

Postup rady města, která vypsal opětovně výběrové řízení na zhotovitele Multifunkčního centra Dlouhá louka, vystavuje město velmi reálnému riziku soudních sporů

Opakovaně tvrdíme, že celý proces přípravy projektu Multifunkčního centra Dlouhá louka je ze strany náměstků za hnutí ANO veden špatně. To, že nyní 7. 1. 2019 vypsalá současná rada města nové výběrové řízení na zhotovitele projektu, je zcela zjevně krok, který vystavuje město velmi reálnému riziku soudních sporů. Toto jasně viditelné z jednoduché právní analýzy chronologie kroků a rozhodnutí, které odpovědní náměstci a rada města v přípravě projektu udělali.

Chronologický a faktický popis

Krok 1

První výběrové řízení na realizaci Multifunkčního centra Dlouhá louka, bylo vypsaláno radou města 3. 1. 2018 s předpokládanou cenou 312 140 000 Kč bez DPH. Předpokládaná hodnota zakázky je z pohledu zákona velmi důležitá. Od ní se totiž odvíjí vedení procesu zadávacího řízení v souladu se zákonem, tedy jednoduše to v jakém režimu bude vedené (bude-li otevřené nebo v jiném režimu) Zadavatel má tedy povinnost stanovit hodnotu co možná nejpřesněji.

Nesprávné stanovení předpokládané hodnoty totiž může zatížit zadávací řízení ještě před jeho zahájením, v některých případech i neodstranitelnou vadou, která může vést buď ke spáchání přestupku či zrušení celého zadávacího řízení. Lze zde uvažovat o přestupku dle § 268 odst. (1) zákona o zadávání veřejných zakázek pro situaci, kdy zadavatel nedodrží pravidla stanovená zákonem pro zadání veřejné zakázky a ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele.

Když se během výběrového řízení začaly ozývat reakce stavebního trhu, že městem předpokládaná hodnota je naprosto nereálná, že uchazeči, kteří o zakázku usilují, dochází k ceně mnohem vyšší, opakovaně jsme se na koaliční radě dotazovali odpovědných náměstků, zda jsme si předpokládanou cenou jisti a zda máme jako zadavatel v rámci projektu oceněn soupis prací a položkový rozpočet. Opakovaně jsme byli ujišťováni, že ano.

Otevření obálek jasně ukázalo, že cenové nabídky uchazečů významně převyšují městem předpokládanou hodnotu. Nejnižší nabídnutá cena byla 489 798 014 Kč bez DPH, tedy o 56% vyšší než předpokládaná. Když jsme následně v koalici opět po odpovědných náměstcích chtěli vědět, zda jsme jako město opravdu měli naceněný položkový rozpočet, teprve tehdy jsme dostali informaci, že neměli, a že předpokládaná hodnota byla bohužel určena pouze na základě agregovaného rozpočtu.

To potvrzuje naši argumentaci, že rozdíl mezi předpokládanou cenou a nejnižší nabídkou nelze přisuzovat přehřátému stavebnímu trhu, jak se tu často argumentovalo, ale špatné přípravě zadavatele, který porušil svou povinnost a dostatečně nepřipravil všechny podklady pro to, aby předpokládanou cenu co nejpřesněji určil.

Zadavateli při nesprávném stanovení předpokládané hodnoty dále hrozí porušení principu zákazu diskriminace. Při stanovení měl povinnost zohlednit informace o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění. Pokud je neměl, měl vycházet z informací získaných průzkumem trhu, předběžnými tržními konzultacemi nebo jiným vhodným způsobem.

Krok 2.

Další materiál, který byl projednáván v radě města, je Zrušení zadávacího řízení k veřejné zakázce Multifunkční centrum Dlouhá louka, a to dne 16. 7. 2018. V tomto materiálu je ale podstatný hlavně

důvod, který byl pro zrušení použit. Nebyla to vysoká cena, ale fakt, že nebude možné částku, o kterou se lišila nejnižší nabídka od předpokládané ceny (177 mil. Kč bez DPH, tedy 214 mil. Kč včetně DPH), pokrýt v roce 2019 z rozpočtu města. Doporučujeme si přečíst velmi úsměvnou argumentaci v důvodové zprávě, kde na zdůvodnění, proč stavbu Multifunkčního centra nemůžeme realizovat za nejnižší nabídnutou cenu, jsou použity i argumenty, že *...ve svém investičním plánu město počítá s akcemi za 2,5 mld jako je podjezd pod kolejištěm, divadlo, aquapark a rekonstrukci kasáren J.Žižky.* Sami prosím zvažte, jak tahle argumentace může obstát v nějakém soudním sporu. Zvláště za situace, kdy se za chvíli zastupitelstvo města chystá zřídit rezervní fond, do kterého budeme přesouvat 233 mil. Kč, které nejsou vázány na žádnou akci. Před 6 měsíci se přitom rušila zakázka, kde nabídka byla o 177 mil. vyšší než předpoklad s argumentací, že na ni nemáme a rozpočet nám dlouhodobě neumožňuje ji za nejnižší nabídnutou cenu 489 mil. Kč bez DPH realizovat.

Krok 3.

Co ale celou situaci dělá z právního hlediska velmi nebezpečnou, je nynější krok nové rady města. Ta se rozhodla 7. 1. 2019 vypsát fakticky tu samou zakázku znovu. Nyní dokonce s předpokládanou cenou ještě vyšší, než byla ta minulá vysoutěžená. Člověk nemusí být brilantní právník, aby si nevšiml, že tenhle krok celou argumentaci o tom, jak město nemohlo minulou zakázku realizovat z finančních důvodů, naprosto zpochybňuje. Znovu připomínáme, před 6 měsíci jsme tvrdili, že nemůžeme Multifunkční centrum realizovat za 489 mil. Kč bez DPH a teď ho vypisujeme za 550 mil. Kč bez DPH.

Naskytá se naprosto logická otázka. Co se změnilo v dlouhodobých rozpočtových výhledech? Dostali jsme nějakou dotaci navíc? Vidíme na nějaké nové zdroje? Nezměnilo se nic! Jen vypisujeme tu samou zakázku nyní už správně naceněnou položkovým rozpočtem.

Tím se opět dostáváme k tomu, proč si musí zadavatel co nejpřesněji určit předpokládanou cenu. Protože špatný odhad vede k právně nelegitimním krokům. To je případ právě původního zadávacího řízení: nesprávná předpokládaná hodnota → vyšší nabídkové ceny → účelové zrušení zadávacího řízení → nové vypsání fakticky stejné zakázky.

Důvodem, proč je dnes očekávaná cena vyšší než ta původně vysoutěžená, je skutečnost, že nová koalice do projektu přidala něco, co bylo mimo, ale hlavně proto, že si už nacenila položkový rozpočet. Tedy to co odpovědný náměstek měl zajistit už u prvního zadávacího řízení.

Rozhodnutí nové koalice nyní zakázku ve fakticky nezměněné podobě vypsát znovu, staví město zcela logicky do rizika soudních sporů z těchto právních důvodů

1. Existuje značné riziko, že původně vítězný uchazeč uplatní nárok na náhradu škody, která mu byla způsobena zrušením zakázky

V souladu s § 1729 občanského zákoníku má strana, která přes důvodné očekávání druhé strany v uzavření smlouvy jednání o uzavření smlouvy ukončí, aniž pro to má spravedlivý důvod, povinnost nahradit druhé straně škodu v rozsahu, který odpovídá ztrátě z neuzavřené smlouvy v obdobných případech.

Pokud by tedy došlo k opětovnému vypsání shodné veřejné zakázky pouze s navýšenou předpokládanou hodnotou, mohlo by být na zrušení první veřejné zakázky nahlíženo jako na účelové, resp. tak, že strana zadavatele neměla k ukončení jednání o uzavření smlouvy spravedlivý důvod. Ukončení kontraktačního procesu by tak nemohlo být považováno za spravedlivé a poškozený účastník by mohl nárokovat náhradu škody, která mu v souvislosti s prvním řízením vznikla.

V souvislosti s novým vypsáním veřejné zakázky tak hrozí velmi reálné riziko, že vybraný uchazeč (v původním zadávacím řízení) bude po zadavateli vymáhat škodu, která mu v souvislosti se zmařenou obchodní příležitostí vznikla – náklady vzniklé v souvislosti s účastí v zadávacím řízení a ušlý zisk z plnění veřejné zakázky.

Tento závěr je ještě posílen skutečností, že zadavatel v původním zadávacím řízení (soudě podle důvodu zrušení zadávacího řízení) zjevně porušil své povinnosti k odpovědnému a transparentnímu stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, což se dá považovat za nepoctivé jednání v průběhu jednání o uzavření smlouvy.

Možnost uplatnění tohoto nároku je dána bez ohledu na to, zda bude VZ vyhlášena opětovně či nikoliv. Nicméně lze očekávat, že pokud bude vyhlášena opětovně ve fakticky velmi podobném znění, tak to ukazuje, že důvodem zrušení nebyla vítězná cena, nýbrž nějaká jiná skutečnost a vítězný uchazeč se může opraveně cítit poškozeným.

2. Je zde riziko, že všichni uchazeči uplatní nárok na náhradu škody spočívající v nákladech přípravy nabídek dle § 40 ZZVZ

Dle § 40 ZZVZ platí, že pokud zadavatel neodešle v zadávací lhůtě oznámení o výběru dodavatele a ani se s účastníky zadávacího řízení nedohodne jinak a ani nedojde k ukončení zadávacího řízení před uplynutím zadávací lhůty jiným způsobem, uhradí účelně vynaložené náklady spojené s jejich účastí v zadávacím řízení.

V tomto případě sice došlo k ukončení zadávacího řízení jeho zrušením z ekonomických důvodů, což obecně lze, ale pokud rada města vyhlásí shodnou zakázku znovu, pouze tím dosvědčuje, že ekonomické důvody nebyly dány a VZ zrušila nezákonně. Nárok na náhradu nákladů by tak tedy měl zůstat zachován!

3. Existuje riziko, všichni uchazeči uplatní nárok na náhradu škody spočívající v nákladech přípravy nabídek, protože zadavatel porušil své povinnost stanovit řádně předpokládanou hodnotu zakázky

Jelikož se od výše předpokládané hodnoty odvíjí vedení procesu zadávacího řízení v souladu se zákonem, má zadavatel povinnost stanovit hodnotu co možná nejpřesněji. V opačném případě dochází k nastavení nesprávných parametrů zadávacího řízení i k nevhodnému vynakládání veřejných prostředků, což je případ právě původního zadávacího řízení (nesprávná předpokládaná hodnota – vyšší nabídkové ceny – účelové zrušení zadávacího řízení).

Vzhledem k tomu, že za správnost a úplnost zadávací dokumentace (včetně stanovení předpokládané hodnoty) odpovídá zadavatel, uchazeči se účastní veřejné soutěže v dobré víře v její správnost. Jestliže podaná nabídka uchazeče splnila předpoklady zadávacího řízení a byla úplná, předčasným zrušením zadávacího řízení v důsledku pochybení zadavatele při zpracování zadávací dokumentace se veřejná soutěž nerealizovala a náklady uchazeče vynaložené na účast v ní se staly zbytečně vynaloženými a představují tak skutečnou škodu. Náhrady této škody se všichni účastníci zadávacího řízení mohou po zadavateli domáhat.

Zadavateli při nesprávném stanovení předpokládané hodnoty dále hrozí porušení principu zákazů diskriminace. Při stanovení měl povinnost zohlednit informace o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění, a pokud je neměl, měl vycházet z informací získaných průzkumem trhu, předběžnými tržními konzultacemi nebo jiným vhodným způsobem.

Nesprávné stanovení předpokládané hodnoty totiž může zatížit zadávací řízení ještě před jeho zahájením, v některých případech i neodstranitelnou vadou, která může vést buď ke spáchání přestupku, nebo zrušení celého zadávacího řízení. Lze zde uvažovat o přestupku dle § 268 odst. (1) zákona o zadávání veřejných zakázek pro situaci, kdy zadavatel nedodrží pravidla stanovená zákonem pro zadání veřejné zakázky a ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele.

V daném případě zadavatel špatně určil předpokládanou hodnotu, což vedlo k celkovému zrušení veřejné zakázky. Nyní navrhuje nové řízení s odlišnou vyšší předpokládané hodnoty, čímž původní účastníky postavil do nevýhodné pozice, jelikož již zveřejnili některé části své nabídky, a ztratili tak určitou konkurenční výhodu. Navíc se jim navyšují náklady na podání nabídky, což může ovlivnit jejich pozici, potažmo úspěch v novém řízení.

V neposlední řadě zadavateli reálně hrozí riziko, že vybere jako nevhodnější nabídky s ještě vyšší nabídkovou cenou, než byla nevhodnější nabídka v původním zadávacím řízení.

4. Opětovným vyhlášením zakázky může dojít k diskriminaci některých účastníků zadávacího řízení

V rámci zadávání veřejných zakázek se tato zásada projevuje zejména v povinnosti zadavatele zacházet stejným způsobem se všemi dodavateli v rámci celého průběhu zadávacího řízení (potažmo v souvislosti s ním). Dle judikatury Soudního dvora EU musí mít všichni uchazeči při přípravě svých nabídek rovné šance.

Pokud tedy byla původní veřejná zakázka zrušena po otevírání obálek s nabídkami a byla by znovu vypsána totožná veřejná zakázka, budou muset účastníci, kteří se účastnili i původního zadávacího řízení, podstoupit celý proces znovu, čímž se jim nejen násobí náklady na účast v řízení, ale je znevýhodněna i jejich samotná účast, jelikož jsou již známy jejich nabídky (především cena).

Vítězný uchazeč je takovým postupem zadavatele rovněž diskriminován, čímž zadavatel porušuje další ze zásad zadávacího řízení, a tedy postupuje v rozporu se zákonem a vystavuje se riziku postihu ze strany ÚOHS i zrušení zadávacího řízení a tím marného vynaložení nákladů na jeho organizaci.

Z jednoduché právní analýzy vyplývá ještě více argumentů, které vyznívají v neprospěch města. V rámci upozornění na rizikový postup současné rady používáme pouze ty hlavní.