



UOHSX007R38Z

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R45/2015/VZ-44887/2015/322/DRu

Brno 17. prosince 2015

V řízení o rozkladu ze dne 3. 2. 2015 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 4. 2. 2015 zadavatelem –

- **Svazek obcí Nové Syrovice a Láz – kanalizace a ČOV**, IČO 75009455, se sídlem Nové Syrovice 2, 675 41 Nové Syrovice, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 15. 12. 2014 JUDr. Jaromírem Bláhou, advokátem, Advokátní kancelář Němec, Bláha & Navrátilová, s.r.o., IČO 28509951, se sídlem Prvního pluku 206/7, 186 00 Praha 8

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S998/2014/VZ-1679/2015/531/JDo ze dne 16. 1. 2015 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Nové Syrovice a Láz – splašková kanalizace a ČOV**“ v užším řízení, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 23. 12. 2010 pod ev. č. 60054472, a jehož oznámení o zadání bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 22. 7. 2011 pod ev. č. 60062915,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S998/2014/VZ-1679/2015/531/JDo ze dne 16. 1. 2015

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jenž je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“<sup>1</sup>), příslušný k dohledu nad dodržováním zákona, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Svazku obcí Nové Syrovice a Láz – kanalizace a ČOV, IČO 75009455, se sídlem Nové Syrovice 2, 675 41 Nové Syrovice, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 15. 12. 2014 JUDr. Jaromírem Bláhou, advokátem, Advokátní kancelář Němec, Bláha & Navrátilová, s.r.o., IČO 28509951, se sídlem Prvního pluku 206/7, 186 00 Praha 8 (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání veřejné zakázky s názvem „Nové Syrovice a Láz – splašková kanalizace a ČOV“ v užším řízení, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 23. 12. 2010 pod ev. č. 60054472, a jejíž oznámení o zadání bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 22. 7. 2011 pod ev. č. 60062915 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal vyjádření k podnětu a dokumentaci o veřejné zakázce. Po přezkoumání předložených podkladů získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a z toho důvodu zahájil toto správní řízení z moci úřední ve věci podezření ve věci podezření ze spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
3. Dne 13. 11. 2014 oznámil Úřad zadavateli zahájení správního řízení z moci úřední, přičemž doručením oznámení o zahájení správního řízení zadavateli bylo dne 14. 11. 2014 ve smyslu § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), ve spojení s § 113 zákona zahájeno toto správní řízení z moci úřední.

### **II. Napadené rozhodnutí**

4. Dne 16. 1. 2015 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S998/2014/VZ-1679/2015/531/JDo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
5. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona,

---

*1 Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, pokud není stanoveno jinak.*

když způsob omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku za použití elektronického losovacího zařízení, k němuž došlo dne 2. 2. 2011, neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování, a tedy nebyla zachována zásada transparentnosti losování, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 11. 7. 2011 smlouvu na veřejnou zakázku.

6. Úřad odůvodnil výrok I. tím, že plomba použitá k zabezpečení použitého losovacího zařízení neumožňovala ze své podstaty vyloučení ovlivnitelnosti losovacího programu. Zájemci o veřejnou zakázku pak nebyli schopni „neovlivněnost“ losovacího programu v průběhu losování nikterak ověřit. Zadavatel dle Úřadu také odmítl zanést do notářského zápisu o průběhu losování poznatek jednoho z uchazečů o nestandardním chování losovacího zařízení po ukončení losování.
7. Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 200 000 Kč.

### III. Námitky rozkladu

8. Dne 19. 1. 2015 bylo zadavateli doručeno napadené rozhodnutí. Dne 4. 2. 2015 podal zadavatel proti napadenému rozhodnutí v zákonné lhůtě rozklad ze dne 3. 2. 2015.
9. V rozkladu zadavatel namítá, že Úřadem vytýkané pochybení nespočívalo v porušení zákonem výslovně formulované povinnosti, když Úřad rozhodl, že zadavatel porušil obecný požadavek na dodržení zásady transparentnosti podle § 6 zákona. Napadené rozhodnutí tak dle zadavatele stojí na výkladu neurčitého právního pojmu „transparentnost“, který není přesně definován a jehož obsahová náplň se musí posuzovat individuálně v každém jednotlivém případě s přihlédnutím ke všem jeho okolnostem.
10. Zadavatel v obecné rovině namítá, že k otázce posuzování transparentnosti losování prováděného pomocí elektronického losovacího zařízení neexistuje žádná ustálená soudní judikatura. Jedinými soudními rozhodnutími, jejichž skutkové okolnosti se přibližují skutkovým okolnostem nyní posuzovaného případu, jsou dle zadavatele rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2012-108 ze dne 6. 6. 2013, na něj navazující rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) č. j. 1 Afs 64/2013-49 ze dne 6. 11. 2013 a rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 113/2012-128 ze dne 30. 4. 2014. Případ řešený v tomto správním řízení se však od případů projednávaných ve výše odkazovaných soudních řízeních dle zadavatele liší, což má za následek neaplikovatelnost závěrů těchto rozsudků na právě řešený případ. Nadto dle zadavatele neplatí tvrzení Úřadu o všeobecné vázanosti právním názorem soudů, když Úřad obecně není právním názorem správních soudů zásadně vázán, ledaže by právní předpis stanovil jinak.
11. Zadavatel brojí proti neúměrné přísnosti právního názoru Úřadu při aplikaci § 61 zákona, když Úřad reálně neumožňuje provést losování, které by zákonným požadavkům vyhovělo, přičemž Úřad dle názoru zadavatele neobjasní, jak by při neporušení plomby losovacího zařízení mohlo dojít k neoprávněnému zásahu do softwaru nacházejícího se „uvnitř“ losovacího zařízení.

12. K odmítnutí zaznamenat do notářského zápisu o průběhu losování okolnost nestandardního chování losovacího zařízení po ukončení losování zadavatel namítá, že tato okolnost je založena pouze na tvrzeních dotčeného uchazeče, když v době tvrzeného incidentu se v místnosti již žádný další zástupce uchazeče ani žádný zástupce zadavatele nenacházel.
13. Dle zadavatele se Úřad neměl omezovat pouze na konstatování netransparentnosti úkonů zadavatele, ale měl uvést, jak měl zadavatel postupovat správně.
14. K tvrzené netransparentnosti jednání zadavatel odkazuje na rozsudek NSS č. j. 7 Afs 31/2012-55 ze dne 20. 6. 2012, v němž NSS konstatoval, že „*Losování nelze považovat za netransparentní pouze z toho důvodu, že teoreticky existuje způsob, jak mohlo být ovlivněno.*“
15. Zadavatel dále odkazuje na rozhodnutí Úřadu ve věcech vedených pod sp. zn. ÚOHS-S338/2011/VZ, sp. zn. ÚOHS-S429/2011/VZ a sp. zn. ÚOHS-S491/2011/VZ, které se týkaly skutkově obdobných případů a v nichž bylo rozhodnuto ve prospěch zadavatele. K tomu pak namítá, že Úřad ve srovnatelných případech postupuje vůči různým zadavatelům různě.
16. Výši uložené pokuty považuje zadavatel za nepřiměřeně vysokou. Při jejím ukládání Úřad dle zadavatele nezohlednil všechny relevantní okolnosti, konkrétně nesprávně vyhodnotil okamžik, od kterého začala běžet subjektivní 5letá lhůta k projednání správního deliktu, nezohlednil skutečnost, že se zadavatel nechal při realizaci zadávacího řízení zastoupit profesionálním administrátorem, nesprávně zhodnotil závažnost správního deliktu a nesprávně interpretoval závěrečný účet zadavatele za rok 2013.

