



ČESKÁ REPUBLIKA

## ROZSUDEK

# JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu Mgr. Milana Procházky a soudců JUDr. Viktora Kučery a JUDr. Petra Polácha v právní věci žalobce: **město Kostelec nad Labem**, se sídlem nám. Komenského 1, Kostelec nad Labem, zast. JUDr. Janou Novákovou, advokátkou se sídlem Neratovická 218, Kostelec nad Labem, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 9. 12. 2013, č. j. ÚOHS-R319/2012/VZ-23996/2013/310/MMI, ve věci správního deliktu zadavatele (žalobce),

### t a k t o :

- I. Žaloba **se zamítá**.
- II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **se nepřiznává** právo na náhradu nákladů řízení.

### O d ů v o d n ě n í :

#### I. Vymezení věci

Žalobce se podanou žalobou domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí předsedy žalovaného (dále jen „žalovaný“), kterým byl ve výroku:

- ad I. zamítnut rozklad žalobce a potvrzeno napadené rozhodnutí žalovaného jako správního orgánu I. stupně (dále jen „správní orgán I. stupně“) ze dne 22. 10. 2012, č. j. ÚOHS-S15/2012/VZ-5316/2012/530/PPo, v části výroku I., podle kterého se žalobce z pozice zadavatele dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon o veřejných zakázkách), a to tím, že: „nedodržel postup stanovený v ustanovení § 61 odst. 4 citovaného zákona v návaznosti na ustanovení § 6 citovaného zákona, když losování dne 11. 4. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel dne 7. 6. 2011 smlouvu na veřejnou zakázku“;
- ad II. bylo rozkladem napadené rozhodnutí správního orgánu I. stupně v části výroku II. změněno tak, že původně uložená pokuta ve výši 400 000 Kč byla snížena na 100 000 Kč.

Žalovaný tak ve vztahu k výroku o vině potvrdil závěry správního orgánu I. stupně; ve vztahu k výroku o trestu pak přistoupil ke změně prvostupňového rozhodnutí a původně uloženou pokutu výrazně snížil.

Oba rozhodující správní orgány přitom vycházely ze závěrů správního (sankčního) řízení, jejichž podstata primárně vychází ze závěrů znaleckého posudku a stojí na tom, že elektronické zařízení – konkrétně notebook *Acer TravelMate 5542 P344G50Mnss S/N: LXTZG020030352FFD51601* – použité podle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách k omezení počtu zájemců v rámci podlimitní veřejné zakázky s názvem: „*Volnočasové centrum Kostelec nad Labem*“, zadávané v užším řízení, bylo manipulovatelné, resp. cíleně vytvořené k manipulaci s výsledky losování. Uvedené elektronické 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. Možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast a tím i výsledek zadávacího řízení, přičemž pověření jiného subjektu – zde: společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o. – k administraci v daném zadávacím řízení na uvedeném nic nemění a nezabavuje zadavatele odpovědnosti za transparentní průběh zadávacího řízení (§ 151 odst. 1 a 3 zákona o veřejných zakázkách).

## II. Žaloba

Žalobce (v části II. žaloby) stručně zrekapituloval, na základě jakých zjištění dospěl žalovaný k napadenému rozhodnutí a v této souvislosti poukázal na to, že dle tvrzení žalovaného byl předmětem znaleckého zkoumání notebook *Acer TravelMate 5542 p/n: PEW56 S/N: LXTZG020030352FFD51601*. Naproti tomu z písemného vyjádření společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o. pro Policii ČR žalovaný zjistil, že losovacím zařízením využívaným k omezení počtu zájemců od března roku 2011 do 12. 7. 2011 byl notebook *Acer TravelMate 5542 - P344G50Mnss S/N: LXTZG020030352FFD51601*. Dle žalobce se tedy jedná o dva rozdílné notebooky.

V další části (pod bodem III. žaloby) předestřel žalobce zbývající žalobní body, které lze shrnout následujícím způsobem. Předně žalobce uvedl, že z napadeného rozhodnutí, jakož i jemu předcházejícího rozhodnutí, není zřejmé, jakou konkrétní povinnost žalobce porušil; nelze pouze vyslovit porušení zásady transparentnosti bez toho, že by bylo konstatováno, jakým konkrétním jednáním či opomenutím se toho zadavatel dopustil.

Dále se žalobce zabýval výkladem pojmu transparentnost a v tomto kontextu vyjádřil přesvědčení, že k porušení zásady transparentnosti nedošlo. Žalovaný dle žalobce pracuje v režimu kolektivní viny, vychází-li z toho, že pokud policie odebrala dne 12. 7. 2011 notebook (Acer TaravelMate 5542), o němž bylo následně zjištěno (ze znaleckého posudku ze dne 1. 12. 2011), že umožňuje manipulaci výsledků losování, tak všechna předchozí losování byla ovlivněna, a proto jsou netransparentní. Uvedený závěr je dle žalobce neudržitelný, neboť mezi losováním pro žalobce dne 11. 4. 2011 a vyhotovením znaleckého posudku uplynulo více jak 7 měsíců a mezi losováním a převzetím losovacího zařízení ze strany policie uplynuly 3 měsíce. Jediným důkazem pro konstatování netransparentnosti předmětného losování slouží právě znalecký posudek, který uvádí, jakým způsobem lze provádět manipulaci, vč. závěru o existenci předem připraveného souboru o přesně dané struktuře s tím, že obsahuje IČ subjektů, která mají být vylosována a které také poté vylosuje. Žalobce proto navrhl provedení důkazů, které by potvrdily existenci takových souborů v elektronickém losovacím zařízení použitým dne 11. 4. 2011. Žalovaný však nejen, že navrhované důkazy neprovedl, ale neprovedl ani důkaz směřující k tomu, zda takové soubory – v souvislosti se žalobcem – existovaly v okamžiku vypracování znaleckého posudku potažmo v okamžiku zabránění věci Policií ČR.

