UOHSX003UID6

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S217/2004/VZ-16840/2011/530/KSt V Brně dne: 7. prosince 2011

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 51 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 5. 11. 2004 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Statutární město Brno, městská část Brno – Žabovřesky, IČ 44992785-02, se sídlem Horova 28, 616 00 Brno, jejíž jménem jedná Mgr. Marek Šlapal, starosta městské části,

ve věci přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele při zadávání následujících veřejných zakázek

- „Regenerace bytových domů Mozolky 49, 51 a 53“ zadávané výzvou ze dne 20. 2. 2003 podle § 49 citovaného zákona o zadávání veřejných zakázek,
- „Regenerace bytových domů Mozolky 55, 57, 59 a 61“ zadávané výzvou ze dne 20. 2. 2003 podle § 49 citovaného zákona o zadávání veřejných zakázek,
- „Regenerace bytových domů Poznaňská 3, 20 a 22“ zadávané výzvou ze dne 9. 4. 2003 podle § 49 citovaného zákona o zadávání veřejných zakázek,
- „Regenerace bytových domů Jindřichova 2 a 8“ zadávané výzvou ze dne 9. 4. 2003 podle § 49 citovaného zákona o zadávání veřejných zakázek,
- „Úprava topného systému, zajištění statických poruch a zateplení objektu MŠ Žižkova 57“ zadávané výzvou ze dne 22. 3. 2004 podle § 49 citovaného zákona o zadávání veřejných zakázek,
- „Vybudování nových rozvodů elektroinstalace společných prostor domů Kounicova 69, 71, 73, 83, 85 a 87“ zadávané výzvou ze dne 22.3.2004 podle § 49 citovaného zákona o zadávání veřejných zakázek,

- „Vybudování nových rozvodů elektroinstalace společných prostor a výměnu odpadních stupaček domů Voroněžská 2, 3, 6, a 9“ zadávané výzvou ze dne 22 .3. 2004 podle § 49 citovaného zákona o zadávání veřejných zakázek,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Statutární město Brno, městská část Brno – Žabovřesky, IČ 44992785-02, se sídlem Horova 28, 616 00 Brno, jejímž jménem jedná Mgr. Marek Šlapal, starosta městské části – závažně porušil ustanovení § 49 odst. 13 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů tím, že ve výše uvedených veřejných zakázkách vyzýval k podání nabídek opakující se okruh zájemců a to společnost RENAS s. r. o., IČ 25534122, se sídlem Palackého tř. 250/29, 612 00 Brno, společnost FRAMA, spol. s r.o., IČ 44961219, se sídlem Žižkova 995/17a, 602 00 Brno, společnost STAVOPROJEKTA stavební firma, a. s., IČ 26232073, se sídlem Kounicova 67, 602 00 Brno, a společnost INTER – STAV, spol. s r. o., IČ 47911182, se sídlem Jamborova 32, 615 00 Brno, aniž by to bylo odůvodněno charakterem veřejné zakázky.

II.

Od uložení pokuty podle § 62 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, za závažné porušení ustanovení § 49 odst. 13 tohoto zákona se upouští.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“ nebo „Úřad“), který podle § 51 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), vykonává dohled nad dodržováním zákona, obdržel podnět ze dne 1. 9. 2004, ve kterém bylo poukazováno na „upřednostňování některých firem ve veřejných zakázkách“ zadávaných zadavatelem – Statutární město Brno, městská část Brno – Žabovřesky, IČ 44992785-02, se sídlem Horova 28, 616 00 Brno, jejíž jménem jedná Mgr. Marek Šlapal, starosta městské části (dále jen „zadavatel“) – přičemž konkrétně byly zmíněny společnosti RENAS s. r. o., IČ 25534122, se sídlem Palackého tř. 250/29, 612 00 Brno, a společnost FRAMA, spol. s r.o., IČ 44961219, se sídlem Žižkova 995/17a, 602 00 Brno. Dále pisatel podnětu upozornil na nedodržování zákona při prokazování kvalifikačních předpokladů.

2. Na základě uvedeného podnětu si orgán dohledu vyžádal od zadavatele příslušnou dokumentaci k následujícím veřejným zakázkám, které byly zadány výzvou podle § 49 zákona

   - „Regenerace bytových domů Mozolky 49, 51 a 53“ zadávané výzvou ze dne 20. 2. 2003,
   - „Regenerace bytových domů Mozolky 55, 57, 59 a 61“ zadávané výzvou ze dne 20. 2. 2003,
   - „Regenerace bytových domů Poznaňská 3, 20 a 22“ zadávané výzvou ze dne 9. 4. 2003,
   - „Regenerace bytových domů Jindřichova 2 a 8“ zadávané výzvou ze dne 9. 4. 2003,
   - „Úprava topného systému, zajištění statických poruch a zateplení objektu MŠ Žižkova 57“ zadávané výzvou ze dne 22. 3. 2004,

- „Vybudování nových rozvodů elektroinstalace společných prostor domů Kounicova 69, 71, 73, 83, 85 a 87“ zadávané výzvou ze dne 22.3.2004,
- „Vybudování nových rozvodů elektroinstalace společných prostor a výměnu odpadních stupaček domů Voroněžská 2, 3, 6, a 9“ zadávané výzvou ze dne 22 .3. 2004 (dále jen „veřejné zakázky“).

3. Vzhledem k tomu, že orgán dohledu získal pochybnosti o tom, zda vyzývání zájemců k podání nabídky podle § 49 odst. 1 zákona a prokazování kvalifikačních předpokladů před podpisem smlouvy bylo učiněno v souladu se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední.

4. Zahájení řízení oznámil orgán dohledu zadavateli jako jedinému účastníkovi dopisem č. j. VZ/S217/04-152/5608/04-Kr ze dne 1. 11. 2004, které zadavatel převzal dle dodejky dne 5. 11. 2004, a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení. Orgán dohledu v uvedeném oznámení o zahájení správního řízení stanovil lhůtu, ve které se zadavatel mohl vyjádřit ke skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí.

5. K podkladům pro rozhodnutí se zadavatel vyjádřil dopisem ze dne 24. 11. 2004, ve kterém k vyzývání opakujícího se okruhu zájemců k podání nabídky uvedl, že okruh společností, který byl vyzýván k podání nabídky se odvíjel od charakteru prací. Protože se často jednalo o mnohamiliónové zakázky, financované za pomoci státních dotací, oslovoval k podání nabídky takové společnosti, u kterých měl záruku včasného a kvalitního provedení díla s tím, že průběh realizace nezatíží dotčené nájemníky bytů a že veřejná zakázka bude vždy řádně a včas dokončena a dotace vyúčtována. Ve výběrových řízeních byly oslovovány pouze společnosti, u kterých byla jistá záruka dokončení díla, nebyl na ně prohlášen konkurz a nebyly v likvidaci. Nutnost obeslání takto prověřených společností byla dána i tím, že nebylo z časových důvodů možné opakovaně vypisovat veřejné zakázky, pokud by u nově oslovené firmy nedošlo k uzavření smlouvy o dílo. Předmětné zakázky byly také zveřejňovány na centrální adrese, a tím měli možnost podat nabídku i nevyzvaní uchazeči. V dané době nebylo v brněnském regionu o mnoho více společností, schopných realizovat tyto veřejné zakázky, než jaké obeslal.

6. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal orgán dohledu dne 31. 12. 2004 rozhodnutí č. j. VZ/S217/04-153/6392/04-Kr, kterým rozhodl, že zadavatel závažně porušil ustanovení § 49 odst. 13 zákona tím, že ve veřejných zakázkách vyzýval k podání nabídky opakující se okruh zájemců, aniž by to bylo odůvodněno charakterem veřejných zakázek. Za uvedené porušení zákona byla zadavateli podle § 62 odst. 1 zákona uložena pokuta ve výši 150 000,- Kč.

7. Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 17. 1. 2005 rozklad, ve kterém navrhl, aby předseda Úřadu napadané rozhodnutí změnil tak, že uložená pokuta bude snížena, případně bude rozhodnutí o jejím uložení zrušeno.

8. Předseda Úřadu rozhodnutím č. j. 2R6/05-Ku ze dne 18. 5. 2005 napadené rozhodnutí orgánu dohledu potvrdil a podaný rozklad zamítl. Citované rozhodnutí nabylo právní moci dne 6. 6. 2005.

Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně č. j. 31 Ca 83/2005

9. Proti uvedenému rozhodnutí předsedy Úřadu podal zadavatel dne 29. 7. 2005 žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „Krajský soud“). Podanou žalobou se dománal zrušení

rozhodnutí předsedy Úřadu, a v případě, že by Krajský soud neshledal důvody pro zrušení uvedeného rozhodnutí, zadavatel navrhl, aby Krajský soud rozhodl o upuštění od pokuty, příp. o jejím snížení.

10. Krajský soud ve svém rozsudku č. j. 31 Ca 83/2005 ze dne 31. 8. 2006 popsal námitky, které zadavatel (v rozsudku Krajského soudu uváděn jako „žalobce“ – pozn. orgánu dohledu) uvedl v žalobě a zaujal k nim následující stanovisko. Zadavatel v prvé řadě uvedl, že v napadeném rozhodnutí je nesprávně definováno závažné porušení zákona. K porušení zákona došlo porušením § 49 odst. 13 zákona v případě sedmi zakázek, kdy byl vyzván opakující se okruh zájemců, avšak v rozhodnutí orgánu dohledu se uvádí, že ve třech případech byl vyzván jeden okruh zájemců a v dalších čtyřech případech jiný okruh zájemců. Zadavatel tedy namítal, že v takovém případě došlo ke dvojímu závažnému porušení zákona a měla proto být zahájena dvě správní řízení. Krajský soud k této námitce uvedl, že vzhledem k tomu, že tato námitka byla zadavatelem uvedena poprvé až v rámci žaloby a nebyla tedy projednávána ve správním řízení, s ohledem na dikci § 5 zákona č. 150/2002 Sb, soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „soudní řád správní“), nemůže k této námitce přihlédnout. Uvedeným postupem totiž v rámci správního řízení nedošlo k vyčerpání řádných opravných prostředků. Předmětná námitka nebyla uplatněna ani v rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí orgánu dohledu (v rozsudku Krajského soudu uváděn jako „žalovaný“ – pozn. orgánu dohledu) a v této souvislosti je třeba § 5 soudního řádu správního vykládat tak, že ohledně této námitky nebyl vyčerpán řádný opravný prostředek. Krajský soud tedy tuto námitku zadavatele neakceptoval s ohledem na ustálenou judikaturu Krajského soudu.

11. Obdobná situace nastala i v případě dalších dvou žalobních námitek, v nichž se zadavatel odvolával na obtížnou ekonomickou situaci obcí a také na statistické údaje o ukládaných pokutách v letech 2000 – 2004. Vzhledem k jejich výším pokládal zadavatel výši uložené pokuty za nepřiměřenou a výjimečnou. Vzhledem k tomu, že ani tyto námitky nebyly uplatněny ve správním řízení, nemohl k nim Krajský soud přihlížet ze stejného důvodu.

12. Zadavatel dále namítal, že při postupu zvoleném orgánem dohledu (tedy při součtu cen veřejných zakázek) by nebylo možné do základu zahrnout cenu v pořadí první veřejné zakázky, neboť při ní ještě nemohlo dojít k vyzvání opakujícího se okruhu zájemců. K uvedené námitce Krajský soud uvedl, že zákon neupravuje postup při ukládání pokut v případě porušení § 49 odst. 13 zákona zadavatelem. Z matematického hlediska je však lhostejné, zda k výpočtu 1% ceny zakázky dojde z každé dílčí ceny veřejné zakázky a tyto mezivýsledky se sečtou, nebo zda se 1% vypočítá z celkového součtu veřejných zakázek. Krajský soud tedy konstatoval, že v tomto případě orgán dohledu nepostupoval nezákonně a námitka zadavatele není důvodná.

13. K námitkám zadavatele, že mu byla uložena zcela výjimečná a v praxi orgánu dohledu ojedinělá výše pokuty ve srovnání s výší pokut v jiných případech, Krajský soud uvedl, že tyto námitky mají spekulativní charakter, že nebyly podloženy žádnými důkazy a absolutní výše sankce sama o sobě o ničem nevypovídá. Určení výše sankce je diskrečním oprávněním orgánu dohledu jako správního orgánu do něhož nemůže Krajský soud zasahovat. K další námitce zadavatele, že jeho jednání vedlo k úspoře veřejných prostředků, Krajský soud uvedl, že i tato námitka má spekulativní charakter, neboť není vyloučeno, že by mohlo dojít i k větší úspoře, pokud by zadavatel postupoval podle zákona.

14. K poslední námitce, která směřovala k vyjádření preventivní funkce pokuty Krajský soud uvedl, že zákon neukládá správním orgánům odůvodnit, nakolik je tato funkce uložením pokuty naplněna. Navíc je pojmově vyloučeno hovořit o nepřiměřenosti pokuty za situace, kdy bylo rozhodováno za účinnosti nového zákona, který předmětnou skutkovou podstatu již neupravuje.

