

Č. j. : 2R 60/05 – Hr

V Brně dne 13. ledna 2006

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 17.8.2005 společností **FENIX s. r. o., se sídlem Beskydská 2, č. p. 1301, 790 01 Jeseník**, zast. jednatelem Ing. Cyrilem Svozilem, právně zast. na základě plné moci ze dne 17.5.2005 advokátem JUDr. Jaroslavem Němečkem, se sídlem AK Blahoslavova 4, 787 01 Šumperk, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29.7.2005 č. j. VZ/S93/05-154/3507/05-Der ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – společnosti **FENIX s. r. o., se sídlem Beskydská 2, č. p. 1301, 790 01 Jeseník**, učiněných při zadání veřejné zakázky v souvislosti s uzavíráním smlouvy o dílo č. 8/01 ze dne 1.6.2001 **na rekonstrukci objektu haly pro výrobu topných kabelů**, 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/S93/05-154/3507/05-Der ze dne 29.7.2005

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. Napadené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) si na základě podnětu obdrženeho dne 19.4.2005 od Finančního úřadu v Jeseníku vyžádal od společnosti FENIX s. r. o., se sídlem Beskydská 2, č. p. 1301, 790 01 Jeseník, zast. jednatelem Ing. Cyrilem Svozilem, právně zast. na základě plné moci ze dne 17.5.2005 advokátem JUDr. Jaroslavem Němečkem, se sídlem AK Blahoslavova 4, 787 01 Šumperk (dále jen „zadavatel“), dopisem ze dne 20.4.2005 dokumentaci o zadání veřejné zakázky související s rekonstrukcí objektu haly pro výrobu topných kabelů, na kterou zadavatel uzavřel dne 1.6.2001 smlouvu o dílo č. 8/01. Vzhledem k tomu, že po přezkoumání dokumentace kompletně předložené až dne 27.5.2005 získal Úřad pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele učiněných při zadání předmětné veřejné zakázky, zahájil ve věci správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako jediného účastníka správního řízení označil zadavatele. Oznámení o zahájení správního řízení obdržel zadavatel faxem dne 31.5.2005 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.
2. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 29.7.2005 rozhodnutí č. j. VZ/S93/05-154/3507/05-Der, kterým v postupu zadavatele konstatoval porušení ustanovení § 3 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), když veřejnou zakázku, jejímž předmětem byla rekonstrukce objektu haly na výrobu topných kabelů, nezadal postupem odpovídajícím výši peněžitého zakázku, který mu uzavřením smlouvy o dílo č. 8/01 ze dne 1.6.2001 vznikl.
3. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že zadavatel uzavřel dne 1.6.2001 smlouvu o dílo č. 8/01 se společností UNISTAV spol. s r. o., které bylo v částce 2 507 000,- Kč hrazeno z prostředků dotace, obdržené na základě rozhodnutí Ministerstva průmyslu a obchodu (dále jen „MPO“), ze dne 6.9.2001, čímž byla naplněna definice zadavatele podle ustanovení § 2 písm. b) bodu 6. zákona a zadavatel tak měl povinnost postupovat při uzavírání smlouvy podle zákona.

Naplnění definice zadavatele

4. Úřad konstatoval, že podal-li potenciální zadavatel žádost o poskytnutí finančních prostředků ze státního rozpočtu, mohl předpokládat, že finanční prostředky obdrží a bude naplněna předmětná definice. Naplnění předmětné definice tedy nelze vztahovat až do okamžiku skutečného obdržení finančních prostředků.

Splnění zákonných požadavků na zadání veřejné zakázky

5. Úřad přezkoumal zadavatelem předložené doklady dokumentující průběh „interního“ výběrového řízení zadavatele a konstatoval, že tyto nelze považovat za dokumentaci o zadání veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 2 písm. k) zákona, neboť nabídka společnosti Sting Project s. r. o. zjevně nebyla vypracována k datu 23.4.2001, uvedenému na této listině, což Úřad dovodil z tvaru telefonního čísla uvedeného v záhlaví cenové nabídky. Předložená dokumentace dále neobsahuje výzvy alespoň pěti zájemců s doklady o jejich doručení, záznam o provedeném posouzení a hodnocení

nabídek s náležitostmi požadovanými zákonem, rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky s doklady o jejich doručení a doklad o zveřejnění textu výzvy k podání nabídek na centrální adrese. Zadavatel tedy uzavřel smlouvu o dílo na plnění předmětu veřejné zakázky, aniž by provedl výběrové řízení postupem podle zákona.