V další části žaloby namítl žalobce rozpor napadeného rozhodnutí žalovaného s jeho předchozí rozhodovací činností, a sice s rozhodnutím pod č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-2032/2011/520/JHL, v němž mj. odkazuje na neexistenci zákonné povinnosti zadavatele nechat předmětné losovací zařízení přezkoušet či certifikovat. Současně poukázal též na rozpor s rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012, č. j.: 7 Afs 31/2012 – 55, z něhož obsáhle citoval a dovodil, že v daném případě bylo nutné též zkoumat, zda existuje kombinace skutečností, které v průběhu losování nastaly a které vyvolávají pochybnosti o transparentnosti průběhu losování. Naproti tomu žalovaný omezil shledání netransparentnosti toliko v tom směru, že 3 měsíce po losování bylo policií zabráno losovací zařízení, které zřejmě bylo použito v souvislosti s losováním žalobce, o kterém bylo 7 měsíců poté zjištěno, že umožňuje manipulaci výsledků losování. S odkazem na citovaný rozsudek žalobce poukázal též na to, že nezákonné praktiky ohledně losování se vyvíjejí a vyjádřil pochybnost, zda dne 11. 4. 2011 měl znalcem uváděné funkce. Navrhl proto doplnění znaleckého posudku o informace, kdy byl losovací program modifikován, neboť je nutno prokázat, že existovala skutečná možnost, že bylo losování ovlivněno. Nestačí pouhá domněnka, že losovací program měl dne 11. 4. 2011 stejné funkce jako v době, kdy byl notebook s programem zabaven policií dne 12. 7. 2011. Žalovaný však navrhovaný důkaz nepřipustil, jak již bylo uvedeno výše.

Závěrem žalobce poznamenal, že o riziku, resp. možné netransparentnosti losování prostřednictvím použitého losovacího zařízení se měl možnost poprvé dozvědět až na základě žádosti policie ze dne 18. 10. 2011 s tím, že losovací zařízení ve vlastnictví osoby zastupující

zadavatele v zadávacím řízení (mandatáře) nepracují transparentně. Nelze proto vinit žalobce z toho, že daleko dříve – dne 7. 6. 2011 – podepsal smlouvu s vybraným uchazečem a že se tak dopustil předmětného správního deliktu. Losování provedené prostřednictvím elektronického zařízení dne 11. 4. 2011 bylo součástí zadávacího řízení, které pro žalobce zorganizovala odborná, profesionální společnost – Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o.; tato byla vybrána radou žalobce ze tří společností právě proto, aby měl žalobce jistotu, že celé zadávací řízení proběhne v souladu se zákonem.

S ohledem na vše výše uvedené žalobce (pod bodem V. žaloby) navrhl, aby krajský soud zrušil rozhodnutí žalovaného, jakož i jemu předcházející rozhodnutí správního orgánu I. stupně, a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

### III. Vyjádření žalovaného

Žalovaný ve vztahu k námitkám v žalobě souhrnně konstatoval, že není podstatné, zda skutečně k manipulaci s losováním došlo, ale rozhodující je pochybnost o řádnosti a férovosti losování, která vyvstane na základě určitých indicií. To se v daném případě stalo tím, že bylo znaleckým posudkem prokázáno, že předmětné losovací zařízení bylo záměrně uzpůsobeno k ovlivňování losování, což postačí k závěru o porušení zásady transparentnosti. 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 dle žalovaného dostatečně prokázána. Následně žalovaný stručně shrnul přehled judikatury vztahující se k zásadě transparentnosti a problematice losování (rozsudek zdejšího soudu sp. zn. 31 Ca 166/2005 a rozsudky Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 45/2010 a 7 Afs 31/2012) s tím, že možnosti, jakým způsobem má zjišťovat odůvodněnost pochybností o férovosti průběhu losování předestřel nejnověji Krajský soud v Brně v rozsudku pod č. j. 62 Af 31/2012 – 108 a následně Nejvyšší správní soud v rozsudku pod č. j. 1 Afs 64/2013 – 51; podle nich tak má žalovaný činit na základě „*sumarizace určitých indicií*“ a tyto indicie vycházejí z konkrétních okolností případu – předestřených shora.

