



UOHSX0046K80

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S22/2012/VZ-6708/2012/550/JHn

V Brně dne 17. října 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 7. 2. 2012 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – obec Cítov, IČ 00236764, se sídlem Cítov č. p. 203, 277 04 Cítov, za niž jedná Ing. Marie Kulhánková Havelková, starostka obce, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 9. 2. 2012 JUDr. Petrem Zikmundem, advokátem, ev. č. ČAK 0779, Advokátní kancelář Mělník, Macharova 376, 276 01 Mělník,

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 veřejné zakázky „Revitalizace společenského zařízení“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 1. 7. 2011 pod ev. č. 60061947, ve znění oprav uveřejněných dne 4. 7. 2011, dne 18. 7. 2011 a dne 5. 8. 2011,

**rozhodl** takto:

### I.

Zadavatel - obec Cítov, IČ 00236764, se sídlem Cítov č. p. 203, 277 04 Cítov - 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 27. 7. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup

mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel již dne 23. 8. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

## II.

Za spáchání výše uvedeného správního deliktu se zadavateli - obec Cítov, IČ 00236764, se sídlem Cítov č. p. 203, 277 04 Cítov - **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

**pokuta ve výši 300 000 Kč** (tři sta tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Průběh zadávacího řízení

1. Zadavatel – obec Cítov, IČ 00236764, se sídlem Cítov č. p. 203, 277 04 Cítov, za niž jedná Ing. Marie Kulhánková Havelková, starostka obce, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 9. 2. 2012 JUDr. Petrem Zikmundem, advokátem, ev. č. ČAK 0779, Advokátní kancelář Mělník, Macharova 376, 276 01 Mělník (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 1. 7. 2011 pod ev. č. 60061947 ve znění oprav uveřejněných dne 4. 7. 2011, dne 18. 7. 2011 a dne 5. 8. 2011, oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Revitalizace společenského zařízení“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Zadavatel v oznámení o zakázce uvedl, že „*předmětem plnění je revitalizace - stavební úpravy společenského domu*“ a dále stanovil, že předmětná veřejná zakázka bude zadávána v užším řízení. Současně zadavatel stanovil omezení počtu zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek na 5. Jako objektivní kritérium pro omezení počtu zájemců zadavatel zvolil náhodný výběr provedený losem.
3. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavateli bylo ve stanovené lhůtě doručeno 7 žádostí o účast zájemců, přičemž všichni zájemci prokázali splnění zadavatelem požadované kvalifikace. Všem zájemcům, kteří prokázali splnění kvalifikace, byl oznámen termín losování, a to den 27. 7. 2011.
4. Ve věci výše uvedené veřejné zakázky obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „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.

5. 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 a byl zástupci zadavatele poskytnut v elektronické podobě v rámci nahlížení do spisu, které proběhlo dne 15. 2. 2012. Protokol o nahlížení do spisu je součástí správního spisu.
6. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele dokumentaci o veřejné zakázce. 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**

7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S22/2012/VZ-1044/2012/550/JHn ze dne 7. 2. 2012, které bylo téhož dne doručeno, a tímto dnem bylo správní řízení z moci úřední zahájeno.
8. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
9. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S22/2012/VZ-1155/2012/550/JHn ze dne 7. 2. 2012 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

## **III. Stanovisko zadavatele**

10. Zadavatel vyjádřil v řízení své stanovisko dne 17. 2. 2012, které Úřad obdržel dne 21. 2. 2012 a následně dne 9. 3. 2012, které Úřad obdržel dne 13. 3. 2012. Zadavatel má za to, že v rámci zadávacího řízení neporušil zákon a ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení uvádí následující.
11. Zadavatel ve vyjádření ze dne 17. 2. 2012 navrhuje provést důkaz listinou, a to Mandátní smlouvou ze dne 16. 5. 2011 uzavřenou mezi zadavatelem a Tercier, spol. s r.o. (dále jen „mandátní smlouva“), která pro zadavatele zajišťovala průběh zadávacího řízení. Zadavatel připouští povinnost aplikace ust. § 151 odst. 3 zákona, ale současně poukazuje na ujednání o závazcích mandatáře sjednaná v mandátní smlouvě, na ust. § 567 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“), které stanoví povinnosti mandatáře.
12. Zadavatel se domnívá, že jako mandant neměl žádnou právní povinnost kontrolovat jednotlivé úkony Tercier, spol. s r.o. jako mandatáře, a to včetně kontroly průběhu losování uskutečněného dne 27. 7. 2011. Zadavatel navrhuje provést důkaz listinou, a to notářským zápisem č. NZ 211/2011, N 230/2011 sepsaným dne 28. 7. 2011 (dále jen „notářský zápis“),

který zachycuje průběh losování zájemců o veřejnou zakázku. V této souvislosti zadavatel uvádí, že notářský zápis je veřejnou listinou a prokazuje pravdivost toho, co je v něm osvědčeno nebo potvrzeno, není-li prokázán opak. S odkazem na sepsaný notářský zápis měl zadavatel za to, že losování proběhlo v souladu s ust. § 61 zákona.

13. Zadavatel dále navrhuje provést důkaz listinou, a to smlouvou o dílo uzavřenou mezi zadavatelem a zhotovitelem – FISA s.r.o. Smlouva byla dle zadavatele uzavřena po řádně ukončeném užším řízení, v jehož průběhu nikdo nenamítal porušení zákona a žádný zájemce nepodal námitky. Jako další důkaz listinou navrhuje zadavatel žádost Policie ČR ze dne 18. 10. 2011, kterou zadavatel obdržel téměř po dvou měsících po uzavření smlouvy a započetí prací na veřejné zakázce. Teprve z této žádosti zadavatel zjistil, že podle předběžného znaleckého zkoumání losovací zařízení nepracovalo na bázi náhodného výběru, a že mohlo dojít k porušení zákona. V této době již ukončené zadávací řízení nemohl žádným právním úkonem ovlivnit.
14. V dalším se zadavatel vyjadřuje k podkladům pro rozhodnutí, a to zejména ke znaleckému posudku. K charakteru znaleckého posudku zadavatel uvádí, že tento má charakter listinného důkazu ve smyslu ust. § 53 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), neboť byl pořízen Policií ČR podle ust. § 105 odst. 1 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „trestní řád“) pro orgány činné v trestním řízení a nikoliv Úřadem podle ust. § 56 správního řádu pro předmětné správní řízení.
15. Zadavatel cituje ze znaleckého posudku a k zařízení, které bylo použito k omezení počtu zájemců v předmětné veřejné zakázce, uvádí, že ze znaleckého posudku lze použít pouze odpověď na otázku č. 4, podle níž při losování bylo použito zařízení nezabezpečené proti zmanipulování a které umožňovalo manipulaci výsledků losování. Znalecký posudek však podle zadavatele neprokazuje, že by při losování dne 27. 7. 2011 bylo skutečně postupováno způsobem popsáním v odpovědi na otázku č. 5 znaleckého posudku, kde je způsob ovládnutí losovacího zařízení popsán. V odpovědi na otázku č. 5 znaleckého posudku je konstatováno, že výsledek losování lze zmanipulovat pouze pomocí předem připraveného souboru, který musí být umístěn v příslušném adresáři v počítači a musí mít přesně danou strukturu a obsahovat IČ subjektů, které mají být vylosovány. Ve znaleckém posudku je uvedeno, že manipulace je dobře maskována a nezavěšený pozorovatel nepozná, že se nejedná o náhodné losování.
16. Ke znaleckému posudku zadavatel uvádí, že ve vztahu k předmětné veřejné zakázce a omezení počtu zájemců losováním dne 27. 7. 2011 lze použít jen konstatování, že při tomto losování bylo použito zařízení nezabezpečené proti zmanipulování, a které umožňovalo manipulaci výsledků losování. Znalecký posudek však podle zadavatele neprokazuje, že by při losování dne 27. 7. 2011 bylo postupováno způsobem popsáním v odpovědi na otázku č. 5 znaleckého posudku a ve vztahu k losování dne 16. 9. 2011, způsobem popsáním v odpovědích č. 6 a 7 znaleckého posudku.
17. V další části zadavatel uvádí, že ve správním řízení zahájeném z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu musí být účastníkem řízení (v daném případě zadavatelem), správním orgánem jednoznačně a nepochybně prokázáno spáchání správního deliktu. K tomu dle názoru zadavatele nedošlo. Zadavatel tvrdí, že důkazy, které jsou podkladem pro rozhodnutí

