



UOHSX003LV8L

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S41/2011/VZ-8783/2011/530/SWa

V Brně dne 25. srpna 2011

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů ve správním řízení zahájeném dne 28. 1. 2011 na návrh ze dne 28. 1. 2011, jehož účastníky jsou

- zadavatel – statutární město Liberec, IČ 00262978, náměstí Dr. E. Beneše 1, 460 59 Liberec, zastoupené Martinou Rosenbergovou, primátorkou,
- navrhovatel - SYNER, s. r. o., IČ 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec, za niž jedná Ing. Dalibor Koblík a Ing. Martin Borovička, jednatelé, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 24. 1. 2011 JUDr. Jaromírem Bláhou, advokátem, Advokátní kancelář Němec, Bláha & Navrátilová, s. r. o., IČ 28509951, se sídlem Prvního pluku 206/7, 186 00 Praha 8 – Karlín,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Revitalizace Soukenného náměstí - realizace“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod ev. č. 60047789 dne 26. 7. 2010 ve znění oprav ze dne 13. 8. 2010, a jehož zrušení bylo uveřejněno pod stejným ev. č. dne 7. 1. 2011,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – statutární město Liberec, IČ 00262978, náměstí Dr. E. Beneše 1, 460 59 Liberec – nedodržel postup stanovený v § 84 odst. 2 písm. e) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když zrušil zadávací řízení, aniž by se v jeho průběhu

vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nebylo možné po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů ruší rozhodnutí zadavatele ze dne 21. 12. 2010 o zrušení zadávacího řízení ve věci veřejné zakázky „Revitalizace Soukenného náměstí - realizace“.

II.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli statutárnímu městu Liberec, IČ 00262978, náměstí Dr. E. Beneše 1, 460 59 Liberec, **ukládá:**

uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

III.

Zadavatel – statutární město Liberec, IČ 00262978, náměstí Dr. E. Beneše 1, 460 59 Liberec – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. e) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů tím, že zrušil zadávací řízení v rozporu s § 84 citovaného zákona.

IV.

Zadavatel – statutární město Liberec, IČ 00262978, náměstí Dr. E. Beneše 1, 460 59 Liberec – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů tím, že postupoval při vyřizování námitek společnosti SYNER, s. r. o., IČ 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec, proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení v rozporu § 111 odst. 1 citovaného zákona.

V.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku III. a IV. se zadavateli statutárnímu městu Liberec, IČ 00262978, náměstí Dr. E. Beneše 1, 460 59 Liberec, podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů **ukládá**

pokuta ve výši 100 000 Kč (sto tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno.

ODŮVODNĚNÍ

1. Statutární město Liberec, IČ 00262978, náměstí Dr. E. Beneše 1, 460 59 Liberec, zastoupené Martinou Rosenbergovou, primátorkou, (dále jen „zadavatel“) uveřejnilo podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) v informačním systému o veřejných zakázkách pod ev. č. 60047789 dne 26. 7. 2010 ve znění oprav ze dne 13. 8. 2010 oznámení o zahájení otevřeného řízení za účelem zadání podlimitní veřejné zakázky „Revitalizace Soukenného náměstí - realizace“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky byla nejnižší nabídková cena.
3. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 16. 8. 2010 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel deset nabídek. Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 3. 9. 2010 vyplývá, že po provedeném posouzení nabídek hodnotící komise vyřadila celkem pět nabídek, čtyři pro nesplnění požadavků zadavatele uvedených v zadávací dokumentaci a jednu pro neodůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Po provedeném posouzení a hodnocení zbývajících pěti nabídek rozhodl zadavatel, že nejvhodnější nabídku podal uchazeč SYNER, s. r. o., IČ 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec, za níž jedná Ing. Dalibor Koblík a Ing. Martin Borovička, jednatele, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 24. 1. 2011 JUDr. Jaromírem Bláhou, advokátem, Advokátní kancelář Němec, Bláha & Navrátilová, s. r. o., IČ 28509951, se sídlem Prvního pluku 206/7, 186 00 Praha 8 – Karlín, (dále jako „vybraný uchazeč“ nebo „navrhovatel“).
4. Zadavatel dne 21. 12. 2010 rozhodl o zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona s odůvodněním, že zadavatel nemá dostatek finančních prostředků ke kompletní realizaci předmětu veřejné zakázky, neboť prozatím nedošlo ke schválení rozpočtu na rok 2011. Jako další důvod uvedl zadavatel snahu nového vedení města řešit rekonstrukci libereckých náměstí koncepčně a koordinovaně.
5. Navrhovatel podal dopisem ze dne 5. 1. 2011 námitky proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení, které zadavatel obdržel dne 6. 1. 2011. Jelikož zadavatel nevyřídil námitky podle § 111 odst. 1 zákona, navrhovatel podal dopisem ze dne 28. 1. 2011 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).
6. Úřad obdržel návrh dne 28. 1. 2011 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Stejnopis návrhu byl zadavateli doručen téhož dne.
7. Navrhovatel je přesvědčen, že rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení je v přímém rozporu s § 6 a § 84 odst. 2 písm. e) zákona, a proto podal proti rozhodnutí zadavatele o zrušení předmětného zadávacího řízení námitky. Navrhovatel uvádí, že v rozporu s § 111 odst. 1

