Č. j.: R115/2007/02-14675/2007/310-Šp V Brně dne 10. srpna 2007

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 18. 6. 2007 zadavatelem – **Město Nový Jičín,** IČ: 00298212, Masarykovo náměstí 1, 741 01 Nový Jičín, za něhož jedná Mgr. Ivan Týle, starosta města,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 5. 2007, č.j. VZ/S072/2007/VZ-09829/2007/540/RP, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – města Nový Jičín, učiněných při zadání veřejné zakázky pod názvem „**Novostavba 164 bj. v lokalitě Bocheta, Nový Jičín – V. etapa, blok C**“, zadávené formou výzvy ze dne 9. 10. 2003 více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle § 49 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., jehož dalšími účastníky jsou

- společnost **TVARSTAV, s.r.o.**, IČ: 25356810, se sídlem Loučka 68, 741 01 Nový Jičín, za niž jedná Ing. Jiří Pekárek a Pavel Klos, který se umístil jako první v pořadí,
- společnost **STAVBAŘ – výrobní družstvo**, IČ: 13642855, se sídlem Školní ulice 562, 742 42 Šenov u Nového Jičína, za něhož jedná Pavel Veverka, předseda představenstva, jehož nabídka se umístila na druhém místě,
- společnost **Novojická stavební společnost, spol. s r. o.**, IČ: 47668431, se sídlem K Nemocnici 21, 741 11 Nový Jičín, za niž jedná Ing. Jiří Vrba, jednatel, jejíž nabídka se umístila jako třetí v pořadí,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 5. 2007, č.j. VZ/S072/2007/VZ-09829/2007/540/RP,

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

I. Zadávací řízení a prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Město Nový Jičín, IČ: 00298212, Masarykovo náměstí 1, 741 01 Nový Jičín, za něhož jedná Mgr. Ivan Týle, starosta města (dále jen „zadavatel“), zadal dne 9. 10. 2003 formou výzvy více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle § 49 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. (dále jen „zákon“) veřejnou zakázku „Novostavba 164 bj. v lokalitě Bocheta, Nový Jičín – V. etapa, blok C“ (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Úřad obdržel dne 2. 8. 2006 od Finančního úřadu v Novém Jičíně výzvu k součinnosti třetích osob podle § 34 odst. 3 a 4 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů, jejímž obsahem byla žádost o přezkoumání postupu města Nový Jičín při zadávání veřejných zakázek na „výstavbu 164 bytových jednotek v lokalitě Bocheta – Nový Jičín“, na niž zadavatel čerpal dotaci ze státního rozpočtu ve výši 42 240 000,– Kč. Orgán dohledu si proto od zadavatele vyžádal dokumentaci o zadání všech veřejných zakázek týkajících se výstavby 164 bytů v lokalitě Bocheta, Nový Jičín. Jelikož u orgánu dohledu po prošetření předložených dokumentací přetrvávaly pochybnosti, zda zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem, zahájil správní řízení z vlastního podnětu. Za jeho účastníky označil zadavatele, uchazeče TVARSTAV, s.r.o., IČ: 25356810, se sídlem Loučka 68, 741 01 Nový Jičín, za niž jedná Ing. Jiří Pekárek a Pavel Klos, který se umístil jako první v pořadí (dále jen „vítězný uchazeč“), uchazeče STAVBAŘ – výrobní družstvo, IČ: 13642855, se sídlem Školní ulice 562, 742 42 Šenov u Nového Jičína, za něhož jedná Pavel Veverka, předseda představenstva, jehož nabídka se umístila na druhém místě, a konečně uchazeče Novojická stavební společnost, spol. s r. o., IČ: 47668431, se sídlem K Nemocnici 21, 741 11 Nový Jičín, za niž jedná Ing. Jiří Vrba, jednatel, jejíž nabídka se umístila jako třetí v pořadí.

3. V případě pěti veřejných zakázek na realizaci předchozích etap výstavby předmětných bytových domů orgán dohledu však nemohl zahájit správní řízení, v němž by mohl postup zadavatele přezkoumat, neboť již vypršela objektivní čtyřletá lhůta daná § 57 odst. 1 zákona, v níž je orgán dohledu oprávněn správní řízení zahájit.

Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 30. 5. 2007 rozhodnutí č.j. VZ/S072/2007/VZ-09829/2007/540/RP, kterým rozhodl, že zadavatel závažně porušil ustanovení § 69 zákona tím, že činností, k níž byl povinen podle tohoto zákona, pověřil jinou osobu, na kterou převedl rozhodovací oprávnění stanovená tímto zákonem, a dále že porušil ustanovení § 49 odst. 9 zákona tím, že nehodnotil nabídku uchazeče MULTIP STAV, spol. s r. o., Nový Jičín přesto, že uchazeč splnil kvalifikaci a další podmínky stanovené zadavatelem. Úřad jmenovanému zadavateli uložil uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“) v návaznosti na § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení.

5. V odůvodnění tohoto rozhodnutí se Úřad nejprve zabýval posouzením otázky pověření výkonem zadavatelských činností. Jak Úřad konstatoval, zadavatel uzavřel dne 27. 4. 2000 smlouvu o sdružení s SBD Pod Skalkou, družstvo, se sídlem Císařská 68, 741 01 Nový Jičín, za které jednají Ing. Jiří Pekárek a Kamil Žák (dále jen „SBD Pod Skalkou“), a dále s fyzickými osobami Ing. Jiřím Pekárkem, bytem Císařská 152, 741 01 Nový Jičín, a Pavlem Klosem, bytem Nábřežní 7, 741 01 Nový Jičín, a to za účelem realizace výstavby bytových domů v lokalitě Bocheta, Nový Jičín. Stavba měla být realizována podle předem daného projektu, přičemž zadavatel se měl na spolufinancování podílet zdroji získanými z investiční dotace ze státního rozpočtu. Dílo se mělo následně stát spoluvlastnictvím účastníků smlouvy o sdružení s tím, že zadavatel si vyhradil právo rozhodovat o přidělování jednotlivých bytů po dobu 20 let. Na základě zmocnění daného smlouvou o sdružení zajišťovalo zadávání veškerých stavebních prací na díle SBD Pod Skalkou, které vyhlašovalo všechny související veřejné zakázky, včetně šetřené, a v průběhu zadávání činilo veškerá rozhodnutí. Samotnou technickou organizací výběrového řízení potom SBD Pod Skalkou dále pověřilo společnost RTS, a. s., Brno. Rozhodnutí a oznámení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ve veřejné zakázce bylo dne 29. 10. 2003 učiněno SBD Pod Skalkou. Na základě zadání šetřené veřejné zakázky byla dne 11. 11. 2003 uzavřena smlouva o dílo č. 5/2003 mezi objednatelem SBD Pod Skalkou a vítězným uchazečem. Zadavatel argumentoval ve správním řízení tím, že měl v orgánech SBD Pod Skalkou svého zástupce a při zadávání předmětných prací jednali oba účastníci sdružení ve shodě v souladu s rozhodnutím orgánů města Nový Jičín.

6. Na základě výše uvedeného uzavřel Úřad, že nesporným právem zadavatele je možnost pověřit v souladu s § 69 zákona výkonem zadavatelských činností jinou osobu, a to za podmínek vymezených v uvedeném zákonném ustanovení. Jednou z podmínek stanovených v § 69 zákona však je, že na osobu pověřenou výkonem zadavatelských činností zadavatel nemůže převést rozhodovací oprávnění stanovená tímto zákonem, což však zadavatel ve vztahu k SBD Pod Skalkou učinil. Zadavatel se nemůže zprostit svých povinností činit rozhodnutí v procesu zadání veřejné zakázky převedením rozhodovacích pravomocí na jiný subjekt, byť na základě uzavřené smlouvy. Zadavatel tedy porušil § 69 zákona tím, že činností, k níž byl povinen podle tohoto zákona, pověřil jinou osobu, na kterou převedl rozhodovací oprávnění stanovená tímto zákonem. Převedení rozhodovacích pravomocí zadavatele v rozporu s § 69 zákona na SBD Pod Skalkou kvalifikoval Úřad jako závažné, neboť jedním z členů představenstva družstva SBD Pod Skalkou je Ing. Jiří Pekárek, který je současně také jednatelem vítězného uchazeče, s nímž byla posléze na realizaci zakázky uzavřena smlouva o dílo.

7. Dále také Úřad zdůvodnil, proč konstatoval porušení § 49 odst. 9 zákona zadavatelem. Z písemného záznamu o posouzení a hodnocení nabídek vyplývá, že zadavatel obdržel nabídky od pěti uchazečů o veřejnou zakázku. Nabídka uchazeče MULTIP STAV, spol. s r. o., nebyla zadavatelem hodnocena z důvodu, že nabídnutá cena tohoto uchazeče bez DPH překračuje limit pro zadání veřejné zakázky § 49 odst. 1 zákona a zadavatel by s tímto uchazečem nemohl uzavřít příslušnou smlouvu. Zadavatel hájil svůj postup tím, že se držel pouze tehdejšího právního názoru a nabídku uchazeče MULTIP STAV, spol. s r. o., nehodnotil. K tomu Úřad uvedl, že názor na to, jak vykládat zákon v těchto případech, se vyvíjel, a to v závislosti na změnách textu ustanovení § 49 zákona, který byl v této souvislosti s účinností od 1. 6. 2000 významně novelizován zákonem č. 28/2000 Sb. Do té doby § 49 zákona nespecifikoval obsah výzvy a vyloučení uchazeče spojoval pouze s nesplněním kvalifikace. Orgán dohledu, vycházeje také z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2A 12/99 ze dne 22. 12. 1999, konstantně vykládal zákon tak, že v případě nesplnění podmínek zadání daných výzvou zákon zadavateli neukládá povinnost uchazeče vyloučit. Zároveň však nemohl s takovým uchazečem uzavřít na plnění veřejné zakázky smlouvu, a aby se zadavatel nedopustil zvýhodnění takového uchazeče, nemohl jeho nabídku hodnotit.

8. Po výše zmíněné novelizaci doznal § 49 zákona značné změny, když bylo oproti předchozí úpravě umožněno ve výzvě stanovit uchazečům shodně i „další požadavky“ a pro jejich nesplnění byla stanovena povinnost uchazeče vyloučit (viz odstavce 5 a 9 cit. ustanovení). Z důvodu této koncepční změny výzvy více zájemcům podle § 49 bylo nezbytné modifikovat také výklad případu nabídkové ceny překračující limit pro zadání předmětnou výzvou. Nabídková cena překračující limit pro zadání neznamená rozpor s požadavky zadavatele, neboť je o finanční hranici závaznou pro zadavatele, respektive jeho rozhodování o způsobu zadání. Orgán dohledu proto přijal výklad, že nabídka takového uchazeče musí podléhat posouzení a hodnocení spolu s nabídkami ostatních uchazečů. Orgán dohledu konstatuje, že zadávání šetřené veřejné zakázky spadá do období po příslušné novelizaci § 49 zákona, neboť výzva je datována 9. 10. 2003, a zadavatel měl tedy postupovat druhým z výše nastíněných způsobů. Orgán dohledu nicméně pochybení zadavatele neposoudil jako závažné, neboť po přezkoumání dokumentace zjistil, že nabídka uchazeče MULTIP STAV, spol. s r. o., nemohla získat nejvyšší celkové bodové hodnocení a být vybrána ani v případě, že by v ostatních kritériích mimo nabídkové ceny byla hodnocena maximálním počtem bodů. Orgán dohledu rovněž přihlédl k tomu, že příslušný výklad zákona v těchto situacích nebyl zřejmý.

9. Orgán dohledu se v rozhodnutí omezil na konstatování, že se zadavatel dopustil závažného porušení zákona, nicméně za spáchané porušení, neuložil zadavateli pokutu podle § 62 zákona. Nebyla totiž naplněna podmínka uvedená ve větě druhé § 62 odst. 1 zákona, 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 ode dne, kdy došlo k tomuto porušení. Jelikož k závažnému porušení zákona uvedeném ve výroku I. citovaného rozhodnutí došlo zahájením zadávání, tj. 9. 10. 2003, uplynula tak tříletá lhůta, v níž bylo možné zadavateli uložit pokutu. Současně se orgán dohledu závěrem odůvodnění rozhodnutí podrobně vyjádřil k uložení náhrady nákladů správního řízení podle § 79 odst. 5 správního řádu, které je povinen uhradit ten, kdo správní řízení vyvolal porušením jemu zákonem uložené povinnosti.

II. Námitky rozkladu

10. Dne 18. 6. 2007 obdržel Úřad rozklad zadavatele proti rozhodnutí ze dne 30. 5. 2007, č.j. VZ/S072/2007/VZ-09829/2007/540/RP. Zadavatel napadenému rozhodnutí vytýká pouhé formální posouzení dokumentace o zadání veřejné zakázky. Přestože rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky podepsalo SBD Pod Skalkou, jakékoli věcné a meritorní rozhodnutí v napadené veřejné zakázce však činil zadavatel – Město Nový Jičín. Žádný úkon v zadávacím řízení tedy neproběhl bez vědomí a souhlasu zadavatele. To, že rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky bylo podepsáno SBD Pod Skalkou, nemůže nic změnit na tom, že zásadní rozhodnutí učinil i zadavatel.

11. K otázce nehodnocení uchazeče MULTIP STAV, spol. s r. o. se zadavatel ztotožňuje se závěry Úřadu. Domnívá se však, že v daném případě nemohlo být aplikováno ani zrušení zadávacího řízení, protože byla vybrána nabídka odpovídající limitu dle § 49 zákona a nabídka uchazeče MULTIP STAV, spol. s r. o., by nemohla být vybrána jako nejvýhodnější, i kdyby byla hodnocena. Výsledek zadání by tak byl shodný, a proto by postup zadavatele neměl být posuzován jako porušení zákona. Nad rámec argumentů uvedených v napadeném rozhodnutí dodává zadavatel, že zákonná ustanovení by měla být formulována jasně a jednoznačně a možný dvojí výklad nemůže jít k tíži adresáta právní normy.

Závěr rozkladu

12. Z výše uvedených důvodů zadavatel žádá, aby předseda napadené rozhodnutí zrušil a rozhodl o tom, že zadavatel zákon neporušil.

III. Řízení o rozkladu

13. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

14. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru:

15. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 30. 5. 2007, č.j. VZ/S072/2007/VZ-09829/2007/540/RP rozhodl, že zadavatel závažně porušil ustanovení § 69 zákona tím, že činností, k níž byl povinen podle tohoto zákona, pověřil jinou osobu, na kterou převedl rozhodovací oprávnění stanovená tímto zákonem, a dále že porušil ustanovení § 49 odst. 9 zákona tím, že nehodnotil nabídku uchazeče MULTIP STAV, spol. s r. o., přesto, že splnil kvalifikaci a další podmínky stanovené zadavatelem, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Úřad taktéž rozhodl správně o náhradě nákladů správního řízení.

IV. K námitkám rozkladu

Zadavatel v podaném rozkladu neuvádí žádné nové skutečnosti, které by byly důvodem pro změnu právního názoru vysloveného v napadeném rozhodnutí, a pouze rozvádí argumenty již uvedené v průběhu řízení před orgánem dohledu.

K pověření jiné osoby rozhodovacím oprávněním

16. Plně jsem se ztotožnil se závěrem vysloveným v napadeném rozhodnutí, podle kterého zadavatel v rozporu se zákazem uvedeným v § 69 zákona převedl rozhodovací oprávnění stanovená tímto zákonem na osobu pověřenou výkonem zadavatelských činností. Z dikce ustanovení § 69 je bez dalších pochybností zřejmý úmysl zákonodárce, aby zadavatel činil rozhodnutí podle zákona osobně a beprostředně. Nelze orgánu dohledu vytýkat přepjatý formalismus při posuzování postupu zadavatele, když sám zákon v ustanovení § 69 takový formální postup zadavatele při jeho rozhodování předpokládá.

