



UOHSX0057DF8

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S255/2013/VZ-10406/2014/522/PLy

Brno 19. května 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 3. 5. 2013 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Statutární město Přerov, IČO 00301825, Bratrská 34/709, 750 11 Přerov,
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 uzavření smlouvy ve veřejné zakázce „Tyršův most v Přerově“ zadávané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 31. 7. 2009 pod ev. č. 60034316, **rozhodl** takto:

I.

Zadavatel – Statutární město Přerov, IČO 00301825, Bratrská 34/709, 750 11 Přerov, se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 a § 6 citovaného zákona, když ve veřejné zakázce „Tyršův most v Přerově“ neprovedl losování dne 15. 9. 2009 při omezení počtu zájemců transparentním způsobem, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se zadavateli – Statutární město Přerov, IČO 00301825, Bratrská 34/709, 750 11 Přerov - **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 50 000,- Kč (padesát tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

Zadávací řízení

1. Statutární město Přerov, IČ 00301825, se sídlem Bratrská 709/34, 750 11 Přerov (dále jen „zadavatel“), uveřejnilo podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách pod ev. č. 60034316 dne 31. 7. 2009 oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Tyršův most v Přerově“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V části IV. 1. 2 oznámení o zakázce zadavatel uvedl, že kritériem pro výběr omezeného počtu zájemců je náhodný výběr losem podle § 61 odst. 4 zákona. Předpokládaný počet zájemců byl stanoven na 5. Termín plnění zadavatel v oznámení o zakázce stanovil od 1. 10. 2009 do 30. 11. 2010.
3. Ze zápisu z otevírání žádostí o účast ze dne 13. 8. 2009 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel 14 žádostí o účast. Z protokolu o kontrole žádostí o účast v užším řízení ze dne 13. 8. 2009 vyplývá, že zadavatel nevyloučil žádného ze zájemců. Na základě losování provedeného dne 15. 9. 2009 zadavatel omezil počet zájemců o veřejnou zakázku na pět. Ostatní zájemce zadavatel ze zadávacího řízení vyloučil.
4. V návaznosti na provedené losování zadavatel vyzval 5 uchazečů k podání nabídky. Ve výzvě k podání nabídky ze dne 18. 9. 2009 je uvedeno, že zahájení prací bude započato ihned po podpisu smlouvy a práce musí být dokončeny do 31. 8. 2011.
5. Z protokolu o otevírání nabídek vyplývá, že zadavatel obdržel 5 nabídek. Na základě provedeného hodnocení ze dne 13. 10. 2009 hodnotící komise doporučila zadavateli vybrat jako nejvhodnější nabídku uchazeče Skanska DS, a. s., od 1. 1. 2010 podnikající pod obchodním názvem Skanska a. s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4.
6. Proti vyloučení ze zadávacího řízení po provedeném losování podali uchazeči FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby, a. s., IČ 25317628, se sídlem Mlýnská 68, 602 00 Brno (dále jen „navrhovatel Firesta“) a uchazeč SDS EXMOST, s. r. o., IČ 49454501, se sídlem Údolní 413/66, 602 00 Brno (dále jen „navrhovatel SDS EXMOST“) námitky, kterým však zadavatel nevyhověl. Rozhodnutí zadavatele o námitkách nepovažoval navrhovatel Firesta ani navrhovatel SDS EXMOST za učiněné v souladu se zákonem, a proto podali k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrhy na přezkoumání úkonů zadavatele.