zákona do dne podání návrhu neobdržel písemné rozhodnutí zadavatele o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv a z jakých důvodů.

8. Navrhovatel namítá, že podle ustálené rozhodovací praxe Úřadu možnost zrušit zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona předpokládá skutečnosti, které jsou objektivní, a tedy nezávislé na vůli zadavatele. Důvodem pro zrušení celého zadávacího řízení by pak měly být pouze takové skutečnosti, které nelze vyřešit přijmutím opatření k nápravě a které mají vliv např. na zákonnost zadávacího řízení a celého postupu zadavatele. Mezi skutečnosti, jež jsou důvodem pro zrušení veřejné zakázky, lze obecně zařadit nedostatek finančních prostředků potřebných k plnění veřejné zakázky, který nastal mimořádně, nepředvídaně a v průběhu zadávacího řízení.
9. Navrhovatel poukazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu Afs 64/2009-109, ve kterém se soud k výkladu důvodů pro zrušení zadávacího řízení vyjádřil tak, že zrušení zadávacího řízení musí být vykládáno restriktivně, proto je třeba ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona a zejména slovní spojení „důvody zvláštního zřetele hodné“ vykládat jako důvody objektivní, stojící vně veřejného zadavatele, nikoliv jako důvody subjektivního rázu, které by popřely smysl uvedeného ustanovení zákona. Obdobný přístup podle názoru navrhovatele vyznávají i autoři komentářové literatury, podle kterých ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) a e) zákona obsahují zvláštní možnosti zadavatele zrušit zadávací řízení v situacích, v nichž se zadavatel ocitne zpravidla v důsledku působení některé vnější, nepředvídatelné události. Dle uvedených ustanovení má zadavatel právo zrušit zadávací řízení například tehdy, pokud mu byla na veřejnou zakázku přislíbena dotace a před ukončením zadávacího řízení je zřejmé, že zadavatel tuto dotaci neobdrží, nebo pokud je na majetek zadavatele v průběhu zadávacího řízení prohlášen konkurs, nebo zadavatel vstoupí do likvidace, nebo v důsledku živelné pohromy nelze po zadavateli spravedlivě požadovat, aby dokončil zadávací řízení na plnění, které již s ohledem na živelnou událost objektivně nemůže požadovat, atp.
10. Podle navrhovatele je zřejmé, že důvody uvedené zadavatelem v předmětném rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení neodpovídají žádnému z důvodů uvedených v § 84 odst. 2 zákona, a to včetně důvodu pod písmenem e), na nějž zadavatel odkazuje. Oba důvody použité zadavatelem při zrušení předmětného zadávacího řízení totiž nejsou důvody objektivními, nastalými nezávisle na vůli zadavatele.
11. Navrhovatel tvrdí, že nedostatek finančních prostředků ke kompletní realizaci předmětu plnění veřejné zakázky není objektivním důvodem pro zrušení zadávacího řízení, neboť schválení rozpočtu je plně v kompetenci samotného zadavatele, jakožto územního samosprávného celku. Neschválení rozpočtu tedy nemůže představovat objektivní důvod, tj. nezávislý na vůli zadavatele. Navrhovatel dále poukazuje na skutečnost, že není zřejmá souvislost neschválení rozpočtu s tvrzeným nedostatkem finančních prostředků. Pakliže se zadavatel rozhodl předmětnou veřejnou zakázku zadat, bylo podle navrhovatele jeho povinností vyhradit pro tento účel potřebné finanční prostředky. Podle názoru navrhovatele je zadavatel vždy povinen před zahájením zadávacího řízení zvážit, zda má na realizaci předmětné veřejné zakázky dostatek finančních prostředků či nikoliv a podle toho buď

zahájit zadávací řízení a pokračovat v něm až do uzavření smlouvy, nebo v případě nedostatku finančních prostředků toto zadávací řízení vůbec nezahajovat. Pakliže bylo předmětné zadávací řízení z titulu tehdejšího finančního krytí již zahájené, tak pokud se nevyskytnou takové relevantní, objektivní a na vůli zadavatele zcela nezávislé překážky, pro které není možné v zadávacím řízení pokračovat, pak je i nové vedení města povinno v takto nastaveném zadávacím řízení dále pokračovat, neboť je vázáno právním stavem započatým předchozím vedením města.

