

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně Mgr. Jany Brothánkové a soudců JUDr. Petra Průchy a JUDr. Tomáše Langáška v právní věci žalobce: **Obec Svijany**, se sídlem Svijany 71, zastoupen JUDr. Jiřím Stránským, advokátem, se sídlem Husova 602, 511 01 Turnov, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno, týkající se žaloby proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 9. 12. 2013, č. j. ÚOHS-R301/2012/VZ-23985/2013/310/MMl, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 25. 2. 2016, č. j. 29 Af 7/2014 – 53,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

III. Žalovanému **se** náhrada nákladů řízení **nepřiznává.**

Odůvodnění:

I.
Vymezení věci

[1] Žalovaný rozhodnutím č. j. ÚOHS-S39/2012/VZ-19498/2012/521/JHn ze dne 17. 10. 2012 rozhodl tak, že žalobce se v souvislosti s veřejnou zakázkou „Výstavba kanalizace Svijany“ zadávanou v užším řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému veřejných zakázek uveřejněno pod ev. č. 60059838, dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), jelikož nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 ve spojení s § 6

zákona o veřejných zakázkách, když losování dne 2. 6. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 22. 7. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Za uvedený správní delikt mu byla uložena pokuta ve výši 150 000 Kč. Skutkovou podstatu správního deliktu naplnil žalobce tím, že elektronické losování, kterým byl omezen počet zájemců pro účast v užším řízení, provedl za pomoci počítačového programu umožňujícího skrytou manipulaci výsledků losování. Tato skutečnost bez dalšího způsobuje, že postup zadavatele je netransparentní. Rozhodnutím ze dne 9. 12. 2013, č. j. ÚOHS-R301/2012/VZ-23985/2013/310/MMl, předseda žalovaného zamítl rozklad žalobce a výše uvedené rozhodnutí potvrdil, přičemž snížil uloženou pokutu na 75.000 Kč. Ve vztahu k odpovědnosti žalobce za spáchání správního deliktu se ztotožnil právním posouzením orgánu prvního stupně.

[2] Toto rozhodnutí napadl žalobce žalobou u Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“). Namítal, že jednal regulérně, jelikož losování za něj prováděla společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o., ve spolupráci s notářskou kanceláří JUDr. Čírtkové. Žalobce nemá ani nejmenší znalost o elektronických losovacích zařízeních, nedovede si proto představit, jak by mohl zajistit zcela neovlivnitelné losování. V daném případě nebyl prokázán vztah mezi údajným porušením právní povinnosti (možnost manipulace losování) a zaviněním žalobce, který předmětnou činnost delegoval na výše uvedenou společnost. Ze znaleckého posudku ani z napadeného rozhodnutí nevyplývá, zda skutečně došlo k manipulaci a v čí prospěch mělo být losování zmanipulované. Tyto skutečnosti měly být předmětem dokazování. Pokud zde existuje pouze jakási domněnka, že losování mohlo být zmanipulované, vzhledem k sankční povaze napadeného rozhodnutí je třeba použít analogii s trestním právem, a v pochybnostech rozhodnout ve prospěch žalobce.

[3] Krajský soud rozsudkem ze dne 25. 2. 2016, č. j. 29 Af 7/2014 – 53 (dále jen „napadený rozsudek“), žalobu jako nedůvodnou zamítl. Uvedl, že povinnost zajistit transparentní losování nepochybně patřila mezi univerzální povinnosti každého veřejného zadavatele, který přistoupil k omezení počtu zájemců na základě náhodného výběru provedeného losem. Pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti 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). Je především na zadavateli, aby zajistil transparentnost úkonů, které on sám nebo jím pověřená osoba provádí. Ze znaleckého posudku ze dne 1. 12. 2011, č. j. 171-1.03.01.06-2011, který je ve věci stěžejním důkazem, jednoznačně vyplývá, že použitý losovací program umožňoval (vedle standardního módu činnosti, tj. korektního, náhodného losování) i činnost v nestandardním módu zajišťujícím manipulaci losování. Losovací zařízení tak nejen, že nebylo zabezpečeno před případnou manipulací, ale bylo k ní přímo uzpůsobeno. Tato skutečnost pro důvodné pochybnosti o transparentnosti provedeného losování plně postačuje. Ověřit, zda k manipulaci skutečně došlo, navíc není dost dobře možné, jelikož použitý program důsledně maže všechny pomocné soubory, které byly k případné manipulaci použity.