Ve zbytku žalovaný pouze v krátkosti reagoval na další, dílčí námitky žalobce, jež rozporoval takto. K námitce žalobce, že se jedná o dva rozdílné notebooky, poukázal na zřejmou chybu v psaní v notářském zápisu (s nesprávným číselným označením 5442) s tím, že jde o jeden notebook (se správným číselným označením 5542). K námitce ohledně neuvedení konkrétní povinnosti, kterou žalobce porušil, žalovaný konstatoval, že žalobce porušil povinnost v § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, když losování neprovedl v souladu se zásadami uvedenými v § 6 téhož zákona. Povinností žalobce bylo zajistit, aby tyto zásady byly v průběhu zadávacího řízení dodrženy, což však neučinil. Následně uzavřel smlouvu s vítězným uchazečem, což je jeden ze znaků skutkové podstaty daného správního deliktu, která zde byla naplněna. A nic na tom nemění ani skutečnost, že si žalobce najal odbornou společnost na organizaci výběrového řízení, neboť je to žalobce v pozici zadavatele, kdo nese objektivní odpovědnost za průběh celého zadávacího řízení. K naplnění skutkové podstaty tak dochází bez ohledu na zavinění zadavatele – žalobce a ten se ji nemůže nikterak zprostit, ledaže by prokázal tvrzené liberační důvody, tedy, že objektivně vynaložil veškeré úsilí, aby porušení právní povinnosti zabránil. K tomu ovšem nedošlo, neboť pověřeni

jiného subjektu k provádění některých činností v rámci zadávacího řízení takovým liberačním důvodem být nemůže. Žalovaný proto navrhl, aby krajský soud žalobu v celém rozsahu zamítl.

#### IV. Replika žalobce

Žalobce v replice k vyjádření žalovaného zdůraznil především to, že žalovaný se účelově vyhýbá vysvětlení příčinné souvislosti mezi losováním žalobce a okamžikem modifikace losovacího zařízení, které by vedlo ke schopnosti manipulace s výsledky losování. Opakovaně přitom poukázal na časovou prodlevu mezi losováním a následným zabavením losovacího zařízení, resp. zpracováním znaleckého posudku. Stejně tak znovu připomněl, že ačkoli se toho domáhal, nebylo nikdy zjišťováno, zda soubory ovlivňující losování existovaly v okamžiku losování, resp. v okamžiku zabránění věci policií potažmo v okamžiku zpracování znaleckého posudku. A naopak zdůraznil, že není prokázáno, že notebook se softwarem uměl, v době losování žalobce dne 11. 4. 2011, provést manipulaci. Zopakoval rovněž, že v souladu se zákonem uzavřel s vítězným uchazečem smlouvu v době, kdy nevěděl ani vědět nemohl, že bude zjištěno, že předmětné losovací zařízení bylo cíleně vytvořeno způsobem, který umožňuje manipulaci výsledků losování.

#### V. Posouzení věci soudem

Napadené rozhodnutí žalovaného krajský soud přezkoumal v řízení podle části třetí, hlavy II, dílu 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), v mezích uplatněných žalobních bodů, ověřil přitom, zda rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (ex offio), a vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodnutí žalovaného, přičemž dospěl k závěru, že **žaloba není důvodná**.

Podstata celé věci stojí na posouzení odpovědnosti žalobce za správní delikt, který spočívá v netransparentním losování provedeném dne 11. 4. 2011 za účelem omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení zakázky označené jako „*Volnočasové centrum Kostelec nad Labem*“ a administrované třetí osobou: společností Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o., zastupující zadavatele – žalobce ve smyslu § 151 zákona o veřejných zakázkách.

Omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku podle náhodného výběru provedeného losem bylo upraveno v § 61 zákona o veřejných zakázkách od počátku účinnosti citovaného zákona dne 1. 7. 2006 až do dne 31. 3. 2012, přičemž smyslem tohoto specifického způsobu selekce mezi zájemci o zakázku bylo napomoci zadavateli a ulehčit mu situaci, kdy bylo přihlášeno větší množství zájemců – dodavatelů, kteří prokázali splnění kvalifikace.

V daném případě bylo zájemců celkem 17 a losem provedeným dne 11. 4. 2011 byl tento počet omezen, snížen na 5, a sice na: (1) společnost STAVEBNÍ FIRMA NEUMANN s. r. o., (2) společnost ŠNAJDR stavby Mělník, s. r. o., (3) společnost KONSTRUKTIS, a. s., (4) společnost NOVERA spol. s r. o. a (5) sdružení společností pod názvem Sdružení „SAPROS“. Z notářského zápisu, NZ 678/2011, N 703/2011, sepsaného notářskou kandidátkou Mgr. Markétou Kucejovou jménem JUDr. Heleny Divišové, notářky se sídlem v Hradci Králové, kterým byl osvědčen průběh losování, přitom vyplývá, že pro samotné

losování bylo použito „...elektronického zařízení, které tvoří programové vybavení, počítač a periférie. Programové vybavení tvoří losovací program běžící v prostředí „UNIFACE“ v licenci společnosti COMPUWARE. Autorizovanou instalaci provedla firma ZERON, s.r.o. Počítač je notebook ACER TravelMate 5442 s operačním systémem WINDOWS 7. Standardní počítač byl v rámci autorizované instalace uzpůsoben pro jednorázové využití – losování prostřednictvím losovacího programu v prostředí „UNIFACE“...“ (pozn. podtržení bylo – z důvodu lepší přehlednosti a porovnání – provedeno krajským soudem stejně jako v následujících případech).

