

Vodohospodářské sdružení Turnov
K rukám Ing. Milana Hejduka

Váš dopis značky / ze dne

Naše značka

Vyřizuje / linka
Rychecká/481 030 368

Liberec
29.9.2016

Věc: Stanovisko k postupu VHS při zadání veřejné zakázky „Lomnice nad Popelkou – výstavba vodohospodářské infrastruktury v bytové zóně nad hřbitovem“

Na základě Vaší žádosti Vám předkládáme následující stanovisko k zákonnosti postupu zadavatele, Vodohospodářského sdružení Turnov, (dále jen VHS Turnov) při zadání veřejné zakázky „**Lomnice nad Popelkou – splašková kanalizace a vodovod pro 25RD a 2BD**“ (dále jen veřejná zakázka).

V usnesení červnového jednání Rady sdružení VHS Turnov č. 87/2016 vyplynulo konkrétní zadání. Máme posoudit dvě otázky – možnost použití zadání veřejné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění a otázku zveřejnění smlouvy na profilu zadavatele.

Jako podklad jsme od Vás obdrželi:

- Dopis Města Lomnice nad Popelkou ze dne 15.10.2015
- Podklady na jednání Rady sdružení VHS Turnov konané ve středu 16.12.2015
- Zápis z jednání Rady sdružení VHS Turnov konané dne 16.12.2015
- Výzvu k jednání v rámci jednacího řízení bez uveřejnění (dále jen JŘBU) ze dne 14.11.2015
- Zápis z jednání č. 1 – ze dne 19.11.2015 - jednání v rámci JŘBU mezi Ing. Mizerou a VHS Turnov (za účasti zástupců Města Lomnice nad Popelkou)
- Zápis z jednání č. 2 – ze dne 20.1.2016 - jednání v rámci JŘBU mezi Ing. Mizerou a VHS Turnov (za účasti zástupců Města Lomnice nad Popelkou)
- Smlouvu mezi VHS Turnov a firmou MIZERA - STAVBY a.s. ze dne 27.1.2016

Z podkladů, které jsme od Vás obdrželi, lze celkem jednoznačně dovodit, že VHS zadalo veřejnou zakázku na základě JŘBU dle § 23 v návaznosti na § 34 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZVZ). Tento postup zvolilo VHS Turnov na základě dopisu starosty Města Lomnice nad Popelkou ze dne 15.10.2015 a smlouvu uzavřelo po projednání v rámci JŘBU a po projednání v Radě sdružení VHS dne 16.12.2015.

Z předložených podkladů a Vámi poskytnutých informací dále vyplynulo, že předmětem veřejné zakázky byla část stavby, a to vodohospodářské sítě v ceně 6.460 tis. Kč bez DPH, na kterou již byla na konci března 2010 uzavřena smlouva o dílo mezi Městem Lomnice nad Popelkou a Miloslavem Mizerou jako jediným akcionářem firmy MIZERA – STAVBY a.s. Jednalo se o část stavby, kterou se Ing. Miloslav Mizera zavázal zrealizovat jako investor bytové zóny – rozvojové lokality „U HŘBITOVA“. Pro tento účel mu Město Lomnice prodalo

pozemky určené pro výstavbu domů v bytové zóně, jejichž kupní cenu uhradil částečně v penězích a částečně se je zavázal uhradit v naturálním plnění, tedy formou výstavby inženýrských sítí a komunikací. Dle sdělení Města Lomnice nad Popelkou výběr tohoto partnera proběhl transparentně. S ohledem na změny pravidel pro financování akcí ve VHS, působnost uzavřené koncesní smlouvy a změny daňových předpisů, které nastaly v době po uzavření výše uvedené smlouvy o dílo, ale před faktickou realizací předmětného díla, došly dotčené subjekty (VHS, Město Lomnice nad Popelkou a Rada VHS) k závěru, že **jediným možným řešením je, aby objednatel této vodohospodářské infrastruktury bylo přímo VHS Turnov.**