[4] Skutečnost, že se žalobce při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením nechá zastoupit jinou osobou, jej dle § 151 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách nezbavuje odpovědnosti za dodržování zákona (tedy též např. i požadavku transparentního průběhu zadávacího řízení). Odpovědnost zadavatele je dle zákona odpovědností objektivní. Jedinou možností, jak se může zadavatel odpovědnosti zprostit, je prokázat vynaložení veškerého úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil (§ 121 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách). To ovšem nemůže spočívat v přenesení odpovědnosti na třetí osobu zastupující zadavatele v zadávacím řízení. Je tudíž zcela irelevantní, že nikdo v zastupitelstvu žalobce nerozumí elektronickým nástrojům použitým při losování, že při losování byla přítomna notářka, že žalobci byly předkládány certifikáty o použitých nástrojích, či že administrátorskou společnost neznal, přičemž tato byla na trhu etablována.

II.
Kasační stížnost, vyjádření žalovaného, replika žalobce

[5] Žalobce /stěžovatel/ napadl rozsudek krajského soudu kasační stížností. Namítá, že krajský soud soustavně poukazuje na zásadu transparentnosti, avšak neřeší, jak tuto zásadu posuzovat. Transparentnost lze přezkoumat spíše na materiálech pořízených v písemné podobě nebo na mechanickém losování. V posuzovaném případě nešlo o zásadní rozhodnutí o stanovení vítěze, ale o pouhé omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku.

[6] Stěžovatel je přesvědčen, že nepostupoval netransparentně, jelikož na něm nelze spravedlivě požadovat, aby si z opatrnosti opatřoval znalecké posudky na jednotlivé části hardwaru a jeho programového vybavení. V řízení bylo pouze prokázáno zavedení určité části programu, který mohl výsledky losování ovlivnit. Tato část programu je svého druhu virem, a lze ji velmi obtížně zjistit i při vynaložení veškeré péče. Samotné losování mohlo být zmanipulováno, ale také nemuselo být. Transparentnost lze zajistit běžnými prostředky, např. obchodním popisem losovacího přístroje. Stěžovateli naopak nelze vytýkat, že mohl vědět, že v objednaném losovacím zařízení je ilegálně zabudovaná část, která může být zneužita k manipulaci.

[7] Žalovaný ve svém vyjádření uvádí, že kasační stížnost nemá náležitosti dle § 106 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“), jelikož v něm není uvedeno, v jakém rozsahu a z jakých důvodů je rozsudek krajského soudu napaden. Stěžovatel pouze opakuje tvrzení, která uváděl již ve správním řízení a v žalobě, a která byla napadeným rozhodnutím i napadeným rozsudkem vypořádána. Žádný právní důvod nezákonnosti či nesprávnosti napadeného rozsudku neuvádí. Je tedy na místě podání odmítnout dle § 37 s. ř. s.

[8] K věci dále konstatuje, že zadavatel nese objektivní odpovědnost za celý průběh zadávacího řízení. Stěžovatel je tedy objektivně odpovědný za to, že losování v jeho zadávacím řízení neproběhlo v souladu se zákonem, tedy že při něm došlo k manipulaci. V daném případě bylo znaleckým posudkem prokázáno, že k losování byl použit program, který umožňuje nekorektní a zmanipulované losování. Znalecký posudek je relevantním důkazem ve smyslu § 51 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád.

[9] V replice stěžovatel opětovně polemizuje s tím, zda na něm lze spravedlivě požadovat, aby při zadání losování třetí osobě zkoumal objektivitu losovacího softwaru. Pokud soud dojde k závěru, že software umožňoval manipulaci losování, je nutné se zabývat tím, jakým způsobem se to mohl stěžovatel dozvědět.