Předchozí řízení v dané věci

7. Předmět návrhů byl Úřadem přezkoumán ve spojeném správním řízení S S305,306/2009, přičemž v šetřeném případě neshledal porušení zákona, a proto rozhodnutím č. j. ÚOHS-S305,306/2009/VZ-16120/2009/540/PVé ze dne 8. 4. 2010 Úřad správní řízení podle § 118 zákona zastavil.
8. Proti tomuto rozhodnutí byl následně navrhovatelem SDS EXMOST podán rozklad. Předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl rozhodnutím č. j. ÚOHS-R53/2010/VZ-10705/2010/310/ASc ze dne 21. 7. 2010.
9. Navrhovatel SDS EXMOST (dále také „žalobce“) podal proti rozhodnutí předsedy Úřadu žalobu ke Krajskému soudu v Brně. Uvedenou žalobou se navrhovatel SDS EXMOST domáhal zrušení žalobou napadeného rozhodnutí i jemu předcházejícího rozhodnutí I. stupně a vrácení věci Úřadu k dalšímu projednání.
10. Krajský soud v Brně shledal žalobu žalobce SDS EXMOST důvodnou, rozsudkem ze dne 15. 2. 2012 č. j. 62 Af 47/2010-53 druhostupňové rozhodnutí Úřadu jako nezákonné zrušil. K otázce netransparentnosti losování Krajský soud konstatoval, že z ust. § 61 odst. 1 až 4 zákona vyplývá, že zákon omezení počtu zájemců losem blíže neupravoval, pouze stanovil povinnost, aby losování proběhlo v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona, a aby se losování mohli účastnit zájemci, jichž se losování týká. Minimální standard řádného průběhu losování je tedy dán neexistencí objektivních pochybností o transparentnosti jeho průběhu. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi dodavateli v postavení uchazečů a také nezbytným předpokladem efektivního vynakládání veřejných prostředků. Transparentním postupem soud chápe takový postup, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně. Naopak požadavek transparentnosti není splněn tehdy, pokud jsou v zadatelově postupu shledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele (viz např. rozsudek soudu ve věci sp. zn. 31 Ca 166/2005). Právě uvedený závěr soudu potvrdil i Nejvyšší správní soud (dále jen „NSS“) ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010 sp. zn. 1 Afs 45/2010 ve věci tzv. „karlovarské losovačky“. NSS poukázal také na to, že pojem zásada transparentnosti spadá do kategorie tzv. neurčitých právních pojmů, jejichž definování v právních předpisech nemusí být pro jejich povahu vhodné, dokonce ani možné. To platí tím spíše o právních zásadách. Užitím neurčitých právních pojmů zákonodárce dává orgánu aplikujícímu právní předpis prostor, aby posoudil, zda konkrétní situace patří do rozsahu neurčitého pojmu či nikoliv.
11. K postupu zadavatele v předmětném zadávacím řízení Krajský soud dále konstatoval, že zajištění toho, aby veškeré kroky prováděné v zadávacím řízení nepůsobily netransparentně, je přitom vždy na zadavateli příslušné veřejné zakázky, který měl zajistit, aby losování proběhlo férově a jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti. V daném případě však zadavatel této povinnosti nedostál. Pohlíží-li totiž soud na žalobcem zmíněné skutečnosti (příprava losovacích kartiček před započítáním losování, náramky na ruku losující osoby a vysoká neprůhledná losovací nádoba) pohledem zásady transparentnosti, dospívá ke shodnému závěru jako žalobce. Soud má za to, že kombinace žalobcem zmíněných skutečností, které losování provázely, způsobuje porušení zásady transparentnosti. Přestože

se závěry, které z těchto skutečností žalobce dovozuje, pohybují pouze na úrovni neprokázaných domněnek, nic to nemění na tom, že kombinace žalobcem uvedených okolností, je dle názoru soudu právě takovým prvkem, který průběh losování činí nekontrolovatelným a způsobuje tak porušení zásady transparentnosti.

