

Č.j.: 3R45/04-Ku

V Brně dne 9.9.2004

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 17.6.2004 podaného Statutárním městem Ústí nad Labem, se sídlem Velká Hradební 8, 401 00 Ústí nad Labem, zast. primátorem Mgr. Petrem Gandalovičem, právně zast. Mgr. Vladimírem Foldynou, advokátem Advokátní kanceláře se sídlem Čs. armády 22, 160 00 Praha 6, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 509-R/04-VP/140/VŠ ze dne 18.5.2004, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Statutární město Ústí nad Labem, se sídlem Velká Hradební 8, 401 00 Ústí nad Labem, zast. primátorem Mgr. Petrem Gandalovičem, při zadání veřejných zakázek na „Smlouva o zajištění činností v oblasti informačních technologií“ uzavřená dne 1.1.2002 a „Provozní smlouva o zajištění činností v oblasti informačních technologií pro město Ústí nad Labem“ uzavřená dne 2.10.2003, 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:

Napadené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 509-R/04-VP/140/VŠ ze dne 18.5.2004

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m .

Odůvodnění

Dne 23.2.2004 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) na základě výzvy kopii dvou smluv uzavřených mezi Statutárním městem Ústí nad Labem, se sídlem Velká Hradební 8, 401 00 Ústí nad Labem, zast. primátorem Mgr. Petrem Gandalovičem (dále jen „zadavatel“) a společností Metropolnet, a.s., se sídlem Velká Hradební 2336, 401 00 Ústí nad Labem (dále jen „Metropolnet“). Jednalo se o následující smlouvy:

1. Smlouva o zajištění činností v oblasti informačních technologií, uzavřená dne 1.1.2002 na dobu neurčitou (čl. VII odst. 5). V čl. V. odst. 1 smlouvy je sjednána cena ve výši 13 085 000,- Kč včetně DPH s tím, že odst. 2 citovaného článku stanoví, že „Cena uvedená v předešlém odstavci se vztahuje na období 1 kalendářního roku, pokud se smluvní strany nedohodnou jinak. Smluvní strany se zavazují, že nejpozději v prosinci běžného roku uzavřou dodatek této smlouvy, která bude řešit cenu plnění na rok následující, s ohledem na poslední větu odstavce 3 tohoto článku“. Poslední věta čl. V. odst. 3 stanoví, že „Stav tzv. rozpočtového provizoria Města bude řešen dohodou smluvních stran“.
2. Provozní smlouva o zajištění činností v oblasti informačních technologií pro město Ústí nad Labem, uzavřená dne 2.10.2003 na dobu neurčitou s účinností od 1.10.2003 (čl. VIII odst. 1). V čl. VI. odst. 2 je uvedeno, že cena je sjednána na období od 1.10.2003 do 31.12.2003 ve výši 4 399 300,- Kč včetně DPH.

Na základě posouzení výše uvedených smluv, zahájil Úřad dne 29.3.2004 správní řízení z vlastního podnětu ve smyslu § 57 odst. 1 a § 60a 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. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“). Účastníkem tohoto správního řízení podle § 58 zákona je zadavatel.

Na výzvu Úřadu doložil zadavatel doklady o ceně s tím, že za plnění smlouvy uzavřené dne 1.1.2002 za období od 1.1.2002 do 30.9.2003 uhradil společnosti Metropolnet částku 21 607 117,- Kč a za plnění smlouvy uzavřené dne 2.10.2003 uhradil za období od 2.10.2003 do 29.2.2004 celkem 7 515 147,- Kč.

Po posouzení a prošetření případu vydal Úřad dne 18.5.2004 pod č.j. S 509-R/04-VP/140/VŠ rozhodnutí, kterým konstatoval, že zadavatel porušil ustanovení § 3 odst. 1 zákona ve znění zákona č. 142/2001 Sb. a citované ustanovení zákona ve znění zákona č. 517/2002 Sb., tím, že nedodržel závazný postup k uzavření předmětných smluv. Za toto porušení zákona uložil Úřad zadavateli pokutu podle § 62 odst. 1 zákona ve výši 145 000,- Kč.

Své rozhodnutí Úřad odůvodnil zejména tím, že zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb. ve svém ustanovení § 1 odst. 2 písm. e) stanovil, že tento zákon se nevztahuje na „plnění veřejné zakázky, které může poskytnout právnická osoba zřízená za tím účelem zadávajícím ministerstvem či jiným správním úřadem nebo územním samosprávným celkem nebo jejímž jediným zakladatelem je zadávající subjekt“. Tato excepcce ze zákona se změnila počínaje

dnem 1.6.2000 s nabytím účinnosti novely zákona o zadávání veřejných zakázek, zákona č. 28/2000 Sb., neboť od uvedeného data zákon v ustanovení § 1 odst. 2 písm. d) stanoví, že tento zákon se nevztahuje na „plnění veřejné zakázky, které poskytuje v celém rozsahu právnická osoba zřízená za tím účelem zadávajícím ministerstvem, jiným správním úřadem nebo územním samosprávným celkem“.

Podle ustanovení § 14 odst. 1 písm. f) dříve platného zákona o obcích, zákona č. 367/1990 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů, do samostatné působnosti obce patřilo zakládání a zřizování právnických osob a zařízení, popřípadě jejich rušení. Již uvedený zákon tedy rozlišoval právnickou osobu založenou od právnické osoby zřízené. Tento princip zachovává i stávající platný zákon o obcích, zákon č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů, když v ustanovení § 35 a odst. 1 tohoto zákona stanoví, že „Obec může pro výkon samostatné působnosti zakládat a zřizovat právnické osoby a organizační složky obce, pokud zákon nestanoví jinak“. Obchodní společnosti (např. společnost s ručením omezeným, akciová společnost) jsou právnické osoby založené za účelem podnikání ve smyslu ustanovení § 56 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Takovou založenou obchodní společností je bezesporu i společnost Metropolnet. Z uvedeného plyne, že ustanovení § 1 odst. 2 písm. d) zákona se vztahuje pouze na právnické osoby zřízené a nelze jej vztáhnout i na obchodní společnosti založené podle obchodního zákoníku, byť je jejich jediným zakladatelem a akcionářem obec, resp. statutární město, jako v daném případě.

Zadavatel nedodržel závazný postup k uzavření dvou výše uvedených smluv, smlouvy uzavřené dne 1.1.2002 a smlouvy uzavřené dne 2.10.2003, tím, že veřejné zakázky nezadal vyhlášením obchodních veřejných soutěží, čímž, spolu s uzavřením smluv samotných, závažným způsobem porušil ustanovení § 3 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 případě prvně uvedené smlouvy a ustanovení § 3 odst. 1 téhož zákona, ve znění jeho novel, zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. v případě druhé smlouvy.

Vzhledem k tomu, že plnění podle dvou výše uvedených smluv byla uskutečněna a nelze již uložit zadavateli provést nápravu, popřípadě zadání veřejné zakázky zrušit, Úřad zvolil postup podle části čtvrté hlavy IV zákona a přistoupil k uložení pokuty, neboť zákon byl zadavatelem porušen závažně. Při zadávání veřejných zakázek jsou vynakládány veřejné prostředky, proto je mimořádný důraz kladen na formálnost a transparentnost postupu zadavatelů, na možnost případné následné kontroly postupů zadavatelů při volbě odpovídajícího způsobu zadání veřejných zakázek a přezkoumatelnosti jejich rozhodnutí.

Závažnost porušení zákona nutno spatřovat rovněž v tom, že postupem zadavatele při zadávání uvedených veřejných zakázek bylo znemožněno působení soutěžního principu, který skýtá možnost dosažení nižších nabídkových cen a tudíž úspory veřejných prostředků.

Podle ustanovení § 62 odst. 1 zákona může Úřad uložit zadavateli pokutu, zjistí-li že zadavatel závažně či opětovně porušil ustanovení tohoto zákona. Pokuta může být uložena do výše 1% ceny zakázky. Celková cena plnění na základě dvou výše uvedených smluv představuje částku 29 122 264,- Kč, z čehož 1% činí částku 291 222,64 Kč. S ohledem na skutečnost, že zadavateli dosud nebyla pravomocně uložena žádná sankce, Úřad uložil pokutu pouze v polovině sazby.

Před uložením pokuty Úřad ověřil a konstatoval, že je splněna podmínka uvedená ve větě druhé ustanovení § 62 odst. 1 zákona, tj., že pokutu lze uložit jen do jednoho roku, kdy se Úřad dozvěděl, že zadavatel porušil ustanovení tohoto zákona, nejpozději však do tří let ode dne, kdy došlo k tomuto porušení (první smlouva uzavřena dne 1.1.2002, druhá smlouva uzavřena dne 2.10.2003). O porušení zákona se Úřad dozvěděl z vyjádření zadavatele č.j. KT-05/04/Ky ze dne 1.4.2004.

Proti tomuto rozhodnutí podal zadavatel v zákonné lhůtě rozklad, ve kterém zejména uvádí rozsáhlou interpretaci ustanovení § 1 odst. 2 písm. d) zákona, resp. pojmu založení a zřízení, jejímž cílem je prokázat, že citované ustanovení pokrývá i plnění veřejné zakázky, které poskytuje v celém rozsahu nejen právnická osoba zřízená zadavatelem, ale i právnická osoba zadavatelem založená (slovy rozkladu „zřízená založením“), v daném případě obchodní společnost Metropolnet. Také uvádí, že obsah pojmů založení a zřízení není zákonem o obcích definován a odkazuje na slovník spisovného jazyka českého. Uvádí taktéž teleologický i historický výklad ustanovení § 1 odst. 2 písm. d) zákona, odkazuje na nutnost zabezpečení podmínek pro transparentnost nediskriminaci, vyloučení korupce, protekce s minimalizací pletich. Závěrem uvádí, že citované ustanovení dopadá na oba posuzované případy a zadavatel zákon neporušil.

K výši pokuty uvádí, že tato je vysoká, že není správně odůvodněná, zejména závažnost porušení zákona. Také uvádí, že nevznikl žádný škodlivý následek. Závěrem uvádí, že z opatrnosti namítá prekluzi. Rozkladem požaduje zrušení rozhodnutí a zastavení řízení a pro případ, že by na daný případ dopadal zákon, tak požaduje změnu napadeného rozhodnutí ve výroku o pokutě, a to tak, že „sankce se neukládá“.

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:

ÚOHS tím, že svým rozhodnutím č.j. S 509-R/04-VP/140/VŠ ze dne 18.5.2004 uložil zadavateli za porušení § 3 odst. 1 zákona pokutu ve výši 145 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

K námitkám rozkladu pak uvádím, že námitky zadavatele a jeho výklad předmětného ustanovení je zcela neslučitelný s významově jednoznačným zněním ustanovení § 1 odst. 2 písm. d) zákona, ustanovení § 35 a odst. 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů a ustanovení § 56 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů. O účelovosti tvrzení svědčí mimo jiné i ta skutečnost, že zadavatel ve svém rozkladu připouští možnost, že „... pro případ, že by snad orgán rozhodující o tomto rozkladu dospěl k závěru, že na daný případ dopadal ZZVZ, zadavatel s ohledem na skutečnost, že jednal v dobré víře, bez jakéhokoliv úmyslu obcházet či porušovat ZZVZ, jakož i s ohledem na absenci jakýchkoliv škodlivých následků, které by v souvislosti s posuzovanými případy vznikly nebo mohly vzniknout ...“ navrhuje, aby byla uložena sankce zrušena.

K věcnému posouzení věci uvádím, že zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb. ve svém ustanovení § 1 odst. 2 písm. e) stanovil, že tento zákon se nevztahuje na „plnění veřejné zakázky, které může

poskytnout právnická osoba zřízená za tím účelem zadávajícím ministerstvem či jiným správním úřadem nebo územním samosprávným celkem nebo jejímž jediným zakladatelem je zadávající subjekt“. Novelou zákona provedenou zákonem č. 28/2000 Sb., s účinností od 1.6.2000, zákon v ustanovení § 1 odst. 2 písm. d) nově stanoví, že tento zákon se nevztahuje na „plnění veřejné zakázky, které poskytuje v celém rozsahu právnická osoba zřízená za tím účelem zadávajícím ministerstvem, jiným správním úřadem nebo územním samosprávným celkem“. Z uvedeného je zřejmé, že část věty „nebo jejímž jediným zakladatelem je zadávající subjekt“ bylo z ustanovení § 1 odst. 2 písm. d) zákona vypuštěno. I zákon č. 128/2000 Sb., o obcích, rozlišuje mezi zakládáním a zřízením právnických osob, když ve svém ustanovení § 35a odst. 1 stanoví, že „Obec může pro výkon samostatné působnosti zakládat a zřizovat právnické osoby a organizační složky obce, pokud zákon nestanoví jinak.“. Obchodní společnosti, jako například i akciová společnost Metropolnet, jsou právnické osoby založené za účelem podnikání ve smyslu ustanovení § 56 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Z uvedeného pak nepochybně vyplývá, že ustanovení § 1 odst. 2 písm. d) zákona se vztahuje pouze na právnické osoby zřízené a nelze jej vztáhnout i na obchodní společnosti založené podle obchodního zákoníku, byť je jejich jediným zakladatelem například statutární město.

Jak již správně posoudil Úřad, zadavatel nedodržel závazný postup k uzavření smluv uzavřených dne 1.1.2002 a 2.10.2003, když veřejné zakázky nezadal způsobem dle zákona (vyhlášením obchodní veřejné soutěže), čímž porušil ustanovení § 3 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 případě prvně uvedené smlouvy a ustanovení § 3 odst. 1 téhož zákona, ve znění jeho novel, zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. v případě druhé smlouvy.

Za tato porušení pak Úřad uložil zadavateli pokutu, když plnění podle obou výše uvedených smluv byla uskutečněna a nelze již uložit zadavateli provést nápravu, popřípadě zadání veřejné zakázky zrušit. Jako dostatečný důvod pro uložení pokuty Úřad uvedl, že se jedná o závažné porušení zákona. Jednou nejzávažnějších porušení zákona je právě postup zadavatele, když tento vůbec nepostupuje podle zákona o zadávání veřejných zakázek a zadá veřejnou zakázku bez vyhlášení obchodní veřejné soutěže či nepoužije ani jiný způsob zadání popsany v zákoně. Jak již uvedl Úřad v napadeném rozhodnutí, při zadávání veřejných zakázek jsou vynakládány veřejné prostředky, proto je mimořádný důraz kladen na formálnost a transparentnost postupu zadavatelů, na možnost případné následné kontroly postupů zadavatelů při volbě odpovídajícího způsobu zadání veřejných zakázek a přezkoumatelnosti jejich rozhodnutí. Námitky zadavatele, že nedošlo ke škodlivému následku, a že k němu ani nemohlo dojít, uvádím, že toto tvrzení se nezakládá na skutečnosti. Postupem zadavatele při zadávání uvedených veřejných zakázek, kdy tento vůbec nepostupoval podle zákona, bylo znemožněno působení soutěžního principu, který skýtá možnost dosažení nižších nabídkových cen a tudíž úspory veřejných prostředků.

K výši pokuty pak uvádím, že uložená sankce ve výši 145 000,- Kč (z možných 291 222,- Kč) je adekvátní závažnosti porušení zákona. Taktéž byla splněna podmínka uvedená ve větě druhé ustanovení § 62 odst. 1 zákona, tj., že pokutu lze uložit jen do jednoho roku, kdy se Úřad dozvěděl, že zadavatel porušil ustanovení tohoto zákona, nejpozději však do tří let ode dne, kdy došlo k tomuto porušení. První smlouva byla zadavatelem uzavřena dne 1.1.2002, druhá pak dne 2.10.2003. O porušení zákona se Úřad dozvěděl z vyjádření

zadavatele pod č.j. KT-05/04/Ky ze dne 1.4.2004. Subjektivní i objektivní lhůta byla tedy zachována.

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. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Mgr.Vladimír Foldyna, advokát Advokátní kanceláře se sídlem Čs. armády 22, 160 00 Praha 6,
2. spis.

