



Statutární město České Budějovice
Magistrát města České Budějovice
Odbor kultury

nám. Přemysla Otakara II. č. 1, 2
370 92 České Budějovice

Věc: Právní posouzení postupu zadavatele
objednávka č. OBJ /1040/2012/078

Zadání:

Komplexní právní posouzení správnosti zvoleného postupu při vypsání výzev k podání nabídek na využití objektu Kino Kotva od 01.01.2013 a objektu v Domě umění – Galerie současného umění od 01.01.2013

Předané podklady:

- text výzvy k podání nabídky na využití objektu v Domě umění – galerie současného umění, nám. Přemysla Otakara II., č. 38, České Budějovice
- text výzvy k podání nabídky na využití objektu Kino Kotva, Lidická 2110, České Budějovice 7
- usnesení Rady města České Budějovice č. 1711/2011, ze dne 07.12.2011, včetně důvodové zprávy, výzvy k podání nabídek, návrhu smlouvy o užívání nebytových prostor, přílohy k návrhu smlouvy
- usnesení Rady města České Budějovice č. 1710/2011, ze dne 07.12.2011, včetně důvodové zprávy, výzvy k podání nabídek, návrhu smlouvy o užívání nebytových prostor, přílohy k návrhu smlouvy, zprávy odborné komise
- usnesení Rady města České Budějovice č. 193/2012, ze dne 08.02.2012, včetně důvodové zprávy
- přípis Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 07.02.2012, č.j. ÚOHS-D27/2/12-1015/2012/420GKI
- usnesení Rady města České Budějovice č. 549/2012, ze dne 04.04.2012, včetně důvodové zprávy, záznamu o posouzení a hodnocení nabídek, návrhu nájemní smlouvy, pověřovacího aktu, dohody o poskytnutí vyrovnávací platby
- usnesení Rady města České Budějovice č. 550/2012, ze dne 04.04.2012, včetně důvodové zprávy, záznamu o posouzení a hodnocení nabídek, návrhu nájemní smlouvy, pověřovacího aktu, dohody o poskytnutí vyrovnávací platby

Rozbor a vyhodnocení zjištěného stavu:

V posuzovaném případě byly zadavatelem učiněny výzvy k podání nabídky na využití nebytových prostor v objektu „Kino Kotva“ a „Dům umění – galerie současného umění“, kdy předmětem zadání dle obou výzev byl nájem nebytových prostor zájemcem.

Obě výzvy byly učiněny a zveřejněny v návaznosti na jejich odsouhlasení usnesením Rady města ze dne 07.12.2011, číslo usnesení 1710/2011 ve vztahu k „Domu umění – galerii současného umění“ a číslo usnesení 1711/2011 ve vztahu k objektu „Kino Kotva“.

Pro posuzování otázky, zda při zajištění možnosti využití obou nebytových prostor mělo být postupováno dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, je třeba brát v úvahu znění tohoto zákona dle právního stavu platného do 04.01.2012, neboť dle dostupných dokumentů byly výzvy do tohoto data zveřejněny a samotné výběrové řízení bylo tímto úkonem zahájeno.

Z obsahu obou výzev, tak jak byly odsouhlaseny zmiňovanými usneseními Rady města, je zřejmé, že primární cíl zadavatele byl zajistit nalezení vhodného nájemce nebytových prostor, v obou případech provozovatele kulturních zařízení plnicích záměry zadavatele popisované v důvodových zprávách provázejících schvalující usnesení Rady města.

Nelze však přehlédnout, že v obou výzvách je předpokládán možný finanční podíl zadavatele na zajištění provozu kulturních zařízení při realizaci zadávaného nájmu, a to vždy v bodu IV, Obsah nabídky, kdy pod odrážkou „Ekonomické zhodnocení projektu“ zadavatel uvádí požadavek na obsah nabídky zájemce: „*předpokládané náklady na zajištění projektu a předpokládané výnosy z realizace činností a návrh případného finančního zajištění projektu ze strany zadavatele*“.

V této souvislosti je nutno podotknout, že zadavatel byl ze své dosavadní praxe obeznámen se skutečností, že nájem předmětných nebytových prostor v obou objektech a provoz příslušných kulturních zařízení je z jeho strany finančně podporován a měl předpokládat, že tuto provázanost nebude možno odstranit ani do budoucna v případě zájemců předkládajících nabídky k předmětným výzvám.

V dané věci tedy měl zadavatel zvažovat, zda se nejedná o veřejnou zakázku, a to právě s ohledem na skutečný charakter realizace nájmu předmětných nebytových prostor, kdy výkon užívacích práv nájemců doposud byl provázen poskytováním finančních prostředků ze strany zadavatele a je možno takovou provázanost očekávat i do budoucna.

