

Vážený pan
Jiří Mikula
předseda dozorčí rady
Vodohospodářského sdružení Turnov

E-mailem:

jmikula@pekarnamikula.cz

V Praze dne 2. srpna 2016

**DOPLŇUJÍCÍ STANOVISKO KE ZPŮSOBU ZADÁNÍ ZAKÁZKY VHS TURNOV
„LOMNICE NAD POPELKOU – VÝSTAVBA VODOHOSPODÁŘSKÉ
INFRASTRUKTURY V BYTOVÉ ZÓNĚ NAD HŘBITOVEM“**

Vážený pane předsedo,

tímto se na Vás obracíme a předkládáme Vám doplňující stanovisko k právnímu posouzení způsobu zadání zakázky VHS Turnov „Lomnice nad Popelkou – výstavba vodohospodářské infrastruktury v bytové zóně Nad hřbitovem“ vypracovaného naší advokátní kanceláří dne 14.6.2016.

Předmětem tohoto doplnění je právní zhodnocení, zda v předmětné věci mohlo proběhnout zadávací řízení formou jednacího řízení bez uveřejnění v souladu s podmínkami a požadavky platného zákona o veřejných zakázkách („ZVZ“).

Toto doplňující stanovisko vychází z informací a podkladů předložených v rámci původního zadání, jakož i z doplněných informací a dokumentace tak, jak je popsáno níže.

1. POPIS FAKTICKÉHO STAVU A ZADÁNÍ – NOVÉ SKUTEČNOSTI A DOPLŇUJÍCÍ INFORMACE

Výsledkem právního posouzení ze dne 14.6.2016 je závěr o tom, že na předmětnou podlimitní zakázku mělo být vypsáno výběrové řízení dle ZVZ a VHS Turnov porušilo své zákonné povinnosti vyplývající z platného práva, pokud uzavřelo Smlouvu o dílo VHS s firmou MIZERA – STAVBY, a.s. na stavební práce v hodnotě min. 6.460.242,- Kč bez DPH bez výběrového řízení.

Popis faktického stavu věci obsažený v našem posouzení ze dne 14.6.2016 se nezměnil, zůstává plně v platnosti a toto doplňující stanovisko z něho nadále vychází s tím, že předmětem doplňujícího posouzení jsou dodatečně předložené informace a dokumentace, ze kterých má vyplývat zadání předmětné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění dle §§ 21 odst. 1 písm. d), 23 a 34 ZVZ.

Toto doplňující stanovisko tedy zejména odpovídá na otázku, zda bylo VHS Turnov ve věci zadání předmětné zakázky oprávněno zadat předmětnou veřejnou zakázku

formou jednacího řízení bez uveřejnění tak, jak tvrdí a dokládá, a pokud ano, zda byly forma a způsob tohoto zadání v souladu se ZVZ.

Veškeré definice a zkratky použité v našem posouzení ze dne 14.6.2016 jsou bez dalšího užívány i v tomto doplňujícím stanovisku.

2. PROSTUDOVANÉ MATERIÁLY A INFORMACE

Při vypracování tohoto stanoviska jsme vycházeli z dokumentů a informací obsažených v našem posouzení ze dne 14.6.2016, jakož i z těchto nových materiálů:

- Dopis adresovaný MIZERA – STAVBY, a.s. ze dne 14.11.2015 ve věci výzva k jednání – jednací řízení bez uveřejnění;
- Zápis z jednání č. 1 ze dne 19.11.2015 ve věci jednací řízení bez uveřejnění s jediným uchazečem – výstavba sítí v BZ Lomnice nad Popelkou;
- Zápis z jednání č. 2 ze dne 20.1.2016 ve věci jednací řízení bez uveřejnění – výstavba sítí v BZ Lomnice nad Popelkou;
- Projektová dokumentace „Vybudování infrastruktury v lokalitách BM3 a BK2“ – kanalizace, voda, ATS, kat. území Lomnice nad Popelkou, vypracované Pavlem Tschuschnerem pro objednatele a stavebníka Miroslava Mizeru (dále jen „Projektová dokumentace“);
- Profil zadavatele VHS Turnov;
- Profil zadavatele města Lomnice nad Popelkou;
- Věstník veřejných zakázek ohledně zakázek VHS Turnov;
- Věstník veřejných zakázek ohledně zakázek města Lomnice nad Popelkou.

Toto stanovisko vychází pouze z dokumentů a informací uvedených výše a v popisu faktického stavu sub 1. (včetně posouzení ze dne 14.6.2016), za jejichž úplnost a správnost neneseme odpovědnost.

3. APLIKOVATELNÉ PRÁVNÍ NORMY A DALŠÍ PODKLADY

Při právním hodnocení výše popsaného faktického stavu jsme vycházeli zejména z právních norem a dalších podkladů uvedených v našem posouzení ze dne 14.6.2016, jakož i z těchto dalších pramenů:

- Vyjádření ÚOHS č.j. ÚOHS-D0407/2016/VZ-30031/2016/560/VSa ze dne 27.7.2016 ve věci posouzení aplikovatelnosti § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ (dále jen „Vyjádření ÚOHS č.j. ÚOHS-D0407/2016/VZ-30031/2016/560/VSa“);
- zákon č. 199/1994 Sb. ve znění do 26.9.2002 (účinky tohoto zákona zrušeny k 30.4.2004);
- rozh. ÚOHS ze dne 9.6.2014, č.j. ÚOHS-S108/2009/VZ-12162/2014/521/VSt;
- rozh. ÚOHS ze dne 9.6.2016, č.j. ÚOHS-S109/2009/VZ-12160/2014/521/VSt;

- rozh. předsedy ÚOHS ze dne 17.6.2013, č.j. ÚOHS-R285/2012/VZ-11150/2013/310/RBu (které bylo potvrzeno rozhodnutím Krajského soudu v Brně ze dne 21.12.2015, č.j. 30 Af 78/2013-148;
- rozh. ÚOHS ze dne 20.2.2015, č.j. ÚOHS-S843,844/2014/VZ-5085/2015/541/MSc;
- rozh. ÚOHS ze dne 7.8.2012, č.j. ÚOHS-S76/2011/VZ-9818/2012/520/DŘí (potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 23.5.2013, č.j. ÚOHS-R238/2012/VZ-9537/2013/310/PMo);
- rozh. ÚOHS ze dne 16.5.2014, č.j. ÚOHS-S535/2013/VZ-R173/2014/VZ-13930/2015/321/IPs;
- rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 15.10.2015, sp.zn. 62 Af 112/2013;
- rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 12.5.2016, sp. zn. 1 As 256/2015.

4. PRÁVNÍ POSOUZENÍ

4.1. POSOUZENÍ MOŽNOSTI ZADAT PŘEDMĚTNOU ZAKÁZKU VHS TURNOV FORMOU JEDNACÍHO ŘÍZENÍ BEZ UVEŘEJNĚNÍ

Zadat veřejnou zakázku formou jednacího řízení bez uveřejnění je možné pouze při naplnění podmínek (předpokladů) pro její zadání, které jsou uvedeny v § 23 ZVZ. Bez splnění těchto podmínek není možné zakázku formou jednacího řízení bez uveřejnění zadat.

Vzhledem k tomu, že předmětná zakázka VHS Turnov se týká stavebních prací, je třeba hodnotit splnění podmínek pro zadání zakázky dle:

- § 23 odst. 1, 2 ZVZ,
- § 23 odst. 7 ZVZ nebo
- § 23 odst. 4 ZVZ.

4.1.1. z hlediska ustan. § 23 odst. 1, 2 ZVZ

Dle § 23 odst. 1, 2 ZVZ může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, jestliže

a) *v předchozím otevřeném řízení, užším řízení, zjednodušeném podlimitním řízení či jednacím řízení s uveřejněním nebyly podány žádné nabídky,*

b) *v předchozím otevřeném řízení, užším řízení, zjednodušeném podlimitním řízení či jednacím řízení s uveřejněním byly podány pouze nevhodné nabídky* podle § 22 odst. 1 písm. a), nebo

c) *nebyly podány žádné žádosti o účast v užším řízení či jednacím řízení s uveřejněním,*

a zároveň se *podstatně nezmění zadávací podmínky* a *zahájí* jednací řízení bez uveřejnění *bezodkladně po zrušení předchozího zadávacího řízení.*

Vzhledem ke skutečnosti, že z profilů zadavatelů i Věstníku veřejných zakázek VHS Turnov (jakož i Lomnice nad Popelkou) vyplývá, že **žádné předchozí neúspěšné**

výběrové řízení dle § 23 odst. 1 ZVZ na předmětnou veřejnou zakázku neprobíhalo, nemohlo VHS Turnov zadat předmětnou zakázku z důvodů dle § 23 odst. 1, 2 ZVZ.

4.1.2. z hlediska ustan. § 23 odst. 4 ZVZ

Dle § 23 odst. 4 ZVZ může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže

a) *veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem*, nebo

b) veřejnou zakázku je *nezbytné zadat v krajně naléhavém případě*, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, a z časových důvodů není možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení.

Ad a)

/i/ **Technickými či uměleckými důvody** umožňujícími splnit zakázku pouze určitým dodavatelem jsou takové objektivní důvody, které umožňují splnit zakázku pouze jedním konkrétním dodavatelem na celém světě (např. určité dílo nebo dodání služby může díky zcela specifickým technickým podmínkám a vlastnostem splnit pouze jediná firma nebo může jít o vytvoření uměleckého díla konkrétního individuálního stylu konkrétním umělcem). Vzhledem k tomu, že předmětná zakázka VHS Turnov neobsahuje z technického hlediska plnění, které by byla schopna realizovat po technické stránce pouze firma MIZERA – STAVBY, a.s., nemohlo **VHS Turnov zadat předmětnou zakázku formou jednacího řízení bez uveřejnění ani z tohoto důvodu uvedeného v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ (shodný závěr platí i ohledně absence zvláštního právního předpisu odůvodňujícího zadání předmětné zakázky firmě MIZERA- STAVBY a.s.)**

/ii/ Pro účely výkladu **výhradních práv** umožňujících splnit zakázku pouze určitým dodavatelem není možné dle vyjádření ÚOHS č.j. ÚOHS-D0407/2016/VZ-30031/2016/560/VSa k našemu konkrétnímu dotazu ohledně posouzení aplikovatelnosti § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ využít ustanovení § 17 písm. p) ZVZ, neboť to se z povahy věci vztahuje především k ustanovením § 2 odst. 6 písm. a) ZVZ (definice sektorového zadavatele) a § 18 odst. 2 písm. f) ZVZ. Výhradním právem v kontextu ustan. § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ je např. dle komentáře k ZVZ¹ myšlena „situace, kdy zadavatel požaduje úpravu dříve dodaného plnění (např. informačního systému), které je **autorským dílem** ve smyslu autorského zákona a které předpokládá zásah do autorských práv. Zadavatel však nedisponuje potřebnými oprávněními (tedy právy zasahovat a měnit tento systém, které by mohl poskytnout třetí osobě), a tudíž jedinou osobou, která je z hlediska ochrany výhradních práv oprávněna toto rozšíření

¹ PODEŠVA, V., OLÍK, M., JANOUŠEK, M., STRÁNSKÝ, J. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011.

či úpravu provést, je dodavatel tohoto informačního systému. Dále je možné tyto důvody spatřovat např. v situaci, kdy zadavatel požaduje poskytnutí určitého plnění, které je předmětem **patentové ochrany**. Toto plnění je pak bezesporu zadavateli schopen dodat pouze dodavatel, který je držitelem takového patentu.“ (K tomu dále např. rozhodnutí Úřadu ze dne 9. 6. 2014, č. j. ÚOHS-S108/2009/VZ-12162/2014/521/VSt, rozhodnutí ze dne 9. 6. 2016, č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-12160/2014/521/VSt, nebo rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 17. 6. 2013, č. j. ÚOHS-R285/2012/VZ-11150/2013/310/RBu (které bylo potvrzeno rozhodnutím Krajského soudu v Brně ze dne 21. 12. 2015, č. j. 30 Af 78/2013 – 148)). Z uvedeného vyjádření ÚOHS tedy vyplývá, že **pojem výhradních práv je spojován s právy duševního vlastnictví**. Žádná taková práva však dodavatel MIZERA-STAVBY, a.s. k předmětné zakázce VHS Turnov v době zadání zakázky neměl.

Z vyjádření ÚOHS č.j. ÚOHS-D0407/2016/VZ-30031/2016/560/VSa dále vyplývá, že:

