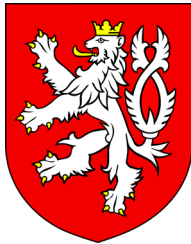




UOHSX0058INS

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R304/2012/VZ-23986/2013/310/MMI

Brno 9. prosince 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 31. 10. 2012, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- obcí **Cítov**, IČ 00236764, se sídlem Cítov č. p. 203, 277 04 Cítov, ve správním řízení zastoupenou na základě plné moci ze dne 9. 2. 2012 JUDr. Petrem Zikmundem, advokátem, ev. č. ČAK 0779, Advokátní kancelář Mělník, Macharova 376, 276 01 Mělník,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S22/2012/VZ-6708/2012/550/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 „**Revitalizace společenského zařízení**“, 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 1. 7. 2011 pod ev. č. 60061947, ve znění oprav uveřejněných dne 4. 7. 2011, dne 18. 7. 2011 a dne 5. 8. 2011,

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-S22/2012/VZ-6708/2012/550/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-S22/2012/VZ-6708/2012/550/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-S22/2012/VZ-6708/2012/550/JHn ze dne 17. 10. 2012 se zadavateli – obci Cítov, IČ 00236764, se sídlem Cítov č. p. 203, 277 04 Cítov, ukládá podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **pokuta ve výši 90 000 Kč (devadesát 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**“)<sup>1</sup>, 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 Cítov, IČ 00236764, se sídlem Cítov č. p. 203, 277 04 Cítov, ve správním řízení zastoupené

---

<sup>1</sup> 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.

na základě plné moci ze dne 9. 2. 2012 JUDr. Petrem Zikmundem, advokátem, ev. č. ČAK 0779, Advokátní kancelář Mělník, Macharova 376, 276 01 Mělník (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání veřejné zakázky s názvem „Revitalizace společenského zařízení“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané podle ustanovení § 28 zákona v užším zadávacím řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 1. 7. 2011 pod ev. č. 60061947, ve znění oprav uveřejněných dne 4. 7. 2011, dne 18. 7. 2011 a dne 5. 8. 2011. 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 bylo 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-P344G50Mnss S/N:LXTZG02003106205951601. 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 zástupci zadavatele poskytnut v elektronické podobě v rámci nahlížení do spisu, které proběhlo dne 15. 2. 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 7. 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 revitalizace - stavební úpravy společenského domu. 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-S22/2012/VZ-6708/2012/550/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 27. 7. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel již dne 23. 8. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí zadavateli uložil za spáchaný správní delikt pokutu ve výši 300 000 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 13. 7. 2011 byl „*notebook Acer TravelMate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG02003106205951601*“.
10. Úřad jako důkaz provedl znalecký posudek. Z tohoto 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 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 podle něj 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; losování zadavatel provede 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, 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.
15. Výrok II. napadeného rozhodnutí o výši pokuty Úřad odůvodnil tak, že cena veřejné zakázky činí 17 532 000 Kč včetně DPH, a proto horní hranice možné pokuty činí 876 600 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 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 31. 10. 2012 podáním z téhož dne rozklad proti napadenému rozhodnutí, kterýmžto dnem bylo zahájeno správní řízení o rozkladu. Zadavatel namítá, že Úřad nezjistil stav věci v rozsahu požadovaném § 3 správního řádu a v rozporu s § 50 odst. 3 správního řádu nezjistil všechny rozhodné skutečnosti svědčící ve prospěch zadavatele jako právnické osoby, které má být uložena povinnost. Podle názoru zadavatele měl být aplikován § 121 odst. 1 zákona o liberaci zadavatele za správní delikt. Pokuta je podle něj uložena ve výši neodpovídající kritériím podle § 121 odst. 2 zákona. Co se týče odlišného čísla notebooku, neboť notářský zápis je veřejnou listinou a jediným listinným důkazem, nepostačí závěr, že Úřad je toho názoru, že došlo ke zřejmé chybě v psaní. Z toho zadavatel dovozuje, že nebylo prokázáno, že by při losování dne 27. 7. 2011 bylo použito losovací zařízení popisované ve znaleckém posudku, jak dovozuje Úřad. Dále podle něj nebylo jednoznačně a nepochybně prokázáno, že zkoumaný notebook byl použit dne 27. 7. 2011, a že k tomuto datu nebyl zabezpečen proti zmanipulování, když znalecký posudek popisuje jeho stav ke dni 16. 9. 2011. Samotný závěr znaleckého zkoumání obsahující konstatování, že zkoumané losovací zařízení není zabezpečeno proti zmanipulování výsledků losování, není porušením zásady transparentnosti, jak porušení této zásady deklaroval Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010. Právní závěr citovaného rozsudku vycházel z odlišného skutkového stavu. Zákon nestanovuje žádné konkrétní požadavky na tato zařízení či na jejich zabezpečení. Zadavatel nesouhlasí s Úřadem, že neuvedl objektivní důvody pro zproštění jeho odpovědnosti. Zadavatel dále dovozuje, že v případech, kdy zadavatel s ohledem na § 151 odst. 3 zákona odpovídá za svého zástupce, je třeba učinění veškerých rozumných opatření, aby ke správnímu deliktu nedošlo, posuzovat ve vztahu k zadavateli. Zadavatel neměl žádnou objektivní možnost k prověření, že losovací zařízení při losování není zabezpečeno proti zmanipulování. Vynaložil veškeré úsilí, které bylo objektivně v jeho možnostech, aby zadávací řízení proběhlo v souladu se zákonem, přičemž vycházel z notářského zápisu. Zadavatel dovozuje, že mu nebyl prokázán škodlivý následek. Zadavatel má za to, že omezením ze 7 uchazečů na 5 nedošlo k Úřadem deklarovanému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Pokuta 300 000 Kč za použití nezabezpečeného losovacího zařízení, o jehož použití nevěděl a vědět nemohl, takže se nejedná ani o nevědomou nedbalost, se zadavateli jeví jako příliš vysoká. Zároveň podle zadavatele nebylo přihlédnuto ke konkrétnímu způsobu spáchání správního deliktu, tedy pouhému použití nezabezpečeného losovacího zařízení a k jeho minimálním následkům.

