

Č. j.: S169/2007-16992/2007/540-AS

V Brně dne 26. září 2007

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 30.7.2007 z vlastního podnětu podle § 96 téhož zákona o veřejných zakázkách, jehož účastníky jsou

- zadavatel – statutární město Karlovy Vary, IČ 00254657, se sídlem Moskevská 2035/21, 361 20 Karlovy Vary,
- uchazeč – účastníci sdružení „SYNER-BAU-STAV-METROSTAV“, se sídlem Rumunská 655/9, 460 01 Liberec 4, které tvoří
  1. SYNER, s.r.o., IČ 48292516, se sídlem Rumunská 655/9, 460 01 Liberec,
  2. BAU-STAV, společnost s ručením omezeným, IČ 14705877, se sídlem Loketská 344/12, 360 06 Karlovy Vary,
  3. Metrostav a.s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, založeného dne 18.4.2006 Smlouvou o sdružení č. B-sdr 006/06 za účelem realizace předmětné veřejné zakázky, kterému byla veřejná zakázka přidělena,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele statutárního města Karlovy Vary, IČ 00254657, Moskevská 2035/21, 361 20 Karlovy Vary, ve veřejné zakázce „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“, na jejíž realizaci uzavřel jmenovaný zadavatel s vybraným uchazečem dne 20.12.2006 Smlouvu o dílo č. H034/06/19002,

rozhodl **takto**:

## I.

Zadavatel statutární město Karlovy Vary, IČ 00254657, Moskevská 2035/21, 361 20 Karlovy Vary se dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., tím, že ve veřejné zakázce „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“ uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 citovaného zákona, protože neprovedl transparentním způsobem omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení.

## II.

Za spáchání výše uvedeného správního deliktu se zadavateli statutárnímu městu Karlovy Vary, IČ 0025467, Moskevská 2035/21, 361 20 Karlovy Vary **ukládá** podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb.,

**pokuta ve výši 500 000,-- Kč (pět set tisíc korun českých).**

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízení u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 1690750001.

## III.

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., v návaznosti na § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, se zadavateli statutárnímu městu Karlovy Vary, IČ 00254657, Moskevská 2035/21, 361 20 Karlovy Vary, **ukládá**

**uhradit náklady řízení ve výši 1 000,-- Kč (jeden tisíc korun českých).**

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 1690750002.

**Odůvodnění**

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), který je podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „zákon“), příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, si na základě obdržených podnětů vyžádal dokumentaci od zadavatele statutárního města Karlovy Vary, Moskevská 2035/21, 361 20 Karlovy Vary (dále jen „zadavatel“), o zadávání veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“ (dále jen „veřejná zakázka“).

Po přezkoumání obdržené dokumentace byly zjištěny následující rozhodné skutečnosti. Zadavatel dne 13.3.2006 uveřejnil na centrální adrese oznámení o zahájení zadávacího řízení pod ev. č. 50019026 ve věci šetřené veřejné zakázky zadávané v užším řízení. Ve lhůtě pro podání žádostí o účast obdržel zadavatel žádosti od 16 zájemců, z nichž všichni splnili požadované kvalifikační předpoklady. V oznámení zadávacího řízení si zadavatel stanovil jako kritérium pro omezení počtu zájemců los za účasti notáře. Dne 27.4.2006 proběhlo losování za účasti notářky JUDr. Lenky Machové, ze kterého byl následně pořízen notářský zápis. Na jeho základě bylo vylosováno pět uchazečů, kteří byli vyzváni k podání nabídek. O průběhu losování byl pořízen obrazový záznam. Ve výzvě pro podání nabídek ze dne 27.4.2006 si zadavatel stanovil, že základním kritériem pro hodnocení nabídek bude nejnižší nabídková cena bez DPH. Ve stanovené lhůtě podalo nabídku pět uchazečů. Z protokolu o otevírání obálek a zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 26.9.2006 vyplývá, že jako nevhodnější nabídka byla vybrána nabídka uchazeče sdružení „SYNER-BAU-STAV-METROSTAV“, se sídlem Rumunská 655/9, 460 01 Liberec 4, které tvoří

1. SYNER, s.r.o., IČ 48292516, se sídlem Rumunská 655/9, 460 01 Liberec,
2. BAU-STAV, společnost s ručením omezeným, IČ 14705877, se sídlem Loketská 344/12, 360 06 Karlovy Vary,
3. Metrostav a.s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, založeného dne 18.4.2006 Smlouvou o sdružení č. B-sdr 006/06 podle § 829 a násl. zákona č. 40/194 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, za účelem realizace předmětné veřejné zakázky (dále jen „vybraný uchazeč“ nebo „SYNER-BAU-STAV-METROSTAV“), který předložil nejnižší nabídkovou cenu. Dne 20.12.2006 byla s vybraným uchazečem uzavřena smlouva o dílo č. H 034/06/19002 za cenu ve výši 894 925 399,-Kč bez DPH, tj. 1 074 961 225,-Kč vč. DPH.

Na základě skutečností zjištěných z obdržené dokumentace získal orgán dohledu pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, a proto zahájil ve věci přezkoumání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele správní řízení z vlastního podnětu.

Podle § 99 zákona jsou účastníky správního řízení

- zadavatel,
- SYNER, s.r.o., IČ 48292516, se sídlem Rumunská 655/9, 460 01 Liberec,
- BAU-STAV, společnost s ručením omezeným, IČ 14705877, se sídlem Loketská 344/12, 360 06 Karlovy Vary,
- Metrostav a.s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8.

Zahájení správního řízení orgán dohledu oznámil účastníkům řízení dopisem č.j. S169/2007-12685/2007/540-AS ze dne 24.7.2007, ve kterém je seznámil s předběžnými výsledky šetření (se zjištěnými rozdíly mezi návrhem smlouvy předloženým zadavatelem v zadávací dokumentaci a uzavřenou smlouvou o dílo, a dále pak s pochybnostmi o řádném průběhu losování). Přílohou oznámení bylo usnesení, kterým orgán dohledu stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Součástí usnesení byla také lhůta pro podání vysvětlení zadavatelem k průběhu losování, dále pak lhůta pro písemné vyjádření, zda byly prováděny změny v zadávací dokumentaci a lhůta pro doručení losovacích lístků.

Dnem 30.7.2007, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 96 odst. 2 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele orgánem dohledu.

Ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení se zadavatel vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 2.8.2007, v němž uvádí, že se domnívá, že losování nebylo provedeno v rozporu se zákonem. Ke změnám v zadávací dokumentaci zadavatel uvedl, že v zadávací dokumentaci, kterou obdržel a archivoval po skončení zadávacího řízení byl nedopatřením doložen pracovní návrh smlouvy o dílo, než který byl po dalších úpravách schválen zadavatelem a který se stal součástí zadávací dokumentace. Návrh smlouvy po schválení změn byl zadavatelem zaslán v příloze tohoto vyjádření. K žádosti o zaslání losovacích lístků zadavatel uvedl, že tyto lístky nebyly součástí zadávací dokumentace, a tudíž je nemá k dispozici. V příloze tohoto vyjádření zadavatel zaslal kromě odsouhlaseného návrhu smlouvy o dílo i dopisy společnosti STORMEN spol. s r.o., IČ 25073371, Pod Turnovskou tratí 16, 198 00 Praha 9 (dále jen „STORMEN s. r. o.“), což je zadavatelem pověřená osoba k provedení zadávacího řízení, ze dne 19.4.2007 a 31.7.2007 adresované zadavateli a dopis společnosti Stone Block a. s., IČ 26506220, Táborská 1000/23, 130 00 Praha 3, za níž jedná Roman Krist, předseda představenstva (dále jen „Stone Block a. s.“) ze dne 26.3.2007 taktéž adresovaný zadavateli. Společnost Stone Block a. s. je společnost pověřená společností STORMEN s. r. o. k provedení losování.

Dopis společnosti STORMEN s. r. o. ze dne 19.4.2007 adresovaný zadavateli obsahuje konstatování, že celé zadávací řízení včetně průběhu losování proběhlo v souladu se zákonem.

Součástí dopisu společnosti STORMEN s. r. o. ze dne 31.7.2007 adresovaného zadavateli bylo vysvětlení změn v návrhu smlouvy o dílo, v němž společnost STORMEN s. r. o. uvádí, že v zadávací dokumentaci, kterou má zadavatel v archivu, je návrh smlouvy o dílo ve znění 18.4.2007. Poslední znění zadávací dokumentace včetně návrhu smlouvy o dílo bylo dle sdělení společnosti STORMEN s. r. o. odsouhlaseno zadavatelem dne 16.5.2006.

Vyjádření společnosti Stone Block a. s. ze dne 26.3.2007 obsahuje stanovisko k průběhu losování, kterým bylo provedeno omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku. Společnost Stone Block a. s. ve svém vyjádření uvádí, že losování provedla na základě mandátní smlouvy se společností STORMEN s. r. o. K provedení tohoto losování byli osloveni z důvodu, že v předchozím období realizovali pro společnost STORMEN s. r. o. dvě losování veřejných zakázek v Královéhradeckém kraji. Společnost Stone Block a. s. ve svém vyjádření dále uvádí, že losování se dle požadavku zadavatele realizovalo v prostorách zadavatele, aby se mohli tohoto losování zúčastnit jeho zástupci. Vzhledem k rozsahu veřejné zakázky byla vybrána nová losovací nádoba, namísto psaní čísel byla zakoupena sada razítek a na losovací lístky byl zakoupen křídový hladký papír. Na místo se zástupci společnosti Stone Block a. s. dostavili přibližně 15 - 20 minut před losováním. Zde obdrželi od [REDAKCE] ze společnosti STORMEN s. r. o., za přítomnosti pracovníka zadavatele, seznam zájemců a připravili patřičný počet losovacích lístků. Razítkovací barva se ale dle vyjádření společnosti Stone Block a.s. do papíru nevplavala, což bylo zjištěno až následně při losování.

Společnost Stone Block a. s. k průběhu losování dále uvádí, že losování proběhlo za účasti zástupců zadavatele a notářky. Průběh losování je na videozáznamu. K žádné manipulaci s losovacími lístky podle názoru společnosti Stone Block a. s. nedošlo. Každý lístek byl ukázán notářce, která seděla v bezprostřední vzdálenosti od losovací nádoby, přeložen na polovinu a vhozen do losovací nádoby. Takto byly vloženy všechny lístky,

nádoba uzavřena a lístky promíchány. Losovací nádoba byla umístěna tak, aby do ní nebylo vidět. V průběhu losování však došlo nejen ke slepení lístků mokrou razítkovací barvou, ale zároveň měl barvu na ruce i losující, což ztěžovalo oddělení a vytažení jednotlivých lístků.

Společnost Stone Block a. s. ve svém vyjádření zdůrazňuje, že neznala okruh zájemců o veřejnou zakázku, s žádným ze zájemců ani před losováním ani po losování nebyl nikdo ze společnosti v kontaktu a rovněž nikdo ze společnosti neznal nabídky jednotlivých zájemců.

Ke skutečnostem uvedeným v oznámení zaslal své vyjádření i vybraný uchazeč, který uvedl, že je přesvědčen, že uzavřená smlouva o dílo plně odpovídá zadávací dokumentaci a zadání veřejné zakázky tak bylo provedeno v souladu se zákonem. Svě tvrzení opírá o kopii návrhu smlouvy, kterou zaslal v příloze.

Dne 28.8.2007 obdržel orgán dohledu od zadavatele doplnění svého vyjádření o stanovisko notářky JUDr. Lenky Machové, ze dne 24.8.2007 a dále o stanovisko Notářské komory v Plzni ze dne 16.8.2007. Obě tato stanoviska jsou přílohou vyjádření. Ve vyjádření JUDr. Lenky Machové je obsaženo sdělení, že slepení losovacích lístků v nádobě nebylo zaznamenáno v notářském zápisu z důvodu, že jej nepovažuje za relevantní, tj. že uvedení této skutečnosti v notářském zápisu nemohlo nic změnit na výsledku losování, a proto JUDr. Lenka Machová nebyla povinna tuto skutečnost ve svém zápisu uvést.

Druhou přílohu tvoří vyjádření Notářské komory v Plzni ze dne 16.8.2007, v němž se Notářská komora vyjadřuje k právní úpravě týkající se sepisování notářských zápisů o osvědčení jiných skutkových dějů, např. losování nebo předložení movitých věcí, jestliže s nimi mohou být spojeny právní následky. Součástí tohoto vyjádření je konstatování, že v notářském zápisu musí být nejen zachycení samotného průběhu losování či průběhu jiného osvědčovaného skutkového děje, ale též popis předcházejících skutečností, mají-li právní význam pro posouzení, zda se k výsledku osvědčovaného děje dospělo v souladu s pravidly stanovenými pro danou věc. Notář proto musí posoudit, zda v dané věci postačí osvědčit průběh samotného losování či jiného děje vedoucího ke konečnému výsledku, nebo zda obsahem osvědčení musí být i zachycení průběhu právně významných předchozích postupů či skutečností. Z vyjádření dále vyplývá, že notář do notářského zápisu popisuje děj, který před ním za jeho přítomnosti proběhl a který je schopen vnímat svými smysly. V závěru vyjádření je obsaženo rozhodnutí Prezidia Notářské komory v Plzni ve věci spisu N 151/2006 JUDr. Lenky Machové a jejího notářského zápisu NZ 141/2006 ve věci šetřené veřejné zakázky, kde je uvedeno, že JUDr. Lenka Machová se nedopustila žádného jednání uvedeného v § 47 nebo v § 48 odst. 1 zákona č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti, ve znění pozdějších předpisů.

Dne 4.9.2007 orgán dohledu usnesením č.j. S169/2007-16423/2007/540-AS stanovil zadavateli lhůtu k podání vysvětlení k čl. 2.4. Mandátní smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a společností STORMEN s. r. o., tj. o sdělení důvodů, z jakých nemohla společnost STORMEN s. r. o. provést losování z vlastních zdrojů a které ji vedly k uzavření Mandátní smlouvy č. 234/2006 se společností Stone Block a. s. Současně v témže usnesení stanovil orgán dohledu zadavateli lhůtu k zaslání případného předchozího písemného souhlasu k zastupování společnosti STORMEN s. r. o. třetí osobou.

Dne 12.9.2007 orgán dohledu obdržel od zadavatele vyjádření k uzavření mandátní smlouvy mezi společností STORMEN s. r. o. a společností Stone Block a. s. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že si je vědom skutečnosti, že společnost STORMEN s. r. o. nebyla oprávněna provádět mandátní činnost prostřednictvím třetí osoby bez předchozího písemného souhlasu zadavatele, avšak dle názoru zadavatele takovéto jednání nepředstavuje neplatní

právní úkon, ale pouhé porušení obligační povinnosti vyplývající z mandátní smlouvy, které nemá vliv na platnost této smlouvy. Zadavatel ve svém vyjádření dále uvádí, že takovýmto jednáním společnosti STORMEN s. r. o. bylo překročeno oprávnění společnosti vyplývající z plné moci vystavené zadavatelem dne 21.2.2006 (která tvořila přílohu č. 1 mandátní smlouvy). Současně zadavatel uvádí, že úkony uskutečněné společností Stone Block a. s. dle mandátní smlouvy mohly mít ve smyslu ustanovení § 33 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), účinky přímo pro zadavatele pouze za předpokladu, že by zadavatel neoznámil svůj nesouhlas s postupem společnosti STORMEN s. r. o., a to bezodkladně poté, co se o porušení čl. 2.4 mandátní smlouvy dozvěděl. K vyjádření takového nesouhlasu dle zadavatele nejenom že nedošlo, ale jeho právně relevantní souhlas navíc vyplývá z usnesení, jehož obsahem byl notářský zápis, který vzal na základě tohoto usnesení zadavatel na vědomí. V závěru svého vyjádření zadavatel konstatuje, že na základě těchto skutečností má za to, že úkony společnosti Stone Block a. s. spočívající v provedení losování dne 27.4.2006 představují úkony zadavatele, když společnost Stone Block a. s. jednala jménem a na účet zadavatele jako substituent společnosti STORMEN s. r. o., která měla se zadavatelem uzavřenou platnou a účinnou mandátní smlouvu ze dne 21.2.2006.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 96 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména předložené dokumentace a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky porušil zákon. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

### **Výběr zájemců při omezení jejich počtu losem**

Podle ustanovení § 40 odst. 1 zákona omezí-li zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení nebo v jednacím řízení s uveřejněním, provede výběr ze zájemců, kteří splnili kvalifikaci, podle kritérií stanovených v oznámení zadávacího řízení.

Podle § 25 odst. 1 zákona je zadavatel povinen zadat nadlimitní i podlimitní veřejnou zakázku v zadávacím řízení, pokud tento zákon nestanoví jinak. V zadávacím řízení je zadavatel povinen dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči s výjimkami uvedenými v § 87 zákona, zákazu diskriminace a transparentnosti.