12. Navrhovatel připomíná, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí dle bodu II.2.1. oznámení o zakázce 16 000 000 Kč bez DPH, přičemž navrhovatel ve své nabídce, která byla vybrána jako nejvhodnější dle kritéria nejnižší nabídkové ceny, nabídl cenu 14 389 266,18 Kč bez DPH, tedy cenu výrazně nižší. Navrhovatel rovněž zdůrazňuje, že pro účely revitalizace plochy Soukenného náměstí v Liberci zastupitelstvo města schválilo dne 28. 1. 2010 na svém zasedání přijetí finančního daru ve výši 3 000 000 Kč od společnosti Multi Veste Czech Republic 9, s. r. o., IČ 27643191, se sídlem Praha 1, Olivová 4/2096, 110 00 Praha 1. Ve svém důsledku by tak úspora zadavatele při realizaci veřejné zakázky činila oproti předpokládané hodnotě zakázky částku cca 5 000 000 Kč.
13. Pokud se jedná o druhý důvod použitý zadavatelem (snaha vedení zadavatele řešit rekonstrukce libereckých náměstí koncepčně a koordinovaně), pak se podle navrhovatele rovněž jedná o ryze subjektivní důvod. Zadavatel měl koncepčnost a koordinovanost rekonstrukce libereckých náměstí zohlednit již před vyhlášením zadávacího řízení. Změna zastupitelstva a s tím související změna „návoru na věc“ podle navrhovatele nemůže být objektivním důvodem pro zrušení zadávacího řízení a odlišné priority nového zastupitelstva zadavatele nemohou mít vliv na jeho závazky z minulosti.
14. Dle názoru navrhovatele dále nebyla při zrušení zadávacího řízení splněna ani podmínka bezodkladnosti vydání takového rozhodnutí. Ke zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona musí dojít bez zbytečného odkladu poté, co nastal důvod, o který se zrušení zadávacího řízení opírá. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel musel mít zcela jasné ekonomické povědomí o údajném nedostatku finančních prostředků již daleko dříve, než v prosinci 2010. Nedostatek finančních prostředků zadavatel mohl při vynaložení přiměřeného úsilí zjistit již při tvorbě plánu investičních výdajů pro rok 2011, tj. v době běhu zadávací lhůty.
15. Závěrem navrhovatel podotýká, že uchazeči vynakládají za účelem získání veřejné zakázky nemalé finanční, personální a administrativní prostředky na to, aby kvalitním zpracováním své nabídky získali předmětnou veřejnou zakázku. Podle navrhovatele by bylo proti smyslu zadávání veřejných zakázek ve světle dikce § 6 zákona, zejména pak zásady transparentnosti, pokud by zadavatel byl oprávněn zrušit zadávací řízení pouze z důvodu, že se na přelomu dvou rozpočtových roků rozhodne pro rok navazující nevyčlenit ve výdajové části rozpočtu příslušné prostředky, k jejichž uvolnění se byt prostřednictvím předchozího vedení města zavázal již při schválení a zahájení zadávacího řízení.

