



UOHSX004GOWY

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S29/2012/VZ-19495/2012/521/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 – Jihočeský kraj, IČ 70890650, se sídlem U Zimního stadionu 1952/2, 370 76 České Budějovice, za něhož jedná Mgr. Jiří Zimola, hejtman kraje,

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 „Rekonstrukce silnice III/1508 a 15015, průtah obcí Rapšach“ zadávanou v užším řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 17. 5. 2011 pod ev. č. 60060198,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel - Jihočeský kraj, IČ 70890650, se sídlem U Zimního stadionu 1952/2, 370 76 České Budějovice - 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 21. 6. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již dne 16. 8. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání výše uvedeného správního deliktu **se** zadavateli - Jihočeský kraj, IČ 70890650, se sídlem U Zimního stadionu 1952/2, 370 76 České Budějovice - **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

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

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

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh zadávacího řízení

1. Zadavatel – Jihočeský kraj, IČ 70890650, se sídlem U Zimního stadionu 1952/2, 370 76 České Budějovice, za něhož jedná Mgr. Jiří Zimola, hejtman kraje (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 17. 5. 2011 pod ev. č. 60060198, oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Rekonstrukce silnice III/1508 a 15015, průtah obcí Rapšach“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Zadavatel v oznámení o zakázce vymezil předmět plnění veřejné zakázky jako stavební úpravy vozovky silnice III/1508 a III/15015 v obci Rapšach, chodníky podél komunikací, trvalé dopravní značení a DIO 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 protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 30. 5. 2011 vyplývá, že zadavatel obdržel ve stanovené lhůtě 13 žádostí o účast zájemců, přičemž všichni zájemci prokázali splnění zadavatelem požadované kvalifikace. Všem kvalifikovaným zájemcům byl oznámen termín losování, a to den 21. 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 21. 2. 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-S29/2012/VZ-1198/2012/550/JHn ze dne 16. 2. 2012, které bylo téhož dne doručeno, a tímto dnem bylo správní řízení z moci úřední zahájeno.
8. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
9. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S29/2012/VZ-1200/2012/550/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.

III. Stanovisko zadavatele

10. Zadavatel vyjádřil v řízení své stanovisko dne 28. 2. 2012, které Úřad obdržel dne 1. 3. 2012.
11. Zadavatel ve svém vyjádření nejprve popisuje průběh zadávacího řízení. Následně uvádí, že dne 21. 6. 2011 došlo k omezení počtu zájemců dle ust. § 61 odst. 4 zákona náhodným výběrem losem, a to elektronickými prostředky a za účasti notáře. Zadavatel se při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením nechal zastoupit společností Tercier, spol. s r.o. Losování proběhlo na základě Smlouvy o technickém zajištění omezení počtu zájemců v užším řízení ze dne 1. 6. 2011, přičemž tato smlouva byla uzavřena mezi Tercier, spol. s r.o., která pro zadavatele zajišťovala průběh zadávacího řízení a Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. Tercier, spol. s r.o. nemá a nikdy neměla žádný vztah se společností KLERIS CZ, a.s. a domnívala se, že elektronické losování pro ni na základě uzavřené smlouvy provádí Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. V dalším zadavatel cituje z notářského zápisu č. NZ 190/2011, N 227/2011 sepsaným dne 21. 6. 2011 (dále jen „notářský zápis“). Uvádí, že osoba provádějící losování seznámila přítomné s elektronickým losovacím zařízením a losovacím programem. Instalaci losovacího zařízení provedla společnost ZERON, s.r.o. a vystavila o tom certifikát, který byl k losování doložen. Účastníkům losování bylo sděleno, že se jedná o běžný počítač uzpůsobený k jednoúčelovému využití – tj. losování prostřednictvím losovacího programu, přičemž v rámci autorizované instalace byly zakázány všechny programem nevyužívané funkce a služby operačního systému a hardwaru. Povoleno je pouze zapnutí a vypnutí přístroje a ovládání losovacího programu včetně zadání identifikace veřejné zakázky a seznamu kvalifikovaných zájemců.

12. Losování se zúčastnilo pět zástupců zájemců a jednatel společnosti Tercier, spol. s r.o. Podle zadavatele byla zájemcům před provedením losování nabídnuta možnost zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování a předem osobně vyzkoušet popisovanou činnost losovacího zařízení. Tři z přítomných zájemců a jednatel organizátora zadávacího řízení losovací program vyzkoušeli.
13. Zadavatel ve vyjádření uvádí, že žádný ze zástupců zájemců neměl žádné dotazy ani připomínky ke způsobu ani k průběhu losování před losováním, v jeho průběhu ani po skončení losování.
14. Po provedení výběru podle ust. § 61 odst. 4 zákona byli vyloučeni ze zadávacího řízení všichni zájemci, kteří nebyli vybráni a bylo jim to písemně oznámeno, včetně důvodů vyloučení. V rámci zadávacího řízení nebyly podány žádné námitky podle ust. § 110 zákona.
15. S ohledem na dříve konstatovaná vyjádření zadavatele, neměl organizátor zadávacího řízení ani zadavatel důvod k pochybnostem o transparentnosti, řádném průběhu losování a jsou přesvědčeni, že omezení počtu zájemců bylo v souladu s ust. § 61 zákona.
16. Zadavatel uvádí, že organizátor zadávacího řízení na základě pokynu zadavatele ze dne 13. 7. 2011, kde je odkaz na přípis Služby kriminální policie a vyšetřování ze dne 12. 7. 2011, vydaný k eliminaci rizika nesprávného postupu při zadávání veřejné zakázky „Program modernizace komunikací II. III. třídy Jihočeského kraje (P4)“, prokazatelně s obsahem pokynu i obsahem přípisu Policie ČR seznámil dne 13. 7. 2011 pracovníka firmy, která prováděla vlastní elektronické losování s požadavkem zajištění řádného průběhu losování. Na základě požadavku organizátora zadávacího řízení, vzneseného vůči osobě provádějící elektronické losování, zpracován 19. 8. 2011 odborný posudek aplikace užívané pro losování.
17. Ve vyjádření zadavatel konstatuje, že ke skutečnosti, že elektronické losovací zařízení obsahuje software, který by mohl předem stanovit, kteří zájemci budou vylosováni, došel Útvar odhalování korupce a finanční kriminality, expozitura České Budějovice, na základě odborného znaleckého posouzení a tuto skutečnost sdělil zadavateli podáním č. j. OKFK-77-91/T4-2011-200232 ze dne 18. 10. 2011. Dále zadavatel uvádí, že na jeho žádost mu Úřad poskytl znalecký posudek, přičemž z odpovědí na otázky v něm položené je konstatována nezabezpečenost losovacího zařízení s označením 171_nb01 proti zmanipulování výsledku losování. Na dotaz ze znaleckého posudku, týkající se popisu konkrétního postupu při losování dne 12. 7. 2011, je konstatováno, že se „... nelze jednoznačně vyjádřit, protože zařízení bylo ke zkoumání předáno až po skončení losování a losovací program neobnovitelně smazal případné pomocné soubory a nebyly nalezeny ani další případné informace o tom, že takové soubory byly v tomto případě použity“. Z dalších vyjádření znaleckého posudku zadavatel cituje: „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 „ucofin.ini“. Byly ale na disku počítače nalezeny předpřipravené pomocné soubory, účelem kterých bylo zmanipulovat losování č. 60057327...“.
18. Ve stanovisku zadavatel uvádí, že toto zařízení bylo Policí ČR zajištěno 12. 7. 2011 a jedná se o zařízení, které podle sériového čísla bylo použito k losování i 21. 6. 2011 v předmětné veřejné zakázce. Zadavatel se domnívá, že ze znaleckého posudku ani z jiných indicií nelze dovodit podezření, že losovací zařízení bylo již v době losování předmětné veřejné zakázky,

nastaveno stejně jako před zakázkou č. 60057327 dne 12. 7. 2011, aby umožňovalo manipulování výsledku losování předmětné veřejné zakázky. Zadavatel opakuje, že losovací zařízení použité k omezení počtu zájemců dne 21. 6. 2011 bylo vybaveno losovacím programem, který byl vybaven certifikátem zaručujícím dohled nad autorizovanou odbornou instalací a odborným servisem programu UNIFACE v licenci od společnosti COMPUWARE. Podle zadavatele losovací zařízení ani úkony před losováním či v rámci vlastního losování, nevzbuzovaly pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně.

19. Zadavatel odkazuje na Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 19. 1. 2010, č. j. 62 Ca 31/2008-114, v němž je v souvislosti s Rozsudkem téhož soudu ve věci sp. zn. 31 Ca 166/2005, citováno: *„požadavek transparentnosti není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele“*. Zadavatel je přesvědčen, že žádné takové prvky nebyly v průběhu předmětného zadávacího řízení registrovány ani samotným zadavatelem, ani organizátorem zadávacího řízení a nebyly registrovány ani zájemci o tuto veřejnou zakázku, což je patrné z toho, že v zadávacím řízení nebyly vzneseny v tomto směru žádné dotazy či námitky. Zadavatel neměl důvod se domnívat, že by některá fáze zadávacího řízení mohla obsahovat úkony, které by bylo možno zahrnout mezi úkony netransparentní či diskriminační.
20. Závěrem zadavatel konstatuje, že v předmětné veřejné zakázce postupoval v souladu s ust. § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 zákona, že neporušil povinnost dodržovat při postupu podle zákona zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, a že se nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Navrhuje proto, aby Úřad předmětné správní řízení podle ust. § 117a písm. d) zákona zastavil.

IV. Závěry Úřadu

21. 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.
22. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
23. 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.
24. 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.

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. 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.
27. Z písemného vyjádření společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. ze dne 12. 9. 2011, která pro společnost Tercier, spol. s r.o. jako mandatáře zadavatele podle mandátní smlouvy uzavřené dne 4. 4. 2011, 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 předmětném užším řízení na veřejnou zakázku dne 21. 6. 2011. Zadavatel nijak tyto skutečnosti nerozporuje.
28. Znalecký posudek označuje losovací zařízení Acer TravelMate 5542-P344G50Mnss S/N: LXTZG020030352FFD51601 jako „171_nb01“.
29. 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 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.
30. K losovacímu zařízení, kterým bylo provedeno omezení počtu zájemců losem v šetřeném zadávacím řízení dne 21. 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.“

31. 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.

32. Z odpovědi na otázku č. 6 je patrné, že nelze prokázat, zda losovací zařízení bylo zmanipulováno při provádění losování v předmětné veřejné zakázce dne 21. 6. 2011, ale je z něj 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 nejhodnější 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.

33. Z výše uvedeného je patrné, že možnost manipulace s omezením počtu zájemců zde byla a stejně tak bylo prokázáno, že tyto skutečnosti mohly mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky spočívá ve skutečnosti, že zadavatel, v důsledku možného zmanipulovaného losování, mohl vyloučit zájemce, který by nabídl nižší nabídkovou cenu, nežli uchazeč, s nímž byla uzavřena smlouva na plnění veřejné zakázky, 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.
34. 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.
35. 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.
36. 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.
37. 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 zadavatelském postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehlednutelným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“*
38. Vzhledem k tomu, že možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast a tedy i výsledek zadávacího řízení, Úřad vzhledem k právnímu názoru Nejvyššího správního soudu vyjádřenému ve výše uvedeném rozsudku, nepovažoval za nezbytně nutné se již zabývat otázkou, zda k manipulaci v průběhu losování skutečně došlo. Úřad uvádí, že zadavatele vyzval k vyjádření se k podkladům pro rozhodnutí, ale ani

zadavatel ve správním řízení neprokázal, že by losování provedl způsobem podle § 61 odst. 4 zákona, tj. že dodržel při provádění losování zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 zákona.

39. 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.
40. 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

41. Ve vyjádření zadavatel uvádí, že společnost Tercier, spol. s r.o. nemá a nikdy neměla žádný vztah se společností KLERIS CZ, a.s. a domnívala se, že elektronické losování pro ni na základě uzavřené smlouvy provádí společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. V této souvislosti Úřad odkazuje na listinné podklady, které byly Úřadu doručeny Policií ČR, které zmiňují společnost KLERIS CZ, a.s. a její místopředsedkyni představenstva paní Ing. Michaelu Kristovou, která byla podle notářského zápisu přítomna losování u předmětné veřejné zakázky dne 21. 6. 2012. Paní Ing. Michaela Kristová taktéž dobrovolně na výzvu Policie ČR vydala předmětné losovací zařízení, u něhož byl následně proveden znalecký posudek. Úřad má za prokázané, že se jedná o losovací zařízení, na kterém bylo prováděno omezení počtu zájemců v předmětné veřejné zakázce, neboť bylo použito v období od března roku 2011 do 12. 7. 2011 (dle výše uvedeného sdělení společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. – viz bod 27. tohoto rozhodnutí) a jeho identifikační znaky jsou shodné s uvedenými ve znaleckém posudku.
42. Skutečnost, že instalaci losovacího zařízení provedla společnost ZERON, s.r.o. a vystavila o tom certifikát, který byl k losování doložen, nemá vliv na fakt, že losovací zařízení bylo uzpůsobeno ke zmanipulování výsledku losování. Stejně tak tvrzení zadavatele, že tři z přítomných zájemců a jednatel organizátora zadávacího řízení losovací program vyzkoušeli,

nebo skutečnost, že žádný ze zástupců zájemců neměl žádné dotazy ani připomínky ke způsobu ani k průběhu losování, jsou ve vztahu k prokázané možnosti ovlivnění výsledku losování, irelevantní. To, že žádný ze zájemců nepodal námitky v průběhu zadávacího řízení, nemůže zhojit fakt, že zadávací řízení (konkrétně úkon zadavatele, kterým byl omezen počet zájemců o veřejnou zakázku) mohlo být zmanipulováno. S odkazem na výše uvedený rozsudek Nejvyššího správního soudu Úřad konstatuje, že již samotný fakt možnosti přímého ovlivnění výsledku losování způsobuje porušení zásady transparentnosti zakotvené v ust. § 6 zákona.

43. Tvrzení zadavatele, že seznámil s pokynem k eliminaci rizika nesprávného postupu pracovníka společnosti, která elektronické losování prováděla, nezbavuje zadavatele odpovědnost za protiprávní stav v předmětném zadávacím řízení, neboť jak zadavatel sám uvádí, tento pokyn se týkal jiné veřejné zakázky a byl vznesen až dne 13. 7. 2011, přičemž losování v předmětné veřejné zakázce proběhlo dne 21. 6. 2011.
44. Z části znaleckého posudku, kterou zadavatel cituje, Úřad rovněž vycházel při svém rozhodování. Jak je uvedeno výše, ze znaleckého posudku je jednoznačně patrné, že losovací zařízení bylo účelně ke zmanipulování uzpůsobeno a byly v něm nalezeny předem předpřipravené soubory, které měly losování zmanipulovat.
45. 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 21. 6. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již dne 16. 8. 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.

V. K uložení sankce

46. 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.
47. 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.
48. 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.

49. 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 16. 8. 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.
50. 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.
51. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 19 663 081 Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 983 154 Kč.
52. Úřad posoudil též možnost aplikace ust. § 121 odst. 1 zákona a dospěl k závěru, že zadavatel neprokázal, že by vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil. Zadavatel v obou jeho vyjádřeních uplatňuje aplikaci tohoto ustanovení, když tvrdí, že podmínky ust. § 121 odst. 1 zákona byly naplněny. Úřad k tomu uvádí, že zadavatel v tomto případě neuvedl objektivní důvody, které by vedly ke zproštění odpovědnosti zadavatele. Zadavatel má objektivní odpovědnost za výsledek zadávacího řízení, bez ohledu na to, zda konkrétní úkony činí on sám nebo jím zmocněná třetí osoba. Objektivní odpovědnost je odpovědností za protiprávní stav, přičemž tato odpovědnost nemůže být, ani není odpovědností absolutní. Při prokázání určitých důvodů se může zadavatel z této odpovědnosti liberovat. Za tyto důvody je možné považovat např. okolnosti vis maior. Úřad však konstatuje, že v předmětné věci nejsou dány důvody zbavující zadavatele odpovědnosti. K této otázce Úřad doplňuje, že pro posouzení, zda došlo ke spáchání správního deliktu či nikoliv, jsou rozhodující objektivní skutečnosti nezávislé na vůli jednajících osoby. Z toho důvodu je objektivní odpovědnost zadavatele označována jako odpovědnost za výsledek či odpovědnost za stav, který mohl být způsoben. Správní delikt zadavatele podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona je spáchán též v případě, kdy potenciálně škodlivý následek předvídaný právní normou (možné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky) i „jen“ hrozí a fakticky ani nastat nemusí.
53. 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.
54. 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.
55. 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.

56. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. Spáchání správního deliktu mělo v daném případě za následek možné ovlivnění výběru nejhodnější 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.
57. 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 nálezy Ústavního soudu č. Pl. ÚS 3/02. Podle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Při stanovení výše pokuty vzal tedy Úřad v úvahu i finanční možnosti zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Ze schváleného rozpočtu zadavatele pro rok 2011 umístěného na internetových stránkách zadavatele (www.kraj-jihocesky.cz) vyplývá, že roční příjmy zadavatele se pohybují v řádech miliard Kč. Celkové příjmy za rok 2011 činí 11 536 712 270 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.
58. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu jako dostačující. Úřad uložil pokutu ve výši 350 000 Kč, která naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.
59. 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.
60. 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

Jihočeský kraj, U Zimního stadionu 1952/2, 370 76 České Budějovice

Vypraveno dne

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