

Rozhodnutí nabylo právní moci 15.11.2005

Č. j. VZ/S165/05-152/4665/05-AB

V Brně dne 26. října 2005

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 14.9.2005 z vlastního podnětu podle § 57 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., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb., ve věci přezkoumávání rozhodnutí a úkonů zadavatele, města Orlová, Osvobození 796, 735 14 Orlová-Lutyně, zastoupeného starostou JUDr. Vladimírem Faranou, učiněných při zadávání veřejné zakázky „Provádění údržby lesoparku Orlová-Lutyně“, zadané dle § 49 odst. 1 cit. zákona o zadávání veřejných zakázek výzvou ze dne 26.4.2004 učiněnou pěti zájemcům o veřejnou zakázku, **rozhodl takto:**

Zadavatel město Orlová, Osvobození 796, 735 14 Orlová-Lutyně, při zadávání veřejné zakázky „Provádění údržby lesoparku Orlová-Lutyně“ závažně porušil ustanovení § 49 odst. 9 citovaného zákona v návaznosti na ustanovení § 2e citovaného zákona a ustanovení § 2a odst. 2 písm. d) téhož zákona tím, že nevyloučil uchazeče TALPA-zahradnické služby, s. r. o., U Hájenky 325, 735 14 Orlová-Lutyně, který neprokázal v nabídce splnění kvalifikačního předpokladu dle ustanovení § 2b odst. 1 písm. a) citovaného zákona, a dále před uzavřením smlouvy o dílo č. 465/2004 ze dne 26.7.2004 neprokázal splnění kvalifikačního předpokladu dle § 2b odst. 1 písm. d) citovaného zákona předložením výpisu z Rejstříku trestů ne starším než šest měsíců.

Za zjištěné závažné porušení zákona o zadávání veřejných zakázek se zadavateli – městu Orlová, Osvobození 796, 735 14 Orlová-Lutyně – podle § 62 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., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb., **ukládá** pokuta ve výši 10 000,-- Kč (deset tisíc korun českých). Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754 – 24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 1650515001.

O d ů v o d n ě n í

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), který je orgánem dohledu nad dodržováním zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), při kontrole postupu zadavatele, města Orlová, Osvobození 796, 735 14 Orlová-Lutyně, podle zákona č. 552/1991 Sb., o státní kontrole, ve znění pozdějších předpisů, (kontrolní protokol ze dne 23.6.2005 zn. 2810/05-151-jl) získal pochybnosti o souladu úkonů a postupů zadavatele se zákonem při zadání veřejné zakázky „Provádění údržby lesoparku Orlová-Lutyně“ dle § 49 odst. 1 zákona výzvou ze dne 26.4.2004 učiněnou pěti zájemcům o veřejnou zakázku.

Orgán dohledu zadavateli, jako jedinému účastníku řízení, oznámil zahájení správního řízení z vlastního podnětu, přičemž ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi (dopisem č. j. VZ/S165/05-152/4111/05-AB ze dne 13. 9. 2005) a poskytl zadavateli lhůtu se k těmto skutečnostem ve smyslu ustanovení § 33 zákona č. 33/1967 Sb. o správním řízení, ve znění pozdějších předpisů, vyjádřit. Zadavatel obdržel oznámení o zahájení správního řízení dne 14. 9. 2005 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

V citovaném oznámení o zahájení správního řízení orgán dohledu uvedl následující skutečnosti.

Podle § 49 odst. 1 zákona zadavatel zaslal pěti zájemcům výzvu k podání nabídky na dodávku služeb týkajících se předmětné veřejné zakázky, a to dopisem ze dne 26.4.2004. Nabídku podali dva uchazeči, a to společnost TALPA-zahradnické služby, s. r. o., U Hájenky 325, 735 14 Orlová-Lutyně (dále jen „TALPA“), a podnikatel Ing. Lech Rzeszut, místo podnikání Osvobození 974, 735 14 Orlová-Lutyně (dále jen „Ing. Rzeszut“).

Po provedeném hodnocení byla vybrána jako nejvýhodnější nabídka uchazeče TALPA. Se jmenovaným uchazečem zadavatel uzavřel dne 26.7.2004 smlouvu o dílo č. 465/2004 na neurčitou dobu. Cena předmětu plnění na období jednoho roku je ve smlouvě stanovena ve výši 1.632 112,- Kč bez DPH (cena s DPH činí 1.942 213,- Kč).

Ve výzvě k podání nabídky ze dne 26.4.2004 v části II. Podmínky soutěže, v bodě 3) Požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů uchazeče, zadavatel požadoval mimo jiné v nabídkách doložit „doklad o oprávnění podnikat (živnostenský list) a výpis z obchodního rejstříku, je-li v tomto rejstříku uchazeč zapsán“.

Nabídka jmenovaného uchazeče obsahuje k prokázání kvalifikačního předpokladu dle § 2 odst. 1 písm. a) citovaného zákona pouze výpis z obchodního rejstříku ze dne 19.5.2004. Jako reakci na rozhodnutí o námitkách proti protokolu o kontrole ve smyslu zákona č. 552/1992 Sb., o státní kontrole, ve znění pozdějších předpisů, zadavatel doložil orgánu dohledu ověřenou kopii živnostenského listu uchazeče TALPA, který nebyl doložen v nabídce ze dne 31.5.2004. Datum vidimace na přiložené listině (kopie živnostenského listu) je 10.8.2005.

Zadavatel v příloze dopisu ze dne 29.8.2005 zn. OMKS/71964-05/133-05/GRE dodatečně doložil výpis z evidence Rejstříku trestů, týkající se uchazeče TALPA (jednatelky firmy). Tento výpis z evidence Rejstříku trestů byl pořízen až dne 16.8.2005.

Účastník správního řízení se vyjádřil ke skutečnostem, které jsou podkladem pro rozhodnutí, a to dopisem ze dne 20.9.2005, který orgán dohledu obdržel dne 22.9.2005. Zadavatel sdělil, že nedostatek chybějících kvalifikačních dokladů zhojil tím, že si tyto doklady od výše uvedeného vítězného uchazeče dodatečně vyžádal a orgánu dohledu dodatečně doložil.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 96 a následujících ustanovení zákona případ ve všech souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky, vyjádření zadavatele, dodatečně zadavatelem doložených dokladů, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel závažně porušil zákon tím, že při posouzení nabídek z hlediska splnění kvalifikace nepostupoval podle zákona.

Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

Jak vyplývá z ustanovení § 2a odst. 2 písm. b) a písm. d) zákona, zadavatel zjišťuje kvalifikaci uchazečů při posuzování nabídek a před uzavřením smlouvy. V ustanovení § 2b a § 2c zákona je stanoveno, které kvalifikační doklady je uchazeč povinen předložit a jakým způsobem se kvalifikace prokazuje. V ustanovení § 49 odst. 9 zákona je stanoven postup zadavatele, jestliže nabídka uchazeče nespĺňuje požadavky na kvalifikaci podle § 2c zákona v návaznosti na další požadavky stanovené v zadání nebo v zadávací dokumentaci. Neprokáže-li uchazeč některý z kvalifikačních předpokladů nebo nesplní-li další požadavky stanovené zadavatelem, zadavatel ho z další účasti na veřejné zakázce vyloučí. Rozhodnutí o vyloučení uchazeče z další účasti na veřejné zakázce je zadavatel povinen oznámit bezodkladně příslušnému uchazeči.

Podle § 2b odst. 1 písm. a) zákona uchazeč splňuje kvalifikační předpoklady, jestliže má příslušné oprávnění k podnikání, je-li zvláštními předpisy stanoveno.

Podle § 2c odst. 1 zákona uchazeč, se kterým má být uzavřena smlouva prokáže kvalifikační předpoklady podle § 2b odst. 1 písm. d) cit. zákona, že nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání uchazeče, nebo pro trestný čin hospodářský nebo trestný čin proti majetku, výpisem z evidence Rejstříku trestů ne starším než 6 měsíců.

Ustanovení § 2e cit. zákona upravuje důsledky nesplnění kvalifikačních předpokladů a ukládá zadavateli povinnost vyloučit z účasti ve veřejné zakázce uchazeče, který neprokázal některý z kvalifikačních předpokladů.

Z předložených materiálů je zřejmé, že zadavatel při posouzení kvalifikace uchazečů nepostupoval v souladu se zákonem, když nevyločil uchazeče TALPA, který podle § 2b odst. 1 písm. a) zákona v nabídce nedoložil příslušné oprávnění k podnikání a spokojil se pouze s předloženým výpisem z obchodního rejstříku, neboť se domníval, „že doložení výpisu z obchodního rejstříku je pro prokázání kvalifikace dostačující“. Dále bylo podle kontrolního protokolu ze dne 23.6.2005 zn. 2810/05-151-jl a dle dokumentace o zadávání veřejné zakázky zjištěno, že před uzavřením smlouvy o dílo ze dne 26.7.2004 s uchazečem TALPA, jehož nabídka byla vybrána jako nejvýhodnější, nebyly prokázány kvalifikační předpoklady ve smyslu ustanovení § 2c odst. 1 písm. b) zákona, neboť uchazeč TALPA nepředložil žádný výpis jednatelky společnosti z evidence Rejstříku trestů. Dodatečně zadavatelem zasláný výpis jednatelky společnosti Terezie Taťákové z evidence Rejstříku

trestů vyhotovený dne 16.8.2005 nenasvědčuje skutečnosti, že tento doklad byl předložen zadavateli před uzavřením smlouvy o dílo ze dne 26.7.2004.

Tím, že zadavatel nepostupoval při posouzení nabídek z hlediska prokázání kvalifikačních předpokladů v souladu se zákonem, přestože mu to zákon ukládá, závažně porušil ustanovení § 49 odst. 9 citovaného zákona, a dále ustanovení § 2e citovaného zákona v návaznosti na ustanovení § 2a odst. 2 písm. d) citovaného zákona.

Vzhledem ke zjištěnému závažnému porušení zákona a s přihlédnutím k tomu, že plnění veřejné zakázky bylo již realizováno, nelze dosáhnout provedení nápravy tak, že by zadavateli bylo uloženo nové zadání veřejné zakázky, jelikož fakticky nelze ukládat plnění, která jsou neproveditelná. Výše zjištěné porušení zákona je natolik závažné, že orgán dohledu zvolil postup podle části čtvrté hlavy IV. zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, a uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Podle § 62 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, „zjistí-li orgán dohledu, že zadavatel závažně či opětovně porušil ustanovení tohoto zákona, může mu uložit pokutu do výše 1 % ceny zakázky“.

Celková výše ceny zakázky za jeden rok dle smlouvy o dílo uzavřené na dobu neurčitou činí **1 942 213,-- Kč** včetně DPH. V návaznosti na ustanovení § 67 odst. 2 cit. zákona za čtyři roky trvání smlouvy činí cena zakázky včetně DPH **7 768 852,-- Kč**. Základem pro stanovení pokuty je tedy částka **7 768 852,-- Kč**.

Maximální výše pokuty v daném případě činí 77 688,52 Kč (tj. 1 % z ceny zakázky za čtyři roky).

Před uložením pokuty orgán dohledu rovněž zkoumal, zda je naplněna podmínka uvedená ve větě druhé § 62 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, a to, že pokutu lze uložit jen do jednoho roku ode dne, kdy se orgán dohledu dozvěděl, že zadavatel porušil ustanovení tohoto zákona, nejpozději však do tří let ode dne, kdy došlo k tomuto porušení. Podnětem k přezkoumání postupu zadavatele byla kontrola postupu zadavatele při zadávání veřejných zakázek (kontrolní protokol ze dne 23.6.2005 zn. 2810/05-151-jl), kdy orgán dohledu získal pochybnosti o souladu úkonů a postupů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Provádění údržby lesoparku Orlová-Lutyně“ se zákonem. K porušení zákona došlo při zadávání veřejné zakázky, jež bylo zahájeno dne 26. 4. 2004 a ukončeno dne 26. 7. 2004 uzavřením smlouvy o dílo č. 465/2004.

Orgán dohledu při úvahách o výši pokuty vycházel ze skutečnosti, že se jedná o závažné porušení zákona, neboť při uzavírání úplatných smluv zadavatel nepostupoval podle zákona o zadávání veřejných zakázek, při prokazování kvalifikačních předpokladů podle § 2b odst. 1 písm. a) a dle § 2c odst. 2. písm. b) zákona, neboť nevyloučil uchazeče, který nedoložil v nabídce oprávnění k podnikání a následně s tímto uchazečem uzavřel smlouvu o dílo i když neprokázal splnění kvalifikačního předpokladu dle § 2a odst. 2 písm. d) zákona výpisem z Rejstříku trestů ne starším než šest měsíců.

Z hlediska závažnosti porušení zákona zadavatelem před uzavřením smlouvy nelze pominout skutečnost, že se zadavatel nepřesvědčil o bezúhonnosti zákonem vyjmenovaných osob. Zákonodárce stanovil, že zakázky hrazené z veřejných prostředků nesmí být

realizovány subjekty, jejichž vrcholoví představitelé (např. osoby vykonávající funkci statutárního orgánu) byli pravomocně odsouzeni za trestné činy vyjmenované v § 2b odst. 1 písm. d) citovaného zákona a výslovně stanovil i způsob jakým je nutné před uzavřením smlouvy prokázat bezúhonnost vyjmenovaných osob. Tomu odpovídá i povinnost zadavatele zjišťovat kvalifikaci uchazečů v procesu výběru nejvhodnější nabídky a při uzavírání smlouvy doklady uvedenými v zákoně. Jelikož zadavatel v šetřeném případě nenaplnil záměr zákonodárce, dopustil se závažného porušení zákona, což orgán dohledu ve svých úvahách o míře porušení zákona zadavatelem nemohl pominout.

V souvislosti s prokazováním kvalifikačních předpokladů je třeba zdůraznit, že doložení, resp. existence oprávnění k podnikání a jeho doložení (zákonem požadovanými doklady) ve fázi podávání nabídek a před uzavřením smlouvy je jedním z předpokladů zdárného průběhu vlastní realizace předmětu plnění veřejné zakázky, neboť je průkazem toho, že osoba, která bude realizovat veřejnou zakázku, je k plnění způsobilá. Důsledkem plnění veřejné zakázky nekvalifikovaným uchazečem by totiž mohlo dojít ke vzniku hmotných škod na majetku zadavatele, případně ohrožení životů a zdraví lidí.

Uložení sankce zákon nespojuje s jakýmkoliv porušením povinností, neboť obecně předpokládá, že porušení povinností může dosahovat různé intenzity, sankcionovat však umožňuje pouze taková protiprávní jednání, která dosahují intenzity závažného porušení zákonem uložených povinností. Tím, že zadavatel při zjišťování kvalifikace při posuzování nabídek a před uzavíráním smlouvy o dílo nepostupoval v souladu se zákonem, byť mu to zákon výslovně ukládá, je nepochybně naplněn zákonný znak závažného porušení.

Porušení zákona, kdy zadavatel uzavírá smlouvu se subjektem, který nedoložil doklady o kvalifikaci podle zákona o zadávání veřejných zakázek je postupem, který je v rozporu se zásadou nediskriminace uchazečů, jako jednoho ze základních principů, který je nutno při výběrových řízeních dodržovat.

Orgán dohledu však vzal rovněž v úvahu skutečnost, že zadavatel uznává své pochybení, ke kterému došlo v důsledku nesprávného výkladu zákona a ne s úmyslem upřednostnit některého z uchazečů. Z dodatečně předloženého živnostenského listu uchazeče TALPA je doloženo, že se jedná o subjekt, který má příslušné oprávnění k podnikání. Rovněž z předloženého výpisu jednatelky uchazeče TALPA vyplývá, že k datu vystavení nebyla předmětná osoba stíhána za žádný trestný čin, tedy ani za trestné činy uvedené v ust. § 2b odst. 1 písm. d) cit. zákona. Samotným projednáním případu v rámci dohledové činnosti bylo rovněž dosaženo preventivního účelu zákona. Uvedené skutečnosti vzal orgán dohledu v úvahu jako polehčující okolnosti a uložil zadavateli pokutu v dolní polovině zákonem stanovené sazby.

Na základě všech zjištěných skutečností orgán dohledu rozhodl o uložení sankce zadavateli, jak je uvedeno ve výroku.

Závěrem orgán dohledu poznamenává, že podle § 109 zákona č. 40/2004 Sb., veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, se zadávání veřejných zakázek, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Obdobně se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu nebo v řízení o uložení sankce, které na zadávání veřejných zakázek podle věty první navazují.

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 – odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

Mgr. Jindřiška Koblihová
vrchní ředitelka úseku dohledu
nad zadáváním veřejných zakázek

Obdrží: Město Orlová, Osvobození 796, 735 14 Orlová-Lutyně