III.
Posouzení kasační stížnosti

[10] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil zákonné náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že kasační stížnost byla podána včas, osobou oprávněnou, proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 zákona s. ř. s. přípustná. Poté Nejvyšší správní soud přezkoumal důvodnost kasační stížnosti v souladu s ustanovením § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů. Neshledal přitom vady podle § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

[11] Nejvyšší správní soud se neztotožnil se žalovaným, dle něhož kasační stížnost nesplňuje náležitosti § 106 odst. 1 s. ř. s. Z obsahu kasační stížnosti je zcela jasně patrné, že se stěžovatel domáhá zrušení napadeného rozsudku a napadeného rozhodnutí žalovaného, a to z důvodu nesprávného posouzení právní otázky ve smyslu § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. Má za to, že v zadávacím řízení neporušil zásadu transparentnosti, jelikož nebylo v jeho možnostech závadnost losovacího počítačového programu ani s vynaložením patřičného úsilí zjistit. Je pochopitelné, že tyto výhrady vznáší i v kasační stížnosti, když krajský soud je v napadeném rozsudku odmítl jako nedůvodné a postavil proti nim vlastní ucelenou argumentaci. Ostatně i sám žalovaný ve svém vyjádření s tvrzeními stěžovatele věcně polemizuje. Kasační stížnost tudíž nepochybně je meritorně projednatelná.

[12] Po přezkoumání kasační stížnosti dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že kasační stížnost **není** důvodná.

[13] Podle § 64 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách (ve znění do 31. 3. 2012) platilo, že *omezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií podle odstavce 2 nebo 4 uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení*.

[14] Dle § 61 odst. 4 citovaného zákona mohl být objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců rovněž *náhodný výběr provedený losem ... Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování*.

[15] Podle § 6 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel *povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace*.

[16] Výkladem pojmu transparentnost se v souvislosti s losováním zájemců o veřejnou zakázku Nejvyšší správní soud podrobně zabýval v rozsudku ze dne 15. 9. 2010,

č. j. 1 Afs 45/2010 – 159, publ. pod č. 2189/2011 Sb. NSS. V bodě 44 uvedl, že podmínkou dodržení zásady transparentnosti je *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. Tyto úvahy platí tím spíše v případě, kdy se přistoupí k losování, protože losování je úkon ze své povahy nepřezkoumatelný.*

[17] V rozsudku ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 – 55, publ. pod č. 2714/2012 Sb. NSS, poté uvedl, 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.* 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.

[18] Nejvyšší správní soud se v nedávné minulosti opakovaně zabýval případy, kdy byl zadavatel potrestán za stejný správní delikt, spočívající v provedení losování v rozporu se zásadou transparentnosti, přičemž provedení losování bylo zadáno stejné společnosti (Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o.) a samotné losování bylo uskutečněno shodným počítačovým programem, jako je tomu v posuzovaném případě. Nejvyšší správní soud se přitom ztotožnil s právními závěry krajského soudu, a ani nyní nemá důvod se od svého předchozího posouzení odchylovat.

[19] V rozsudku ze dne 27. 9. 2016, č. j. 1 As 77/2016 – 32, Nejvyšší správní soud výslovně uvedl, že *skutečnost, že v notebooku byl nainstalován program umožňující zmanipulovat jakékoliv losování, vyvolává pochybnosti o férovém průběhu všech losování, k nimž byl notebook se softwarem použit … Tyto pochybnosti jsou přitom natolik silné a opodstatněné, že je možno z nich ve smyslu výše citované judikatury vyvodit závěr o porušení zásady transparentnosti.*

[20] V rozsudku ze dne 25. 5. 2016, č. j. 4 As 68/2016 – 48, Nejvyšší správní soud za obdobné skutkové situace konstatoval, že *stěžovatel, coby zadavatel veřejné zakázky, nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách ve spojení s § 6 téhož zákona. To znamená, že neprovedl losování za účelem omezení počtu zájemců náhodným výběrem v souladu se zásadou transparentnosti… S ohledem na tyto závěry žalovaný, jeho předseda ani krajský soud nebyli povinni zabývat se otázkou, zda v předmětném okamžiku došlo k manipulaci s losováním, popřípadě, zda v předmětném okamžiku losovací zařízení umožňovalo manipulaci… Pro posouzení objektivní odpovědnosti stěžovatele je podstatné, že v softwarovém vybavení losovacího zařízení, použitého při losování, znalecký ústav zjistil losovací program umožňující manipulaci s losováním a absenci zabezpečení proti manipulaci. To samo o sobě vylučuje, aby mohlo být jakékoliv losování provedené na předmětném losovacím zařízení vnímáno jako transparentní. Stěžovatel mohl využít veškerých zákonných možností, aby zadávací řízení proběhlo v souladu se zásadou transparentnosti. Bez ohledu na to, že si sjednal služby administrátorské společnosti, si tak mohl stěžovatel vymínit odpovídající*

posouzení losovacího programu jiným odborným subjektem, popřípadě přísnější zabezpečení losovacího zařízení a kontrolu plnění požadavků.

[21] Z výše uvedeného vyplývá, že samotná skutečnost, že počítačový program použitý k losování umožňuje manipulovat jeho výsledky, zakládá rozpor se zásadou transparentnosti ve smyslu § 6 zákona o veřejných zakázkách. V posuzovaném případě bylo znaleckým posudkem jednoznačně prokázáno, že použitý program byl k manipulaci uzpůsoben, což ani stěžovatel nezpochybňuje. Nejde přitom o vadu systému nebo virus, jak dovozuje stěžovatel, ale o funkcionalitu použitého programu. Ve výsledku není podstatné, zda k manipulaci skutečně došlo (*nota bene* když, jak podotkl krajský soud, za sebou počítačový program v případě manipulace „zametá stopy“ tak, aby manipulace nemohla být následně odhalena). Pochybnosti o transparentnosti vyvolává bez dalšího samotné použití takto uzpůsobeného programu.

[22] Podle § 151 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách (v rozhodném znění) se zadavatel *může při výkonu práv a povinností podle tohoto zákona souvisejících se zadávacím řízením nebo soutěží o návrh nechat zastoupit jinou osobou*. Podle odst. 3 téhož ustanovení tím však není dotčena odpovědnost zadavatele za dodržování zákona o veřejných zakázkách. I za předpokladu, že určitý úkon byl učiněn osobou zastupující zadavatele, odpovědnost za splnění povinnosti dle zákona o veřejných zakázkách zůstává na zadavateli. V posuzovaném případě tak stěžovatel odpovídá i za to, že zvolený zástupce použije k omezení počtu zájemců v užším řízení pouze takový nástroj, který zaručuje transparentní výběr jednotlivých uchazečů o veřejnou zakázku. Zvolený zástupce jednal tak, že vybral dle vlastní vůle dotčený program, umožňující manipulaci losování. Toto jednání nelze považovat za vynaložení veškerého úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil (ve smyslu liberačního důvodu dle § 121 zákona o veřejných zakázkách). Odpovědnost za porušení povinnosti dle zákona o veřejných zakázkách však nemůže zadavatel přenést na zvoleného zástupce. Případný nárok zadavatele na náhradu škody vůči zástupci, který porušení právní povinnosti svým jednáním fakticky způsobil, je možné vymáhat nástroji soukromého práva.

IV.
Závěr a náklady řízení

[23] Ze všech výše uvedených důvodů vyplývá, že napadený rozsudek není nezákonný z důvodů namítaných v kasační stížnosti. Proto Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl podle § 110 odst. 1 s. ř. s.

[24] Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1 větu první ve spojení s § 120 s. ř. s., podle kterého, 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. Stěžovatel v řízení úspěch neměl, proto mu nevzniklo právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému žádné náklady s tímto řízením nevznikly.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

pokračování

V Brně dne 7. prosince 2016

Mgr. Jana Brothánková
předsedkyně senátu