

## Rozhodnutí bylo změněno rozhodnutím předsedy ÚOHS č. j. 2R 18/02-Hr ze dne 4. 11. 2002.

Č.j.: S 49/02-151/1642/02-če

V Brně dne 4. dubna 2002

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 11.3.2002 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. a zákona č. 142/2001 Sb., v návaznosti na § 18 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb. a zákona č. 227/2000 Sb., ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele Česká republika - Okresní úřad Brno - venkov, Moravské nám. 6, 601 70 Brno, zastoupený Ing. arch. Vladislavem Růžičkou, přednostou úřadu, učiněných v obchodní veřejné soutěži na dodávku stavby včetně realizační projektové dokumentace pro akci „Domov důchodců Předklášteří“, vyhlášené v Obchodním věstníku č. 33/98 dne 19.8.1998 pod zn. 061466-33/98 podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb., **rozhodl** takto:

Zadavatel Okresní úřad Brno - venkov v průběhu procesu zadávání veřejné zakázky na dodávku stavby včetně realizační projektové dokumentace pro akci „Domov důchodců Předklášteří“, na kterou uzavřel dne 29.6.1999 smlouvu o dílo, porušil závažným způsobem:

- § 38 odst. 4. zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb., a § 2e téhož zákona tím, že vybraného uchazeče nevyzval k předložení dokladů k prokázání kvalifikačních předpokladů a návazně téhož uchazeče, který před uzavřením smlouvy neprokázal splnění kvalifikačních předpokladů podle § 2c odst. 2 citovaného zákona, nevyločil z účasti v dalším jednání o veřejné zakázce,
- § 11 odst. 1 posledně citovaného zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť uzavřením smlouvy s vybraným uchazečem tohoto uchazeče zvýhodnil oproti ostatním uchazečům o veřejnou zakázku.

Za uvedená zjištěná závažná porušení zákona o zadávání veřejných zakázek se zadavateli Okresnímu úřadu Brno - venkov 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. a zákona č. 142/2001 Sb., **ukládá pokutu** ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých). Pokuta je splatná do 30 dnů od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízeného u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754 – 24825621/0710, konstantní symbol pro bezhotovostní platby 1148, variabilní symbol 0490215001.

### O d ů v o d n ě n í

Na základě písemného podnětu obchodní společnosti STAVOPROGRES BRNO, spol. s r. o., Brno, si Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) dopisem ze dne 25.2.2002 vyžádal u zadavatele Česká republika - Okresní úřad Brno - venkov, Moravské nám. 6, 601 70 Brno, zastoupený Ing. arch. Vladislavem Růžičkou, přednostou úřadu (dále jen „zadavatel“), materiály, které by objasnily jeho postup při

zadávaní výše uvedené veřejné zakázky. Vyžádané materiály orgán dohledu obdržel dne 5.3.2002. Po přezkoumání průběhu zadávání veřejné zakázky získal orgán dohledu pochybnosti o správnosti úkonů a postupů zadavatele, a proto zahájil správní řízení z vlastního podnětu. Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu zadavateli, jako jedinému účastníku správního řízení, dopisem ze dne 8.3.2002, ve kterém ho seznámil s předběžnými výsledky šetření a poskytl mu možnost se k nim vyjádřit. Zadavatel obdržel uvedený dopis dne 11.3.2002 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

K zahájení správního řízení se zadavatel vyjádřil dopisem z téhož dne, ve kterém uvedl následující (zestručněno):

Výkonem zadavatelských činností byla na základě mandátní smlouvy pověřena společnost RTS a. s., Brno. Zmocněnci zadavatele byly předloženy doklady v souladu s ust. § 2c odst. 2 a § 38 odst. 4 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb. (dále jen „zákon“). Zadavatel se proto domnívá, že postupoval správně, neboť „prokazování kvalifikace uchazečem, se kterým má být uzavřena smlouva, řeší zákon v ust. § 2c odst. 2, ve kterém je uveden pouze výčet dokladů, ale nikoliv forma prokázání (forma uvedená v § 2c odst. 1 se vztahuje pouze k § 2b zákona). Pro formu prokázání kvalifikace podle § 2c odst. 2 zákona lze použít ust. § 2c odst. 3 zákona, příp. ust. § 38 odst. 4 zákona, které se vztahují k prokázání kvalifikace uchazeče, se kterým má být uzavřena smlouva. V obou případech zákon hovoří o předložení dokladů.“ K pojmu „předložit“ zadavatel cituje rozbor Ústavu pro jazyk český, jazyková poradna, Praha (.. z významu slovesa předložit nevyplývá, že pokud je někdo vyzván k předložení dokladů, že tyto doklady poskytne dotčenému natrvalo..).