15. Z uvedeného je zřejmé, že žádná z výše uvedených žalobních námitek nebyla Krajským soudem akceptována a proto Krajský soud zadavatelovu žalobu rozsudkem č. j. 31 Ca 83/2005-31 ze dne 31. 8. 2006 zamítl.

Řízení před Nejvyšším správním soudem č.j. 7 Afs 54/2007

16. Proti rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 31 Ca 83/2005-31 ze dne 31. 8. 2006 podal zadavatel dne 15. 12. 2006 kasační stížnost, kterou se domáhal zrušení rozsudku Krajského soudu v celém rozsahu.

17. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku popsal námitky, které zadavatel (v rozsudku soudem uváděn jako „stěžovatel“ – pozn. orgánu dohledu) uvedl v kasační stížnosti a zaujal k nim následující stanoviska.

18. Nejdříve se Nejvyšší správní soud zabýval námitkou zadavatele podle níž trpí správní řízení vadou spočívající v nesprávné definici závažného porušení zákona. Touto námitkou se Krajský soud odmítl zabývat s odůvodněním, že ohledně této námitky nebyl vyčerpán řádný opravný prostředek ve smyslu § 5 správního řádu soudního. Uvedená otázka byla řešena rozšířeným senátem Nejvyššího správního soudu, který usnesením rozhodl tak, že žalobce je oprávněn uvést v žalobě všechny důvody, pro které považuje napadené správní rozhodnutí za nezákonné. Tomu nebrání ani skutečnost, že některé z nich neuplatnil již v odvolacím řízení, ač tak učinit mohl. Nevyčerpání řádného opravného prostředku tedy nemá za následek zúžení mezí soudního přezkumu. Nejvyšší správní soud tedy konstatoval, že postup Krajského soudu, který se odmítl zabývat žalobní námitkou s odkazem na § 5 správního řadu soudního, byl v rozporu se zákonem a tento bod kasační stížnosti byl tedy důvodný.

19. Nejvyšší správní soud dále v rozsudku uvedl, že Krajský soud se v napadeném rozsudku nevyjádřil k namítané nemožnosti aplikace zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 40/2004“). Povinností Krajského soudu bylo se s těmito námitkami vypořádat, což je důvodem nepřezkoumatelnosti této části napadeného rozsudku. Posouzení možné retroaktivity zákona č. 40/2004 ve prospěch zadavatele považuje Nejvyšší správní soud v tomto případě za zásadní. Pokud by pozdější právní úprava původní skutkovou podstatu předmětného deliktu vůbec nepřevzala, zanikla by trestnost jednání a k vyvození odpovědnosti a uložení sankce by nemohlo dojít. Úkolem Krajského soudu v dalším řízení tedy bude především zhodnotit, zda v posuzovaném případě došlo nabytím účinnosti zákona č. 40/2004 k zániku odpovědnosti za závažné porušení zákona podle § 49 odst. 13 zákona.

20. Zadavatel dále namítal, že napadený rozsudek Krajského soudu je nepřezkoumatelný také v části týkající se postupu při stanovení maximální výše pokuty. Do základu pro její výpočet nelze zahrnovat ceny v pořadí prvních veřejných zakázek, neboť při nich ještě nemohlo dojít k vyzvání opakujícího se okruhu zájemců. Jak uvedl Nejvyšší správní soud, tuto argumentaci zadavatele Krajský soud nijak nezohlednil, tudíž je tato námitka zadavatele důvodná

a napadený rozsudek je v této části nepřezkoumatelný. Jelikož se Krajský soud nevyjádřil k uvedené otázce, nemohl se Nejvyšší správní soud zabývat ani související námitkou stížnosti, že maximální výše pokuty byla vypočtena v rozporu se zákonem, když při stanovení její maximální možné výše bylo vycházeno ze součtu cen zakázek. Nejvyšší správní soud dále konstatoval, že Krajský soud se rovněž nevypořádal s návrhem zadavatele na moderaci uložené sankce ve smyslu § 65 odst. 3 soudního řádu správního. Také z tohoto důvodu je řízení před Krajským soudem zatíženo vadou nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů, pro kterou Nejvyšší správní soud v řízení o kasační stížnosti takový rozsudek zruší ex officio.

21. Z výše uvedených důvodů Nejvyšší správní soud napadený rozsudek Krajského soudu č. j. 31 Ca 83/2005-31 ze dne 31. 8. 2006 svým rozsudkem č. j. 7 Afs 54/2007-72 ze dne 30. 10. 2008 zrušil a věc vrátil Krajskému soudu k dalšímu řízení.

Opětovné řízení před Krajským soudem v Brně č. j. 62 Ca 93/2008

22. Krajský soud se v novém řízení předně zabýval otázkou možné retroaktivity zákona ve prospěch zadavatele, kterou Nejvyšší správní soud označil jako zásadní. K tomu musel Krajský soud posoudit, zda zákon č. 40/2004 za jehož účinnosti došlo k vydání rozhodnutí orgánu dohledu (v rozsudku soudem uváděn jako „žalovaný“ – pozn. orgánu dolhedu), již nezakazoval jednání, za které byl zadavatel (v rozsudku uváděn jako „žalobce“ – pozn. orgánu dohledu) sankcionován. Pokud by pozdější právní úprava původní skutkovou podstatu předmětného deliktu vůbec nepřevzala, zanikla by trestnost jednání a k vyvození odpovědnosti a uložení sankce by nemohlo dojít. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu vyplývá, že správní orgán musí při trestání správních deliktů respektovat princip uvedený v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod podle něhož „trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější“. V dané věci byla zadavateli uložena pokuta podle § 62 odst. 1 zákona rozhodnutím vydaným již za účinnosti zákona č. 40/2004. V návaznosti na výše uvedenou zásadu musel tedy Krajský soud posoudit, zda by podle zákona č. 40/2004 bylo takové jednání postihováno. Z obsahu citovaného zákona Krajský soud shledal, že v žádném jeho ustanovení není zadavateli uložen zákaz vyzývat k podání nabídek opakující se okruh zájemců. Takové zjištění však k závěru o zániku trestnosti zadavatelova jednání nestačí. Je tedy třeba posoudit, zda zákon č. 40/2004 zná zcela nebo alespoň v podstatných rysech shodný způsob zadávání veřejných zakázek. Pouze v takovém případě by bylo totiž možné učinit závěr o zániku trestnosti.

23. Krajský soud na základě srovnání možných způsobů zadávání podle obou zmíněných zákonů dospěl k závěru, že způsob zadávání veřejných zakázek upravený v § 49 zákona nebyl převzat do zákona č. 40/2004. Podle názoru Krajského soudu způsobu zadávání veřejných zakázek podle § 49 odst. 1 zákona se nejvíce blíží způsob zadávání veřejné zakázky podle § 10 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004, tedy užší zadávací řízení. Podle názoru Krajského soudu však existují rozdíly, které nelze považovat za nepodstatné. Zásadní odlišností je skutečnost, že zatímco v případě zadávání veřejné zakázky podle § 49 zákona zadavatel mohl vyzvat k podání nabídky jím libovolně vybraný okruh minimálně pěti zájemců, pak v případě užšího řízení již nebylo možné, aby zadavatel libovolně oslovil pět potencionálních dodavatelů, nýbrž výběr těch, které oslovil, probíhal podle předem stanovených a transparentních podmínek. Krajský soud tedy neshledal, že by změnou právní úpravy došlo k zániku trestnosti jednání zadavatele. Zákon č. 40/2004 vůbec neumožňoval zadat veřejnou zakázku takovým

způsobem, jakým to bylo umožněno v § 49 odst. 1 zákona a jaký zadavatel využil, a nelze jej tak považovat za zákon, který je pro zadavatele příznivější. Trestnost zadavatelova jednání tedy nezanikla.

24. Krajský soud se dále ve svém rozsudku zabýval výkladem pojmu „opakující se okruh zájemců“. Zadavatel se domníval, že v daném případě se mohlo jednat o dvě závažná porušení zákona a nikoli jedno. Krajský soud se při výkladu tohoto pojmu ztotožnil s orgánem dohledu. Při výkladu uvedeného ustanovení je třeba vycházet nejen z jeho textu, ale též z jeho smyslu. Nesmí-li zadavatel podle § 49 odst. 13 zákona vyzývat k podání nabídek „opakující se okruh zájemců“, lze jej podle názoru Krajského soudu vyložit tak, že není třeba, aby byl tento okruh vždy složen ze zcela totožných zájemců, kteří by byli zadavatelem vyzýváni stejně často a ve zcela stejném složení. Uvedený pojem je skutečně širší než pojem „titíž zájemci“, který mu staví na roveň svým výkladem zadavatel. K porušení § 49 odst. 13 zákona je pak postačující, jsou-li k podání nabídek vyzýváni opakovaně v převážné míře shodní zájemci a není přitom třeba, aby byli vždy vyzýváni ve zcela totožném složení. Za této situace Krajský soud souhlasí s orgánem dohledu, že zadavatel uvedeným jednáním závažně porušil zákon jednou. Závažné porušení zákona přitom zahrnuje zadávání všech sedmi veřejných zakázek včetně zadání první veřejné zakázky, neboť ve všech zadavatel vyzýval opakující se okruh zájemců.

25. V daném případě však považoval Krajský soud za potřebné vytknout orgánu dohledu, že ve výroku správního rozhodnutí není řádně definována skutková podstata závažného porušení zákona tak, aby nemohlo dojít k jeho zaměnitelnosti. V dané věci orgán dohledu dostatečným způsobem nedefinoval závažné porušení zákona, neboť neuvedl, jaký opakující se okruh zájemců zadavatel vyzýval. Skutečnost, že tak učinil v odůvodnění, přitom není relevantní. Toto pochybení by však mohlo být důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí pouze tehdy, pokud by je zadavatel namítl v žalobě. Tak tomu ovšem nebylo a proto Krajský soud činí tuto výtku pouze jako *obiter dictum*.

26. Dále se Krajský soud ve svém rozsudku vyjádřil ke stanovení výše pokuty při zadávání sedmi veřejných zakázek. Krajský soud dospěl k závěru, že je-li pokuta ukládána za jednání, jehož se zadavatel dopustil při vícero zadávání veřejných zakázek, je třeba při stanovení výše pokuty vycházet ze součtu cen všech zakázek, při jejichž zadávání došlo k porušení zákona. Na tomto závěru nemůže nic změnit ani to, že v § 62 odst. 1 zákona se hovoří o ceně zakázky v jednotném čísle. Při výkladu tohoto ustanovení je totiž třeba vycházet též z jeho smyslu a nikoli jen doslovného textu. Krajský soud tak považuje za zákonné, jestliže orgán dohledu při výpočtu maximální možné pokuty započítal i cenu v pořadí první veřejné zakázky. Zákonnost tohoto postupu je odůvodněna právě charakterem závažného porušení zákona, protože zadavatel byl postižen za vyzývání k podání nabídek opakující se okruh zájemců. V daném případě zadavatel závažně porušil zákon souhrnem kroků při zadávání všech sedmi veřejných zakázek, neboť ve všech vyzýval k podání nabídky opakující se okruh zájemců. Nikoli pouze v případě výzvy u druhé, resp. třetí zakázky (v daném věci byla výzva k podání nabídek u prvních dvou veřejných zakázek podána současně) a zakázek následujících, jak se domnívá zadavatel. K výpočtu horní hranice pokuty je tedy třeba použít ceny všech sedmi zakázek.

27. K namítané nepřezkoumatelnosti, nepřiměřenosti a nepředvídatelnosti uložené pokuty Krajský soud uvedl, že výše pokuty je výsledkem správního uvážení orgánu dohledu. Při jejím

stanovení se orgán dohledu musí zabývat všemi hledisky, která jsou pro posouzení konkrétní výše pokuty nezbytná. Je třeba, aby stanovená výše pokuty byla vždy řádně přezkoumatelným způsobem odůvodněna. Jakkoliv má orgán dohledu, jako správní orgán, při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování, mezi které patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí. Orgán dohledu musí při rozhodování o výši pokuty zohlednit všechny skutečnosti, které v konkrétním případě mohou ovlivnit výši pokuty, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a odůvodnit, ke kterým okolnostem přihlédl a jaký měly vliv na konečnou výši pokuty. K okolnostem, které je orgán dohledu povinen zvážit, bude vedle významu zákonem chráněného zájmu, který byl deliktem dotčen, zpravidla patřit míra zavinění pachatele deliktu, následky deliktního jednání, okolnosti protiprávního jednání, které je třeba rozlišovat na přitěžující a polehčující, délka trvání porušování zákona, případně jeho opakování, atd.