#### **Závěr rozkladu**

17. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil a v případě, že neshledá důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí, aby upustil od uložení pokuty, popř. aby tuto pokutu snížil.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

18. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

19. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
20. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona, když způsob omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku za použití elektronického losovacího zařízení neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování a tedy nebyla zachována zásada transparentnosti losování, přičemž uvedený postup mohl

podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel na veřejnou zakázku smlouvu, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy.

21. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu.

#### **V. K námitkám rozkladu**

22. Stěžejní část námitek rozkladu zadavatele směřuje proti závěrům Úřadu v napadeném rozhodnutí, jež se týkají porušení zásady transparentnosti losování v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.

23. K tomu nejdříve shrnuji, že v přezkoumávaném případě zadavatel použil k omezení počtu zájemců o účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku elektronické losovací zařízení CENT LOZ001 společnosti CENTADOR s.r.o. K provedení losování samého byl pověřen zástupce společnosti VE-ZAK s.r.o. O průběhu losování, které se konalo dne 2. 2. 2011, byl sepsán notářkou JUDr. Libuší Žateckou notářský zápis č. N 12/2011 ze dne 4. 2. 2011 (dále jen „**notářský zápis**“).

24. Napadené rozhodnutí obsahuje popis konkrétního jednání zadavatele, které vedlo k porušení zásady transparentnosti. Úřad uvedl popis jednání ve výroku I. napadeného rozhodnutí a v samotném odůvodnění napadeného rozhodnutí. Ve výroku I. Úřad k postupu zadavatele uvedl, že zadavatel *„nedodržel postup stanovený § 61 odst. 4 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona, když způsob omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku za použití elektronického losovacího zařízení, k němuž došlo dne 2. 2. 2011, neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy nebyla zachována zásada transparentnosti losování, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“*.

25. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

26. Se zadavatelem lze souhlasit v tom, že součástí popisu jednání zadavatele byl i tzv. neurčitý právní pojem, zde zásada transparentnosti. S ohledem na to byl Úřad povinen obsah a význam tohoto pojmu objasnit, což Úřad učinil v bodech 50. a 51. odůvodnění napadeného rozhodnutí a interpretoval jej v souladu se zákonem i konstantní soudní judikaturou (např. rozsudek NSS č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010). Odůvodnění citovaného rozsudku NSS k povinnosti správního orgánu objasnit tzv. neurčitý právní pojem konkrétně uvádí, že *„(...) podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. (...) Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti.“*

27. Zásada transparentnosti je jednou ze zásad postupu zadavatele uvedených v § 6 odst. 1 zákona, jež představují obecné zásady, které v zadávacím řízení mají zajistit, aby nedocházelo k nepřipustnému omezování hospodářské soutěže za současného zachování všech požadavků na hospodárné, účelné a efektivní vynakládání veřejných prostředků. Účelem zásady transparentnosti je zajistit kontrolovatelnost, čitelnost a přehlednost zadávacího řízení jako celku, jakož i vyloučení jakýchkoli pochybností o jednotlivých krocích a úkonech

zadavatele učiněných v průběhu zadávacího řízení. Z Úřadem odkazovaného rozsudku NSS č. j. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010 vyplývá, že zásada transparentnosti má přispívat k zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli, což vede k hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, tedy k samotnému účelu právní regulace veřejných zakázek.

*K námitce absence relevantní judikatury*

28. Zadavatel namítá, že k otázce posuzování transparentnosti losování prováděného pomocí elektronického losovacího zařízení neexistuje žádná ustálená soudní judikatura. Dle zadavatele nelze na případ řešený v tomto správním řízení aplikovat rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2012-108 ze dne 6. 6. 2013, jelikož se od případu řešeného v tomto správním řízení výrazně odlišuje ve skutkových okolnostech, když rozhodným pro učinění závěru o netransparentnosti losování byla skutečnost, že zadavatel odmítl vyhovět výslovné žádosti zájemce o změnu čísel přidělených uchazečům. K této námitce zadavatele uvádím následující.
29. Správnost závěrů Úřadu v napadeném rozhodnutí, jež pro podporu argumentace odkazují na dílčí závěry rozsudku č. j. 62 Af 61/2012-108, není podmíněna tím, zda je odkazovaný rozsudek ve všech ohledech totožný s případem řešeným v napadeném rozhodnutí. Přiléhavost (aplikovatelnost) závěrů rozsudku na projednávaný případ se totiž posuzuje pouze ve vztahu k obdobnosti jednotlivých dílčích okolností, k nimž se Úřad resp. soud vyjadřovali. Jak Úřad uvedl v bodě 55. napadeného rozhodnutí, je tento rozsudek aplikovatelný na šetřený případ předně v otázce zaplombování losovacího zařízení.
30. Přestože zadavatel namítá, že závěry výše uvedeného rozsudku Krajského soudu jsou od právě projednávaného případu skutkově odlišné, v části rozkladu nazvané „*Spornost právního posouzení elektronického losování*“ naproti tomu tvrdí, že rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-20327/2011/520/JHI ze dne 21. 12. 2011 se týká obdobné věci jako přezkoumávaný případ. Rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R10/2012/VZ-9898/2012/310/Pse ze dne 29. 5. 2012, jímž předseda Úřadu potvrdil rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-20327/2011/520/JHI ze dne 21. 12. 2011, však bylo zrušeno právě rozsudkem Krajského soudu sp. zn. 62 Af 61/2012.
31. Musím tedy konstatovat, že si zadavatel ve své argumentaci sám odporuje, pokud na jedné straně tvrdí, že (mimo jiné) rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-20327/2011/520/JHI ze dne 21. 12. 2011 se týká obdobné věci jako přezkoumávaný případ a současně tvrdí, že závěry rozsudku Krajského soudu sp. zn. 62 Af 61/2012 se na právě projednávaný případ pro skutkové odlišnosti nemohou aplikovat. Skutkově se totiž oba případy sp. zn. ÚOHS-S491/2011/VZ a sp. zn. 62 Af 61/2012 nejenže neodlišují, nýbrž se jedná o jeden a tentýž případ.
32. Dospěl jsem přitom k tomu, že dílčí závěry rozsudku Krajského soudu sp. zn. 62 Af 61/2012 a na něj navazujícího rozsudku NSS č. j. 1 Afs 64/2013-49 ze dne 21. 11. 2013, na které Úřad odkázal v napadeném rozhodnutí, jsou na projednávaný případ aplikovatelné, jelikož v tamním případě, stejně jako v případě přezkoumávaném, proběhlo omezení zájemců v zadávacím řízení losováním prostřednictvím obdobného losovacího zařízení téže společnosti, přičemž jak ve věci soudního řízení, tak v tomto správním řízení je řešena otázka dodržení zásady transparentnosti při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku. Stejně jako

Úřad nepovažuje za rozhodující, jaký konkrétní typ losovacího zařízení byl k omezení počtu zájemců použit. Za správné považuje rovněž konstatování Úřadu v bodě 63. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že rozsudek posuzoval a řešil otázku dodržení zásady transparentnosti při omezení počtu zájemců formou losování obecně.

