Č. j.: S 223/01-151/441/01-Jak V Brně dne 25. ledna 2001

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 7.12.2001 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 Tepelné zásobování Brno, a. s., Hlinky 68, 603 00 Brno, za niž jedná Ing. Rostislav Slavotínek, předseda představenstva, učiněných při zadávání veřejných zakázek:

1. „Rekonstrukce výměníkové stanice HO 10 Brno – Vaculíkova“
zadané písemnou výzvou ze dne 20.4.2001 více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle § 49 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb. a zákona č. 39/2001 Sb.,

2. „Rekonstrukce ohřevu TUV VS Kosmákova 46a“
zadané písemnou výzvou ze dne 20.4.2001 více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle § 49 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb. a zákona č. 39/2001 Sb.,

rozhodl takto:

Zadavatel Tepelné zásobování Brno, a. s., závažně porušil při zadávání veřejné zakázky

1. **„Rekonstrukce výměníkové stanice HO 10 Brno – Vaculíkova“**

- ustanovení **§ 49 odst. 4 písm. a)** zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb. a zákona č. 39/2001 Sb., v návaznosti na **§ 2h odst. l** a **§ 2g** téhož zákona tím, že nejednoznačně vymezil předmět plnění veřejné zakázky v zadávací dokumentaci včetně možnosti podání variantního řešení,
- ustanovení **§ 49 odst. 9** posledně cit. zákona tím, že z další účasti ve veřejné zakázce nevyloučil uchazeče Zahradník Z. s. r. o., Brno, který neprokázal splnění kvalifikačních předpokladů podle § 2b odst. 1 písm. a), d) a f) způsobem stanoveným v § 2c odst. 1 téhož zákona a jeho nabídku dále hodnotil a vybral jako nejvhodnější, čímž dále závazně porušil ustanovení **§ 11 odst. l** téhož zákona, neboť uvedeného uchazeče zvýhodnil oproti ostatním uchazečům o veřejnou zakázku.

2. **„Rekonstrukce ohřevu TUV VS Kosmákova 46a“**

- ustanovení **§ 49 odst. 4 písm. a)** zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb. a zákona č. 39/2001 Sb., v návaznosti na **§ 2h odst. l** a **§ 2g** téhož zákona tim, že nejednoznačně vymezil předmět plnění veřejné zakázky v zadávací dokumentaci včetně možnosti podání variantního řešení,
- ustanovení **§ 49 odst. 9** posledně cit. zákona tím, že z další účasti ve veřejné zakázce nevyloučil uchazeče Zahradník Z. s. r. o., Brno, a uchazeče TEVOX spol. s r. o., Brno, kteří neprokázali kvalifikační předpoklady podle § 2b odst. 1 způsobem stanoveným v § 2c odst. 1 téhož zákona a jejich nabídky dále hodnotil a rovněž tím, že uchazeče Tenza, a. s., Brno, který před uzavřením smlouvy neprokázal splnění kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1 písm. d) způsobem stanoveným v § 2c odst. 2 písm. b) v návaznosti na § 2b odst. 2 téhož zákona, nevyloučil z další účasti ve veřejné zakázce, čímž dále závazně porušil ustanovení **§ 11 odst. l** téhož zákona, neboť uvedeného uchazeče zvýhodnil oproti ostatním uchazečům o veřejnou zakázku.

Za uvedená zjištěná závažná porušení zákona o zadávání veřejných zakázek se zadavateli Tepelné zásobování Brno, a. s., 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 pokuta** ve výši **10 000,- Kč** (slovy deset tisíc korun českých). Pokuta je splatná do jednoho měsíce 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 2230115001.

O d ů v o d n ě n í

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) obdržel podnět vedený pod č.j. P 139/01-151 týkající se postupu a úkonů zadavatele Tepelné zásobování Brno, a. s., Hlinky 68, 603 00 Brno, za niž jedná Ing. Rostislav Slavotínek, předseda představenstva, (dále jen „zadavatel“), který je zadavatelem podle § 2 písm. b) bod 2. zákona č. 199/1994 Sb.,

o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb. a zákona č. 39/2001 Sb. (dále jen „zákon“), učiněných při zadávání veřejných zakázek:

1. „Rekonstrukce výměníkové stanice HO 10 Brno – Vaculíkova“,
2. „Rekonstrukce ohřevu TUV VS Kosmákova 46a“.