12. Podle názoru Krajského soudu nic nebránilo tomu, aby byly losovací kartičky připravovány až bezprostředně před losováním a v přítomnosti notáře a zástupců zájemců, nikoliv předem bez jakékoliv kontroly. Příprava, která by spočívala například v náhodném rozmíchání kartiček na stole a jejich následnému očíslování, totiž jistě nezabere více než několik minut času. Soud má dále za to, že nic nebránilo tomu, aby si losující osoba, ve snaze zajistit řádný průběh losování, před losováním náramky sundala a ani tomu, aby bylo případně losováno z průhledné losovací nádoby. Možným námitkám, že by průběh losování mohla losující osoba ovlivnit pohledem do průhledné losovací nádoby lze předejít tím, že losovací kartičky budou vloženy do neprůhledných obálek. Soudu je přitom známo, že takový způsob losování v určitých případech probíhá, aniž by kdokoliv zpochybnil jeho řádnost a férovost.
13. V daném případě tedy soud shledal způsob losování rozporným se zásadou transparentnosti, neboť kombinace všech shora uvedených skutečností, které provázely průběh losování, způsobuje nečitelnost a nekontrolovatelnost průběhu losování a může tak navodit pochyby o jeho řádnosti. Ve vztahu ke shledanému porušení zásady transparentnosti není přitom podstatné, že o průběhu losování byl pořízen notářský zápis, neboť shora zmíněné pochybnosti tento zápis nijak nevyvrací. V daném případě rovněž nemůže závěr o porušení zásady transparentnosti zvrátit ani skutečnost, že se losování zúčastnili zástupci zájemců, a že tito proti způsobu losování nijak nebrojili. Skutečnost, že si okolnosti způsobující porušení zásady transparentnosti zástupci zájemců neuvědomili, eventuálně je zadavateli nevytkli, nemá na výše popsany závěr o porušení této zásady žádný vliv.
14. V závěru Krajský soud uvedl, že ze shora uvedených důvodů shledal žalobu důvodnou, a proto žalobou napadené rozhodnutí jako nezákonné zrušil a vyslovil, že věc se vrací Úřadu k dalšímu řízení. V řízení je Úřad vázán právním názorem Krajského soudu, vysloveným v tomto rozsudku. Úřad je tedy povinen znovu posoudit návrh žalobce v souladu se závěrem soudu o tom, že způsobem jakým losování v dané věci probíhalo, došlo k porušení zásad transparentnosti.
15. Proti předmětnému rozsudku Krajského soudu v Brně byla ze strany Úřadu a zadavatele podána kasační stížnost. Rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012 č. j. 7 Afs 31/2012-55 byly tyto kasační stížnosti zamítnuty a rozsudek Krajského soudu potvrzen.
16. S přihlédnutím k závazným právním názorům Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R53/2010/VZ-21385/2012/310/JHr ze dne 13. 11. 2012 napadené rozhodnutí prvního stupně zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
17. Vzhledem k tomu, že v průběhu řízení o žádostech (návrzích) navrhovatelů FIRESTA a SDS EXMOST došlo k uzavření předmětné smlouvy o dílo a žádosti (návrhy) uvedených navrhovatelů se tak staly zjevně bezpředmětné, vydal Úřad dne 14. 1. 2013 usnesení č. j.: ÚOHS-S305,306/2009/VZ-142/2013/522/LKo, kterým správní řízení zastavil.

18. Vzhledem k tomu, že předchozí správní řízení v této věci bylo výše uvedeným usnesením zastaveno, zahájil Úřad z moci úřední toto správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatele.

Správní řízení zahájené z moci úřední

19. Dne 6. 5. 2013 zahájil Úřad správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem tím, že při zadávání veřejné zakázky nezabezpečil v rozporu s ust. § 6 zákona transparentní průběh losování při omezení počtu zájemců.
20. Zahájení správního řízení z moci úřední oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S255/2013/VZ-8080/2013/522/PLy ze dne 6. 5. 2013 a zároveň jim usnesením č. j. ÚOHS-S255/2013/VZ-8083/2013/522/PLy z téhož dne stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
21. Dne 13. 5. 2013 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, ve kterém zadavatel nadále trvá na svých tvrzeních, především že učinil veškerá opatření, aby losování proběhlo v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona, přičemž provedení losu takovým způsobem, který zajišťuje transparentnost a objektivitu výběru zájemců, zadavatel podle jeho názoru splnil tím, že losování proběhlo za účasti notáře a v přítomnosti zástupců zájemců. Zadavatel ve svém vyjádření dále uvádí, že z notářského zápisu vyplývá, že losovací kartičky s číselným označením 1-14 byly sice připraveny předem, avšak všem přítomným bylo před jejich vložením ukázáno prázdné osudí a rovněž vkládání přeložených kartiček bylo podle pořadového čísla a s uvedením konkrétního uchazeče učiněno před všemi přítomnými, přičemž žádnou námitku či pochybnost ohledně způsobu losování nevnese ani nikdo z dalších přítomných osob, byť v kterémkoli jeho okamžiku měl každý možnost tak učinit.
22. V souvislosti s domnělým tvrzením navrhovatelů, že losující osoba měla na rukou náramky, které obsahovaly magnety a že losovací kartičky byly napuštěny magnetickým práškem, pak zadavatel ve svém vyjádření navrhuje provedení důkazu výslechem osoby, která kartičky připravovala, a sice za účelem zjištění, jakým způsobem, byly kartičky připraveny, a dále výslechem losující osoby, zda opravdu a případně jaké náramky měla v době losování na rukou. Zadavatel uvádí, že zástupci zadavatele, kteří byli losování přítomni, se ve svých vyjádřeních shodují v tom, že losující osoba měla při losování na sobě šaty bez rukávů, avšak vůbec si neuvědomují, zda měla na rukou nějaké náramky, a zcela zpochybňují navrhovatelovo tvrzení, že tyto náramky mohly mít i nějaké přívěšky. Zadavatel je přesvědčen, že pokud by došlo k flagrantnímu porušení řádného průběhu losování, bezpochyby by námitku podali další z devíti losem nevybraných uchazečů.
23. Ve svém vyjádření zadavatel shrnuje, že se v předmětném případě jedná o vykonstruované obvinění, pohybující se pouze na úrovni spekulací, a pokud nebyly na základě konkrétních a nezvratných důkazů tyto tvrzené skutečnosti prokázány, pak se nemůže jednat o závažné porušení zákona, za které by zadavatel měl být sankcionován.
24. Své vyjádření zadavatel uzavírá konstatováním, že nadále trvá na tom, že učinil všechny možné kroky k zachování transparentního průběhu losování a že omezení počtu zájemců proběhlo v souladu se zákonem.

25. Úřad přistoupil na návrh zadavatele na provedení důkazu a dne 31. 10. 2013 provedl výslech zadavatelem navržených svědků. Jako osobu, která kartičky připravovala, Úřad předvolal svědka Josefa Jůnu a jako osobu, která prováděla losování kartiček, předvolal Úřad svědkyni Ing. Michaelu Jůnovou. Výslechů se kromě obou svědků a vyslychajících zaměstnanců Úřadu, zúčastnila také právní zástupkyně obou svědků Mgr. Hana Bičíšťová. Úvodem svých výpovědí svědci popsali, jaká byla jejich funkce v předmětném losování. Následně oba svědci ve svých výpovědích shodně potvrdili, že losovací kartičky byly připravovány den předem a dále, že losovací nádoba byla na výšku postavený hranol, vyrobený z dřevěného materiálu, tudíž neprůhledný. Ohledně náramků (s přívěšky) na ruku losující osoby oba svědci vypověděli, že nemohou s jistotou říci, zda losující osoba náramky měla či nikoliv, ale s ohledem na praxi při podobných losování shodně předpokládali, že losující osoba žádné náramky neměla. Paní svědkyně vypověděla, že měla při losování krátké rukávy. Výpovědi obou svědků se také shodují ve vyjádření, že v průběhu celého losování neshledali žádné skutečnosti, které by mohly ovlivnit transparentnost tohoto losování. Kompletní obsah výslechů svědků byl zaprotokolován a tyto protokoly byly podepsány všemi zúčastněnými. Kopie protokolů byly zaslány zadavateli jako součást usnesení č.j. ÚOHS-S255/2013/VZ-21639/2013/522/PLy ze dne 7. 11. 2013, kde byla zadavateli dále stanovena lhůta pro vyjádření se k jejich obsahu jako podkladům rozhodnutí.
26. Dne 14. 11. 2013 obdržel Úřad vyjádření zadavatele. Zadavatel v něm uvádí, že z obsahu ani jedné z výpovědí nelze usuzovat na jakékoli porušení zásady transparentnosti v průběhu předmětného losování. Podle zadavatele z výslechu obou svědků vyplynulo, že všechny úkony související s losováním probíhaly standardně a byly běžnou praxí. Zadavatel dále citoval části výpovědi obou svědků, ke kterým dále uvedl, že působí značně přesvědčivě a věrohodně, neboť svědkové si po tak dlouhé době (losování proběhlo dne 15. 9. 2009) logicky nemohou pamatovat všechny detaily, a naopak by podle zadavatele vyvolávalo pochybnosti o věrohodnosti tvrzení svědků, pokud by svědkové jednoznačně tvrdili, že losující osoba na ruku žádné náramky mít nemohla a ani neměla. Zadavatel dodává, že z obou výpovědí navíc vyplývá, že si svědkové při losování byli vědomi důležitosti dodržení zásady transparentnosti a všechny úkony prováděli právě s ohledem na tuto zásadu. Na závěr svého vyjádření zadavatel uvádí, že nadále trvá na tom, že byly učiněny všechny možné kroky k zachování transparentního průběhu losování a že omezení počtu zájemců dle názoru zadavatele proběhlo v souladu se zákonem.

