



UOHSX00452SR

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S15/2012/VZ-5316/2012/530/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 – město Kostelec nad Labem, IČ 00236951, se sídlem náměstí Komenského 1, 277 13 Kostelec nad Labem, zast. Josefem Chalupou, starostou, ve správním řízení dále zast. na základě plné moci ze dne 16.2.2012 JUDr. Janou Novákovou, advokátkou, evidenč. č. ČAK 7421, se sídlem Neratovická 218, 277 13 Kostelec nad Labem,

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 „Volnočasové centrum Kostelec nad Labem“, zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 8.3.2011 pod ev. č. 60057275 a jehož oznámení o zadání bylo uveřejněno dne 24.6.2011, pod ev. č. 60057275 tamtéž, **rozhodl** takto:

I.

Zadavatel – město Kostelec nad Labem, IČ 00236951, se sídlem náměstí Komenského 1, 277 13 Kostelec nad Labem – 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 v návaznosti na ustanovení § 6 citovaného zákona, když losování dne 11.4.2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel dne 7.6.2011 smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodě I. se zadavateli – město Kostelec nad Labem, IČ 00236951, se sídlem náměstí Komenského 1, 277 13 Kostelec nad Labem – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

pokuta ve výši **400 000,- Kč (čtyři sta 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 – město Kostelec nad Labem, IČ 00236951, se sídlem náměstí Komenského 1, 277 13 Kostelec nad Labem, zast. Josefem Chalupou, starostou, ve správním řízení dále zast. na základě plné moci ze dne 16.2.2012 JUDr. Janou Novákovou, advokátkou, evidenč. č. ČAK 7421, se sídlem Neratovická 218, 277 13 Kostelec nad Labem (dále jen „zadavatel“) – oznámil dne 8.3.2011 v informačním systému o veřejných zakázkách pod ev. č. 60057275 zahájení užšího zadávacího řízení na podlimitní veřejnou zakázku „Volnočasové centrum Kostelec nad Labem“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmět plnění veřejné zakázky vymezil zadavatel v bodě II.1.5) oznámení o zakázce jako kompletní realizaci stavebního díla „Volnočasové centrum Kostelec nad Labem“ včetně dodávky interiérového vybavení a prováděcí projektová dokumentace. Zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 17 685 000,- 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. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel obdržel ve stanovené lhůtě 19 žádostí o účast, přičemž 2 ze zájemců nesplnili zadavatelem požadované kvalifikační předpoklady, a tudíž byli ze zadávacího řízení vyloučeni.
5. Dne 4.4.2011 vyrozuměl zadavatel zájemce o veřejnou zakázku o termínu losování. Na základě losování provedeného dne 11.4.2011 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 28.4.2011 vyplývá, že zadavatel obdržel 5 nabídek. Na základě provedeného hodnocení nabídek ze dne 5.5.2011 hodnotící komise doporučila zadavateli vybrat jako nejvhodnější nabídku uchazeče, společnosti – STAVEBNÍ FIRMA NEUMANN, s.r.o., IČ 28177851, se sídlem Jugoslávská 2090, 276 01 Mělník (dále jen „vybraný uchazeč“).
7. Zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky dne 9.5.2011 a dne 7.6.2011 uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem. Oznámení o zadání veřejné zakázky bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 24.6.2011 pod ev. č. 60057275.

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 poukazyval na podezření z manipulace průběhu omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, kdy při zadávání předmětné veřejné zakázky bylo použito elektronické losovací zařízení, které 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 a znaleckého posudku a vyjádření zaslání 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-S15/2012/VZ-889/2012/530/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-S15/2012/VZ-2495/2012/530/PPo ze dne 8.2.2012 stanovil účastníkovi řízení lhůty, ve kterých byl oprávněn navrhnout 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 16.2.2012. Uvedené vyjádření nejprve popisuje postup při výběru organizátora zadávacího řízení, dále postup při výběru dodavatele předmětné veřejné zakázky, poslední část je pak věnována samotnému stanovisku ke správnímu řízení.
17. Pokud jde o výběr administrátora zadávacího řízení, zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že organizací zadávacího řízení byla na základě Mandátní smlouvy ze dne 8.3.2011 pověřena

společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o., IČ 25952668, se sídlem Akademika Heyrovského 1178, 500 03 Hradec Králové (dále jen „Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o.“).

18. V části týkající se výběru dodavatele předmětné veřejné zakázky zadavatel popisuje průběh úkonů, které již Úřad zmínil v bodech 5. až 7. tohoto rozhodnutí. Dále věnuje zadavatel pozornost samotnému průběhu losování ze dne 11.4.2011. Podle slov zadavatele proběhlo losování za přítomnosti notářské kandidátky Mgr. Markéty Kucejové, která průběh losování osvědčila notářským zápisem. Zadavatel dále uvádí, že losovacím zařízením byl notebook ACER Travel Mate 5442, s operačním systémem WINDOWS 7, pracující v programovém prostředí „UNIFACE“.
19. Pokud jde o stanovisko zadavatele ke správnímu řízení, pak zadavatel předně tvrdí, že se při zadávání předmětné veřejné zakázky správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nedopustil. Svůj postoj zadavatel zdůvodnil těmito argumenty.
20. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že losovací zařízení, jež sloužilo k omezení počtu zájemců dne 11.4.2011, bylo podavatelem podnětu pro účely trestního řízení zajištěno dne 12.7.2011, tedy více jak 3 měsíce po provedeném losování. Navíc, podle slov zadavatele, z notářského zápisu o provedeném losování vyplývá, že losovacím zařízením byl notebook ACER Travel Mate 5442 a nikoliv model ACER Travel Mate 5542, jak uvádí znalecký posudek.
21. Podle tvrzení zadavatele by mělo být ve správním řízení jednoznačně prokázáno, zda bylo losování provedené na „notebooku ACER Travel Mate 5442 také netransparentní, když se nejedná o notebook zajištěný policií, resp. kdy byl do notebooků zajištěných Policií ČR instalován program použitý pro losování, nebo zda a kdy bylo s těmito notebooky, event. jejich programovým vybavením, manipulováno (ve smyslu oprav či úprav)“.
22. Zadavatel rovněž argumentuje tím, že organizátor zadávacího řízení (společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o.), byl vybrán transparentním způsobem a v případě, že jednáním organizátora, či jeho subdodavatelů došlo k porušení zákona, pak zadavatel o úmyslu provést omezení počtu zájemců netransparentním způsobem vědomost neměl a ani mít nemohl.
23. Zadavatel je na základě výše uvedených tvrzení přesvědčen o tom, že „vynaložil veškeré úsilí, které od něj bylo v dané situaci možné spravedlivě požadovat, aby k porušení povinnosti nedošlo. Má tedy za to, že je na místě použití liberačního důvodu, ve smyslu § 121 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, neboť zadavatel za správní delikt, bude-li jeho spáchání prokázáno, neodpovídá.“
24. Závěrem svého vyjádření zadavatel požádal Úřad o prodloužení lhůt za účelem seznámení se s podklady pro rozhodnutí.
25. Dne 17.2.2012 bylo Úřadem vydáno usnesení č. j. ÚOHS-S15/2012/VZ-3359/2012/530/PPo, kterým byly lhůty stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S15/2012/VZ-889/2012/530/PPo ze dne 8.2.2012 na žádost účastníka řízení prodlouženy.
26. Zadavatel v dodatečném stanovisku ke správnímu řízení ze dne 5.3.2012 poukazuje na skutečnost, že z oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S15/2012/VZ-889/2012/530/PPo nevyplývá, který notebook byl použit k omezení počtu zájemců dne 11.4.2011. Dále je zadavatelem opětovně poukazováno na nesrovnalost v typu losovacího

zařízení. Zatímco notářský zápis o provedeném losování hovoří o notebooku ACER Travel Mate 5442, podavatelem podnětu byl zajištěn notebook ACER Travel Mate 5542.

27. V dalším zadavatel Úřadu navrhuje, aby bylo znaleckým posudkem zjištěno, zda losovací program byl dne 11.4.2011 modifikován za účelem manipulace s losováním a dále, zda v některém ze zajištěných losovacích zařízení byly, nebo nebyly nalezeny pomocné soubory sloužící k manipulaci s losováním.
28. Zadavatel dále uvádí, že ve správním řízení nebylo prokázáno, že „by v losování dne 11.4.2011 bylo použito losovacího zařízení, které losuje netransparentně, resp. nebylo prokázáno, že by při losování dne 11.4.2011 bylo s losováním manipulováno, resp. nebylo prokázáno, že by v zařízení použitém při losování dne 11.4.2011 byly nalezeny pomocné soubory, účelem kterých bylo zmanipulovat losování zadavatele dne 11.4.2011.“
29. Závěrem svého stanoviska zadavatel opětovně odkazuje na liberační důvod stanovený v ustanovení § 121 odst. 1 zákona, neboť podle svých slov neměl žádný zájem na manipulaci s losovacím zařízením a vynaložil veškeré úsilí, které po něm bylo lze požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

30. 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

31. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
32. 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.
33. 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.
34. 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 vyzoomí nejméně 5 dnů před losováním.
35. 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.
36. Součástí dokumentace o veřejné zakázce je i notářský zápis o provedeném losování ze dne 11.4.2011, sepsaný téhož dne notářskou kandidátkou Mgr. Markétou Kucejovou. 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 ve smyslu § 61 odstavce 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách a v souladu se zásadami uvedenými v § 6 citovaného zákona 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 byly v rámci autorizované instalace 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.“*
37. Podavatel podnětu si z důvodu podezření na manipulování elektronických zařízení sloužících k omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku vyžádal podání zprávy od společnosti 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 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., IČ 28388330, se sídlem Praskačka 75, 503 33 Praskačka (dále jen „KLERIS CZ a.s.“). Losování za KLERIS CZ a.s., prováděla místopředsedkyně představenstva společnosti, Ing. Michaela Kristová.

38. Na tomto místě se Úřad pro úplnost vypořádává s nesrovnalostí v označení typu losovacího zařízení. V notářském zápisu o provedeném losování ze dne 11.4.2011 je uvedeno, že losovacím zařízením byl notebook Acer Travel Mate 5442. Znalecký posudek, jakož i zpráva ze dne 12.9.2011 (viz bod 37. 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.*“
39. Úřad při přezkoumávání 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.
40. 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.
41. Úřad při svém rozhodování, mimo jiné, vycházel 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 „config.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.

42. Úřad konstatuje, že při omezení počtu zájemců formou losování podle § 61 odst. 4 zákona zadavatel porušil povinnost postupovat při losování 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.
43. 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.
44. S argumentem zadavatele předestřeným v bodě 28. tohoto rozhodnutí se Úřad vypořádává následujícím způsobem. 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 zadávacího 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.“*
45. 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 ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 16.2.2012 ani ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 5.3.2012 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.

46. Zadavatel využil svého práva a navrhl Úřadu, aby si nechal vypracovat znalecký posudek, zda losovací program byl dne 11.4.2011 modifikován za účelem manipulace s losováním. Po posouzení předložených materiálů však Úřad dospěl k závěru, že k posouzení věci není třeba nechat zpracovat „další“ znalecký posudek, neboť tento by neovlivnil věcný obsah výroku rozhodnutí.
47. K argumentaci zadavatele, že o úmyslu organizátora provést losování netransparentním způsobem nevěděl a ani nemohl vědět a proto je na místě použít liberační důvod podle ustanovení § 121 odst. 1 zákona, konstatuje Úřad tyto závěry.
48. Podle ustanovení § 121 odst. 1 zákona právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila.
49. Úřad uvádí, že pověření jiného subjektu k administraci veřejné zakázky nezbavuje zadavatele odpovědnosti za transparentní průběh zadávacího řízení. Jak vyplývá z ustanovení § 151 odst. 1 zákona zadavatel se sice může nechat při zadávání veřejné zakázky zastoupit jinou osobou, avšak podle § 151 odst. 3 zákona tím není dotčena odpovědnost zadavatele za dodržení 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.
50. Zadavatel má objektivní odpovědnost za správní delikt, tedy odpovědnost za vzniklý protiprávní stav. Taková objektivní odpovědnost nemůže být a ani není odpovědností absolutní. Při prokázání určitých důvodů se může zadavatel z této odpovědnosti vyvinít. Mohlo by se jednat např. o okolnosti vis maior. Úřad však konstatuje, že v předmětné věci nejsou důvody zbavující zadavatele odpovědnosti dány. Zadávací řízení nelze jistě považovat za jednoduchý proces. Jde o souhrn dílčích kroků, které ve svém důsledku směřují k výběru nejvhodnější nabídky. Tento proces vyžaduje jistý stupeň odborných znalostí. Proto není výjimkou situace, kdy zadavatel pověří jeho administrací jiný specializovaný subjekt, který zadávací řízení administruje za účelem dosažení zisku. Ovšem i za této situace, kdy zadavatel na základě soukromoprávního úkonu přeneše výkon zadavatelských činností na jiný subjekt, není tímto rozhodně zbaven své odpovědnosti za konečný výsledek zadávacího řízení. Pochybení, či dokonce protiprávní jednání osoby, která obsluhuje losovací zařízení nemůže být považováno za okolnost vylučující odpovědnost zadavatele. Selhání lidského faktoru, ať už se jedná o samotnou osobu zadavatele, či o osobu od zadavatele odlišnou, avšak pověřenou výkonem zadavatelských činností, musí být ve smyslu zákona přičteno k tíži zadavatele.
51. 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 formou losování neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti. Postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, a tedy i vlastní rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, 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 v případě jiného losování prováděného při dodržení zákona by 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

52. 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.
53. 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 podle § 61 citovaného zákona porušil povinnost dodržovat zásadu transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem dne 7.6.2011 smlouvu.
54. 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.
55. 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 7.6.2011 celkem 21 191 064,- Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 1 059 553,20 Kč.
56. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezhájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
57. 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 7.6.2011, 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.
58. 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.
59. 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.

60. 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 návrhu rozpočtu pro rok 2012 dostupného na webových stránkách (www.kostelecnadlabem.cz) zadavatele vyplývá, že zadavatel ve sledovaném období plánuje hospodařit s příjmy ve výši 78 915 385,- Kč. Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
61. 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.
62. 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 stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Proto Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 400 000,- Kč.
63. Vzhledem k tomu, že zadavatel při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku a uzavřením smlouvy o dílo ze dne 7.6.2011 porušil zákon, rozhodl Úřad tak, jak vyplývá z výroku II. tohoto rozhodnutí, neboť nápravy protiprávního stavu nelze dosáhnout v daném případě jiným způsobem.
64. 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 správním orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

město Kostelec nad Labem, náměstí Komenského 1, 277 13 Kostelec nad Labem

Vypraveno dne:

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