Po přezkoumání průběhu zadávání veřejných zakázek získal orgán dohledu pochybnosti o správnosti úkonů a postupů zadavatele při jejich zadávání, a proto zahájil správní řízení z vlastního podnětu, jehož účastníkem je zadavatel. Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu zadavateli jako jedinému účastníku správního řízení dopisem č. j. S 223/01-151/4858/01-Jak ze dne 6.12.2001, v němž zadavatele rovněž seznámil s předběžnými výsledky šetření a poskytl mu možnost se k těmto výsledkům vyjádřit, popřípadě navrhnout doplnění šetření. Zadavatel obdržel oznámení o zahájení správního řízení dne 7.12.2001 a tímto dnem bylo ve smyslu § 18 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb. a zákona č. 227/2000 Sb., zahájeno správní řízení.

Zadavatel své stanovisko k oznámení zahájení správního řízení sdělil dopisem ze dne 19.12.2001, jehož podstatný obsah týkající se jednotlivých šetřených veřejných zakázek je uveden vždy v příslušné části odůvodnění s tím, že některé argumenty orgán dohledu uznal a dále se jimi v odůvodnění rozhodnutí nezabýval.

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

Způsob zadání veřejných zakázek

Podle § 67 odst. 1 zákona je při použití tohoto zákona rozhodující celková výše peněžitého závazku bez daně z přidané hodnoty, který vznikne zadavateli ze zadání veřejné zakázky, spočívající v plnění stejného nebo srovnatelného druhu.

Z ustanovení § 49a odst. 1 zákona vyplývá, že u veřejných zakázek, u kterých výše budoucího peněžitého závazku ze smlouvy činí více než 500 000 Kč bez daně z přidané hodnoty, ale nepřesáhne limity uvedené v § 49 odst. 1 zákona (2 500 000 Kč jde-li o nemovitost s výjimkou nájmu nebo o soubor strojů nebo zařízení tvořících samostatný funkční celek, a 1 000 000 Kč v ostatních případech), je zadavatel povinen vyžádat si před zadáním veřejné zakázky nabídky nejméně od tří zájemců. V této souvislosti orgán dohledu poznamenává, že dne 26.4.2001 nabyl účinnosti zákon č. 142/2001 Sb., kterým se změnily limity pro jednotlivé způsoby zadávání veřejných zakázek (navýšily).

Podle výše sjednaného závazku a předmětu plnění obou veřejných zakázek mohly tedy být předmětné veřejné zakázky zadávané podle § 49a zákona a nikoliv tedy podle § 49 zákona, jak zadavatel uvedl ve výzvě. Ve svém vyjádření ze dne 19.12.2001 zadavatel uvedl, že z pohledu výše závazku se jednalo o uzavření smlouvy ve smyslu ustanovení § 49a zákona, avšak administrativní chybou deklaroval učiněnou výzvu jako výzvu podle § 49 zákona.

Orgán dohledu nemůže přijmout zadavatelovo vyjádření, neboť zadavatel při volbě způsobu zadání musí v souladu se zákonem zvolit postup zadání veřejné zakázky. V případě, že zvolí jiný, tj. „přísnější“ postup, který oznámí v zadání veřejné zakázky, je povinen stanovený postup dodržet. V případě dvou šetřených zakázek, které jsou způsobem zadání, datem zadání, obsahem výzvy a zadávací dokumentací shodné s náležitostmi zadání podle § 49, nikoliv dle § 49a zákona, se zadavatelovo vyjádření zaslané orgánu dohledu až po oznámení o zahájení správního řízení odkazující na administrativní chybu, jeví jako účelové.

Orgán dohledu posuzoval tedy postup zadavatele při zadání obou předmětných veřejných zakázek podle způsobu zadání, který si zadavatel zvolil, tj. podle § 49 zákona.

V této souvislosti orgán dohledu konstatuje, že i v případě zadání veřejné zakázky podle § 49a zákona, kdy zadavatel uvede v zadání v souladu s § 49a odst. 1 písm. b) zákona další podmínky zadání, tj. např. požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů uchazečů, stávají se takto stanovené podmínky pro zadavatele závaznými a zadavatel musí podle nich postupovat. Tam, kde zákon dává možnost zadavateli stanovit další podmínky, je tedy na jeho rozhodnutí, zda v zadání další podmínky uvede a případně uvede i důsledky jejich nesplnění. Avšak při jejich stanovení včetně důsledků nesplnění nemůže zadavatel dobrovolně stanovené podmínky nad rámec zákona posléze nerespektovat.