neprokazují, že by losování v šetřené veřejné zakázce proběhlo jinak, než je uvedeno v notářském zápisu, a že by bylo ovlivněno předem připravenými soubory s příslušným označením, které by byly před losováním umístěny v příslušném adresáři v počítači. To, že bylo použito losovací zařízení v případě omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, které nebylo zabezpečeno proti zmanipulování výsledků losování a umožňovalo manipulaci výsledků losování, pokud nebyly ve správním řízení prokázány žádné konkrétní skutečnosti o využití těchto možností umožňujících manipulaci s výsledky losování, neprokazuje naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem, ani přes právní názor vyslovený v rozsudku Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 15. 9. 2010 č. j. 1 Afs 45/2010 - 159.

18. Zadavatel v souvislosti s otázkou „podstatného ovlivnění výběru“ poukazuje na skutečnost, že z celkem 7 zájemců byli vyloučeni pouze dva a tito nevyužili možnosti podat námítky. Z těchto skutečností zadavatel dovozuje, že nedošlo k naplnění znaku „podstatného ovlivnění výběru“ v šetřené veřejné zakázce. Pokud by přesto dospěl Úřad k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, zadavatel uvádí, že podle ust. § 121 odst. 1 zákona za správní delikt neodpovídá.
19. Zadavatel je přesvědčen, že společnost Tercier, spol. s r.o., která jako mandant zajišťovala pro zadavatele povinnosti podle zákona související se zadávacím řízením, postupovala v souladu se zákonem.
20. Dále zadavatel opakovaně uvádí, že notářský zápis, který zachycuje průběh omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, je veřejnou listinou. Konstatuje, že i kdyby byl přítomen losování zájemců, s ohledem na odpověď na otázku č. 5 znaleckého posudku, neměl reálnou možnost poznat, že použité losovací zařízení je nezabezpečené proti zmanipulování a neměl možnost losování na tomto zařízení zabránit nebo k výsledkům vzešlým z losování nepřihlédnout, neboť až do 18. 10. 2011 neměl poznatky o tom, že zařízení umožňuje manipulaci s výsledky losování. Skutečnosti o tom, že zařízení umožňuje manipulaci s výsledky losování, zjistil zadavatel až v době, kdy již byla uzavřena smlouva na plnění veřejné zakázky a již bylo započato s pracemi na veřejné zakázce.
21. Zadavatel je přesvědčen, že vynaložil veškeré úsilí, které po něm bylo možno požadovat, aby v průběhu zadávacího řízení nedošlo k porušení zákona. Uvádí, že neměl reálnou možnost zabránit, aby při losování zájemců bylo použito jiné losovací zařízení.
22. V pořadí druhé vyjádření zadavatele ze dne 9. 3. 2012 bylo Úřadu doručeno dne 13. 3. 2012. Zadavatel v něm uvádí, že setrvává na provedení důkazů z vyjádření ze dne 17. 2. 2012. Konstatuje, že přestože uzavřel mandátní smlouvu, je jeho odpovědnost v souladu s ust. § 151 odst. 3 zákona zachována, avšak nemohl zabránit tomu, aby při losování o omezení počtu zájemců bylo použito losovací zařízení, které nebylo zabezpečeno proti zmanipulování výsledků losování a umožňovalo manipulaci výsledku losování. Tato skutečnost nebyla v době losování zadavateli známa a zadavatel ji nemohl předpokládat a i kdyby se losování zúčastnil, nemohl tuto skutečnost zjistit. Žádná z listin, které měl zadavatel k dispozici, nespovědčila o tom, že by došlo k porušení zákona.
23. Zadavatel opakuje své návrhy na provedení důkazů a zdůrazňuje, že znalecký posudek má ve správním řízení charakter listinného důkazu a pro probíhající správní řízení bude použita pouze ta část, která se vztahuje k opatření vydanému Policií ČR podle ust. § 105 odst. 1 věty

druhé trestního řádu, ze dne 19. 9. 2011, č. j. OKFK-77-60/2011-200232, jímž byla pro účely znaleckého zkoumání předložena výpočetní technika vydaná dne 16. 9. 2011.

24. Zadavatel shodně s vyjádřením ze dne 17. 2. 2012 uvádí, že listinné důkazy neprokazují, že by losování zájemců probíhalo jinak, než je uvedeno v notářském zápisu, a že by bylo ovlivněno předem připravenými soubory uloženými v příslušném adresáři před losováním v losovacím zařízení tak, jak je to popsáno ve znaleckém posudku. Zadavatel se domnívá, že nebylo prokázáno naplnění skutkové podstaty podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Pokud by přes jeho námitky Úřad dospěl k závěru, že znaky této skutkové podstaty byly naplněny, uvádí, že uplatňuje naplnění podmínek uvedených v ust. § 121 odst. 1 zákona o vyloučení odpovědnosti zadavatel za tento správní delikt.
25. Zadavatel s ohledem na důvody obsažené v jeho vyjádřeních navrhuje, aby Úřad předmětné správní řízení podle ust. § 117a písm. d) zákona zastavil.

#### **IV. Závěry Úřadu**

26. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, znaleckého posudku, notářského zápisu, mandátní smlouvy, vyjádření zadavatele včetně navrhovaných listinných důkazů, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
27. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
28. 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.
29. Podle § 61 odst. 4 zákona může být objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 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 právo zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.
30. 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.

31. Notářský zápis obsahuje seznam 5 zájemců, kteří byli vylosováni a byli následně veřejným zadavatelem vyzváni k podání nabídky. Vyplývá z něj, že losování proběhlo ve smyslu § 61 odst. 4 zákona prostřednictvím elektronického zařízení, které tvoří programové vybavení, počítač a periférie. Programové vybavení tvoří losovací program běžící v prostředí UNIFACE, počítač je notebook Acer TravelMate 5442 s operačním systémem WINDOWS 7.
32. Z písemného vyjádření společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o., která pro společnost Tercier, spol. s r.o. jako mandatáře zadavatele podle mandátní smlouvy ze dne 16. 5. 2011 (viz odstavec č. 11 tohoto rozhodnutí) zajišťovala průběh omezení počtu zájemců, a které je součástí spisu jako listinné podklady doručené Úřadu Policií ČR dne 23. 12. 2011, jednoznačně vyplývá, že elektronickým losovacím zařízením, které bylo použito v šetřené veřejné zakázce, je notebook Acer TravelMate 5542-P344G50Mnss S/N: LXTZG02003106205951601 (dále také „losovací zařízení“), a že toto losovací zařízení bylo využíváno k omezení počtu zájemců o veřejné zakázky v období od 13. 7. 2011, tj. i při omezení počtu zájemců o účast v předmětném užším řízení na veřejnou zakázku dne 27. 7. 2011. Zadavatel nijak tyto skutečnosti nerozporuje.
33. Znalecký posudek označuje losovací zařízení Acer TravelMate 5542-P344G50Mnss S/N: LXTZG02003106205951601 jako „171\_nb02“.
34. Na tomto místě se Úřad pro úplnost vypořádává s nesrovnalostí v typu losovacího zařízení. V notářském zápisu o provedeném losování ze dne 24. 6. 2011 je uvedeno, že losovacím zařízením byl notebook Acer Travel Mate 5442. Znalecký posudek však uvádí jako typ notebooku Acer Travel Mate 5542. Úřad je toho názoru, že došlo ke zcela zřejmé chybě v psaní v notářském zápisu, kdy je uvedeno 5442 namísto 5542.
35. K losovacímu zařízení, kterým bylo provedeno omezení počtu zájemců losem v šetřeném zadávacím řízení dne 27. 7. 2011, znalecký posudek uvádí: *„Zařízení není zabezpečeno proti zmanipulování výsledků losování, naopak, je cíleně vytvořeno způsobem, který umožňuje manipulaci výsledků losování.“* Ve znaleckém posudku je dále podrobně vysvětlen způsob manipulace. *„Manipulace losováním je dobře maskována a nezasvěcený pozorovatel nepozná, že se nejedná o náhodné losování, ale o předem připravenou manipulaci.“* *„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.“*
36. 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.*

4) *Popište, jakým způsobem je toto zařízení zabezpečeno proti zmanipulování výsledku losování.*

*Odpověď na otázku 4:*

*Zařízení není zabezpečeno proti zmanipulování výsledků losování, naopak, je cíleně vytvořeno způsobem, který umožňuje manipulaci výsledků losování.*

*5) Uveďte, zda a jakým způsobem je možné výsledky losování prováděné tímto elektronickým losovacím zařízením ovlivnit, popřípadě zmanipulovat.*

*Odpověď na otázku 5:*

*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.*

*6) Byl výsledek losování, které mělo být provedeno tímto elektronickým losovacím zařízením dne 16.9.2011 ovlivněn, popřípadě zmanipulován.*

*Odpověď na otázku 6:*

*Lze jednoznačně prokázat, že losovací zařízení bylo připraveno ke zmanipulování výsledků losování. Výsledky zkoumání dokazují, že losovací zařízení bylo na manipulaci jednoznačně a cíleně připraveno a byly nalezeny soubory naplněné daty, které měly toto losování zmanipulovat.*

37. Z odpovědi na otázku č. 6 je patrné, že je jednoznačně prokázáno, že losovací zařízení bylo účelně ke zmanipulování uzpůsobeno, a to již před provedeným losováním. Samotný fakt, že losovací zařízení umožňovalo zmanipulování výsledků losování, je skutečností, která mohla mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Nalezené pomocné soubory rovněž prokazují skutečnost, že omezení počtu zájemců mohlo být zmanipulováno. Úřad považuje za zásadní, že k porušení zákona postačuje potenciální možnost, že k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky mohlo dojít. Není tedy rozhodující, zda k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky skutečně došlo, a tudíž není ani podstatné, zda došlo ke zmanipulování či nikoliv. Je na zadavateli, aby zajistil, že veškeré kroky uskutečněné v zadávacím řízení budou činěny transparentně a nevyvolají žádné pochybnosti.
38. Z výše uvedeného je patrné, že možnost manipulace s omezením počtu zájemců zde byla a stejně tak bylo prokázáno, že tyto skutečnosti mohly mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky spočívá ve skutečnosti, že zadavatel, v důsledku možného zmanipulovaného losování, mohl vyloučit zájemce, který by nabídl nižší nabídkovou cenu, nežli uchazeč, s nímž byla uzavřena smlouva na plnění veřejné zakázky. Z uvedeného je patrné, že bylo prokázáno, že postup zadavatele mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
39. Úřad posoudil na základě návrhu zadavatele listinné důkazy (zejména dokumentaci o veřejné zakázce, znalecký posudek, notářský zápis, mandátní smlouvu, vyjádření zadavatele) a přihlédl ke všemu, co v řízení vyšlo najevo.



40. Jak vyplývá ze znaleckého posudku zpracovaného znaleckým ústavem Risk Analysis Consultants, s.r.o., se sídlem Konviktská 24, 110 00 Praha 1 (dále jen „zhotovitel posudku“), který znalecký posudek vypracoval pro orgány Policie ČR, a který je součástí spisového materiálu, losovací zařízení použité při tomto losování, nebylo zabezpečeno proti zmanipulování a mohlo tak dojít k ovlivnění výsledků losování.
41. Na základě výše uvedeného považuje proto Úřad za prokázané, že losovací zařízení, které bylo použito k omezení počtu zájemců v šetřené veřejné zakázce, nebylo zabezpečeno proti zmanipulování. Již jen samotná skutečnost, že zařízení použité k losování nebylo zabezpečeno proti zmanipulování způsobuje, že postup zadavatele je netransparentní. Není přitom rozhodné, zda ke zmanipulování losování v posuzovaném případě skutečně došlo či nikoliv. Zadavatel tedy porušil postup stanovený tímto zákonem, konkrétně ust. § 61 odst. 4 ve spojení s ust. § 6 zákona, když při omezení počtu zájemců o účast v užším řízení použil losovací zařízení, které nebylo zabezpečeno proti zmanipulování.
42. 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, je z pohledu Úřadu pro právní posouzení jednání zadavatele rozhodující již sama pochybnost o řádném průběhu losování. Úřad odkazuje na Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, v němž je uvedeno: *„Zásada transparentnosti ... je porušena tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehlednutelným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“*
43. 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. Úřad uvádí, že zadavatele vyzval k vyjádření se k podkladům pro rozhodnutí, ale ani zadavatel ve správním řízení neprokázal, že by losování provedl způsobem podle § 61 odst. 4 zákona, tj. že dodržel při provádění losování zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 zákona.
44. Všechny úkony zadavatele učiněné v průběhu zadávacího řízení, jakož i samotné losování, musí být prováděny v souladu se zásadou transparentnosti. Na podporu svých tvrzení odkazuje Úřad na Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, podle něhož má zásada transparentnosti zajistit, aby k zadávání veřejných zakázek docházelo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Transparentním postupem je v souladu s citovaným rozsudkem Nejvyššího správního soudu takový postup, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně.
45. Úřad konstatuje, že skutečnost, že se zadavatel při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením, nechá zastoupit jinou osobou, nezbavuje v souladu s ust. § 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, jaké elektronické zařízení bylo použito apod.) a nemůže prokazovat či osvědčovat nemanipulovatelnost elektronického losovacího zařízení, neboť těmito skutečnostmi se notář nezabýval a ani nemohl zabývat.

#### *Stanoviska Úřadu k vyjádřením zadavatele*

46. Co se týče mandátní smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a společností Tercier, spol. s r.o., která pro zadavatele zajišťovala průběh zadávacího řízení, Úřad uvádí, že tato nemůže zadavatele zprostit odpovědnosti za průběh zadávacího řízení. Jak zadavatel sám poukazuje na ust. § 151 odst. 3 zákona, odpovědnost zadavatele za dodržování zákona není vznikem zastoupení při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením, dotčena. Ze vzniku případné odpovědnosti se zadavatel nemůže liberovat tím, že udělí zmocnění jiné osobě, aby za něj činila úkony a zajistila tak průběh zadávacího řízení. Mandátní smlouva, v níž je vyjádřena vůle zadavatele, stanoví, že mandatář činí právní úkony jménem mandanta a na jeho účet. Ujednání, která jsou obsahem mandátní smlouvy, mají povahu soukromoprávního vztahu a nemohou mít vliv na odpovědnost zadavatele, která je založena ustanoveními veřejného práva. Úřad nezpochybňuje ujednání v mandátní smlouvě, podle kterého má mandant povinnost postupovat s péčí řádného hospodáře. Takové ujednání však může založit pouze odpovědnost soukromoprávního charakteru a v předmětném správním řízení k němu nelze přihlídnout. Konstatování zadavatele, že neměl žádnou právní povinnost kontrolovat jednotlivé úkony mandatáře, je vzhledem k povaze vztahu založeného mandátní smlouvou a s ohledem na objektivní odpovědnost zadavatele založenou zákonem, irelevantní. Úřad přihlédl ke skutečnosti, že zadavatel obdržel žádost Policie ČR ze dne 18. 10. 2011, v níž bylo konstatováno, že mohlo dojít ke zmanipulování výsledku losování, až v době, kdy byla smlouva o dílo uzavřena a již bylo započato s realizací plnění předmětu veřejné zakázky. Úřad je se zadavatelem za jedno v tom směru, že již nemohl ukončené zadávací řízení svým právním úkonem ovlivnit. Tato skutečnost však zadavatele nezbavuje odpovědnosti za správní delikt.
47. Úřad se zadavatelem souhlasí, že znalecký posudek má charakter listinného důkazu ve smyslu ust. § 53 správního řádu, neboť byl opatřen Policií ČR a nikoliv postupem podle ust. § 56 správního řádu. Přestože je znalecký posudek důkazem ve smyslu ust. § 53 správního řádu, má Úřad povinnost jej zkoumat a jako důkaz jej hodnotit v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů. Znalecký posudek je v předmětném správním řízení klíčovým důkazem, a proto mu Úřad přisoudil nejvyšší důkazní sílu.
48. Zadavatel ve vyjádření ze dne 17. 2. 2012 odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159. Úřad k judikátu uvádí, že tento potvrzuje závěry Úřadu, neboť se v něm soud vyslovil v tom směru, že zásada transparentnosti „...je porušena tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným...“. V šetřené veřejné

zakázce je objektivně prokázáno, že omezení počtu zájemců bylo nekontrolovatelné a stejně tak i nečitelné, neboť bylo provedeno za použití losovacího zařízení, které umožňovalo manipulaci a přímé ovlivnění výsledku losování.

49. Skutečnost, že žádný ze zájemců nepodal námitky v průběhu zadávacího řízení, nemůže zhojit to, že zadávací řízení (konkrétně úkon zadavatele, kterým byl omezen počet zájemců o veřejnou zakázku) mohlo být zmanipulováno.
50. Zadavatel ve vyjádření ze dne 17. 2. 2012 konstatoval, že i kdyby byl přítomen losování zájemců, s ohledem na odpověď na otázku č. 5 znaleckého posudku, neměl reálnou možnost poznat, zda je losovací zařízení zmanipulované či nikoliv. K tomu Úřad uvádí, že odpovědnost za postup podle zákona leží plně na zadavateli. Jedná se o odpovědnost objektivní, přičemž je rozhodující výsledek, který byl způsoben. V tomto případě je výsledkem možné ovlivnění výběru nejhodnější nabídky.
51. Co se týče vyjádření zadavatele ze dne 9. 3. 2012, Úřad konstatuje, že přezkoumal všechny návrhy na provedení důkazních prostředků. K otázce osvědčení průběhu omezení počtu zájemců notářským zápisem, lze odkázat na konstatování Úřadu vyslovená výše.
52. Úřad s ohledem na výše uvedené konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 61 odst. 4 v návaznosti na § 6 zákona, když omezení počtu zájemců o účast v užším řízení formou losování neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel dne 23. 8. 2011 uzavřel smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Pokud by bylo losováno v souladu se zásadou transparentnosti a způsobem umožňujícím náhodný výběr losem, lze s vysokou mírou pravděpodobnosti konstatovat, že by okruh uchazečů, kteří byli následně vyzváni k podání nabídky, mohl být jiný. Vzhledem ke všem uvedeným důvodům, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

## **V. K uložení sankce**

53. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
54. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 v návaznosti na § 6 zákona, když omezení počtu zájemců o účast v užším řízení neprovedl v souladu se zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější 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.
55. 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 ode dne, kdy byl spáchán.
56. 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 ke spáchání

správního deliktu došlo dne 23. 8. 2011, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno dne 7. 2. 2012. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

57. Podle § 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 § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
58. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 17 532 000 Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 876 600 Kč.
59. Úřad posoudil též možnost aplikace ust. § 121 odst. 1 zákona a dospěl k závěru, že zadavatel neprokázal, že by vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil. Zadavatel v obou jeho vyjádřeních uplatňuje aplikaci tohoto ustanovení, když tvrdí, že podmínky ust. § 121 odst. 1 zákona byly naplněny. Úřad k tomu uvádí, že zadavatel v tomto případě neuvedl objektivní důvody, které by vedly ke zproštění odpovědnosti zadavatele. Zadavatel má objektivní odpovědnost za výsledek zadávacího řízení, bez ohledu na to, zda konkrétní úkony činí on sám nebo jím zmocněná třetí osoba. Objektivní odpovědnost je odpovědností za protiprávní stav, přičemž tato odpovědnost nemůže být, ani není odpovědností absolutní. Při prokázání určitých důvodů se může zadavatel z této odpovědnosti liberovat. Za tyto důvody je možné považovat např. okolnosti vis maior. Úřad však konstatuje, že v předmětné věci nejsou dány důvody zbavující zadavatele odpovědnosti. K této otázce Úřad doplňuje, že pro posouzení, zda došlo ke spáchání správního deliktu či nikoliv, jsou rozhodující objektivní skutečnosti nezávislé na vůli jednajících osoby. Z toho důvodu je objektivní odpovědnost zadavatele označována jako odpovědnost za výsledek či odpovědnost za stav, který mohl být způsoben. Správní delikt zadavatele podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona je spáchán též v případě, kdy potenciálně škodlivý následek předvídaný právní normou (možné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky) i „jen“ hrozí a fakticky ani nastat nemusí.
60. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání, jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
61. 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. Netransparentnost uvedeného pochybení mohla podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, činí celý proces losování neprůhledným a vzbuzuje pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele.
62. 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.

63. 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 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.
64. 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. Podle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové 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. Ze schváleného rozpočtu zadavatele pro rok 2011 umístěného na internetových stránkách zadavatele ([www.citov.cz](http://www.citov.cz)) vyplývá, že roční příjmy zadavatele se pohybují v řádech milionů Kč. Příjmy za rok 2011 činí 12 251 920 Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
65. 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 300 000 Kč, která naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.
66. 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.
67. 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 – 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, 604 55 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:**

JUDr. Petr Zikmund, advokát, Advokátní kancelář Mělník, Macharova 376, 276 01 Mělník

**Vypraveno dne:**

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