17. K argumentaci zadavatele, že jakékoli věcné a meritorní rozhodnutí (tj. formování vůle právnické osoby) v napadené veřejné zakázce činil právě zadavatel (Město Nový Jičín) a že žádný z úkonů v zadávacím řízení neproběhl bez jeho vědomí a souhlasu, uvádím, že tato skutečnost zadavatele nezbavuje povinnosti postupovat podle § 69 zákona a činit rozhodnutí osobně. Nebylo tedy dostačující, když zadavatel pouze „souhlasil“ s úkony, které za něj v zadávacím řízení činilo SBD Pod Skalkou. Dotčené ustanovení zákona má bránit tomu, aby se zadavatelé zprostili své odpovědnosti za zákonný průběh zadávání. V šetřeném případě je porušení zákona o to závažnější, že zadavatel rozhodovací oprávnění převedl na právnickou osobu (SBD Pod Skalkou), která byla personálně propojena s vítězným uchazečem. Právě tyto specifické okolnosti případu orgán dohledu správně zhodnotil jako závažné porušení zákona, neboť existence personálního propojení mezi subjektem, který nejen realizuje předmět veřejné zakázky, ale dokonce i činí samotná rozhodnutí v zadávacím řízení, představuje porušení všech zásad, jimiž by mělo být zadávací řízení ovládáno (zejména zásady rovného přístupu ke všem uchazečům). Nelze současně odhlédnout od skutečnosti, že postup zadavatele je vysoce netransparentní.

18. Ze všech uvedených důvodů proto plyne, že zadavatel se nemůže zprostit povinnosti činit svá rozhodnutí osobně, resp. prostřednictvím svých k tomu příslušných statutárních orgánů.

K nehodnocení nabídky uchazeče MULTIP STAV, spol. s r. o.

19. Pokud jde o další část podaného rozkladu, v němž zadavatel vysvětluje důvody, pro které nehodnotil nabídku uchazeče MULTIP STAV, spol. s r. o., a v němž vyslovuje názor, že nelze klást nejasnou formulaci zákona k tíži zadavatele, trvám na závěru, že zadavatel svým postupem zákon porušil. Postupem zadavatele sice nemohlo dojít k ovlivnění výsledku výběrového řízení, což také Úřad uvedl na straně 7 odůvodnění napadeného rozhodnutí, nicméně tato skutečnost mohla být zohledněna pouze při úvahách o závažnosti porušení zákona a na to navazující možnosti Úřadu uložit za spáchané porušení zákona pokutu. Právě nejasnosti při výkladu zákona orgán dohledu vzal při posouzení případu v úvahu.

20. Samotným výkladem ustanovení § 49 zákona i jeho historickému vývoji se orgán dohledu v napadeném rozhodnutí zabýval dostatečně vyčerpávajícím způsobem. K tomu znovu uvádím, že za „další požadavky“, které předvídané novelizovaným § 49 zákona a jejichž nesplnění musí vést k vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení, nelze považovat maximální hranici nabídkové ceny. Nabídková cena překračující limit pro

zadání neznamená rozpor s požadavky zadavatele, neboť jde o finanční hranici závaznou pro zadavatele. Navíc ve výzvě více zájemcům k podání nabídky ze dne 9. 10. 2003 žádná podmínka týkající se finančního limitu pro nabídkovou cenu uvedena není.

V. Závěr

21. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

22. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Město Nový Jičín, Masarykovo náměstí 1, 741 01 Nový Jičín, za něhož jedná Mgr. Ivan Týle, starosta města

2. TVARSTAV, s.r.o., se sídlem Loučka 68, 741 01 Nový Jičín, za niž jedná Ing. Jiří Pekárek a Pavel Klos,

3. STAVBAŘ – výrobní družstvo, se sídlem Školní ulice 562, 742 42 Šenov u Nového Jičína, za něhož jedná Pavel Veverka, předseda představenstva,

4. Novojická stavební společnost, spol. s r. o., se sídlem K Nemocnici 21, 741 11 Nový Jičín, za niž jedná Ing. Jiří Vrba, jednatel,

5. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce