

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
třída Kpt. Jaroše 1926/7
604 55 Brno

V Praze dne 21. ledna 2015

Podnět k přezkoumání úkonů zadavatele veřejné zakázky

Přílohy:

- dle textu

V jednom vyhotovení

I.

Transparency International – Česká republika, o.p.s. (dále jen „**TI**“) je nevládní organizace zabývající se bojem proti korupci. V rámci své činnosti získala TI informace nasvědčující tomu, že došlo k nesprávnému postupu při zadávání veřejné zakázky a tím k porušení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále také jen „**ZVZ**“).

TI se tímto obrací na Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**ÚOHS**“) s podnětem k přezkoumání úkonů zadavatele veřejné zakázky. Podnět se vztahuje k veřejným zakázkám „VRATISLAVOVA 20/22 - VÝMĚNA ZTI A PLYNU, VÝMĚNA OKEN A OPRAVA STŘECHY, ŘÍMSKÁ 23/420 - VÝMĚNA ZTI A PLYNU A VÝMĚNA OKEN, MALÁ ŠTĚPÁNSKÁ 10/546 - VÝMĚNA OKEN, OPRAVA PŘEDSÍNÍ“, evidenční číslo ve Věstníku veřejných zakázek (dále jen „**VVZ**“) 357954 (dále také jen „**původní veřejná zakázka**“), dále k veřejné zakázce s názvem „Vratislavova 20/22, Praha 2 – ZTI a plyn, oprava střechy“, evidenční číslo ve VVZ 375145 (dále také jen „**následná veřejná zakázka č. 1**“), dále k veřejné zakázce s názvem „Římská 23/420, Praha 2 - ZTI a plyn, PET v bytě ve 2.NP“ – s evidenčním číslem ve VVZ 375438 (dále také jen „**následná veřejná zakázka č. 2**“), a konečně k veřejné zakázce s názvem „Malá Štěpánská 10/546, Praha 2 - výměna oken, oprava předsíní“ – uveřejněna na profilu zadavatele pod číslem 4374/2013 (dále také jen „**následná veřejná zakázka č. 3**“). Zadavatelem byla Městská část Praha 2 (dále jen „**zadavatel**“).

II.

Skutkový stav

Zadavatel dne 21. června 2013 zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku na provedení stavebních prací s názvem „VRATISLAVOVA 20/22 - VÝMĚNA ZTI A PLYNU, VÝMĚNA OKEN A OPRAVA STŘECHY, ŘÍMSKÁ 23/420 - VÝMĚNA ZTI A PLYNU A VÝMĚNA OKEN, MALÁ ŠTĚPÁNSKÁ 10/546 - VÝMĚNA OKEN, OPRAVA PŘEDSÍNÍ“, evidenční číslo ve VVZ 357954.¹ Jednalo se o užší řízení, kdy předpokládaná hodnota činila 25.800.000,- Kč bez DPH.

Dne 27. září 2013 zadavatel s odkazem na ust. § 84 odst. 1 písm. b) ZVZ zadávací řízení zrušil, neboť byli vyloučeni všichni tři uchazeči. Důvodem bylo ve dvou případech neocenění položky ostatních rozpočtových nákladů a v jednom případě nedoložení jistoty.

Dne 2. října 2013 zadavatel uveřejnil písemnou výzvu k podání nabídek v rámci dvou veřejných zakázek na stavební práce ve zjednodušeném podlimitním řízení.

- 1) Vratislavova 20/22, Praha 2 - ZTI a plyn, oprava střechy – s evidenčním číslem ve VVZ 375145,² předpokládaná hodnota 7.214.918,- Kč bez DPH.

¹ Dostupné z: <http://www.vestnikverejnychzakazek.cz/en/Form/Display/416125> (citováno 30. 12. 2014).

² Dostupné z: <http://www.vestnikverejnychzakazek.cz/en/Form/Display/459263> (citováno 30. 12. 2014).

- 2) Římská 23/420, Praha 2 - ZTI a plyn, PET v bytě ve 2.NP – s evidenčním číslem ve VVZ 375438,³ předpokládaná hodnota 8.115.606,- Kč bez DPH.

příčemž stejný den byl zadavatelem stanoven též jako počátek lhůty k podání nabídek veřejné zakázky malého rozsahu na stavební práce:

- 3) Malá Štěpánská 10/546, Praha 2 - výměna oken, oprava předsíní – uveřejněna na profilu zadavatele pod číslem 4374/2013,⁴ předpokládaná hodnota 2.975.793,- Kč bez DPH.

Lhůtu k podání nabídek ad 1) a ad 2) určil shodně na 2. října 2013.

