

Č. j.: 2R 61/03 – Hr

V Brně dne 6. ledna 2004

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 4.11.2003 městem Jaroměř, zast. starostou Ing. Vratislavem Čermákem, se sídlem nám. ČSA 16, 551 01 Jaroměř, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13.10.2003 č. j. VZ S 139/03-152/4613/03-Kr, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – města Jaroměř, zast. starostou Ing. Vratislavem Čermákem, v době zadání veřejné zakázky zast. starostkou Ing. Jiřinou Jelínkovou, se sídlem nám. ČSA 16, 551 01 Jaroměř, učiněných při zadání veřejné zakázky „Výstavba 50 b. j. bytový dům – rekonstrukce, Jaroměř“ formou výzvy ze dne 16.8.2000 jednomu zájemci o veřejnou zakázku k podání nabídky podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) 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. a zákona č. 256/2000 Sb., 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. VZ S 139/03-152/4613/03-Kr ze dne 13.10.2003

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

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) si na základě podnětu Finančního úřadu v Náchodě, který obdržel dne 16.7.2003, vyžádal dne 22.7.2003 od města Jaroměř, zast. starostou Ing. Vratislavem Čermákem, v době zadání veřejné zakázky zast. starostkou Ing. Jiřinou Jelínkovou, se sídlem nám. ČSA 16, 551 01 Jaroměř (dále jen „zadavatel“), dokumentaci o zadání veřejné zakázky „Výstavba 50 b. j. bytový dům – rekonstrukce, Jaroměř“, formou výzvy ze dne 16.8.2000 jednomu zájemci o veřejnou zakázku k podání nabídky podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) 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. a zákona č. 256/2000 Sb. (dále jen „zákon“).

Zadavatel předložil Úřadu vyžádanou dokumentaci dne 30.7.2003 společně se svým vyjádřením ze dne 25.7.2003, ve kterém mimo jiné uvádí, že zadal veřejnou zakázku postupem podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona jako specializovanou veřejnou zakázku, jejíž plnění může poskytnout jediný uchazeč o veřejnou zakázku, přičemž jediným zájemcem o předmětnou veřejnou zakázku byla společnost CZ STAVEBNÍ HOLDING, a. s., Pardubice (dále jen „zhotovitel“), která byla mimo jiné nájemcem předmětného objektu, dále vlastníkem projektové dokumentace na provedení rekonstrukce tohoto objektu a stavebníkem uvedeným ve stavebním povolení. Zadavatel rovněž uzavřel se jmenovaným uchazečem smlouvu o sdružení investorů z důvodu nedostatku finančních prostředků a nemožnosti provést rekonstrukci objektu vlastními silami.

Protože Úřad po přezkoumání předložené dokumentace získal 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 dne 14.8.2003 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

V Úřadem stanovené lhůtě se zadavatel k zahájení správního řízení vyjádřil dne 12.9.2003 a uvádí, že předmětnou nemovitost nabyl zadavatel dne 16.11.1999 na základě smlouvy ze dne 18.8.1998 s Ministerstvem obrany ČR o bezúplatném převodu vlastnictví. Následně za účelem uskutečnění přestavby předmětné vojenského objektu na byty jednal zadavatel v lednu a únoru 2000 se soukromou obchodní společností a jako důkaz v tomto bodě navrhuje výslech svědka – bývalé starostky města. Zadavatel následně dne 4.8.2000 uzavřel s další obchodní společností, tedy se zhotovitelem, smlouvu o sdružení investorů, kde předmětem smlouvy byla společná rekonstrukce předmětné nemovitosti a její přestavba na bytové jednotky. Zadavatel při uzavírání smlouvy přihlédl k informacím o trhu a zkušenostem svých odpovědných pracovníků. Specializaci veřejné zakázky spatřuje zadavatel v tom, že zhotovitel má ve svém předmětu podnikání stavební výstavbu, činnost organizačního a ekonomického poradce ve stavebnictví, jako spoluinvestor vkládal do sdružení vysoký podíl finančních prostředků, prostředky na zhotovení projektové dokumentace a prostředky na inženýrskou činnost stavby, celkovou připravenost stavby, stavební povolení a celkovou realizaci stavby. Dle názoru zadavatele tímto postupem nedošlo k obcházení zákona a diskriminaci ostatních potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, protože jiný investor nebyl schopen zajistit potřebný vklad finančních prostředků.

Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 13.10.2003 rozhodnutí č. j. VZ S 139/03-152/4613/03-Kr, kterým konstatoval v postupu zadavatele porušení

ustanovení § 3 zákona v návaznosti na ustanovení § 67 zákona, neboť zadavatel nezadal veřejnou zakázku způsobem odpovídajícím výši budoucího závazku ze smlouvy. Současně Úřad příslušné správní řízení zastavil s odůvodněním, že veřejná zakázka již byla realizována a tedy zadavateli nelze uložit opatření k nápravě a vzhledem k uplynutí tříleté objektivní lhůty nelze ani uložit sankci podle ustanovení § 62 odst. 1 zákona.

V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že zadat veřejnou zakázku výzvou jednomu zájemci podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona se připouští v případě specializované veřejné zakázky v případech, kdy plnění veřejné zakázky může poskytnout jediný zájemce o veřejnou zakázku. V šetřeném případě byla nejprve uzavřena nájemní smlouva a poté smlouva o sdružení finančních prostředků, čímž se prohluboval vzájemný smluvní vztah zadavatele a zhotovitele směřující k jejich oboustranné participaci na vlastní výstavbě. Tímto postupem pak byly vytvořeny podmínky, které bylo obtížné změnit a poté vzhledem k podmínkám, které sám vytvořil, využil zadavatel mimořádného způsobu zadání veřejné zakázky. Dle názoru Úřadu je předmět podnikání zhotovitele „stavební výstavba...“ zcela obvyklý u mnoha obchodních společností, stejně tak své tvrzení, že jiný investor nebyl schopen zajistit potřebný vklad finančních prostředků, zadavatel dle názoru Úřadu žádným způsobem nedoložil. Postup zadavatele se tak neopíral o výlučnost charakteru veřejné zakázky, ale o výlučnost situace, neboť ta byla připravena zadavatelem před vlastním aktem zadání. Úřad proto konstatoval porušení zákona, přičemž při svém rozhodování citoval i z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci (dále jen „VS v Olomouci“) č. j. 2A 3/2002 ze dne 5.11.2002, podle kterého je třeba pojem specializované veřejné zakázky ztotožnit s charakterem zakázky jako takové, nikoliv s právními okolnostmi, které ji provázejí.

Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 4.11.2003 rozklad, ve kterém uvádí, že v rámci aplikace ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona je řada právních názorů podporujících správnost jeho postupu. V této souvislosti odkazuje na stanovisko Úřadu č. j. 747/00/140/An ze dne 31.5.2000, ze kterého dovozuje, že pokud zadavatel „vkládá do sdružení pouze částku ve výši státní dotace a spoluinvestor vkládá vyšší podíl finančních prostředků, celkovou připravenost stavby, stavební povolení a odmítá dát souhlas s realizací stavby jiným subjektem, jsou dány předpoklady pro zadání podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona.“ K odkazu na rozsudek VS v Olomouci č. j. 2A 3/2002 zadavatel uvádí, že tento právní názor byl vysloven až po realizaci předmětné veřejné zakázky, přesto se však domnívá, že postup zadavatele s ním byl v souladu, neboť zadavatel vycházel „při realizaci zakázky z charakteru zakázky a z možností, které případ provázely“. Zaměstnanci zadavatele vycházeli při realizaci veřejné zakázky z informací o trhu a svých zkušenostech, přičemž zadavatel znovu opakuje, že zhotovitel měl jako předmět podnikání nejen provádění staveb, jejich změn a odstraňování, ale i inženýrskou a investorskou činnost a činnost organizačního a ekonomického poradce v oblasti stavebnictví a investičních záměrů, dále že se zhotovitelem byla uzavřena smlouva o sdružení investorů, a zhotovitel financoval rekonstrukci z jedné poloviny a zajistil tedy nejen profinancování, ale i provedení samotné rekonstrukce. Těmito skutečnostmi je dle názoru zadavatele dána výlučnost situace. Dle názoru zadavatele mu Úřad nemůže dokázat, že úmyslně porušil zákon z důvodů, aby znevýhodnil další potenciální zájemce. V závěru rozkladu zadavatel uvádí, že Úřad neprovedl jím navržený důkaz výpovědi svědka – bývalé starostky města Jaroměř, čímž došlo k porušení ustanovení § 3 odst. 2., 3. a 4. 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“).

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:

Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ S 139/03-152/4613/03-Kr ze dne 13.10.2003 správní řízení zastavil podle ustanovení § 30 správního řádu a současně konstatoval porušení ustanovení § 3 zákona v návaznosti na ustanovení § 67 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí se plně ztotožňuji.

K argumentaci zadavatele uvádím následující:

Zadavatel v argumentaci rozkladu hájí svůj postup odkazem na stanovisko Úřadu ze dne 31.5.2000 č. j. 747/00/140/An, ze kterého dovozuje, že předpoklady pro zadání podle § 50 odst. 1 písm. b) zákona jsou dány, pokud „spoluinvestor vkládá vyšší podíl finančních prostředků, celkovou připravenost stavby, stavební povolení a odmítá dát souhlas k realizaci stavby jiným subjektem“.

K tomu uvádím, že zadavatelem citované stanovisko Úřadu se vztahovalo na zadávání veřejné zakázky jiným zadavatelem, přičemž okolnosti zadání veřejné zakázky u tohoto jiného zadavatele byly po právní stránce výrazně odlišné od okolností zadání šetřené veřejné zakázky. Úřad při vydávání svého stanoviska vycházel především z informace poskytnuté zadavatelem – městem Trutnov, že subjekt, s nímž tento zadavatel hodlá uzavírat smlouvu o sdružení investorů, je vlastníkem pozemku určeného k výstavbě. Proto se v citovaném stanovisku Úřadu výslovně uvádí, že předpoklady pro použití mimořádného způsobu zadání veřejné zakázky jsou splněny tehdy, pokud spoluinvestor do stavby vkládá mimo jiné i pozemek a odmítá dát souhlas k realizaci stavby jiným subjektem. Tuto skutečnost zadavatel v argumentaci svého rozkladu zcela pomíjí a tím se dopouští zavádějící interpretace citovaného stanoviska Úřadu. Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že aby zhotovitel jako spoluinvestor předmětné stavby mohl do společné stavby vložit pozemek, musel by být jeho vlastníkem. V šetřeném případě však zhotovitel měl uzavřenou pouze nájemní smlouvu k předmětnému pozemku, když pronajímatelem byl sám zadavatel, a tedy z výše citovaného stanoviska Úřadu v tomto případě nelze vycházet, neboť vlastnický vztah a nájemní vztah jsou po právní stránce zcela odlišného charakteru.

Zadavatel dále za důvod pro použití mimořádného způsobu zadání veřejné zakázky rovněž označil tu skutečnost, že zhotovitel měl jako předmět podnikání nejen provádění staveb, jejich změn a odstraňování, ale i inženýrskou a investorskou činnost a činnost organizačního a ekonomického poradce v oblasti stavebnictví a investičních záměrů, a současně že se zhotovitel z velké části podílel na financování veřejné zakázky.

K tomu konstatuji, že zvolený způsob zadání veřejné zakázky vykazuje znaky účelového obcházení zákona. Použití § 50 zákona, tedy uzavření smlouvy na podkladě písemné výzvy jednomu zájemci o veřejnou zakázku, přichází v úvahu pouze v mimořádných případech, které jsou taxativně vymezeny v § 50 odst. 1 zákona pod písmeny a) až f). Pod písmenem b) citovaného ustanovení zákona pak zákonodárce zmiňuje specializované veřejné zakázky, které je schopen plnit pouze jediný zájemce o veřejnou zakázku. Je nepochybné, že v šetřeném případě se nejednalo o specializovanou stavební zakázku, neboť výstavbou obytných komplexů, stejně jako investorskou činností, se zabývá široký okruh subjektů. Ani v případě zhotovitele se nejedná o mimořádný předmět podnikání, jak zadavatel naznačuje. Zadavatel se snažil naplnit dispozici § 50 odst. 1 písm. b) zákona tím, že podnikatelskému subjektu (který se později stal vyzvaným uchazečem a zhotovitelem veřejné zakázky) nejprve

pronajal pozemek pro zamýšlenou výstavbu, tento subjekt následně zajistil projektovou dokumentaci a připravenost stavby, aby později se zadavatelem uzavřel smlouvu o spoluinvestorství již jako jediný v úvahu přicházející zájemce o veřejnou zakázku. Tento postup zadavatele je zřejmým obcházením ustanovení § 3 odst. 2 zákona v návaznosti na § 50 odst. 1 písm. b) zákona.

V této souvislosti rovněž není rozhodné, jestli se zadavatel dopustil porušení zákona úmyslným jednáním odpovědných pracovníků, či jejich nedbalostí, neboť ve smyslu ustanovení § 1 odst. 1 písm. a) zákona je zadavatel povinen postupovat při zadávání veřejných zakázek v souladu se zákonem, přičemž odpovědnost za splnění této povinnosti je odpovědnostní objektivní, a tedy není předmětem tohoto správního řízení přezkoumávat a „dokazovat“ případné úmyslné jednání zadavatele.

K tvrzení zadavatele, že při realizaci veřejné zakázky vycházel z informací o trhu a zkušeností svých zaměstnanců uvádím, že zadavatel měl v souladu s ustanovením § 3 zákona zvolit způsob zadání adekvátně k výši budoucího peněžitého závazku 18 500 000,- Kč. Povinnost vycházet při zadání veřejné zakázky z informací o trhu a svých zkušeností ukládá zákon zadavateli pouze v případě zadání veřejné zakázky malého rozsahu do 500 000,- Kč podle ustanovení § 49b zákona, a proto při zadání veřejné zakázky, která není zakázkou malého rozsahu ve smyslu posledně citovaného ustanovení zákona, je přihlížení k informacím z trhu a zkušenostem odpovědných pracovníků po právní stránce zcela irelevantní. V této souvislosti dále uvádím, že Úřad neprovedl zadavatelem navržený důkaz výsledkem svědka – bývalé starostky města Jaroměř o tom, že zadavatel před uzavřením smlouvy vedl jednání i s jinou obchodní společností, odlišnou od zhotovitele, neboť prokázání této skutečnosti je vzhledem k výše uvedenému nevýznamné pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele.

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. Město Jaroměř, se sídlem nám. ČSA 16, 551 01 Jaroměř, zast. Ing. Vratislavem Čermákem,
2. spis.