že by při předmětném losování skutečně došlo k manipulaci a k jaké. Není zde dovozena příčinná souvislost mezi jednáním a následkem, a proto nemůže jít o správní delikt a nelze uložit pokutu. V pochybnostech je podle něj potřeba rozhodnout ve prospěch věci. Zadavatel namítá, že odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí nepřipadné judikáty nebo dovolávání se výkladové praxe Úřadu.

Závěr rozkladu

17. Zadavatel se v rozkladu domáhá zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání. Zároveň zadavatel žádá o rozhodnutí o odkladném účinku rozkladu.

IV. Řízení o rozkladu

18. 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

19. 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.
20. 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 2. 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 22. 7. 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 a v souladu s petitem rozkladu zadavatele jsem přistoupil ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí, neboť současná právní úprava obsažená ve správním řádu dovoluje napadené rozhodnutí změnit.

V. K námitkám rozkladu

21. K námitkám zadavatele týkajícím se příčinné souvislosti, konstatuji, že Úřad, na základě provedeného dokazování znaleckým posudkem, dospěl k jednoznačnému závěru, který je z odůvodnění napadeného rozhodnutí zřejmý, 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 společnost zmocní k zastoupení své osoby za účelem realizace zadávacího řízení. Ani námitka zadavatele, že byl ujištěn, že elektronický nástroj k losování splňuje požadavky stanovené zákonem a prováděcími právními předpisy, jej nezbavuje jeho objektivní odpovědnosti. 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 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 indicí, 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. Námitka zadavatele je tak nedůvodná, neboť veškerá příčinná souvislost, kterou bylo potřeba prokazovat, tedy skutečnost, že zařízení umožňovalo zmanipulování losování a skutečnost, že toto zařízení bylo použito při losování v předmětném zadávacím řízení, byla dostatečně Úřadem prokázána.

22. Zadavatel dále namítá, že zde neexistuje žádná příčinná souvislost vzhledem k tomu, že stojí naprosto mimo sebe zadavatel a losovatel. Jak je již podrobněji uvedeno shora, zadavatel nese objektivní odpovědnost za průběh zadávacího řízení bez ohledu na skutečnost, zda se nechal při výkonu svých práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením zastoupit jinou osobou v souladu s ustanovením § 151 odst. 3 zákona.
23. Zadavatel si nedovede představit, jakým způsobem by mohl zajistit transparentnost losování, aby mohlo být prohlášeno za zcela neovlivnitelné, protože nikdo ze zastupitelstva nerozumí elektronickému losování. K této námitce konstatuji, že je volbou a zodpovědností zadavatele, jaký druh zadávacího řízení zvolí, zda použije institut losování, jaký způsob losování zvolí, zda pomocí elektrotechnického zařízení či jiným způsobem, zda se nechá zastoupit společností, která pro něj zajistí průběh zadávacího řízení, a při veškerém tomto rozhodování si musí být vědom své objektivní odpovědnosti a toho, že každý jeho úkon musí být rovněž v souladu se zásadami uvedenými v ustanovení § 6 zákona.
24. Dále zadavatel namítá, že odůvodnění napadeného rozhodnutí neobsahuje ani jedinou zmínku o nástrojích a úkonech učiněných elektronicky při zadávání veřejných zakázek ve smyslu § 149 odst. 8 zákona. Zadavatel byl v tom smyslu i ujištěn, že elektronický nástroj k losování splňuje požadavky stanovené zákonem a prováděcími právními předpisy. K této námitce uvádím, že ustanovení § 149 zákona zpřesňuje požadavky na elektronické prostředky a nástroje v souvislosti se zavedením elektronických institutů jako dynamický nákupní systém nebo elektronické aukce. Toto ustanovení se týká elektronické komunikace v procesu zadávání veřejných zakázek, kterou je možno uskutečnit prostřednictvím elektronických nástrojů nebo přímo elektronickými nástroji ve spojení s elektronickými prostředky. Dále toto ustanovení jak pozitivně tak negativně vymezuje, co se elektronickým prostředkem pro účely komunikace rozumí. Z tohoto vyplývá, že ustanovení § 149 zákona nemohlo být citováno v odůvodnění napadeného rozhodnutí, neboť se netýká elektronických prostředků a elektronických nástrojů ve smyslu nástroje použitého při losování.
25. Podle zadavatele měl Úřad aplikovat zásadu „v pochybnostech ve prospěch věci“. 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.

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 2. 6. 2011. Rozsah zjištěného stavu věci je zcela (v souladu s ustanovením § 3 správního řádu) dostatečný pro to, aby mohlo být konstatováno, že zadavatel nesl odpovědnost za porušení ustanovení § 61 odst. 4 zákona tím, že losování dne 2. 6. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, jak 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. 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 správním spise.

26. K námitce zadavatele, že ze znaleckého posudku ani nevyplývá, že by při předmětném losování skutečně došlo k manipulaci a k jaké, konstatuji, že Úřad jednoznačně uvedl, z jakého důvodu není právně relevantní právě zjištění toho, zda dne 2. 6. 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 skutkovém zjištění Úřadu o tom, že losovací zařízení umožňuje manipulaci, z čehož vyplývá možnost ovlivnění výsledku losování bez přítomnosti faktoru náhodnosti, jak jej vyžaduje zákon v ustanovení § 61 odst. 4.
27. Zadavatel namítá, že odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí nepřipadné judikáty nebo dovolávání se výkladové praxe Úřadu. K této námitce konstatuji, že je irelevantní, neboť zadavatel neuvádí důvody, proč shledává použitou judikaturu či výkladovou praxi Úřadu za nepřipadnou. Podle mého názoru jsou všechny tyto zdroje použity přílehavě k danému případu.
28. 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.
29. Co se týče pokuty, je v ustanovení § 121 odst. 2 zákona uveden výčet skutečností, k nimž je možno při určení výměry pokuty přihlédnout. 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 přihlédnuto. Zákon uvádí, že při posouzení závažnosti správního deliktu má být přihlédnuto 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, jež 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, zadávací řízení bylo administrováno stejnou společností 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 přihlédnutím k námitkám zadavatele vzneseným v rozkladu výši uložené pokuty snížil na 75 000 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.

30. 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.
31. 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.
32. Na závěr si dovoluji upozornit, že pokud zadavatel žádá o rozhodnutí o odkladném účinku rozkladu, je jeho žádost bezpředmětná, neboť poučení, jež je součástí napadeného rozhodnutí obsahuje konstatování, že včas podaný rozklad má odkladný účinek a jak je uvedeno výše, rozklad byl podán v zákonem stanovené lhůtě, tedy včas. Podání rozkladu má tedy odkladný účinek ex lege.

VI. Závěr

33. 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.

34. 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. Jiří Stránský, advokát, Husova č. 602, 511 01 Turnov

Vypraveno dne

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