- stanovisko ÚOHS k § 50 odst. 1 písm. b) zákona č. 199/1994 Sb. je z důvodu zániku účinnosti zákona k 30.4.2004 překonané a navíc se nejednalo o závazné stanovisko, ale o ad hoc vyjádření ke konkrétní věci, tj. **za výhradní práva nelze dle ZVZ považovat existence vlastnického práva podmiňujícího zadání zakázky vlastníkově věci nebo jím určené osobě;**
- v souladu s např. rozhodnutím sp. zn. S109/2009/VZ je pak skutečnost, zda je veřejnou zakázku ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona schopen plnit pouze jeden dodavatel, nutno posuzovat **k okamžiku zahájení zadávacího řízení;**
- faktickou nemožnost plnění veřejné zakázky jiným subjektem, než tím, který disponuje předmětným výhradním právem, nesmí zadavatel svým jednáním sám způsobit, příp. uvedený stav vědomě udržovat, neboť v takovém případě by mohlo být použití jednacího řízení bez uveřejnění považováno za **obcházení zákona** (k tomu dále např. rozhodnutí Úřadu ze dne 20. 2. 2015, č. j. ÚOHS-S843,844/2014/VZ-5085/2015/541/MSc, rozhodnutí ze dne 7. 8. 2012, č. j. ÚOHS-S76/2011/VZ-9818/2012/520/DŘí (potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 23. 5. 2013, č. j. ÚOHS-R238/2012/VZ-9537/2013/310/PMo), případně rozhodnutí ze dne 4. 4. 2012, č. j. ÚOHS-S37/2010/VZ-5895/2010/540/LZa/VKu (potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 27. 9. 2013, č. j. ÚOHS-R97,102/2012/VZ-18595/2013/310/MŠe) a rozhodnutí ze dne 16. 5. 2014, č. j. ÚOHS-S535/2013/VZ-10282/2014/522/LKo (potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 11. 6. 2015, č. j. ÚOHS-R173/2014/VZ-13930/2015/321/IPs)).

Vzhledem k obsahu výše citovaného Vyjádření ÚOHS č.j. ÚOHS-D0407/2016/VZ-30031/2016/560/VSa vycházejícím z ustálené rozhodovací praxe ÚOHS i soudních orgánů, jakož i k faktickému stavu ohledně zadání zakázky VHS Turnov, kdy navíc:

- v době zadání zakázky byl vlastníkem (zapsaným v KN) všech pozemků, na kterých se nachází předmět díla dle Smlouvy o dílo VHS, subjekt odlišný od dodavatele (město Lomnice nad Popelkou);

- dle Kupní smlouvy Lomnice, jakož i Projektové dokumentace má být infrastruktura, tj. i hlavní řady budovaných sítí umístěny na pozemcích, které nejsou předmětem Kupní smlouvy;
- Kupní smlouva Lomnice a Smlouva o dílo Lomnice byly uzavřeny současně a ve vzájemné účelové spojitosti, navíc s jiným subjektem než dodavatelem díla,

je zjevné, že **VHS Turnov** nemohlo **zadat předmětnou zakázku formou jednacího řízení bez uveřejnění ani z důvodu existence výhradních práv uvedeného v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ.**

Ad b)

Dle právní teorie i konstantní rozhodovací praxe ÚOHS jsou krajně naléhavými případy ve smyslu písm. b) výše události typu živelní pohromy (záplavy apod.) a krajní nouze. Vzhledem k tomu, že předmětná zakázka VHS Turnov takové krajně naléhavé případy nenaplnuje, nemohlo **VHS Turnov zadat předmětnou zakázku formou jednacího řízení bez uveřejnění z důvodů dle § 23 odst. 4 písm. b) ZVZ.**

4.1.3. z hlediska ustan. § 23 odst. 7 ZVZ

Dle § 23 odst. 7 ZVZ může zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění zadat veřejnou zakázku na stavební práce rovněž v případě, jestliže jde o:

a) ***dodatečné stavební práce, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách,*** jejich potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, a tyto dodatečné stavební práce jsou ***nezbytné pro provedení původních stavebních prací,*** a to za předpokladu, že

1. dodatečné stavební práce budou zadány *těmuž dodavateli,*
2. dodatečné stavební práce *nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky,* pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a
3. v případě veřejného zadavatele *celkový rozsah dodatečných stavebních prací nepřekročí 30 % ceny původní veřejné zakázky,*

nebo

b) ***nové stavební práce*** spočívající ***v obdobných stavebních pracích, jako v původní veřejné zakázce*** a odpovídajících původní veřejné zakázce, a to za předpokladu, že

1. nové stavební práce budou zadány *těmuž dodavateli,*
2. *původní veřejná zakázka byla zadána v otevřeném řízení, užším řízení, nebo ve zjednodušeném podlimitním řízení* a v případě sektorového zadavatele rovněž v jednacím řízení s uveřejněním;
3. *v zadávacích podmínkách původního zadávacího řízení byla obsažena možnost zadat veřejnou zakázku na nové stavební práce* v jednacím řízení bez uveřejnění,

4. *předpokládaná hodnota veřejné zakázky na nové stavební práce byla zahrnuta do předpokládané hodnoty původní veřejné zakázky a*

5. *jednací řízení bez uveřejnění bude zahájeno do 3 let a v případě veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti do 5 let ode dne uzavření smlouvy na původní veřejnou zakázku.*

Vzhledem ke skutečnosti, že z profilů zadavatelů i Věstníku veřejných zakázek VHS Turnov (jakož i Lomnice nad Popelkou) vyplývá, že **žádné předchozí výběrové řízení ve vztahu k Miroslavu Mizerovi ani MIZERA-STAVBY, a.s., které by naplňovalo podmínky pro zadání předmětné veřejné zakázky VHS Turnov z důvodu dle § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ (dodatečné stavební práce), ani z důvodu dle § 23 odst. 7 písm. b) ZVZ (nové stavební práce) na předmětnou veřejnou zakázku neproběhlo, nemohlo VHS Turnov zadat předmětnou zakázku formou jednacího řízení bez uveřejnění ani z důvodů dle § 23 odst. 7 ZVZ.**

4.2. POSOUZENÍ DOKUMENTACE VHS TURNOV K PŘEDMĚTNÉ ZAKÁZCE A JEDNACÍMU ŘÍZENÍ BEZ UVEŘEJNĚNÍ

Nad rámec výše uvedeného sub 4.1., z něhož jednoznačně vyplývá, že ohledně předmětné zakázky VHS Turnov nebyla naplněna žádná ze zákonných podmínek umožňujících zadání zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění, dále uvádíme, že:

- rovněž samotná dokumentace předložená VHS Turnov ohledně daného nezákonného postupu (zejména dopis adresovaný MIZERA – STAVBY, a.s. ze dne 14.11.2015 ve věci výzva k jednání – jednací řízení bez uveřejnění ve spojení se zápisy z jednání č. 1 ze dne 19.11.2015 a č. 2 ze dne 20.1.2016) obsahuje chyby a nesplňuje ani zákonné požadavky dle § 34 ZVZ;
- z profilu zadavatele VHS Turnov ohledně uzavření Smlouvy o dílo VHS vyplývá, že ke zveřejnění Smlouvy o dílo VHS došlo až 9.5. 2016, tj. více než 3 měsíce po uzavření smlouvy, když dle § 147a odst. 2 ZVZ musí být smlouva zveřejněna do 15 dnů po uzavření smlouvy (v této souvislosti nehodnotíme důvody a okolnosti tohoto pozdního zveřejnění, přestože mohou mít ve správním, příp. trestním řízení význam); rovněž rozsah zakázky ve zveřejnění na profilu zadavatele je uveden chybně, kdy přestože se jedná o podlimitní zakázku, je na profilu zadavatele uvedeno, že jde o zakázku malého rozsahu.

4.3. PRÁVNÍ DŮSLEDKY JEDNÁNÍ V ROZPORU SE ZVZ

Vzhledem ke skutečnosti, že VHS Turnov nebylo oprávněno zadat předmětnou zakázku formou jednacího řízení bez uveřejnění, platí plně závěry o spáchání správních deliktů dle § 120 odst. 1 ZVZ, hrozících správních sankcí do 10 % hodnoty zakázky a až do 20 mil. Kč, jakož i o možné trestněprávní odpovědnosti tak, jak jsou popsány v našem posouzení ze dne 14.6.2016.

5. ZÁVĚREČNÉ SHRNTÍ

VHS Turnov porušilo své zákonné povinnosti vyplývající z platného práva, když uzavřelo Smlouvu o dílo VHS s firmou MIZERA – STAVBY, a.s. na stavební

práce v hodnotě min. 6.460.242,- Kč bez DPH. Na tuto zakázku mělo být vypsáno výběrové řízení dle ZVZ, když však nemohlo být postupováno formou zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť nebyly naplněny zákonné podmínky pro užití této formy zadávacího řízení plynoucí z ustan. § 23 odst. 1, 2, 4, 7 ZVZ.

Ohledně právních následků tohoto nezákonného jednání ze strany VHS Turnov proto platí v plném rozsahu to, co bylo uvedeno v našem právním posouzení ze dne 14.6.2016.

V případě jakýchkoli dotazů či připomínek ohledně výše uvedeného se na nás kdykoli s důvěrou obraťte.

S přátelským pozdravem

JUDr. Robert Šulc, Ph.D.
advokát