



Ústecký kraj

Regionální rada regionu soudržnosti
Severozápad
Berní 2261/1
400 01 Ústí nad Labem
IČ: 750 82 136

®

Oldřich Bubeníček
hejtman

11 -05- 2016

Ministerstvo financí České republiky

prostřednictvím

**Úřadu regionální rady regionu
soudržnosti Severozápad
Berní 2261/1
400 01 Ústí nad Labem**

Datum: 10.5.2016
JID: 75068/2016/KUUK
Číslo jednací:
Vyřizuje/linka: Jarmila Ženišková/202
E-mail: zeniskova.j@kr-ustecky.cz

ODVOLÁNÍ PROTI PLATEBNÍMU VÝMĚRU č. 3/2016 na odvod za porušení rozpočtové kázně

Odvolatel: Ústecký kraj, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 02 Ústí nad Labem

IČ: 70892156

zastoupený: Oldřichem Bubeníčkem, hejtmánem

Správce daně: Úřad Regionální rady regionu soudržnosti Severozápad,
se sídlem Berní 2261/1, 400 01 Ústí nad Labem

IČ: 75082136

Zastoupený: Bc. Janou Havlicovou, ředitelkou

Ústecký kraj, Velká Hradební 3118/48, 400 02 Ústí nad Labem
Tel.: +420 475 657 111 Url: www.kr-ustecky.cz
Fax: +420 475 200 245 E-mail: urad@kr-ustecky.cz

IČ: 70892156
DIČ: CZ70892156

Bankovní spojení: Česká spořitelna, a.s.
č. ú. 882733379/0800

Dne 14. 4. 2016 byl Ústeckému kraji doručen Platební výměr č. 3/2016 na odvod za porušení rozpočtové kázně ve výši 128.345.928,- Kč Úřadu Regionální rady regionu soudržnosti Severozápad, č.j. RRSZ 4578/2016, sp. zn. 802/2014/OŘP.

Ústecký kraj podává proti tomuto platebnímu výměru (rozhodnutí) v zákonné lhůtě dle ust. § 109 zákona č. 280/2009 Sb., daňový řád, odvolání. O odvolání je v souladu s ust. § 22 odst. 12 zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů příslušné rozhodnout Ministerstvo financí ČR, podáváno je v souladu se zákonem u Regionální rady jako orgánu (správce daně), jehož rozhodnutí odvolání napadá.

Odvolání napadá platební výměr v celém rozsahu. Důvody, v nichž je spatřována nesprávnost, či nezákonnost napadeného rozhodnutí jsou uvedeny dále.

I. K vypořádání závěrů ze správních řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

Ústecký kraj jako příjemce dotace navrhoval v řízeních vedených Úřadem regionální rady, aby byla zastavena ve smyslu ust. § 106 odst. 1 písm. d) zákona č. 280/2009 Sb., daňového řádu, které jakožto jediné vyhodnotil jako příléhavé na daný stav věci, neboť se domníval, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) ve svých rozhodnutích již porušení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, které je v platebních výměrech Ústeckému kraji vytýkáno, pravomocně vyřešil, resp. že stanovisko vyplývající z postupu ÚOHS je závazné i pro postup Úřadu regionální rady.

Je sice nesporným faktem, že předmětná řízení vedená před ÚOHS byla po vydání nepravomocných rozhodnutí ve prospěch Ústeckého kraje po podání rozkladu zastavena z důvodu zpětvzetí návrhu ze strany navrhovatele - společnosti EUROVIA CS. Formálně tedy neexistují pravomocná rozhodnutí, kterými by ÚOHS meritorně rozhodl otázku porušení ust. § 6 zákona č. 137/2006 Sb., která byla předmětem řízení předcházejících vydání platebního výměru, ve smyslu ust. § 99 odst. 1 zákona č. 280/2009 Sb., daňového řádu. ÚOHS pouze pravomocně rozhodl o zastavení řízení.

Na druhé straně však nelze zcela odhlédnout od skutečnosti, že právě ÚOHS je podle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách příslušný k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, přičemž podle ust. § 113 tohoto zákona může příslušná řízení zahájit i z vlastního podnětu. ÚOHS podle ust. § 112 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb. mimo jiné rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem č. 137/2006 Sb., či nikoliv. Je nepochybné, že pokud ÚOHS nepokračoval v řízení i po zpětvzetí návrhu ze strany EUROVIA CS z úřední povinnosti, došel bezpochyby k závěru, že není dáno porušení zákona č. 137/2006 Sb., které by odůvodňovalo pokračování v řízení z moci úřední.