1. „Rekonstrukce výměníkové stanice HO 10 Brno – Vaculíkova“

Veřejná zakázka byla zadána písemnou výzvou ze dne 20.4.2001 pěti zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky, rozeslanou průvodním dopisem ze dne 23.4.2001.

Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel celkem pět nabídek. Z důvodu neprokázání kvalifikačních předpokladů nebyl z další účasti ve veřejné zakázce vyloučen žádný z uchazečů.

Jako kritéria hodnocení nabídek zadavatel ve výzvě uvedl:

1. Celková nabídková cena
2. Reference
3. Záruka za jakost a záruční podmínky
4. Délka přerušení dodávky tepelné energie.

Jako nejvhodnější byla zadavatelem vybrána nabídka uchazeče Zahradník Z. s. r. o., Brno (dále jen „Zahradník“), se kterým zadavatel uzavřel dne 11.6.2001 smlouvu o dílo, ve které byla sjednána cena 1 438 515**,**-Kč vč. DPH.

K jednotlivým porušením zákona

- Podle ustanovení § 49 odst. 4 písm. a) zákona musí výzva k podání nabídky obsahovat plnění veřejné zakázky. Podle ustanovení § 2h odst. l je zadávací dokumentace souhrn údajů a informací nezbytných pro zpracování nabídky. Součástí zadávací dokumentace musí být i jednoznačné vymezení množství a druhu požadovaných prací, dodávek nebo služeb. Za úplnost a správnost údajů obsažených v zadávací dokumentaci odpovídá zadavatel.
  Podle ustanovení § 2g zákona variantní řešení v nabídce je přípustné, pokud není zadavatelem stanoveno jinak.
  Ve výzvě v bodě l. „Předmět veřejné zakázky“ je mimo jiné uvedeno, že předmět díla bude realizován zejména v rozsahu a za podmínek uvedených v zadávací dokumentaci.
  V zadávací dokumentaci v čl. 1 je mimo jiné uvedeno (citace): „Uchazeč je povinen do své nabídky zahrnout veškeré práce a dodávky, které jsou v zadávací dokumentaci obsaženy, bez ohledu na to, zda jsou obsaženy v textové nebo výkresové části. Kromě toho musí do své nabídky zahrnout i ty práce a dodávky, které sice v dokumentaci obsaženy nejsou, ale uchazeč je mohl nebo měl na základě svých odborných a technických znalostí předpokládat a zjistit. Jakákoliv pozdější změna z důvodu opomenutí nebo chyby uchazeče není možná.“ (konec citace).
  V uvedeném článku je dále uvedeno, že zadávací dokumentace obsahuje i výkaz výměr požadovaných prací a dodávek, zadavatel však nezaručuje jeho správnost a úplnost.

V čl. 3 „Podmínky realizace díla“ je uvedeno, že zhotovitel se zavazuje realizovat dílo v souladu s projektovou dokumentací. Odchylky od projektové dokumentace jsou přípustné jen na základě objektivních skutečností vyžadující alternativní řešení.
Zadavatel ve výzvě v bodě 8 „Další podmínky soutěže“ uvedl, že nepřipouští variantní řešení.
Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel vymezil nejednoznačně předmět plnění veřejné zakázky v zadávací dokumentaci včetně možnosti podání variantního řešení, čímž závažně porušil ustanovení § 49 odst. 4 písm. a) zákona v návaznosti na § 2h odst. 1 a § 2g zákona.

- Podle ustanovení § 49 odst. 4 písm. b) výzva k podání nabídky musí obsahovat požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů. Podle § 49 odst. 9 zákona neprokáže-li uchazeč některý z kvalifikačních předpokladů, musí ho zadavatel z další účasti na veřejné zakázce vyloučit.
  Zadavatel v bodě 3. výzvy nazvaném „Požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů uchazečů“ uvedl, že požaduje doložit v nabídkách kvalifikační předpoklady v rozsahu § 2b způsobem dle § 2c zákona. Dále je zde uvedeno, že v případě podání nabídky uchazečem, který předpokládá splnění zakázky s pomocí jiných osob, postačí prokáže-li kvalifikační předpoklady pouze uchazeč, a to v případě, že vlastní oprávnění k podnikání na celý předmět veřejné zakázky. Pokud uchazeč nevlastní oprávnění k podnikání na celý předmět veřejné zakázky a jeho část předpokládá splnit pomocí jiných osob, musí tyto osoby prokázat splnění kvalifikačních předpokladů podle § 2b odst. 1 písm. a) zákona. Pokud uchazeč nepředloží zadavatelem požadované doklady nebo nepředloží jejich stejnopisy s ověřením jejich pravosti, bude to důvodem pro vyloučení nabídky uchazeče ze soutěže.
  Projektová dokumentace k uvedené zakázce je rozdělena na část technologickou (strojní část a úpravy rozvodů vody), elektroinstalaci a MaR a stavební část – stavební úpravy.
  Orgán dohledu zjistil, že nabídka obchodní společnosti Zahradník neobsahuje doklady o splnění kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1 písm. a) způsobem stanoveným v § 2c odst. l zákona, tj. oprávnění k podnikání včetně výpisu z obchodního rejstříku na celý předmět veřejné zakázky (uchazeč doložil ve své nabídce výpis s obchodního rejstříku a živnostenské listy s předmětem činnosti „Vodoinstalatérství, topenářství“ a „Montáže vyhrazených plynových zařízení“, není tedy doloženo oprávnění k podnikání na multiprofesní živnost stavební, nejsou ani uvedeni případní subdodavatelé). Nabídka rovněž neobsahuje doklady o splnění kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 2b odst. 1 písm. d) způsobem stanoveným v § 2c odst.1 zákona (ne-obsahuje čestné prohlášení příslušné osoby), doklady o splnění kvalifikačního před-pokladu podle § 2b odst. 1 písm. f) způsobem stanoveným v § 2c odst. 1 zákona (neobsahuje prohlášení o penále na veřejném zdravotním pojištění nebo na sociálním pojištění a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti).
  Zadavatel ve svém vyjádření k oznámení o zahájení správního řízení uvedl (zestručněno), že evidoval, ale neposuzoval splnění kvalifikačních předpokladů, z tohoto důvodu žádného uchazeče nevyloučil a nabídky nehodnotil. Dále zadavatel uvedl, že své rozhodnutí opíral o ustanovení § 3 odst. 4 zákona a že podle jeho názoru žádný z uchazečů nebyl jeho postupem poškozen.
  Zadavatel uchazeče Zahradník nevyloučil z další účasti ve veřejné zakázce, čímž závažně porušil § 49 odst. 9 zákona a současně i ustanovení § 11 odst. 1 téhož zákona tím, že uvedeného uchazeče zvýhodnil vůči ostatním uchazečům o veřejnou zakázku, resp. ostatní uchazeče znevýhodnil proti uchazeči Zahradník.

2. **„Rekonstrukce ohřevu TUV VS Kosmákova 46a“**

Veřejná zakázka byla zadána písemnou výzvou ze dne 20.4.2001 pěti zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky, rozeslanou průvodním dopisem ze dne 23.4.2001.

Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel celkem pět nabídek. Z důvodu neprokázání kvalifikačních předpokladů nebyl z další účasti ve veřejné zakázce vyloučen žádný z uchazečů.

Jako kritéria hodnocení nabídek zadavatel ve výzvě uvedl:

1. Celková nabídková cena
2. Reference
3. Záruka za jakost a záruční podmínky
4. Délka přerušení dodávky tepelné energie.

Jako nejvhodnější byla zadavatelem vybrána nabídka uchazeče Tenza, a. s., Brno (dále jen „Tenza“), se kterým zadavatel uzavřel dne 4.6.2001 smlouvu o dílo, ve které byla sjednána cena 1 902 721,80-Kč vč. DPH.

K jednotlivým porušením zákona

- Ve výzvě v bodě l. „Předmět veřejné zakázky“ je mimo jiné uvedeno, že předmět díla bude realizován zejména v rozsahu a za podmínek uvedených v zadávací dokumentaci.
  V zadávací dokumentaci v čl. 1 je mimo jiné uvedeno (citace): „Uchazeč je povinen do své nabídky zahrnout veškeré práce a dodávky, které jsou v zadávací dokumentaci obsaženy, bez ohledu na to, zda jsou obsaženy v textové nebo výkresové části. Kromě toho musí do své nabídky zahrnout i ty práce a dodávky, které sice v dokumentaci obsaženy nejsou, ale uchazeč je mohl nebo měl na základě svých odborných a technických znalostí předpokládat a zjistit. Jakákoliv pozdější změna z důvodu opomenutí nebo chyby uchazeče není možná.“ (konec citace).
  V uvedeném článku je dále uvedeno, že zadávací dokumentace obsahuje i výkaz výměr požadovaných prací a dodávek, zadavatel však nezaručuje jeho správnost a úplnost.
  V čl. 3 „Podmínky realizace díla“ je uvedeno, že zhotovitel se zavazuje realizovat dílo v souladu s projektovou dokumentací. Odchylky od projektové dokumentace jsou přípustné jen na základě objektivních skutečností vyžadující alternativní řešení.
  Zadavatel ve výzvě v bodě 8 „Další podmínky soutěže“ uvedl, že nepřipouští variantní řešení.
  Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel vymezil nejednoznačně předmět plnění veřejné zakázky v zadávací dokumentaci včetně možnosti podání variantního řešení, čímž závažně porušil ustanovení § 49 odst. 4 písm. a) zákona v návaznosti na § 2h odst. 1 a § 2g zákona (bližší odůvodnění viz v bodě l.).

- Veřejná zakázka je podle zadávací dokumentace rozdělena na část stavební, ústřední vytápění – strojní část + ZTI, měření a regulace a elektroinstalace.
  Orgán dohledu zjistil, že nabídka uchazeče obchodní společnosti TEVOX spol. s r. o., Brno (dále jen „TEVOX“), neobsahuje doklady o splnění kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1 písm. a) způsobem stanoveným v § 2c odst. 1 a 3 zákona (výpis z obchodního rejstříku a oprávnění k podnikání – živnostenské listy – nebyly doloženy v originále nebo v ověřené kopii) a rovněž doklady o splnění kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1 písm. f) způsobem stanoveným v § 2c odst. 1 zákona (neobsahuje prohlášení o penále na veřejném zdravotním pojištění nebo na sociálním pojištění a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti). Dále orgán dohledu zjistil, že nabídka obchodní společnosti Zahradník neobsahuje doklady o splnění kvalifikačního předpokladu

podle §2b odst. 1 písm. a) způsobem stanoveným v § 2c odst. l a 3 zákona, tj. oprávnění k podnikání včetně výpisu z obchodního rejstříku na celý předmět veřejné zakázky (uchazeč doložil ve své nabídce výpis s obchodního rejstříku a živnostenské listy s předmětem činnosti „Vodoinstalatérství, topenářství“ a „Montáže vyhrazených plynových zařízení“, a není tedy doloženo oprávnění k podnikání pro multiprofesní živnost stavební, nejsou ani uvedeni případní subdodavatelé, přičemž listiny nejsou doloženy v originále nebo v ověřené kopii. Nabídka obsahuje prohlášení uchazeče, že kvalifikační předpoklady v ověřených kopiích jsou doloženy v nabídce na akci „Rekonstrukce výměníkové stanice HO 10 Vaculíkova“). Nabídka uchazeče Zahradník rovněž neobsahuje doklady o splnění kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 2b odst. 1 písm. d) způsobem stanoveným v § 2c odst. 1 zákona (neobsahuje čestné prohlášení příslušné osoby), doklady o splnění kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1 písm. f) způsobem stanoveným v § 2c odst. 1 zákona (neobsahuje prohlášení o penále na veřejném zdravotním pojištění nebo na sociálním pojištění a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti).
Zadavatel uchazeče Zahradník a uchazeče TEVOX nevyloučil z další účasti ve veřejné zakázce, čímž závažně porušil § 49 odst. 9 zákona.