16. S ohledem na výše uvedené navrhovatel považuje za prokázané, že zadavatelem uvedené důvody pro zrušení zadávacího řízení byly ryze subjektivní a účelové, a proto navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí o zrušení veřejné zakázky ze dne 21. 12. 2010.
17. Vyjádření zadavatele k návrhu a dokumentaci o zadání veřejné zakázky obdržel Úřad dne 7. 2. 2011. Ke zrušení zadávacího řízení zadavatel uvádí, že se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, proto se zadavatel rozhodl zrušit zadávací řízení bez zbytečného odkladu. Zadavatel si vyhrazuje právo na doplnění tohoto vyjádření spolu s příslušnými podklady. K nevyřízení námitek navrhovatele zadavatel uvádí, že na straně zadavatele došlo k administrativnímu pochybení a námítka navrhovatele nebyly včas postoupeny oprávněnému zástupci zadavatele - primátorovi města Liberec, který měl přezkoumat oprávněnost podaných námitek. O podané námitce se oprávněný zástupce zadavatele dozvěděl až po přijetí návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a z tohoto důvodu oprávněný zástupce zadavatele nerozhodl o podané námitce ve stanoveném termínu.
18. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
19. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S41/2011/VZ-2460/2011/530/SWa ze dne 14. 2. 2011.
20. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S41/2011/VZ-2464/2011/530/SWa ze dne 14. 2. 2011 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Uvedeným usnesením Úřad rovněž stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonů – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení.
21. Doplnění vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 21. 2. 2011 obdržel Úřad dne 23. 2. 2011. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že hlavním zdrojem příjmů zadavatele jsou výnosy daní (62 %) a dotace ze státního rozpočtu a ze státních fondů (29 %) a většina výdajů je vázána do mandatorních a quasimandatorních výdajů. Podle rozpočtového výhledu statutárního města Liberec zpracovaného společností AQE v září 2010 může zadavatel v období let 2011 až 2015 investovat minimálně 15 000 000 Kč v roce 2011 a maximálně 25 000 000 Kč v roce 2013, aniž by uvažoval o cizích zdrojích. Z další analýzy vyplývá, že rozpočet zadavatele bude v příštích letech deficitní, dorovnávaný převážně dluhovými financováním. Zadavatel uvádí, že rozpočtový výhled byl zpracováván v létě roku 2010, a proto neobsahuje další legislativní změny a reformy, které byly přijaty vládou a parlamentem na podzim roku 2010 a které mají negativní dopad do hospodaření měst a obcí. Nejpodstatnějším zásahem do struktury financování měst je výpadek příspěvku na přenesený výkon státní správy, který budou muset města dofinancovat z vlastních finančních prostředků, což odčerpává finanční prostředky hlavně z kapitol investic a správy a údržby majetku.

22. Zadavatel zrušil zadávací řízení z důvodu nedostatku finančních prostředků ke kompletní realizaci předmětu plnění veřejné zakázky, což se podle zadavatele zakládalo na několika skutečnostech. Předně ve srovnání s předchozími roky došlo k poměrně razantnímu poklesu výdajů města, a to jak kapitálových tak běžných, celkem ve srovnání s rokem 2009 předpokládaný pokles o cca 300 000 000 Kč a z pohledu běžných výdajů počítá zadavatel s poklesem o 200 000 000 Kč. Pokles výdajů je způsoben především novým výdajem ve výši cca 170 000 000 Kč na splátku úroku na úhradu dluhopisu a povinnosti vložit každoročně 70 000 000 do amortizačního fondu, dále pak očekávaným významným poklesem příjmů z prodeje nemovitostí. Rozpočet města navrhuje nižší výdaje i ve srovnání s rozpočtovým výhledem, který předpokládal rezervu pouhých 15 000 000 Kč na kapitálové výdaje, což je částka, která nestačí ani na průběžné obnovování městského majetku. I tato skutečnost podle zadavatele dokládá, že byl nucen významným způsobem šetřit. K úpravě rozpočtu ve srovnání s návrhem minulého vedení města došlo okamžitě po nástupu nového vedení města, proto bylo zřejmé až těsně před koncem roku 2010, jaké akce si zadavatel bude moci v roce 2011 dovolit a jaké nikoliv. Realizace předmětné veřejné zakázky je z pohledu zadavatele investicí zbytnou, kterou lze odsunout na neurčito, až bude mít zadavatel dostatek finančních prostředků, a proto do rozpočtu zařazena nebyla.
23. Podle zadavatele je zřejmé, že zadavatel nebude mít v roce 2011 ze zcela objektivních příčin, nezávislých na jeho vůli, dostatek finančních prostředků na úhradu ceny veřejné zakázky. Změna míry a struktury příjmů města v důsledku hospodářské situace a legislativních změn na podzim roku 2010 spadá podle zadavatele pod legislativní pojem „důvody zvláštního zřetele hodné“ podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, neboť stojí vně zadavatele. Není-li objektivně dán dostatek finančních prostředků na zaplacení ceny díla, je podle názoru zadavatele atakován smysl dokončení zadávacího řízení, a zadavatel je naopak vystaven riziku další finanční újmy v důsledku porušení smluvních povinností.
24. Zadavatel uznává, že přehodnocení koncepce a následné koordinované řešení rekonstrukce libereckých náměstí a úprav veřejných prostranství je subjektivním důvodem zadavatele. Zadavatel však nehodlá vybrat jiný návrh a revitalizovat náměstí podle jiného projektu v důsledku jiného názoru. Vzhledem k výše popsaným ekonomickým okolnostem bude znova potřeba posoudit dosavadní plány i z hlediska nákladů investičních a provozních a zvolit ekonomickým možnostem odpovídající řešení. To se týká nejenom předmětné veřejné zakázky, ale i dalších libereckých náměstí - Nerudova, Tržního, Sokolovského, Papírenského a Třídy 1. Máje.
25. Z výše uvedených důvodů považuje zadavatel zrušení výběrového řízení za jediné možné řešení a je přesvědčen, že při zadávání předmětné veřejné zakázky ani při jejím zrušení nedošlo k porušení zákona.
26. Vyjádření navrhovatele ze dne 7. 3. 2011 obdržel Úřad dne 8. 3. 2011. Navrhovatel opětovně uvádí, že konstantní výkladová praxe jak Úřadu, tak soudů potvrzuje, že mezi skutečností, jež jsou důvodem pro zrušení veřejné zakázky, sice lze obecně zařadit nedostatek finančních prostředků potřebných k plnění veřejné zakázky, avšak takový nedostatek musel nastat mimořádně, nepředvídaně a v průběhu zadávacího řízení. Navrhovatel se domnívá,

