



UOHSX00EZYPE

Spisová značka: ÚOHS-P0242/2021/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-23977/2021/524/RŠuVyřizuje:
Ing. Šustrová
Brno: 16.07.2021

Výsledek šetření podnětu

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), příslušný k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel podnět s žádostí o prošetření postupu zadavatele – město Šumperk, IČO 00303461, se sídlem nám. Míru 364/1, 787 01 Šumperk (dále jen „zadavatel“) – ve věci veřejné zakázky „Budova MěÚ Lautnerova 1, Šumperk – snižování energetické náročnosti“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídky ze dne 31. 8. 2020 uveřejněné na profilu zadavatele téhož dne (dále jen „veřejná zakázka“ nebo „zadávací řízení“).

V podnětu bylo mj. namítáno, že zadavatel porušil ust. § 44 a § 48 odst. 8 ve spojení s odst. 5 písm. b) zákona, protože by mu měla být udělena pokuta za přestupek dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona. Stěžovatel považuje za problematické, že se vybraným dodavatelem v předmětném zadávacím řízení stala společnost PRUMHOR, spol. s r.o., IČO 47153903, se sídlem Rapotín 824, 788 13 Rapotín (dále jen „společnost PRUMHOR“), jejímž jednatelem, jediným vlastníkem většinového společníka [společnosti PRUMREAL GAMA s.r.o., IČO 03502571, se sídlem Rapotín 824, 788 13 Rapotín (dále jen „společnost PRUMREAL GAMA“)] a současně členem Rady města Šumperka, je pan Martin Hoždora.

Úřad si na základě obdrženého podnětu vyžádal od zadavatele dokumentaci o předmětném zadávacím řízení a vyjádření k obsahu podnětu.

Úřad předně poukazuje na to, že při posuzování šetřeného případu vycházel z aktuální právní úpravy včetně směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, přičemž také reflektoval závěry relevantní rozhodovací praxe.

Podle § 44 odst. 1 zákona zadavatel postupuje tak, aby nedocházelo ke střetu zájmů. V případě postupu podle § 42 nebo 43 zákona si zadavatel vyžádá písemné čestné prohlášení všech členů komise, přizvaných odborníků nebo osob zastupujících zadavatele o tom, že nejsou ve střetu zájmů. Pokud zjistí, že ke střetu zájmů došlo, přijme k jeho odstranění opatření k nápravě.

Podle § 44 odst. 2 zákona se za střet zájmů považuje situace, kdy zájmy osob, které

- a) se podílejí na průběhu zadávacího řízení, nebo
- b) mají nebo by mohly mít vliv na výsledek zadávacího řízení,

ohrožují jejich nestrannost nebo nezávislost v souvislosti se zadávacím řízením.

Podle § 44 odst. 3 zákona zájmem osob uvedených v § 44 odst. 2 zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zájem získat osobní výhodu nebo snížit majetkový nebo jiný prospěch zadavatele.

Podle § 48 odst. 5 písm. b) zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že došlo ke střetu zájmů a jiné opatření k nápravě, kromě zrušení zadávacího řízení není možné.

Podle § 48 odst. 8 zákona vybraného dodavatele zadavatel vyloučí z účasti v zadávacím řízení, pokud zjistí, že jsou naplněny důvody vyloučení podle odstavce 2 citovaného ustanovení zákona nebo může prokázat naplnění důvodů podle odstavce 5 písm. a) až c) citovaného ustanovení zákona.

Podle komentářové literatury¹ může být střet zájmů založen i majetkovou účastí zadavatele v dodavateli a s ní spojeným ekonomickým zájmem zadavatele na tom, aby právě s tímto dodavatelem došlo k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky. Jak však plyne z rozsudku SDEU ve spojené věci C-21/03 a C-34/03 Fabricom, existence takového majetkového propojení neobstojí *per se* jako důvod vyloučení dodavatele z možnosti ucházet se o zakázku, pokud tato majetková účast není způsobilá projevit se na výsledku příslušného zadávacího řízení. Zadavatelé by tak v první řadě měli usilovat o odstranění jakýchkoli okolností, které by mohly dodavatele s majetkovou účastí zadavatele zvýhodňovat. Především se bude jednat o odstranění informační a materiální nerovnováhy a objektivizaci veškerých kritérií rozhodování v zadávacím řízení.