Za veřejnou zakázku ve smyslu ust. § 7 Zákona o veřejných zakázkách je třeba považovat jakoukoliv ekonomickou kauzu, kde lze být i jen potenciálně očekávat úplatu ze strany zadavatele. Úplata ze strany zadavatele může být vázána na splnění určitých podmínek, kdy v konečné fázi k plnění úplaty nemusí dojít, přesto však lze považovat takovou zakázku za odpovídající definici zákona. Ekonomickou kauzou pak lze – na vysvětlenou – rozumět plnění jednoho subjektu pro druhý subjekt.

V daném případě byl cíl zadavatele zřejmý, hodlal nalézt nájemce nebytových prostor, kdy primárně nevybíral adresáta finančního plnění, byť si zjevně byl vědom toho, že nájemci může být tak jako doposud finanční dotace poskytována.

Patrně tato okolnost vedla vedoucí odboru kultury zadavatele k tomu, že se dotazem obrátila na Úřad na ochranu hospodářské soutěže, který k jejímu dotazu odpověděl přípisem ze dne 07.02.2012, že plnění poskytovaná v podobě neinvestiční dotace či obecně finančních prostředků dosavadním nájemcům a provozovatelům objektu „Kino Kotva“ a „Dům umění – galerie současného umění“ lze považovat za poskytování veřejné podpory a doporučuje postupovat v souladu s právními předpisy v oblasti veřejné podpory.

Ačkoliv Úřad na ochranu hospodářské soutěže v závěru svého přípisu uvádí, že jeho stanovisko není závazné, lze jej považovat za natolik přesvědčivé, že by zadavatel měl s ohledem na nutnost zamezení vzniku případných správních deliktů v oblasti veřejné podpory toto stanovisko respektovat.

V posuzovaném případě, kdy lze vycházet ze závěrů ÚOHS o poskytnutí veřejné podpory, byl k návrhu nájemní smlouvy určeného pro vítězného předkladatele nabídky připojen též pověřovací akt a návrh dohody o poskytnutí vyrovnávací platby. Charakter vyrovnávací platby je opět patrný z výkladu ÚOHS, přípisu ze dne 07.02.2012, kdy vyrovnávací platba má zahrnovat rozdíl mezi náklady a příjmy při poskytování služby obecného hospodářského zájmu, včetně přiměřeného zisku adresáta.

Při vzetí v úvahu všech aspektů věci je zřejmé, že spolu s deklarovaným cílem výzev, kterým je nalezení vhodného nájemce nebytových prostor, je spojeno též potenciální finanční plnění zadavatele vítěznému zájemci, které bude zahrnovat též pro zájemce ziskovou složku.

Logicky je tedy možno dovodit závěr, že záměr zadavatele měl být realizován v režimu zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť je zde očekávatelné finanční plnění zadavatele zájemci za poskytování služeb v zájmu zadavatele, byť ve prospěch třetích osob.

Pro stanovení vhodného postupu pak měla být určena předpokládaná hodnota veřejné zakázky dle § 13 Zákona o veřejných zakázkách, jakožto výše peněžitého závazku vyplývající pro zadavatele z plnění veřejné zakázky a tato hodnota měla být stanovena před zahájením zadávacího řízení.

Při stanovení předpokládané hodnoty zadavatel může vycházet i z dosavadní praxe při realizaci provozu předmětných kulturních zařízení aktuálními nájemci a v návaznosti na zjištěnou hodnotu vybrat vhodný typ zadávacího řízení dle zákona.

Závěr a návrh řešení:

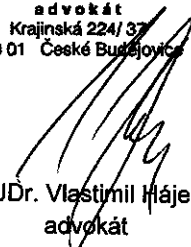
S poukazem na výše uvedené konstatuji, že při vyhodnocení předložených materiálů lze učinit závěr o nesprávném postupu zadavatele, který nedostatečně vymezil předmět zadání a nepostupoval podle Zákona o veřejných zakázkách, ačkoliv tak učinit měl.

Je však zřejmé, že v době zveřejnění výzvy k podání nabídky na využití objektu „Kino Kotva“ a objektu „Dům umění – galerie současného umění“ zadavatel neměl k dispozici stanovisko Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 07.02.2012, č.j. ÚOHS-D27/2/12-1015/2012/420GKI, které umožňuje objektivní náhled na charakter plnění, která mají být na základě předmětných výzev po vzniku zamýšlených smluvních vztahů mezi zadavatelem a zájemcem poskytována.

Nápravu vzniklého stavu je aktuálně možno zjednat zrušením obou výběrových řízení tak, jak si zadavatel vyhradil v čl. VII obou zadání (výzev k podání nabídky) a dále postupovat při zohlednění všech zjištěných okolností v režimu Zákona o veřejných zakázkách.

V Českých Budějovicích, dne 27. dubna 2012

JUDr. VLASTIMIL HÁJEK
advokát
Krajinská 224/37
370 01 České Budějovice



JUDr. Vlastimil Hájek
advokát