6. Úřad dále konstatoval, že k porušení zákona došlo dne 1.6.2001, a tedy s ohledem na uplynutí objektivní tříleté lhůty dle § 62 odst. 1 zákona již nelze pokutu uložit. Ze stejného důvodu se Úřad nezabýval ani posouzením intenzity závažnosti zjištěného porušení zákona.

II. Námitky rozkladu

7. Zadavatel ve svém rozkladu ze dne 29.7.2005 uvádí, že napadené rozhodnutí Úřadu považuje za zmatečné. Úřad dle jeho názoru nevzal na vědomí časový sled jednotlivých úkonů zadavatele, postup MPO při posuzování podmínek při přidělování dotace a neposoudil zákonnost rozhodnutí MPO.

Námitka nedostatečného hodnocení důkazů

8. Zadavatel opakovaně shrnuje, že dne 4.5.2001 podal žádost o poskytnutí podpory z programu SOP 2001 Průmysl, dne 1.6.2001 uzavřel smlouvu o dílo na plnění předmětu veřejné zakázky, na základě průběžných opakovaných výzev MPO byl změněn datum zahájení a datum ukončení etapy „Stavební úpravy objektu“, když tento byl v rozhodnutí MPO stanoven na 30.8.2001 a až dne 6.9.2001 bylo vydáno Rozhodnutí MPO č. 87/2001, kterým byla dotace přiznána. Dne 22.10.2001 pak kontrola ze strany MPO nezjistila v postupu zadavatele závady, dne 29.11.2001 MPO uvolnilo dotaci a při kontrole ze strany MPO dne 5.11.2002 rovněž nebyly shledány závady v dodržení zákona.
9. Zadavatel v této souvislosti odmítá tvrzení napadeného rozhodnutí, podle kterého „podal-li potenciální zadavatel žádost o poskytnutí finančních prostředků ze státního rozpočtu, mohl předpokládat, že finanční prostředky obdrží, a bude naplněna definice zadavatele“. Zadavatel dle svého názoru postupoval v souladu s ustanovením § 3 zákona, přičemž Úřad se neměl pouštět do výše uvedené spekulace a měl vyhodnotit posuzovanou situaci tak, že MPO vydáním rozhodnutí ze dne 6.9.2001 o přidělení dotace závažně porušilo ustanovení zákona č. 218/2000 Sb., když rozhodlo o poskytnutí dotace zadavateli, přestože nebyly splněny podmínky, když zadavatel nezadal zakázku před rozhodnutím o přidělení dotace v souladu se zákonem. MPO mělo dle názoru zadavatele v rámci své kontrolní činnosti před vydáním rozhodnutí o přidělení dotace zjistit, zda zakázka provedená před vydáním tohoto rozhodnutí byla zadána v souladu se zákonem a v případě negativního zjištění dotaci neposkytnout. Zadavatel se domnívá, že napadeným rozhodnutím se Úřad snaží pochybení MPO přenést na zadavatele jako podnikatele, neboť namítá, že žádným rozhodnutím nelze uložit něco, co má žadatel o státní dotaci splnit zpětně.

Námítky faktických nepřesností v napadeném rozhodnutí

10. Zadavatel rovněž nesouhlasí s tvrzením napadeného rozhodnutí, že realizaci předmětu veřejné zakázky uhradil ze státní dotace a upřesňuje, že platbu zaplatil ze svého a celá dotace mu následně byla připsána na účet. Za závažnější však považuje to, že Úřad ve výroku napadeného rozhodnutí označil neexistující právnickou osobu FENIX s. r. o., Jeseník a nechává na zvážení předsedy Úřadu, zda toto nezakládá nicotnost napadeného rozhodnutí.

Námítky proti zjištěné časové nepatřičnosti nabídky závažnosti porušení zákona

11. Za nepochopitelnou pak zadavatel označuje konstrukci vyvozující z nabídky společnosti Sting Project s. r. o. její časovou nepatřičnost a uvádí, že u příslušných dokumentů se jedná o opis, což bohužel nebylo na zaslané listině uvedeno. Vzhledem k tomu, že zadavatel dle svého přesvědčení nebyl zadavatel ve smyslu zákona, není ani účastníkem řízení dle § 58 zákona a neměl povinnost postupovat při uzavírání příslušné smlouvy o dílo podle zákona.
12. Zadavatel rovněž namítá, že Úřad v napadeném rozhodnutí posuzoval závažnost zjištěného porušení zákona, ačkoliv na jiném místě uvádí, že vzhledem k uplynutí lhůty pro uložení pokuty tuto závažnost již neposuzoval. Tato dvě tvrzení jsou tak dle názoru zadavatele v rozporu.

Namítané nedodržení lhůty pro zahájení správního řízení

13. Z důvodu procesní opatrnosti pak zadavatel uvádí, že konstatovaného porušení zákona se měl dopustit dne 1.6.2001, a proto byl Úřad oprávněn zahájit správní řízení ve věci nejpozději 1.6.2005. Oznámení o zahájení správního řízení však bylo zadavateli písemně doručeno až dne 2.6.2005, tedy po lhůtě, a proto správní řízení bylo vedeno a skončeno vydáním rozhodnutí nezákonně. V této souvislosti pak zadavatel dovozuje, že k zachování příslušné lhůty by nepostačovalo ani zahájení správního řízení faxovou zprávou nejpozději dne 1.6.2005 a následně doporučeným dopisem do 3 dnů, neboť ustanovením § 19 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. (dále jen „správní řád“), lze použít pouze pro podání jakožto úkon účastníka správního řízení a nikoliv pro doručování písemností správním orgánem účastníku řízení.

Závěr rozkladu

14. V závěru rozkladu zadavatel shrnuje, že činností státu (MPO) se dostal do situace, kdy je s ním vedeno správní řízení a důsledky této činnosti má nést zadavatel. Proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

III. Řízení o rozkladu

15. 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:

16. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S93/05-154/3507/05-Der ze dne 29.7.2005 konstatoval v postupu zadavatele závažné porušení zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

Námitka nenaplnění definice zadavatele

17. Zadavatel ve svém rozkladu především dovozuje, že rozhodnutí o přidělení státní dotace bylo MPO vydáno až po faktické realizaci předmětu plnění veřejné zakázky, na který byla poskytnutá dotace účelově vázána, a tedy v době zadání veřejné zakázky ještě nebyla naplněna definice zadavatele dle ustanovení § 2 písm. b) bodu 6. zákona. Zadavatel proto neměl povinnost postupovat při zadání veřejné zakázky podle zákona. V této souvislosti zadavatel podotýká, že na poskytnutí státní dotace není právní nárok.
18. K tomu uvádím, že poskytnutí státní dotace není možno označovat za skutečnost, kterou zadavatel nemohl žádným způsobem předvídat, a tedy ani nemohl na základě svého oprávněného očekávání postupovat v souladu s platnými právními předpisy. MPO poskytlo zadavateli dotaci na realizaci předmětu veřejné zakázky na základě vědomé aktivní snahy zadavatele a pokud tedy zadavatel již dne 4.5.2001 podal žádost o dotaci, vyjádřil již tímto úkonem svou svobodnou vůli a připravenost dobrovolně se stát v případě přiznání dotace zadavatelem ve smyslu ustanovení § 2 písm. b) bod 6 zákona. Na této skutečnosti nic nemění ani to, že na poskytnutí dotace není právní nárok. Zadavatel již od data podání své žádosti mohl a měl činit pouze takové kroky, aby se vyhnul porušení zákona a zadat veřejnou zakázku v souladu se zákonem. Zadavatel však přesto dne 1.6.2001 uzavřel smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky, aniž by zvolil způsob zadání adekvátně k výši budoucího peněžitého závazku, čímž se vědomě dopustil závažného porušení zákona.

