

STANOVISKO K ZADÁVACÍM PODMÍNKÁM STAVEBNÍ ZAKÁZKY PO ZMĚNĚ PROJEKTOVÉ DOKUMENTACE

Město Lázně Bohdaneč si dne 10. 5. 2017 prostřednictvím vedoucího odboru správy majetku Městského úřadu Lázně Bohdaneč vyžádalo odborné písemné stanovisko ke 3 otázkám, týkajícím se postupu města při zadávání veřejné zakázky na výstavbu sportovní haly v areálu základní školy v souvislosti se změnou projektové dokumentace ke stavbě a v korelaci s majetkovými možnostmi města.

V dané věci zastáváme následující právní názor, z něž vychází i navazující doporučení případného dalšího postupu.

Výchozí situace:

Původní projektová dokumentace na stavbu sportovní haly předpokládá náklady na výstavbu v hodnotě cca 110 mil. Kč bez DPH. Nyní bude město Lázně Bohdaneč (dále též jen „město“) nechávat upravit projektovou dokumentaci a hodnota výstavby klesne k cca 80 mil. Kč bez DPH. Ani tato částka však není pro město přijatelná. Město je ochotno za výstavbu sportovní haly zaplatit cca 65 mil. Kč bez DPH.

Město Lázně Bohdaneč položilo advokátní kanceláři 3 dotazy k výše uvedené problematice, které by bylo možné parafrázovat asi takto:

1) Lze do zadávacích podmínek vnést požadavek na maximální cenu výstavby ve výši 65 mil. Kč bez DPH?

2) Lze zrušit zadávací řízení, pokud by všechny nabídky nabízely cenu převyšující zadavatelem stanovený cenový strop a lze tak učinit i v případě, že cenový strop nebude zadavatelem explicitně stanoven?

3) Lze zadat veřejnou zakázku, která obnáší závazek města zaplatit částku, kterou momentálně město nedisponuje?

Právní hodnocení:

Na začátek je třeba uvést, že zadavatel (tedy v tomto případě město Lázně Bohdaneč) je iniciátorem procesů vedoucích k zadání veřejné zakázky a rovněž disponuje zadávacím řízením a zadávacími podmínkami v režimu zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“). Zadavatel je tedy při vytváření podmínek zadávacího řízení (pomíne-li kvalifikační kritéria) limitován takřka výhradně ust. § 6 zákona o zadávání veřejných zakázek, kde jsou stanoveny základní zásady postupu zadavatele – zásada rovnosti přístupu ke všem dodavatelům, zásada nediskriminace, zásada transparentnosti a (nově) zásada přiměřenosti. Tomu pak koresponduje konkrétně i ust. § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, kde je uvedeno: *„Zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.“*

Zákon o zadávání veřejných zakázek však není jediným obecně závazným právním předpisem, který musí město Lázně Bohdaneč při výkonu své samosprávy zohlednit. Musí se rovněž řídit zákonem č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o obcích“), zákonem č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o malých rozpočtových pravidlech“), a mnoha dalšími, jejichž dopad je zapotřebí smísit s regulací zákona o zadávání veřejných zakázek.

Prizmatem zákona o zadávání veřejných zakázek nebude žádný problém, bude-li město zadávat veřejnou zakázku s příliš vysokou cenou, může to však být v rozporu s ust. § 38 odst. 1 a 2 zákona o obcích, neboť takové počínání může být považováno za nehospodárné či neúčelné nakládání s majetkem města. Rovněž bude z pohledu zákona o zadávání veřejných zakázek irelevantní, zda město v rámci svého rozpočtu počítá s výdaji, ke kterým se smlouvou na zadávanou veřejnou zakázku zaváže, nicméně stále musí být dodržen postup stanovený zákonem o malých rozpočtových pravidlech.

K otázce č. 1

Zadavatel může v rámci zadávacích podmínek stanovit maximální a nepřekročitelný finanční limit nabídek. Ust. § 37 odst. 1 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek přímo uvádí: *„Podmínky účasti v zadávacím řízení může zadavatel stanovit jako obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky.“* Mezi obchodní podmínky může nepochybně být zařazena i nejvyšší možná účtovaná cena výstavby.

Zadavatel je oprávněn stanovit maximální finanční náročnost projektu a není rozhodné, zda bude tato náročnost odrážet faktickou hodnotu, která byla získána na základě projektové dokumentace a např. cenové soustavy ÚRS. Z tohoto pohledu nebude rozhodné, zda bude finanční limit stanoven na 65 nebo 80 mil. Kč bez DPH, neboť konkrétní pravidlo zakazující takový postup v zákoně obsaženo není.

Zadavatel je nicméně povinen (dle ust. § 16 zákona o zadávání veřejných zakázek) před zahájením zadávacího řízení stanovit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Stanovení předpokládané hodnoty přitom musí korespondovat s postupy dle zákona a má být objektivním vypočtením *„předpokládané výše úplaty za plnění veřejné zakázky vyjádřené v penězích“*. Pokud město hodlá za výstavbu sportovní haly zaplatit max. 65 mil. Kč bez DPH, pak je na místě stanovit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na stavební práce na výši 65 mil. Kč bez DPH a zakotvit do zadávacích pod-

mínek, že celková nabídková cena nesmí překročit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky.¹ Je pak ovšem otázkou, zda se do zadávacího řízení přihlásí dodavatelé, neboť nebude-li finanční strop odrážet očekávatelné náklady dodavatelů, pak může zadavatel narazit na nezájem o takovou veřejnou zakázku.

Potenciálním problémem při stanovení příliš nízkého cenového stropu by mohla být diskriminační povaha takové zadávací podmínky. Nemáme však silný dojem, že by příliš nízké finanční stropy mohly působit vyloženě diskriminačně. Dá se však očekávat, že nebude-li předpokládaná hodnota veřejné zakázky korespondovat s očekávatelnými náklady a finanční limit pro nabídky se tak bude dodavatelům jevit jako příliš nízký (nebo třeba až podnákladový), budou se dodavatelé snažit zadavatelovy zadávací podmínky napadnout a zadavatele „dotlačit“ ke zrušení cenového stropu. V krajním případě může celé zadávací řízení vyjít vniveč, neboť nebude zakázka pro žádného dodavatele lukrativní.

K otázce č. 2

Pokud zadavatel stanoví finanční limit 65 mil. Kč bez DPH, pak se jedná o zadávací podmínku, kterou jsou účastníci zadávacího řízení povinni akceptovat. Nebude-li kterýkoli účastník zadávacího řízení akceptovat finanční limit a podá nabídku, ve které nabídne celkovou nabídkovou cenu vyšší než stanovený finanční limit, porušil zadávací podmínky, pročež by měl být zadavatelem vyloučen dle ust. § 48 odst. 2 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek: **„Zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil.“**

Zadavatel nemá zákonnou povinnost vyloučit účastníka, který nesplnil zadávací podmínky, nicméně v případě nedodržení finančního limitu by se s největší pravděpodobností jednalo o porušení zásady rovného přístupu a transparentnosti, neboť mnozí dodavatelé nemuseli podat nabídku z toho důvodu, že předpokládali závaznost zadávací podmínky finančního limitu, jenž je od podání nabídky odrazoval. V takovémto případě se domníváme, že zadavatel musí vyloučit každého účastníka zadávacího řízení, který předložil nabídku nerespektující stanovený finanční limit celkové nabídkové ceny, neboť jiný postup by sice byl v souladu s ust. § 48 zákona o zadávání veřejných zakázek, nicméně byl by v hrubém rozporu se zákonnými zásadami postupu zadavatele dle ust. § 6 téhož zákona.

Pokud by byly zadavateli doručeny jen nabídky překračující stanovený finanční limit, pak by měl zadavatel všechny účastníky zadávacího řízení vyloučit dle ust. § 48 odst. 2 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek a následně zrušit zadávací řízení dle ust. § 127 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť po uplynutí lhůty pro podávání nabídek není v zadávacím řízení žádný účastník.

¹ Uvedený právní názor je limitován tím, že byla-li by předpokládaná hodnota stanovena účelově příliš nízká a na základě takového určení by byl změněn režim zakázky anebo druh zadávacího řízení (např. z nadlimitní veřejné zakázky na podlimitní, či z otevřeného řízení na řízení zjednodušené podlimitní), pak by se mohlo jednat o porušení zákona o zadávání veřejných zakázek. Na základě dostupných informací však lze konstatovat, že momentálně projednávaný případ nebude tímto omezením stížen, neboť veřejná zakázka na stavební práce za 80 mil. Kč bez DPH, stejně jako taková veřejná zakázka za 65 mil. Kč bez DPH bude zadávána v podlimitním režimu a v otevřeném řízení.

Jiná situace nastane, pokud zadavatel **nestanoví** finanční limit jako závaznou zadávací podmínku. V takovém případě mohou dodavatelé kalkulovat své ceny v případných nabídkách zcela podle svého uvážení a jediné faktory určující výši ceny budou ekonomické.

Podle poskytnutých parametrů veřejné zakázky je zřejmé, že se bude jednat o podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce zadávanou v otevřeném nebo užším řízení. V takovém případě je zadavatel oprávněn vyloučit uchazeče nebo zrušit zadávací řízení pouze z taxativně vypočtených zákonných důvodů. Důvody pro zrušení zadávacího řízení jsou vypočteny v ust. § 127 zákona o zadávání veřejných zakázek. Většina důvodů svým obsahem nedopadá na předmětnou situaci, nicméně dva z uvedených důvodů by snad mohly být předmětem zkoumání.

Podle ust. § 127 odst. 2 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek: *„Zadavatel může zrušit zadávací řízení, pokud v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, včetně důvodů ekonomických, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, bez ohledu na to, zda tyto důvody zadavatel způsobil či nikoliv.“* Tento důvod pro zrušení zadávacího řízení primárně cílí na situace, kdy zadavatel musí v průběhu zadávacího řízení vydat velkou sumu peněz, nebo se například projekt výrazně prodraží a finanční prostředky zadavatele na to nestačí. Tento důvod však s největší pravděpodobností nemůže být využit v situaci města Lázně Bohdaneč, neboť důvody pro nezaplacení vyšší ceny než 65 mil. Kč bez DPH se nevyskytly až v průběhu zadávacího řízení a nejedná se nejspíš ani o důvody hodné zvláštního zřetele, neboť město zkrátka nedisponuje danou částkou a nedisponovalo jí ani dříve. Nedošlo tedy vlastně ke vzniku nové situace. Tento důvod pro zrušení zadávacího řízení tak v situaci, kdy zadavatel obdrží pouze nabídky převyšující nabízenou cenou výstavby 65 mil. Kč bez DPH, nebude podle všeho použitelný.

Je však namístě uvést, že tento důvod zrušení zadávacího řízení by mohl patrně být využit za situace, kdy celková nabídková cena vybraného dodavatele převyšuje předpokládanou hodnotu a není přiléhavá objektivním okolnostem a předmětu veřejné zakázky (např. pokud by vybraný dodavatel nabízel, že sportovní halu vystaví za 90 mil. Kč bez DPH a více).

Podle ust. § 127 odst. 2 písm. e) zákona o zadávání veřejných zakázek: *„Zadavatel může zrušit zadávací řízení, pokud zadavatel neobdržel dotaci, z níž měla být veřejná zakázka zcela nebo částečně uhrazena.“* Neznáme komplexní pozadí financování výstavby sportovní haly, takže nemůžeme vyloučit použitelnost tohoto důvodu pro zrušení zadávacího řízení. Pokud by se například město ucházelo o získání nějaké dotace, kterou by mělo být pokryto financování projektu, pak by tento důvod zrušení zadávacího řízení mohl hrát roli (ačkoli by například šlo o dotaci pokrývající jen část nákladů výstavby). Pokud však v souvislosti s výstavbou sportovní haly nežádá město o dotaci, nebo bude dotace městu přiznána, nebude tento důvod zrušení zadávacího řízení použitelný.

Pokud zadavatel nestanoví finanční limit nabídek jako zadávací podmínku, pak se jen stěží domůže legálního zrušení zadávacího řízení, v rámci kterého obdrží jen nabídky přesahující nabídkovou cenou tu, kterou si zadavatel předsevzal jako vhodnou.

K otázce č. 3

V tomto případě jedná o otázku nesouvisející přímo s veřejnoprávní regulací zadávání veřejných zakázek, ale vztahuje se spíše k obecnější úpravě postupů města, tedy převážně k zákonu o obcích a zákonu o malých rozpočtových pravidlech. Zákon o zadávání veřejných zakázek nijak neupravu-

je možnost zahájit zadávací řízení či uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku za finanční situace zadavatele, která neodpovídá jeho závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Takový postup by však jistě mohl být v rozporu s povinností vyjádřenou v ust. § 38 zákona o obcích, neboť uzavření smlouvy, kterou se město zavazuje k uhrazení finančních prostředků, kterými nedisponuje, a nemá ani jejich získání zajištěno (např. smlouvou o úvěru, žádostí o dotaci, apod.) může jen stěží být považováno za hospodárné. Uzavření smlouvy na veřejnou zakázku za situace, kdy orgány města musely vědět, že město nebude schopné dostát svým závazkům z této smlouvy, by mohla vzniknout zásadní škoda na straně města (např. následně vzniklé nároky ze smluvních pokut či úroků z prodlení apod.), za kterou by příslušní členové orgánů města mohli být odpovědní, a to jak v rovině soukromoprávní, tak v rovině trestněprávní.

Rozhodně se tedy nedá doporučit, aby bylo zahajováno zadávací řízení za situace, kdy zadavatel nemá vyřešeno financování závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku, kterou hodlá tímto zadávacím řízením zadat. Jak bylo uvedeno výše, zahájené zadávací řízení může být zrušeno jen na základě zákonných důvodů a zadavatel nemá možnost od probíhajícího zadávacího řízení jen tak ustoupit. Je proto takřka nutné, aby zadavatel věděl, že disponuje dostatečnými prostředky na realizaci svého záměru, na který zadává veřejnou zakázku, ještě předtím, než zahájí zadávací řízení.

Není však jistě nutné, aby měl finanční prostředky fakticky k dispozici na bankovním účtu apod. Dokonce ani nemusí mít uzavřenu smlouvu o úvěru či přiznánu dotaci, měl by však mít dostatečnou důvěru v to, že finanční prostředky získá. Pokud by se pak náhodou stalo, že na předpokládané finanční prostředky zadavatel nedosáhne kvůli tomu, že např. banka změní názor a rozhodne se úvěrovou smlouvu neuzavřít, bude mít zadavatel k dispozici výše zmiňovaný zákonný důvod ke zrušení zadávacího řízení podle ust. § 127 odst. 2 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek.

Na samý závěr je třeba upozornit, že v případě, kdy už je zadavatel rozhodnut o realizaci akce či již dokonce probíhá zadávací řízení, je více než na místě, aby tyto kroky měly svůj náležitý odraz v rozpočtovém výhledu, rozpočtu apod., plně v souladu se zákonem o malých rozpočtových pravidlech.

Závěr a doporučení:

Město Lázně Bohdaneč zamýšlí zahájit zadávací řízení na výstavbu sportovní haly, kdy předpokládaná hodnota výstavby se pohybuje okolo cca 80 mil. Kč bez DPH, ale pro město je akceptovatelná cena jen asi 65 mil. Kč bez DPH.

Jako první je na místě zvážit, zda by nemělo dojít ke změně projektové dokumentace v takovém rozsahu, aby konečný projekt odpovídal finančním možnostem města, tedy aby předpokládaná hodnota výstavby byla projektována okolo 65 mil. Kč bez DPH. Pokud to není možné, pak je zadavatel oprávněn stanovit finanční limit pro předkládané celkové nabídkové ceny. Stanoví-li zadavatel finanční limit, pak je nucen podle této podmínky postupovat a vyloučit uchazeče, kteří cenový limit nedodrží. Stejně tak musí zadavatel počítat s rizikem, že kvůli příliš nízkým cenovým stropům nebudou mít dodavatelé o veřejnou zakázku zájem.

Pokud zadavatel nestanoví finanční limit jako závaznou zadávací podmínku, nebude pak v průběhu zadávacího řízení mít příliš možností, jak zadávací řízení zrušit z důvodu příliš vysoké nabídkové ceny vybraného dodavatele. Formalizované zadávací řízení je možné zrušit jen z taxativně vypočtených zákonných důvodů uvedených v ust. § 127 zákona o zadávání veřejných zakázek, mezi

které nespadá možnost zrušit zadávací řízení proto, že byly podány nabídky s vyšší celkovou nabídkovou cenou, než jakou si zadavatel představoval. Zákonem jsou však připuštěny důvody pro zrušení zadávacího řízení, které spočívají v náhlém a nepříliš očekávaném „odstřížení“ zadavatele od potřebných finančních prostředků.

Zákon o zadávání veřejných zakázek ani jiná právní úprava explicitně nepožaduje, aby ve chvíli zahájení zadávacího řízení zadavatel fakticky disponoval prostředky pro hrazení svých závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku, která je v tomto zadávacím řízení zadávána. Zadavatel by však vždy měl mít jasno v tom, jak se ke kýženým prostředkům dostat a jeho finanční plánování by mělo počítat s tím, že všechny závazky města budou řádně a včas plněny. Pokud by tomu tak nebylo, mohl by tento postup narazit na zákonnou povinnost nakládat s majetkem obce hospodárně a účelně.

V Pardubicích dne 18. 5. 2017

Schválil: Mgr. Lukáš Rothanzl, advokát