

Č. j.: 2R 29/04 – Hr

V Brně dne 30. června 2004

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 13.4.2004 městem Trutnov, zast. starostou Mgr. Ivanem Adamcem, se sídlem Slovanské náměstí 165, 541 01 Trutnov, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12.3.2004 č. j. VZ/S3/04-153/1089/04-Gar ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – města Trutnov, se sídlem Slovanské náměstí 165, 541 01 Trutnov, učiněných při zadání veřejné zakázky na realizaci stavby „Bytový dům 02 v Trutnově, Horním Starém Městě na p. p. č. 2114 se 40 bytovými jednotkami“ výzvou ze dne 16.6.2000 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. a zákona č. 28/2000 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:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S3/04-153/1089/04-Gar ze dne 12.3.2004

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), si na základě podnětu Finančního úřadu v Trutnově, který obdržel dne 27.11.2003, vyžádal dne 1.12.2003 od města Trutnov, zast. starostou Mgr. Ivanem Adamcem, se sídlem Slovanské náměstí 165, 541 01 Trutnov (dále jen „zadavatel“), dokumentaci o zadání veřejné zakázky na realizaci stavby „Bytový dům 02 v Trutnově, Horním Starém Městě na p. p. č. 2114 se 40 bytovými jednotkami“ formou výzvy ze dne 16.6.2000 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. a zákona č. 28/2000 Sb. (dále jen „zákon“).

V podnětu se pouze uvádí, že na základě vlastní kontroly postupuje Finanční úřad v Turnově k prošetření správnosti průběhu výběrového řízení pořádaného zadavatelem na výstavbu nájemních bytů. Po přezkoumání příslušné dokumentace, kterou zadavatel předložil dne 11.12.2003, získal Úřad pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele učiněných při zadání předmětné veřejné zakázky, zahájil ve věci správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako jediného účastníka správního řízení označil zadavatele. Oznámení o zahájení správního řízení obdržel zadavatel dne 13.1.2004 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

V oznámení o zahájení správního řízení Úřad vyzval zadavatele, aby doložil průkazné doklady o tom, že plnění veřejné zakázky mohl skutečně poskytnout pouze jeden zájemce o veřejnou zakázku. Současně Úřad požádal o předložení nájemní smlouvy, kterou má uchazeč CZ STAVEBNÍ HOLDING, a. s., Pardubice, uzavřenou na nájem pozemku s možností budoucí koupě pozemku.

Zadavatel se k zahájení správního řízení vyjádřil dne 19.1.2004 a výběr způsobu zadání veřejné zakázky zdůvodnil tím, že oslovený uchazeč měl uzavřenou nájemní smlouvu s dohodou budoucí koupě na pozemek, na kterém byla realizována předmětná veřejná zakázka. Dle svého vyjádření zadavatel neměl žádné potenciální investory na výstavbu bytových jednotek, přičemž vyzvaný uchazeč nabídl financování realizace veřejné zakázky formou sdružení investic. Zadavatel předložil Úřadu také nájemní smlouvu s dohodou o budoucí koupě ze dne 17.5.2000 a smlouvu o sdružení investorů, uzavřenou dne 24.7.2000 rovněž se společností CZ STAVEBNÍ HOLDING, a. s.

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 12.3.2004 rozhodnutí č. j. VZ/S3/04-153/1089/04-Gar, kterým v postupu zadavatele konstatoval porušení ustanovení § 3 zákona v návaznosti na ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona tím, že dne 24.7.2000 uzavřel smlouvu o dílo, aniž by prokazatelným způsobem doložil, že subjekt, s nímž byla smlouva o dílo uzavřena, je jediným zájemcem, který může poskytnout plnění veřejné zakázky. Správní řízení ve věci uložení pokuty Úřad zastavil.

V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že v šetřeném případě byla nejprve uzavřena nájemní smlouva, a až poté se přistoupilo k postupu podle zákona. Zadavatel tedy vytvořil podmínky, které bylo obtížné změnit a poté vzhledem k těmto podmínkám využil ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona. Úřad při svém rozhodování se opírá rovněž o právní názor rozsudku Vrchního soudu 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. Úřad dále uvádí, že vzhledem k realizaci

veřejné zakázky již nelze uložit opatření k nápravě, současně však podle ustanovení § 62 odst. 1 zákona nelze ani uložit pokutu, neboť v daném případě objektivní tříletá lhůta pro uložení pokuty již uplynula.

Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 13.4.2004 rozklad, ve kterém uvádí, že podle urbanistické studie z roku 1994 byly v letech 1999 a 2000 realizovány na sídlišti v části města Horní Staré Město stavby bytových domů 01 a 03. Na realizaci bytového domu 02 již město nemělo finanční prostředky, a proto Městská rada dne 27.1.2000 schválila zveřejnění záměru zadavatele pronajmout za účelem výstavby bytového domu s 22 bytovými jednotkami dle schválené urbanistické studie a následně odprodat část příslušného pozemku. Tento záměr byl oznámen na úřední desce zadavatele, který posléze obdržel pouze jednu nabídku od společnosti CZ STAVEBNÍ HOLDING a. s. a s touto společností také začal jednat o uzavření nájemní smlouvy s dohodou o budoucí koupi, přičemž v té době nepřepokládal svoji finanční spoluúčast na výstavbě uvedeného domu. Předmětná nájemní smlouva byla uzavřena dne 9.5.2000, uvedená společnost měla zajištěnou projektovou dokumentaci a navrhla zadavateli jeho spoluúčast, kterou tento mohl realizovat pouze prostřednictvím státní investiční dotace a usoudil, že přichází v úvahu pouze postup podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona. V této souvislosti si zadavatel vyžádal stanovisko Úřadu ze dne 31.5.2000, ve kterém se kromě jiného uvádí, že jsou dány předpoklady pro použití zvoleného způsobu zadání veřejné zakázky, pokud zadavatel vkládá do sdružení pouze částku ve výši státní investiční dotace a spoluinvestor stavby vkládá vyšší podíl finančních prostředků, celkovou připravenost stavby, stavební povolení a pozemek a odmítá dát souhlas k realizaci stavby jiným subjektem. Zadavatel dovozuje, že tyto předpoklady v šetřeném případě splněny byly, neboť společnost CZ STAVEBNÍ HOLDING, a. s. hodlala vložit do stavby vyšší podíl finančních prostředků (minimálně 55,7%), dále se zavázala vložit celkovou připravenost stavby včetně podkladů pro vydání stavebního povolení a vydání stavebního povolení. Jmenovaná společnost dále dle názoru zadavatele byla v takové právním vztahu k pozemku (uzavřená nájemní smlouva s dohodou o budoucí koupi), který se v maximální míře blíží vlastnickému právu a odmítala, aby výstavba byla realizována jinou společností. Z tohoto důvodu zadavatel použil mimořádného způsobu zadání veřejné zakázky. V případě, že jedinečný předmět (v šetřeném případě pozemek), je předmětem budoucí smlouvy kupní, nemůže současný vlastník (budoucí prodejce) řádně prodat tuto věc třetí osobě a o koupi této věci je nutné jednat s budoucím kupujícím (vlastníkem), zvláště v případě, kdy budoucí kupující je i uživatelem této věci. Dle svého názoru tak zadavatel postupoval v souladu se zákonem i se stanoviskem Úřadu, a proto nelze jednání zadavatele považovat za závažné porušení zákona. Zadavatel dále dovozuje, že pokud by v dané situaci vyhlásil obchodní veřejnou zakázku či použil výzvu dle ustanovení § 49 odst. 1 zákona, stanovené podmínky by mohla splnit opět pouze společnost CZ STAVEBNÍ HOLDING, a tedy ani jiný způsob zadání veřejné zakázky by nevedl k jinému výběru. Zadavatel také dokládá, že jeho postupem došlo k úspoře finančních prostředků, smlouva o dílo na plnění předmětu veřejné zakázky nemohla být uzavřena za výhodnějších podmínek, a tedy vložené finanční prostředky nemohly být vynaloženy účelněji. Zadavatel proto požaduje, aby napadené rozhodnutí bylo v části I. výroku rozhodnutí zrušeno, případně změněno tak, že způsob porušení zákona ze strany zadavatele byl omluvitelný a nikoliv závažný.

Zadavatel se dále vyjadřuje k části výroku napadeného rozhodnutí o zastavení řízení o uložení pokuty a uvádí, že v subjektivní jednoleté lhůtě pro uložení pokuty, respektive v objektivní tříleté, může Úřad toto řízení zahájit, ale musí je v této lhůtě i dokončit. Z uvedeného tedy dle názoru zadavatele vyplývá, že řízení podle ustanovení § 57 a násl. zákona a řízení podle ustanovení § 62 zákona je nutno považovat za samostatná řízení, pro

kteřá lze vydat samostatná rozhodnutí. Z toho pak zadavatel dovozuję, že Úřad nesplnil svou povinnost podle ustanovení § 18 správního řádu, když zadavatele jako účastníka správního řízení neupozornil na zahájení řízení o uložení pokuty, neboť jej pouze informoval o zahájení řízení podle ustanovení § 57 zákona. Řízení o uložení pokuty Úřad dle názoru zadavatele zahájit nemohl (a ani nezahájil), neboť již uplynula tříletá objektivní lhůta. V tomto kontextu nemohl Úřad předmětné řízení o uložení pokuty ani zastavit, a tedy napadené rozhodnutí je neurčité, když dále Úřad nemá zákonnou možnost hodnotit ve výroku rozhodnutí porušení zákona, ale může pouze toto porušení zákona vyslovit. Zadavatel proto požaduje zrušení celého rozhodnutí.

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/S3/04-153/1089/04-Gar ze dne 12.3.2004 konstatoval závažné porušení ustanovení § 3 zákona v návaznosti na ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí se plně ztotožňuji.

K argumentaci rozkladu 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 dovozuję, že předpoklady pro zadání podle § 50 odst. 1 písm. b) zákona jsou dány, pokud oslovený spoluinvestor vkládá do sdružení, a tedy do realizace stavby vyšší podíl finančních prostředků (minimálně 55,7%), celkovou připravenost stavby včetně podkladů pro vydání stavebního povolení a vydání stavebního povolení, a dále pozemek, ke kterému je v takovém právním vztahu, jež se „v maximální míře blíží vlastnickému právu“.

K tomu uvádím, že 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 však obchází tvrzením o podobnosti vztahu nájemního s dohodou o budoucí koupi a vztahu vlastnického. Tím se dopouští zavádějící interpretace citovaného stanoviska Úřadu, ze kterého je 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.

Dále konstatuji, že zvolený způsob zadání veřejné zakázky vykazuję 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 zmiňuję specializované veřejné zakázky,

kteřé 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. Zadavatel se snažil naplnit dispozici § 50 odst. 1 písm. b) zákona tím, že podnikatelskému subjektu (kteřý 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 porušením ustanovení § 3 odst. 2 zákona v návaznosti na § 50 odst. 1 písm. b) zákona.

Při posuzování specializace šetřené veřejné zakázky tedy Úřad správně vycházel pouze z toho, zda realizace stavby bytového domu je natolik specifická činnost, kterou je schopen realizovat pouze jediný subjekt – oslovený zájemce, a nepřihlížel k dalším obchodně právním a jiným právním vztahům, jež zadavatel spoluvytvářel v době před zadáním předmětné veřejné zakázky. Úřad tedy postupoval zcela v souladu mimo jiné i s právním názorem rozsudku Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2A 3/2002 ze dne 5.11.2002, podle kterého „pojem specializované veřejné zakázky je třeba ztotožnit s charakterem zakázky jako takové, nikoliv s právními okolnostmi, které ji provázejí“.

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 zvolení jiného způsobu zadání veřejné zakázky by „nevedlo k jinému výběru“ uvádím, že zadavatel měl v souladu s ustanovením § 3 zákona zvolit způsob zadání adekvátně k výši budoucího peněžitého závazku 12 800 000,- Kč. K jeho tvrzení, že finanční prostředky v tomto případě nemohly být vynaloženy účelněji s ohledem na náklady za předchozí dva obytné domy 03 a 01 a s ohledem na průměrné náklady na 1 m² obytné plochy ve Východočeském kraji uvádím, že povinnost vycházet při zadání veřejné zakázky z informací o trhu a svých zkušenostech 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.

K tvrzení zadavatele, že Úřad nemohl zahájit správní řízení o uložení pokuty uvádím, že Úřad zahájil správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a nikoli správní řízení o uložení pokuty. Podle § 18 odst. 1 správního řádu se řízení zahajuje na návrh účastníka řízení nebo z podnětu správního orgánu. 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. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon v platném znění“), který jako lex specialis upravuje správní řízení při přezkoumání úkonů zadavatele, uvádí v ustanovení v § 57 odst. 1, že řízení z vlastního podnětu může orgán dohledu zahájit do čtyř let ode dne, kdy došlo k porušení zákona. Úřad může správní řízení zahájit bez ohledu na to, co bude obsahem výroku, tedy i

bez ohledu na to, zda součástí výroku rozhodnutí bude i výrok o uložení pokuty. Správní řízení ve věci uložení pokuty není samostatným typem správního řízení, jak zadavatel v podaném rozkladu uvádí, a ani se na něj nevztahuje žádná speciální lhůta pro jeho zahájení. Úřad zahájí správní řízení v souladu s ustanovením § 57 zákona v platném znění a po přezkoumání úkonů zadavatele podle příslušného ustanovení zákona v platném znění rozhodne (§ 59, § 60 a § 60a zákona v platném znění). Podle části třetí hlavy IV zákona v platném znění Úřad rovněž může rozhodnutím uložit sankci při splnění zákonných podmínek. Vždy se však jedná o správní řízení podle zákona o zadávání veřejných zakázek v platném znění, které se nedělí na zvláštní samostatné typy. Úřad současně nemá ani povinnost v oznámení o zahájení správního řízení uchazeče seznámit s tím, jaké bude znění výroku budoucího rozhodnutí. Z povahy věci by takový postup ani nebyl možný, neboť nelze před zahájením správního řízení předjímat jeho výsledek – výrok rozhodnutí.

Zjistí-li Úřad v rámci správního řízení, že zadavatel závažně či opětovně porušil ustanovení zákona, může podle § 62 odst. 1 zákona v platném znění zadavateli uložit pokutu do výše 1 % ceny zakázky. Úřad tedy nepřekročil meze stanovené zákonem v platném znění, když ve výroku předmětného rozhodnutí konstatoval závažné porušení zákona za strany zadavatele, jak zadavatel namítá, neboť ze znění ustanovení § 62 odst. 1 zákona v platném znění možnost Úřadu konstatovat závažné porušení zákona přímo vyplývá. Na této skutečnosti nic nemění ani to, že Úřad k uložení sankce nepřistoupil vzhledem k uplynutí objektivní tříleté lhůty.

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 Trutnov, se sídlem Slovanské náměstí 165, 541 01 Trutnov, zast. Mgr. Ivanem Adamcem,
2. spis.