28. Ze závěru učiněného Krajským soudem vyplývá, že orgán dohledu v odůvodnění svého rozhodnutí nezmínil téměř žádné okolnosti, k nimž při stanovování výše pokuty přihlížel. Větu, že zadavatel svým postupem fakticky omezil konkurenci uchazečů o veřejnou zakázku, a tím nezajistil transparentní a nediskriminační soutěžní prostředí, by bylo možné použít k odůvodnění jakékoli výše pokuty. Není tak vůbec seznatelné, proč orgán dohledu uložil pokutu ve výši jedné třetiny zákonného rozsahu. V takové situaci není možné správní uvážení orgánu dohledu přezkoumat.

29. Z uvedených důvodů se Krajský soud nemohl zabývat námitkami, v nichž zadavatel vytýkal orgánu dohledu, že stanovil nepřiměřeně vysokou pokutu, navíc nepředvídatelně, neboť rozhodnutí orgánu dohledu k tomu pro nedostatek odůvodnění nedává možnosti. Ze stejného důvodu nemohl Krajský soud zvážit případný moderační návrh, neboť není-li zřejmé, proč orgán dohledu stanovil pokutu v určité výši, nemůže Krajský soud posoudit, zda se jedná o pokutu ve výši zjevně nepřiměřené, jak požaduje § 78 odst. 2 správního řádu soudního.

30. Za této situace Krajský soud shledal žalobu důvodnou, a proto napadené rozhodnutí orgánu dohledu č. j. 2R6/05-Ku z dne 18. 5. 2005 svým rozsudkem č. j. 62 Ca 93/2008 ze dne 3. 11. 2009 zrušil a věc vrátil orgánu dohledu k dalšímu řízení. V něm je orgán dohledu vázán právním názorem Krajského soudu podle § 78 odst. 5 správního řádu soudního.

Řízení o rozkladu po rozsudku Krajského soudu

31. Předseda Úřadu po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu s přihlédnutím k právním závěrům soudu a dospěl k následujícímu závěru.

32. V šetřeném případě Krajský soud rozsudkem 62 Ca 93/2008-89 ze dne 3. 11. 2009 zrušil „původní“ rozhodnutí o rozkladu č. j. 2R6/05-Ku ze dne 18. 5. 2005 a do dalšího řízení zavázal orgán dohledu právním názorem, podle kterého orgán dohledu pochybil při stanovení výše pokuty a současně neuvedl dostatek skutečností, ke kterým přihlédl při jejím stanovení a zapříčinil tak nepřezkoumatelnost rozhodnutí. Při novém rozhodování musí orgán dohledu při stanovení výše pokuty vycházet ze zásady absorpce tj. horní hranici výše pokuty vypočítat z ceny té zakázky, která byla nejvyšší. Orgán dohledu dále musí uvést v novém rozhodnutí

dostatek relevantních důvodů, které byly pro stanovení výše pokuty rozhodné, tak aby bylo nově vydané rozhodnutí v této otázce přezkoumatelné.

33. Výše uvedený právní názor je tak pro další vedení správního řízení závazný a byl důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí o rozkladu. Vzhledem k tomu, že v rozporu s předmětným závazným právním názorem Krajského soudu jsou rovněž závěry uvedené v prvostupňovém rozhodnutí VZ/S217/04-153/6392/04-Kr ze dne 31. 12. 2004 a vzhledem k tomu, že tento rozpor nelze v řízení o rozkladu zhojit jinak, shledal předseda Úřadu důvody pro zrušení citovaného prvostupňového rozhodnutí orgánu dohledu a svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R6/2005/VZ-6182/2010/310/JHr ze dne 3. 5. 2010 věc vrátil orgánu dohledu k novému projednání. V dalším řízení pak orgán dohledu vydá rozhodnutí, ve kterém bude respektovat závazný právní názor Krajského soudu v Brně uvedený v jeho rozsudku č. j. 62 Ca 93/2008 ze dne 3. 11. 2009 a Nejvyššího správního soudu uvedeného v rozsudku č. j. 7 Afs 54/2007 ze dne 30. 10. 2008.

Řízení před orgánem dohledu

34. Dopisem č. j. ÚOHS-S217/2004-17123/2010/530/RKr ze dne 15. 11. 2010 oznámil orgán dohledu zadavateli, jako jedinému účastníkovi správního řízení, že poté, co bylo rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R6/2005/VZ-6182/2010/310/JHr ze dne 3. 5. 2010 zrušeno rozhodnutí orgánu dohledu VZ/S217/04-153/6392/04-Kr ze dne 31. 12. 2004, a věc mu byla vrácena k novému projednání, že se ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S217/2004 vedeném orgánem dohledu ve věci přezkoumání úkonů zadavatele pokračuje.

35. Usnesením č. j. ÚOHS-S217/2004-17125/2010/530/RKr ze dne 15. 11. 2010 orgán dohledu stanovil účastníku řízení lhůtu, v níž mohl navrhovat důkazy, či činit jiné návrhy, a ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele

36. K podkladům pro rozhodnutí se zadavatel vyjádřil svým dopisem ze dne 30. 11. 2010, ve kterém uvedl, že trvá na tom, že opětovným vyzýváním několika zájemců při zadávání šetřených veřejných zakázek žádným způsobem neporušil zákon. Protože však od zahájení správního řízení nabyl účinnosti již druhý „nový“ zákon, a to zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 137/2006“), poukazuje na povinnost respektování principu uvedeného v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, a sice principu retroaktivity zákona ve prospěch pachatele.

37. Zadavatel se domnívá, že z hlediska finančních limitů stanovených v § 12 odst. 3 zákona č. 137/2006 se u čtyř ze sedmi posuzovaných veřejných zakázek (a to „Regenerace bytových domů Jindřichova 2 a 8“ zadávané výzvou ze dne 9. 4. 2003, „Úprava topného systému, zajištění statických poruch a zateplení objektu MŠ Žižkova 57“ zadávané výzvou ze dne 22. 3. 2004, „Vybudování nových rozvodů elektroinstalace společných prostor domů Kounicova 69, 71, 73, 83, 85 a 87“ zadávané výzvou ze dne 22. 3. 2004, a „Vybudování nových rozvodů elektroinstalace společných prostor a výměnu odpadních stupaček domů Voroněžská 2, 3, 6, a 9“ zadávané výzvou ze dne 22. 3. 2004) jedná o veřejné zakázky malého rozsahu, které nemusejí být zadávány za použití postupů uvedených v zákoně č. 137/2006. Lze tedy dovodit, že novější zákon č. 137/2006 nezakazuje při zadávání zakázek malého rozsahu využít obdobný postup, jaký zvolil účastník jakožto zadavatel při zadávání

přezkoumávaných veřejných zakázek. Zadavatel se dále domnívá, že nedošlo ani k porušení zásad stanovených v § 6 zákona č. 137/2006 Sb., kterými se zadavatel musí řídit, neboť v předmětných zadávacích řízeních nebylo soutěžní prostředí omezeno takovou měrou, která by měla za následek porušení těchto principů. Na základě uvedených skutečností se zadavatel domnívá, že minimálně u čtyř výše uvedených veřejných zakázek došlo k zániku trestnosti jednání, neboť podle ustanovení pozdějšího zákona již není možné jeho postup hodnotit jako protizákonný.

38. Dále zadavatel ve svém vyjádření poukázal na skutečnost, že již uplynula lhůta pro uložení sankce ve formě pokuty podle § 62 odst. 1 věta druhá zákona. K tomu také uvedl, že jednoletá subjektivní lhůta počala běžet dnem doručení podnětu orgánu dohledu a to dne 1. 9. 2004. Její konec tak připadl na den 1. 9. 2005. Tříletá objektivní lhůta pak počala u každé z přezkoumávaných veřejných zakázek samostatně, avšak vzhledem k době, která uplynula od ukončení posledního zadávacího řízení, tj. ode dne 2. 6. 2004, je nepochybné, že i z tohoto pohledu právo na uložení sankce formou pokuty již dávno uplynulo. Proto již není možné, i kdyby orgán dohledu shledal, že zadavatel porušil zákon, aby mu byla uložena pokuta podle § 62 odst. 1 zákona.

39. S ohledem na výše uvedené skutečnosti zadavatel navrhl, aby orgán dohledu správní řízení zastavil.

K problematice vyzývání k podání nabídky opakující se okruh uchazečů

40. Orgán dohledu přezkoumal na základě § 57 odst. 1 zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace předložené zadavatelem a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel závažně porušil zákon tím, že vyzýval k podání nabídky opakující se okruh zájemců. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

41. Podle § 49 odst. 1 zákona u veřejných zakázek, u kterých výše budoucího peněžitého závazku ze smlouvy bez daně z přidané hodnoty přesáhne 5 000 000 Kč, jde-li o nemovitost s výjimkou nájmu nebo o soubor strojů nebo zařízení tvořících samostatný funkční celek, a 2 500 000 Kč v ostatních případech a nepřesahuje částky stanovené v § 3 odst. 2 a 3, může zadavatel uzavřít smlouvu na podkladě písemné výzvy učiněné nejméně pěti zájemcům.

42. Podle § 49 odst. 13 zákona zadavatel nesmí vyzývat k podání nabídky opakující se okruh zájemců, jestliže takový postup není odůvodněn charakterem zakázky.

43. K charakteru šetřených veřejných zakázek orgán dohledu uvádí, že se jedná o běžné stavební práce spočívající v regeneraci bytových domů, úpravě topného systému, zajištění statických poruch a zateplení objektu, vybudování rozvodů elektroinstalace a výměnu odpadních stupaček. V daném případě svým obsahem tedy nešlo o stavební zakázky, jež by samy o sobě byly mimořádné (tato mimořádnost nevyplývá ani z předložené dokumentace ani z jakéhokoliv vyjádření zadavatele), které by odůvodňovaly zadávání opakujícímu se okruhu zájemců.

44. K argumentu zadavatele, obsaženém v dopise ze dne 24. 11. 2004, že ve výběrových řízeních byly oslovovány pouze společnosti, na které nebyl prohlášen konkurz a nebyly v likvidaci, orgán dohledu uvádí, že uvedené skutečnosti jsou podle § 2b odst. 1 písm. b) zákona kvalifikačními předpoklady, které musí být ze strany uchazečů o veřejnou zakázku vždy

splněny a tento argument zadavatele je tedy ve vztahu k vyzývání opakujícího se okruhu zájemců bezpředmětný. Navíc informace, zda je či není určitá společnost v konkurzu či v likvidaci, lze zjistit z výpisu z obchodního rejstříku (i z jeho internetové verze), a není proto z tohoto důvodu nutno oslovovat stále stejné zájemce o veřejnou zakázku.

45. Dále zadavatel ve svém vyjádření ze dne 24. 11. 2004 uvedl, že vyzýval k podání nabídky takové společnosti, u kterých měl záruku včasného a kvalitního dokončení díla. K uvedenému je nutno podotknout, že takových požadavků lze docílit správným výběrem hodnotících kritérií a také odpovídajícími podmínkami smlouvy o dílo (např. vysokými sankcemi za nedodržení termínů.)

46. K nutnosti obeslání „prověřených firem“, jelikož podle vyjádření zadavatele nebylo z časových důvodů možno opakovaně vypisovat veřejné zakázky, pokud by u nově oslovené společnosti nedošlo k uzavření smlouvy o dílo, orgán dohledu konstatuje, že každý jednotlivý uchazeč je dle § 49 odst. 7 zákona svou nabídkou v rámci zákonné lhůty vázán, a pokud jeho nabídku zadavatel vybere jako nejvhodnější, je povinen s ním v souladu s § 49 odst. 11 zákona uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky.

47. K vyjádření zadavatele ze dne 24. 11. 2004, že zveřejňováním veřejných zakázek na centrální adrese, měli možnost podat nabídku i nevyzvaní zájemci, orgán dohledu uvádí, že zveřejňování údajů na centrální adrese má pouze informativní charakter a je na zadavateli, zda se rozhodne nabídku podanou na základě tohoto zveřejnění přijmout či nikoliv. Pro doplnění je nutno uvést, že podle usnesení Ústavního soudu č. j. I. ÚS 352/98 ze dne 3. 2. 2000 se uchazečem o veřejnou zakázku zadávanou podle části třetí zákona stává pouze osoba, která je vyzvána zadavatelem k předložení nabídky. Z uvedeného vyplývá, že zveřejňováním zakázek na centrální adrese (které je tak jako tak zákonnou povinností zadavatele) nemůže ospravedlnit vyzývání opakujícího se okruhu zájemců.

48. Konečně k argumentu zadavatele uvedeném ve vyjádření ze dne 24. 11. 2004, že v dané době se „v brněnském regionu nepohybovalo na trhu firem v dané lokalitě o mnoho víc společností, než jsme obesílali“, orgán dohledu uvádí, že z předmětných výzev zadavatele k podání nabídky vyplývá, že požadoval prokázání kvalifikačního předpokladu předložením živnostenského listu na provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování, resp. projektové činnosti ve výstavbě. Takové oprávnění k podnikání má a mělo i v době zadávání těchto veřejných zakázek vzhledem k velikosti města Brna a jeho okolí, podstatně více než šest oslovovaných společností. Navíc zadavatel měl možnost vyzývat zájemce se sídlem a s místem podnikání i mimo město Brno.

49. Jak vyplývá z rozsudku Krajského soudu č. j. 62 Ca 93/2008 ze dne 3. 11. 2009, Krajský soud se zabýval otázkou možné retroaktivity zákona ve prospěch zadavatele, a to zda nabytím účinnosti zákona č. 40/2004, za kterého orgán dohledu vydal rozhodnutí ve věci, došlo k zániku trestnosti závažného porušení zákona podle § 49 odst. 13 zákona, k němuž došlo ještě za účinnosti citovaného zákona.

50. Zadavatel zadal šetřené veřejné zakázky výzvou více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle § 49 zákona. V případě zadání veřejných zakázek touto formou mohl zadavatel zaslat nejméně pěti zájemcům, které si libovolně vybral, výzvu k podání nabídky. Bylo mu však zákonem zakázáno vyzývat k podání nabídek „opakující se okruh zájemců“.

51. Zákon č. 40/2004, který nabyl účinnosti dnem 1. 5. 2004, výše popsaný způsob zadávání veřejných zakázek nepřevzal. Podle názoru Krajského soudu se tomuto způsobu nejvíce blíží způsob upravený v § 10 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004, tedy užší zadávací řízení. Existují však rozdíly, které nelze považovat za nepodstatné. Zásadní odlišností je skutečnost, že zatímco v případě zadávání veřejné zakázky podle § 49 zákona mohl zadavatel vyzvat k podání nabídky jím libovolně vybraný okruh minimálně pěti zájemců, v případě užšího řízení již nebylo možné, aby zadavatel oslovil pět libovolně vybraných dodavatelů, nýbrž výběr těch, které oslovil, probíhal podle předem stanovených a transparentně zveřejněných podmínek.

52. Podle názoru Krajského soudu tak nelze shledat, že by změnou právní úpravy došlo k zániku trestnosti zadavatelova jednání. Zákon č. 40/2004 totiž vůbec neumožňoval zadat veřejnou zakázku takovým způsobem, jaké umožňovalo ustanovení § 49 odst. 1 zákona a jaké zadavatel využil. Na základě této skutečnosti jej tak nelze považovat za zákon, který je pro zadavatele, jakožto toho, kdo závažně porušil zákon, příznivější.

53. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 30. 11. 2010 uvedl, že od zahájení správního řízení nabyl účinnosti již druhý nový zákon o zadávání veřejných zakázek, a to zákon č. 137/2006. V této souvislosti poukázal na povinnost respektování principu uvedeného v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, a sice principu retroaktivity zákona v jeho prospěch.

54. K uvedenému argumentu orgán dohledu uvádí, že podle § 7 odst. 3 zákona č. 137/2006 se veřejné zakázky podle výše jejich předpokládané hodnoty dělí na nadlimitní veřejné zakázky, podlimitní veřejné zakázky a veřejné zakázky malého rozsahu. V § 18 odst. 5 zákona č. 137/2006 je upravena obecná výjimka z působnosti citovaného zákona tak, že zadavatel není povinen podle tohoto zákona zadávat veřejné zakázky malého rozsahu; veřejný zadavatel je však povinen dodržet zásady uvedené v § 6 tohoto zákona.

55. Zadavatel by tak podle současné právní úpravy nebyl povinen postupovat v případě zadávání těch šetřených veřejených zakázek na stavební práce, u nichž by výše budoucího peněžitého závazku nepřesáhla částku 6 000 000,- Kč bez DPH. Musel by však dodržet zásady stanovené v § 6 zákona č. 137/2006, a to zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

56. V případě šetřených veřejných zakázek na stavební práce, u nichž by stanovená výše budoucího peněžitého závazku přesáhla částku 6 000 000,- Kč, ale nedosáhla by částku 20 000 000,- Kč, by bylo možné zadat takové veřejné zakázky podle § 25 zákona č. 137/2006 ve zjednodušeném podlimitním řízení. Podle § 38 zákona č. 137/2006 ve zjednodušeném podlimitním řízení vyzývá veřejný zadavatel písemnou výzvou nejméně 5 zájemců k podání nabídky a prokázání kvalifikace, přičemž písemnou výzvu musí vhodným způsobem zveřejnit po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek. Veřejný zadavatek také nesmí vyzývat opakovaně stejný okruh zájemců, není-li to odůvodněno předmětem plnění veřejné zakázky či jinými zvláštními okolnostmi.

57. Citaci zákona č. 137/2006 orgán dohledu uvádí pouze pro doplnění, protože jak vyplývá z rozhodnutí Krajského soudu, má orgán dohledu posoudit zda zákon č. 40/2004 nezakazoval jednání, za které byla zadavateli uložena pokuta. Krajský soud však neuložil orgánu dohledu, aby posoudil, zda i zákon č. 137/2006 nezakazoval jednání, za která byla zadavateli uložena pokuta, a to ani vzhledem ke skutečnosti, že Krajský soud vydal rozsudek v době, kdy již byl

účinný zákon č. 137/2006 a bylo tak zřejmé, že orgán dohledu bude nově rozhodovat ve věci za účinnosti „dalšího“ zákona o veřejných zakázkách.

58. Na základě výše uvedených skutečností orgán dohledu dospěl k závěru, že zákon č. 40/2004 není pro zadavatele příznivější, neboť mu neumožňoval zadat veřejnou zakázku takovým způsobem, jakým mu to umožňoval zákon ve svém § 49 odst. 1. Proto orgán dohledu rozhoduje podle zákona, podle kterého zadavatel zadával šetřené veřejné zakázky.

59. Jak již bylo výše uvedeno, podle § 49 odst. 13 zákona zadavatel nesmí vyzývat k podání nabídky opakující se okruh zájemců, jestliže takový postup není odůvodněn charakterem zakázky. K výkladu pojmu „opakující se okruh zájemců“ orgán dohledu uvádí následující.

60. Při výkladu uvedeného pojmu je třeba vycházet nejenom z textu zákona, ale také z jeho smyslu. Uvedený pojem proto nelze vyložit tak, že není třeba, aby byl tento okruh zájemců vždy složen ze zcela totožných zájemců, kteří by byli zadavatelem vyzýváni stejně často a ve zcela stejném složení. Pojem „opakující se okruh zájemců“ je podle názoru Krajského soudu širší než pojem „titíž zájemci“. K porušení § 49 odst. 13 zákona je tedy postačující, jsou-li k podání nabídek opakovaně vyzýváni v převážné míře shodní zájemci, a není přitom třeba, aby byli vždy vyzýváni v totožném složení.

61. Ve veřejných zakázkách „Úprava topného systému, zajištění statických poruch a zateplení objektu MŠ Žižkova 57“, „Vybudování nových rozvodů elektroinstalace společných prostor domů Kounicova 69, 71, 73, 83, 85 a 87“ a „Vybudování nových rozvodů elektroinstalace společných prostor a výměnu odpadních stupaček domů Voroněžská 2, 3, 6, a 9“ zadavatel vyzval k podání nabídky tyto zájemce :

- RENAS s. r. o., IČ 25534122, se sídlem Palackého tř. 250/29, 612 00 Brno (dále jen „RENAS s. r. o.“),
- MORAVOSTAV Brno, a. s. stavební společnost, IČ 46347542, se sídlem Maříkova 1899/1, 621 00 Brno (dále jen „MORAVOSTAV Brno, a. s.“),
- FRAMA, spol. s r. o., IČ 44961219, se sídlem Žižkova 995/17a, 602 00 Brno (dále jen „FRAMA, spol. s r. o.“),
- STAVOPROJEKTA stavební firma, a. s., IČ 26232073, se sídlem Kounicova 67, 602 00 Brno (dále jen STAVOPROJEKTA stavební firma, a. s.“),
- INTER – STAV, spol. s r. o., IČ 47911182, se sídlem Jamborova 32, 615 00 Brno (dále jen INTER – STAV, spol. s r. o.“).

62. Ve veřejných zakázkách „Regenerace bytových domů Mozolky 49, 51 a 53“, „Regenerace bytových domů Mozolky 55, 57, 59 a 61“, „Regenerace bytových domů Poznaňská 3, 20 a 22“ a „Regenerace bytových domů Jindřichova 2 a 8“ zadavatel vyzval k podání nabídky tyto zájemce:

- VADAS, spol. s r. o. v likvidaci, IČ 44963190, se sídlem U Červeného mlýna 64/1, Brno (pozn. orgánu dohledu – do 2. 2. 2004 byla jmenovaná společnost vedena v obchodním rejstříku pod obchodním jménem VADAS, spol. s r. o.), (dále jen „VADAS, spol. s r. o. v likvidaci“),
- FRAMA spol. s r. o.,

- INTER – STAV, spol. s r. o.,
- STAVOPROJEKTA stavební firma, a. s.,
- RENAS s. r. o.

63. Z popsaného je tak zřejmé, že ve všech sedmi šetřených veřejných zakázkách zadavatel vyzýval k podání nabídek opakující se okruh zájemců, neboť výše uvedené dva okruhy vyzvaných zájemců se liší pouze v jedné oslovené společnosti, zatímco čtyři zbývající společnosti jsou zcela shodné.

64. Na základě výše uvedených skutečností orgán dohledu konstatuje, že zadavatel závažně porušil § 49 odst. 13 zákona tím, že v šetřených veřejných zakázkách vyzýval k podání nabídky opakující se okruh zájemců, aniž by to bylo odůvodněno charakterem veřejných zakázek, přestože zákon takový postup výslovně zakazuje. Zadavatel tak v rozporu se zákonem omezil soutěž potencionálních zájemců o veřejnou zakázku, a tím nezajistil dostatečné transparentní a nediskriminační prostředí, které má být zárukou co nejhospodárnějšího vynakládání finančních prostředků. Z tohoto důvodu orgán dohledu ve výroku I. tohoto rozhodnutí konstatuje závažné porušení zákona.

Uložení pokuty a její výše

65. Podle § 62 odst. 1 zákona může orgán dohledu, zjistí-li, že zadavatel závažně či opětovně porušil ustanovení tohoto zákona, uložit zadavateli pokutu do výše 1 % ceny zakázky. 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.

66. Před uložením pokuty tak musí orgán dohledu zkoumat, zda je naplněna podmínka uvedená ve větě druhé § 62 odst. 1 zákona, a to zda již neuplynula lhůta, ve které je možné pokutu uložit.

67. Uložením pokuty se pak rozumí okamžik, kdy účastníku správního řízení vznikne povinnost se podrobit rozhodnutí a zaplatit uloženou pokutu. Tento okamžik nastává právní mocí rozhodnutí o uložení pokuty.

68. O porušení zákona se orgán dohledu dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 1. 9. 2004. Lhůta jednoho roku ode dne, kdy se orgán dohledu dozvěděl, že zadavatel závažně porušil ustanovení tohoto zákona, tak uplynula dne 1. 9. 2005.

69. Smlouvy o dílo týkající se šetřených veřejných zakázek byly uzavírány v období od 14. 4. 2003 do 2. 6. 2004, z čehož vyplývá, že lhůta tří let ode dne, kdy došlo k závažnému porušení zákona, uplynula v období od 14. 4. 2006 do 2. 6. 2007.

70. Z výše uvedených skutečností vyplývá, že již uplynula jak jednoletá subjektivní lhůta, tak i tříletá objektivní lhůta stanovená zákonem v § 62 odst. 1, ve které je možné zadavateli uložit pokutu za závažné porušení zákona. Orgán dohledu proto již není oprávněn zadavateli za zjištěné závažné porušení zákona uložit pokutu.

71. Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že Krajský soud ve svém rozsudku č. j. 62 Ca 93/2008 ze dne 3. 11. 2009 rozhodl, že rozhodnutí orgánu dohledu v části o uložení pokuty je nepřezkoumatelné, protože výše pokuty nebyla dostatečným způsobem odůvodněna. Orgán dohledu by proto měl řádným způsobem odůvodnit výši uložené pokuty. Jak však bylo

uvedeno výše, orgán dohledu již nemůže zadavateli za závažné porušení zákona uložit pokutu a tedy z uvedeného důvodu nemůže orgán dohledu ani odůvodnit výši uložené pokuty.

72. Závěrem orgán dohledu poznamenává, že podle § 109 zákona č. 40/2004 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.

73. Dále podle § 158 odst. 2 zákona č. 137/2006 se v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a v řízení o uložení sankce, která byla zahájena po nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo veřejnou soutěž o návrh podle odstavce 1 navazují, se postupuje podle dosavadních právních předpisů.

74. Na základě výše uvedené skutečnosti orgán dohledu upustil od uložení pokuty tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

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 – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Statutární město Brno, městská část Brno – Žabovřesky, Horova 28, 616 00 Brno

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy