

Č. j.: 2R 76/05 – Šp

V Brně dne 22. 3. 2006

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 18. 10. 2005 zadavatelem – **statutární město Zlín**, nám. Míru 12, 761 40 Zlín, zastoupené Mgr. Tomášem Úlehlou, primátorem, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. 9. 2005, č.j. VZ/S126/05-154/4119/05-RP, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadání veřejných zakázek, jež zadavatel realizoval na základě smluv a objednávek s dodavatelem IMPROMAT-COMPUTER s.r.o., Tř. T. Bati 5267, 762 02 Zlín, v období od 1. 5. 2004 do 20. 7. 2005, 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/S126/05-154/4119/05-RP ze dne 19. 9. 2005

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

I. Zadávací řízení a prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Statutární město Zlín, nám. Míru 12, 761 40 Zlín, zastoupené Mgr. Tomášem Úlehlou, primátorem (dále jen „zadavatel“) uzavřelo dne 27. 10. 2000 s dodavatelem IMPROMAT-COMPUTER, s.r.o., Tř. T. Bati 5267, 762 02 Zlín (dále jen „IMPROMAT-COMPUTER“) rámcovou smlouvu o spolupráci při dodávkách a využití výpočetní techniky a programového vybavení (dále jen „rámcová smlouva“) na realizaci veřejné zakázky na „systémového integrátora výpočetní techniky, příslušenství a služeb s tím spojených a programového vybavení pro Úřad města Zlína“, zadané výzvou ze dne 19. 7. 2000 podle § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb. a zákona č. 28/2000 Sb. Dále pak zadavatel uzavřel dne 9. 4. 2001 s dodavatelem IMPROMAT-COMPUTER smlouvu o dodávkách městského informačního systému včetně souvisejících služeb a dodávkách SW a HW (dále jen „smlouva o dodávkách“) na realizaci veřejné zakázky na rozšíření původní veřejné zakázky na „systémového integrátora výpočetní techniky, příslušenství a služeb s tím spojených a programového vybavení pro Úřad města Zlína“, a kterou zadavatel zadal formou výzvy ze dne 6. 3. 2001 jednomu zájemci k podání nabídky podle § 50 odst. 1 písm. d) 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. a zákona č. 39/2001 Sb (dále jen „zákon“). Jak rámcová smlouva, tak smlouva o dodávkách měly být specifikovány samostatnými kupními smlouvami nebo smlouvami o dílo v rozsahu od 100 000,- Kč, případně dílčími objednávkami při dodávkách do 100 000,- Kč bez DPH.
2. Již v minulosti vydal Úřad pro ochranu hospodářské soutěže coby orgán dohledu (dále jen „Úřad“) rozhodnutí č.j. S84/02-151/3143/02-Hm ze dne 28. 6. 2002, kterým zadavateli uložil pokutu v celkové výši 95 000,- Kč za závažná porušení zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Toto rozhodnutí bylo následně potvrzeno také rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 17. 12. 2002, č.j. 2R 33/02-Hr, které nabylo právní moci dne 27. 12. 2002. Úřad však obdržel dne 7. 3. 2005 podnět, v němž je mj. uvedeno, že zadavatel dále realizuje předmět dvou výše uvedených veřejných zakázek s dodavatelem IMPROMAT-COMPUTER přesto, že Úřad konstatoval svým pravomocným rozhodnutím závažná porušení zákona. Svým dopisem si proto vyžádal od zadavatele vyjádření, jakým způsobem realizoval předmět citovaných veřejných zakázek až do současnosti. Zadavatel dopisem ze dne 2. 5. 2005 Úřadu sdělil, že předmět citovaných veřejných zakázek realizuje na základě smluv na dílčí plnění, v případě plnění do 100 000,- Kč na základě objednávek, tedy tak, jak to předpokládá rámcová smlouva a smlouva o dodávkách. K tomu zadavatel předložil soupis fakturace s dodavatelem IMPROMAT-COMPUTER. Na základě obsahu podnětu, stanoviska zadavatele, prostudování předloženého soupisu fakturace a fotokopii smluv získal Úřad pochybnost o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, a proto ke dni 22. 7. 2005 zahájil z vlastního podnětu správní řízení podle § 96 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., o přezkoumání úkonů zadavatele. Za účastníka správního řízení pak považoval zadavatele.

Napadené rozhodnutí

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 19. 9. 2005 rozhodnutí č.j. VZ/S126/05-154/4119/05-RP, kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že při zadávání veřejných zakázek, jež realizoval na základě dílčích smluv a faktur s dodavatelem IMPROMAT-COMPUTER v období od 1. 5. 2004 do 20. 7. 2005, nepostupoval způsobem stanoveným zákonem, přičemž svým postupem nesplnil povinnost stanovenou v § 25 odst. 1 zákona. Za spáchání výše uvedeného správního deliktu Úřad zadavateli uložil podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 200 000,- Kč, splatnou do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí bylo především uvedeno, že Úřad v zahájeném správním řízení zjistil, že zadavatel bez ohledu na předchozí pravomocná rozhodnutí neučinil žádné kroky k nápravě protiprávního stavu, a to i přesto, že ustanovení § 70 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, stanovilo, že smlouva na veřejnou zakázku uzavřená v rozporu s tímto zákonem je neplatná. Zadavatel však v realizaci předmětu citované veřejné zakázky pokračoval dále a na základě uzavřených dílčích smluv a objednávek proplácel dodavateli IMPROMAT-COMPUTER faktury za dodávky výpočetní a jiné techniky a provedené služby, jejichž hodnota od 1. 5. 2005 činí 4 784 803,37 Kč bez DPH (5 693 916,- Kč včetně DPH). Zadavatel tak zcela vyloučil postup podle zákona, neboť takto je vyloučen transparentní výběr, a realizoval předmět rámcové smlouvy a smlouvy o dodávkách na základě fakturace. Jak ostatně sám zadavatel uvádí v dopise ze dne 2. 5. 2005, fakticky jde o pokračování plnění z dříve uzavřené rámcové smlouvy a smlouvy o dodávkách, a Úřad na dodávky a služby, za které zadavatel proplácel faktury a kupní smlouvy a které realizují předmět rámcové smlouvy a smlouvy o dodávkách, pohlíží jako na nové veřejné zakázky. Vzhledem k totožnému předmětu plnění byl pro jeho postup rozhodující součet všech cen neobsahující daň z přidané hodnoty, a ten činí v součtu 4 784 803,37 Kč, jedná se proto o veřejnou zakázku ve smyslu § 6 odst. 1 zákona a zadavatel měl při jejím zadávání postupovat v jednom ze zadávacích řízení, což se však nestalo. Tím zadavatel vážným způsobem porušil zákon. Za porušení zákona byla zadavateli uložena pokuta 200 000,- Kč v horní hranici sazby, která činí v souladu s ustanovením § 102 odst. 2 písm. a) 5 % z ceny zakázky, tj. 284 695,80 Kč.

II. Námitky rozkladu

5. Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 18. 10. 2005 rozklad, ve kterém uvádí, že právní základ závazkových vztahů, od kterých je dovozováno protiprávní jednání zadavatele, je smlouva, kterou zadavatel uzavřel dne 27. 10. 2000 v době právní účinnosti zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. V ustanovení § 109 zákona je uvedeno, že řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se 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. V této souvislosti pak zadavatel namítá, že použití § 70 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, nemůže mít vliv na ustanovení § 109

zákona, neboť výše citované ustanovení § 70 činí neplatnou toliko smlouvu na veřejnou zakázku a nikoliv zahájení zadávání veřejné zakázky.

Závěr rozkladu

6. Z podaného rozkladu není zřejmé, čeho se zadavatel domáhá. Ze smyslu a povahy rozkladu coby opravného prostředku proti prvostupňovému rozhodnutí tak, jak vyplývá z ustanovení §§ 53 a následujících zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, jsem usoudil, že se zadavatel domáhá přezkoumání prvostupňového rozhodnutí v plném rozsahu, eventuelně odpuštění či snížení uložené pokuty.

III. Řízení o rozkladu

7. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 57 odst. 1 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů (dále též „správní řád“) a v souladu s odst. 2 téhož ustanovení postoupil věc k rozhodnutí orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
8. Dne 1. 1. 2006 nabyl účinnosti zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, podle jehož § 183 se zrušuje zákon č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád). Podle § 179 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb. se řízení, která nebyla pravomocně skončena před účinností tohoto zákona, dokončí podle dosavadních předpisů. Z tohoto důvodu je třeba řízení o rozkladu účastníka dokončit podle dosavadní právní úpravy správního řízení. Podle § 59 odst. 1 ve spojení s § 61 odst. 3 správního řádu, 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 rozvedeném dále v odůvodnění rozhodnutí:
9. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S126/05-154/4119/05-RP ze dne 19. 9. 2005 rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že při zadávání veřejných zakázek, jež realizoval na základě dílčích smluv a faktur s dodavatelem IMPROMAT-COMPUTER v období od 1. 5. 2004 do 20. 7. 2005, nepostupoval způsobem stanoveným zákonem, přičemž svým postupem nesplnil povinnost stanovenou v § 25 odst. 1 zákona, a za spáchání výše uvedeného správního deliktu mu byla uložena podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona pokuta ve výši 200 000,- Kč, splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

K námitce nutnosti vedení řízení podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek

10. Uvedené námitky zadavatele nepřisvědčuji, a to s ohledem na ustanovení § 109 zákona, který stanoví, že: „Zadávání veřejných zakázek, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele

orgánem dohledu a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se 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.“ Správní řízení č.j. VZ/S126/05, ve kterém bylo vydáno napadené rozhodnutí, bylo zahájeno ke dni 22. 7. 2005, přičemž zákon nabyl účinnosti ke dni 1. 5. 2004. Není tedy pochyb o tom, že správní řízení se zadavatelem bylo zahájeno až po nabytí účinnosti zákona, a tedy není důvod, proč by v něm mělo být jakkoli postupováno podle zákona předchozího. Taktéž předmětem správního řízení bylo jednání zadavatele, ke kterému došlo v mezidobí od 1. 5. 2005 do 22. 7. 2005; jednání zadavatele, ke kterému došlo před účinností zákona (před datem 1. 5. 2005) nebylo v tomto správním řízení posuzováno. Z hlediska hmotněprávního tedy není pochyb o tom, že Úřad musel jednání zadavatele posuzovat podle zákona, nikoli podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, byť rámcová smlouva a smlouva o dodávkách byla uzavřena ještě za jeho účinnosti. V této souvislosti navíc nelze odhlédnout od ustanovení § 70 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, které stanoví, že smlouva na veřejnou zakázku uzavřená v rozporu s tímto zákonem je neplatná. Vzhledem k již v minulosti vydaným rozhodnutím, v nichž byla deklarována protiprávnost postupu zadavatele při zadání předmětné veřejné zakázky uzavřením rámcové smlouvy a smlouvy o dodávkách, neměl zadavatel dále pokračovat v plnění těchto smluv. Pokud tak činil, muselo mu být zřejmé, že se dopouští jednání, které je v rozporu s pravomocným rozhodnutím Úřadu. Z tohoto důvodu se na skutečnost, že rámcová smlouva a smlouva o dodávkách byly uzavřeny za účinnosti předchozího zákona, nemůže odvolávat. S ohledem na zásadu „ne bis in idem“, tedy zásadu, že o jednom porušení práva nemůže být rozhodnuto dvakrát, bylo o jednání zadavatele v mezidobí od 1. 5. 2005 do 22. 7. 2005 zahájeno samostatné správní řízení.

K námitce platnosti „zahájení“ zadávání veřejné zakázky

11. K námitce zadavatele, že ustanovení § 70 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, se dotýká pouze neplatnosti smlouvy na veřejnou zakázku, nikoli však samotného „zahájení“ zadávání veřejné zakázky, uvádím, že citované ustanovení se skutečně netýká zahájení zadávání veřejné zakázky. Samotná neplatnost smlouvy na veřejnou zakázku je důsledkem skutečnosti, že veřejná zakázka nebyla zadána v souladu s ustanoveními zákona. V konkrétním případě, jak ostatně bylo uvedeno v napadeném rozhodnutí, zadavatel vůbec podle zákona nepostupoval, a tedy veřejnou zakázku ani „nezadal“ způsobem, jaký zákon předvídá. Neplatnost smlouvy na veřejnou zakázku je podobně jako uložení peněžité sankce pouze sekundárním důsledkem nesplnění povinnosti zadat veřejnou zakázku v souladu se zákonem; plnění rámcové smlouvy a smlouvy o dodávkách tedy představovalo takový způsob realizace veřejné zakázky, který je v rozporu s požadavky zákona. Jde tedy o jednání zakázané, což bylo také deklarováno předchozími rozhodnutími Úřadu tak, jak byla citována výše, a povinností zadavatele bylo takového jednání se do budoucna zdržet. Námitce zadavatele proto nemohu přisvědčit.

K výši pokuty

12. Vzhledem k tomu, že zadavatel vůbec nepostupoval podle zákona, což představuje jedno z nejzávažnějších porušení zákona, neboť takto je zcela vyloučena soutěž o zakázku, a také vzhledem k tomu, že výše zmíněná rámcová smlouva a smlouva o

dodávkách byla již v minulosti předmětem jiného pravomocně skončeného správního řízení, v němž byl konstatován rozpor jednání zadavatele se zákonem, a že zadavatel zmíněné smlouvy plnil až do současnosti, jsem se s výší pokuty ztotožnil. Úřad uložil zadavateli pokutu v horní hranici zákonné sazby (200 000,- Kč z možných 284 696,- Kč) a výši pokuty řádně odůvodnil. Navíc zadavatel ve svém rozkladu neuvádí žádné skutečnosti, které by odůvodňovaly případné snížení uložené pokuty.

V. Závěr

13. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
14. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, 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. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Statutární město Zlín, nám. Míru 12, 761 40 Zlín
2. spis.