33. S ohledem na výše uvedené považuje námitku zadavatele, že se Úřad v napadeném rozhodnutí nedostatečně vypořádal s námitkami uvedenými v čl. V vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 22. 12. 2014 týkající se neaplikovatelnosti rozsudku Krajského soudu sp. zn. 62 Af 61/2012 na věc projednávanou v tomto správním řízení za nedůvodné, jelikož Úřad tak dostatečně a přezkoumatelně učinil v bodech 53. a 55. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
34. Dle zadavatele nelze na právě řešený případ aplikovat ani rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 113/2012-128 ze dne 30. 4. 2014. Úvahy soudu zde zadavatel považuje pouze za *obiter dictum* a dále namítá, že soud může stěží hodnotit zákonnost postupu zadavatele, když zároveň vytýká, že Úřadem zjištěný skutkový stav nemá oporu ve spise a považuje rozhodnutí Úřadu za nepřezkoumatelné.
35. K této námitce zadavatele uvádím, že Úřad evidentně odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 113/2012-128 ze dne 30. 4. 2014 pouze na podporu svého obecného tvrzení v bodě 68. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že *„dle správních soudů pochybnost o korektnosti průběhu losování, která vyvstane na základě souhrnu určitých indicií, je k závěru o porušení zásady transparentnosti postačující, přičemž není podstatné, zda k ovlivňování losování skutečně došlo, a že tedy vyvstala objektivní pochybnost o řádném průběhu losování.“* Krajský soud v Brně v tomto rozsudku totiž konstatoval, že *„Není tedy podstatné, zda k neférovému ovlivňování losování skutečně došlo, podstatné je, že existuje reálná možnost, že k určitému ovlivňování dojít mohlo, a že tedy vyvstala objektivní pochybnost o korektnosti a férovém průběhu losování.“*
36. Jednotící prvky mezi odkazovaným soudním řízením a nyní vedeným správním řízením spočívají v předmětu, tj. (i) omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku proběhlo za použití elektronického losovacího zařízení, (ii) dodavatelem elektronického losovacího zařízení byla v obou případech společnost CENTADOR s.r.o., (iii) zajištění samotného losování příslušelo společnosti VE-ZAK CZ s.r.o. Dospěl jsem tak k tomu, že výše citované dílčí závěry rozsudku Krajského soudu č. j. 31 Af 113/2012-128 ze dne 30. 4. 2014, na který Úřad odkázal v napadeném rozhodnutí, jsou ve vztahu k nyní projednávanému případu z výše uvedených důvodů v obecné rovině rovněž aplikovatelné.
37. Zadavatel namítá, že ani odkaz Úřadu na rozsudek Krajského soudu v Brně vydaný ve věci sp. zn. 62 Af 47/2010 a na něj navazující rozsudek NSS sp. zn. 7 Afs 31/2012 učiněný Úřadem v bodě 68. odůvodnění napadeného rozhodnutí, nelze v nyní posuzované věci považovat za relevantní, jelikož zde losování neprobíhalo prostřednictvím elektronického losovacího zařízení, nýbrž faktickým losováním kartiček z nádoby. Shodně s výše uvedeným považuji za zřejmé, že Úřad i zde jmenoval tyto rozsudky pouze na podporu obecného tvrzení, že k závěru o porušení zásady transparentnosti postačí pouhá pochybnost o korektnosti průběhu losování, přičemž není podstatné, zda k ovlivňování losování skutečně došlo.
38. Na druhé straně zadavatel sám z rozsudku NSS ve věci č. j. 7 Afs 31/2012-55 ze dne 20. 6. 2012 cituje, že *„Losování nelze považovat za netransparentní pouze z toho důvodu,*

*že teoreticky existuje způsob, jak mohlo být ovlivněno.“ I zde tedy musím konstatovat, že si zadavatel ve své argumentaci do jisté míry sám odporuje. Zadavatel pak totiž zřejmě účelově odhlédl od jiné části tohoto rozsudku, kde soud konstatoval, že „posouzení transparentnosti losování v žádném případě nespočívá v dokazování, zda došlo při losování k manipulaci či nikoliv. Pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo. [...] Pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově.“ Transparentním postupem, a tedy dodržením zásady transparentnosti podle § 6 zákona, pak NSS chápe „takový postup, který nevzbuzuje žádné reálné a objektivizované pochybnosti o tom, že zadavatel jedná korektně a regulérně a že v zadávacím řízení využívá fér prostředků.“*

39. Z uvedeného rozsudku lze dále vyvodit, že po zadavateli veřejné zakázky je nutné požadovat, aby se vyvaroval takových pochybení, která značně snižují průhlednost losování. Je totiž především na zadavateli, aby zajistil transparentnost úkonů, které on sám nebo jím pověřená osoba provádí. Tyto názory pak byly potvrzeny dalšími rozsudky NSS, např. v rozsudku č. j. 1 Afs 64/2013-49 ze dne 6. 11. 2013, a je tedy možno je považovat za konstantní judikaturu správních soudů.
40. Dospěl jsem tedy k tomu, že dílčí závěry rozsudku Krajského soudu sp. zn. 62 Af 61/2012 a na něj navazujícího rozsudku NSS sp. zn. 1 Afs 64/2013 ze dne 6. 11. 2013, na které Úřad odkázal v napadeném rozhodnutí, jsou na projednáváný případ aplikovatelné, jelikož v nich Krajský soud v Brně a NSS řešili otázku dodržení zásady transparentnosti při omezení počtu zájemců formou losování, uvedenou v bodu 68. odůvodnění napadeného rozhodnutí, obecně, bez ohledu na prostředek, kterým bylo losování provedeno (elektronické zařízení, či fyzické losování z losovací nádoby).