Námitka nedostatečného hodnocení důkazů

19. Zadavatel ve svém rozkladu rovněž namítá nedostatečné hodnocení důkazů v rámci napadeného rozhodnutí, podle kterých k porušení zákona došlo dle názoru zadavatele na straně MPO, který před vydáním rozhodnutí o přidělení dotace nepovedl řádnou kontrolu zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem.
20. K tomu uvádím, že podle ustanovení § 51 zákona přezkoumává úkony zadavatele a postup zadavatele při zadávání veřejných zakázek Úřad jako orgán dohledu. Tento dohled pak spočívá v činnostech definovaných v ustanovení § 52 zákona. Z uvedeného vyplývá, že Úřad jakožto orgán dohledu není oprávněn přezkoumávat postup MPO při rozhodování o přidělení státní dotace. Současně však z výše uvedeného také vyplývá, že pouze Úřad je oprávněn posoudit zákonnost postupu zadavatele, a tedy odkaz na dřívější přezkoumání postupu zadavatele ze strany MPO je v tomto kontextu zcela irelevantní. Zadavatel se dopustil závažného porušení zákona, když s veřejnými finančními prostředky, které obdržel na základě rozhodnutí MPO o přidělení dotace, prokazatelně nenakládal postupem podle zákona. Odpovědnost za dodržení zákona při zadání veřejné zakázky nese pouze zadavatel, který se jí nemůže zbavit ani případným odkazem na hypotetické pochybení na straně jiných osob.

Použití prostředků státní dotace

21. K námitce zadavatele, že předmět plnění reálně neuhradil z prostředků dotace, neboť ta mu byla na účet poukázána až po zaplacení příslušných faktur pouze uvádím, že časová posloupnost je v této souvislosti irelevantní, a to i s ohledem na výše uvedené, neboť zadavatel prokazatelně obdržel veřejné finanční prostředky a předmět plnění, na který se tyto prostředky účelově vázaly, nebyl realizován v souladu se zákonem. Je lhostejné, zda konkrétní peněžní prostředky z dotace jsou reálně vynaloženy na úhradu konkrétních faktur, či s nimi zadavatel naloží jako se svým ziskem, případně zda-li je použije na úhradu jiných svých závazků, neboť stále se jedná o příjem zadavatele, plynoucí z veřejných prostředků, se kterým nebylo naloženo v souladu se zákonem.

Námitka nicotnosti napadeného rozhodnutí

22. K námitce nesprávného označení zadavatele jako účastníka správního řízení, respektive uvedení neexistující právnické osoby ve výroku rozhodnutí, a tedy k námitce nicotnosti napadeného rozhodnutí, uvádím, že zadavatel je ve výroku napadeného rozhodnutí označen tak, jak je zapsán v Obchodním rejstříku. Dle ustanovení § 47 odst. 1 správního řádu musí rozhodnutí obsahovat výrok, odůvodnění a poučení o odvolání (o rozkladu), přičemž v části napadeného rozhodnutí označené jako „výrok“ je označení zadavatele shodné s údaji z výpisu z Obchodního rejstříku, přičemž v úvodní části výroku je zadavatel identifikován přesným názvem, právní formou, adresou svého sídla a statutárním orgánem. Ve vlastním výroku (enunciátu) je pak uveden s označením přesného názvu, právní formy a sídlem, a tedy nemohou vzniknout důvodné pochybnosti ohledně identifikace osoby zadavatele. Vzhledem k uvedenému tedy argumentaci zadavatele považuji za bezpředmětnou.

Posouzení závažnosti napadeného rozhodnutí

23. Zadavatel rovněž namítá, že Úřad ve výroku napadeného rozhodnutí konstatoval závažné porušení zákona, ačkoliv v odůvodnění rozhodnutí konstatuje, že tuto závažnost neposuzoval s ohledem na uplynutí objektivní lhůty pro uložení pokuty. V těchto tvrzeních napadeného rozhodnutí spatřuje zadavatel rozpor. K tomu uvádím, že Úřad se ve svém rozhodnutí nezabýval intenzitou závažnosti porušení zákona, neboť taková úvaha správního orgánu má smysl pouze v případě, kdy je od ní odvozována výše uložené pokuty. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě již pokutu nebylo možno uložit, Úřad pouze konstatoval závažné porušení, aniž by blíže posuzoval míru této závažnosti. V uvedeném smyslu se pak vyjádřil v posledním odstavci na straně šest napadeného rozhodnutí.

K „internímu“ výběrovému řízení u zadavatele

24. Zadavatel se ve svém rozkladu ohrazuje proti zjištění Úřadu, že jedna z nabídek, kterou zadavatel dle svého tvrzení obdržel v rámci „interního“ výběrového řízení před zadáním veřejné zakázky, byla vypracována až po datu zadání veřejné zakázky. Uvádí, že nesrovnalost zjištěná Úřadem vyplývala ze skutečnosti, že předložené doklady byly opisem původních dokladů.
25. K tvrzení zadavatele uvádím, že z materiálů, které Úřadu předložil, nebylo žádným způsobem patrné, že se nejedná o originály předmětných dokumentů a zadavatel Úřad

na tuto skutečnost v rámci prvostupňového řízení ani neupozornil a ani tyto dokumenty jako kopie neoznačil. Úřad proto při hodnocení předložené dokumentace správně vycházel ze zjištěného časového nesouladu předložených dokladů.

26. K tomu dále uvádím, že i kdyby Úřad přijal dodatečné vysvětlení zadavatele v této věci, nemá to vliv na zjištěné porušení zákona, neboť vzhledem k peněžitému závazku, který zadavateli vznikl uzavřením předmětné smlouvy o dílo, byl zadavatel povinen v době, kdy vyzval uchazeče k podání nabídek, vyzvat nejméně pět uchazečů postupem podle § 49 odst. 1 zákona.

Dodržení lhůty pro zahájení správního řízení

27. V závěru svého rozkladu zadavatel dovozuje, že správní řízení nebylo zahájeno v objektivní čtyřleté lhůtě dle ustanovení § 57 odst. 1 zákona, když v této lhůtě bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli pouze faxem a písemně až po uplynutí této lhůty. V této souvislosti vyslovuje zadavatel názor, že na doručování ze strany Úřadu nelze uplatnit ustanovení § 19 správního řádu, které se použije pouze pro podání účastníků správního řízení.
28. K tomu uvádím, že ustanovení § 19 odst. 1 správního řádu je speciální úpravou formy právního úkonu (podání), která oproti obecné právní úpravě obsažené v ustanovení § 34 a násl. občanského zákoníku, předepisuje tomuto specifickému právnímu úkonu obligatorně písemnou formu a v případě, že je tento úkon učiněn telegraficky či faxem, pak stanovuje povinnost doplnit tuto obligatorní náležitost písemnosti dodatečně do tří dnů. Pro právní úkon správního orgánu, kterým se zahajuje správní řízení, však správní řád ani žádný další právní předpis žádnou zvláštní formu nepředepisují a vychází se tedy z obecné úpravy občanského zákoníku. Faxové doručení oznámení o zahájení správního řízení zadavateli je proto samo o sobě právním úkonem splňujícím obecné náležitosti právního úkonu ve smyslu ustanovení § 34 a násl. občanského zákoníku, se kterým se pojí vznik právní skutečnosti (zahájení správního řízení), neboť se jedná ve smyslu ustanovení § 34 občanského zákoníku o projev vůle směřující ke vzniku, změně nebo zániku těch práv nebo povinností, které právní předpisy s takovým projevem spojují, a dále je tento právní úkon učiněn svobodně a vážně, určitě a srozumitelně ve smyslu ustanovení § 37 odst. 1 občanského zákoníku. V tomto případě proto nelze dovozovat neplatnost právního úkonu a zahájení správního řízení faxovým podáním, které bylo zadavateli doručeno před uplynutím čtyřleté objektivní lhůty dle ustanovení § 57 odst. 1 zákona, tedy bylo učiněno v souladu se zákonem.

V. Závěr

29. 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.
30. 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. JUDr. Jaroslav Němeček, se sídlem AK Blahoslavova 4, 787 01 Šumperk,
2. spis.