



UOHSX004GSRV

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S39/2012/VZ-19498/2012/521/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 16. 2. 2012 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – obec Svijany, IČ 00671908, se sídlem Svijany č. 71, 463 46 Příšovice, za niž jedná Ing. Petr Lelek, starosta obce,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti s veřejnou zakázkou „Výstavba kanalizace Svijany“ zadávanou v užším řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 6. 5. 2011 pod ev. č. 60059838,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel - obec Svijany, IČ 00671908, se sídlem Svijany č. 71, 463 46 Příšovice - 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 2. 6. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejuvhodnější nabídky a zadavatel již dne 22. 7. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání výše uvedeného správního deliktu **se** zadavateli - obec Svijany, IČ 00671908, se sídlem Svijany č. 71, 463 46 Příšovice - **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 150 000 Kč (sto padesát 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 Svijany, IČ 00671908, se sídlem Svijany č. 71, 463 46 Příšovice, za niž jedná Ing. Petr Lelek, starosta obce (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 uveřejněno dne 6. 5. 2011 pod ev. č. 60059838, oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Výstavba kanalizace Svijany“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Zadavatel v oznámení o zakázce vymezil předmět plnění veřejné zakázky jako gravitační splašková kanalizace (DN250 – DN400) oddílné stokové soustavy doplněná čerpací stanicí a výtlačkem (DN90), napojení kanalizační přípojky od přilehlých RD 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 si zadavatel zvolil náhodný výběr provedený losem.
3. Z rozhodnutí o vyloučení zájemců ze dne 3. 6. 2011 a zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 21. 6. 2011 vyplývá, že zadavatel obdržel ve stanovené lhůtě 23 žádostí, přičemž všichni zájemci prokázali splnění zadavatelem požadované kvalifikace. Všem kvalifikovaným zájemcům byl oznámen termín losování, a to den 2. 6. 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 zadavateli na jeho žádost zaslán, a to dne 7. 3. 2012 e-mailovou poštou.

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-S39/2012/VZ-1388/2012/550/JHn ze dne 15. 2. 2012, které bylo doručeno dne 16. 2. 2012, 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-S39/2012/VZ-1389/2012/550/JHn ze dne 16. 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.

Stanovisko zadavatele

10. Zadavatel vyjádřil v řízení své stanovisko dne 20. 2. 2012, dne 2. 3. 2012 a dne 28. 3. 2012.
11. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 20. 2. 2012 pouze konstatuje, že nemůže zaslat další dokumenty požadované Úřadem v usnesení č. j. ÚOHS-S39/2012/VZ-1389/2012/550/JHn ze dne 16. 2. 2012, neboť je organizátor zadávacího řízení – společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. vydala Policii ČR dne 18. 11. 2011. Ve vyjádření zadavatele ze dne 2. 3. 2012 je uvedeno, že podle oznámení o zahájení správního řízení je předmětem řízení podezření z manipulace průběhu omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku. Z oznámení o zahájení správního řízení zadavatel zjistil, že byl Úřadu podán podnět Policií ČR, v němž je upozorněno na možný nezákonný postup zadavatele.
12. Následně zadavatel uvádí, že *„vaše šetření je cíleno do oblasti, ve které obec ani já jako starosta nemám ingerenci ovlivnit výběr subjektu, který zajišťuje objektivní losování zprostředkované notářskou kanceláří, na základě plné moci, kterou předložil zástupce Inženýrských služeb Hradec Králové s.r.o.“* Zadavatel rovněž uvedl, že společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. byla zmocněna zadavatelem k výkonu zadavatelské činnosti pro předmětnou veřejnou zakázku.
13. Starosta obce jako představitel zadavatele konstatuje, že se mu jeví jako *„zcela monstrózní“*, že by ze svojí pozice mohl ovlivnit objektivní elektronické losovací zařízení. Uvádí, že zadavatel objednal losování za účelem omezení počtu zájemců o účast ve veřejné zakázce u notářské kanceláře JUDr. Čírtkové v Hradci Králové. K vyjádření zadavatel v kopii přiložil notářský zápis č. NZ 172/2011 sepsaný dne 2. 6. 2011 (dále jen „notářský zápis“) a uvádí,

že v notářském zápisu je popsán „*předepsaný postup, který mi není znám*“ a zařízení, na kterém bylo losováno.

14. Zadavatel ve vyjádření uvádí, že se nemůže vyjádřit k použití elektronického losovacího zařízení, které nepracovalo na bázi náhodného výběru, neboť se dosud neseznámil se znaleckým posudkem. Požádal proto o předložení znaleckého posudku. Zadavatel podotýká, že omezení počtu zájemců zadal společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. a je podle něj irelevantní, aby byl úmyslně diskvalifikován některý ze zájemců, když v prvním kole výběrového řízení jde pouze o omezení počtu zájemců a rozhoduje se teprve ve druhém kole z pěti vybraných zájemců.
15. Zadavatel konstatuje, že předtím než si znalecký posudek prostuduje, nechce tento důkaz a jeho důkazní sílu hodnotit. Pokud bylo zúžení počtu zájemců zmanipulováno, byla podle zadavatele podvedena notářka JUDr. Čírtková, organizátor zadávacího řízení Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. a zprostředkovaně i obec Svijany a celá výběrová komise jmenovaná usnesením obce jako zadavatele.
16. Závěrem tohoto vyjádření zadavatel uvádí, že se o zmanipulování výběru v užším řízení dozvěděl v okamžiku, kdy byla veřejná zakázka rozestavěna ve značném rozsahu a nebylo proto možno uvažovat o tom, že by stavbu měla budovat jiná společnost než vybraný uchazeč – Imstav EU, s.r.o.
17. V pořadí třetí vyjádření zadavatele ze dne 28. 3. 2012 bylo Úřadu doručeno téhož dne a zadavatel se v něm vyjadřuje mj. ke znaleckému posudku, který mu byl na jeho žádost Úřadem zaslán. Zadavatel doplňuje, že zastupitelstvo obce starostu pověřilo k objednání služby – omezení počtu zájemců – u společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. U samotného losování nebyl přítomen nikdo z obce, výsledek losování byl protokolárně předán zadavateli a vylosování zájemci byli vyzváni, aby podali nabídky. Společnost SWIETELSKY stavební s.r.o. ze soutěže odstoupila a jako nejvhodnější byla vybrána nabídka společnosti Imstav EU, s.r.o.
18. Ke znaleckému posudku zadavatel uvádí, že se s ním seznámil, přičemž podotýká, že ze členů zastupitelstva obce není nikdo natolik vzdělán v elektronice, aby mohl validně posoudit, zda tento znalecký posudek je natolik pregnantní, aby prokazoval ovlivnění omezení počtu zájemců. Zadavatel je toho názoru, že v případě losování pro obec Svijany jako zadavatele, nebylo prokázáno, že zařízení bylo zneužito k ovlivnění losování, neboť je zde spíše připuštěna možnost takového ovlivnění, což vyplývá ze samotné softwarové podstaty tohoto zařízení. Zadavatel však zdůrazňuje skutečnost, že obdržel notářský zápis o správnosti losování a tento je pro něj závazný pro další postup. Dodává, že „*je s podivem, že takto vágní systém založený na možném podvodu je pak schválen notářským zápisem, kdy notář nepochybně nezkoumá technickou podstatu zařízení, ale osvědčuje to co vidí*“.
19. V závěru vyjádření zadavatel konstatuje, že není důvod uvažovat o tom, že by kdokoli z obce mohl ovlivnit předmětné losování a je přesvědčen, že obec Svijany ani konkrétní osoba nespáchali správní delikt, neboť dosud shromážděné materiály obsahují málo informací a důkazů.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

20. 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, 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.
21. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazů diskriminace.
22. 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.
23. 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 zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.
24. 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.
25. 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.
26. Z písemného vyjádření společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. ze dne 12. 9. 2011, která pro zadavatele 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: LXTZG020030352FFD51601 (dále také „losovací zařízení“), a že toto losovací zařízení bylo využíváno k omezení počtu zájemců o veřejné zakázky v období od března roku 2011

do 12. 7. 2011, tj. i při omezení počtu zájemců o účast v užším řízení prováděným formou losování v předmětném užším řízení na veřejnou zakázku dne 2. 6. 2011. Zadavatel nijak tyto skutečnosti nerozporuje.

27. Znalecký posudek označuje losovací zařízení Acer TravelMate 5542-P344G50Mnss S/N: LXTZG020030352FFD51601 jako „171_nb01“.
28. Na tomto místě se Úřad pro úplnost vypořádává s nesrovnalostí v typu losovacího zařízení. V notářském zápisu o provedeném losování ze dne 21. 6. 2011 je uvedeno, že losovacím zařízením byl notebook Acer Travel Mate 5442. Znalecký posudek a vyjádření zadavatele však uvádí jako typ notebooku Acer Travel Mate 5542. Úřad dochází k závěru, že došlo ke zcela zřejmé chybě v psaní v notářském zápisu, kdy je uvedeno 5442 namísto 5542.
29. K losovacímu zařízení, kterým bylo provedeno omezení počtu zájemců losem v šetřeném zadávacím řízení dne 2. 6. 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 potencionálnímu 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.“*
30. 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.

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.

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.

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.

31. Z odpovědi na otázku č. 6 je patrné, že nelze prokázat, zda losovací zařízení, které bylo použito i v šetřeném zadávacím řízení, bylo zmanipulováno při provádění losování v předmětné veřejné zakázce dne 21. 6. 2011. Je z něj však jednoznačně patrné, že losovací zařízení bylo účelně ke zmanipulování uzpůsobeno a byly v něm nalezeny předem předpřipravené soubory, které měly losování zmanipulovat. 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 při losování v zadávacím řízení budou činěny transparentně a nevyvolají žádné pochybnosti o řádném průběhu losování.
32. 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 např. nižší nabídkovou cenu, nežli uchazeč, s nímž byla uzavřena smlouva na plnění veřejné zakázky, neboť okruh uchazečů, kteří by byli vyzváni k podání nabídky, mohl být jiný. Z uvedeného je patrné, že bylo prokázáno, že postup zadavatele mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
33. Úřad posoudil listinné důkazy (zejména dokumentaci o veřejné zakázce, znalecký posudek, notářský zápis, mandátní smlouvu, vyjádření zadavatele) a přihlédl ke všemu, co v řízení vyšlo najevo.
34. Jak vyplývá ze znaleckého posudku, který je součástí spisu (znalecký posudek byl zadavateli poskytnut v elektronické podobě dne 21. 2. 2012), losovací zařízení použité při tomto losování, nebylo zabezpečeno proti zmanipulování a mohlo tak dojít k přímému ovlivnění výsledků losování.
35. 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.

36. 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 nepřehlédnutelným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“*
37. Vzhledem k tomu, že možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast a tedy i výsledek zadávacího řízení, nepovažoval Úřad, vzhledem k právnímu názoru Nejvyššího správního soudu vyjádřenému ve výše uvedeném rozsudku, 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.
38. 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.
39. 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

40. Ve vyjádření zadavatel uvádí, že omezení počtu zájemců zadal společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. a konstatuje, že nemohl ovlivnit objektivní elektronické losování. K těmto otázkám Úřad uvádí, že jak již bylo uvedeno výše, zadavatel se nemůže zbavit odpovědnosti za dodržení zákona a transparentního průběhu zadávacího řízení, pokud se při výkonu práv a povinností v zadávacím řízení, nechá zastoupit jinou osobou. Pro posouzení otázky netransparentnosti postupu v zadávacím řízení je rozhodující skutečnost, že k ovlivnění výběru zájemců při provádění elektronického losování mohlo dojít. Potenciální možnost ovlivnění výběru byla znaleckým posudkem prokázána, a proto je irelevantní zda někdo chtěl úmyslně některého ze zájemců vyloučit. Důležitý pro posouzení dané věci je výsledek, jež byl způsoben, a to vznik protiprávního stavu, který je vždy charakteru objektivního (nezávislého na vůli, tedy i na úmyslu zadavatele).
41. To, že se samotného omezení počtu zájemců provedeného elektronickým losováním, neúčastnil nikdo z obce (od zadavatele) je s ohledem na výše uvedené rovněž nepodstatné. 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. Skutečnost, že se omezení počtu zájemců neúčastnil nikdo z obce (od zadavatele), nýbrž byly přítomny osoby zadavatele zastupující v rámci zadávacího řízení, nezbavuje zadavatele odpovědnosti za řádný průběh omezení počtu zájemců losem, jakož i celého zadávacího řízení.
42. Tvrzení zadavatele, že dle jeho názoru znalecký posudek neprokazuje, zda elektronické zařízení bylo při provádění předmětné veřejné zakázky zmanipulováno, není třeba rozporovat. Samotný fakt, že bylo losováno na zařízení, které manipulaci s výsledkem losování umožňovalo, je postačující pro konstatování, že zadávací řízení neprobíhalo transparentně. S tvrzením zadavatele o tom, že notář nezkoumá technickou podstatu zařízení, ale osvědčuje to, co vidí, Úřad bez výhrady souhlasí. Notářský zápis zachycuje skutečnosti, které se odehrály v průběhu jednání, na kterém se notář účastnil. Může proto zaznamenat, kdo se dostavil, kdo jednání řídil, kteří zájemci dle tvrzení zadavatele prokázali kvalifikaci apod., ale nemůže osvědčovat nemožnost manipulace losování za použití elektronického losovacího zařízení, neboť těmito skutečnostmi se notář zabývat nemohl.
43. Ustanovení § 61 odst. 4 zákona stanoví, že objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle § 61 odst. 1 může být rovněž náhodný výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií podle § 61 odst. 2 a náhodného výběru losem. Podle citovaného ustanovení provede losování veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování. Přestože notář, jak Úřad uvádí výše, zachycuje skutečnosti, které se odehrály v průběhu jednání, zodpovědnost za řádný průběh losování nese zadavatel. Stejně tak se zadavatel nemůže své odpovědnosti zbavit

s odkazem na skutečnost, že se v průběhu zadávacího řízení nechal zastoupit třetí osobou (k tomu srov. bod 41 tohoto rozhodnutí).

44. Úřad s ohledem na výše uvedené konstatuje, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 61 odst. 4 v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když losování dne 2. 6. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již dne 22. 7. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. 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.

K uložení sankce

45. 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 nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
46. 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 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.
47. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
48. 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 22. 7. 2011, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno dne 16. 2. 2012. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
49. 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.
50. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 15 204 511 Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 760 226 Kč.
51. 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 jednající 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 potenciaálně škodlivý následek předvídaný právní normou (možné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky) i „jen“ hrozí a fakticky ani nastat nemusí.

52. 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.
53. 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.
54. 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.
55. 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.
56. 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 náleží Ústavního soudu č. Pl. ÚS 3/02. Podle uvedeného náleží 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.obecsvijany.cz) vyplývá, že roční příjmy zadavatele se pohybují v řádech milionů Kč. Celkové příjmy za rok 2011 činí 3 860 100 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.

57. 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 150 000 Kč, která naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.
58. 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.
59. 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

obec Svijany, Svijany č. 71, 463 46 Příkladovice

Vypraveno dne

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