#### *K vázanosti Úřadu právními názory soudů*

41. Zadavatel namítá, že Úřad není obecně právním názorem správních soudů vázán a tvrzení Úřadu v tomto smyslu nepovažuje za pravdivé. Dle názoru zadavatele nic nebrání Úřadu, se vůči relevantní judikatuře soudů vymezit a zaujmout odlišné stanovisko (s výjimkou případů, kdy je Úřad právním názorem výslovně vázán jiným právním předpisem, přičemž zde zadavatel odkázal na § 78 odst. 5 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „SŘS“)).
42. Podle § 78 odst. 5 SŘS je v případě zrušujícího rozsudku pro správní orgán v dané konkrétní věci právní názor soudu závazný. Lze souhlasit s námitkou zadavatele, že na rozdíl od vázanosti správního orgánu právním názorem soudu v individuálním případě, soudní judikatura v České republice není obecně závazná. Je tak pravdou, že judikatura sice nepůsobí ve formě obecně závazného precedentu, ovšem nelze ji považovat za právně irelevantní ani s ohledem na odbornou literaturu, podle níž: „*Formálně judikatura vyšších soudů není právně závazná, ale má normativní právní sílu, která se projevuje tím, že soudce zvažuje aplikovatelnost na daný případ přílehlavé judikatury vyšších soudů s ohledem na jiné faktory, jako jsou právní principy, ekonomické a společenské dopady apod. Je-li judikatura na určitý případ aplikovatelná, je soudce povinen právní názor vyslovený v judikatuře ve svém rozhodnutí použít (respektovat jej či jej zmínit a vysvětlit, proč se jím neřídil, případně předeští konkurovající argumentaci a odchýlit se od judikaturou zastávaného*



*názoru). V obecné rovině tak lze do jisté míry hovořit o uznání závaznosti judikatury správních soudů pro výkon veřejné správy také v rámci České republiky (Kühn, Bobek, Polčák a kol., s. 41). V případě, že je závazný právní názor podpořen např. konstantní judikaturou NSS na danou problematiku a nejedná se o ojedinělý názor, měl by být vyslovený názor obecně přijat a respektován správními orgány, případně následně by měl být promítnut i do metodiky nadřízených správních orgánů. Správní orgány by se ustálené judikatuře správních soudů neměly vzpírat, neboť takovým postupem často bezdůvodně generují náklady státu (např. náleží ÚS ze dne 13. 11. 2007, sp. zn. IV. ÚS 301/05, nebo rozsudek NSS ze dne 14. 9. 2008, sp. zn. 2 Afs 180/2004)“ (Blažek, T., Jirásek, J., Molek, P., Pospíšil, P., Sochorová, V., Šebek, P.: Soudní řád správní - online komentář. 3. aktualizace. Praha : C. H. Beck, 2014).*

43. Přestože je tedy Úřad vázán pouze právními předpisy, s ohledem na požadavek právní jistoty nepochybně platí i vázanost výklady plynoucími z aktuální soudní judikatury. S ohledem na výše uvedené tak mám za to, že z principu vázanosti Úřadu zákonem nevyplývá (a contrario) bezvýhradně absence vázanosti soudní judikaturou.

*K námitce odchýlení se od rozhodovací praxe Úřadu*

44. Zadavatel rozkladem dále namítá nekonzistentnost rozhodování Úřadu, kdy ve skutkově obdobných případech rozhodl ve prospěch tamních zadavatelů (zadavatel odkazuje na správní řízení ve věcech vedených pod sp. zn. ÚOHS-S338/2011/VZ, sp. zn. ÚOHS-S429/2011/VZ a sp. zn. ÚOHS-S491/2011/VZ), avšak ve věci tohoto správního řízení při nezměněném skutkovém stavu není dle Úřadu postup zadavatele v souladu se zákonem.
45. Zadavatel v podaném rozkladu dovozuje existenci svého legitimního očekávání konkrétně z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S338/2011/VZ-15651/2011/510/Okó ze dne 29. 2. 2012 (jež bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R63/2012/VZ-12145/2012/310/JSI ze dne 29. 6. 2012), rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S429/2011/VZ-1757/2012/510/MGr ze dne 13. 3. 2012 (jež bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R81/2012/VZ-9822/2012/310/ASc ze dne 28. 5. 2012) a rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-20327/2011/520/JHI ze dne 21. 12. 2011 (jež bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R10/2012/VZ-9898/2012/310/PSe ze dne 29. 5. 2012).
46. Podle § 2 odst. 4 správního řádu správní orgán dbá, 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. Jak vyplývá z citovaného ustanovení, legitimní očekávání na straně adresátů individuálních právních aktů může vzniknout jen ve vztahu ke skutkově shodným nebo obdobným případům.
47. K zadavatelem odkazovanému rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S338/2011/VZ-15651/2011/510/Okó ze dne 29. 2. 2012 konstatuji, že skutkové okolnosti se od nyní projednávaného případu odlišují jednak v tom, že široký okruh námitek směřoval proti využití zákonného institutu losování obecně, tj. přímo proti zadávacím podmínkám a žádný ze zájemců přítomných losování nezpochybňoval jeho transparentnost. V neposlední řadě pak obdobně z tohoto rozhodnutí nevyplývá, že by losovací zařízení vykazovalo nestandardní chování během jeho testování ze strany jednoho ze zájemců přítomných losování.

48. Nicméně rozhodujícím je to, že rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R63/2012/VZ-12145/2012/310/JSI ze dne 29. 6. 2012 bylo ještě před vydáním napadeného rozhodnutí zrušeno rozsudkem Krajského soudu sp. zn. 31 Af 128/2012 ze dne 30. 4. 2014, ve kterém Krajský soud mimo jiné dospěl k závěru, že „*zadavatel, hodlal-li omezovat účast zájemců losováním, tedy měl v daném případě zabezpečit, aby losování probíhalo férově, aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti a aby řádný průběh losování byl dostatečně jasně kontrolovatelný. V daném případě však podle zdejšího soudu zadavatel této povinnosti nedostál*“.
49. Na skutečnost, že soudní judikatura zaujala k dodržení zásady transparentnosti při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku užitím losu, oproti judikatuře dřívější, přísnější postoj, upozornil Úřad v bodu 67. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Stejně jako Úřad pak nepovažují jeho předchozí rozhodovací praxi za konstantní, ustálenou a dlouhodobou a v souladu s výkladem rozsudku NSS sp. zn. 6 Ads 88/2006 ze dne 21. 7. 2009 je pak možné připustit její změnu. Vzhledem k výše uvedenému průběhu správního řízení a řízení před Krajským soudem, nelze dojít k závěru, že by zadavatel mohl na výše uvedeném rozhodnutí Úřadu založit své legitimní očekávání stran zákonnosti svého postupu.
50. K rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-20327/2011/520/JHI ze dne 21. 12. 2011 konstatují, že na něj navazující rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R10/2012/VZ-9898/2012/310/PSe ze dne 29. 5. 2012, jež výše uvedené rozhodnutí potvrdilo, bylo napadeno žalobou u Krajského soudu. Krajský soud vydal dne 6. 6. 2013 rozsudek sp. zn. 62 Af 61/2012, kterým rozhodnutí předsedy Úřadu v této věci zrušil. Věci se následně zabýval i NSS v rozsudku sp. zn. 1 Afs 64/2013 ze dne 21. 11. 2013, jímž zamítl kasační stížnost Úřadu. V návaznosti na závěry posledně uvedených rozsudků Krajského soudu a NSS předseda Úřadu svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R10/2012/VZ-5297/2014/310/Pse ze dne 12. 3. 2014 rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-20327/2011/520/JHI ze dne 21. 12. 2011 zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání. Úřad následně vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-7205/2014/512/IHI ze dne 14. 4. 2014, kterým podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu správní řízení v této věci zastavil, jelikož se návrh navrhovatele stal zjevně bezpředmětným. Z výše uvedeného vyplývá, že rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-20327/2011/520/JHI ze dne 21. 12. 2011 a rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R10/2012/VZ-9898/2012/310/PSe ze dne 29. 5. 2012 byla zrušena již před vydáním napadeného rozhodnutí, a tedy ani tato rozhodnutí nemohla založit legitimní očekávání zadavatele stran zákonnosti jeho postupu.
51. Zadavatel se dále pozastavuje nad tím, z jakého důvodu Úřad po zrušení rozhodnutí č. j. ÚOHS-R10/2012/VZ-9898/2012/310/PSe ze dne 29. 5. 2012, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-20327/2011/520/JHI ze dne 21. 12. 2011, po zastavení správního řízení pro bezpředmětnost návrhu navrhovatele, nezahájil z moci úřední nové řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, popř. proč společně se zastavením řízení neuložil zároveň zadavateli pokutu, jak tomu Úřad, dle slov zadavatele, činí v jiných případech.
52. K tomu v první řadě uvádím, že Úřad je v řízení zahájeném na návrh oprávněn za podmínek uvedených v § 118 zákona ukládat pouze opatření k nápravě a nikoli pokutu. Tu ukládá Úřad pouze za správní delikt podle § 120 odst. 2 zákona, dopustil-li se spáchání správního deliktu zadavatel nebo podle § 120a odst. 2 zákona, dopustil-li se spáchání správního deliktu dodavatel. Dále pak není věcí tohoto správního řízení objasňovat důvody, pro které Úřad

