

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 22.11.2004 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., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb., ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele města Lanškroun, nám. J. M. Marků 12, 563 16 Lanškroun, zast. starostou Ing. Martinem Košťálem, učiněných ve veřejné zakázce „Výstavba obytného souboru domů Lanškroun - Nerudova ul.“, zadané výzvou ze dne 24.11.2000 jednomu zájemci o veřejnou zakázku podle § 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., **rozhodl takto:**

Zadavatel – město Lanškroun – závažně porušil ustanovení:

§ 3 posledně cit. zákona tím, že na veřejnou zakázku „Výstavba obytného souboru domů Lanškroun - Nerudova ul.“ nevyhlásil obchodní veřejnou soutěž, přestože výše peněžitého závazku bez DPH nezbytného pro realizaci předmětu plnění takový postup vyžadovala, a předmětnou veřejnou zakázku zadal výzvou jednomu zájemci podle § 50 odst. 1 písm. b) posledně cit. zákona, byť nebyla splněna zákonem stanovená podmínka, že plnění může poskytnout jediný zájemce o veřejnou zakázku.

### **O d ů v o d n ě n í**

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), který je orgánem dohledu nad dodržováním zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb. (dále jen „zákon platný v době zadání“), si na základě podnětu Finančního ředitelství v Hradci Králové vyžádal od zadavatele města Lanškroun, nám. J. M. Marků 12, 563 16 Lanškroun, zast. starostou Ing. Martinem Košťálem (dále jen „zadavatel“), dokumentaci o zadání veřejné zakázky „Výstavba obytného souboru domů Lanškroun - Nerudova ul.“. V podnětu byly vyjádřeny pochybnosti o zvoleném způsobu zadání veřejné zakázky.

Po posouzení předložené dokumentace o zadání veřejné zakázky získal orgán dohledu pochybnosti o správnosti postupu zadavatele při zadání stavební veřejné zakázky jako specializované výzvou jednomu zájemci podle § 50 odst. 1 písm. b) zákona, a proto zahájil z vlastního podnětu správní řízení ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele, jehož jediným účastníkem je zadavatel.

O zahájení správního řízení informoval orgán dohledu zadavatele oznámením č. j. VZ/S 229/04-153/5918/04-Der ze dne 18.11.2004. Zadavateli byla poskytnuta možnost se ke zjištění orgánu dohledu vyjádřit, popřípadě navrhnout doplnění šetření, nahlédnout do správního spisu a pořizovat si z něho výpisy.

Oznámení o zahájení správního řízení obdržel zadavatel dne 22.11.2004 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení.

Ke zjištění orgánu dohledu, uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení, se zadavatel vyjádřil ve svém stanovisku č. j. 23317/2004/SEK/Jše ze dne 3.12.2004, v němž ke způsobu zadání šetřené veřejné zakázky uvedl, že nabídka osloveného zájemce byla vzhledem k zajištění výstavby a ke způsobu jejího financování pro zadavatele po vyslechnutí prezentací investičních záměrů a možných variant financování nejpříjemnější. Záměrem osloveného zájemce bylo zajištění příslušných finančních prostředků prostřednictvím bytového družstva, jehož založení bude iniciovat a za jehož závazky bude zadavateli ručit. Na základě nabídky osloveného uchazeče byla uzavřena smlouva o společném postupu investorů, na niž po založení dvou bytových družstev navázaly smlouvy o převodu práv a povinností spoluvlastníka a spoluinvestora. Podle názoru zadavatele naplňuje smlouva o společném postupu investorů všechny podstatné náležitosti smlouvy o sdružení. S ohledem na období, v němž byla veřejná zakázka zadávána, a situaci, kdy nebylo společné investování bytové výstavby běžné, je zadavatel přesvědčen, že použitý způsob zadání veřejné zakázky byl objektivní a jediný možný.

V závěru svého vyjádření odkazuje zadavatel rovněž na své stanovisko č. j. 14726/2004/INV ze dne 19.7.2004, které poskytl v souvislosti s dřívějším šetřením téže věci v rámci podnětu. V uvedeném stanovisku se zadavatel opírá o obdobnou argumentaci, přičemž zdůrazňuje, že oslovený uchazeč byl jako držitel vybraného know-how jediný schopen veřejnou zakázku splnit. Ačkoliv nebyla uzavřena smlouva o sdružení, jedná se podle názoru zadavatele o analogický postup, který má pouze odlišnou formu. V době zadávání veřejné zakázky nebylo známo, kdy bude možno založit příslušné bytové družstvo, neboť nebyl shromážděn dostatečný počet zájemců o byty. Postup zadavatele byl podle jeho názoru odpovídající situaci, která v počátku výstavby v dané lokalitě existovala. Zadavatel zdůrazňuje, že nebylo jeho úmyslem obejít ustanovení zákona, což dokládá realizací následného projektu bytové výstavby, na který již byla vyhlášena obchodní veřejná soutěž. Vítězem soutěže se stal stejný uchazeč, čímž byla potvrzena i výhodnost jeho předchozí nabídky.

K žádosti orgánu dohledu o sdělení skutečné výše vynaložených nákladů na infrastrukturu zadavatel uvádí, že jejich celková výše činí částku 4 463 074,- Kč včetně DPH.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 57 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky, stanoviska zadavatele a na základě vlastního zjištění,

konstatuje, že zadavatel při zadání šetřené veřejné zakázky závažným způsobem porušil zákon. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

Předmětná veřejná zakázka byla zadána výzvou ze dne 24.11.2000 jednomu zájemci o veřejnou zakázku podle § 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“). S osloveným uchazečem, tj. se společností Interma, akciová společnost, Masarykova 12, 460 01 Liberec 1, za niž jedná JUDr. Jaroslav Kašpar (dále jen „Interma, a. s.“), uzavřel zadavatel dne 11.12.2000 smlouvu o dílo za celkovou cenu plnění ve výši 68 396 903,- Kč včetně DPH, z níž se zadavatel zavázal uhradit částku 20 480 000,- Kč ze státní dotace, včetně podílu na úhradě technické infrastruktury ve výši do 4 000 000,- Kč z vlastních prostředků, a společnost Interma, a. s., se zavázala uhradit zbývající částku ve výši 43 916 000,- Kč.

Dodatky č. 1 a č. 2 ze dne 13.7.2001 k uzavřené smlouvě o dílo byla celková cena díla snížena na částku 66 996 000,- Kč včetně DPH, přičemž částku 20 480 000,- Kč a příslušný podíl za vybudování technické infrastruktury v max. výši 2 600 000,- Kč se zavázal uhradit zadavatel a povinnost uhradit zbývající část plnění v částkách po 21 958 000,- Kč včetně DPH byla z vybraného uchazeče smluvně přenesena na Bytové družstvo Lanškroun – Zborovská (dodatek č. 1) a Bytové družstvo Lanškroun – Nerudova (dodatek č. 2). Dodatkem č. 3 k uzavřené smlouvě o dílo ze dne 18.9.2002 došlo ke změně doby plnění u bytového domu č. 3. Dodatkem č. 4 k původní smlouvě o dílo, uzavřeným dne 24.1.2004, došlo k rozšíření předmětu plnění veřejné zakázky z důvodu víceprací, jehož důsledkem bylo navýšení ceny díla o částku 696 154,- Kč včetně DPH, kterou se v plné výši zavázal uhradit zadavatel.

Zadavatel posoudil veřejnou zakázku s ohledem na předmět jejího plnění jako specializovanou a zadal ji způsobem podle § 50 odst. 1 písm. b) zákona výzvou jednomu zájemci. Ve smyslu citovaného ustanovení zákona se uzavření smlouvy na podkladě písemné výzvy zaslané zadavatelem jednomu zájemci o veřejnou zakázku k podání nabídky připouští v případě specializované veřejné zakázky, kdy plnění může poskytnout jediný zájemce o veřejnou zakázku.

Aplikace ust. § 50 odst. 1 písm. b) zákona je tedy možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný zájemce o veřejnou zakázku schopný splnit předmět plnění. O aplikaci příslušného způsobu zadání rozhoduje zadavatel, který současně za volbu správného způsobu zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Zadavatel musí nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, že objektivně neexistuje více než jeden zájemce o veřejnou zakázku. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. V neposlední řadě je zadavatel rovněž povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci ust. § 50 odst. 1 písm. b) zákona, byla prokazatelná a přezkoumatelná ze strany orgánu dohledu.

Přezkoumáním předložené dokumentace dospěl orgán dohledu ke zjištění, že dokumentace neobsahuje žádný důkaz, který by prokázal, že výstavba obytných domů je specializovanou veřejnou zakázkou ve smyslu zákona o zadávání veřejných zakázek, kterou je schopen zrealizovat pouze jediný zájemce o předmětnou veřejnou zakázku. Ve zdůvodnění aplikace § 50 odst. 1 písm. b) zákona nejsou zadavatelem uvedeny důvody, které by přesvědčivě vypovídaly o skutečnosti, že okruh uchazečů o veřejnou zakázku je úplný a

jediný možný.

Předmět plnění není natolik specifickou činností, která by odpovídala možnosti jejího splnění maximálně sedmi zájemci či dokonce jako v šetřeném případě jediným zájemcem o veřejnou zakázku. V daném oboru, tj. v oblasti výstavby bytových domů, existuje na tuzemském trhu prokazatelně široký okruh subjektů, jejichž předmět činnosti může pokrýt celý předmět zadání veřejné zakázky a jež jsou schopny předmětnou veřejnou zakázku splnit. Danou skutečnost dokládá sám zadavatel ve svém vyjádření ze dne 3.12.2004, když uvádí, že v rámci předběžných prezentací bylo osloveno několik firem, které se problematikou bytové výstavby zabývaly a které zadavateli své záměry předložily.

O existenci více subjektů schopných realizovat stavební veřejnou zakázku svědčí i skutečnost, že na obdobnou zakázku (bytová výstavba v ul. Kežmarská) vyhlásil zadavatel obchodní veřejnou soutěž, které se účastnilo více uchazečů. V této souvislosti nelze připustit argumentaci zadavatele, že byla-li i v této soutěži vybrána jako nejvhodnější nabídka uchazeče Interma, a. s., byla tím potvrzena rovněž výhodnost její předchozí nabídky. Výhodnost předložených nabídek je nutno vždy posuzovat ve vztahu ke konkrétnímu zadání, přičemž není vyloučeno, že by právě v šetřené veřejné zakázce byla (při odpovídajícím způsobu zadání) ze strany některého z potenciálních uchazečů podána výhodnější nabídka, než nabídka uchazeče Interma, a. s.

Pouhá skutečnost, že se oslovený zájemce bude podílet na financování veřejné zakázky, za jejímž účelem byla uzavřena smlouva mezi zadavatelem a osloveným zájemcem o spolufinancování veřejné zakázky, nelze považovat za objektivní důvod opravňující zadavatele k aplikaci ust. § 50 odst. 1 písm. b) zákona, byla-li navíc povinnost financování následně smluvně převedena z osloveného zájemce na jednotlivá bytová družstva.

Uzavření smlouvy o společném investování mezi zadavatelem a spoluinvestorem není v zásadě vyloučeno, ať už ve formě smlouvy o sdružení či smlouvy o spolufinancování. Navazuje-li však na takto uzavřenou smlouvu smlouva o dílo mezi zadavatelem (objednatelem) a spoluinvestorem (dodavatelem), kdy je formou smluvní ceny dodavateli vrácen původní vklad ze smlouvy o sdružení spolu s vkladem zadavatele, nelze takovou situaci označit jinak, než účelové obcházení zákona.

Bez ohledu na způsob uzavření smlouvy o společném financování veřejné zakázky však zadavateli vzhledem k výši peněžitého závazku, který mu ze zadání šetřené veřejné zakázky vznikl, nezaniká povinnost vyhlásit na veřejnou zakázku obchodní veřejnou soutěž. Orgán dohledu zdůrazňuje, že za všech okolností je nutno brát zřetel na dodržování ustanovení zákona a řešení vzniklé situace nelze provádět na úkor povinností, které zadavateli ze zákona vznikají.

V průběhu šetření nebylo ze strany zadavatele doloženo a objektivně prokázáno, že se v daném případě jedná o zakázku, jejíž předmět plnění může poskytnout jediný dodavatel. Aniž by tedy proběhlo výběrové řízení, na jehož základě by byl vybrán nejvhodnější uchazeč, přistoupil zadavatel ke spolupráci se společností Interma, a. s., přestože není prokázáno, že jmenovaná společnost je jediným subjektem na trhu, který by mohl poskytovat požadované plnění. Popisovaným postupem nepochybně došlo k omezení soutěžního principu tím, že z neurčitého počtu v úvahu přicházejících dodavatelů je k jednání vyzván jediný subjekt. Nelze ani vyloučit, že při použití transparentnějšího způsobu zadání veřejné zakázky by mohlo dojít k účelnějšímu vynaložení finančních prostředků z veřejných rozpočtů a

k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky za výhodnějších podmínek.

Vzhledem ke zjištěným skutečnostem orgán dohledu konstatuje, že pojmové znaky specializované veřejné zakázky nebyly v šetřeném případě naplněny a zadavatel nebyl k aplikaci ust. § 50 odst. 1 písm. b) zákona oprávněn. Zadavatel při volbě způsobu zadání veřejné zakázky nepostupoval s ohledem na aktuální situaci na trhu a s přihlédnutím k základnímu účelu zákona, kterým je hospodárné a efektivní vynakládání veřejných finančních prostředků. Uzavření smlouvy o spoluinvestorství se společností, která uhradila část plnění veřejné zakázky, a označení takového postupu za objektivní důvod aplikace § 50 odst. 1 písm. b) zákona, je ze strany orgánu dohledu klasifikováno jako závažné porušení zákona a principu transparentnosti procesu zadání veřejné zakázky.

Podle ustanovení § 3 odst. 4 zákona je přípustné uzavření smlouvy na veřejnou zakázku jiným způsobem než na základě obchodní veřejné soutěže pouze při splnění podmínek stanovených v části třetí tohoto zákona. V návaznosti na výše uvedené orgán dohledu shledal, že podmínky pro zadání zadavatelem ve výzvě ze dne 12.6.2003 uvedeným způsobem podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. a) zákona nebyly splněny.

Pochybením zadavatele došlo k závažnému porušení ust. § 3 zákona, neboť nevyhlásil obchodní veřejnou soutěž, přestože výše peněžitého závazku bez DPH nezbytného pro realizaci předmětu plnění takový postup vyžadovala, a předmětnou veřejnou zakázku zadal výzvou jednomu zájemci podle § 50 odst. 1 písm. b) zákona, přestože nebyly splněny podmínky stanovené v posledně citovaném ustanovení zákona.

Hlavní princip zákona – účelnost a hospodárnost vynakládání veřejných finančních prostředků – nelze aplikovat na úkor vytváření soutěžního prostředí v procesu zadávání veřejných zakázek omezením přístupu ekonomických subjektů do výběrového řízení. Pokud objektivně neexistují překážky pro vytváření soutěžního prostředí, tzn. v případě, kdy se o veřejnou zakázku může ucházet více zájemců, je povinností zadavatele rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky pro zabezpečení svých potřeb při zachování základních principů zákona. Nelze tedy akceptovat omezování přístupu zájemců o veřejnou zakázku např. tím, že veřejná zakázka je zadána jako specializovaná podle § 50 odst. 1 písm. b) zákona, aniž by bylo skutečně prokázáno, že plnění může poskytnout jediný zájemce o veřejnou zakázku.

Vzhledem k tomu, že veřejná zakázka již byla realizována, nelze podle ustanovení § 59 resp. § 60 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, uložit zadavateli za zjištěná závažná porušení zákona opatření k nápravě. Současně nelze uvažovat ani o uložení pokuty podle ustanovení § 62 odst. 1 posledně cit. zákona, neboť orgán dohledu může uložit za zjištěná či opětovná porušení zákona pokutu nejpozději do tří let ode dne, kdy došlo k tomuto porušení. V daném případě však objektivní tříletá lhůta pro uložení sankce již uplynula.

Závěrem orgán dohledu poznamenává, že podle § 109 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb. a zákona č. 437/2004 Sb., se zadávání veřejných zakázek, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Obdobně se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu nebo v řízení o uložení sankce, které na zadávání veřejných zakázek podle věty první navazují.

Na základě všech zjištěných skutečností orgán dohledu rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

**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 – odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Miroslav Šumbera  
vrchní ředitel

Právní moc dne 9.2.2005

**Obdrží:**

Město Lanškroun, nám. J. M. Marků 12, 563 16 Lanškroun, zast. Ing. Martinem Košťálem