



UOHSX004MPFY

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S131/2012/VZ-20629/2012/523/DŘÍ

Brno 1. listopadu 2012

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 13. 3. 2012 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČ 70960399, se sídlem Lipenská 120, 772 11 Olomouc, za niž jedná Ing. Drahomír Babnič, ředitel,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání ve veřejné zakázky „Most ev. č. 44620-5, Střeň“, zadávané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo do informačním systému o veřejných zakázkách odesláno dne 3. 3. 2011 a uveřejněno dne 7. 3. 2011 pod evid. č. 60057244,

**rozhodl** takto:

### I.

Zadavatel – Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČ 70960399, se sídlem Lipenská 120, 772 11 Olomouc – 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 ustanovení § 61 odst. 4 v návaznosti na ustanovení § 6 citovaného zákona, když losování dne 28. 3. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již dne 2. 6. 2011 uzavřel smlouvu o dílo.

## II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodě I. se zadavateli – Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČ 70960399, se sídlem Lipenská 120, 772 11 Olomouc – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

**pokuta ve výši 350 000,- Kč** (tři sta padesát tisíc korun českých).

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

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČ 70960399, se sídlem Lipenská 120, 772 11 Olomouc, za niž jedná Ing. Drahomír Babnič, ředitel (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) v informačním systému o veřejných zakázkách dne 7. 3. 2011 pod evid. č. 60057244, oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Most ev. č. 44620-5, Střeň“.
2. Ve věci výše uvedené veřejné zakázky obdržel Úřad dne 18. 10. 2011 podnět od Útvaru odhalování korupce a finanční kriminality SKPV (dále jen „Policie ČR“), který byl následně dne 9. 11. 2011 doplněn o seznam veřejných zakázek, včetně uvedení zadavatele a zástupce zadavatele (administrátora), ve kterých byla užitá k omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku elektronická losovací zařízení vybavená programem instalovaným v programovacím prostředí UNIFACE, která byla postupně zajištěná Policií ČR v rámci policejního šetření předmětné věci. Předmětem doručeného podání je podezření z možného nezákonného postupu zadavatele, a to manipulace průběhu omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, při kterém bylo použito elektronické losovací zařízení, které nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru.
3. Dne 2. 12. 2011 byl Úřadu doručen znalecký posudek z oboru kybernetika, odvětví výpočetní technika, jehož zhotovitelem je znalecký ústav Risk Analysis Consultants, s. r. o., se sídlem Konviktská 24, 110 00 Praha 1 (dále jen „znalecký posudek“), jenž byl opatřením Policie ČR v rámci policejního šetření předmětné věci vyzván k podání znaleckého posudku v oboru kybernetika, odvětví výpočetní technika se zaměřením na analýzy a posuzování bezpečnostních rizik informačních systémů. Výroková část znaleckého posudku obsahuje informace s ohledem na vědecko-technickou úroveň znalostí z oboru kybernetika k datu vyhotovení znaleckého posudku. Předmětný znalecký posudek je součástí správního spisu.
4. Dne 23. 12. 2011 Úřad od Policie ČR obdržel vyjádření ze dne 20. 12. 2011 spolu s aktualizovaným seznamem veřejných zakázek, u kterých byla uvedená elektronická losovací zařízení použita.
5. Zadavatel v oznámení o zakázce vymezil předmět plnění veřejné zakázky na stavební práce jako rekonstrukci mostu. Zadavatel dále stanovil, že předmětná veřejná zakázka bude zadávána v užším řízení. Současně zadavatel stanovil omezení počtu zájemců, kteří budou

vyzvání k podání nabídek na 5. Jako objektivní kritérium pro omezení počtu zájemců si zadavatel zvolil náhodný výběr provedený losem.

6. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavateli bylo ve stanovené lhůtě doručeno 18 žádostí zájemců o účast v užším řízení. Všem zájemcům, kteří prokázali splnění kvalifikace, byl oznámen termín losování, a to den 28. 3. 2011.
7. Součástí dokumentace o veřejné zakázce je i notářský zápis o provedeném losování ze dne 28. 3. 2011, sepsaný téhož dne notářkou JUDr. Leonou Václavkovou. Z tohoto zápisu Úřad zjistil, že omezení počtu zájemců o šetřenou veřejnou zakázku prostřednictvím losovacího zařízení provedla Ing. Ivana Jurečková, která před samotným losováním informovala přítomné osoby, že „v souladu s § 61 odst. 4 zákona bude losování provedeno náhodným výběrem pěti čísel prostřednictvím elektronických prostředků, které byly řádně zkontrolovány zástupci zadavatele.“ Notářský zápis obsahuje také seznam 5 uchazečů, kteří byli vylosováni a byli následně zadavatelem vyzváni k podání nabídky.
8. Dne 2. 6. 2011 zadavatel uzavřel s uchazečem Pražské silniční a vodohospodářské stavby, a. s., IČ 45273910, se sídlem Dubečská 3238, 100 00 Praha (dále jen „vybraný uchazeč“), smlouvu o dílo.
9. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele dokumentaci o veřejné zakázce a stanovisko k obsahu podnětu. Vzhledem k obsahu materiálů poskytnutých Úřadu Policií ČR v rámci výše specifikovaného šetření, získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a proto zahájil správní řízení z moci úřední.

## **II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

10. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
11. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem oznámil Úřad účastníkovi řízení přípisem č. j. ÚOHS-S131/2012/VZ-4224/2012/520/DŘÍ ze dne 12. 3. 2012, ve kterém jej seznámil se zjištěnými skutečnostmi, jež se týkaly postupu zadavatele při omezení počtu zájemců o šetřenou veřejnou zakázku.
12. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S131/2012/VZ-4781/2012/520/DŘÍ ze dne 12. 3. 2012 stanovil účastníkovi lhůty, ve kterých byl oprávněn navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy, vyjádřit v řízení své stanovisko a vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.
13. Dnem 13. 3. 2012, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno účastníkovi, bylo správní řízení zahájeno.

## **III. Stanovisko zadavatele**

14. Zadavatel vyjádřil své stanovisko ke správnímu řízení přípisem ze dne 19. 3. 2012, který byl Úřadu doručen do datové schránky dne 20. 3. 2012. Zadavatel uvádí, že prostřednictvím zastupující osoby dne 7. 3. 2011 odeslal formulář oznámení o zakázce na předmětnou veřejnou zakázku do informačního systému o veřejných zakázkách. V souladu se zákonem bylo dne 22. 3. 2011 přijato 18 žádostí o účast a prokázání splnění kvalifikace. Požadovanou kvalifikaci splnilo všech 18 zájemců, kteří byli zařazeni do losování. Uvedené losování bylo organizováno zastupující osobou zadavatele Ing. Ivanou Jurečkovou, včetně zajištění losovacího zařízení a účasti notáře. Losování proběhlo dne 28. 3. 2011. Losováním došlo

k omezení počtu zájemců na 5, tito byli vyzváni k podání nabídky. Losování proběhlo plně v souladu s § 61 zákona a celý průběh byl kontrolován a zaznamenán notářem. Účast notáře při samotném aktu losování a následný notářský zápis přesvědčily zadavatele o tom, že vše probíhalo plně v souladu se zákonem. V průběhu losování nebyly zpozorovány zjevné nesrovnalosti, které by porušovaly § 6 zákona.

15. Zadavatel má tedy za to, že vše probíhalo v souladu se zákonem a pokud by mohlo dojít k manipulaci s losovacím zařízením, tak to nemohl rozpoznat, neboť členové komise nejsou odborníky v oboru kybernetiky.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

16. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména podnětu, dokumentace o veřejné zakázce, znaleckého posudku, notářského zápisu, vyjádření zadavatele a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku podle § 61 odst. 4 zákona porušil zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

#### **V. Relevantní ustanovení zákona**

17. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
18. 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.
19. Jak vyplývá z ustanovení § 61 odst. 2 zákona, objektivní kritéria pro výběr podle odstavce 1 musí
  - a) být stanovena s ohledem na povahu, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky,
  - b) být v souladu se zásadami uvedenými v § 6 a
  - c) odpovídat některému nebo některým z ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky, jejichž prokázání veřejný zadavatel požadoval.
20. Z ustanovení § 61 odst. 4 vyplývá, že objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 citovaného ustanovení 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 prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování. Účastnit se losování mají zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.

