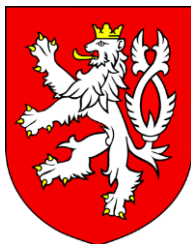




UOHSX0048RST

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S38/2012/VZ-8593/2012/510/ASh

V Brně dne 23. 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 31. 1. 2012 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – město Šternberk, IČ 00299529, se sídlem Horní náměstí 16, 785 01 Šternberk, zastoupené Ing. Stanislavem Orságem, starostou,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání podlimitní veřejné zakázky "Stavební úpravy ulic Lhotská a Na Bažínách ve Šternberku" zadávané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 25. 5. 2011 pod evidenčním číslem 60060490, a na kterou byla dne 5. 9. 2011 uzavřena smlouva o dílo,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel - město Šternberk, IČ 00299529, se sídlem Horní náměstí 16, 785 01 Šternberk – 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 § 6 citovaného zákona, když losování dne 29. 6. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již dne 5. 9. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání výše uvedeného správního deliktu se zadavateli - městu Šternberk, IČ 00299529, se sídlem Horní náměstí 16, 785 01 Šternberk - **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 600 000 Kč (šest set 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

ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – město Šternberk, IČ 00299529, se sídlem Horní náměstí 16, 785 01 Šternberk, zastoupené Ing. Stanislavem Orságem, starostou (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) v informačním systému o veřejných zakázkách dne 25. 5. 2011 pod evidenčním číslem 60060490, oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Stavební úpravy ulic Lhotská a Na Bažínách ve Šternberku“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Zadavatel se nechal zastupovat v souladu s ustanovením § 151 zákona na základě mandátní smlouvy uzavřené dne 31. 1. 2011 mezi zadavatelem a Ing. Ivanou Jurečkovou, IČ 633 01 474, se sídlem Tyršova 7, 746 01 Opava (dále jen „zástupce zadavatele“), která pro zadavatele zajišťovala průběh zadávacího řízení.
3. Zadavatel v oznámení o zakázce vymezil předmět plnění veřejné zakázky jako stavební úpravy komunikací 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.
4. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavateli bylo ve stanovené lhůtě doručeno 13 žádostí zájemců, přičemž 12 zájemců prokázalo splnění zadavatelem požadované kvalifikace. Všem kvalifikovaným zájemcům byl oznámen termín losování, a to den 29. 6. 2011.
5. Protokol o průběhu losování ze dne 29. 6. 2011 obsahuje seznam 5 zájemců, kteří byli vylosováni a byli následně veřejným zadavatelem vyzváni k podání nabídky. Přílohou protokolu o losování je mimo jiné notářský zápis z téhož dne, ve kterém je uvedeno, že losování proběhlo ve smyslu § 61 odst. 4 zákona prostřednictvím elektronického zařízení, které tvoří programové vybavení, počítač a periférie.
6. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel pět nabídek. Dne 10. 8. 2011 v 13:05 hod. proběhlo otevírání obálek s nabídkami. Komise pro otevírání obálek s nabídkami otevřela všechny obdržené obálky s nabídkami a v protokolu o otevírání nabídek ze dne 10. 8. 2011 konstatovala, že všechny nabídky jsou úplné.
7. Hodnotící komise posoudila a hodnotila dne 10. 8. 2011 obdržené nabídky uchazečů. Na základě provedeného hodnocení hodnotící komise konstatovala ve zprávě o posouzení

a hodnocení nabídek ze dne 10. 8. 2011, že nabídka č. 3 nejlépe splnila požadavky zadavatele. Téhož dne zprávu o posouzení a hodnocení nabídek převzal zadavatel. Zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky dne 16. 8. 2011.

8. Na předmětnou veřejnou zakázku byla uzavřena smlouva o dílo dne 5. 9. 2011 s uchazečem „Sdružení Šternberk – Na Bažínách 2011 (ECOVIA Haná s.r.o., JR stavby CZs.r.o.)“, které tvoří ECOVIA Haná s.r.o., IČ 27825531, se sídlem Hamerská 58, 78371 Olomouc-Holice, a JR stavby CZ s.r.o., IČ 26875080, se sídlem Hybešova 200/6, 779 00 Olomouc-Hodolany).
9. 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.
10. 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“), který byl pořízen na výzvu Policie ČR v rámci policejního šetření předmětné věci.
11. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele dokumentaci o předmětné 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.

PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

12. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S38/2012/VZ-1334/2012/510/ASh ze dne 30. 1. 2012, které bylo doručeno dne 31. 1. 2012, a tímto dnem bylo správní řízení z moci úřední zahájeno.
13. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
14. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S38/2012/VZ-2017/2012/510/ASh ze dne 30. 1. 2012 určil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Stanovisko zadavatele

15. Zadavatel vyjádřil v řízení své stanovisko dopisem ze dne 2. 2. 2012, který Úřad obdržel dne 3. 2. 2012. Zadavatel má za to, že v rámci zadávacího řízení neporušil zákon a ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení uvádí, že využil možnosti dané § 151 zákona a nechal se při výkonu práv a povinností zastupovat jinou osobou. Mandátní smlouva byla uzavřena dne 31. 1. 2011 mezi zadavatelem a Ing. Ivanou Jurečkovou, IČ 633 01 474, se sídlem Tyršova 7, 746 01 Opava, která pro zadavatele zajišťovala průběh zadávacího řízení. Zadavatel dále ve svém vyjádření konstatoval,

že při výběru zhotovitele byl dodržen zákon a ze strany zadavatele nedošlo k žádnému ovlivnění zadávacího řízení.

ZÁVĚRY ÚŘADU

16. 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.
17. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
18. 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.
19. Podle § 61 odst. 4 zákona může být objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 rovněž náhodný výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií podle odstavce 2 a náhodného výběru losem. Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování. Účastnit se losování mají právo zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.
20. 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.
21. Z podané zprávy dle § 8 odst. 1 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „trestní řád“) ze dne 30. 9. 2011 Policii ČR vyplývá, že technické zajištění omezení počtu zájemců v předmětném zadávacím řízení zajišťovala společnost 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.“)
22. Z písemného vyjádření společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s.r.o. ze dne 12. 9. 2011, jenž 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 2011 do 12. 7. 2011, tj. i při omezení počtu zájemců o účast v předmětném užším řízení na veřejnou zakázku dne 29. 6. 2011. Zadavatel tuto skutečnost nijak nerozporuje.

23. Znalecký posudek označuje losovací zařízení Acer TravelMate 5542-P344G50Mnss S/N: LXTZG020030352FFD51601 jako „171_nb01“ (dále jen „losovací zařízení 171_nb01“).
24. K losovacímu zařízení, kterým bylo provedeno omezení počtu zájemců losem v šetřeném zadávacím řízení dne 29. 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.“*
25. Úřad při svém rozhodování vycházel mimo jiné z odpovědí obsažených ve znaleckém posudku na níže uvedené otázky k losovacímu zařízení 171_nb01:

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. 2001 byly ovlivněny, případně 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.“

26. Z uvedeného je jednoznačně patrné, že losovací zařízení 171_nb01, které bylo využíváno k omezení počtu zájemců o veřejné zakázky v období od března 2011 do 12. 7. 2011 (tedy i v předmětném užším řízení při losování dne 29. 6. 2011) bylo účelně ke zmanipulování uzpůsobeno a byly v něm nalezeny předpřipravené soubory, které mohly losování zmanipulovat. Samotný fakt, že losovací zařízení umožňovalo zmanipulování výsledků losování, je skutečností, která mohla mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Nalezené pomocné soubory rovněž prokazují skutečnost, že omezení počtu zájemců mohlo být zmanipulováno. Úřad považuje za zásadní, že k porušení zákona postačuje potenciální možnost, že k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky mohlo dojít. Není tedy rozhodující, zda k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky skutečně v zadávacím řízení „Stavební úpravy ulic Lhotská a Na Bažinách ve Šternberku“ došlo, a tudíž není ani podstatné, zda došlo ke zmanipulování či nikoliv. Je na zadavateli, aby zajistil, že veškeré kroky uskutečněné v zadávacím řízení budou činěny transparentně a nevyvolají žádné pochybnosti.
27. 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. Podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky tedy spočívá v jiném okruhu dodavatelů (uchazečů), kteří by byli vyzváni k podání nabídky. Z uvedeného je patrné, že bylo prokázáno, že postup zadavatele mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
28. 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.
29. Jak vyplývá ze znaleckého posudku zpracovaného znaleckým ústavem Risk Analysis Consultants, s.r.o., se sídlem Konviktská 24, 110 00 Praha 1 (dále jen „zhotovitel posudku“), který znalecký posudek vypracoval pro orgány Policie ČR, losovací zařízení použité při tomto losování, nebylo zabezpečeno proti zmanipulování a mohlo tak dojít k přímému ovlivnění výsledků losování.
30. 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 ustanovení § 61 odst. 4 a § 6 zákona, když při omezení počtu zájemců o účast v užším řízení použil losovací zařízení, které nebylo zabezpečeno proti zmanipulování.

31. Jelikož má Úřad za prokázané, že zadavatel provedl losování prostřednictvím elektronického zařízení, jehož programové vybavení umožňovalo manipulovat a ovlivňovat výsledek losování tak, aby nedocházelo k náhodnému výběru, je z pohledu Úřadu pro právní posouzení jednání zadavatele rozhodující již sama pochybnost o řádném průběhu losování. Úřad odkazuje na Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, v němž je uvedeno: *„Zásada transparentnosti ... je porušena tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehlednutelným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“*
32. Vzhledem k tomu, že možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast v užším řízení a tedy i výsledek zadávacího řízení, Úřad vzhledem k právnímu názoru Nejvyššího správního soudu, vyjádřeném ve výše uvedeném rozsudku, nepovažoval za nezbytně nutné se již zabývat otázkou, zda k manipulaci v průběhu losování skutečně došlo. Úřad uvádí, že zadavatele vyzval k vyjádření se k podkladům pro rozhodnutí, ale ani zadavatel ve správním řízení neprokázal, že by losování provedl způsobem podle § 61 odst. 4 zákona, tj. že dodržel při provádění losování zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 zákona.
33. 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.
34. Úřad konstatuje, že skutečnost, že se zadavatel při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením, nechá zastoupit jinou osobou, nezbavuje v souladu s ustanovením § 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, nemůže bez dalšího zaručit absolutně transparentní průběh losování. To, že o provedeném omezení počtu zájemců byl sepsán notářský zápis, rovněž nezaručuje úplnou transparentnost postupu zadavatele. Notářský zápis zachycuje pouze skutečnosti technického charakteru (kdo se dostavil, jakým způsobem bude losování provedeno, kteří zájemci splnili kvalifikaci, jaké elektronické zařízení bylo použito apod.) ale nemůže prokazovat či osvědčovat nemanipulovatelnost elektronického losovacího zařízení, neboť těmito skutečnostmi se notář nezabýval a ani nemohl zabývat.
35. Co se týče mandátní smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a zástupcem zadavatele, který pro zadavatele zajišťoval průběh zadávacího řízení, Úřad uvádí, že tato nemůže zadavatele zprostit odpovědnosti za průběh zadávacího řízení. Odpovědnost zadavatele za dodržování

zákona na základě ustanovení § 151 odst. 3 zákona není dotčena vznikem zastoupení při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením. Ze vzniku případné odpovědnosti se zadavatel nemůže liberovat tím, že udělí zmocnění jiné osobě, aby za něj činila úkony a zajistila tak průběh zadávacího řízení. Mandátní smlouva, v níž je vyjádřena vůle zadavatele, stanoví, že mandatář činí právní úkony jménem mandanta a na jeho účet. Ujednání, která jsou obsahem mandátní smlouvy, mají povahu soukromoprávního vztahu a nemohou mít vliv na odpovědnost zadavatele, která je založena ustanoveními veřejného práva. Úřad nepochybně ujednání v mandátní smlouvě, podle kterého má mandant povinnost postupovat s péčí řádného hospodáře. Takové ujednání však může založit pouze odpovědnost soukromoprávního charakteru a v předmětném správním řízení k němu nelze přihlídnout.

36. K tomu Úřad uvádí, že odpovědnost za postup podle zákona leží plně na zadavateli. Jedná se o odpovědnost objektivní, přičemž je rozhodující výsledek, který byl způsoben. V tomto případě je výsledkem možné ovlivnění výběru nejhodnější nabídky.
37. Ve znaleckém posudku je konstatováno, že *„losovací program je uzpůsoben k manipulaci losování a navíc byly na disku počítače nalezeny předpřipravené pomocné soubory, účelem kterých bylo zmanipulovat losování“*. Samotný fakt, že losovací zařízení umožňovalo zmanipulování výsledků losování, je skutečností, která mohla mít podstatný vliv na výběr nejhodnější nabídky. Úřad považuje za zásadní uvést, že k porušení zákona postačuje potencionální možnost, že k ovlivnění výběru nejhodnější zakázky mohlo dojít. Není tedy rozhodující, zda k ovlivnění výběru nejhodnější 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.
38. Z výše uvedeného je patrné, že možnost manipulace s omezením počtu zájemců zde byla a stejně tak bylo prokázáno, že tyto skutečnosti mohly mít podstatný vliv na výběr nejhodnější nabídky. Podstatný vliv na výběr nejhodnější 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.
39. Závěry Úřadu potvrzuje rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, neboť se v něm soud vyslovil v tom směru, že zásada transparentnosti *„...je porušena tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným...“*. V šetřené veřejné zakázce je objektivně prokázáno, že omezení počtu zájemců bylo nekontrolovatelné a stejně tak i nečitelné, neboť bylo provedeno za použití losovacího zařízení, které mohlo být zmanipulováno.
40. Omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení je rozhodující fází zadávacího řízení, při níž dochází k výběru zájemců, kteří splnili kvalifikaci a budou následně zadavatelem vyzváni k podání nabídek. Tímto způsobem však mohli být vyloučeni zájemci, kteří sice kvalifikaci splnili, nemohli však již své nabídky podat. Nutno zdůraznit, že některý z takto vyloučených zájemců mohl podat nabídku pro zadavatele výhodnější než je nabídka vybraného uchazeče.

Z uvedeného je patrné, že bylo prokázáno, že postup zadavatele mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

41. 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 5. 9. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Pokud by bylo losováno v souladu se zásadou transparentnosti a způsobem umožňujícím náhodný výběr losem, lze s vysokou mírou pravděpodobnosti konstatovat, že by okruh uchazečů, kteří byli následně vyzváni k podání nabídky, mohl být jiný. Vzhledem ke všem uvedeným důvodům, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K uložení sankce

42. 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.
43. 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.
44. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
45. 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 5. 9. 2011, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno dne 31. 1. 2012. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
46. 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.
47. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 32 414 826 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 1 620 741 Kč.
48. Úřad posoudil též možnost aplikace ustanovení § 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. 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 ustanovení § 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.

49. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlídnou k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání, jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
50. Při posouzení závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu, že zadavatel svým postupem při zadávání veřejné zakázky nedodržel 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 a činí celý proces losování neprůhledným a vzbuzuje pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele.
51. 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 stejného 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.
52. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. Spáchání správního deliktu mělo v daném případě za následek možné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, v jehož důsledku mohla být vybrána nabídka jiného uchazeče než nabídka vybraného uchazeče. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.
53. 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 ze dne 13. 8. 2002. 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 2012 umístěného na internetových stránkách zadavatele (www.sternberk.eu) vyplývá, že roční výnosy zadavatele se pohybují v řádech milionů Kč. Příjmy města za rok 2012 jsou předpokládány 234 286 000 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.

54. 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 600 000 Kč, která naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.
55. 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.
56. 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:

Město Šternberk, Horní náměstí 16, 785 01 Šternberk

Vypraveno dne:

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