Co se týče způsobu zadání veřejné zakázky v šetřeném případě, veřejná zakázka byla zadávána ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídky uveřejněné na profilu zadavatele, kterou zadavatel vyzval neomezený počet dodavatelů k podání nabídky. Zadavatel ve výzvě k podání nabídky stanovil lhůtu pro podání nabídek do 16. 9. 2020, 14:00 hod., čímž dodržel zákonnou lhůtu pro podání nabídek ve smyslu ust. § 54 odst. 1 zákona. Zadavatel následně v návaznosti na vysvětlení zadávací dokumentace postupně prodlužoval lhůtu pro podání nabídek až do 30. 9. 2020, 10:00 hod., tedy o 14 dní. Úřad z dokumentace o zadávacím řízení nezískal žádné indicie o tom, že by mezi dodavateli, kteří podali v zadávacím řízení svoji nabídku, panovala informační nerovnováha, resp. že by společnost PRUMHOR byla v průběhu zadávacího řízení jakkoliv zvýhodňována rozsahem poskytovaných informací ze strany zadavatele. Nabídku podalo celkem 5 dodavatelů. Co se týče objektivizace rozhodovacích kritérií, Úřad akcentuje, že nabídky nebyly hodnoceny podle žádného subjektivního kritéria, neboť jediným hodnotícím kritériem byla

¹ PODEŠVA, Vilém, SOMMER, Lukáš, VOTRUBEC, Jiří, FLAŠKÁR, Martin, HARNACH, Jiří, MĚKOTA, Jan a JANOUŠEK, Martin. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář. Praha: Wolters Kluwer (ČR), 2016.

v šetřeném případě nejnižší nabídková cena, což de facto vylučuje možnost ovlivnění výsledku zadávacího řízení v průběhu hodnocení nabídek. K tomu Úřad doplňuje, že dle zprávy o hodnocení nabídek společnost PRUMHOR nepředložila nabídku s nejnižší nabídkovou cenou, ale umístila se jako druhá v pořadí. Vybraným dodavatelem se stala až poté, co byl dodavatel s nejnižší nabídkovou cenou ze zadávacího řízení vyloučen dle § 48 odst. 2 písm. b) zákona.

Z hlediska naplnění definice střetu zájmů podle § 44 zákona se Úřad zabýval případnou možností ovlivnění průběhu nebo výsledku zadávacího řízení osobami, jejichž nestrannost by mohla být ohrožena jejich zájmem získat osobní výhodu nebo snížit majetkový nebo jiný prospěch zadavatele. Jak bylo ostatně namítáno v podnětu, osobou, která mohla mít zájem na zadání veřejné zakázky společnosti PRUMHOR, byl pan Martin Hoždora, který je jednatelem společnosti PRUMHOR, současně také jediným společníkem společnosti PRUMREAL GAMA, která v okamžiku zadávání předmětné veřejné zakázky vlastnila 80% obchodní podíl ve společnosti PRUMHOR², a zároveň je členem Rady města Šumperka. Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že pan Martin Hoždora nebyl členem komise pro posouzení a hodnocení nabídek a dle usnesení z 33. schůze Rady města Šumperka ze dne 5. 3. 2020 nebyl uvažován ani jako případný náhradník některého z členů komise pro posouzení a hodnocení nabídek³. Dle výpisu z obchodního rejstříku⁴ je patrné, že společnost PRUMHOR měla v okamžiku podávání nabídek (tj. ke dni 30. 9. 2020) dva jednatele, přičemž každý jednatel byl oprávněn jednat za společnost samostatně. Nabídku společnosti PRUMHOR podepisovala osoba odlišná od pana Martina Hoždory.

Ze zápisu z 33. schůze Rady města Šumperka dne 5. 3. 2020, na které se projednávalo zahájení předmětného zadávacího řízení na veřejnou zakázku, vyplývá, že daný záměr schválilo všech 9 přítomných členů Rady města Šumperka. Ze zápisu z 55. schůze Rady města Šumperka dne 10. 12. 2020, na které se projednávalo vyloučení dodavatele s nejnižší nabídkovou cenou ze zadávacího řízení a následný výběr společnosti PRUMHOR, vyplývá, že pan Martin Hoždora nahlásil střet zájmů, přičemž výše uvedené záměry schválilo všech 8 přítomných členů Rady města Šumperka, tedy včetně pana Martina Hoždory. Ze zápisu z 60. schůze Rady města Šumperka dne 4. 2. 2021, na které se projednávalo uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo na předmětnou veřejnou zakázku se společností PRUMHOR, kterým došlo k prodloužení dílčího a komplexního termínu dokončení předmětu plnění, vyplývá, že se pan Martin Hoždora zdržel hlasování kvůli střetu zájmů. Součástí dokumentace o zadávacím řízení bylo také čestné prohlášení pana Martina Hoždory ze dne 3. 3. 2021, ve kterém prohlašuje na svoji čest, že v době, kdy hlasoval o schválení zadávací dokumentace veřejné zakázky, nevěděl a ani nemohl vědět, že by mohl být ve střetu zájmů ve smyslu ust. § 44 zákona, tedy že neměl zájem získat osobní výhodu nebo snížit majetkový nebo jiný prospěch zadavatele, tedy že nebyla ohrožena jeho nestrannost nebo nezávislost v souvislosti se zadávacím řízením. V čestném prohlášení je také uvedeno, že pan Martin Hoždora za společnost PRUMHOR nepřipravuje nabídky, nepodílel se na zpracování zadávací dokumentace a v době hlasování nevěděl, že se bude společnost PRUMHOR předmětného zadávacího řízení účastnit. Z vyjádření zadavatele vyplývá, že si je vědom možného podezření na střet zájmů, proto do budoucna přijal preventivní opatření, aby se daný radní zdržel hlasování o zadávacích řízeních

² od 9. 6. 2021 činí obchodní podíl společnosti PRUMREAL GAMA ve společnosti PRUMHOR 51% - pozn. Úřadu

³ Pouze pro úplnost Úřad doplňuje, že součástí zprávy o hodnocení nabídek byla čestná prohlášení členů komise ve smyslu ust. § 44 odst. 1 zákona.

⁴ Dostupného na: <https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik-firma-vysledky?subjektId=216678&typ=UPLNY> – pozn. Úřadu

na veřejné zakázky, kterých se budou či by se mohly účastnit společnosti, ve kterých má vlastnický podíl.

Jak vyplývá z výše uvedeného, Úřad zkoumal průběh a okolnosti předmětného zadávacího řízení, které by mohly vytvořit prostor, kde by se případný střet zájmů mohl projevit. V kontextu výše uvedených skutečností Úřad nezískal podezření, že by v šetřeném případě došlo ke zneužití postavení člena Rady zadavatele ve smyslu § 44 odst. 2 zákona, v důsledku kterého by měl zadavatel povinnost vyloučit společnost PRUMHOR ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. b) zákona. V této souvislosti Úřad uvádí, že vyloučení účastníka zadávacího řízení je až posledním možným opatřením k nápravě, resp. k odstranění střetu zájmů před samotným zrušením zadávacího řízení. Smyslem ustanovení § 48 odst. 5 písm. b) zákona by nemělo být stanovení povinnosti k automatickému vyloučení účastníka zadávacího řízení v případě střetu zájmů, nýbrž možnosti v případech, kdy nelze nastalou situaci zhojit přijetím jiného opatření k nápravě, přičemž zadavatel jednající v souladu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek je povinen vždy uvážit, zda jsou jeho úkony nezbytné a souladné se zásadou přiměřenosti. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě nic nenasvědčuje tomu, že by pan Hoždora zneužil svého postavení tím, že by se podílel na zpracování zadávacích podmínek, v důsledku čehož by mohla být společnost PRUMHOR zvýhodněna, jakož nebylo ani prokázáno, že by pan Hoždora ovlivnil hodnocení nabídek, neboť toto probíhalo dle nejnižší nabídkové ceny, a z dokumentace o zadávacím řízení ani nevyplývá, že by se případný střet zájmů projevil v prokazování splnění kvalifikace společností PRUMHOR (pan Hoždora ostatně nebyl ani členem komise pro posouzení a hodnocení nabídek), nebyl dle názoru Úřadu zadavatel povinen vyloučit společnost PRUMHOR ze zadávacího řízení.

Opačný výklad by – vztaženo na šetřený případ – znamenal, že se společnosti, jejichž společníci jsou zároveň členové rady, nemohou účastnit zadávacích řízení, neboť ono „podezření“ na možné ovlivnění průběhu či výsledku zadávacího řízení by se v těchto případech dalo v potenciální rovině dovodit vždy (tedy i v situaci, kdy by se daný radní zdržel hlasování). Zákaz účastnit se zadávacích řízení, resp. povinnost vyloučit obchodní společnost ze zadávacího řízení vyplývá z § 4b zákona č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů, ve znění pozdějších předpisů, dle kterého obchodní společnost, ve které veřejný funkcionář uvedený v § 2 odst. 1 písm. c) nebo jím ovládaná osoba vlastní podíl představující alespoň 25 % účasti společníka v obchodní společnosti, se nesmí účastnit zadávacích řízení podle zákona upravujícího zadávání veřejných zakázek jako účastník nebo poddodavatel, prostřednictvím kterého dodavatel prokazuje kvalifikaci. Zadavatel je povinen takovou obchodní společnost vyloučit ze zadávacího řízení. Zadavatel nesmí obchodní společnosti uvedené ve větě první zadat veřejnou zakázku malého rozsahu, takové jednání je neplatné. Nutno podotknout, že tento zákaz se vztahuje toliko na veřejné funkcionáře, kterými jsou členové vlády nebo vedoucí jiného ústředního správního úřadu, v jehož čele není člen vlády, nikoliv však na členy rady.

Ve vztahu ke stěžovatelem odkazovanému rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0402/2020/VZ-31493/2020/512/ŠMr ze dne 8. 10. 2020, ve kterém Úřad konstatoval spáchání přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že zadavatel nedodržel pravidlo dle § 44 odst. 1 zákona, když nepřijal žádné opatření k nápravě k odstranění střetu zájmů, Úřad uvádí, že v odkazovaném případě bylo prokázáno, že se vybraným dodavatelem stala osoba, která se podílela na zpracování zadávacích podmínek, přičemž v tomto případě existuje riziko, že mohla zadávací podmínky „připravit“ dle svých potřeb s ohledem na svoji budoucí účast v zadávacím řízení, čímž mohla získat

konkurenční výhodu. V šetřeném případě však k obdobné situaci nedošlo, neboť nebylo prokázáno, že by se pan Martin Hoždora podílel na přípravě zadávacích podmínek.

V tomto kontextu tak ani nelze přisvědčit argumentu stěžovatele, že písemná zpráva neobsahovala dle § 217 odst. 2 písm. l) zákona soupis osob, u kterých byl zjištěn střet zájmů, a následně přijatých opatření, byl-li střet zájmů zjištěn, neboť samotnou skutečnost, že pan Hoždora oznámil střet zájmů, nelze bez dalšího posuzovat jako zjištění střetu zájmů ve smyslu § 44 zákona, které by s sebou neslo pro zadavatele další zákonem předvídané důsledky.

Úřad uzavírá, že po prošetření v podnětu uváděných skutečností ve spojitosti s relevantními podklady nebyly v současné době v rovině těchto skutečností shledány důvody pro zahájení správního řízení z moci úřední, což však nevylučuje možnost následného přezkoumání postupu zadavatele, vyjdou-li najevo nové skutečnosti.

S pozdravem

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Oživení, z. s., Muchova 232/13, 160 00 Praha – Dejvice
2. město Šumperk, nám. Míru 364/1, 787 01 Šumperk