v tomto konkrétním případě nezahájil z moci úřední řízení ve věci možného spáchání správního deliktu. Obecně k tomu uvádím, že zahájení správního řízení z moci úřední je věcí správního uvážení Úřadu a není tudíž žádný subjekt, který by na něj měl právní nárok.

53. Pokud se týká rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S429/2011/VZ-1757/2012/510/MGr ze dne 13. 3. 2012 (jež bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R81/2012/VZ-9822/2012/310/ASc ze dne 28. 5. 2012), konstatuji, že ani ze závěrů tohoto rozhodnutí nemohl Úřad v tomto správním řízení vycházet, jelikož výše odkazované rozsudky (rozsudek Krajského soudu sp. zn. 31 Af 128/2012 ze dne 30. 4. 2014, rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 61/2012 ze dne 6. 6. 2013 a rozsudek NSS sp. zn. 1 Afs 64/2013 ze dne 21. 11. 2013) byly vydány až následně a dřívější právní názor Úřadu obsažený v těchto správních rozhodnutích byl jimi překonán.
54. Neobstojí námitka zadavatele, že v otázce elektronického losování existují dva právní výklady a má být uplatněna zásada *in dubio mitius*, jelikož v současné době existuje pouze jeden právní názor vyslovený aktuální soudní judikaturou, kterou byl dřívější právní názor Úřadu překonán.
55. Z výše uvedeného vyplývá, že Úřad neměl postupovat v případě řešeném v tomto správním řízení obdobně jako v případech ve věcech vedených pod sp. zn. ÚOHS-S338/2011/VZ, sp. zn. ÚOHS-S429/2011/VZ a ÚOHS-S491/2011/VZ, jelikož k otázce dodržení zásady transparentnosti při omezení počtu zájemců formou losování a k certifikaci losovacího zařízení se po vydání odkazovaných rozhodnutí vyjádřil Krajský soud v Brně, přičemž jeho výklady jsou, jak již bylo řečeno výše, aplikovatelné na případ právě posuzovaný ve vedeném správním řízení.

*K námitce neúměrné přísnosti právního názoru Úřadu*

56. Zadavatel považuje náhled Úřadu na aplikaci § 61 zákona za natolik přísný, že reálně neumožňuje provést losování, které by zákonným požadavkům z pohledu Úřadu vyhovělo. Dle zadavatele Úřad neobjasní, jak by při neporušenosti plomby losovacího zařízení mohlo dojít k neoprávněnému zásahu do softwaru nacházejícího se „uvnitř“ losovacího zařízení.
57. K tomu uvádím, že Úřad nebyl povinen se v napadeném rozhodnutí vyjadřovat ke způsobu, jakým mohlo dojít k neoprávněnému zásahu do softwaru losovacího zařízení, ale stačilo, aby se vyjádřil k tomu, zda k němu dojít mohlo či nemohlo. Úřad na základě svých zjištění k tomu v bodu 55. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že (i) není ověřitelné, kdo a kdy bezpečnostní pečeť na losovací zařízení umístil a kdo garantoval stav softwaru zařízení před vložením pečeti, (ii) Elektronický zkušební ústav, s. p. žádným způsobem neověřoval funkčnost a trvanlivost plombování losovacího zařízení vůči neoprávněnému zásahu a proces losování nebo možnost ovlivnění zásahy obsluhy nebyly certifikovány, (iii) kontrola stavu neporušenosti plomby použitého losovacího zařízení nemá žádnou vypovídající hodnotu a nemůže vést k závěru, že průběh losování byl v souladu se zásadou transparentnosti postupu zadavatele.
58. Stejně jako Úřad považují uvedené indicie za natolik podstatné a vzbuzující pochybnosti o korektnosti průběhu losování, že postačují k závěru o porušení zásady transparentnosti. Není přitom podstatné, jak bylo s odkazem na ustálenou judikaturu uvedeno výše, zda k ovlivnění losování skutečně došlo, natož jakým konkrétním způsobem.

59. Zadavatel brojí proti tomu, že by zájemci nebyli schopni zkontrolovat neovlivněnost software losovacího zařízení a namítá, že tito měli možnost nechat si jimi zvoleným způsobem demonstrovat funkci losovacího zařízení, přičemž mohli dohlížet na to, zda osoba obsluhující losovací zařízení nečiní nějaké „podezřelé“ úkony a zadavateli nelze klást za vinu, pokud zájemci nebyli odborně disponováni k tomu, aby na místě posoudili chování losovacího zařízení, kdy jim zároveň nic nebránilo, aby si případně přizvali odborné konzultanty, kteří mají příslušné znalosti v oboru IT.
60. Tato námitka zadavatele neobstojí. Z povahy elektronického losovacího zařízení samého je zřejmé, že k ovlivnění jeho funkce nemusí dojít pouze nějakým „podezřelým“ úkonem osoby provádějící losování, nýbrž např. dálkovým způsobem bez viditelné manipulace se zařízením. Takový nedovolený zásah by bez porušení plomby a bez nahlédnutí „přímo do softwaru“ losovacího zařízení nepochybně nebyli schopni na místě odhalit ani přizvaní IT specialisté.
61. Závěr Úřadu uvedený v bodě 56. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že vzhledem k tomu, že plomba na použitém losovacím zařízení nezajišťovala nemožnost ovlivnění losovacího programu a účastníci losování nebyli z povahy věci schopni neovlivněnost losovacího programu během průběhu losování zkontrolovat, byl postup zadavatele v rozporu se zásadou transparentnosti, považují za správný, přičemž Úřad nebyl povinen objasnit, jakým konkrétním způsobem mohlo k neoprávněnému zásahu do softwaru losovacího zařízení dojít.
62. Neztotožňuji se ani s námitkou zadavatele, že by Úřad nepřímou zpochybnil význam účasti zájemců při losování. Úřad se k přítomnosti zájemců při losování vyjádřil pouze ve smyslu, že provedení „*toliko zběžné kontroly losovacího zařízení nemá prakticky žádnou vypovídající hodnotu a nemůže vést k závěru, že průběh losování byl souladný se zásadou transparentnosti*“ a skutečnost, že zájemcům byla před provedením losování dána možnost losovacího zařízení zkontrolovat, nijak nevyvrací. K přítomnosti zájemců při losování se tak Úřad vyjádřil konkrétně k posuzovanému případu tak, že účastníci losování nebyli již z povahy věci schopni kvalitu losovacího programu během průběhu losování nijak reálně zkontrolovat. Nevyjadřuje se toliko obecně k přítomnosti zájemců na losování jako takovém a už vůbec ne v tom smyslu, že by jejich účast na losování byla nadbytečná.
63. Zadavatel namítá, že námitka uchazeče COLAS CZ, a.s. o nestandardním chování losovacího zařízení po ukončení losování je založena pouze na tvrzení tohoto uchazeče, když v době tvrzeného incidentu se již v místnosti žádný další zástupce jiného uchazeče ani žádný zástupce dodavatele nenacházel.
64. K okolnostem nestandardního chování losovacího zařízení se Úřad dostatečně podrobně vypořádal v bodech 58. a 59. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Především uvedl, že toto tvrzení již samo o sobě vzbuzuje pochybnosti o transparentním průběhu losování. Jak Úřad rovněž příznačně uvedl, zadavatel sám přiznal, že generátor náhodných čísel během testování losovacího zařízení ze strany zájemce COLAS CZ, a.s., k němuž došlo po ukončení losování, nefungoval řádně, jelikož v rozhodnutí o námitkách zájemce COLAS CZ, a.s. ze dne 22. 2. 2011 sám zadavatel uvedl, že „(...) *JUDr. Žatecká zaznamenala jak průběh losování, tak události, které mu předcházely. K uvedenému „spadnutí“ a resetování losovacího zařízení došlo až v okamžiku, kdy bylo losování oficiálně ukončeno (...)*“ Námitku

zadavatele, kterou se evidentně snaží zpochybnit, zda k nestandardnímu chování losovacího zařízení vůbec došlo, tak považuji za ryze účelovou, jelikož se v opačném smyslu zadavatel sám vyjádřil v dřívějším rozhodnutí o námitkách.

65. Co se týče námitky zadavatele, že se Úřad neměl omezit pouze na kritiku jednotlivých úkonů zadavatele, ale poučit zadavatele i v tom smyslu, jak měl postupovat správně, uvádím, že z napadeného rozhodnutí správný postup, který měl zadavatel zvolit, jednoznačně vyplývá. Zadavatel měl zajistit, aby se v případě, že chce k losování využít elektronického losovacího zařízení, jednalo o takové zařízení, u něhož bude ověřena funkčnost a trvanlivost plombování vůči neoprávněnému zásahu, bude ověřitelné, kdo a kdy bezpečnostní plombu na losovací zařízení umístil a kdo garantoval stav softwaru zařízení před vložením plomby. V případě jakéhokoli nestandardního chování losovacího zařízení pak měl zadavatel zajistit zápis této skutečnosti do notářského zápisu, příp. protokolu o losování a příčinu takového nestandardního chování prošetřit, tzn. postupovat v souladu se zásadou transparentnosti.

*K namítanému zániku deliktní odpovědnosti*

66. Zadavatel je toho názoru, že Úřad nesprávně vyhodnotil okamžik, od kterého začala běžet subjektivní pětiletá lhůta k projednání správního deliktu, jelikož tímto okamžikem není den, kdy Úřadu došel aktuální podnět, na jehož základě Úřad zahájil toto správní řízení, tj. 21. 5. 2014, nýbrž den podání původního návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, tj. 3. 3. 2011.
67. Pro úplnost uvádím, že na základě původního návrhu ze dne 2. 3. 2011 bylo zahájeno jiné správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S80/2011/VZ o přezkoumání úkonů zadavatele. Toto správní řízení bylo usnesením č. j. ÚOHS-S80/2011/VZ-4719/2011/510/MGr ze dne 28. 4. 2011 zastaveno, neboť navrhovatel COLAS CZ, a.s. vzal svůj návrh na uložení nápravného opatření zpět.
68. K tomu uvádím, že v případě zahájení správního řízení na návrh, rozhoduje Úřad o uložení nápravných opatření, kterých se navrhovatel svým návrhem domáhá. O spáchání správního deliktu rozhoduje Úřad ve správním řízení zahájeném z moci úřední mimo jiné třeba i na základě podnětu. Právě podnět je pak prvním podkladem, na jehož základě Úřad posoudí, zda jsou dány důvody pro zahájení správního řízení z moci úřední ve věci podezření ze spáchání správního deliktu či nikoliv.
69. Nadto uvádím, že ve věci správního řízení sp. zn. S80/2011/VZ byla usnesením č. j. ÚOHS-S80/2011/VZ-4125/2011/510/MGr ze dne 16. 3. 2011 stanovena zadavateli lhůta k zaslání originálu dokumentace o veřejné zakázce. Dne 23. 3. 2011 obdržel Úřad podání navrhovatele ze dne 21. 3. 2011, jehož obsahem bylo zpětvzetí návrhu na zahájení správního řízení. Úřad během takto krátkého časového období neměl ani reálnou možnost se s podklady, jež byly součástí zadávací dokumentace seznámit, tudíž se ani dozvědět o podezření ze spáchání správního deliktu.
70. Podle § 121 odst. 3 zákona, ve znění účinném v době spáchání správního deliktu, odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

71. Dne 10. 2. 2015 vešla v účinnost novela zákona č. 40/2015 Sb., která mimo jiné změnila délky lhůt pro zánik odpovědnosti za správní delikt v § 121 odst. 3 zákona.
72. Podle § 121 odst. 3 zákona, ve znění účinném ke dni vydání tohoto rozhodnutí (dále jen „**pozdější právní úprava**“), odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
73. Zákon v případě dřívější i pozdější úpravy rozlišuje tzv. subjektivní a objektivní lhůtu pro zánik odpovědnosti právnické osoby za správní delikt. Dle ustálené rozhodovací praxe národních soudů jsou prekluzivní lhůty pro uložení správní sankce považovány za lhůty hmotněprávní (viz např. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 9. 2012, č. j. 7 Afs 14/2011 - 115). Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 9. 2013, č. j. 7 As 95/2011-108 „*[n]estanovali-li zákon něco jiného o běhu a počítání hmotněprávní prekluzivní lhůty pro uložení sankce za jiný správní delikt, nelze aplikovat předpis upravující běh lhůt procesních [zde ust. § 40 odst. 1 písm. a) a c) správního řádu]. Z judikatury Ústavního soudu lze sice dovodit možnou aplikovatelnost § 40 odst. 1 správního řádu i na běh lhůt hmotněprávních (srovnej např. nález Ústavního soudu ze dne 25. 9. 1998, sp. zn. IV. ÚS 365/97), nicméně v daném případě je podle Nejvyššího správního soudu třeba se v souladu se zásadou in dubio mitius přiklonit k výkladu, který lhůtu neprodlužuje, tj. k výkladu příznivějšímu pro sankcionovaný subjekt. Běh předmětné lhůty je tedy třeba počítat podle přirozeného běhu času (a momento ad momentum), proto se neposouvá okamžik jejího počátku ani se tato lhůta neprodlužuje, připadá-li její poslední den na sobotu, neděli či státní svátek (srovnej rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 30. 8. 1998, č. j. 6 A 69/96 - 34, publikován pod č. 939/2002 SJS).“*
74. Z uvedeného vyplývá, že u lhůt spojených s ukládáním sankcí se za správní delikty, resp. obecně tam, kde nejde o uplatnění práva jeho subjektem, ale o výkon pravomoci správního orgánu (výkon veřejné moci) se uplatní zásada *a momento ad momentum*, tedy počítání lhůty podle přirozeného běhu času, neprodlužuje se, připadá-li její poslední den na sobotu, neděli nebo svátek.
75. Subjektivní lhůta podle obou právních úprav počíná běžet dnem, kdy se Úřad dozvěděl o možném spáchání správního deliktu. Naproti tomu objektivní lhůta podle obou právních úprav počíná běžet dnem, kdy došlo ke spáchání správního deliktu. Z logiky věci vyplývá, že délka subjektivní lhůty je nutně limitována délkou lhůty objektivní a za žádných okolností nemůže být delší. Dřívější uplynutí byt jen jediné z těchto lhůt zákon spojuje se zánikem odpovědnosti za správní delikt.
76. Jelikož podle pozdější právní úpravy je subjektivní lhůta pro zánik deliktní odpovědnosti zkrácena z 5 let na 3 roky a objektivní lhůta pro zánik deliktní odpovědnosti z 10 let na 5 let, je zřejmé, že za úpravu pro zadavatele příznivější je nutno považovat úpravu pozdější, jež vešla v účinnost v průběhu tohoto nyní vedeného správního řízení o rozkladu.
77. Z pohledu přezkumné činnosti Úřadu je okamžikem spáchání resp. dokonání správního deliktu okamžik uzavření smlouvy, přičemž objektivní lhůta, po jejímž uplynutí zanikne odpovědnost za správní delikt, začíná běžet okamžikem uzavření smlouvy.

78. Smlouvu na veřejnou zakázku uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem – SYNER VHS Vysočina, a.s. IČO 25183052, se sídlem Na Hranici 4839/14, 586 01 Jihlava dne 11. 7. 2011. Dne 11. 7. 2011 tedy počala běžet objektivní lhůta pro zánik odpovědnosti zadavatele za správní delikt. Podle pozdější právní úpravy objektivní lhůta pro zánik odpovědnosti zadavatele za správní delikt by uplynula, pokud by Úřad o něm nezahájil správní řízení do 11. 7. 2016.
79. Ze správního spisu vyplývá, že Úřad se o možném spáchání správního deliktu zadavatelem mohl dozvědět nejdříve dne 21. 5. 2014, kdy mu byl doručen podnět k zahájení správního řízení z moci úřední, fakticky však až později dnem doručení dokumentace o veřejné zakázce, resp. seznámením se s podstatnou částí dokumentace vztahující se k přezkoumávanému deliktnímu jednání. Podle pozdější právní úpravy by objektivní lhůta pro zánik odpovědnosti zadavatele za správní delikt uplynula, pokud by Úřad o něm nezahájil správní řízení, nejdříve dne 21. 5. 2017.
80. Správní řízení z moci úřední bylo zahájeno dne 14. 11. 2014, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli. Z výše uvedeného vyplývá, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla a Úřad vyhodnotil okamžik, od kterého začala běžet subjektivní lhůta pro zánik deliktní odpovědnosti, správně a v souladu se zákonem.

*K námitce nepřiměřenosti sankce*

81. K námitce zadavatele, že se Úřad nezabýval naplněním liberačního důvodu podle § 121 odst. 1 zákona, když neposoudil, zda liberačním důvodem může být skutečnost, že se zadavatel nechal v zadávacím řízení zastoupit profesionálním administrátorem, uvádím následující.
82. Podle § 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.
83. Jak vyplývá ze znění citovaného ustanovení, zadavatel musí prokázat, že učinil veškerá rozumná opatření, aby ke správnímu deliktu nedošlo. Z vyjádření zadavatele a dalších podkladů pro rozhodnutí nevyplývají žádné důvody, které by ho v předmětné věci zbavily odpovědnosti. Zadávací řízení je souhrnem dílčích kroků, které ve svém důsledku směřují k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, přičemž zadavatel má zákonem stanovenou povinnost postupovat mimo jiné v souladu se zásadou transparentnosti. Tento proces vyžaduje jistý stupeň odborných znalostí. Proto není výjimkou situace, kdy zadavatel pověří jeho administrací jiný specializovaný subjekt, který zadávací řízení administruje. I za této situace, kdy zadavatel na základě soukromoprávního úkonu přenese výkon zadavatelských činností na jiný subjekt, není tímto zbaven své odpovědnosti za konečný výsledek zadávacího řízení a za dodržení dalších zákonem stanovených povinností, tedy i povinností spojených s losováním. Pochybení pověřené osoby nemůže být považováno za okolnost vylučující odpovědnost zadavatele. Selhání lidského faktoru, ať už se jedná o samotnou osobu zadavatele, či o osobu od zadavatele odlišnou, avšak pověřenou výkonem zadavatelských činností, je v důsledku objektivní odpovědnosti zadavatele přičítáno právě k tíži zadavatele (zda zadavatel v takovém případě uplatní vůči osobě administrátora regres prostřednictvím institutů soukromého práva, je přitom plně na jeho rozhodnutí).