V případě šetřené veřejné zakázky zadavatel v oznámení zadávacího řízení uveřejnil, že výběr zájemců při omezení jejich počtu bude proveden losem. Omezení počtu zájemců pro účast provedla v šetřeném případě osoba odlišná od zadavatele i od osoby pověřené výkonem zadavatelských činností.

Z předložené dokumentace vyplývá, že zajištěním průběhu zadávacího řízení byla na základě mandátní smlouvy ze dne 21.2.2006 pověřena společnost STORMEN s. r. o. Součástí této smlouvy v čl. 2.4. je ujednání: „Mandatář se zavazuje provádět mandátní činnost osobně. Mandatář je oprávněn nechat se při výkonu mandátní činnosti dle článku I. této Smlouvy zastoupit třetí osobou pouze po předchozím písemném souhlasu Mandanta. Toto právo se vztahuje na činnosti, které nemůže mandatář zajistit ze svých zdrojů a je-li to nutné např. k vypracování podpůrných nezávislých posudků a vyhodnocení.“ (v pozici mandanta zde vystupuje zadavatel a v pozici mandatáře společnost STORMEN s. r. o.).

Dne 18.4.2006 uzavřela společnost STORMEN s. r. o. (vystupuje zde v pozici mandanta) Mandátní smlouvu č. 234/2006 se společností Stone Block a. s. (vystupuje v pozici

mandatáře). Předmětem této smlouvy je příprava a provedení losování, zabezpečení notáře a vyhotovení notářského zápisu k šetřené veřejné zakázce.

Zadavatel písemný souhlas k zastupování společnosti STORMEN s. r. o. třetí osobou orgánu dohledu na jeho výzvu nepředložil a ani neuvedl důvody, pro které bylo nutné pověřit losováním třetí osobu. Ve svém vyjádření se zadavatel odvolává na obecnou úpravu zastoupení obsaženou v ust. § 33 odst. 1 občanského zákoníku, přičemž argumentuje, že z pohledu společnosti STORMEN s. r. o. se jednalo o překročení oprávnění vyplývající z plné moci, které může mít účinky přímo pro zadavatele pouze za předpokladu, že by zadavatel neoznámil této společnosti nesouhlas s takovýmto postupem. Zadavatel tvrdí, že k vyjádření nesouhlasu nedošlo a že naopak z usnesení Rady města Karlovy Vary ze dne 16.5.2006 vyplývá, že rada města vzala na vědomí notářský zápis o losování, v němž byla mandátní smlouva mezi společnostmi STORMEN s. r. o. a společností Stone Block a. s. výslovně citována, čímž dle názoru zadavatele vyjádřil zadavatel s úkony společnosti Stone Block a. s. právně relevantní souhlas. Z uvedeného zadavatel vyvozuje, že úkony společnosti Stone Blok a. s. představují úkony zadavatele.

K otázce zastoupení na základě plné moci orgán dohledu uvádí, že ust. § 33 občanského zákoníku řeší dvě různé situace. Ustanovení § 33 odst. 1 občanského zákoníku upravuje překročení oprávnění zmocněnce vyplývající z plné moci, když uvádí (citace): „Překročil-li zmocněnec své oprávnění vyplývající z plné moci, je zmocnitel vázán jen pokud toto překročení schválil. Neoznámí-li však zmocnitel osobě, se kterou zmocněnec jednal, svůj nesouhlas bez zbytečného odkladu po tom, co se o překročení oprávnění dozvěděl, platí, že překročení schválil“.

Ustanovení § 33 odst. 2 občanského zákoníku upravuje tzv. jednání bez plné moci (nezmocněné jednání), jak vyplývá z jeho znění (citace): „Překročil-li zmocněnec při jednání své oprávnění jednat za zmocnitele nebo jedná-li někdo za jiného bez plné moci, je z tohoto jednání zavázán sám, ledaže ten, za koho bylo jednáno, právní úkon dodatečně bez zbytečného odkladu schválí.“

Orgán dohledu konstatuje, že v šetřeném případě, kdy losování provedla společnost Stone Block a. s. na základě pověření společností STORMEN s. r. o., bylo naplněno znění ust. § 33 odst. 2 občanského zákoníku, a jde tedy o jednání bez plné moci, nikoliv o překročení oprávnění vyplývající z plné moci, jak argumentuje zadavatel. Překročit oprávnění vyplývající z plné moci může zmocněnec pouze tehdy, pokud takové oprávnění má, a pokud učiní úkon jménem zmocnitele. Z okolností šetřeného případu vyplývá, že zmocnitelem k provedení losování nebyl zadavatel, nýbrž společnost STORMEN s. r. o., která zmocnění učinila vlastním jménem, nikoliv jménem zadavatele. Společnost Stone Block a. s. žádné oprávnění od zadavatele, které by mohla překročit, neměla, neboť pověření k losování nebylo učiněno zadavatelem.

Jednala-li společnost Stone Block a. s. při losování bez plné moci ve smyslu ust. § 33 odst. 2 občanského zákoníku, jsou právní účinky takového jednání pro zadavatele závazné pouze za předpokladu, že by zadavatel nezmocněné jednání dodatečně bez zbytečného odkladu schválil.

Z tohoto pohledu zřejmě nelze za dodatečné schválení jednání bez plné moci považovat usnesení Rady města Karlovy Vary ze dne 16.5.2006, kterým rada města pouze vzala na vědomí notářský zápis o losování, v němž byla mandátní smlouva mezi společnostmi STORMEN s. r. o. a společností Stone Block a. s. mimo jiné citována. Ze stanoviska zadavatele zaslání orgánu dohledu dne 12.9.2007 však jednoznačně vyplývá, že zadavatel

právní úkon losování provedený společností Stone Block a. s. v šetřené veřejné zakázce dodatečně schvaluje.

Na základě výše uvedeného orgán dohledu konstatuje, že samotné pověření osoby k provedení losování je netransparentní, neboť pověření této osoby proběhlo nestandardním způsobem, odlišným od původního řádného ujednání, přičemž úkon pověřené osoby byl zadavatelem schválen až dodatečně. V této souvislosti je nutno konstatovat, že zadavatel tímto pověřením v rozporu s původním ujednáním ztratil přímou kontrolu nad úkonem provedení losování a nad jeho řádným a transparentním průběhem, když losování neprovedl sám.

Jak vyplývá z notářského zápisu ze dne 27.4.2006, proběhlo losování za účasti zástupců společnosti STORMEN s. r. o, společnosti Stone Block a. s. a zadavatele. Z průběhu losování byl pořízen videozáznam a notářský zápis.

Z pořízeného videozáznamu je zřejmé, že losování prvních tří proběhlo nepoměrně kratší dobu (4 až 10 sekund) než losování zbylých dvou, které byly losovány déle než půl minuty, přičemž jeden z těchto lístků obsahoval číslo vybraného uchazeče. Losující osoba v průběhu losování uvedla, že lístky jsou slepené.

Tvrzení, že lístky v osudí jsou slepené, nepovažuje orgán dohledu za věrohodné, protože by následkem nezaschnuté barvy musely být lístky slepené již při kontrole před vhazováním do losovací nádoby. Společnost Stone Block a. s. a své tvrzení o slepení losovacích lístků odůvodňuje tím, že razítkovací barvu měla losující osoba i na ruku, což je patrné z videozáznamu. Z videozáznamu je zřejmé, že losovací osoba měla před započítím losování ruku čistou a znečištění razítkovací barvou je patrné až v průběhu losování, což vede orgán dohledu k závěru, že si losující osoba ruku zašpinila při manipulaci s lístkem v losovací nádobě. To je ostatně v souladu s vyjádřením společnosti Stone Block a. s. ze dne 26.3.2007, zaslaným jako příloha stanoviska zadavatele, které orgán dohledu obdržel dne 7.8.2007.

Z průběhu nahrávky je zřejmé, jakým způsobem byly losovací lístky před započítím losování kontrolovány, přehýbány a vhazovány do losovací nádoby. Je patrné, že přítomná notářka kontrolovala lístky pouze vizuálně, přičemž osoba, která prováděla kontrolu a vhazování lístků do losovací nádoby, po ukázání přítomné notářce každý lístek přehnula napůl tak, aby označené číslo bylo uvnitř lístku.

Samotný záznam přitom neodpovídá argumentaci společnosti Stone Block a. s. o slepení lístků v nádobě, neboť ze záznamu je zřejmé, že lístky před vlastním přehnutím a vložením do nádoby držela osoba provádějící jejich kontrolu naskládány na sobě, přičemž k jejich vzájemnému slepení v této situaci nedošlo. Nedošlo-li ke slepení lístků v tomto stavu, kdy byly v bezprostředním vzájemném kontaktu, před vložením do nádoby, je velmi nepravděpodobné, že ke slepení lístků došlo až následně, tj. po vložení do nádoby, do níž byly lístky vkládány odděleně, přehnuté na polovinu. Argumentace týkající se slepených losovacích lístků nekoresponduje ani s faktem, který je také zřejmý z videozáznamu, tj. že po skončení losování a vysypání všech zbylých lístků z losovací nádoby byly všechny lístky samostatné bez jakýchkoliv známek slepení. Přezkoumání losovacích lístků orgánem dohledu nebylo možné, protože zadavatel uvedl, že losovací lístky již nemá k dispozici. S ohledem na to, že losovací lístky nebyly zadavatelem archivovány, nelze v dané věci provést další dokazování.

Ze samotného průběhu losování je tedy zřejmé, že osoba, která losování provedla, manipulovala s lístkem v losovací nádobě, což potvrzuje nejen videozáznam, z něhož je zřejmé,



že poslední dva lístky losovala osoba neúměrně delší dobu než první tři lístky, ale rovněž vyjádření společnosti Stone Block a. s., z něž vyplývá, že losující osoba měla ruce znečištěné razítkovací barvou, když se snažila oddělit a vytáhnout jednotlivé losovací lístky.

Losování, při němž losující osoba manipuluje s losovacími lístky, a to z jakýchkoli důvodů, nelze označit za transparentní. Zadavatel tak dodatečně schválil losování, o němž nemohl mít dostatečnou míru jistoty, že proběhlo korektním způsobem.

K provedení výběru z uchazečů, kteří splnili kvalifikaci, při omezení počtu zájemců v užším řízení orgán dohledu konstatuje, že provedení výběru losem je jedním z možných způsobů za předpokladu dodržení všech zásad transparentnosti a nediskriminace zájemců. Zadavatel musí tento způsob výběru zveřejnit v oznámení zadávacího řízení a samotné losování potom musí proběhnout zcela transparentně tak, aby nevzbudilo pochybnosti o průběhu losování a proběhlo kvalifikovaným způsobem. Los za přítomnosti notářky a pořízení videozáznamu posiluje transparentnost průběhu losování. Zadavateli se ovšem tento záměr nepodařilo zajistit, a to vzhledem ke skutečnému průběhu losování. Při způsobu výběru zájemců založeném na principu náhody je nezbytné zajistit průhlednost (transparentnost) celého průběhu, aby bylo možné vyloučit možnost ovlivnění výsledků losování. To se však v předmětném zadávacím řízení nestalo.

Na základě výše uvedených skutečností orgán dohledu konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 zákona, když omezení počtu zájemců o účast v užším řízení neprovedl transparentním způsobem. Postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, neboť omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení je klíčovou fází užšího řízení, v níž jsou z kvalifikovaných uchazečů vybíráni ti, kteří budou vyzváni k podání nabídky. Nelze tedy vyloučit pochybnosti o korektním průběhu losování ani to, že by v případě jiného losování prováděného při dodržení zákona byl k podání nabídky vyzván i jiný okruh uchazečů, z nichž některý mohl předložit výhodnější podmínky plnění veřejné zakázky.

### **K pochybnostem o souladu nabídek s podmínkami zadání**

K pochybnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení, že nabídky nebyly podány v souladu s podmínkami zadání, když obsahovaly jiné znění návrhu smlouvy o dílo, než které bylo obsahem zadávací dokumentace, orgán dohledu uvádí, že přihlédl k dodatečně zaslanému řádnému znění návrhu smlouvy o dílo, schválenému zadavatelem, který byl součástí původních podmínek zadání.

Pochybnosti orgánu dohledu byly vysvětlením zadavatele, že chybný návrh smlouvy byl v dokumentaci o zadání veřejné zakázky vložen omylem, objasněny, a z uvedeného důvodu orgán dohledu konstatuje, že v tomto úkonu zadavatele neshledal porušení zákona.

### **K uložení pokuty**

Podle § 102 odst. 1 zákona se právnická osoba nebo fyzická osoba, která je zadavatelem, dopustí správního deliktu mj. tím, že

- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek,
- b) uzavře smlouvu (§§ 65 a 66) s uchazečem vybraným postupem podle písmene a).

Před uložení pokuty orgán dohledu ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 105 odst. 3 zákona, a to že řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání lze zahájit do

5 let ode dne, kdy bylo spácháno. V daném případě došlo k protiprávnímu jednání zadavatele provedením netransparentního losování, které proběhlo dne 27.4.2006.

V případě předmětné veřejné zakázky se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že neprovedl omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení transparentním způsobem. Orgán dohledu konstatuje, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit stanovení úspěšnosti pořadí nabídek, jak již vložil výše. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem a nedodržel postup stanovený zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ustanovení § 102 odst. 1 písm. b) zákona.

Podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikty podle odstavce 1 právnické osobě, která je zadavatelem, uloží pokuta do výše 5 % ceny veřejné zakázky, jde-li o správní delikt podle písmene a), b) nebo d) cit. ustanovení zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, činí 1 074 961 225,-Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny zakázky) tedy činí 53 748 061,25 Kč. Za výše zjištěné závažné porušení zákona uložil orgán dohledu zadavateli pokutu ve výši 500 000,-Kč.

Podle § 105 odst. 1 zákona orgán dohledu v rámci správního uvážení ohledně výše pokuty přihlédne ke stupni závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

Z hlediska přiměřenosti sankce orgán dohledu konstatuje, že nelze prominout závažné následky spáchání správního deliktu, k němuž došlo v důsledku netransparentního provedení omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení, které je klíčovou fází užšího řízení. Ve prospěch zadavatele orgán dohledu zvážil tu okolnost, že zadavatel měl snahu zajistit průběh omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení tím, že k losování přizval přítomnou notářku a z průběhu losování pořídil videozáznam.

Při posuzování míry závažnosti správního deliktu orgán dohledu v šetřeném případě vycházel ze zjištění, že zadavatel při zadání veřejné zakázky závažným způsobem porušil zákon tím, že omezení počtu zájemců o účast v užším řízení neprovedl v souladu se zákonem, což mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Nelze vyloučit, že proběhlo-li by losování za účelem omezení počtu zájemců o účast v souladu se zákonem, mohlo dojít k výběru jiných uchazečů, kteří by předložili nabídky s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele, čímž by došlo k úspoře veřejných prostředků. Zadávací řízení se řídí základními atributy uvedenými v § 25 odst. 1 zákona, tj. zásadou stejného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti, které musí být za všech okolností zadavateli veřejných zakázek důsledně aplikovány.

Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k chování, které je se zákonem v souladu. Po uvážení uvedených argumentů orgán dohledu při stanovení výše uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující.

Orgán dohledu posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť veřejná zakázka je již realizována a nápravy tedy nelze dosáhnout.

### **K uložení úhrady nákladů řízení**

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2005 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., správní orgán uloží účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti, povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“), stanoví paušální částku nákladů řízení podle § 6 odst. 1 vyhlášky ve výši 1000,- Kč. V ustanovení § 6 odst. 2 vyhláška dále upravuje možnost zvýšení paušální částky nákladů řízení ve zvláště složitých případech a případech přibrání znalce.

Vzhledem k tomu, že zadavatel vyvolal správní řízení porušením svých právních povinností, rozhodl orgán dohledu o uložení povinnosti uhradit náklady řízení ve výši podle § 6 odst. 1 vyhlášky, jak je uvedeno v bodu III. výroku tohoto rozhodnutí.

Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že podle § 158 odst. 1 a 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., se zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Obdobně se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a v řízení o uložení sankce, která byla zahájena po nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo veřejnou soutěž o návrh podle odstavce 1 navazují.

### **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 účastníkovi řízení mohl úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Jindřiška Koblihová  
místopředsdkyně ÚOHS  
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

**Obdrží:**

- 1) Statutární město Karlovy Vary, Moskevská 2035/21, 361 20 Karlovy Vary
- 2) SYNER, s.r.o., Rumunská 655/9, 460 01 Liberec
- 3) BAU-STAV, společnost s ručením omezeným, Loketská 344/12, 360 06 Karlovy Vary
- 4) Metrostav a.s., Koželužská 2246, 180 00 Praha 8

**Vypraveno:** viz otisk razítka na poštovní obálce