



### **ZJIŠTĚNÍ Č. 3: NERESPEKTOVÁNÍ PODMÍNEK VYPLÝVAJÍCÍCH ZE ZVZ**

Zjištění se týkala nedodržení platebních a fakturačních podmínek vyplývajících ze Smlouvy o poskytování služeb. Auditním šetřením byla auditorským týmem posuzována veřejná zakázka v režimu otevřeného nadlimitního výběrového řízení na služby. Auditorský tým při auditu postupu příjemce při realizaci předmětné veřejné uведенé zakázky zjistil, že není dodržena Smlouva o poskytování služeb a to v části VII - Platební a fakturační podmínky, oddíl 1 Úhrada ceny, bod č. 5: „*Objednatel vždy určí (zadá) dodavateli do 20. dne předchozího kalendářního měsíce na následující kalendářní měsíc druhy požadovaných služeb (dílní plnění) včetně odhadu rozsahu člověkodní za každou požadovanou službu. Zadání zpracovává garant projektu.*“

Zadání ve formě úkolovníku odhad rozsahu člověkodní na měsíce červen 2013 až říjen 2013 neobsahoval. Dále ve všech uvedených měsících nebyl dodržen (respektive byl překročen) smluvní termín do 20. dne předchozího kalendářního měsíce na následující kalendářní měsíc pro zpracování zadání.

Dalším zjištěním bylo, že zadavatel porušil podmínky a neuvedl v oznámení o zakázce konkrétní minimální požadavky na seznam referenčních zakázek realizovaných uchazečem za posledních pět let a zároveň neuvedl v oznámení o zakázce minimální požadavky na seznam referenčních zakázek.

Zadavatel dále změnil zadávací podmínky, přičemž prodloužil lhůtu pro podání nabídek pouze částečně a nikoli o celou lhůtu.

Další zjištění provedené auditorským týmem se týkalo situace, kdy zadavatel nezveřejnil smlouvu o dílo včetně všech dodatků, výši skutečně uhrazené ceny a seznam subdodavatelů dodavatele podle požadavků uvedených v ustanovení § 147a zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“).

Povinnost uveřejnění podle ustanovení § 83 a § 147a ZVZ je jedním z řady nástrojů ZVZ k zajištění jeho cíle.

Další zjištění se týkalo neuvedení všech údajů požadovaných ZVZ v Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky.

Auditní tým zjistil, že při kontrole podlimitního výběrového řízení na služby, zadavatel porušil § 81 odst. 5 ZVZ tím, že v Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky neuvedl poučení o lhůtě pro podání námitek podle § 110 odst. 4 ZVZ a poučení o zákazu uzavření smlouvy podle § 82 odst. 1 ZVZ, anebo oznámení, že postupuje podle § 82 odst. 3 ZVZ.

Auditní tým konstatuje, s odkazem na bod 1.3 Rozhodnutí EK C(2013) 9527 ze dne



19. prosince. 2013 ve znění opravy C(2014) 7372 ze dne 3. října 2014, že nedodržení všech náležitostí v Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky naplňuje povahu formálního pochybení bez jakéhokoliv skutečného či potenciálního finančního dopadu.

Toto pochybení nemělo žádný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, a proto auditoři nenavrhují žádnou finanční opravu.

Zjištění týkající se netransparentního omezení počtu zájemců losováním. V ustanovení § 6 ZVZ je uvedeno, že „Zadavatel je povinen při postupu podle ZVZ dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.“ Dále § 61 odst. 5 ZVZ stanoví: „Zadavatel je povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.“

Veřejný zadavatel v rámci projektu zadal veřejnou zakázku na stavební práce v užším řízení. Oznámení o zakázce bylo zveřejněno v ISZV. V Oznámení o zakázce bylo v čl. IV.1.2) uvedeno omezení počtu uchazečů losem na 10 zájemců. Celkem bylo podáno 25 žádostí o účast s tím, že všichni zájemci splnili kvalifikační požadavky. V souladu s Oznámením o zakázce tak došlo k omezení počtu zájemců na 10.

Losování se uskutečnilo v termínu stanoveném zadavatelem, na uvedené adrese, za účasti notářky, zástupce zadavatele, zástupců administrátorské firmy a zástupců zájemců. V prezenční listině z účasti na losování je uvedeno 9 podpisů zástupců zájemců o veřejnou zakázku. Losování administrovala smluvně zajištěná společnost, samotné losování provedl jednatel společnosti.

Notářka v notářském zápisu uvedla, že ji „moderátor“ informoval o následujících skutečnostech:

- zadavatel veřejné zakázky je obec
- losování provede na základě mandátní smlouvy zajištěná společnost
- moderátorem aktu omezení zájemců je pověřen doktor práv
- moderátor předložil protokol o kontrole žádostí o účast v užším řízení o veřejnou zakázku pod názvem zakázky, který obsahoval pořadí uchazečů, označených obchodní firmou, sídlem a identifikačním číslem. Tito jsou v notářském zápisu jmenovitě uvedeni. Moderátor upozornil, že pořadí zájemců o veřejnou zakázku je určeno dle data doručení žádostí.

Notářka dále v zápisu podrobně popsala průběh a výsledek losování. Moderátor konstatoval, že dodavatelem použitého losovacího zařízení je firma se sídlem, IČO a dále konstatoval, že zadavatel rozhodl o způsobu losování formou zařízení, kterým je elektronické losovací zařízení označené ... pro losování náhodně generovaných čísel. Moderátor uvedl že „Losovací zařízení nemá žádné aktivní komunikační rozhraní (bluetooth, Wi – Fi, LAN, touch screen atd.) vyjma tří kláves pro ovládání aplikace. Zařízení dále obsahovalo na zadní straně tlačítko pro nouzové vypnutí zařízení v případě požáru nebo



poruchy elektroinstalace a vstup pro napájecí kabel. Losovací zařízení lze otevřít jen vyklopením zadního víka, které je pevně spojeno se zbytkem zařízení pomocí bezpečnostní pečetě. Bez porušení bezpečnostní pečetě není možné zařízení otevřít a provádět jakékoli změny v zařízení a aplikaci.

Moderátor připomněl, že má k dispozici předávací protokol od obchodní společnosti, ve kterém je uvedeno jak číslo losovacího zařízení, tak číslo plomby. Protože, jak je v zápisu uvedeno, žádný z přítomných zástupců zájemců o kontrolu označení losovacího zařízení a čísla plomby neměl zájem, provedla tuto kontrolu sama paní notářka a uvedla do zápisu, „že sama zkontrolovala číslo a stav plomby“. Dále moderátor nabídl přítomným zástupcům uchazečů o veřejnou zakázku možnost okamžitě po losování za jejich přítomnosti nechat zkontrolovat losovací zařízení na náklady žadatele u Elektrotechnického zkušebního ústavu se sídlem Pod lisem 129, Praha Trója. Této možnosti nikdo z přítomných zástupců uchazečů o veřejnou zakázku nevyužil.

Moderátor dále oznámil, že bude provedena na ukázkou opakovaná zkouška losovacího zařízení. Moderátor upozornil přítomné, že tlačítko Enter může stisknout na pokyn kteréhokoliv účastníka a možnost předvést tolik prezentací losovacího zařízení, kolik jich budou účastníci požadovat a na číslech které sami určí. Losovaná čísla nejsou při losování čitelná, protože se se generují každých 10ms.

Byla provedena jedna demonstrace losovacího zařízení vylosováním 10 čísel ze zadaných čísel 1 - 25, vybraných přítomnými zástupci uchazečů. Uchazečům bylo předvedeno, že v případě vylosovaného čísla přestává zařízení s uvedeným číslem pracovat a nepostupuje do dalšího procesu losování.

Následně bylo jednotlivým uchazečům, kteří splnili kvalifikační kritéria a byli připuštěni do losování, přiděleno pořadové číslo a to v pořadí dle data a času doručení žádosti. O výměnu pořadí nikdo nepožádal. Do losovacího zařízení bylo zadáno 25 čísel (1 až 25) a nastaveno 10 losů tj. deset losovaných čísel. Na pokyn jednoho z přítomných uchazečů k zastavení losovacího zařízení stiskl jednatel společnosti tlačítko „ENTER“ a postupně se objevila a byla hlasitě přečtena vylosovaná čísla. Pořadí čísel je uvedeno v notářském zápisu i se jmény vylosovaných uchazečů o veřejnou zakázku. Toto bylo provedeno celkem desetkrát.

Notářka nezaznamenala v zápisu pochybnosti žádného z účastníků losování, a ani posléze nebylo losování žádným z uchazečů napadeno.

K notářskému zápisu je přiložena první strana dokladu „Zpráva o zkoušce Elektronické losovacího zařízení – generátor náhodných čísel, vydaný Elektrotechnickým zkušebním ústavem, Praha 8 Troja, dále Předávací protokol a Protokol o výsledku losování.

Jak vyplývá z judikatury známé v době realizace veřejné zakázky (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. září 2010) podmínkou dodržení zásady transparentnosti při zúžení počtu účastníků losem je „*průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. [...] Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní*



*zákonně povinnosti. Tyto úvahy platí tím spíše v případě, kdy se přistoupí k losování, protože losování je úkon ze své povahy nepřezkoumatelný.“*

Samotné losovací zařízení, které bylo k losování použito, nezaručilo transparentnost losování. Skutečnost, že notářka pořizující záznam z losování uvedla, že použité losovací zařízení nemělo žádné aktivní rozhraní, že jeho zadní víko bylo pevně spojeno se zbytkem zařízení pomocí bezpečnostní pečeti a že losovací zařízení vykazovalo další technické parametry, neznamená více, než že notářka zachytila vyjádření osoby, která losování moderovala, aniž by se sama notářka mohla k uvedeným technickým otázkám odborně vyjadřovat, zjišťovat a ověřovat. Notářský zápis ohledně technických parametrů losovacího zařízení jen zachytil obsah úkonu v průběhu losování, tedy co moderátor losování prohlásil, předložil, přečetl, oznámil, konstatoval. Notářka ve svém zápisu fakticky neověřovala ani nezachytila stav losovacího zařízení, pouze ověřila číslo losovacího zařízení a číslo plomby.

Podle § 61 odst. 5 ZVZ je zadavatel povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování. Tato podmínka nebyla a ani nemohla být splněna.

Zájemci se na losovací zařízení mohli nejvýše podívat, zvenčí si je prohlédnout, nikoliv provést efektivní kontrolu z pohledu samotného postupu při losování, neboť by museli provést kontrolu počítačového programu, který byl v losovacím zařízení použit, k čemuž nemohli být na místě losování bezprostředně před jeho zahájením vybaveni. Skutečnost, že moderátor nabídl přítomným zástupcům uchazečů možnost okamžitě po losování za jejich přítomnosti nechat zkontrolovat losovací zařízení u Elektrotechnického zkušebního ústavu (navíc na jejich náklady), neznamená, že šlo o reálnou nabídku ověření transparentnosti losování.

Auditorský tým dále uvádí, že důvěru v korektnost a správnost postupu při losování oslabuje skutečnost, že čísla zájemcům byla přidělena předem, použité losovací zařízení nemuselo zaručovat náhodný výběr čísel jednotlivých zájemců (bez jeho kontroly bezprostředně před zahájením losování), když podstatou losování je právě náhodný výběr.

Z pohledu posuzování dodržení zásady transparentnosti losování není podstatné, zda zájemci byli losováni náhodným výběrem či nikoliv. Již pochybnost o korektnosti a správnosti průběhu losování, která vyvstane na základě určitých indicií výše uvedených, je k závěru o porušení zásady transparentnosti postačující. Břemeno doložení transparentnosti daného losování nese zadavatel v souladu s rozhodovací praxí soudů.

„Není tedy podstatné, zda k unfair ovlivňování losování došlo, podstatné je, že existuje reálná možnost, zda k určitému ovlivňování dojít mohlo, a že tedy vyvstala objektivní pochybnost o korektnosti a fair průběhu losování“ (viz Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. června 2013 ve věci sp. zn. 62 Af 61/2012 – 108).

Vzhledem k tomu, že průběh losování nebyl zaznamenán takovým způsobem, který by odstranil pochybnosti o tom, že bylo provedeno férově, hodnotí auditní tým zúžení počtu zájemců elektronickým losem, jako netransparentní, tj. porušující základní zásadu zadávacího řízení stanovenou ustanovením § 6 ZVZ. Zároveň došlo k porušení výše



## Ministerstvo financí České republiky

uvedeného § 61 odst. 5 ZVZ.

Takové jednání odpovídá typové nesrovnalosti uvedené pod bodem č. 9 přílohy k Rozhodnutí EK C(2013) 9527 ze dne 19. prosince 2013 ve znění Opravy ze dne 3. října 2014, C(2014) 7372. Auditoři stanovují v souvislosti s tímto zjištěním finanční opravu ve snížené sazbě 5% z hodnoty certifikovaných výdajů na zakázku.

Auditoři při stanovení výše opravy postupovali v souladu s principem proporcionality a přihlédli ke všem skutečnostem uvedeným v notářském zápisu o průběhu losování a zejména ke skutečnosti, že z celkového počtu 25 zájemců, bylo vybráno k další účasti na veřejné soutěži 10 uchazečů. Tento počet zajišťoval ještě poměrně silnou soutěž a do značné míry snížil dopad rizika případné manipulace v postupu veřejné zakázky.

Uvedené zjištění svou podstatou představuje porušení části B bodu 3 a) a g) přílohy č. 1 k Rozhodnutí o poskytnutí dotace.