#### Závěr rozkladu

17. Zadavatel se v rozkladu domáhá zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení, případně zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

#### **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 27. 7. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel dne 23. 8. 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**

21. 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.
22. K první námitce zadavatele konstatuji, že správní řízení, v němž bylo vydáno napadené rozhodnutí, je v souladu s právními předpisy, a stejně tak samotné napadené rozhodnutí. Úřad postupoval také v souladu s ustanovením § 50 odst. 3 správního řádu, dle kterého je správní orgán povinen zjistit i bez návrhu okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena, nelze proto z tohoto důvodu pochybovat o objektivnosti či nestrannosti Úřadu.
23. Dle zadavatele Úřad při takto nedostatečně zjištěném stavu věci měl rozhodnout o tom, že se zadavatel porušení zákona nedopustil. 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.

24. K námitce zadavatele tedy konkrétně uvádím, že Úřad na základě znaleckého posudku zjistil, že notebook (značka Acer TravelMate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG02003106205951601) a nainstalovaný losovací program jsou „*manipulovatelné a cíleně vytvořeny k manipulaci s výsledky losování*“. Z uvedeného vyplývá, 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 Policií ČR dne 12. 7. 2011 umožňovalo ovlivnit výsledky losování.
25. Úřad dále z vyjádření společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. zjistil, že losování pro omezení počtu zájemců od 13. 7. 2011 bylo prováděno prostřednictvím notebooku značky Acer TravelMate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG02003106205951601. Z tohoto zjištění má Úřad za prokázané, že citovaný notebook byl společností Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. použit i při losování v předmětném zadávacím řízení dne 27. 7. 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 správním spise.
26. Další skutkové zjištění Úřadu se týká samotného průběhu losování v předmětném zadávacím řízení. Úřad z notářského zápisu zjistil, že dne 27. 7. 2011 proběhlo losování, při kterém k výběru zájemců pro užití řízení byl použit notebook Acer TravelMate 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 TravelMate 5542 a losovací software, jehož licenci poskytl společnost „COMPUWARE“*).
27. Jak vyplývá z obsahu úvahy Úřadu v odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad konkrétně uzavřel, že losovací zařízení použité dne 27. 7. 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*).
28. Druhá následující úvaha Úřadu o tom, že „*nepovažoval za nezbytně nutné se již zabývat otázkou, zda k manipulaci v průběhu losování skutečně došlo*“ se odvíjí od interpretace



tzv. neurčitěho 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 27. 7. 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 27. 7. 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.
30. K námitce zadavatele, že mělo být aplikováno ustanovení § 121 odst. 1 zákona, 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 právní 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.
31. Zadavatel namítá, že pokuta je uložena ve výši neodpovídající kritériím podle § 121 odst. 2 zákona. Zadavatel však neuvádí, jakým kritériím z obsažených v tomto ustanovení zákona podle jeho názoru uložená pokuta neodpovídá a z jakých důvodů by tomu tak mělo být. V této věci bylo Úřadem přihlédnuto k individuálním okolnostem případu, k závažnosti správního deliktu, ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a tyto byly správně promítnuty do výše ukládané pokuty. Při přezkumu napadeného rozhodnutí jsem však jinak posoudil některé z těchto okolností a přistoupil jsem ke snížení uložené pokuty. Toto konstatování je pak rozvedeno níže v části odůvodnění týkající se uložené pokuty.
32. K námitce zadavatele týkající se odlišného čísla notebooku, konstatuji, že jsem dospěl ke shodnému závěru jako Úřad, že se jedná o zřejmou nesprávnost v psaní v notářském zápise. Pro úplnost dodávám, že zatímco typ notebooku Acer TravelMate 5542 existuje, typ notebooku AcerTravel Mate 5442 nikoliv.
33. Zadavatel namítá, že nebylo jednoznačně a nepochybně prokázáno, že zkoumaný notebook byl použit dne 27. 7. 2011, a že nebyl zabezpečen proti zmanipulování, když znalecký posudek popisuje jeho stav ke dni 16. 9. 2011. V této souvislosti uvádím, že z písemného vyjádření společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o., IČ 25952668, se sídlem Akademie Heyrovského 1178, 500 03 Hradec Králové, ve smyslu ustanovení § 8 odst. 1 trestního řádu Policii ČR zjistil Úřad, že citovaná společnost uvedla, že losovacím zařízením

využívaným pro omezení počtu zájemců od 13. 7. 2011 byl „*notebook Acer TravelMate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG02003106205951601*“. Skutečnost, že tento notebook nebyl zabezpečen proti zmanipulování, vyplývá jednoznačně ze znaleckého posudku. A k tomu, 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. 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 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. K tomuto konstatuji, že Úřad jednoznačně uvedl, z jakého důvodu není právně relevantní právě zjištění toho, zda dne 27. 7. 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), přičemž tento závěr považuji za přezkoumatelný a správný.

34. K námitce, že samotný závěr znaleckého zkoumání obsahující konstatování, že zkoumané losovací zařízení není zabezpečeno proti zmanipulování výsledků losování, není porušením zásady transparentnosti, jak porušení této zásady deklaroval Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010 uvádím následující. Právní závěr citovaného rozsudku podle názoru zadavatele vycházel z odlišného skutkového stavu. Jak uvedl Úřad, samotná možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost. Pokud je vyloučena náhodnost, která je podstatou aktu losování, je rovněž porušena zásada transparentnosti. Právě nemožnost náhodnosti, jež je vyloučena možností manipulace s losováním, je porušením zásady transparentnosti ve smyslu, že tímto dojde k zadávání veřejné zakázky neprůhledným, právně nekorektním a nepředvídatelným způsobem, jak porušení zásady transparentnosti deklaroval výše citovaný rozsudek. Tento rozsudek rovněž uvádí, 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*“. Pro úplnost uvádím, že závěr o samotné možnosti ovlivnění je založen dle mého posouzení napadeného rozhodnutí právě na spojení skutkového zjištění Úřadu o tom, že losovací zařízení umožňuje manipulaci, a na úvaze Úřadu, že losovací zařízení použité dne 27. 7. 2011 při výběru zájemců do užšího řízení „*nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru*“. K námitce že právní závěr citovaného rozsudku vycházel z odlišného skutkového stavu, konstatuji, že se v obou případech jedná o losování za účelem omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, při kterém byla zjištěna pochybnost o transparentnosti tohoto losování, citovaný judikát považuji za příslušný a správně interpretovaný.
35. K námitce zadavatele, že zákon nestanovuje žádné konkrétní požadavky na tato zařízení a jejich zabezpečení, konstatuji, že zákon toto skutečně nestanoví a 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 při každém svém kroku musí naplňovat literu zákona a dodržovat zásady stanovené zákonem.

36. Zadavatel dále nesouhlasí s Úřadem, že neuvedl objektivní důvody pro zproštění jeho odpovědnosti a dovozuje, že v případech, kdy zadavatel s ohledem na § 151 odst. 3 zákona odpovídá za svého zástupce, je třeba učinění veškerých rozumných opatření, aby ke správnému deliktu nedošlo, posuzovat ve vztahu k zadavateli. Zadavatel neměl žádnou objektivní možnost k prověření, že losovací zařízení při losování není zabezpečeno proti zmanipulování. Vynaložil veškeré úsilí, které bylo objektivně v jeho možnostech, aby zadávací řízení proběhlo v souladu se zákonem. K této námitce odkazují na bod 30. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
37. Zadavatel dovozuje, že mu nebyl prokázán škodlivý následek. Zadavatel má za to, že omezením ze 7 uchazečů na 5 nedošlo k Úřadem deklarovanému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. K této námitce uvádím, že možnost manipulace s losováním a tím s omezením počtu zájemců, mohla mít podstatný vliv na výše nejvhodnější nabídky a to tak, že nelze vyloučit, že pokud by losování proběhlo v souladu se zákonem, dostal by se do užšího výběru zájemce, který by nabídl nižší nabídkovou cenu, než jakou nabídl uchazeč, se kterým byla uzavřena smlouva a došlo by tak k hospodárnějšímu vynaložení veřejných prostředků. Není podstatné, zda se omezení počtu týkalo 7 nebo více dodavatelů. Pro konstatování správného deliktu zadavatele postačí pouhá možnost podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky (ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona).
38. K námitkám zadavatele v souhrnu konstatuji, že Úřad 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 správného deliktu zadavatelem postačí pouhá eventualita ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky (viz 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, která je zákonnou povinností zadavatele podle ustanovení § 61 odst. 4 zákona, či skutečnost, že se zadavatel nechal v rámci zadávacího řízení zastoupit jinou osobou v souladu s ustanovením § 151 odst. 1 zákona, jej nemůže nijak zprostit jeho odpovědnosti za dodržování zákona (ustanovení § 151 odst. 3 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 nezbujuje 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 postup zadavatele v zadávacím řízení se tak stal netransparentním. Jak již uvedl v odůvodnění napadeného 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 rovněž 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 vyjadřuje se v tom smyslu, že není podstatné, zda skutečně k manipulaci s losováním došlo, ale 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 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.

39. 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.
40. Zadavatel v rozkladu namítá, že pokuta 300 000 Kč za použití nezabezpečeného losovacího zařízení, o jehož použití nevěděl a vědět nemohl, takže nejde ani o nevědomou nedbalost, se zadavateli jeví jako příliš vysoká. Zároveň podle zadavatele nebylo přihlédnuto ke konkrétnímu způsobu spáchání správního deliktu, tedy pouhému použití nezabezpečeného losovacího zařízení a k jeho minimálním následkům. K této námitce uvádím následující.
41. Co se týče uložené 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 90 000 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.

42. 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.
43. 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**

44. 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.
45. 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. Petr Zikmund, advokát, Advokátní kancelář Mělník, Macharova 376, 276 01 Mělník

**Vypraveno dne**

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