Důkaz: dokumentací veřejné zakázky (odkaz v poznámkách pod čarou č. 1 - 4)

Veřejná zakázka ad 1) byla zadána společnosti ISCO spol. s r. o. se sídlem v Praze 6, Střešovická 906/66, IČ 649 46 126 (dále také jen „**ISCO**“), načež ta dne 20. listopadu 2013 uzavřela se zadavatelem smlouvu o dílo. Tato společnost se rozdělila odštěpením se založením nové společnosti KyraStav spol. s r.o., se sídlem v Praze 3, Slavíkova 1379/20, IČ: 024 08 112 (dále také jen „**Kyrastav**“), na níž přešla část jmění rozdělované společnosti uvedená v projektu rozdělení. Tato skutečnost byla zapsána do obchodního rejstříku dne 9. prosince 2013⁵ na základě notářského zápisu ze dne 19. listopadu 2013⁶ s rozhodným dnem rozdělení odštěpením k 1. lednu 2013.

Sama společnost ISCO vyrozuměla sdělením ze dne 12. prosince 2013 (dále také jen „**sdělení**“) obchodní partnery, že na nástupnickou společnost Kyrastav přešla část jmění včetně práv a povinností z uzavřených obchodních smluv a vztahů i z pracovněprávních vztahů, zejména veškerá stavební činnost, prováděná dosud společností ISCO. Společnost Kyrastav podle sdělení vstupuje do všech právních vztahů týkajících se stavební činnosti na místo společnosti ISCO automaticky ze zákona (sic!). Sdělení lze dohledat na profilu zadavatele pod zavádějícím názvem „*změna názvu společnosti*“.⁷

Důkaz: výpisem z veřejného rejstříku (odkaz v poznámkách pod čarou č. 5 a 6)
dokumentací veřejné zakázky (odkaz v poznámkách pod čarou č. 7)

³ Dostupné z: <http://www.vestnikverejnychzakazek.cz/en/Form/Display/459919> (citováno 30. 12. 2014).

⁴ Dostupné z: <http://sluzby.e-zakazky.cz/Profil-Zadavatele/1a29456a-215d-4078-b603-c2bc1202e2ed/Zakazka/P13V00000053> (citováno 30. 12. 2014).

⁵ Dostupné z: <https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik-firma.vysledky?subjektId=473518&typ=UPLNY> (citováno 30. 12. 2014).

⁶ Dostupné z: <https://or.justice.cz/ias/content/download?id=c3f610480e66403fa85a84f4d21374dc> (citováno 30. 12. 2014).

⁷ Dostupné z: <http://sluzby.e-zakazky.cz/Profil-Zadavatele/1a29456a-215d-4078-b603-c2bc1202e2ed/Zakazka/P13V00000042> (citováno 30. 12. 2014).

III. Právní hodnocení

TI na základě analýzy zadávací dokumentace, nabídek jednotlivých uchazečů, sbírek listin ve veřejném rejstříku a dalších podkladů vztahujících se k veřejné zakázce a k předmětným společnostem dospěla k závěrům o nezákonném postupu zadavatele. Zadavatel bez relevantního důvodu rozdělil předmět veřejné zakázky za účelem snížení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, načež ve zhotovení stavby v případě jedné z následujících veřejných zakázek pokračoval právní subjekt, který vznikl rozdělením odštěpením zhotovitele, tedy na základě singulární sukcese, což by mohlo být hodnoceno jako podstatná změna práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, která je zapovězena ustanovením § 82 odst. 7 ZVZ.

a) Rozdělení předmětu veřejné zakázky

Podle ust. § 13 odst. 3 ZVZ nesmí zadavatel rozdělit předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v ZVZ.

Ze skutečností uvedených pod bodem II. lze vyvodit, že zadavatel po zrušení původní veřejné zakázky rozdělil předmět veřejné zakázky na tři dílčí zakázky, aniž by k tomu měl zákonný důvod. Jak je zřejmé z následující tabulky, předmět dílčích zakázek má jasnou věcnou, časovou i místní souvislost, přičemž tyto vlastnosti se od původní veřejné zakázky zásadně neliší:

	<i>Objekt(y)</i>	<i>Počátek lhůty k podání nabídek</i>	<i>Předmět</i>	<i>Typ řízení</i>
původní veřejná zakázka	Vratislavova 20/22, Praha 2	21. června 2013	Vratislavova 20/22 – výměna ZTI, výměna plynu, výměna oken, oprava střechy	Užší řízení
	Římská 23/420, Praha 2		Římská 23/420 – výměna ZTI, výměna plynu, výměna oken	
	Malá Štěpánská 10/546, Praha 2		Malá Štěpánská – výměna oken, oprava předsíní	

následná veřejná zakázka č. 1	Vratislavova 20/22, Praha 2	2. října 2013	výměna ZTI, výměna plynu, oprava střechy	zjednodušené podlimitní řízení
následná veřejná zakázka č. 2	Římská 23/420, Praha 2	2. října 2013	výměna ZTI, výměna plynu, PET v bytě v 2. NP	zjednodušené podlimitní řízení
následná veřejná zakázka č. 3	Malá Štěpánská 10/546, Praha 2	2. října 2013	výměna oken, oprava předsíní	veřejná zakázka malého rozsahu