V dopise Města Lomnice nad Popelkou ze dne 15.10.2015 je výslovně uvedeno, že „*vodohospodářskou část zasíťování bytové zóny nemůže realizovat jiný zhotovitel, než firma MIZERA- STAVBY a.s., jejímž je pan Miloslav Mizera jediným akcionářem.*“ Důvodem jsou smluvní závazky, které město uzavřelo. „*Připravovaná bytová zóna by nikdy nevznikla, kdybychom nyní platné smluvní závazky porušili a hledali nějakou jinou teoretickou cestu, nebo jinou partnerskou firmu (existence stavebních povolení, vstupní náklady firmy do přípravy, peněžní plnění smluvních vztahů vůči městu v minulé době, atd.) Navíc by při neodůvodněném přerušení smluvních vazeb vznikla našemu městu finanční ztráta.*“ Město Lomnice vyzvalo výše zmíněným dopisem VHS Turnov k uzavření smlouvy na vodohospodářskou část díla s firmou MIZERA – STAVBY a.s. s tím, že Město Lomnice následně vypořádá své původní smluvní závazky s touto firmou (dodatek k původní smlouvě o dílo a dodatek k původní kupní smlouvě) tak, aby nedošlo k duplicitě závazků.

Z dalších poskytnutých podkladů vyplývá, že VHS výše uvedené žádosti vyhovělo a veřejnou zakázku „**Lomnice nad Popelkou - Splašková kanalizace a vodovod pro 25 RD a 2 BD**“ skutečně zadalo firmě MIZERA-STAVBY a.s., a to po jednání o stanovení smluvní ceny díla a dalších smluvních podmínkách. Učinilo tak na základě jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 ZVZ, aniž by blíže specifikovalo, o jaká konkrétní zákonná ustanovení se při svém postupu opírá.

Z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel, VHS Turnov, vycházel při zadání veřejné zakázky z informací, které mu byly poskytnuty od jednoho ze svých zakladatelů (fakticky nadřízeného subjektu). Není nám známo, zda zadavatel, VHS Turnov, provedl podrobnější analýzu procesu uzavření a platnosti smluvních vztahů mezi panem Mizerou a Městem Lomnice nad Popelkou, ale z předložených podkladů to nevyplývá. Zároveň je však otázkou, zda mu přísluší takovou analýzu provádět a zda je vůbec v pozici, aby mohl jednoznačný pokyn starosty města – zástupce ve svazku obcí prověřovat. V rámci předaných podkladů nám nebyla předložena ani analýza zkoumání zákonných důvodů, na základě kterých se zadavatel rozhodl jednací řízení bez uveřejnění použít. Taková analýza sice ze ZVZ povinná není, nicméně my ji svým klientům v obdobných případech doporučujeme.

Jednací řízení bez uveřejnění dle § 23 ZVZ je výjimečný způsob zadání zakázky, který může zadavatel použít pouze při naplnění důvodů v něm uvedených. Přestože se z hlediska smyslu a účelu ZVZ jeví zadavatelem zvolený postup jako správný a jediný možný, je třeba vždy hledat a najít pro jeho použití zákonný důvod, resp. konkrétní ustanovení ZVZ, dle kterého zadavatel zakázku zadává. Z informací, které byly zadavateli jeho zakladatelem poskytnuty, lze předpokládat, že pro zadání posuzované veřejné zakázky by bylo možné využít odst. 4 písm. a) §23 ZVZ, který předvídá situaci, že veřejná zakázka může být z technických důvodů nebo z důvodu ochrany výhradních práv splněna pouze určitým dodavatelem.

Posoudit, zda taková situace skutečně nastala, nelze bez podrobné analýzy uzavřených smluvních vztahů mezi Městem Lomnice nad Popelkou a firmou MIZERA STAVBY a.s. a

následně podrobného právního posouzení toho, zda uzavřené smluvní vztahy mohou být skutečně považovány za důvody naplňující zákonnou definici a opravňující zadavatele k zadání zakázky na základě jednacního řízení bez uveřejnění. Přestože argumentace zadavatele i Města Lomnice nad Popelkou vedoucí ke zvolení tohoto způsobu zadání zakázky je jasná, logická a pochopitelná, a přestože obecně formulované důvody pro využití JŘBU uvedené v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ se dají vyložit ve smyslu podpory zvoleného postupu, nelze bez alespoň první ze zmíněných analýz dojít k jakémukoliv závěru. **S ohledem na výše uvedené proto nejsme schopni Vám ke zvolenému postupu předložit jakékoliv stanovisko.**

Je však potřebné konstatovat, že ani další analýzy, nový právní posudek či jiné stanovisko odborného poradce pak nemohou dát zadavateli jistotu, že jeho postup, tj. zadání veřejné zakázky na základě zákonné výjimky, nebude zpochybněn ÚOHS nebo jiným kontrolním či správním orgánem nebo soudem, pokud by případ skutečně posuzovaly. A naopak, bez rozhodnutí ÚOHS a případně i příslušného soudu nelze ani na základě právních posudků či analýz dojít k jednoznačnému závěru, že zadavatel svým postupem ZVZ porušil.

Co se týče samotného zveřejnění smlouvy na profilu zadavatele, tam se zadavatel pochybení skutečně dopustil, když smlouvu s firmou MIZERA STAVBY a.s. nezveřejnil na svém profilu do 15 dnů od jejího uzavření, ale zveřejnil ji až 9.5.2016. tj. o necelé 3 měsíce později. Povinnost zveřejnit smlouvu na každou veřejnou zakázku, s výjimkou smluv do 500 tis. Kč bez DPH, vyplývá z § 147a odst.1 písm. a) ZVZ. Ač je nesplnění zveřejňovací povinnosti správním deliktem ve smyslu § 120 odst. 1 písm. b) ZVZ, ÚOHS při stanovení případné sankce vždy přihlíží ke konkrétním okolnostem případu. Z rozhodovací praxe ÚOHS v obdobných případech je zřejmé, že sankce za zmeškání lhůty pro zveřejnění smlouvy se pohybují v řádu jednotek tisíc korun – viz např. Rozhodnutí ÚOHS S0328/2015/VZ-42138/2015/552/DBO ve věci obdobného pochybení Univerzity Karlovy v Praze, kde byla uložena pokuta ve výši 5.000,- Kč.

K uvedenému si na závěr dovoluujeme uvést několik našich praktických zkušeností:

- při případném soudním přezkumu se přihlíží k platné právní úpravě, a pokud je pro posouzení případu příznivější, pak se jí řídí. V tomto případě se bude dle nového zákona o zadávání veřejných zakázek (ZZVZ) platného od 1.10.2016 jednat o sektorovou veřejnou zakázku zadávanou veřejným zadavatelem, která je vyjmuta z povinnosti zadávat ji postupem dle ZZVZ (podlimitní sektorová VZ na stavební práce).
- při zadávání veřejných zakázek se zadavatelé poměrně často dostávají do situace, kdy pro svůj postup nejsou schopni najít jednoznačnou zákonnou oporu, a přesto musí vzniklou situaci nějakým způsobem vyřešit. V mediálně sledovaných a finančně náročných případech může být přímé zadání veřejné zakázky (na základě JŘBU) předmětem několikaletých soudních sporů, jejichž výsledek může být absurdní jako např. v kauze „opencard“. Lze předpokládat, že v daném případě se tak, s ohledem na uvedené okolnosti, nestane.
- při posouzení případného pochybení – správního deliktu a sankcí za jeho spáchání se vždy vychází z hodnoty zadané veřejné zakázky - v tomto případě se jedná zakázku, která se pohybuje na hranici limitu pro veřejné zakázky malého rozsahu.


Compet Consult
s.r.o.
Štětkova 1638/18, 140 00 Praha 4-Nusle
IČ: 26502402

sídlo
Štětko
140 00

telefon/tax: 481 030 368

společnost zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Městským soudem v Praze oddíl C, vložka č. 86222

Ing. Martina Bufková Rychecká
Jednatelka firmy Compet Consult s.r.o.

IČO: 265 02 402
DIČ: CZ265 02 402
e-mail: competconsult@competconsult.cz
www.competconsult.cz