Z předloženého spisového materiálu dále vyplývá, že s prvně jmenovanou společností – STAVEBNÍ FIRMA NEUMANN s. r. o. – uzavřel žalobce dne 7. 6. 2011 smlouvu o dílo, jejímž předmětem bylo zhotovení stavby „*Volnočasové centrum Kostelec nad Labem*“. Následně na základě výzev policie byl postupně vydán:

- dne 12. 7. 2011 “notebook Acer Travelmate 5542-P344G50Mnss S/N: LXTZG020030352FFD5160I” (viz opatření Policie ČR, Služby kriminální policie a vyšetřování, útvaru odhalování korupce a finanční kriminality – expozitura České Budějovice, ze dne 13. 7. 2011, č. j. OKFK-77-30/2011-200232);
- dne 16. 9. 2011 “notebook Acer Travelmate 5542, S/N: LXTZG0200310620595130I” (viz opatření Policie ČR, Služby kriminální policie a vyšetřování, útvaru odhalování korupce a finanční kriminality – expozitura České Budějovice, ze dne 19. 9. 2011, č. j. OKFK-77-60/2011-200232);
- dne 29. 9. 2011 “notebook HP model G62-b21EC, výr. č. 4CZ0411NWD” (viz opatření Policie ČR, Služby kriminální policie a vyšetřování, útvaru odhalování korupce a finanční kriminality – expozitura České Budějovice, ze dne 29. 9. 2011, č. j. OKFK-77-78/2011-200232);
- dne 18. 10. 2011 “notebook zn. Acer TRAVEL MATE 5542PEW 56, v č. LXTZG0C003109067DA160I” (viz opatření Policie ČR, Služby kriminální policie a vyšetřování, útvaru odhalování korupce a finanční kriminality – expozitura České Budějovice, ze dne 26. 10. 2011, č. j. OKFK-77-135/2011-200232).

Všechny shora specifikované notebooky byly vydány za účelem znaleckého zkoumání, které vyústilo ve znalecký posudek z oboru kybernetika, odvětví výpočetní technika, ze dne 1. 12. 2011, zpracovaný znaleckým ústavem Risk Analysis Consultants, s. r. o., pod č. j. 171-1.03.01.06-2011, jehož objednatelem byla Policie ČR, Služba kriminální policie a vyšetřování, útvar odhalování korupce a finanční kriminality – expozitura České Budějovice; k obsahu posudku se soud vyjádří později, nyní je podstaná specifikace použitého notebooku při losování dne 11. 4. 2011, neboť žalobce zpochybňuje jeho shodu s notebookem, který byl předmětem znaleckého zkoumání. Dle názoru žalobce se jednalo o dva rozdílné notebooky, což dovozuje z blíže neurčeného tvrzení žalovaného, že předmětem znaleckého zkoumání byl notebook Acer TravelMate 5542 p/n: PEW56 S/N: LXTZG020030352FFD5160I.

V. a) K nesprávnému označení notebooku použitého při losování

Jak je zřejmé ze shora uvedené rekapitulace postupného vydávání notebooků a následných opatření o přibrání znalce, resp. znaleckého ústavu Risk Analysis Consultants, s. r. o., žalobcem uváděný notebook typu Acer TravelMate 5542 vůbec policejnímu orgánu vydán nebyl. A byl-li tak citován v odůvodnění rozhodnutí žalovaného (bod 2.), jakož i v odůvodnění rozhodnutí správního orgánu I. stupně (bod 39.), lze se důvodně domnívat, že se jednalo o chybu v psaní, podobě jako v notářském zápise, kde sice není notebook specifikován výrobním číslem, ale jen typem “Acer TravelMate 5442”, přičemž správně má být “Acer TravelMate 5542”; s touto nesrovnalostí v označení použitého notebooku se k námitce žalobce oba správní orgány náležitě vypořádaly mj. i s odkazem na odpověď produktového manažera společnosti Acer, že notebook TravelMate 5442 nikdy neměla a daný produkt do ČR nedovezla (zjevně zde došlo k překlepu a záměně čísla 5 číslem 4). K tomu se také žalovaný vyjadřoval v rámci svého vyjádření k žalobě (pod bodem III. odůvodnění tohoto rozsudku). Ovšem sám žalovaný se, stejně jako správní orgán I. stupně, dopustil podobné chyby v psaní – administrativního překlepu při označení použitého notebooku, jež má pravděpodobně základ ve znaleckém posudku; v něm se v rubrice označené jako “2.1 Podklady pro vypracování posudku a evidence vzorků, A. Dodané objednatel” konstatuje mj. následující:

- “K opatření č. 1:  
1.1 Notebook zn. Acer TravelMate 5542 p/n: PEW56 S/N: LXTZG020030352FFD51601... pro potřeby znaleckého zkoumání byl notebook označen **171\_nb01**.
- K opatření č. 2:  
2.1 Notebook zn. Acer TravelMate 5542, S/N: LXTZG02003106205951601... pro potřeby znaleckého zkoumání byl notebook označen **171\_nb02**.
- K opatření č. 3:  
3.1 1 ks notebook HP model G62-b21EC, výr. č. 4CZ0411NWD... pro potřeby znaleckého zkoumání byl notebook označen **171\_nb03**.
- K opatření č. 4:  
4.1 1 ks notebook zn. Acer TRAVEL MATE 5542 PEW 56, v. č. LTXTZG0C003109067DA1601... pro potřeby znaleckého zkoumání byl notebook označen **171\_nb04**.”

Z uvedeného je jasné, že policii byly vydány 4 notebooky, z toho 3 značky Acer, typu TravelMate 5542, přičemž všechny byly správně označeny, resp. následovaly své označení tak, jak bylo uvedeno v jednotlivých opatřeních o přibrání shora jmenovaného znaleckého ústavu, a to s výjimkou prvního uvedeného notebooku Acer. U tohoto notebooku bylo před výrobním číslem namísto označení “**P344G50Mnss**” použito označení “**p/n: PEW56**” patřící poslednímu čtvrtému notebooku téže značky – v podrobnostech viz výše. Jedná se tedy o zřejmou nesprávnost spočívající v chybě v psaní při označování jednoho z notebooků, která je s ohledem na lidský faktor plně pochopitelná a která nikterak nedokládá, že by se v daném případě mělo jednat o dva různé notebooky, jak poukazuje žalobce, tj.:

- (i) Acer TravelMate 5542 **p/n: PEW56 S/N: LXTZG020030352FFD51601** a
- (ii) Acer TravelMate 5542-**P344G50Mnss S/N: LXTZG020030352FFD51601**.

První z takto označených notebooků neexistoval, resp. nebyl policii vůbec vydán; jednalo se o druhý z uvedených notebooků s tím, že ze strany obou rozhodujících správních orgánů zde došlo toliko k administrativnímu pochybení v podobě nesprávného označení téhož notebooku, což dokládá i vyjádření, resp. zpráva společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o. ze dne 12. 9. 2011 podaná policii podle § 8 odst. 1 trestního řádu (tedy podaná ještě v době před vydáním zbývajících 3 notebooků).

Z této zprávy se podává, že v souvislosti s administrací veřejných zakázek společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o. využila dvě zařízení, přičemž první z nich "Notebook Acer Travelmate 5542-P344G50Mnss S/N: LXTZG020030352FFD51601" bylo využíváno od března 2011 do 12. 7. 2011 a druhé losovací zařízení "Notebook Acer Travelmate 5542-P344G50Mnss S/N: LXTZG02003106205951601" je využíváno od 13. 7. 2011 doposud. Rovněž ve zbytku odůvodnění obou rozhodnutí již správní orgány pracují se správným označením daného notebooku (srov. body 8., 27., 28. a 35. v odůvodnění rozhodnutí žalovaného a bod 37. v odůvodnění rozhodnutí správního orgánu I. stupně) a odkazují mj. právě na shora citovanou zprávu podanou jmenovanou společností.

Lze tedy uzavřít, že v rozhodném období pokrývajícím i losování v souzené věci (duben 2011) byl využíván tentýž notebook, který byl posléze jako první vydán policii a který byl také předmětem znaleckého zkoumání s označením "171\_nb01". Ostatně žalobce toto ani nijak nezpochyboval, netvrdil, že by např. existoval další, pátý notebook, který byl využit k losování a následně nebyl znalecky zkoumán. Žalobce v žalobě pouze upozornil na nesrovnalosti v označení příslušného notebooku a jeho námitku je tak možné s ohledem na vše výše uvedené označit za nedůvodnou.

#### V. b) K neuvedení konkrétní povinnosti porušené žalobcem

V další žalobní námitce žalobce napadal, že není zřejmé, jakou konkrétní povinnost porušil, resp. jakého konkrétního jednání či opomenutí se dopustil. Ani tuto námitku krajský soud neshledal důvodnou a pouze v krátkosti k ní konstatuje, že v daném případě je ve výroku I. rozhodnutí správního orgánu I. stupně specifikován správní delikt žalobce v pozici zadavatele dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jehož se zadavatel dopustí tím, že: „nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku“.

Jedná se o tzv. odkazující skutkovou podstatu dovolávající se samotného zákona o veřejných zakázkách a o právní kvalifikaci tak podle názoru soudu není pochyb. Stejně tak není pochyb ani o tom, jakou konkrétní povinnost žalobce porušil, pokud je přímo ve výroku I. rozhodnutí správního orgánu I. stupně odkazováno na nedodržení postupu podle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na § 6 téhož zákona, konkrétně v návaznosti na zásadu transparentnosti. Je tedy evidentní, že se ze strany zadavatele jednalo o porušení povinnosti zajistit transparentní losování prostřednictvím elektronického zařízení, což lze dovodit také ze znění § 61 odst. 4, věty druhé, zákona o veřejných zakázkách, dle které: „[l]osování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6...“. Ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách upravuje základní zásady postupu zadavatele



(zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace) a povinnost zajistit transparentní losování tak nepochybně patří, resp. patřila mezi univerzální povinnosti každého veřejného zadavatele, který v praxi přistoupil k omezení počtu zájemců na základě náhodného výběru provedeného losem.

Zmíněná zásada transparentnosti je přitom porušena, pokud panují pochybnosti o řádnosti a férovosti v postupu zadavatele, a to na základě konkrétních skutkových okolností. Tyto okolnosti mohou být velmi rozmanité a různorodé, přičemž jejich společným jmenovatelem musí být vždy to, že indikují netransparentnost losování. Ostatně jak již judikoval Nejvyšší správní soud – samotný pojem „transparentnosti“ se vyznačuje obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti jakákoliv konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat; viz rozsudek ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 – 159, publ. pod č. 2189/2011 Sb. NSS.

#### *V. c) K porušení zásady transparentnosti při losování*

Gros argumentace žalobce se vztahuje právě ke zmíněné zásadě transparentnosti při losování, ke které již judikatura správních soudů řekla mnohé. Především vyšla z toho, že pojem transparentnosti je pojmem pružným a schopným reagovat na nejrůznější skutkové situace, které mohou nastat – viz výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu pod č. j. 1 Afs 45/2010 – 159. Současně judikatura potvrdila, že pružnost pojmu transparentnost předpokládá též vývoj v závislosti na proměňujících se protizákonných praktikách a že pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu přitom může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo. Pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově – srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 – 53, publ. pod č. 2714/2012 Sb. NSS.

Z posledně uvedeného rozsudku, jakož i z další relevantní judikatury, např. rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 – 108, a následného rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 – 49, lze dále dovodit, 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.

V daném případě se zadavatel – žalobce v souladu s § 151 zákona o veřejných zakázkách nechal zastoupit jinou osobou, a to společností Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o. Pod kuratelou této společnosti přitom proběhly úkony související s losováním, jak je zřejmé z notářského zápisu NZ 678/2011, N 703/2011 osvědčujícího průběh losování (a sepsaného notářskou kandidátkou Mgr. Markétou Kucejovou pověřenou notářkou JUDr. Helenou Divišovou). Skutečnost, že samotné losování pro společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o. zajišťovala jiná společnost – KLERIS CZ a. s. prostřednictvím místopředsedkyně představenstva této společnosti Ing. Michaely Kristové (na základě smlouvy o spolupráci při technickém zajištění omezení počtu zájemců v užším řízení ze dne 20. 1. 2011) není podstatná. Podstatné je to, že při losování byl využit počítač typu *Acer TravelMate 5542*, konkrétně *P344G50Mnss S/N: LXTZG020030352FFD51601*, což vyplývá

z notářského zápisu ve spojení se shora citovaným vyjádřením – zprávou ze dne 12. 9. 2011 podanou policii právě společností Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o. Zde je jednoznačně potvrzeno využívání uvedeného notebooku společností Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o. v souvislosti s administrací veřejných zakázek od března roku 2011 do 12. 7. 2011, tj. do jeho vydání a následného zajištění ze strany policie.

Předmětný notebook byl zajištěn (a zapečetěn) pro účely trestního řízení, v němž byl posléze předmětem znaleckého zkoumání, přičemž ze znaleckého posudku č. j. 171-1.03.01.06-2011, ze dne 1. 12. 2011, zpracovaného společností Risk Analysis Consultants, s. r. o., znaleckým ústavem v oboru kybernetika, odvětví výpočetní technika, plyne, že tento notebook obsahoval losovací software – program uzpůsobený k manipulaci losování. V podrobnostech soud odkazuje na obsáhlý znalecký posudek, z něhož je ve vztahu k programu losování podstatné především shrnutí nálezů v části 3.2., z níž je zřejmé, že tento program vedle základní funkcionality obsahoval i další funkcionalitu, která nebyla v popisu činnosti programu nijak deklarována a která umožňovala nekorektní, zmanipulované losování.

Jinými slovy – vedle standardního módu činnosti, tj. korektního, náhodného losování, umožňoval losovací program i činnost v nestandardním módu zajišťujícím manipulaci losování. Losovací zařízení tak nejen, že nebylo zabezpečeno před případnou manipulací, ale bylo k ní přímo uzpůsobeno, přičemž způsob ovlivnění výsledků popsal zpracovatel posudku v jeho závěru, v části 4. nazvané „Znalecké závěry a odpovědi na položené otázky“, kde ve vztahu k notebooku označenému jako „171\_nb01“ podal na otázku 4 odpověď, kterou lze pro ilustraci celou citovat:

*„Zkoumané losovací zařízení je cíleně vytvořeno tak, aby umožňovalo předem připravenou manipulaci s výsledky losování.*

*Výsledek losování lze zmanipulovat pomocí předem připraveného souboru. Tento soubor musí mít název „uconfig.ini“ a musí být před losováním umístěn v adresáři „c:\Temp“. Tento soubor musí mít přesně danou strukturu a obsahuje IČ subjektů, které mají být vylosovány. Losovací program si potom z tohoto předem připraveného souboru přečte IČ subjektů, které mají být vylosovány a tyto subjekty následně i vylosuje.*

*Manipulace losováním je dobře maskována a nezasvěcený pozorovatel nepozná, že se nejedná o náhodné losování, ale o předem připravenou manipulaci. Cíleným ovládním programu přepne obsluha po provedení demonstračních procesů, které probíhají korektně, program do módu zmanipulovaného losování a toto losování realizuje jako finální. Přepnutí mezi režimy (korektní náhodné losování a zmanipulované losování) se děje (i opakovaným) stiskem „Vymazání losování“ a navolený režim je identifikován pouze malou tečkou (nachází se pod tlačítkem „Tisk protokolu“), která se objevuje nebo mizí na obrazovce programu podle módu, do kterého je program přepnut. Navíc je tato tečka prakticky viditelná pouze na monitoru počítače, protože promítáním pomocí datového projektoru se snižuje kontrast a kvalita obrazu a na promítacím plátně je tato tečka zpravidla nepostřehnutelná.*

*Program je také ošetřen proti potenciálnímu následnému zkoumání a důsledně maže všechny pomocné soubory, které pro manipulaci losování používá. Hned po spuštění programu se obsah předem připraveného souboru „uconfig.ini“ načte do paměti počítače a na disku počítače se obsah tohoto souboru nenávratně vymaže. Tím je výrazně snížena pravděpodobnost odhalení manipulace losování.“*

Za této situace, kdy je samo losovací zařízení, resp. notebook jako jeho hlavní součást (vedle tiskárny a datového projektoru) zpochybněn takovým způsobem jako je tomu v uvedeném znaleckém posudku, který je v tomto ohledu nepochybně klíčovým důkazem, tedy soud souhlasí se závěry žalovaného potažmo správního orgánu I. stupně. A dodává, že znalecký posudek byl v tomto směru nejen důkazem klíčovým, ale také důkazem dostatečným a provedené dokazování nebylo v tomto ohledu nutno dále doplňovat.

Jak již bylo uvedeno – notebook losovacího zařízení nebyl nijak zabezpečen. A vice versa obsahoval losovací program s funkcionalitou pro losování v módu podle předem daného výběru. Umožňoval tudíž reálnou manipulaci, což pro důvodné pochybnosti o transparentnosti provedeného losování plně postačuje a dalšího dokazování tak nebylo třeba. Nehledě na to, že by ani nebylo možné, pokud použitý program důsledně maže všechny pomocné soubory, jak je popsáno ve znaleckém posudku. Navíc samotné předchozí nahrání takového souboru by již znamenalo pravděpodobnost manipulace hraničící s jistotou; prokázání manipulace však není nezbytné, postačí pouhá pochybnost, jak plyne ze shora citované judikatury. A tato pochybnost v souzené věci byla dostatečně přítomná a silná natolik, aby zpochybnila transparentnost provedeného losování.

Podle názoru soudu je rozhodné, že již v důsledku nestandardní funkcionality losovacího programu umožňující modifikované losování jsou dány pochybnosti o transparentnosti losování a nic na nich nemění ani žalobcem namítaná časová prodleva mezi losováním (duben 2011) a zajištěním notebooku (červenec 2011), resp. zpracováním znaleckého posudku (prosinec 2011). Ve světle všech výše uvedených skutečností je totiž zřejmé, že použitý notebook obsahoval losovací software – program a tento program umožňoval manipulovatelnost losování. Ostatně žalobce ani nic jiného netvrdí a neuvádí např., že v rozhodném období – duben 2011 – používal losovací program jiný, umožňující toliko korektní losování. Žádné takové tvrzení či jiná indicie zpochybňující závěry žalovaného vznesena nebyla a ani ze spisového materiálu nevyvstala. Navíc ze zprávy společnosti Inženýrské služby Hradec Králové s. r. o. ze dne 12. 9. 2011 je potvrzeno, že předmětný notebook byl instalován od ledna 2011 ve zkušebním provozu do zahájení jeho využívání, tedy do března 2011, tzn., že minimálně od tohoto data musel být instalován také předmětný losovací program.

K žalobcem namítanému rozporu napadeného rozhodnutí žalovaného s jeho předchozí praxí, konkrétně s rozhodnutím pod č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-2032/2011/520/JHL, soud již jen v krátkosti konstatuje, že se jedná o věc společnosti ALPINE Bau s. r. o., jejíž návrh na přezkoumání úkonů zadavatele byl zamítnut, což bylo posléze potvrzeno rozhodnutím předsedy žalovaného pod č. j. ÚOHS-R10/2012/VZ-9898/2012/310/PSe; toto rozhodnutí však v mezidobí bylo zrušeno rozsudkem Krajského soudu ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 – 108, což posléze potvrdil i Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 – 49. Oba citované rozsudky přitom byly v rámci přehledu relevantní judikatury již zmíněny a stojí v podstatě na stejných obecných závěrech ohledně transparentnosti losování. Nelze se proto odkazovat na předchozí rozhodovací praxi žalovaného, která při následném soudním přezkumu neobstála, navíc za situace, kdy oba zmíněné rozsudky tvoří relevantní judikaturu zmíněnou shora, ze které zdejší soud v obecné rovině vycházel.

Současně je však třeba zdůraznit, že ve věci ALPIENE Bau s. r. o. byly dány jiné skutkové okolnosti a ve své podstatě se jednalo o posouzení otázky transparentnosti losování v závislosti na posouzení dílčích prvků losovacího procesu – notářského zápisu, zprávy o zkoušce losovacího zařízení a především kontroly losovacího zařízení, resp. prostředků sloužících k losování (zadavatel zde před provedením losování odmítl provést změnu čísel, jež byla jednotlivým zájemcům předem přidělena). Závěry plynoucí z těchto konkrétních skutkových zjištění v dané věci tedy nelze zjednodušeně přenášet též na nyní souzenou věc.

A obdobně to platí i pro žalobcem namítaný – a rovněž v rámci relevantní judikatury shora zmíněný – rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 – 55, z něhož žalobce dovozuje, že je nutno zkoumat, zda existuje kombinace skutečností, které v průběhu losování nastaly a které vyvolávají pochybnosti o transparentnosti průběhu losování. K tomu krajský soud konstatuje, že v každém jednotlivém případě jde o skutečnosti zcela specifické, poplatné individuálním okolnostem každé věci, pro jejíž správné posouzení je vždy podstatné, zda právě tyto okolnosti vyvolávají pochybnosti o korektnosti a fair průběhu losování. A takové pochybnosti zde dle názoru krajského soudu jednoznačně byly, jakkoli pramenily nikoli z kombinace více skutečností, ale de facto i de iure ze skutečnosti jediné a tou je závěr znaleckého posudku ohledně manipulovatelnosti losovacího programu v notebooku, u kterého bylo potvrzeno jeho užívání v období od března 2011 do 12. 7. 2011, tj. v době, kdy probíhalo též předmětné losování (dne 11. 4. 2011).

Na základě toho jsou tedy dány dostatečné pochybnosti v tom smyslu, že existovala reálná možnost losování ovlivnit (a zda se tak skutečně stalo, není pro přijetí závěru o porušení zásady transparentnosti podstatné – viz výše).

#### *V. d) K ostatním okolnostem odpovědnosti žalobce za správní delikt*

Žalobce je tedy odpovědný za správní delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 6 zákona o veřejných zakázkách a není podstatné, že v době podepsání smlouvy na veřejnou zakázku o možné manipulovatelnosti losování nevěděl, resp. že se to dověděl až posléze na základě žádosti policie ze dne 18. 10. 2011.

Uzavření smlouvy je znakem skutkové podstaty předmětného deliktu, která byla naplněna, což je plně přičitatelné žalobci jako zadavateli veřejné zakázky. Je to totiž především zadavatel, kdo odpovídá za transparentnost celé veřejné zakázky, včetně všech úkonů, které provádí on nebo jím pověřená osoba. To znamená, že ani skutečnost, že žalobce k administraci veřejné zakázky využil třetí osobu: společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o., kterou se nechal v zadávacím řízení zastoupit v souladu s § 151 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, jeho odpovědnost za správní delikt nijak nevyklučuje. Navíc § 151 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách přímo stanoví, že zastoupením zadavatele jinou osobou podle odst. 1 „není dotčena odpovědnost zadavatele za dodržování tohoto zákona“.

V praxi se zadavatelé často nechávají zastupovat společnostmi, které za ně „zadají“ veřejnou zakázku, což je výhodné zejména pro zadavatele, který nemá zkušenosti se zadáváním, jako jsou např. malé obce. Avšak tato výhoda s sebou nese i nevýhodu, resp.

riziko toho, že za zadávání veřejné zakázky stejně odpovídá zadavatel. A jeho jedinou možností, jak se své odpovědnosti zprostit, je prokázání toho, že vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil (§ 121 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách). Tímto způsobem se lze tedy z objektivní odpovědnosti zadavatele zprostit = liberovat, což ovšem nemůže spočívat v přenesení odpovědnosti na třetí osobu zastupující zadavatele v zadávacím řízení, jak správně uvedl žalovaný. Tímto by byl zcela popřen smysl a účel ustanovení § 151 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, jež jednoznačně stanoví, že veřejnoprávní odpovědnost za porušení uvedeného zákona má vždy zadavatel, a to i přesto, že určitý úkon/úkony učinil právě jeho zástupce.

Lze proto shrnout, že žalobce se své odpovědnosti za spáchání daného správního deliktu nezprostil a domnívá-li se, že nese veřejnoprávní odpovědnost za protiprávní jednání jiné osoby, pak vůči této osobě nepochybně mohl uplatnit nárok na náhradu škody (spočívající např. v pokutě, kterou musel uhradit). Ostatně sám ve stanovisku ze dne 16. 2. 2010, které adresoval správnímu orgánu I. stupně, uvedl, že společnost, kterou rada města vybrala, aby ho zastupovala v zadávacím řízení, měla nejlépe zpracovanou odpovědnost za škodu, včetně odpovědnosti za případné majetkové sankce (a odkázal přitom na mandátní smlouvu uzavřenou se společností Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o. ze dne 8. 3. 2011).

#### **VI. Závěr a náklady řízení**

Na základě všech shora uvedených skutečností lze tedy uzavřít, že soud žádnou z námitek žalobce neshledal důvodnou, a proto v souladu s ustanovením § 78 odst. 7 s. ř. s. žalobu jako nedůvodnou zamítl.

O náhradě nákladů řízení krajský soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní agendy nevznikly.

**P o u č e n í :** Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 18. 2. 2016

Za správnost vyhotovení:  
Jaroslava Předešlá

Mgr. Milan Procházka, v.r.  
předseda senátu