84. Zadavatel dále namítá, že Úřad při posouzení vyloučení likvidačního charakteru pokuty vycházel ze závěrečného účtu zadavatele za rok 2013, v němž na příjmové straně figurovala částka ve výši přesahující 22 mil. Kč, ale převážnou část těchto příjmů tvořily účelově vázané transfery z veřejných rozpočtů, přičemž takto poskytované částky byly alokovány na konkrétní investiční projekty a příslušné částky byly vždy zaslány až na základě provedených prací a doložených faktur zhotovitelů. K tomu zadavatel doplňuje, že výše jeho ročních rozpočtů je velmi proměnlivá v závislosti na rozsahu investičních projektů, které se v daném roce realizují.
85. K výše uvedenému konstatuji, že při určení výměry pokuty Úřad v souladu s § 121 odst. 2 zákona přihlíží k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Přestože zkoumání osobních a majetkových poměrů pachatele správního deliktu není v § 121 odst. 2 zákona výslovně uvedeno, s ohledem na ústavní pořádek České republiky je třeba k explicitně uvedeným kritériím zařadit i korektiv pro určení celkové výše pokuty v podobě zákazu jejího likvidačního charakteru.
86. K významu a charakteru zkoumání konkrétních majetkových poměrů *potrestaného* odkazují na nálezní pléna Ústavního soudu České republiky ze dne 9. 3. 2004, sp. zn. Pl ÚS 38/02, dle kterého *„Z charakteru pokuty jako majetkové sankce nutně vyplývá, že má-li být individualizovaná a přiměřená, musí reflektovat i majetkové poměry potrestaného. Stejná výše pokuty uložená majetnému se bude jevit jako směšná a neúčinná, zatímco v případě postihu nemajetného může působit drakonicky a likvidačně. Není tedy porušením principu relativní rovnosti, když oběma osobám v různých situacích bude uložena pokuta v různé výši, byť by jediným rozdílem jejich situace měly být právě rozdílné majetkové poměry“*. Ve světle tohoto nálezu Ústavního soudu uvádím, že Úřad neporušil princip relativní rovnosti ani princip individualizace výše pokuty vzhledem k majetkovým poměrům zadavatele. Úřad přihlédl k majetkovým poměrům zadavatele správně a zákonně.
87. K samotným majetkovým poměrům zadavatele uvádím, že ani v době od vydání napadeného rozhodnutí do rozhodnutí předsedy Úřadu se majetkové poměry zadavatele nezhoršily. Ze závěrečného účtu zadavatele za rok 2014 vyplývá, že kladný hospodářský výsledek zadavatele v řádech desítek milionů korun přetrvává i v roce 2014, a výše pokuty stanovené v napadeném rozhodnutí tak není pro zadavatele likvidační ani ve vztahu k hospodářskému výsledku dosaženému v roce 2014, s nímž zadavatel hospodaří v roce 2015, tedy v roce, v němž mu je pravomocně ukládána pokuta.
88. Neztotožňuji se se zadavatelem ani v tom, že měl Úřad přihlédnout k tomu, že důsledkem rozhodnutí Úřadu dojde dle tvrzení zadavatele k odnětí dotačních prostředků. Úřad je totiž povinen posoudit případnou existenci likvidačního charakteru pokuty z pohledu majetkové základny zadavatele v době uložení pokuty. Naproti tomu není možné, aby Úřad do tohoto posouzení reflektoval možný budoucí vývoj majetkových poměrů zadavatele, přičemž je třeba zdůraznit, že zadavatel netvrdil, že by k odnětí dotace již došlo (a v jaké výši). Jak ostatně judikoval i NSS v rozsudku č. j. 1 Afs 23/2012 – 102 ze dne 28. 11. 2012, kde uvedl, že *„žádost o zohlednění okolnosti, že pokud bude stěžovateli udělena v dané věci správní pokuta, tak bude krácena dotace (případně vymáhána sankce) za porušení rozpočtových pravidel, je ze své podstaty zcela nepřijatelná a pro rozhodování nepodstatná. Nelze požadovat ani po správním orgánu, ani po soudu, aby „přehledly“ porušení zákona*



*z důvodu, že stěžovatel ponese ještě jiné důsledky svého protiprávního jednání“.* Je zřejmé, že Úřad je povinen při posuzování možného spáchání správního deliktu a při stanovení výše pokuty posuzovat postup zadavatele podle zákona, bez ohledu na následky, jež pro zadavatele vyplývají z jiných předpisů či pravidel.

89. Zadavatel má dále za to, že je udělená pokuta nepřiměřeně vysoká i v porovnání s jinými obdobnými případy, čímž dle názoru zadavatele Úřad porušil zásadu materiální rovnosti zakotvenou v § 2 odst. 4 správního řádu. Zadavatel v rozkladu namítá, že v případě tzv. „karlovarské losovačky“, v níž Úřad uložil pokutu ve výši 500 000 Kč, přestože se jednalo o veřejnou zakázku v hodnotě cca 1 mld. Kč (tj. přibližně patnáctinásobek hodnoty veřejné zakázky). Nyní v obdobném případě Úřad uložil pokutu 200 000 Kč, aniž by však bylo zřejmé, z jakého důvodu činí Úřad rozdíly mezi těmito obdobnými případy.
90. K tomuto uvádím, že aby mohla uložená pokuta plnit funkce represivní a preventivní, musí dosahovat určité výše v absolutním vyjádření. Nelze přihlížet pouze k procentuálnímu vyjádření výše konkrétní pokuty vzhledem k horní hranici maximální možné výše pokuty. V šetřené věci jsem dospěl ke stejnému závěru jako Úřad, že pokuta ve výši 200 000 Kč plní obě zmíněné funkce, přičemž nižší pokuta by tyto funkce dostatečně neplnila. Pro doplnění k tomu uvádím, že horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) dosahuje po zaokrouhlení výše 3 254 297 Kč.
91. K námitce rozpornosti tvrzení Úřadu, kdy v bodě 86. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že omezení počtu zájemců losováním *„nenaplnilo alespoň minimální předpoklad transparentnosti“* a konstatování v bodě 49. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že *„zadavatel podstatnou část podmínek uvedených výše naplnil“* uvádím, že podmínky, na které zde Úřad odkazoval, byly vyjmenováním požadavků § 61 odst. 4 a 5 zákona v bodu 48. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Podstatná část podmínek tam uvedených byla zadavatelem skutečně splněna, právě však požadavek na soulad se zásadami uvedenými v § 6 zákona splněn nebyl a dle slov Úřadu nebyl naplněn *„alespoň minimální předpoklad transparentnosti“*. Úřad si tak ve svých konstatováních v odůvodnění napadeného rozhodnutí neodporuje, naopak jeho tvrzení na sebe logicky navazují a jsou ve vzájemném souladu.
92. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí dostatečně zhodnotil způsob spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a rovněž i okolnosti, za nichž byl tento delikt spáchán. Závěr Úřadu o nelikvidační výši stanovené pokuty je správný a zákonný, protože při stanovení výše pokuty přihlédl k ekonomické situaci zadavatele. Úřad stanovil výši pokuty tak, aby byly naplněny obě její funkce, tedy funkce preventivní i funkce represivní. S ohledem na uvedené skutečnosti považuji postup Úřadu při určení výměry pokuty za správný a zákonný, neboť Úřad postupoval v souladu s § 121 odst. 2 zákona i se zásadami správního trestání.

## **VI. Závěr**

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

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

## POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží:**

JUDr. Jaromír Bláha, Advokátní kancelář Němec, Bláha & Navrátilová, s.r.o., Prvního pluku 206/7,  
186 00 Praha 8

### **Vypraveno dne:**

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