že v mezidobí od zahájení zadávacího řízení 22. 7. 2010 do přijetí rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení 15. 12. 2010 nenastaly a zadavatel ani neprokázal existenci žádných okolností, které by náhlý nedostatek finančních prostředků ve vztahu k realizaci veřejné zakázky mohly odůvodnit.

27. K tvrzenému výpadku příspěvku na přenesený výkon státní správy navrhovatel uvádí, že realizace veřejné zakázky nespadá do přenesené působnosti obcí. Snížením nenárokového příspěvku není podle navrhovatele možné odůvodňovat snížení finančních prostředků pro již dříve schválenou veřejnou zakázku realizovanou v rámci samostatné působnosti obce. Navíc nedošlo k úplnému výpadku tohoto příspěvku, ale pouze k jeho ponížení. Na příspěvek ze státního rozpočtu na plnění úkolů v přenesené působnosti mají sice obce právní nárok, zákon však nestanoví, v jaké výši bude tento příspěvek poskytnut ani jaké procentuální náklady spojené s výkonem veřejné správy obcí bude krýt. Zadavatel tedy nemůže snížení tohoto příspěvku považovat za důvod pro zrušení předmětné veřejné zakázky.
28. Ke splátkám úroků na úhradu dluhopisů navrhovatel podotýká, že z Informačního memoranda zadavatele o dluhopisech s pohyblivým výnosem v celkové předpokládané jmenovité hodnotě 2 000 000 000 Kč splatných v roce 2025 vyhotoveného dne 25. 6. 2010 vyplývá, že emise dluhopisů byla schválena před vyhlášením veřejné zakázky. Povinnosti z tohoto memoranda vyplývající tak podle navrhovatele není možné využít jako objektivní důvody nastalé po vyhlášení veřejné zakázky odůvodňující její zrušení.
29. Vyjádření zadavatele ze dne 7. 3. 2011 obdržel Úřad dne 8. 3. 2011. Zadavatel navrhuje provést jako důkazy schválený rozpočet statutárního města Liberec pro rok 2011, Protokol o hlasování o rozpočtu statutárního města Liberec pro rok 2011, Rozpočtový výhled na roky 2011 - 2015 zpracovaný společností AQE Advisors a. s. v září 2010 a rovněž zaslané doplnění k vyjádření zadavatele ze dne 4. 2. 2011. Zadavatel dále navrhuje Úřadu slyšení svědka Mgr. Jana Korytáře, toho času primátora města.
30. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména zadávací dokumentace, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zrušení předmětného zadávacího řízení nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Ad výrok I. a III. – zrušení zadávacího řízení

31. Podle § 84 odst. 2 zákona zadavatel může bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení, pouze pokud
 - a) stanovil minimální počet zájemců, kteří mají podat žádost o účast, nebo potvrzení zájmu o účast v užším řízení, jednacím řízení s uveřejněním či soutěžním dialogu, a tento stanovený počet nebyl naplněn, popřípadě nebyl naplněn po posouzení kvalifikace,

- b) počet zájemců vyzvaných zadavatelem k podání nabídky v užším řízení, jednacím řízení s uveřejněním či soutěžním dialogu byl nižší či roven minimálnímu zákonnému počtu a nabídku podá menší počet uchazečů než zadavatelem vyzvaný,
- c) vybraný uchazeč, popřípadě uchazeč druhý v pořadí, odmítl uzavřít smlouvu nebo neposkytl zadavateli k jejímu uzavření řádnou součinnost podle § 82 odst. 3,
- d) odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a které zadavatel s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani je nezpůsobil,
- e) v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

32. Zadavatel rozhodl dne 21. 12. 2010 o zrušení zadávacího řízení s odkazem na § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Zadavatel v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení odůvodnil zrušení veřejné zakázky následovně:

(začátek citace) *„Důvodem pro zrušení této veřejné zakázky je fakt, že zadavatel nemá dostatek finančních prostředků ke kompletní realizaci předmětu plnění veřejné zakázky, neboť prozatím nedošlo ke schválení rozpočtu na rok 2011 a zadavatel tak nemá zajištěné financování této akce v příštím roce. Dalším podstatným důvodem je snaha nového vedení města řešit rekonstrukce libereckých náměstí koncepčně a koordinovaně.“* (konec citace)

33. Úřad k problematice zrušení zadávacího řízení obecně konstatuje, že zákon rozlišuje mezi zákonnou povinností zrušit zadávací řízení a fakultativní možností zadavatele zrušit zadávací řízení v případech stanovených zákonem. Obligatorně se zadávací řízení ruší podle § 84 odst. 1 zákona, fakultativně za podmínek stanovených § 84 v odst. 2 až 5 zákona.

34. Je zřejmé, že ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona předpokládá skutečnosti, které jsou objektivní, a tedy nezávislé na vůli zadavatele – slovy zákona „v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval“. Zadavatel by měl při posouzení oprávněnosti zrušení veřejné zakázky podle výše uvedeného ustanovení zákona zhodnotit, zda důvody pro zrušení veřejné zakázky splňují dvě podmínky vyplývající z citovaného ustanovení zákona, a to podmínku, že se důvody vyskytly „v průběhu“ zadávacího řízení, a že se jedná o důvody „zvláštního zřetele“.

35. V předmětném zadávacím řízení byl jako hlavní důvod zrušení zadavatelem označen nedostatek finančních prostředků z důvodu neschváleného rozpočtu na rok 2011. Mezi skutečnosti, jež jsou důvodem pro zrušení veřejné zakázky, lze obecně zařadit nedostatek finančních prostředků potřebných k plnění veřejné zakázky, který nastal mimořádně, nepředvídaně a v průběhu zadávacího řízení.

36. Záměr zadavatele zrušit zadávací řízení byl schválen zastupitelstvem města dne 15. 12. 2010, zadavatel pak zrušil zadávací řízení rozhodnutím ze dne 21. 12. 2010. Rozpočet statutárního města Liberec na rok 2011 byl schválen na zasedání zastupitelstva města dne 22. 12. 2010 (viz rozpočet předložený zadavatelem v rámci správního řízení a informace uveřejněné na webových stránkách zadavatele). V době, kdy zadavatel rozhodl o zrušení zadávacího

řízení, tedy ještě nebyl dán důvod, který zadavatel uvádí jako stěžejní pro svoje rozhodnutí. Nedostatek finančních prostředků tedy nenastal „v průběhu“ zadávacího řízení, ale až po jeho zrušení. Z tohoto pohledu nelze dovodit závěr, že zadavatel v dané době věděl, že předmětné zadávací řízení nebude schopen financovat a bude nucen zadávací řízení zrušit. Neschválení rozpočtu, tj. prozatímní nevyjasněnou finanční situaci zadavatele, nelze považovat za dostatečný důvod pro zrušení veřejné zakázky, neboť se jedná pouze o přechodný stav.

37. Úřad tedy konstatuje, že podmínka ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona, tj. aby se důvody hodné zvláštního zřetele vyskytly v průběhu zadávacího řízení, nebyla naplněna, neboť ke vzniku této okolnosti došlo až po zrušení předmětného zadávacího řízení.
38. Úřad dále uvádí, že s ohledem na cenu veřejné zakázky, tj. nabídkovou cenu vybraného uchazeče, který činila 14 389 266,18 Kč bez daně z přidané hodnoty, nepovažuje snížení příjmů v rozpočtu zadavatele z 1 967 169 000 Kč v roce 2010 na 1 571 444 000 Kč v roce 2011 za důvody hodné zvláštního zřetele, a to i s ohledem na skutečnost, že zadavateli byl poskytnut finanční dar ve výši 3 000 000 Kč od společnosti Multi Veste Czech Republic 9, s. r. o., IČ 27643191, se sídlem Olivova 4/2096, 110 00 Praha, určený výlučně pro účely realizace předmětu veřejné zakázky. Aby nedostatek finančních prostředků mohl být považován za důvod zvláštního zřetele hodný, který skutečně odůvodňuje zrušení zadávacího řízení, mělo by se jednat z hlediska faktické možnosti financování předmětu plnění veřejné zakázky o zásadní zásah do finanční situace zadavatele jako je např. nepřidělení původně přislíbené dotace určené pro realizaci předmětu veřejné zakázky, prohlášení konkursu, vstup do likvidace apod.
39. Zadavatel tedy v předmětném správním řízení neprokázal, že snížení rozpočtových prostředků mělo přímý dopad na financování dané veřejné zakázky. S tím souvisí rovněž vyjádření zadavatele, že při sestavování rozpočtu na rok 2011 se musel rozhodnout, které investice upřednostní a které odloží, a proto realizaci předmětu veřejné zakázky do rozpočtu na rok 2011 nezahrnul, neboť jde podle jeho názoru o investici zbytnou. Z tohoto pohledu nelze dovodit přímý dopad snížení rozpočtových prostředků na možnost či nemožnost financování předmětné veřejné zakázky.
40. K druhému důvodu zrušení zadávacího řízení uváděnému zadavatelem, tj. snaha nového vedení města řešit rekonstrukce libereckých náměstí koncepčně a koordinovaně, Úřad uvádí následující. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 21. 2. 2011 tento důvod vysvětlil tak, že nehodlá revitalizovat Soukenné náměstí podle jiného projektu v důsledku změny názoru, ale vzhledem k ekonomickým okolnostem hodlá přehodnotit dosavadní plány z hlediska nákladů investičních a provozních a zvolit ekonomickým možnostem odpovídající řešení i s ohledem na další liberecká náměstí. Ve skutečnosti se tedy nejedná o změnu koncepce řešení předmětu veřejné zakázky, ale pouze o změnu koncepce financování veřejné zakázky v důsledku nedostatku finančních prostředků v rozpočtu zadavatele na rok 2011. Nejedná se tedy o další důvod pro zrušení zadávacího řízení, ale o důvod, ke kterému se již Úřad vyjádřil výše. Z vyjádření zadavatele rovněž vyplývá, že se nejedná o veřejnou

zakázku, jejíž předmět by v budoucnu nebyl realizován z důvodu absence finančních prostředků.

41. K návrhu zadavatele ze dne 7. 3. 2011 na provedení důkazu výsledkem svědka Mgr. Jana Korytáře, toho času primátora města, Úřad uvádí, že na základě písemných podkladů zaslaných zadavatelem v průběhu zadávacího řízení a dokumentace o předmětné veřejné zakázce byl Úřad schopen v souladu s § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "správní řád") zjistit dostatečně stav věci. Provedení důkazu výsledkem svědka tedy s ohledem na uvedené nepovažoval Úřad za nutné.
42. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že nebyla naplněna podmínka pro zrušení zadávacího řízení stanovená v § 84 odst. 2 písm. e) zákona, a to, že v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

Ad výrok IV. – nevyřízení námitek

43. Podle § 110 odst. 2 zákona lze námitky podat proti všem úkonům zadavatele a stěžovatel je musí doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.
44. Podle § 111 odst. 1 zákona zadavatel přezkoumá podané námitky v plném rozsahu a do 10 dnů od obdržení námitek odešle stěžovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu. Vyhoví-li zadavatel námitkám, uvede v rozhodnutí způsob provedení nápravy.
45. Podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že odmítne námitky v rozporu s § 110 zákona anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111 zákona.
46. Rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení obdržel navrhovatel dne 23. 12. 2010. Navrhovatel podal ve lhůtě stanovené zákonem námitky směřující proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení, které zadavatel obdržel dne 6. 1. 2011.
47. Z předložené dokumentace o zadání veřejné zakázky vyplývá, že zadavatel námitky podané navrhovatelem ve lhůtě stanovené zákonem ani později nevyřídil.
48. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že nevyřídil námitky navrhovatele proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení podle § 111 odst. 1 zákona.

