

Č. j.: 2R 35/04 – Hr

V Brně dne 20. září 2004

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 28.5.2004 a doplněném dne 7.6.2004 Vojenskou nemocnicí Brno, se sídlem Zábřdovická 3, 636 00 Brno, zast. ředitelem pplk. MUDr. Mariánem Harničářem, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30.4.2004 č. j. VZ/S33/04-152/1971/04-Kr, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Vojenské nemocnice Brno, se sídlem Zábřdovická 3, 636 00 Brno, učiněných při zadání veřejné zakázky na dodávku díla

- realizace stavby dle zadavatelem předané projektové dokumentace včetně dodávky technologických zařízení („JIP neurologie“),
- realizace stavebních úprav dle zadavatelem předané projektové dokumentace včetně dodávky technologických zařízení („Modernizace ústavní kuchyně“),
- realizace stavby dle zadavatelem předané projektové dokumentace na pozemku VN Brno („Rozšíření parkoviště v areálu VN Brno“),
- realizace stavebních úprav pro zabudování zařízení kožního oddělení včetně dodávky technologie („Kabina pro léčebné ozařování v oblasti ultrafialového spektra“),

formou výzvy ze dne 14.6.2002 více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle ustanovení § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb. a zákona č. 211/2002 Sb., jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S33/04-152/1971/04-Kr ze dne 30.4.2004

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

Na základě podnětu od Policie ČR, který Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel dne 29.1.2004, si vyžádal od Vojenské nemocnice Brno, se sídlem Zábřdovická 3, 636 00 Brno, zast. ředitelem pplk. MUDr. Mariánem Harničářem (dále jen „zadavatel“) dokumentaci o zadání veřejné zakázky na dodávku díla

- realizace stavby dle zadavatelem předané projektové dokumentace včetně dodávky technologických zařízení („JIP neurologie“),
- realizace stavebních úprav dle zadavatelem předané projektové dokumentace včetně dodávky technologických zařízení („Modernizace ústavní kuchyně“),
- realizace stavby dle zadavatelem předané projektové dokumentace na pozemku VN Brno („Rozšíření parkoviště v areálu VN Brno“),
- realizace stavebních úprav pro zabudování zařízení kožního oddělení včetně dodávky technologie („Kabina pro léčebné ozařování v oblasti ultrafialového spektra“),

formou výzvy ze dne 14.6.2002 více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle ustanovení § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb. a zákona č. 211/2002 Sb. (dál jen „zákon“). Protože po přezkoumání předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele učiněných při zadání předmětné veřejné zakázky, zahájil ve věci správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako jediného účastníka správního řízení označil zadavatele. Oznámení o zahájení správního řízení obdržel zadavatel dne 1.3.2004 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

V oznámení o zahájení správního řízení Úřad mimo jiné uvádí, že jak zjistil z předložené dokumentace a předmětného podnětu, zadavatel vyzval dva zájemce o veřejnou zakázku, kteří měli shodné společníky. Úřad žádá zadavatele o vysvětlení a předložení dokladů, ze kterých by vyplývalo, na základě jakých informací a úvah bylo vybráno pět oslovených zájemců, a také z jakého důvodu byli vybráni zájemci se shodnými společníky. Úřad dále konstatoval, že u uchazeče DEKORINT spol. s r. o., se sídlem Rumiště 8, 602 00 Brno, zast. jednatelem Jurajem Horňákem a Andreou Kupskou (dále jen „DEKORINT“), jehož nabídka byla zadavatelem vybrána jako nejvhodnější, výpis z Rejstříku trestů předložený odpovědným zástupcem uchazeče Milanem Bočkem k prokázání kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 2b odst. 1 písm. d) zákona, neodpovídá požadavku ustanovení § 2c odst. 2 písm. b) zákona z hlediska jeho maximálního stáří.

Zadavatel se k zahájení správního řízení vyjádřil dne 10.3.2004 a mimo jiné uvádí, že vyzval v souladu s ustanovením § 49 odst. 1 zákona pět nahodile vybraných subjektů poskytujících živnost provádění staveb. Současně zadavatel konstatuje, že zákon nestanoví procesní pravidla pro výběr zájemců o veřejnou zakázku, stejně jako ze zákona neplyne povinnost zadavatele zkoumat společníky nebo jednatele jednotlivých zájemců, což také zadavatel nečinil. Pokud došlo k určitému zdvojení osob společníků, jde dle vyjádření zadavatele o okolnost zcela nahodilou. Personální propojení uchazeče DEKORINT a společnosti LEKOSS CZ, spol. s r. o., Brno, by bylo zkoumáno i ve vztahu k ustanovení § 9 odst. 2 zákona pouze v případě, kdyby druhá ze jmenovaných společností podala nabídku, což se však nestalo. K pochybení při prokazování kvalifikačních předpokladů uchazečem DEKORINT před podpisem smlouvy o dílo na plnění předmětu veřejné zakázky zadavatel

pouze uvádí, že došlo k lidské chybě v posuzování předloženého výpisu z Rejstříku trestů, když byl přehlédnut rok jeho vystavení (zadavatel měl za to, že se jedná o rok 2002, nikoliv o rok 2001).

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 30.4.2004 rozhodnutí č. j. VZ/S33/04-152/1971/04-Kr, kterým v postupu zadavatele konstatoval závažné porušení ustanovení § 3 v návaznosti na § 49 odst. 1 zákona tím, že uzavřel smlouvu o dílo, aniž pro to byly splněny stanovené podmínky, a dále závažné porušení ustanovení § 49 odst. 9 v návaznosti na § 2a odst. 2 písm. d) a § 2e zákona, neboť z další účasti na veřejné zakázce zadavatel nevyločil uchazeče DEKORINT, který před podpisem smlouvy neprokázal kvalifikační předpoklady podle § 2c odst. 2 písm. d) zákona a uzavřel s ním smlouvu o plnění veřejné zakázky. Za zjištěná závažná porušení zákona uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 30 000,- Kč.

V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že zadavatel sice vyzval pět zájemců o veřejnou zakázku, ale dva z těchto vyzvaných zájemců – uchazeč DEKORINT a společnost LEKOSS CZ, spol. s r. o., Brno, měli shodné společníky Andreu Kupskou a Juraje Hornáka. Tito zájemci tedy vůči sobě nejsou v ekonomicky nezávislém postavení, a proto ve své podstatě jednají pouze jako jeden zájemce o veřejnou zakázku. Zadavatel tak dle názoru Úřadu fakticky vyzval pouze čtyři zájemce o veřejnou zakázku, čímž závažně porušil ustanovení § 3 v návaznosti na ustanovení § 49 odst. 1 zákona. Úřad dále zjistil, že vybraný uchazeč DEKORINT prokazoval splnění kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 2b odst. 1 písm. d) zákona výpisem z Rejstříku trestů odpovědného zástupce uchazeče Milana Bočka, který neodpovídal požadavku ustanovení § 2c odst. 2 písm. b) zákona z hlediska jeho maximálního stáří šesti měsíců, neboť smlouva byla uzavřena dne 10.8.2002 a předmětný výpis byl vyhotoven dne 28.2.2001.

Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 28.5.2004 rozklad, který následně dopisem ze dne 3.6.2004 doplnil a uvádí v něm, že v souladu s ustanovením § 49 odst. 1 zákona učinil při zadání veřejné zakázky písemnou výzvu pěti zájemcům, přičemž se jednalo o pět osob plně odpovídajících ustanovení § 2 písm. c) odst. 5. zákona, tedy osob poskytujících živnost provádění staveb. Zákon dle názoru zadavatele nestanoví procesní pravidla pro výběr zájemců o veřejnou zakázku a zadavatel neměl zákonnou povinnost zkoumat společníky nebo jednatele jednotlivých zájemců. Tato skutečnost nebyla posuzována ani v rámci posuzování nabídek, protože zájemce LEKOSS CZ, spol. s r. o., nabídku nepředložil. Zadavatel připomíná, že vyzvanému zájemci nevzniká povinnost předložit nabídku a předložení nabídky na veřejnou zakázku je zcela mimo vůli zadavatele. Druhé konstátované porušení zákona zadavatel uznává, avšak domnívá se, že jej nelze považovat za závažné porušení zákona. Úřad dle jeho názoru přezkoumal případ pouze stroze podle znění zákona (tedy zda byl nebo nebyl předložen řádný doklad) bez toho, aby nad rámec zákona zkoumal, zda odpovědná osoba uchazeče DEKORINT byla či nebyla v době zadání veřejné zakázky pravomocně odsouzena, a zda tedy uchazeč splnil či nesplnil podmínku zákona pro uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky. Zadavatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v první části zrušil a v druhé části překvalifikoval definici závažného porušení zákona na porušení zákona. Současně žádá, aby předseda Úřadu rozhodl o tom, že uložení pokuty se v celém rozsahu ruší.

Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí

přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:

Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S33/04-152/1971/04-Kr ze dne 30.4.2004 uložil zadavateli za zjištěná závažná porušení zákona pokutu ve výši 30 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí se plně ztotožňuji.

K argumentaci zadavatele uvádím následující:

Zadavatel ve svém rozkladu vyjadřuje přesvědčení, že splnil svou povinnost podle ustanovení § 49 odst. 1 zákona, když vyzval pět osob poskytujících živnost provádění staveb, a tedy potenciálních zájemců o veřejnou zakázku, přičemž nebylo jeho povinností zkoumat, zda jednotlivé právnické osoby mají či nemají shodné společníky či další osoby.

S tvrzením zadavatele se nelze ztotožnit. Jak vyplývá ze zápisu v Obchodním rejstříku, společnost LEKOSS CZ, spol. s r. o. (nyní NEW BEAUTY, spol. s r. o.), neměla v době, kdy ji jako jednoho z pěti zájemců o veřejnou zakázku vyzval zadavatel k podání nabídky, tedy ke dni 14.6.2002, živnostenské oprávnění k „provádění staveb“, ani jemu podobné, když disponovala pouze živnostenským oprávněním „koupě zboží za účelem jeho dalšího prodeje a prodej“ a „zprostředkovatelská činnost“. Z uvedeného je zřejmé, že se v případě této společnosti nejednalo o zájemce, který „přichází v úvahu k plnění veřejné zakázky“, jak to mimo jiné ukládá zákonná definice zájemce o veřejnou zakázku, obsažená v ustanovení § 3 písm. c) bod 5. zákona. Zadavatel tímto postupem, kdy vyzval osobu, která nebyla způsobilá k realizaci předmětu plnění veřejné zakázky, a tedy nedodržel minimální počet pěti vyzvaných zájemců o veřejnou zakázku, postupoval v rozporu se zákonem. Úřad proto správně v napadeném rozhodnutí konstatoval závažné porušení ustanovení § 49 odst. 1 zákona.

Pro úplnost pak dále uvádím, že zadavatelem vyzvaná společnost LEKOSS CZ, spol. s r. o., měla shodné společníky s dalším zadavatelem vyzvaným subjektem – uchazečem DEKORINT. Zadavatel tuto skutečnost ve svém rozkladu nepopírá. Obě právnické osoby tak tvořily personální unii, která je fakticky pouze jediným subjektem, a proto na obě vyzvané společnosti nelze pohlížet jako na samostatné a ekonomicky vzájemně nezávislé subjekty, které by se na trhu mohly chovat konkurenčně například tak, že podají vzájemně si konkurující nabídky na jednu veřejnou zakázku. Zadavatel tak v rozporu se zákonem svým postupem nezajistil volnou soutěž všech potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, která je při použití zadání výzvou podle ustanovení § 49 odst. 1 zákona již ze zákona částečně omezena na minimální počet pěti zájemců. Proto je nutné u tohoto způsobu zadání veřejné zakázky klást zvýšený důraz na zachování všech zákonných podmínek, neboť jen transparentní a nediskriminační konkurenční prostředí je zárukou co nejchopitelnějšího vynakládání veřejných prostředků. K argumentaci zadavatele, že nebylo jeho povinností zkoumat společníky vyzvaných subjektů uvádím, že za správný a zákonný průběh zadání veřejné zakázky odpovídá pouze zadavatel, který tedy musí učinit veškeré úkony, aby tento bezchybný průběh zajistil a nemůže spoléhat například na součinnost vyzvaných subjektů a na to, že jej na jeho pochybení upozorní.

K neprokázání kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem před podpisem smlouvy v souladu s ustanovením § 2c odst. 2 písm. b) zákona zadavatel doslova uvádí, že tuto chybu lidského faktoru uznává, avšak domnívá, se, že toto nelze hodnotit jako závažné

porušení zákona, když vytýká Úřadu, že nezjišťoval, zda příslušná osoba v době podání nabídky uchazeče DEKORINT byla pravomocně odsouzena a tedy zda mohla či nemohla příslušné listiny (výpis z Rejstříku trestů ne starší než šest měsíců) v souladu se zákonem předložit.

K tomu uvádím, že dle ustanovení § 2c odst. 2 písm. b) zákona uchazeč, se kterým má být uzavřena smlouva, předloží mimo jiné výpis z Rejstříku trestů ne starší než šest měsíců. V šetřeném případě byla smlouva s vybraným uchazečem DEKORINT uzavřena dne 10.8.2002 a předmětný výpis, který uchazeč DEKORINT před podpisem smlouvy předložil, byl vyhotoven dne 28.2.2001. Zákonem požadované stáří předmětného dokumentu tak zjevně dodrženo nebylo, přičemž zadavatel tuto skutečnost nepopírá. V souladu s ustanovením § 2e zákona je zadavatel povinen vyloučit neprodleně toho uchazeče, který neprokáže kvalifikační předpoklady. Zadavatel však přesto uchazeče, který neprokázal kvalifikační předpoklady jak výše popsáno, nevyloučil z další účasti v soutěži, a Úřad proto správně konstatoval porušení zákona.

Úkolem Úřadu jako orgánu dohledu podle ustanovení § 51 zákona není přezkoumávat, zda uchazeč DEKORINT v určitém časovém období reálně mohl či nemohl vyhovět požadavkům zákona a prokázat splnění kvalifikačních předpokladů, ale pouze přezkoumat, zda byla v každém stádiu zadání veřejné zakázky zachována zákonná forma a tím i transparentní a nediskriminační průběh zadávání. I podle ustálené judikatury Vrchního i Nejvyššího správního soudu je totiž mimo jiné „třeba mít při výkladu tohoto zákona na mysli účel, jemuž zákon slouží a jak byl vyjádřen i v důvodové zprávě Vlády České republiky, totiž vytvoření podmínek pro zabezpečení průhlednosti postupu zadávání s vyloučením diskriminace, protekce a s minimalizací možnosti pletich či korupce. Obdobně je trvale kladen důraz na formálnost postupů, které zákon ovládají a které musí dodržovat všechny osoby a instituce, jež podle tohoto zákona postupují, a to stejnou měrou, ať již jsou v pozici zadavatele či uchazeče“ (např. rozsudky Vrchního soudu v Olomouci 2A 10/2001 a Nejvyššího správního soudu 2A7/2002, a podobně).

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Vojenská nemocnice Brno, se sídlem Zábřdovická 33, 636 00 Brno, zast. pplk. MUDr. Mariánem Harničářem,
2. spis.