Zadavatel má za to, že tím, „že uchazeče se kterým měl uzavřít smlouvu vyzval k předložení dokladů ve smyslu § 38 odst. 4 zákona a po kontrole je uchazeči vrátil, splnil svoji zákonnou povinnost“. Zadavatel se dále domnívá, že „termín předložení dokladů je použit zákonodárcem záměrně, neboť by bylo nesmyslné, aby uchazeči po každé veřejné zakázce pořizovali doklady nové (časové a finanční důvody)“. Zadavatel navrhuje, aby si orgán dohledu vyžádal svědectví pořadatele soutěže (Ing. Vrbka), v jehož přítomnosti byly před podpisem smlouvy předmětné doklady předloženy.

Po přezkoumání a zhodnocení všech podkladů uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

Zadavatel podmínky obchodní veřejné soutěže na dodávku stavby včetně realizační projektové dokumentace pro akci „Domov důchodců Předklášteří“ vyhlásil v Obchodním věstníku č. 33/98 ze dne 19.8.1998 pod zn. 061466-33/98 podle části druhé zákona (dále jen „soutěž“). V podmínkách soutěže byl stanoven následující způsob hodnocení nabídek:

Nabídky budou hodnoceny více kritérii:

1. Reference a odborná způsobilost uchazeče.
2. Celková nabídnutá cena díla a podmínky její změny.
3. Záruka za jakost a záruční podmínky.

Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 8.10.1998 je zřejmé, že zadavatel do konce soutěžní lhůty obdržel celkem sedmáct nabídek. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 9.11.1998 vyplývá, že po posouzení nabídek podle § 34 zákona byly komisí pro posouzení a hodnocení nabídek zadavateli navrženy k vyřazení nabídky šesti uchazečů, které zadavatel svým rozhodnutím ze dne 14.11.1998 vyloučil z další účasti v soutěži. Na základě návrhu na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách proti vyloučení uchazeče byl postup zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky přezkoumán orgánem dohledu ve správních řízeních vedených pod jednacími čísly S 181/98-150 (návrh uchazeče byl pro podání po zákonné lhůtě podle § 57 odst. 2 zákona odmítnut) a S 173/98-150 (návrh uchazeče byl podle § 60 písm. a) zákona zamítnut a rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče potvrzeno; rozhodnutí orgánu dohledu bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy ÚOHS čj. 2R 4/99-Ku ze dne 6.4.1999).

Zadavatel zbývající nabídky znovu posoudil a vyhodnotil. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek (dodatek č. 1) ze dne 5.5.1999 vyplývá, že zadavatel stanovil pořadí

nabídek uchazečů shodně s pořadím stanoveným komisí pro posouzení a hodnocení nabídek, a o výběru nejvhodnější nabídky rozhodl dne 5.5.1999 takto:

1. STAVOPROGRES BRNO, spol. s r. o., Brno (dále jen „STAVOPROGRES“),
2. Stavening, a. s., Brno,
3. PRŮMSTAV BRNO, a. s., Brno.

Zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel dne 29.6.1999 smlouvu o dílo v ceně 87 986 000,-- Kč vč DPH.

Podle § 2a odst. 2 písm. c) zákona zadavatel před uzavřením smlouvy zjišťuje kvalifikaci uchazečů. Podle § 38 odst. 4 zákona je zadavatel povinen vybraného uchazeče vyzvat k předložení dokladů podle § 2c zákona. Nesplní-li uchazeč tuto povinnost nejpozději do tří dnů před podpisem smlouvy, musí ho zadavatel vyloučit ze soutěže a vyzvat dalšího v pořadí, nejvýše však třetího.

Podle § 2c odst. 2 zákona uchazeč, se kterým má být uzavřena smlouva, prokáže kvalifikační předpoklady takto:

- a) podle § 2b odst. 1 písm. b) výpisem z obchodního rejstříku, je-li do tohoto rejstříku zapsán, ne starším než 90 dnů,
- b) podle § 2b odst. 1 písm. d) výpisem z evidence Rejstříku trestů ne starším než šest měsíců,
- c) podle § 2b odst. 1 písm. f) potvrzením příslušného orgánu ne starším než šest měsíců.

Podle § 2e zákona neprokáže-li uchazeč některý z kvalifikačních předpokladů, popřípadě nesplní povinnost podle § 2d, musí ho zadavatel vyloučit z účasti v dalším jednání o veřejné zakázce. Rozhodnutí o vyloučení zadavatel bezodkladně sdělí vyloučenému uchazeči.

Přezkoumáním dokumentace o zadání veřejné zakázky (dále jen „dokumentace“) orgán dohledu zjistil, že v dokumentaci nejsou doklady o prokázání kvalifikačních předpokladů uchazečem, se kterým byla uzavřena smlouva, ani výzva zadavatele k jejich předložení doloženy.

Na základě zjištěných skutečností zadavatel uzavřením smlouvy s uchazečem STAVOPROGRES závažným způsobem porušil citovaná ust. § 38 odst. 4 zákona a § 2e zákona tím, že:

- uchazeče STAVOPROGRES nevyzval k předložení dokladů prokazujících splnění kvalifikačních předpokladů podle § 2c odst. 2 zákona,
- uchazeče STAVOPROGRES, který před uzavřením smlouvy neprokázal splnění kvalifikačních předpokladů podle § 2c odst. 2 zákona, nevyločil z účasti v dalším jednání o veřejné zakázce.

Podle § 11 odst. 1 zákona žádný z uchazečů nesmí být v obchodní veřejné soutěži zvýhodněn proti ostatním účastníkům soutěže s výjimkami uvedenými v odstavcích 2 a 3. Tím, že zadavatel uzavřel smlouvu s uchazečem, který před jejím uzavřením neprokázal splnění kvalifikačních předpokladů podle § 2c odst. 2 zákona, zadavatel v rozporu s cit. ust. § 11 odst. 1 zákona zvýhodnil uchazeče STAVOPROGRES oproti ostatním účastníkům soutěže, čímž závažným způsobem porušil zákon.

K argumentům uvedeným zadavatelem v jeho stanovisku ze dne 11.3.2002 k zahájení řízení orgán dohledu konstatuje.

Argumentaci zadavatele lze shrnout do názoru, že zákon ve svých ustanoveních nepožaduje dokladovat akt prokázání kvalifikace vybraným uchazečem před uzavřením smlouvy v dokumentaci o zadání veřejné zakázky, neboť podle mínění zadavatele postačuje příslušné doklady vybraným uchazečem pouze předložit zadavateli před uzavřením smlouvy k nahlédnutí.

Orgán dohledu v této souvislosti odkazuje na ust. § 68 odst. 1 zákona, podle kterého veškeré úkony zadavatelů a uchazečů učiněné podle tohoto zákona, s výjimkou postupu podle § 49a a 49b, musí mít písemnou formu. Návnazně podle § 64b zákona je zadavatel povinen dokumentaci o zadání, včetně podaných nabídek všech uchazečů, uchovávat po dobu pěti let s výjimkou vzorků nebo ukázek. Dokumentací o zadání veřejné zakázky se podle § 2 písm. j) zákona rozumí soubor dokladů, jejichž pořízení vyžaduje zákon, a nabídky všech uchazečů.

Orgán dohledu z uvedeného důvodu neakceptuje stanovisko zadavatele, že „z textu zákona nelze vyvodit povinnost zadavatele uchovat (archivovat) doklady, kterými prokazuje kvalifikační předpoklady vybraný uchazeč před podpisem smlouvy, v dokumentaci“. Žádným jiným způsobem, než uchováním dokladů, jejichž pořízení nařizuje zákon, a archivováním v dokumentaci o zadání veřejné zakázky, totiž nelze průkazně doložit, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem. K námitce „pořizování vždy nových dokladů ke každé další veřejné zakázce“ orgán dohledu zadavatele upozorňuje na ust. § 2c odst. 3 zákona, podle kterého doklady opravňující k podnikání a doklady uvedené v § 2c odst. 2 zákona mohou být předloženy též ve stejnopisu s ověřením jeho pravosti. Je věcí samotných uchazečů, jakým způsobem (originálem či ověřenou kopií) se rozhodnou splnit povinnosti jim uložené (§ 2a odst. 1 zákona).

Zásada transparentnosti procesu zadávání veřejné zakázky spolu se zásadou nediskriminace a právem na přezkum, je jedním ze základních principů, které je nutné dodržovat při výběrových řízeních, přičemž tyto zásady aplikuje a hájí i Evropský soudní dvůr ve své rozhodovací praxi v oblasti zadávání veřejných zakázek, což vyplývá např. i z judikátů Evropského soudního dvora (č. j. C-243/89 z 22. 6. 1993, č. j. T-203/96 z 17. 2. 1998).

K argumentaci zadavatele opírajícího se o jazykový výklad slova „předložit“ provedeného Ústavem pro jazyk český orgán dohledu konstatuje, že zmíněný ústav není oprávněn provádět výklad významu právních úkonů či právních předpisů.

K návrhu zadavatele ve věci provedení svědectví pořadatele soutěže orgán dohledu uvádí, že jej nepovažoval za nutné provést, neboť jak již uvedl výše, pouze archivací dokladů jejichž pořízení nařizuje zákon v dokumentaci o zadání veřejné zakázky, lze průkazně doložit, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem. Orgán dohledu současně odkazuje na ust. § 1 odst. 1 písm. a) zákona, který stanoví, že zákon upravuje závazný postup zadavatelů veřejných zakázek směřující k uzavření smluv k jejich provedení. Jedná se tedy o ucelený proces od vyhlášení podmínek zadání veřejné zakázky až po uzavření smlouvy, za jehož věcnou i procesní stránku plně odpovídá zadavatel (a nikoli osoba pověřená výkonem zadavatelských činností ve smyslu § 69 zákona).

Obecně ve věci výkladu zákona orgán dohledu odkazuje na stanovisko Vrchního soudu v Olomouci uvedené mj. v rozsudku č. j. 2 A 4/2000 ze dne 29. 6. 2000 (...jelikož výklad zákona působící toliko inter partes nemůže podat zadavatel, lze jej očekávat od správního orgánu realizujícího svou dohledovou pravomoc...).

Orgán dohledu 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. a zákona č. 142/2001 Sb. (dále jen „zákon po poslední novele“), může zadavateli za závažné či opětovné porušení zákona uložit pokutu do výše 1 % ceny zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel již uzavřel smlouvu na plnění šetřené veřejné zakázky (resp. stavba je dokončena a předána uživateli) a že nelze dosáhnout nápravy fakticky, orgán dohledu přistoupil k uložení pokuty, neboť porušení zákona, kterých se zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky dopustil, jsou porušení závažná.

Dohled nad dodržováním zákona podle § 52 zákona po poslední novele spočívá mimo jiné i v kontrole postupů zadavatelů při zadávání veřejných zakázek a v ukládání sankcí. Pokuta uložená zadavateli za zjištěná porušení zákona při zadávání předmětných veřejných zakázek vystihuje dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní - postih za porušení povinností stanovených zákonem a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k takovému chování, které je v souladu se zákonem.

Před uložení pokuty orgán dohledu rovněž zkoumal, zda je naplněna podmínka uvedená ve větě druhé § 62 odst. 1 zákona po poslední novele, 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. K závažnému porušení zákona o zadávání veřejných zakázek došlo uzavřením smlouvy o dílo dne 29.6.1999. Orgán dohledu se o porušení dozvěděl dne 22.2.2002, a to na základě podnětu.

Cena veřejné zakázky, při jejichž zadání orgán dohledu zjistil závažné porušení zákona o zadávání veřejných zakázek, činí celkem 87 986 000,-- Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (1 % z uvedené ceny veřejných zakázek) je 879 860,-- Kč. Při stanovení výše uložené pokuty orgán dohledu přihlédl zejména ze skutečnosti, že zadavatel nebyl dosud orgánem dohledu sankcionován v souvislosti se závažným porušením zákona o zadávání veřejných zakázek (ověřeno v evidenci pokut vedených orgánem dohledu) a proto výše uložené pokuty podle názoru orgánu dohledu dostatečně naplňuje výše zmiňovanou funkci preventivního opatření, které směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k takovému chování, které je v souladu se zákonem.

Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že k zahájení procesu zadávání šetřených veřejných zakázek došlo podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb. Orgán dohledu posuzoval postup zadavatele veřejné zakázky směřující k uzavření smlouvy k jejímu provedení podle znění zákona účinného v době zadávání veřejné zakázky, avšak řízení před orgánem dohledu musí být vedeno vždy podle předpisů účinných v době rozhodování, neboť hlavy III a IV části čtvrté zákona o zadávání veřejných zakázek mají charakter zvláštního procesního předpisu, na nějž přechodná ustanovení novelizací nedopadají. V souladu s těmito závěry vydal orgán dohledu rozhodnutí podle 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. a zákona č. 142/2001 Sb. (k tomu viz rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2A 5/99).

Vzhledem ke zjištěným závažným porušením zákona, kterého se zadavatel dopustil při uzavírání předmětné smlouvy a s přihlédnutím k tomu, že akce již byla realizována, nelze dosáhnout nápravy uložení nového zadání veřejné zakázky. Orgán dohledu proto zvolil postup podle části čtvrté hlavy IV zákona a po posouzení a zhodnocení všech výše uvedených

důkazů a skutečností uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí. Pro úplnost orgán dohledu konstatuje, že podle § 70 zákona je smlouva na veřejnou zakázku uzavřená v rozporu s tímto zákonem neplatná.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů 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.

JUDr. Petr Hanák  
ředitel odboru

Obdrží účastník řízení:

Okresní úřad Brno-venkov, Moravské nám. 6, 601 70 Brno, zast. Ing. arch. Vladislavem Růžičkou

