



UOHSX0044LHY

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S66/2012/VZ-4899/2012/530/PPo

V Brně dne: 22. října 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 8.2.2012 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Povodí Vltavy, státní podnik, IČ 70889953, se sídlem Holečkova 8, 150 24 Praha 5, zastoupený RNDr. Petrem Kubalem, generálním ředitelem,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jmenovaným zadavatelem při zadávání podlimitní veřejné zakázky „Protipovodňová opatření lokality Svrčovec“, zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 31.5.2011 pod ev. č. 60060684, ve znění oprav provedených dne 17.6.2011 a jehož oznámení o zadání bylo uveřejněno dne 9.8.2011 pod ev. č. 60060684 tamtéž, **rozhodl** takto:

I.

Zadavatel – Povodí Vltavy, státní podnik, IČ 70889953, se sídlem Holečkova 8, 150 24 Praha 5 – 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 citovaného zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na ustanovení § 6 citovaného zákona, když losování dne 24.6.2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel dne 2.8.2011 smlouvu na uvedenou veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodě I. se zadavateli – Povodí Vltavy, státní podnik, IČ 70889953, se sídlem Holečkova 8, 150 24 Praha 5 – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

pokuta ve výši 100 000,- Kč (sto tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do **dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Povodí Vltavy, státní podnik, IČ 70889953, se sídlem Holečkova 8, 150 24 Praha 5, zastoupený RNDr. Petrem Kubalem, generálním ředitelem (dále jen „zadavatel“) – oznámil v informačním systému o veřejných zakázkách dne 31.5.2011 pod ev. č. 60060684, ve znění oprav provedených dne 17.6.2011, zahájení užšího zadávacího řízení na podlimitní veřejnou zakázku „Protipovodňová opatření lokality Svrčovec“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmět plnění veřejné zakázky vymezil zadavatel v bodě II.1.5) oznámení o zakázce jako stavbu protipovodňového opatření zahrnující zejména vybudování zemních ochranných hrází, opěrných betonových zdí a zídek, vybudování průlehu, monolitické šachty na kanalizaci, související přeložky a dodávku mobilní čerpací stanice. Zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 21 000 000,- Kč bez DPH.
3. Zadavatel v bodě IV.1.2) oznámení o zakázce uvedl, že objektivním kritériem pro výběr omezeného počtu zájemců je náhodný výběr losem. Předpokládaný počet zájemců byl stanoven na 5.
4. Z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 15.6.2011 vyplývá, že zadavatel obdržel ve stanovené lhůtě 23 žádostí zájemců o účast, přičemž všech 23 zájemců prokázalo splnění zadavatelem požadované kvalifikace.
5. Dne 14.6.2011 vyzval zadavatel zájemce o veřejnou zakázku o termínu losování. Na základě losování provedeného dne 24.6.2011 zadavatel omezil počet zájemců o veřejnou zakázku na pět. Ostatní zájemce zadavatel ze zadávacího řízení následně vyloučil.
6. V návaznosti na provedené losování zadavatel vyzval 5 zájemců k podání nabídky. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 12.7.2011 vyplývá, že zadavatel obdržel 5 nabídek. Na základě provedeného hodnocení nabídek ze dne 14.7.2011 hodnotící komise doporučila zadavateli vybrat jako nejvhodnější nabídku uchazeče, společnosti – POHL cz, a.s., IČ 25606468, se sídlem Nádražní 25, 252 63 Roztoky (dále jen „vybraný uchazeč“).
7. Zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky dne 14.7.2011 a dne 2.8.2011 uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem. Oznámení o zadání veřejné zakázky bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 9.8.2011 pod ev. č. 60060684.
8. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“),

obdržel od Policie ČR – Útvar odhalování korupce a finanční kriminality SKPV, expozitura České Budějovice (dále jen „podavatel podnětu“) – podnět k přezkoumání postupu zadavatele. Podavatel podnětu poukazoval na podezření z manipulace průběhu omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, kdy při zadávání předmětné veřejné zakázky bylo použito elektronické losovací zařízení, která nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru, přičemž tímto jednáním mělo dojít k porušení zásady transparentnosti stanovené v ustanovení § 6 zákona.

9. Dne 2.12.2011 byl Úřadu doručen Znalecký posudek č. j. 171-1.03.01.06-2011 (dále jen „znalecký posudek“), ze dne 1.12.2011 z oboru kybernetika, odvětví výpočetní techniky, jenž byl vypracován na základě opatření Policie ČR v rámci policejního šetření předmětné věci. Znalecký posudek byl vyhotoven znaleckým ústavem Risk Analysis Consultants, s.r.o., IČ 63672774, se sídlem Konviktská 24, 110 00 Praha 1 (dále jen „zhotovitel posudku“).
10. Na základě obdrženého podnětu a znaleckého posudku si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci o veřejné zakázce a stanovisko k obsahu podnětu.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

11. Na základě posouzení obsahu podnětu, dokumentace o veřejné zakázce, znaleckého posudku a vyjádření zasláného zadavatelem získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel v šetřené veřejné zakázce postupoval v souladu s § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 zákona, tj. zda při omezení počtu zájemců o šetřenou veřejnou zakázku neporušil povinnost zadavatele dodržovat při postupu podle zákona zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Z uvedeného důvodu zahájil Úřad správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem při uzavření smlouvy v rámci předmětného zadávacího řízení.
12. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
13. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S66/2012/VZ-2315/2012/530/PPo ze dne 8.2.2012, ve kterém jej seznámil se zjištěnými skutečnostmi ohledně postupu zadavatele při omezení počtu zájemců.
14. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S66/2012/VZ-2348/2012/530/PPo ze dne 8.2.2012 stanovil účastníkovi řízení lhůty, ve kterých byl oprávněn navrhopvat důkazy, vyjádřit se v řízení a vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.
15. Dnem 8.2.2012, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení zadavateli doručeno, bylo správní řízení zahájeno.

Stanovisko zadavatele

16. Zadavatel vyjádřil své stanovisko ke správnímu řízení dne 20.2.2012, v němž setrval na svém stanovisku k podnětu ze dne 13.1.2012. V tomto stanovisku k podnětu zadavatel Úřadu sdělil, že administraci šetřené veřejné zakázky pověřil na základě mandátní smlouvy ze dne 7.4.2011 společnost Tercier, spol. s r.o., IČ 61063207, se sídlem Radlická 1170/61, 150 00 Praha 5 (dále jen „Tercier, spol. s r.o.“). Tercier, spol. s r.o., dále pověřila k provedení omezení počtu zájemců losem jinou společnost – konkrétně Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o., IČ 25952668, se sídlem Akademie Heyrovského 1178, 500 03 Hradec Králové (dále jen „Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o.“). Zadavatel dále uvádí,

že inkrimovaného losování dne 24.6.2011 se zúčastnili 3 zástupci zájemců, zástupce zadavatele a jednatel Tercier, spol. s r.o., přičemž ke způsobu losování ani k jeho průběhu neměl žádný ze zástupců žádné dotazy ani připomínky. Na základě této skutečnosti měl tudíž zadavatel za to, že omezení počtu zájemců bylo zcela v souladu s ustanovením § 61 zákona, včetně dodržení zásad stanovených v ustanovení § 6 zákona. Závěrem svého vyjádření zadavatel prohlašuje, že nemá žádné smluvní vztahy a rovněž nikdy nebyl v přímém kontaktu s Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o., ani se společností KLERIS CZ a.s., IČ 28388330, se sídlem Praskačka 75, 503 33 Praskačka (dále jen „KLERIS CZ a.s.“), která zajišťovala obsluhu losovacího zařízení.

17. K tomuto vyjádření přiložil zadavatel rovněž vyjádření Tercier, spol. s r.o., ze dne 11.1.2012. Z vyjádření Tercier spol. s r.o., zjistil Úřad tyto pro něj relevantní skutečnosti.
18. Losování dne 24.6.2011 bylo provedeno na základě Smlouvy o technickém zajištění omezení počtu zájemců o šetřenou veřejnou zakázku, kterou Tercier, spol. s r.o. uzavřela s Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. Společnost Tercier, spol. s r.o. ve svém vyjádření dále uvedla, že s KLERIS CZ, a.s., jež zajišťovala obsluhu losovacího zařízení, nemá a ani nikdy neměla žádný právní vztah a byla v domnění, že elektronické losování provedla Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. Elektronickým zařízením použitým pro losování byl notebook ACER Travel Mate 5442 s operačním systémem Windows 7. Jak z vyjádření dále vyplývá, programové vybavení tvořil losovací program běžící v prostředí „UNIFACE“ v licenci společnosti COMPUWARE.
19. Nad rámec informací uvedených v bodech 16. – 18. odůvodnění tohoto rozhodnutí zadavatel ve stanovisku ke správnímu řízení ze dne 20.2.2012 uvedl, že dne 15.2.2012 došlo k uzavření Dohody o ukončení smlouvy o dílo mezi zadavatelem a vybraným uchazečem. Úředně ověřená kopie této Dohody byla Úřadu doručena dne 23.2.2012 a je součástí správního spisu. Jelikož v důsledku zániku smluvního vztahu nebylo započato s plněním šetřené veřejné zakázky, navrhl zadavatel Úřadu správní řízení zastavit.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

20. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a následujících zákona případ ve všech souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména podnětu, zadávací dokumentace a znaleckého posudku vyhotoveného zhotovitelem posudku, 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 povinnosti zadavatele stanovené v ustanovení § 6 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující.

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

21. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu 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. 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.
24. Z ustanovení § 61 odst. 4 zákona vyplývá, že objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 citovaného ustanovení zákona 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 právo zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.
25. 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.
26. Součástí dokumentace o veřejné zakázce je i notářský zápis o provedeném losování ze dne 24.6.2011, sepsaný téhož dne notářskou kandidátkou Mgr. Kateřinou Žežulíkovou. Z tohoto zápisu Úřad zjistil, že omezení počtu zájemců o šetřenou veřejnou zakázku prostřednictvím losovacího zařízení provedla Ing. Michaela Kristová, která před samotným losováním informovala přítomné osoby, že „*losování za účelem omezení počtu zájemců o účast proběhne prostřednictvím elektronického zařízení, které tvoří programové vybavení, počítač a periférie.*“ Následně Ing. Kristová seznámila přítomné s tím, že „*programové vybavení tvoří losovací program běžící v prostředí "UNIFACE" v licenci společnosti COMPUWARE. Autorizovanou instalaci provedla firma ZERON, s.r.o., počítač je notebook ACER Travel Mate 5442 s operačním systémem WINDOWS 7. Standardní počítač byl v rámci autorizované instalace uzpůsoben pro jednoúčelové využití – losování prostřednictvím losovacího programu v prostředí "UNIFACE", přičemž v rámci autorizované instalace byly zakázány všechny programem nevyužívané funkce a služby operačního systému a hardwaru jako je bluetooth, wi-fi, připojení externích paměťových médií, apod. Povolené rozhraní tvoří USB porty pro myš a tiskárnu a výstup na projektor, počítač není připojen k síti; jedinými povolenými uživatelskými vstupy jsou kromě vypnutí a zapnutí přístroje a ovládání funkcí*

losovacího programu myši a klávesnicí pouze ruční zadání identifikace veřejné zakázky a seznamu kvalifikovaných zájemců.“

27. Podavatel podnětu si z důvodu podezření na manipulování elektronických zařízení sloužících k omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku vyžádal podání zprávy od Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. Z této zprávy, vypracované dne 12.9.2011, která je rovněž součástí spisového materiálu o předmětné veřejné zakázce, vyplývá, že losovacím zařízením využívaným pro omezení počtu zájemců od března roku 2011 do 12.7.2011 byl Notebook Acer Travelmate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG020030352FFD51601. Jak dále vyplývá z materiálů zaslaných Úřadu podavatelem podnětu, konkrétně Protokolu o vydání věci ze dne 12.7.2011 č. j. OKFK-77-27/TČ-2011-200232, vlastníkem losovacího zařízení, prostřednictvím něhož došlo k omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku v šetřeném případě, je společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. Úřad dále zjistil, že losování pro společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. zajišťovala na základě Smlouvy o spolupráci při technickém zajištění omezení počtu zájemců v užším řízení ze dne 20.1.2011 KLERIS CZ a.s. Losování za KLERIS CZ a.s., prováděla místopředsedkyně představenstva společnosti, Ing. Michaela Kristová.
28. Na tomto místě se Úřad pro úplnost vypořádává s nesrovnalostí v označení 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, jakož i zpráva ze dne 12.9.2011 (viz bod 27. odůvodnění tohoto rozhodnutí), 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. Nad rámec předložených důkazů Úřad zaslal dne 19.3.2012 žádost o informaci na společnost Acer Czech Republic s.r.o. V odpovědi na tuto žádost ze dne 21.3.2012 produktový manažer společnosti Acer Czech Republic s.r.o. uvedl, že „*Pokud je nám známo, tak společnost Acer notebook TravelMate 5442 nikdy neměla a daný produkt do ČR nedovezla.*“
29. Úřad při přezkoumání 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.
30. 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.
31. Úřad při svém rozhodování vycházel mimo jiné z odpovědí zhotovitele posudku na tyto 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.

32. Úřad konstatuje, že při omezení počtu zájemců podle § 61 odst. 4 zákona zadavatel porušil povinnost postupovat v zadávacím řízení v souladu se zásadou transparentnosti, která je stanovena v ustanovení § 6 zákona. Ve svém závěru Úřad vychází i z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 ze dne 15.9.2010 a z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62Af 47/2010-53 ze dne 15.2.2012.
33. Podle citovaného rozsudku Krajského soudu je 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 nezbuzuje pochyb, že zadavatel jedná regulérně.
34. Ze znaleckého posudku jednoznačně vyplývá, že elektronické losovací zařízení bylo manipulovatelné a cíleně vytvořené k manipulaci s výsledky losování. Úřad tudíž konstatuje, že losovací zařízení, které bylo v šetřeném případě použito k omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru, čímž došlo k porušení zásady transparentnosti v zadávacím řízení. Toto stanovisko Úřadu je podpořeno i argumentací Nejvyššího správního soudu ve výše uvedeném rozsudku. Nejvyšší správní soud zde vyslovil názor, že „podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. ... Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. Tyto úvahy platí tím spíše v případě, kdy se přistoupí k losování, protože losování je úkon ze své povahy nepřezkoumatelný.“ Krajský soud ve výše uvedeném rozsudku nad to vyjádřil názor, že „pochybnost o řádnosti a férovosti losování, která vyvstane na základě určitých indicií je ... postačující k závěru o porušení zásady transparentnosti. Není tedy podstatné, zda k ovlivňování losování došlo, podstatné je, že existuje reálná možnost, že k určitému ovlivňování dojít mohlo, a že tedy vyvstala pochybnost o řádnosti a férovosti losování.“
35. 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 právním názorům předestřeným ve výše uvedených rozsudcích soudů, nepovažoval za nezbytně

nutné se již zabývat otázkou, zda k vlastní manipulaci v průběhu losování skutečně došlo. Pro úplnost Úřad dodává, že zadavatel v průběhu správního řízení nikterak neprokázal, že losování provedl v souladu s ustanovením § 61 odst. 4 zákona, tedy že při omezení počtu zájemců losem dodržel zásadu transparentnosti uvedenou v ustanovení § 6 zákona.

36. Úřad uvádí, že pověření jiného subjektu k administraci veřejné zakázky, jako tomu bylo v šetřeném případě, nezbavuje zadavatele odpovědnosti za transparentní průběh zadávacího řízení. Jak vyplývá z § 151 odst. 1 zákona, zadavatel se sice může nechat v zadávacím řízení zastoupit jinou osobou, avšak podle § 151 odst. 3 zákona tím není dotčena odpovědnost zadavatele za dodržování tohoto zákona. Je tedy úkolem zadavatele zajistit, aby i omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku proběhlo transparentním způsobem. Notářský zápis či přítomnost jiných osob sice zvyšuje důvěru v provedené losování, avšak nemůže představovat absolutní záruku dodržení zásady transparentnosti.
37. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 zákona, v návaznosti na § 6 zákona, když omezení počtu zájemců o účast v užším řízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti. Postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, neboť omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení je klíčovou fází užšího řízení, v níž jsou z kvalifikovaných dodavatelů vybíráni ti, kteří budou vyzváni k podání nabídky. S vysokou mírou pravděpodobnosti lze tak konstatovat, že by v případě jiného losování prováděného při dodržení zákona byl k podání nabídky vyzván i jiný okruh zájemců, z nichž některý mohl následně zadavateli i předložit výhodnější podmínky plnění veřejné zakázky. Proto Úřad rozhodl tak, jak vyplývá z výroku I. tohoto rozhodnutí.

IV. ULOŽENÍ SANKCE

38. 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.
39. Zadavatel se při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 61 odst. 4 citovaného zákona v návaznosti na ustanovení § 6 citovaného zákona tím, že při omezení počtu zájemců o účast v užším řízení formou losování podle § 61 citovaného zákona nedodržel povinnost dodržovat zásadu transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem dne 2.8.2011 smlouvu.
40. 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, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.
41. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí dle smlouvy o dílo ze dne 2.8.2011 celkem 25 253 855,- Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 1 262 692,80 Kč.

42. 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.
43. 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 2.8.2011, kdy zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
44. Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
45. 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, kteří mohli předložit ekonomicky výhodnější podmínky plnění veřejné zakázky, než tomu bylo v případě vybraného uchazeče.
46. Úřad při stanovení výše pokuty zohlednil jako polehčující okolnost skutečnost, že dne 15.2.2012 došlo mezi zadavatelem a vybraným uchazečem k uzavření Dohody o ukončení smlouvy o dílo. Tím, že nebylo započato s plněním veřejné zakázky, došlo k úspoře veřejných prostředků.
47. 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 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. Z výkazu zisku a ztrát dostupného na webových stránkách (http://www.pvl.cz/files/download/pro-media-a-verejnost/tiskove-zpravy/vyrocka_web.pdf) zadavatele za rok 2011 vyplývá, že zadavatel ve sledovaném období hospodařil s kladným výsledkem hospodaření ve výši 13 921 000,00,- Kč před zdaněním. Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
48. Vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, má však 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 pocitována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
49. 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. jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Proto Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 100 000,- Kč. Uložená pokuta se pohybuje na samé dolní hranici zákonné sazby a plní tak výrazně preventivní funkci.

50. Vzhledem k tomu, že zadavatel při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku a uzavřením smlouvy o dílo ze dne 2.8.2011 porušil zákon, rozhodl Úřad tak, jak vyplývá z výroku II. tohoto rozhodnutí, neboť nápravy protiprávního stavu nelze dosáhnout v daném případě jiným způsobem.
51. 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, 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:

Povodí Vltavy, státní podnik, Holečkova 8, 150 24 Praha 5

Vypraveno dne:

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