Závěry Úřadu

27. Úřad po posouzení případu ve světle a v souvislostech dle rozsudku Krajského soudu, po provedení nového důkazu a po opětovném zhodnocení skutkového stavu uvádí, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti
28. Podle ustanovení § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
29. Ustanovení § 61 odst. 1 zákona definuje, 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. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.

30. Podle § 61 odst. 4 zákona objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 může být rovněž náhodný výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií podle odstavce 2 a náhodného výběru losem. Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6. Účastnit se losování mají právo zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.
31. Jak vyplývá z notářského zápisu ze dne 15. 9. 2009, proběhlo téhož dne losování za účelem omezení počtu zájemců v předmětném zadávacím řízení. V zápisu je konstatováno, že jeden ze zaměstnanců společnosti Allowance s.r.o. předem připravil kartičky s číselným označením 1–14 tak, jak byli zájemci uvedeni v seznamu doručených a přijatých žádostí o účast. Dále je uvedeno, že další zaměstnankyně společnosti Allowance s.r.o. ukázala všem přítomným prázdné osudí, načež první z uvedených zaměstnanců postupně vkládal do osudí přeložené kartičky s číselným označením jednotlivých zájemců a to postupně podle pořadového čísla a vždy uvedl konkrétního uchazeče. Po vložení všech kartiček s číselným označením 1-14 do osudí, výše zmiňovaná zaměstnankyně promíchala osudí a poté postupně vylosovala 5 postupujících uchazečů.
32. K tvrzení zadavatele, že žádné pochybnosti o průběhu losování nebyly vzneseny ani notářem, ani zástupci přítomných zájemců Úřad konstatuje, že uvedené skutečnosti nijak neprokazující transparentnost losování. Takové skutečnosti jsou dle názoru Úřadu pouze dokladem toho, že okolnosti, které transparentnost losování narušily, nebyly zcela zjevné. Pro úplnost Úřad uvádí, že nevznesením námitek přímo na místě losování, však nelze upřít zájemcům o veřejnou zakázku právo, uplatnit tyto námítky později.
33. K otázce transparentnosti losování Úřad v obecné rovině konstatuje, že minimální standard řádného průběhu losování je dán neexistencí objektivních pochybností o transparentnosti jeho průběhu. Transparentní postup losování je takový postup, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně a v mezích zákona, přičemž požadavek transparentnosti postupu naopak není splněn tehdy, „pokud jsou v zadavatelově postupu sledovány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele“, jak uvedl Krajský soud v předmětném rozsudku s odkazem na dřívější rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, čj. 1 Afs 45/2010 – 159 ve věci tzv. karlovarské losovačky.
34. K uvedenému Úřad dodává, že zajištění toho, aby veškeré úkony prováděné v zadávacím řízení nepůsobily netransparentně, je přitom vždy na zadavateli příslušné veřejné zakázky. Zadavatel by měl taktéž zajistit, aby losování proběhlo férově a jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti. Uvedené se však v daném případě zadavateli zajistit nepodařilo.
35. Úřad má za prokázané, že při předmětném losování se objevily skutečnosti, které zakládají pochybnosti o transparentnosti postupu zadavatele v předmětném zadávacím řízení. Jsou to před započítáním losování připravené losovací kartičky, vysoká neprůhledná losovací nádoba a náramky (s přívěšky) na ruku losující osoby.