Následné veřejné zakázky se od původní liší tedy jen v tom smyslu, že v objektu Vratislavova 20/22 již nebyla plánována výměna oken a v objektu Římská 23/420 byl naplánován PET bytu v druhém poschodí. V prvním případě nebylo zadavatelem odůvodněno vynechání opravy oken v objektu Vratislavova 20/22, přestože z šetření TI vyplývá, že se jednalo o opravu více než nutnou.⁸ V případě plynového etážovaného vytápění bytu v 2. NP v objektu ad 2) se jedná z hlediska finančního zatížení a profesní kvalifikace toliko o marginální bod,⁹ který podle TI nemůže mít vliv na posouzení věcné souvislosti veřejných zakázek.

Důkaz: dokumentací veřejné zakázky (odkaz v poznámkách pod čarou č. 8)

TI dne 14. listopadu 2014 podala zadavateli žádost o informaci na základě zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů, ve kterém konkrétně požadovala mj. sdělení informace o důvodu rozdělení původní zakázky. Zadavatel odpověděl poskytnutím informace datovaného 1. prosince 2014 v tom smyslu, že takto postupoval kvůli tomu, že na předmětné opravy byly uvolněny finanční prostředky v plánu oprav na příslušný kalendářní rok, jakož i z důvodu, aby se zvýšila reálná šance vybrat dodavatele alespoň pro některou z předmětných veřejných zakázek, neboť původní zadávací řízení muselo být zrušeno.

Důkaz: odpověď na žádost o informace (zaslána v příloze)

Takovou argumentaci však podle TI nelze přijmout, neboť nemá oporu v zákoně. Z judikatury soudů a z rozhodovací praxe ÚOHS lze vyvodit, že relevantní okolností pro dělení předmětu veřejných zakázek je místní a časová souvislost a zejména věcný charakter plnění, jehož souvislost je v daném případě nepopíratelná, a to přinejmenším v rámci veřejných zakázek ad 1) a ad 2), které, pokud by nebyly rozděleny, by nemohly být vedeny ve zjednodušeném podlimitním řízení..

⁸ Nezbývá než se domnívat, že oprava oken mohla být vynechána účelově, aby zanikla věcná spojitost s následnou veřejnou zakázkou č. 3.

⁹ Dostupné z: <http://sluzby.e-zakazky.cz/Profil-Zadavatele/1a29456a-215d-4078-b603-c2bc1202e2ed/Zakazka/P13V00000041> (citováno 5. 1. 2015).

Okolnosti stran financování veřejné zakázky nesmějí být skutečností, na jejímž základě by byla veřejná zakázka „pro větší naději na zadání“ rozdělena tím způsobem, že původní podlimitní veřejná zakázka zadaná v užším řízení byla rozdělena na tři jednotlivé veřejné zakázky, jejichž předpokládaná hodnota je umožnila zadavateli zadat ve dvou případech ve zjednodušeném podlimitním řízení a v jednom případě jako veřejnou zakázku malého rozsahu, tedy podle méně přísných pravidel.¹⁰

Z výše uvedených důvodů má TI za to, že se jednalo o rozdělení veřejné zakázky účelové, neboť:

- a) původně byla veřejná zakázka zadána v jednom řízení, načež při zachování v podstatě totožného předmětu byla rozdělena na tři dílčí veřejné zakázky,
- b) z odůvodnění zadavatele je zřejmá motivace zadavatele k rozdělení veřejné zakázky kvůli vázanosti finančních prostředků na příslušný kalendářní rok, což není v souladu se zákonem,
- c) veřejné zakázky spolu souvisí jak věcně, tak i časově a místně.

b)

Právní nástupnictví zhotovitele

Ze skutečností uvedených pod bodem II. vyplývá, že společnost ISCO, která vyhrála veřejnou zakázku na opravu bytového domu Vratislavova 20/22 v Praze 2 (následná veřejná zakázka č. 1) a která dne 20. listopadu 2013 uzavřela se zadavatelem smlouvu o dílo, se rozdělila odštěpením na společnost Kyrastav, kdy účinky tohoto rozdělení nastaly dnem zápisu do veřejného rejstříku (t. č. obchodního rejstříku) dne 9. prosince 2013.

Společnost Kyrastav vznikla odštěpením části společnosti ISCO na základě zákona č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev, v tehdejší znění (dále jen „**ZoPOS**“). Jedná se o přeměnu obchodní společnosti, kdy na nástupnickou společnost nepřechází všechna práva a povinnosti, nýbrž jen některá, a to na základě projektu přeměny obchodních společností, přičemž rozdělovaná společnost nezaniká. Jde toliko o singulární sukcesi.¹¹ V praxi je tato forma přeměny obchodních společností výhodná především v případech, kdy je nutné z nějakých důvodů oddělit určitou část společnosti, zpravidla problematickou, od částí ostatních.

TI si je vědoma, že ZVZ bez dalšího nevyklučuje možnost právního nástupnictví, nicméně to by mělo platit toliko v případě, že nástupnická společnost vstupuje do všech práv a povinností původní společnosti, tedy v případech, kdy se jedná o univerzální sukcesi. I v těchto případech ale musí být zachována podmínka, že nová společnost bude schopna plnit všechny závazky plynoucí z veřejné zakázky stejně jako původní společnost.

¹⁰ Přiměřeně srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. června 2007, sp. zn. 2 Afs 198/2006.

¹¹ K tomu srov. KUHN, Petr et al. *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 725-729. ISBN 978-80-7400-056-0.

V případě singulární sukcese pak nástupnická společnost nevstupuje do všech práv a povinností původní společnosti. Může tak dojít ke skutečnosti, že nástupnická společnost nebude moci dostát závazkům z veřejné zakázky, a to jak z důvodu objektivních, tak subjektivních. V krajním případě se může stát, že veřejnou zakázku vyhraje subjekt, který poté účelově odštěpí část předmětné společnosti na zhotovení zakázky, která by ovšem v původním zadávacím řízení nemohla uspět, neboť by nesplňovala kvalifikační předpoklady. Také nelze odhlédnout od skutečnosti, že ZoPOS stanovuje obecné náležitosti projektu přeměny co do přechodu majetku a závazků pouze co do minimálních požadavků, a to v obecné míře.

Tato forma přeměny v průběhu zadávacího řízení, popř. realizace veřejné zakázky proto dle TI dává výrazný prostor pro obcházení smyslu a účelu ZVZ.

Pokud vztáhneme tyto obecné poznatky na daný případ, lze dovodit, že v rámci zadávacího řízení soutěžila společnost ISCO, která již před podpisem předmětné smlouvy o dílo měla zpracovaný projekt přeměny rozdělení společnosti s odštěpením s tím, že na novou společnost přejdou na základě projektu závazky ze stavební činnosti.¹²

Zhotovitel poté výše uvedeným sdělením informoval, že na novou společnost Kyrastav přechází závazky ze stavební činnosti automaticky ze zákona. Tyto závazky ovšem přecházejí na základě právní skutečnosti spočívající ve valnou hromadou schváleném projektu přeměny s právními účinky po následném zápisu do veřejného rejstříku.

Lze shrnout, že singulární sukcese společností v rámci veřejných zakázek vytváří velký prostor pro manipulaci jak stran zadávacího řízení, tak samotné realizace veřejné zakázky. Jedná se totiž o změnu, která je změnou podstatnou, neboť pokud by se nástupnická společnost účastnila původního zadávacího řízení, mohla by ovlivnit výběr nejvhodnějšího uchazeče. Zadavatel tedy pochybil, když umožnil takovou podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy ve smyslu ust. § 82 odst. 1 písm. c) ZVZ.¹³ Pro úplnost dodáváme, že samotná zadávací dokumentace ohledně přípustnosti takového přesunu práv a povinností na jiného zhotovitele v průběhu realizace stavební zakázky žádné informace neuvádí.

S přihlédnutím k tomu, že si TI není vědoma, že by ÚHOS, popř. judikatura obecných soudů, takovou otázku řešila, považuje nadto tuto otázku naléhavou k výkladu i v obecné rovině nad rámec daných skutkových okolností.

IV.

S ohledem na shora popsané se TI domnívá, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ a žádá ÚOHS o zahájení řízení z moci úřední dle ust. § 113 ZVZ.

Zároveň TI žádá o vyrozumění, jak bylo s podnětem naloženo.

¹² Lze nalézt ve sbírce listin s nesprávným názvem projekt fúze sloučením.

¹³ Více k tomu např. MATOCHOVÁ, Lenka. *Změna smlouvy na veřejnou zakázku bez zahájení nového zadávacího řízení*. Brno, 2013. Rigorózní práce. Masarykova univerzita.

S přátelským pozdravem



.....
Transparency International – Česká republika, o. p. s.

David Ondráčka

ředitel

Adresa pro doručování:

Transparency International – Česká republika, o. p. s.

Sokolovská 260/143

180 00 Praha 8

posta@transparency.cz

Datová schránka ID: **8vzj3s2**

Odesláno prostřednictvím systému datových schánek