Nápravné opatření

49. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější

nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

50. Úřad je při rozhodování podle § 118 odst. 1 zákona povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky.
51. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad o zrušení úkonu zrušení zadávacího řízení, jak je uvedeno ve výroku I. rozhodnutí.

Náklady řízení

52. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí právní předpis. Podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, je zadavatel povinen uhradit náklady řízení o přezkoumání úkonů zadavatele paušální částkou v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 odst. 1 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000 Kč.
53. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím byl zrušen úkon zadavatele spočívající zrušení zadávacího řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
54. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2011000041.

Uložení sankce

55. Podle § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že
- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku,
 - b) nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo ji splní v rozporu s § 146 nebo 147,
 - c) uzavře smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1, ačkoli je podle tohoto zákona povinen toto oznámení uveřejnit,
 - d) uzavře smlouvu na veřejnou zakázku v rozporu s § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 nebo § 111 odst. 5 anebo v rozporu s předběžným opatřením dle § 117 odst. 1,

- e) zruší zadávací řízení v rozporu s § 84,
 - f) nepořídí nebo neučová dokumentaci podle § 109 nebo 155, nebo
 - g) odmítne námitky v rozporu s § 110 anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111.
56. V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že zrušil zadávací řízení, aniž byly splněny podmínky podle § 84 zákona. Zadavatel tak naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. e) zákona.
57. Zadavatel se rovněž dopustil správního deliktu tím, že o námitkách navrhovatele nerozhodl podle § 111 odst. 1 zákona. Zadavatel tak naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. g) zákona.
58. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
59. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správních deliktů dozvěděl dne 28. 1. 2011, kdy obdržel návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Ke spáchání správních deliktů došlo dne 21. 12. 2010, kdy zadavatel rozhodl o zrušení zadávacího řízení, a dne 16. 1. 2011, kdy marně uplynula lhůta pro vyřízení námitek navrhovatele. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
60. Podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), e), f) nebo g).
61. V souladu se zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, tj. deliktu, za který je možno uložit nejpřísnější sankci (nejvyšší pokutu). Vzhledem k tomu, že za správní delikty uvedené ve výroku III. a IV. rozhodnutí je sankce stejně přísná, proto se Úřad zabýval otázkou, který delikt je v šetřeném případě závažnější.
62. Podle § 114 odst. 5 zákona pokud zadavatel nevyřídil námitky podle § 111 odst. 1 zákona, lze návrh na uložení opatření k nápravě doručit Úřadu a zadavateli nejpozději do 25 kalendářních dnů ode dne odeslání námitek stěžovatelem. Z citovaného ustanovení zákona vyplývá, že navrhovatel se mohl účinně bránit i v případě neodeslání rozhodnutí o námitkách navrhovatele v zákonem stanovené lhůtě, tedy i v případě spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona.
63. S odkazem na absorpční zásadu správního trestání uložil Úřad pokutu za delikt závažnější z hlediska jeho dopadu na průběh zadávacího řízení, což je v daném případě delikt podle § 120 odst. 1 písm. e) zákona, jehož se zadavatel dopustil tím, že zrušil zadávací řízení v rozporu s § 84 zákona.

64. Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlédně k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
65. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zrušení zadávacího řízení, aniž byly splněny podmínky ustanovení § 84 zákona, je jedním z nejméně zásadních zásahů do průběhu zadávacího řízení. Přesto však v předmětné věci, i když nebyly naplněny všechny podmínky ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona pro zrušení zadávacího řízení, vzhledem ke všem okolnostem nejvíce jednání zadavatele znaky účelovosti a úmyslu postupovat v rozporu se zákonem, což Úřad shledal jako polehčující okolnost.
66. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. Podle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Při stanovení výše pokuty vzal tedy Úřad v úvahu i finanční možnosti zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Z rozpočtu zadavatele na rok 2011 schváleného dne 22. 12. 2010 Úřad zjistil, že příjmy zadavatele se pohybují v řádech stovek milionů korun, rozpočet obsahuje na straně příjmů částku ve výši 1 571 444 000 Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
67. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Proto Úřad uložil pokutu v samé dolní hranici zákonné sazby.
68. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

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, 604 55 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

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

1. Statutární město Liberec, náměstí Dr. E. Beneše 1, 460 59 Liberec
2. JUDr. Jaromír Bláha, advokát, Advokátní kancelář Němec, Bláha & Navrátilová, s. r. o., Prvního pluku 206/7, 186 00 Praha 8 – Karlín

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy