



UOHSX0045T19

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S60/2012/VZ-6080/2012/540/MPr

V Brně dne 18. 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 2. 2. 2012 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Povodí Vltavy, státní podnik, IČ 70889953, se sídlem Holečkova 8/106, 150 24 Praha 5, zastoupený RNDr. Petrem Kubalou, generálním ředitelem,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání ve veřejné zakázky „Zvýšení kapacity koryta Vltavy v k. ú. Nové Ouholice a Veltrusy“, zadávané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 29. 3. 2011 pod evid. č. 60058017,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Povodí Vltavy, státní podnik, IČ 70889953, se sídlem Holečkova 8/106, 150 24 Praha 5 – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 61 odst. 4 v návaznosti na ustanovení § 6 citovaného zákona, když losování dne 26. 4. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již dne 13. 6. 2011 uzavřel smlouvu o dílo.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodě I. **se** zadavateli – Povodí Vltavy, státní podnik, IČ 70889953, se sídlem Holečkova 8/106, 150 24 Praha 5 – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 900 000,- Kč (devět 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

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Povodí Vltavy, státní podnik, IČ 70889953, se sídlem Holečkova 8/106, 150 24 Praha 5, zastoupený RNDr. Petrem Kubalou, generálním ředitelem (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 29. 3. 2011 pod evid. č. 60058017, oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zvýšení kapacity koryta Vltavy v k. ú. Nové Ouholice a Veltrusy“.
2. Ve věci výše uvedené veřejné zakázky obdržel 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.
3. 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.
4. Zadavatel v oznámení o zakázce vymezil předmět plnění veřejné zakázky na stavební práce jako zhotovení díla „Zvýšení kapacity koryta Vltavy v k. ú. Nové Ouholice a Veltrusy“. Zadavatel 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.
5. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavateli bylo ve stanovené lhůtě doručeno 17 žádostí zájemců o účast v užším řízení, přičemž jeden zájemce neprokázal splnění zadavatelem požadované kvalifikace. Všem zájemcům, kteří prokázali splnění kvalifikace, byl oznámen termín losování, a to den 26. 4. 2011.

6. Součástí dokumentace o veřejné zakázce je i notářský zápis o provedeném losování ze dne 26. 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. Michaela 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.*“ Notářský zápis obsahuje také seznam 5 uchazečů, kteří byli vylosováni a byli následně zadavatelem vyzváni k podání nabídky.
7. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele dokumentaci o veřejné zakázce a stanovisko k obsahu podnětu. 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

8. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
9. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem oznámil Úřad účastníkovi řízení přípisem č. j. ÚOHS-S60/2012/VZ-1991/2012/540/MPr ze dne 30. 1. 2012, ve kterém jej seznámil se zjištěnými skutečnostmi, jež se týkaly postupu zadavatele při omezení počtu zájemců o šetřenou veřejnou zakázku.
10. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S60/2012/VZ-2062/2012/540/MPr ze dne 30. 1. 2012 stanovil účastníkovi lhůty, ve kterých byl oprávněn navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy, vyjádřit v řízení své stanovisko a vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.
11. Dnem 2. 2. 2012, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno účastníkovi, bylo správní řízení zahájeno.

Stanovisko zadavatele

12. Zadavatel vyjádřil své stanovisko ke správnímu řízení přípisem ze dne 6. 2. 2012, který byl Úřadu doručen do datové schránky dne 6. 2. 2012 a v listinné podobě prostřednictvím České pošty s. p. dne 8. 2. 2012. Uvedené vyjádření nejprve popisuje postup při výběru administrátora zadávacího řízení, dále se zadavatel vyjadřuje k podnětu Policie ČR, následující odstavec se vztahuje k samotnému losování a poslední část je věnována realizaci stavby.
13. K výběru administrátora zadávacího řízení zadavatel ve svém prohlášení uvádí, že pověřil na základě výběrového řízení, ve kterém byly osloveny 3 společnosti k podání nabídky, administrací předmětné veřejné zakázky společnost STORMEN, spol. s r. o., IČ 25073371, se sídlem Českomoravská 18, 190 00 Praha 9, se kterou uzavřel dne 17. 3. 2011 Mandátní smlouvu. Zadavatel dále uvádí, že výběrové řízení na zhotovitele bylo provedeno v souladu s uzavřenou smlouvou. Dne 13. 6. 2011 zadavatel uzavřel smlouvu o dílo s vybraným

uchazečem POHL cz, a. s., IČ 25606468, se sídlem Nádražní 25, 252 63 Roztoky. Stavba byla zahájena dne 21. 7. 2011 a ukončena a převzata dne 22. 12. 2011. Zadavatel uvádí, že výsledná cena ve smlouvě o dílo, která vzešla z výběrového řízení, je nižší než předpokládaná cena podle kontrolního rozpočtu. Tato skutečnost i průběh samotného výběrového řízení podle zadavatele nenasvědčovaly tomu, že došlo k ovlivnění výsledku výběrového řízení.

14. V části vyjádření vztahující se k podnětu Policie ČR zadavatel prohlašuje, že nemá žádné smluvní vztahy a nikdy nebyl v přímém kontaktu se společností 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.“) ani se společností KLERIS CZ a. s., IČ 28388330, se sídlem Praskačka 75, 503 33 Praskačka (dále jen „KLERIS CZ a. s.“). Mandátní smlouva podle zadavatele neřeší, zda administrátor provede omezení uchazečů formou losu vlastními zaměstnanci či si na tuto činnost najme jinou společnost. Toto rozhodnutí je v pravomoci administrátora a zadavatel nemá vliv na to, jakou společnost si administrátor smluvně zajistí pro samotné omezení uchazečů formou losu.
15. Dále zadavatel uvádí, že předmětného losování se zúčastnili zástupci zájemců, zástupce zadavatele a jednatel společnosti STORMEN, spol. s r. o., IČ 25073371, se sídlem Českomoravská 18, 190 00 Praha 9 za organizátora zadávacího řízení. Všichni přítomní byli seznámeni s technickými parametry elektronického losovacího zařízení a se způsobem, jakým bude losování provedeno, zástupcům zájemců byla ve smyslu § 61 odst. 5 zákona nabídnuta možnost zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování. Zadavatel také uvádí, že losování včetně všech úkonů s ním souvisejících a výsledku losování, je ve smyslu § 61 odst. 8 zákona popsáno v notářském zápisu NZ 825/2011, N 855/2011 ze dne 26. 4. 2011. Ke způsobu losování ani k průběhu losování neměl podle zadavatele žádný ze zástupců zájemců před losováním, v jeho průběhu či po jeho skončení žádné dotazy ani připomínky. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti neměl zadavatel pochybnosti o transparentnosti a řádném průběhu losování při použití předmětného elektronického zařízení a byl přesvědčen, že omezení počtu zájemců bylo zcela v souladu s § 61 zákona včetně dodržení podmínky dané zněním § 6 zákona.
16. Závěrem svého vyjádření zadavatel uvedl, že společnost POHL cz, a. s., IČ 25606468, se sídlem Nádražní 25, 252 63 Roztoky předmětnou stavbu dokončila v požadovaných termínech i kvalitě a dílo bylo předáno investorovi bez vad. Rozpočet stavby byl dodržen s tím, že došlo ke snížení celkové ceny díla o 246 000,- Kč v rámci vyčíslení méněprací. Na základě uvedených skutečností lze podle zadavatele konstatovat, že realizací této stavební zakázky neutrpěl žádnou újmu.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

17. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména podnětu, dokumentace o veřejné zakázce, znaleckého posudku, notářského zápisu, vyjádření zadavatele 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 zásadu transparentnosti

zakotvenou v ustanovení § 6, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

Relevantní ustanovení zákona

18. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
19. 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.
20. 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.
21. Z ustanovení § 61 odst. 4 vyplývá, že objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 citovaného ustanovení 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 zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.
22. Na základě 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.
23. 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.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce a ze znaleckého posudku

24. Dne 17. 3. 2011 byla uzavřena mandátní smlouva mezi zadavatelem a mandatářem STORMEN, spol. s r. o., IČ 25073371, se sídlem Českomoravská 18, 190 00 Praha 9. Předmětem smlouvy je pověření mandatáře přípravou, organizačním zajištěním a poskytováním odborných konzultací v rámci předmětné veřejné zakázky.
25. Z notářského zápisu NZ 825/2011, N 855/2011 ze dne 26. 4. 2011 vyplývá, že losování provedla Ing. Michaela Kristová. V době losování vykonávala Ing. Michaela Kristová funkci místopředsdkyně představenstva společnosti KLERIS CZ a. s.
26. Policie ČR si z důvodu podezření na manipulování elektronických zařízení sloužících k omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku vyžádala podání zprávy od společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o. Z této zprávy vypracované dne 12. 9. 2011, která je součástí spisového materiálu o předmětné veřejné zakázce vyplývá, že u všech veřejných zakázek, které administrovala společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o. zajišťovala losování prostřednictvím elektronického zařízení společnost KLERIS CZ a. s. Ze zprávy dále 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.
27. Na tomto místě se Úřad pro úplnost vypořádává s nesrovnalostí v typu losovacího zařízení. V notářském zápisu o provedeném losování ze dne 26. 4. 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.
28. Úřad při rozhodování 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.
29. 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.
30. Úřad při svém rozhodování vycházel mimo jiné z odpovědí obsažených ve znaleckém posudku na níže uvedené otázky:

1) „*Popište, o jaké elektronické zařízení se jedná a jaké je jeho vybavení.*“

Odpověď na otázku 1:

„Jedná se o losovací zařízení. Zařízení se skládá z notebooku s nainstalovaným losovacím programem. K notebooku se připojuje datový projektor a tiskárna. Notebook pracuje s operačním systémem MS Windows 7.“

„Losovacím softwarem je program Losování, který je vyvinut v programovacím jazyce Uniface. Uniface je programovací jazyk a zároveň vývojové prostředí ve kterém se programuje jazykem Uniface. Pro vývoj a i samotný běh programů napsaných v tomto jazyce je nutná instalace prostředí Uniface. Z těchto důvodů je na notebooku instalace

prostředí Uniface, které je licencováno na společnost NextComm, s. r. o. Žádné další relevantní vybavení nebylo na losovacím zařízení identifikováno.“

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. Podrobně je způsob manipulace vysvětlen v odpovědi na otázku 4.“

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. Cíleným ovládním programu přepne obsluha po provedení demonstračních testů, které probíhají korektně, program do módu zmanipulovaného losování a toto losování realizuje jako finální. Přepnutí mezi režimy (korektní náhodné losování a zmanipulované losování) se děje (i opakovaným) stiskem tlačítka „Vymazání losování“ a navolený režim je identifikován pouze malou tečkou (nachází se pod tlačítkem „Tisk protokolu“), která se objevuje nebo mizí na obrazovce programu podle módu, do kterého je program přepnut. Navíc je tato tečka prakticky viditelná pouze na monitoru počítače, protože promítáním pomocí datového projektoru se snižuje kontrast a kvalita obrazu a na promítacím plátně je tato tečka zpravidla nepostřehnutelná.“

„Program je také ošetřen proti potenciálnímu 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.“

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.“

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

31. Úřad konstatuje, že při omezení počtu zájemců podle § 61 odst. 4 zadavatel porušil povinnost postupovat v zadávacím řízení v souladu se zásadou transparentnosti, která je stanovena v ustanovení § 6 zákona. Úřad při posouzení předmětné problematiky vycházel z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159, který k zásadě transparentnosti uvedl, že *„podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný“*, a že 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“*.
32. Základním 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 nevzbuzuje pochyb, že zadavatel jedná regulérně.
33. Z mandátní smlouvy uzavřené dne 17. 3. 2011 mezi zadavatelem a mandatářem STORMEN, spol. s r. o., IČ 25073371, se sídlem Českomoravská 18, 190 00 Praha 9 vyplývá, že předmětem smlouvy je pověření mandatáře přípravou, organizačním zajištěním a poskytováním odborných konzultací v rámci předmětné veřejné zakázky. Mandátní smlouva opravňuje mandatáře uskutečňovat část smluvního plnění prostřednictvím třetích osob.
34. Vzhledem k notářskému zápisu NZ 825/2011, N 855/2011 ze dne 26. 4. 2011 není pochybnosti, že losování v předmětné veřejné zakázce provedla Ing. Michaela Kristová. V době losování byla Ing. Michaela Kristová místopředsedkyně představenstva společnosti KLERIS CZ a. s. Z výše uvedeného vyplývá, že společnost STORMEN, spol. s r. o., IČ 25073371, se sídlem Českomoravská 18, 190 00 Praha 9, se kterou uzavřel zadavatel mandátní smlouvu, uskutečnila část smluvního plnění (tzn. losování) prostřednictvím třetí osoby.
35. Ze zprávy od společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o. vypracované dne 12. 9. 2011, která je součástí spisového materiálu o předmětné veřejné zakázce vyplývá, že u všech veřejných zakázek, které administrovala společnost Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o. zajišťovala losování prostřednictvím elektronického zařízení společnost KLERIS CZ a. s. Na základě výše uvedeného lze dovodit vazbu mezi společnostmi Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o. a společnostmi KLERIS CZ a. s.
36. Z písemného vyjádření společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o., doručeného Úřadu Policií ČR dále jednoznačně vyplývá, že losovací zařízení Notebook Acer Travelmate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG020030352FFD51601 bylo používáno v období od března do 12. 7. 2011, tj. i při omezení počtu zájemců o účast v předmětném užším řízení na veřejnou zakázku (losování v šetřené veřejné zakázce proběhlo dne 26. 4. 2012). Ani zadavatel tuto skutečnost nijak nerozporuje.

37. Ze znaleckého posudku jednoznačně vyplývá, že elektronické losovací zařízení bylo manipulovatelné a cíleně vytvořené k manipulaci s výsledky losování. I přes skutečnost, že znalecký posudek nelze jednoznačně interpretovat tak, že omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku užitím losovacího zařízení dne 26. 4. 2011 bylo zmanipulováno, nemění to podle názoru Úřadu nic na skutečnosti, že losování není možné považovat za transparentní. 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, z pohledu Úřadu je pro právní posouzení jednání zadavatele rozhodující již sama pochybnost o řádném průběhu losování. Tento závěr vyplývá i z výše citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu, kde soud uvedl, že požadavek transparentnosti „*není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelském 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*“.
38. 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, 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.
39. 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, vyjádřeném ve výše uvedeném rozsudku nepovažoval za nezbytně nutné se již zabývat otázkou, zda k manipulaci v průběhu losování skutečně došlo.
40. Úřad dodává, že zadavatele vyzval k vyjádření se k podkladům pro rozhodnutí, přičemž ani zadavatel v průběhu správního řízení neprokázal, že by losování provedl způsobem podle § 41 odst. 6 zákona, tj., že dodržel při provádění losování zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona.

Stanovisko Úřadu k vyjádření zadavatele

41. Co se týče mandátní smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a společností STORMEN, spol. s r. o., IČ 25073371, se sídlem Českomoravská 18, 190 00 Praha 9, která pro zadavatele zajišťovala průběh zadávacího řízení, Úřad uvádí, že tato smlouva

nemůže zadavatele zprostit odpovědnosti za průběh zadávacího řízení. Podle ustanovení § 151 odst. 3 zákona, odpovědnost zadavatele za dodržování zákona není vznikem zastoupení při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením, dotčena. 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.

42. Zadavatel má objektivní odpovědnost za správní delikt, tedy odpovědnost za vzniklý protiprávní stav. Taková objektivní odpovědnost nemůže být ani není odpovědností absolutní. Při prokázání určitých důvodů se může zadavatel z této odpovědnosti vyvinut. Za tyto důvody je možné považovat např. okolnosti vis maior. Úřad však konstatuje, že v předmětné věci nejsou důvody zbavující zadavatele odpovědnosti dány. Zadávací řízení nelze 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. I za této situace, kdy zadavatel na základě soukromoprávního úkonu přeneše výkon zadavatelských činností na jiný subjekt, není tímto 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 přičteno k tíži zadavatele.
43. Skutečnost, že ke způsobu losování ani k průběhu losování neměl žádný ze zástupců zájemců před losováním, v jeho průběhu či po jeho skončení žádné dotazy ani připomínky, nemůže zhojit to, že zadávací řízení (konkrétně úkon zadavatele, kterým byl omezen počet zájemců o veřejnou zakázku) mohlo být zmanipulováno.
44. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 6. 2. 2012 konstatoval, že neměl důvod k pochybnostem o transparentnosti a řádném průběhu losování při použití předmětného elektronického zařízení. K tomuto 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 nejvhodnější nabídky.
45. Úřad uvádí, že pro posouzení jednání zadavatele z hlediska jeho souladu se zákonem není relevantní, zda společnost POHL cz, a. s., se sídlem Nádražní 25, 252 63 Rostoky předmětnou stavbu dokončila v požadovaných termínech či kvalitě a dílo bylo předáno investorovi bez vad. Z pohledu Úřadu je v tomto případě irelevantní i to, zda byl rozpočet stavby dodržen a zda došlo ke snížení celkové ceny díla. Rozhodnou skutečností je, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a dne 13. 6. 2011 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo.
46. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když losování dne 26. 4. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti. Postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, neboť omezení počtu zájemců o účast v užším řízení je klíčovou fází užšího řízení, v níž jsou z kvalifikovaných vybírání ti, kteří budou vyzváni k podání nabídky. Jak je odůvodněno výše, v šetřeném případě nelze vyloučit pochybnosti o korektním průběhu losování. Bylo-li by losováno v souladu se zásadou transparentnosti a způsobem umožňujícím náhodný výběr losem, lze

s vysokou mírou pravděpodobnosti konstatovat, že okruh uchazečů, kteří byli následně vyzváni k podání nabídky, by mohl být jiný a některý uchazeč z tohoto okruhu mohl předložit výhodnější podmínky plnění veřejné zakázky. Vzhledem ke všem uvedeným důvodům, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

Uložení sankce

47. 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.
48. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 v návaznosti na § 6 zákona, když losování dne 26. 4. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, 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.
49. 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, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.
50. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 45 467 848,8 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 2 273 392,44 Kč.
51. Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlídně k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům, a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
52. 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 od dne, kdy byl spáchán.
53. 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 13. 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.
54. 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, mezi kterými mohla být nabídka obsahující nižší nabídkovou cenu, než byla cena, kterou nabídl vybraný uchazeč.

55. 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. Jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí, tato netransparentnost mohla podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, činí celý proces losování neprůhledným a vzbuzuje pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele.
56. 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.
57. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. Spáchání správního deliktu mělo v daném případě za následek možné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, v jehož důsledku mohla být vybrána nabídka jiného uchazeče. Nelze též 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.
58. Za polehčující okolnost lze podle Úřadu považovat to, že zadavatel nepostupoval při zadávání šetřené veřejné zakázky zcela mimo režim zákona, resp. že by zcela vyloučil soutěžní prostředí. Úřad zároveň k polehčující okolnosti dodává, že ji nelze považovat za okolnost, která by „zhojila“ uvedené porušení zákona. Úřad však k této okolnosti přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování výše sankce.
59. 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 také 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. Z výroční zprávy za rok 2011 zveřejněné na internetových stránkách zadavatele (www.pvl.cz) vyplývá, že výsledek hospodaření zadavatele činil za rok 2011 cca 12,7 mil. 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.
60. Vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, má 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.

61. 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 900 000,- Kč, která naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.
62. 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.
63. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízeného u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Povodí Vltavy, státní podnik, Holečkova 8/106, 150 24 Praha 5

Vypraveno dne:

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