ÚOHS tedy v předmětných řízeních sice nevydal meritorní rozhodnutí, kterým by pro řízení předcházející vydání platebních výměrů závazně posoudil otázku porušení zákona č. 137/2006 Sb., na druhé straně však dal svým postupem zřetelně najevo, že v postupu Ústeckého kraje neshledává porušení zákona č. 137/2006 Sb. Tento pravděpodobný a nevyslovený závěr sice nesplňuje striktně podmínky předpokládané v ust. § 99 zákona č. 280/2009 Sb., nicméně v souladu se zásadou právní jistoty by měl být nepochybně respektován i Úřadem regionální rady.

Ústecký kraj s ohledem na výše uvedené namítá, že ÚOHS jako orgán, který má primárně kompetenci posuzovat porušení zákona č. 137/2006 Sb. žádné pochybení na straně Ústeckého kraje neshledal. Vzhledem ke znění ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb. by měl tento názor ÚOHS respektovat i Úřad regionální rady. Již s ohledem na tuto skutečnost spočívá napadené rozhodnutí na nezákonném důvodu.

II. K vytýkanému porušení ust. § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách při losování

Úřad regionální rady ve svých platebních výměrech popisuje porušení zásady transparentnosti ve smyslu ust. § 6 zákona č. 137/2006 Sb., ke kterému mělo ze strany Ústeckého kraje jako zadavatele dojít v rámci úkonu losování, kterého se účastnili

kromě zástupců zadavatele rovněž zástupci zájemců a notář. Úřad regionální rady má za to, že úkon losování v daných případech nesplňoval požadavky náhodnosti, tj. vyloučení vlivu jakékoliv vůle subjektů práva (včetně zadavatele a zájemců) na výsledek provedeného losování.

Úřad regionální rady konkrétně Ústeckému kraji vytýká, že jako příjemce dotace a zadavatel nedodržel zásadu transparentnosti ve smyslu ust. § 6 zákona č. 137/2006 Sb., tím že:

- a) před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců, **neumožnil zástupci zájemce zkontrolovat losovací zařízení**
- b) před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců, **neumožnil zaměnit losovací zařízení,**
- c) **omezení počtu zájemců neprovedl řádně a způsobem vylučujícím jakékoliv pochybnosti,** neboť v podaných námitkách zájemci uvedli, že příčinou netransparentního losování byly skutečnosti, jejichž přítomnost při průběhu losování navozovala pochybnosti o správném a řádném provedení celého losování a o důvěryhodnosti celého aktu provedení losování.

Příjemce dotace jako zadavatel tímto nezákonným jednáním údajně omezil soutěž o nadlimitní veřejnou zakázku a svým postupem ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Ústecký kraj uvádí, že z ust. § 61 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb. v rozhodném znění plyne, že losování lze obecně považovat za objektivní kritérium omezení počtu zájemců, kterým bude umožněno v užším řízení podat nabídku. Losování výslovně nevylučují ani komunitární předpisy a rovněž ÚOHS ve své praxi losování připouští. **Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6.** Účastnit se losování mají právo zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.

Přípustným způsobem losování je rovněž použití osudí a losovacích lístků. Je na zadavateli, aby následně zajistil využití losovacího zařízení takovým způsobem, **aby bylo losování transparentní. Ústecký kraj k zajištění transparentnosti losování nad rámec v rozhodné době účinného znění zákona č. 137/2006 Sb. nechal o losování pořídit též notářský zápis** (zákon povinnou přítomnost notáře při losování upravil až s účinností od 15. 9. 2010). Učinil tak nad rámec zákonné úpravy maximum pro zajištění transparentnosti svého postupu.

Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu č.j. 1 Afs 45/2010-159 je zásada transparentnosti porušena 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 (férovosti) jednotlivých kroků zadavatele.

Ústecký kraj připomíná, že úprava zákona č. 137/2006 Sb. platná a účinná v době provádění losování institut omezení zájemců losem umožňovala bez stanovení dalších bližších podrobností či povinností zadavatele.

K jednotlivým dílčím závěrům Úřadu regionální rady namítá Ústecký kraj následující:

Ad a) Ústecký kraj jako zadavatel nepochybně neměl povinnost umožnit kontrolu losovacího zařízení, pokud neexistovaly ať již v rámci přípravy losování či při losování samotném obavy z ohrožení transparentnosti a férovosti losování. Za nastalého stavu by naopak umožnění kontroly jedním ze zájemců mohlo být napadáno jinými zájemci pochybujícími o manipulaci s losovacím zařízením tímto zájemcem. Notářský zápis navíc dosvědčuje, že o prohlédnutí zařízení požádal zástupce jednoho ze zájemců, zápis se poté věnuje diskuzi zájemců před losováním, nikterak nedokládá, že by dotyčná kontrola nebyla umožněna.

Ad b) Ústecký kraj jako zadavatel nepochybně neměl povinnost zaměnit losovací zařízení na základě požadavků / námitek uchazečů, pokud neexistovaly obavy z ohrožení transparentnosti a férovosti losování. Z pořízených notářských zápisů plyne, že losování proběhlo tak, že losující osoba nemohla reálně ovlivnit náhodnost losování. Použití obálky jako osudí není, rozhodne vyloučené, neboť technicky je promíchání patrně realizovatelné. Ústecký kraj uvádí, že není zřejmé, na základě čeho by mělo být losovací zařízení v podobě skleněné koule považováno za vysoce transparentní. Domněnku o vyšší míře transparentnosti losovacího zařízení nelze stavět pouze na otázce průhlednosti či neprůhlednosti či ukazateli velikosti. Je zřejmé, že jakýkoliv způsob losování může být následně zpochybňován a označen za netransparentní či neférový a za daných podmínek by se nikdy žádné losování, které zákon umožňoval, neuskutečnilo.

Ad c) Proti způsobu losování se ohradila jen menšina uchazečů. Ústecký kraj namítá, že je nedostatečné, pokud Úřad regionální rady porušení zásady transparentnosti a tedy i porušení rozpočtové kázně vyvozuje z neobjektivních tvrzení uchazečů prakticky bez jakéhokoliv dalšího odůvodnění. Ústecký kraj navíc připomíná, že pouze jeden ze zájemců podal v dané věci návrh k ÚOHS, který však následně vzal zpět, pravděpodobně tak vůbec neměl zájem na tom, aby ÚOHS přezkum provedl.

V době, kdy předseda ÚOHS projednával rozklad, podaný navrhovatelem proti prvostupňovému rozhodnutí ÚOHS, bylo běžnou praxí, že navrhovatel, pokud dospěl k názoru, že předseda rozhodnutí ÚOHS potvrdí, vzal svůj návrh zpět, aby nepřišel o kauci, kterou musel spolu s podáním návrhu složit.

Považujeme za nutné zopakovat zde závěry z prvostupňového rozhodnutí ÚOHS v předmětné věci, č. j.: ÚOHS-S146/2010/VZ-10798/2010/520/EMa, z nichž je zřejmé, že ÚOHS se právě namítanou otázkou dodržení zásady transparentnosti důkladně zabýval:

K otázce dodržení zásady transparentnosti při losování

76. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě je otázkou sporu samotný průběh losování, resp. jeho transparentnost, považuje Úřad za vhodné nejprve se obecně vyjádřit k požadavku na dodržení zásady transparentnosti zadávacího procesu, tedy i při losování.

77. Dodržování zásady transparentnosti má zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Lze konstatovat, že v rozporu s touto zásadou, a tedy i se zákonem, je jakékoliv jednání

- zadavatele, které by činilo zadávací řízení nečitelným, nekontrolovatelným nebo hůře kontrolovatelným.
78. Úřad v rámci své činnosti a při svém rozhodování vychází z podkladů, které nashromáždil v průběhu vedeného správního řízení, přičemž na základě těchto podkladů rozhoduje o případném porušení zákona. V okamžiku, kdy má Úřad k dispozici veškeré podklady potřebné k rozhodnutí v rámci daného případu, přičemž neshledá žádné porušení zákona, je pak na straně stěžovatele, aby unesl důkazní břemeno jím dokládaných pochybení.
79. V šetřeném případě vycházel Úřad při svém přezkumu z předložených podkladů dokumentujících průběh losování, tj. z notářského zápisu, protokolu o losování a souvisejících dokumentů, jejichž obsahová náplň je popsána výše v tomto rozhodnutí.
80. V daném případě nebylo žádné pochybení ze získaných podkladů zjištěno a nebyly taktéž získány žádné pochybnosti o možné manipulaci s losovacím osudím. V rámci těchto zjištění Úřad vycházel především z vyhotoveného notářského zápisu, z něhož nevyplývá jakékoliv nezákonné jednání v postupu zadavatele, které by mělo na průběh losování (resp. výběr nejvhodnější nabídky) vliv. Úřad se sice ztotožňuje s navrhovatelem v tom, že notářský zápis a přítomnost notáře nezaručuje transparentní průběh losování, neboť v notářském zápisu je pouze zaznamenán samotný průběh bez toho, aby notář do průběhu losování jakýmkoliv způsobem zasahoval. Na druhou stranu je však povinností notáře vyhotovit tento zápis tak, aby v něm byly zachyceny veškeré rozhodné skutečnosti a aby tento zápis mohl být podkladem pro další jednání a případný přezkum osvědčovaných skutkových dějů. V daném případě ze zachyceného průběhu losování nebylo shledáno, že by provedení losování nenaplňovalo zákonné požadavky z hlediska transparentnosti, a z hlediska navrhovatelem namítaných možností manipulace nebyly taktéž shledány žádné důvodné pochybnosti, které by o navrhovatelem uváděných možných porušeníh zákona svědčily.
81. K uvedenému Úřad dodává, že argumentace navrhovatele je postavena na pouhých domněnkách o případné netransparentnosti a manipulaci při provádění losování, bez toho, aby byly navrhovatelem předloženy důkazy, které by tuto manipulaci mohly prokázat. Takto postavenou argumentaci nelze než odmítnout, resp. Úřad po prošetření podkladů dokumentujících průběh losování neshledal žádné skutečnosti, které by nasvědčovaly netransparentnímu průběhu losování.
82. K odkazu navrhovatele na rozhodnutí předsedy Úřadu č. J. UOHS-R107/2009/VZ-1753/2010/310/PMo ze dne 4. 2. 2010, kde byla mj. řešena problematika transparentnosti zadávacího řízení, resp. k odkazu na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 47/2007, ve kterém soud uvedl, že zajištění toho, aby veškeré kroky prováděné v zadávacím řízení (a tedy i losování) nepůsobily netransparentně, je vždy na zadavateli příslušné veřejné zakázky, Úřad uvádí, že ve výše uvedeném případě byla řešena situace, kdy se losování účastnila hodnotící komise, kterou tvořili pouze zástupci zadavatele a zástupce zadavatelem pověřené osoby. Z dokumentace nevyplývalo, že by zadavatel umožnil účast zájemců na losování, ani způsob, jak losování proběhlo. V rozsudku soud uvedl, že losování, kterého se neúčastní kromě zadavatele nikdo jiný nebo o němž není vyhotoven

např. videozáznam, není podle rozhodnutí soudu kontrolovatelné, že protokol o průběhu losování sepsaný samotnými losujícími logicky nemůže pochybnosti o jejich řádném postupu vyvrátit, že zadavatel měl k losování přizvat všechny zájemce o danou veřejnou zakázku, jichž se losování týkalo, případně uskutečnit losování za účasti notáře. Uvedené okolnosti však v šetřené veřejné zakázce nenastaly, neboť zadavatel, jak je uvedeno výše, naplnil všechny požadavky zákona týkající se losování, k losování přizval všechny zájemce a losování uskutečnil za účasti notáře.

83. K rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 166/2005, kterým navrhovatel rovněž argumentuje, Úřad uvádí, že v uvedeném rozsudku byla řešena otázka transparentnosti jednacího řízení s uveřejněním a soud se zabýval možnostmi modifikace ceny v rámci jednání s uchazeči. Soud konstatoval, že "pokud jde o námitku netransparentnosti zadavatelova postupu (a tím i zadávacího řízení), tu by bylo třeba považovat za důvodnou tehdy, pokud by v zadavatelově postupu byly 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". Úřad uvádí, že se ztotožňuje s výše uvedeným konstatováním soudu, ale v této souvislosti považuje za nutné uvést, že soud se, jak je výše uvedeno, vyslovoval k transparentnosti jednacího řízení s uveřejněním a v rozsudku dále uvedl, že "z protokolů o jednání s jednotlivými uchazeči vyplývá, že k modifikaci jejich původních nabídek v otázce ceny došlo vždy v bezprostřední reakci na zadavatelem položený dotaz, zda při jejich tvorbě vycházeli z předpokladu, že plnění bude z podstatné části (z 99 %) poskytováno v rámci tuzemské jurisdikce. Zadavatelův dotaz přitom soud nehodnotí tak, že by jím došlo ke změně zadávacích podmínek. Někteří uchazeči reagovali tak, že tento aspekt zvažovali, někteří v bezprostřední reakci na tento dotaz buď přímo modifikovali cenu, případně prohlásili, že ji budou modifikovat po jednání a její modifikaci zadavateli sdělí. V takovém postupu zadavatele soud žádný ze shora vyjmenovaných prvků neshledává". Úřad k uvedenému dodává, že o průběhu losování v šetřené veřejné zakázce, který je zdokumentovaný zejména notářským zápisem a protokolem o losování, nelze konstatovat, že by vykazoval znaky nekontrolovatelnosti, nepřehlednosti či nepřehlednosti.
84. Úřad dále uvádí, že ze skutečností, že zadavatel neumožnil kontrolu losovacího zařízení, losovacích lístků a nepřipustil losování v jiném losovacím zařízení, nelze automaticky dovozovat, že by takové jednání zadavatele zakládalo netransparentnost losování. V daném případě se losování účastnilo 14 zástupců zájemců, z nichž pouze zástupci EUROVIA Brno, s. r. o., EUROVIA CS, a. s., a Viamont DSP a. s. vznesli, jak vyplývá z notářského zápisu a z protokolu o losování, připomínky k průběhu losování.
85. K prostředkům použitým k losování, tedy k obálce s výstelkou a ke kartičkám, se kterými bylo losováno, Úřad uvádí, že tyto losovací prostředky nelze samy o sobě považovat za nevhodné či znemožňující náhodný výběr, ale jejich použití je třeba posuzovat v kontextu s průběhem losování. Jak je uvedeno výše, průběh losování nevykazoval prvky netransparentnosti, kartičky byly před i po losování zkontrolovány, obálkou bylo zatřepáno a administrátor losoval zájemce v rychlém

sledu. Netransparentnost losování, resp. nevhodnost losovacích prostředků, není možné posuzovat podle velikosti kartiček či neprůhlednosti nebo průhlednosti losovacího osudí, resp. obálky.

86. K další argumentaci navrhovatele, a to, že se okruh zájemců vylosovaných v rámci šetřené veřejné zakázky a ve veřejné zakázce ev. č. 60040766 prolíná, Úřad uvádí, že v šetřené veřejné zakázce byli podle protokolu o losování ze dne 16. 3. 2010 vylosováni následující zájemci:

- SILNICE ŽÁČEK s. r. o., IČ 44569432, Antonína Sovy 965, 470 01 Česká Lípa,
- Sdružení HERKUL a VHS – Podbořany, IČ 25004638, Rybná 682/14, 110 01 Praha 1,
- EDIKT a. s., IČ 25172328, Rudolfovska 461/95, 370 01 České Budějovice,
- Metrostav a. s., divize 4, IČ 00014915, U Elektry 830/2b, 198 00 Praha 9,
- OHL ŽS, a. s., IČ 46342796, Burešova 938/17, 660 02 Brno. 87.

87. Ve veřejné zakázce ev. č. 60040766 byli podle protokolu o losování ze dne 15. 3. 2010 vylosováni následující zájemci:

- EDIKT a. s., IČ 25172328, Rudolfovska 461/95, 370 01 České Budějovice,
- Algon, a. s., IČ 28420403, Čsl. Armády 19, 253 01 Hostivice, Č. j.: ÚOHS-S146/2010/VZ-10798/2010/520/EMa 17
- Sdružení Louny – Ročov – hr. Kraje SG AZ, IČ 62242105, Václavské nám. 802/56, 110 00 Praha 1,
- M – SILNICE a. s., IČ 42196868, Husova 1697, 530 03 Pardubice,
- GEOSAN GROUP a. s., IČ 25671464, U Nemocnice 430, 280 02 Kolín. 88.

88. Jak vyplývá z výše uvedených vylosovaných zájemců v šetřené veřejné zakázce a ve veřejné zakázce ev. č. 60040766, byl v obou uvedených veřejných zakázkách vylosován pouze jediný totožný zájemce a nelze proto přisvědčit tvrzení navrhovatele, že by se okruh vylosovaných zájemců prolínal.

95. Vzhledem ke všem výše uvedeným skutečnostem Úřad uzavírá, že rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení bylo učiněno v souladu se zákonem a Úřad neshledal v postupu zadavatele pochybení, které by mělo podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, a proto rozhodl o zamítnutí návrhu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Ve světle shora uvedeného se Ústecký kraj nedomnívá, že by proces losování v daném případě vzbuzoval pochybnosti o férovosti průběhu losování, i kdyby k žádné manipulaci nedošlo, jak vyplývá například z rozsudku Nejvyššího správního soudu ČR č.j. 7 Afs 31/2012-59. Z notářských zápisů ani z dalších podkladů totiž nevyplynají takové skutkové okolnosti, které by zpochybňovaly férovost losování.

Ústecký kraj zásadně namítá, že závěry Úřadu regionální rady o netransparentnosti losování jsou pouhými spekulacemi bez náležitého podkladu a odůvodnění. Z notářského zápisu Mgr. Jarmily Buršíkové NZ 67/2010 sice vyplývá, že někteří uchazeči vznášeli námítky / připomínky ke způsobu losování a jeho průběhu, nicméně rozhodně se nejedná o důkaz, že zadavatel postupoval netransparentně a že

zájemcům nebyla (navíc nad rámec v rozhodné době účinného znění zákona) umožněna kontrola prostředků určených k losování.¹

Rozhodné je, že z notářských zápisů nikterak nevyplývá, že by měl kdokoliv možnost vyloučit náhodnost losování. Právě notářské zápisy, resp. přítomnost notáře při losování, je nutné považovat za záruku transparentnosti losování, a to přestože se nejedná o nevyvratitelný důkaz transparentnosti; opak však prokázán nebyl. Úřad regionální rady naopak nemůže nekriticky vycházet ze subjektivního hodnocení losování zájemci, aniž se objektivně zabýval povahou požitého způsobu losování a možnostmi jeho zmanipulování. Absence uvedení důvodů činí platební výměry nepřezkoumatelnými.

Odkaz na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, sp. zn. 1 Afs 45/2010 není vůbec přiléhavý, když v dané kauze, která se proslavila jako takzv. „karlovarská losovačka“, šlo o flagrantní porušení zákona, zásady transparentnosti, manipulativní jednání losovatele. Postavit rozhodnutí v daném případě na jednom zásadním rozsudku z minulosti, na domněnkách, bez řádného ověření skutkového stavu věci, všech okolností při losování, tak nemůže obstát.

Ústecký kraj taktéž odkazuje na všechna svá dřívější podání včetně stanoviska auditované osoby ze dne 1. 9. 2014.

S ohledem na výše uvedené Ústecký kraj namítá, že Úřad regionální rady dovozuje existenci povinností zadavatele při losování, které nelze dovodit ze zákona a které rozhodně nejsou nutnou podmínkou transparentního a férového losování. Rozhodnutí je tak nezákonné.

III. K výši uloženého odvodu

Úřad regionální rady údajnou netransparentnost při losování hodnotí **jako velmi závažné porušení podmínek poskytnutí dotace**, v důsledku čehož při aplikaci Externího pokynu č. 67 a Rozhodnutí Evropské komise C (2013) 9527 ze dne 19. 12. 2013 (dále také „Rozhodnutí komise“) v aktuálním znění, kterým se stanoví a schvalují pokyny ke stanovení finančních oprav, jež má Komise provést u výdajů financovaných Unii v rámci sdíleného řízení v případě nedodržení pravidel pro zadávání veřejných zakázek - kap. 2.2., číslo 16 Hodnocení nabídek, dochází nesprávnému závěru o nutnosti **uložit finanční opravu ve výši 25% částky použité při financování veřejné zakázky, bez využití možnosti jejího snížení na 10 % nebo 5%.**

Úřad regionální rady nikterak podrobněji neodůvodňuje, z jakých důvodů považuje Ústeckému kraji vytýkanou netransparentnost za velmi závažné porušení podmínek dotace. Navíc je výše opravy dovozována z nepřiléhavých ustanovení shora uvedeného rozhodnutí komise EU a uvedeného metodického pokynu, které míří již na fázi hodnocení nabídek zájemců, nikoliv na fázi zúžení jejich počtu. Vzhledem k absenci odůvodnění výše odvodu je výrok o výši odvodu dle platebních výměrů nepřezkoumatelný a tedy nezákonný.

¹ Naopak je zřejmé, že tato kontrola proběhla, když je z notářského zápisu zřejmé, že zájemci namítali nevhodnost použité obálky a způsobu losování.

Ústecký kraj má navíc za to, že i pokud by odvolací orgán dovodil jistou netransparentnost losování v předmětných zadávacích řízeních, nelze dojít k závěru, že se jednalo o takové porušení ust. § 6 zákona č. 137/2006 Sb., které by bylo možné kvalifikovat jako velmi závažné. Je totiž zřejmé, že zadavatel se snažil přítomností zástupců účastníků a notáře zajistit maximální transparentnost a férovost, přičemž při absenci konkrétní zákonné úpravy je mu možné jen těžko vytýkat zvolený způsob losování, respektive „typ“ losovacího zařízení, navíc za situace, kdy notářka v notářském zápise popisem průběhu losování jednoznačně potvrdila, že základní zákonná podmínka, tedy náhodný výběr uchazečů, byla splněna, a většina uchazečů zvolený způsob losování akceptovala. Férovost losování jistě nelze zaměnit za nutnost vyhovět jakýmkoliv námitkám uchazečů. Lze se tedy domnívat, že závažnost porušení zákona č. 137/2006 Sb. by měla být hodnocena jako marginální, což by mělo být zohledněno při určení výše odvodu, jak je konstatováno i v relevantních rozsudcích Nejvyššího správního soudu (č.j. 2 Afs 49/2013 – 34) a jak předpokládá rovněž Rozhodnutí komise. Zásadně by měl být posouzen dopad případně hodnoceného pochybení na realizaci příslušného projektu a účel využití dotace. Platební výměr by měl být změněn tak, že dojde k výraznému snížení uloženého odvodu.

Ústecký kraj namítá, že výrok o výši odvodu je nepřezkoumatelný a nezákonný. I v případě, že by byl učiněn závěr, že k porušení zásady transparentnosti došlo, jedná se o pochybení, které nemělo vliv na výběr nevhodnější nabídky (hospodářskou soutěž, transparentnost a rovnost)², navíc zájemci, kteří se obrátili na ÚOHS nebyli v prvním stupni úspěšní a posléze raději vzali své návrhy zpět.

S ohledem na výše uvedené důvody, na skutečnost, že platební výměr není vydán v souladu s právními předpisy, s ohledem na nedostatek odůvodnění výroku platebního výměru, které ho činí nepřezkoumatelným, Ústecký kraj navrhuje aby:

napadený platební výměr byl zrušen a řízení bylo zastaveno

ev. napadený platební výměr byl změněn.



² Srov. čl. 1.3. Rozhodnutí komise: „Závažnost nesrovnalosti týkající se nedodržení pravidel o zadávání veřejných zakázek a související finanční dopad na rozpočet Unie se posuzuje s ohledem na následující faktory: úroveň hospodářské soutěže, transparentnost a rovné zacházení. Má-li dotčené nedodržení pravidel odrazující účinek na potenciální uchazeče nebo vede-li toto nedodržení k zadání zakázky jinému uchazeči, než kterému měla být zadána, je to silný ukazatel, že jde o nesrovnalost závažnou. Je-li nesrovnalost pouze formální povahy bez skutečného nebo potenciálního finančního dopadu, nebude provedena žádná oprava. Vyskytne-li se v jednom výběrovém řízení více nesrovnalostí, sazby oprav se nescítají, ale zohlední se při rozhodování o sazbě opravy (5 %, 10 %, 25 % nebo 100 %) nejzávažnější nesrovnalost.“