36. Zadavatel ve svém vyjádření potvrzuje tu skutečnost, že losovací kartičky byly připraveny před započítáním losování a rovněž nevyvrací skutečnost, že losovací nádoba byla vysoká a neprůhledná. K ověření uvedených skutečností a dále skutečnosti, zda losující osoba měla na ruku náramky (s přívěšky) navrhl zadavatel provést důkaz výsledkem losující osoby a dále osoby, která kartičky připravovala.
37. Úřad provedl zadavatelem navržený důkaz a vyslechl zadavatelem navržené osoby zúčastněné na losování.
38. Z výpovědí obou svědků shodně vyplynulo, že losovací kartičky byly připraveny před losováním (v den předcházející dni losování) a dále, že samotné losování kartiček probíhalo ve vysoké neprůhledné nádobě ve tvaru kvádrů vyrobené z dřevěného materiálu. S ohledem na uvedené vyjádření zadavatele a výpovědi svědků Úřad konstatuje, že tyto skutečnosti pro správní řízení považuje za nesporné.
39. Ohledně skutečnosti, zda losující osoba měla na ruku náramky (s přívěšky), Úřad z výpovědí svědků zjistil, že s největší pravděpodobností losující osoba náramky na ruku neměla, přičemž tento skutkový stav nelze zcela jednoznačně potvrdit ani vyvrátit. Tato nejasnost však s ohledem na výše uvedené není překážkou pro závěr Úřadu, že již dříve uvedené dvě nesporné skutečnosti, a to předem připravené losovací kartičky, které byly losovány z vysoké neprůhledné losovací nádoby, způsobily netransparentnost provedeného losování.
40. K uvedenému Úřad dodává, že jakékoliv skutečnosti, které vzbuzují pochybnosti o důvodech jednotlivých kroků zadavatele, samy o sobě mohou založit netransparentnost takového postupu zadavatele, přičemž není podstatné, zda všechny tyto skutečnosti nastaly či nikoliv, ale právě taková pochybnost o řádnosti postupu zadavatele, která vyvstane na základě určitých indicií, je dostačující k závěru o porušení zásady transparentnosti. Není přitom rozhodující, zda skutečně ke zmanipulování losování došlo a případně jakým způsobem, neboť konstrukcí manipulace je možno vymodelovat nekonečně mnoho, ale zásadní je ta skutečnost, že objektivně k manipulaci dojít mohlo, přičemž v daném případě není možno takovou manipulaci jednoznačně vyloučit, jelikož příprava kartiček a průběh losování nebyly provedeny tak, aby v nich mohla být zachována dostatečná kontrola vylučující jakýkoliv zásah do regulérnosti provedených úkonů.
41. Omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení je rozhodující fází zadávacího řízení, při níž dochází k výběru zájemců, kteří splnili kvalifikaci a budou následně zadavatelem vyzváni k podání nabídek. Tímto způsobem však mohli být vyloučeni zájemci, kteří sice prokázali splnění kvalifikace, ale nemohli však již své nabídky podat, neboť vzhledem k jednání zadavatele nelze vyloučit, že by k podání nabídek mohl být vyzván jiný okruh uchazečů. Z uvedeného je patrné, že bylo prokázáno, že postup zadavatele mohl mít podstatný vliv na výběr nejhodnější nabídky.
42. Úřad s ohledem na výše uvedené konstatuje, že zadavatel nedodržel postup dle ustanovení § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 citovaného zákona, když losování dne 15. 9. 2009 neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí

Uložení sankce

43. Podle ust. § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že
 - a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82,
 - b) zruší zadávací řízení, aniž byly splněny podmínky podle § 84,
 - c) nepořídí nebo neuchová dokumentaci o veřejné zakázce podle § 109 a 155, nebo
 - d) nesplní povinnost stanovenou v § 146 a 147 pro uveřejňování.
44. V případě předmětné veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že nedodržel postup dle ustanovení § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 citovaného zákona, když losování dne 15. 9. 2009 neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.
45. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem na základě postupu, při němž nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
46. Podle ust. § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
47. Před uložením pokuty Úřad tedy ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ust. § 121 odst. 3 zákona k uložení pokuty. V daném případě došlo ke spáchání správního deliktu uzavřením výše uvedené smlouvy dne 10. 8. 2010 a správní řízení bylo zahájeno dne 6. 5. 2013, z čehož je zřejmé, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
48. Podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a),
49. Zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 10. 8. 2010 smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky s celkovou cenou ve výši 116 395 000,- Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) v souladu s § 120 odst. 2 písm. a) zákona činí částku ve výši 5 819 750,- Kč.
50. Podle ust. § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
51. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu následující skutečnosti.
52. Z hlediska stupně závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu celkový kontext šetřeného případu. Zadavatel tím, že nedodržel postup dle ust. § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 citovaného zákona, když losování dne 15. 9. 2009 neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, zamezil v účasti potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení a narušil tak soutěžní prostředí. Ve vztahu k závažnosti spáchaného správního deliktu tak nelze než uvést, že se v šetřeném případě jedná o delikt závažný, neboť postupem

zadavatele došlo k eliminaci základního účelu procesu zadávání veřejné zakázky, kterým je zajištění spravedlivé soutěže v souladu se základními principy zadávání vyplývajícími z ust. § 6 zákona. Postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky, v čehož důsledku mohlo dojít k nevhodnému využití veřejných prostředků.

53. Jako polehčující okolnost považuje Úřad skutečnost, že zadavatel přistoupil k uzavření smlouvy až po nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, ve kterém nebyl shledán v postupu zadavatele rozpor se zákonem a proto nelze konstatovat, že si zadavatel při spáchání správního deliktu musel být vědom svého nezákonného jednání. Tuto skutečnost Úřad považuje za podstatnou polehčující okolnost spáchání správního deliktu zadavatelem při uzavření smlouvy a přiměřeně k ní přihlédl při stanovení výše pokuty.
54. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad z premisy, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu.
55. Úřad dodává, že v šetřeném případě nelze vzhledem k následkům správního deliktu a nutnosti naplnění sankčních účinků minimalizovat výši sankčního postihu, neboť uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
56. Úřad po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů uložil pokutu v dolní polovině zákonné sazby, podle které mohl Úřad uložit pokutu až do výše 5 819 750,- Kč. Stanovená výše pokuty tak splňuje preventivní i represivní charakter uložení funkce.
57. Vzhledem k tomu, že zadavatel nedodržel postup dle ust. § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 citovaného zákona, když losování dne 15. 9. 2009 neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti a již došlo k uzavření smlouvy na plnění předmětné veřejné zakázky, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, neboť nápravy protiprávního stavu nelze dosáhnout v daném případě jiným způsobem než uložením sankce.
58. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Statutární město Přerov, Bratrská 34/709, 750 11 Přerov

Vypraveno dne:

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