- Dokumentace neobsahovala doklady o splnění kvalifikačních předpokladů podle § 2b odst. 1 písm. d) a f) způsobem stanoveným v § 2c odst. 2 písm. b) a c) zákona (výpisem z evidence Rejstříku trestů příslušné osoby, potvrzení příslušného orgánu), které je povinen prokázat vybraný uchazeč před uzavřením smlouvy. Podle ustanovení § 2b odst. 2 zákona se podmínka v § 2b odst. 1 písm. d) zákona vztahuje na všechny členy statutárního orgánu.
  Zadavatel zaslal orgánu dohledu spolu se svým vyjádřením i ověřené doklady uchazeče TENZA, a to výpis z obchodního rejstříku, ověřený výpis z evidence Rejstříku trestů dvou členů představenstva, potvrzení Finančního úřadu Brno II, potvrzení Všeobecné zdravotní pojišťovny a Oborové zdravotní pojišťovny a Městské správy sociálního zabezpečení Brno, svědčící o neevidování nedoplatků na příslušném pojistném a na penále. Všechny uvedené doklady jsou datovány přede dnem uzavření smlouvy.
  Zadavatel výše uvedeným postupem porušil závažným způsobem ustanovení § 49 odst. 9 zákona tím, že uchazeče TENZA, který před uzavřením smlouvy neprokázal splnění kvalifikačních předpokladů podle § 2b odst. 1 písm. d) způsobem stanoveným v § 2c odst. 2 písm. b) v návaznosti na § 2b odst. 2 téhož zákona, nevyloučil z další účasti ve veřejné zakázce, čímž dále závazně porušil ustanovení § 11 odst. l téhož zákona, neboť uvedeného uchazeče zvýhodnil oproti ostatním uchazečům o veřejnou zakázku (bližší odůvodnění viz v bodě l.). V této souvislosti orgán odhledu uvádí, že podle výpisu z obchodního rejstříku má představenstvo společnosti TENZA tři členy a že povinnost prokázat kvalifikační předpoklad dle § 2b odst. 1 písm. d) se vztahuje dle § 2b odst. 2 na všechny členy statutárního orgánu.

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., může uložit zadavateli za závažné či opětovné porušení zákona pokutu do výše 1 % ceny zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel již uzavřel smlouvy na plnění šetřené veřejné zakázky a že nelze dosáhnout nápravy fakticky, orgán dohledu přistoupil k uložení pokuty, neboť porušení zákona, kterých se zadavatel při zadávání šetřených veřejných zakázek dopustil, jsou porušení závažná.

Podle § 52 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., dohled nad dodržováním zákona spočívá mimo jiné i v přezkoumávání úkonů zadavatele a v kontrole postupů zadavatelů při zadávání veřejných zakázek, jakož i 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, tj. 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.

Cena veřejných zakázek, při jejichž zadání se zadavatel dopustil závažných porušení zákona, za která může být zadavateli uložena pokuta, činí 3 341 236,80 Kč. Horní hranice možné pokuty (1 % z uvedené ceny veřejných zakázek) tak činí 33 412,36 Kč. Orgán dohledu zvolil pokutu cca ve výši třetiny zákonného limitu i s ohledem ke skutečnosti, že zadavatel si zvolil sám postup podle § 49 zákona, i když mohl veřejné zakázky zadat postupem podle § 49a zákona a porušení zákona bylo u něj zjištěno poprvé. Při rozhodování o výši pokuty přihlédl orgán dohledu rovněž ke skutečnosti, že zadavatel při zadávání šetřených veřejných zakázek závažným způsobem porušil zásady rovného a transparentního přístupu ke všem uchazečům o veřejnou zakázku, které jsou základními principy a které musí zadavatel aplikovat v procesu zadávání veřejných zakázek. Princip rovného přístupu k uchazečům, který zákonodárce zakotvil v ustanovení § 11 zákona, je rovněž obligatorním principem při pořádání výběrových řízení v podmínkách zemí EU, přičemž je na něj kladen důraz v rozhodovací praxi Evropského soudního dvora (viz. např. č. j. C – 87/94 ze dne 25.4.1996).

Před uložením pokuty orgán dohledu zkoumal, zda je naplněna podmínka uvedená ve větě druhé § 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., 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, kdy došlo k tomuto porušení (smlouvy na plnění předmětných veřejných zakázek byly uzavřeny v roce 2001 a orgán dohledu obdržel podnět k prošetření veřejných zakázek dne 30.10. 2001).

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., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb. a zákona č. 39/2001 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 např. rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2A 5/99).

Vyslovené názory orgánu dohledu k problematice jednotlivých porušení zákona 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. a zákona č. 39/2001 Sb.,

vychází rovněž z již vydaných rozhodnutí orgánu dohledu v obdobné věci (např. S 56/01-151, S 107/01-151 a S 147/01-151).

Vzhledem ke zjištěným závažným porušením zákona a po posouzení a zhodnocení všech výše uvedených důkazů a skutečností, uložil orgán dohledu zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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:

Tepelné zásobování Brno, a. s., Hlinky 68, 603 00 Brno
zast. Ing. Rostislavem Slavotínkem