21. Na základě ustanovení § 121 odst. 1 zákona právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila.
22. Podle § 149 odst. 2 zákona se elektronickými nástroji pro účely tohoto zákona rozumí programové vybavení, případně jeho součásti, které jsou spojeny se sítí nebo se službou elektronických komunikací a umožňují prostřednictvím této sítě nebo služby provádění úkonů v elektronické podobě podle tohoto zákona, včetně zpracování zahrnujícího digitální kompresi a uchovávání dat. Zadavatel může použít elektronické nástroje pouze za předpokladu, že použití těchto elektronických nástrojů neporušuje zákaz diskriminace, tyto elektronické nástroje jsou s ohledem na předmět veřejné zakázky obecně dostupné a slučitelné s běžně užívanými informačními a komunikačními technologiemi.

#### **VI. Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce a ze znaleckého posudku**

23. Zadavatel byl na základě mandátní smlouvy č. 11/2011 a udělené plné moci v zadávacím řízení zastoupen Ing. Ivanou Jurečkovou, IČ 63301474, se sídlem Tyršova 7, 746 01 Opava.
24. Z notářského zápisu N 77/2011, NZ 69/2011 ze dne 28. 3. 2011 vyplývá, že losování provedla výše uvedená Ing. Ivana Jurečková.
25. Ve vyjádření Policie ČR ze dne 20. 12. 2011 doručenému Úřadu, které je součástí správního spisu, je uvedeno, že losovací zařízení Notebook Acer Travelmate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG020030352FFD51601 bylo používáno od března 2011 do 12. 7. 2011 včetně. Jako veřejná zakázka, u které bylo uvedené losovací zařízení použito k omezení počtu zájemců o účast v užším řízení, byla uvedena i předmětná veřejná zakázka, u níž byla osobou pověřenou k výkonu zadavatelské činnosti Ing. Ivana Jurečková. Zadavatel tuto skutečnost nijak nerozporuje.
26. Úřad při rozhodování případu vycházel rovněž ze znaleckého posudku. V části 2.1. tohoto posudku „*Podklady pro vypracování posudku a evidence vzorků*“, je uvedeno, že pro potřeby znaleckého zkoumání byl Notebook zn. Acer Travel Mate 5542 p/n: PEW56 S/N:LXTZG020030352FFD51601 označen jako 171\_nb01.
27. Za relevantní pro své rozhodnutí shledal Úřad část 4. znaleckého posudku nazvanou „*Znalecké závěry a odpovědi na položené otázky*“. V této části zhotovitel posudku podává závěry o manipulovatelnosti Notebooku 171\_nb01.
28. Úřad při svém rozhodování vycházel mimo jiné z odpovědí obsažených ve znaleckém posudku na níže uvedené otázky:

1) „*Popište, o jaké elektronické zařízení se jedná a jaké je jeho vybavení.*“

*Odpověď na otázku 1:*

*„Jedná se o losovací zařízení. Zařízení se skládá z notebooku s nainstalovaným losovacím programem. K notebooku se připojuje datový projektor a tiskárna. Notebook pracuje s operačním systémem MS Windows 7.“*

*„Losovacím softwarem je program Losování, který je vyvinut v programovacím jazyce Uniface. Uniface je programovací jazyk a zároveň vývojové prostředí ve kterém se programuje jazykem Uniface. Pro vývoj a i samotný běh programů napsaných v tomto*

*jazyce je nutná instalace prostředí Uniface. Z těchto důvodů je na notebooku instalace prostředí Uniface, které je licencováno na společnost NextComm, s. r. o. Žádné další relevantní vybavení nebylo na losovacím zařízení identifikováno.*

3) *„Popište, jakým způsobem je toto zařízení zabezpečeno proti zmanipulování výsledku losování.“*

*Odpověď na otázku 3:*

*„Zařízení není zabezpečeno proti zmanipulování výsledků losování, naopak, je cíleně vytvořeno způsobem, který umožňuje manipulaci výsledků losování. Podrobně je způsob manipulace vysvětlen v odpovědi na otázku 4.“*

4) *„Uveďte, zda a jakým způsobem je možné výsledky losování prováděné tímto elektronickým losovacím zařízením ovlivnit.“*

*Odpověď na otázku 4:*

*„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 ovládnutím programu přepne obsluha po provedení demonstračních testů, 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 tlačítka „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.“*

6) *„Je možné jednoznačně prokázat, že výsledky losování provedené dne 12. 7. 2011 byly ovlivněny, popřípadě zmanipulovány?“*

*Odpověď na otázku 6:*

*„Nelze jednoznačně prokázat, že výsledky losování provedené dne 12. 7. 2011 byly zmanipulovány, protože v paměti RAM počítače ani na jeho disku nebyl nalezen obsah souboru „uconfig.ini“. Byly ale na disku počítače nalezeny předpřipravené pomocné soubory,*

*účelem kterých bylo zmanipulovat losování č. 60057327, Rekonstrukce a rozšíření využití budovy SDK, Statutární město Kladno.“*

**VII. Ke způsobu omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku podle § 61 odst. 4 zákona**

29. Úřad konstatuje, že při omezení počtu zájemců podle § 61 odst. 4 zadavatel porušil povinnost postupovat v zadávacím řízení v souladu se zásadou transparentnosti, která je stanovena v ustanovení § 6 zákona. Úřad při posouzení předmětné problematiky vycházel z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159, který k zásadě transparentnosti uvedl, že *„podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný“*, a že požadavek transparentnosti *„není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele“*.
30. Základním úkolem zásady transparentnosti zajistit, aby k zadávání veřejných zakázek docházelo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Zásada transparentnosti může být dodržena pouze tehdy, jestliže průběh zadávacího řízení nevzbuzuje pochyb, že zadavatel jedná regulérně.
31. Ve znaleckém posudku je položena otázka č. 3, v níž je zhotovitel posudku tázán: *„Popište, jakým způsobem je toto zařízení zabezpečeno proti zmanipulování výsledku losování.“* V odpovědi je uvedeno *„Zařízení není zabezpečeno proti zmanipulování výsledků losování, naopak, je cíleně vytvořeno způsobem, který umožňuje manipulaci výsledků losování. Podrobně je způsob manipulace vysvětlen v odpovědi na otázku 4.“* V odpovědi na otázku č. 4 je poté uvedeno: *„Zkoumané losovací zařízení je cíleně vytvořeno tak, aby umožňovalo předem připravenou manipulaci s výsledky losování.“* Z uvedeného je patrné, že je jednoznačně prokázáno, že losovací zařízení bylo účelně ke zmanipulování uzpůsobeno. I přes skutečnost, že znalecký posudek nelze jednoznačně interpretovat tak, že omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku užitím losovacího zařízení dne 28. 3. 2011 bylo zmanipulováno, nemění to podle názoru Úřadu nic na skutečnosti, že losování není možné považovat za transparentní. Jelikož má Úřad za prokázané, že zadavatel provedl losování prostřednictvím elektronického zařízení, jehož programové vybavení umožňovalo manipulovat a ovlivňovat výsledek losování tak, aby nedocházelo k náhodnému výběru, z pohledu Úřadu je pro právní posouzení jednání zadavatele rozhodující již sama pochybnost o řádném průběhu losování. Tento závěr vyplývá i z výše citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu, kde soud uvedl, že požadavek transparentnosti *„není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele“*.
32. Úřad konstatuje, že skutečnost, že se zadavatel při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením, nechá zastoupit jinou osobou, nezbujuje v souladu s ustanovením § 151 odst. 3 zákona zadavatele odpovědnosti za dodržování zákona, jakož i transparentního průběhu zadávacího řízení. Je na zadavateli, aby zajistil, že omezení počtu zájemců bude probíhat průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Přitom skutečnost, že omezení počtu zájemců byly přítomny osoby zastupující zadavatele, sám zadavatel

či osoby pověřené zájemci, kteří prokázali kvalifikaci, nemusí nutně bez dalšího zaručit absolutně transparentní průběh losování. To, že o provedeném omezení počtu zájemců byl sepsán notářský zápis, rovněž vždy nezaručí úplnou transparentnost postupu zadavatele. Notářský zápis však nemůže osvědčit nemanipulovatelnost elektronického losovacího zařízení, neboť před samotným losováním nebylo možno losovací zařízení prověřit či znalecky prozkoumat. Notářský zápis zachycuje skutečnosti technického charakteru (kdo se dostavil, jakým způsobem bude losování provedeno, kteří zájemci splnili kvalifikaci, apod.) a nemůže prokazovat či osvědčovat nemanipulovatelnost elektronického losovacího zařízení, neboť těmito skutečnostmi se notář nezabýval a ani nemohl zabývat.

33. Vzhledem k tomu, že možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast a tedy i výsledek zadávacího řízení, Úřad vzhledem k právnímu názoru Nejvyššího správního soudu, vyjádřeném ve výše uvedeném rozsudku nepovažoval za nezbytně nutné se již zabývat otázkou, zda k manipulaci v průběhu losování skutečně došlo.
34. Úřad dodává, že zadavatele vyzval k vyjádření se k podkladům pro rozhodnutí, přičemž ani zadavatel v průběhu správního řízení neprokázal, že by losování provedl způsobem podle § 61 odst. 4 zákona, tj., že dodržel při provádění losování zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona.
35. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když losování dne 28. 3. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti. Postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, neboť omezení počtu zájemců o účast v užším řízení je klíčovou fází užšího řízení, v níž jsou z kvalifikovaných vybírání ti, kteří budou vyzváni k podání nabídky. Jak je odůvodněno výše, v šetřeném případě nelze vyloučit pochybnosti o korektním průběhu losování. Bylo-li by losováno v souladu se zásadou transparentnosti a způsobem umožňujícím náhodný výběr losem, lze s vysokou mírou pravděpodobnosti konstatovat, že okruh uchazečů, kteří byli následně vyzváni k podání nabídky, by mohl být jiný a některý uchazeč z tohoto okruhu mohl předložit výhodnější podmínky plnění veřejné zakázky. Vzhledem ke všem uvedeným důvodům, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **VIII. Uložení sankce**

36. Podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu 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.
37. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 v návaznosti na § 6 zákona, když losování dne 28. 3. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, dopustil se tak správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.



38. Podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny veřejné zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.
39. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 20 108 764 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 1 005 438,20 Kč.
40. Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům, a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
41. Podle § 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 od dne, kdy byl spáchán.
42. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 18. 10. 2011. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 2. 6. 2011, kdy zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky. Správní řízení bylo zahájeno dne 13. 3. 2012, kdy bylo zadavateli doručeno oznámení o zahájení správního řízení. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
43. Zadavatel se dopustil správního deliktu tím, že uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem na předmětnou veřejnou zakázku, přičemž nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený zákonem. Porušení zákona ze strany zadavatele mohlo ovlivnit konečnou finanční hodnotu veřejné zakázky. V důsledku uvedeného postupu zadavatele nelze vyloučit, že v případě, že by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, mezi kterými mohla být nabídka obsahující nižší nabídkovou cenu, než byla cena, kterou nabídl vybraný uchazeč.
44. Při posouzení závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu, že zadavatel svým postupem při zadávání veřejné zakázky porušil zejména jednu ze základních zásad zadávacího řízení, zásadu transparentnosti, a to při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku. Jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí, tato netransparentnost mohla podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, činí celý proces losování neprůhledným a vzbuzuje pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele.
45. Podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť tento postup vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti. V posuzovaném případě se tedy nejednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější. Nicméně Úřad z hlediska závažnosti správního deliktu přihlédl ke skutečnosti, že v daném případě došlo k porušení základních zásad, na kterých zadávací řízení stojí. Jedná se tedy o správní delikt velmi závažného charakteru.

46. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. Spáchání správního deliktu mělo v daném případě za následek možné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, v jehož důsledku mohla být vybrána nabídka jiného uchazeče. Nelze též vyloučit, že by jiný zájemce předložil nabídku, která mohla být ekonomicky výhodnější a došlo by tak k úspoře financí z veřejných zdrojů. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.
47. Za polehčující okolnost lze podle Úřadu považovat to, že zadavatel nepostupoval při zadávání šetřené veřejné zakázky zcela mimo režim zákona, resp. že by zcela vyloučil soutěžní prostředí. Úřad zároveň k polehčující okolnosti dodává, že ji nelze považovat za okolnost, která by „zhojila“ uvedené porušení zákona. Úřad však k této okolnosti přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování výše sankce.
48. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. Pl. ÚS 3/02. Nepřípustné jsou také pokuty, jež mají likvidační charakter. Při stanovení výše pokuty vzal tedy Úřad v úvahu i finanční možnosti zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje.
49. Vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, má Úřad za to, že nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocítována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
50. 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 především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu jako dostačující. Úřad uložil pokutu ve výši 350 000,- Kč, která naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.
51. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
52. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízeného u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ 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

v z. Mgr. Michal Kobza

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### **Obdrží:**

Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, Lipenská 120, 772 11 Olomouc

### **Vypraveno dne:**

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