



- PARTNERS -

Naše zn.: JM, MC

| Vaše zn.:

| Datum: 25. 03. 2021

| Kontakt: CAK@agmpartners.cz

Klient: Statutární město Opava, se sídlem Horní náměstí 69746 01 Opava
(dále je „Klient“)

Úkol: Analýza návrhu usnesení zastupitelstva města Opavy, předloženého Ing. Liborem Witassekem, MBA a vyhodnocení odůvodnění tohoto návrhu

Podklady:

- Návrh usnesení zastupitelstva města Opavy
- Materiál pro jednání Zastupitelstva města dne 29.3.2021
- Rozhodnutí Ministerstva pro místní rozvoj č. j. MMR-49807/2020-26

I. Zadání a metodika

Cílem této právní analýzy je prozkoumat návrh usnesení zastupitelstva města Opavy, který předložil zastupitel Ing. Libor Witassek, MBA (dále jen „Návrh usnesení Zastupitelstva“), kterého podstatou je odvolat člena vedení Městského dopravního podniku Opava, a. s. (dále jen „MDPO“). Dále zhodnocení jednotlivých argumentů v odůvodnění Návrhu usnesení Zastupitelstva, zejména zda postup MDPO byl v souladu se zákonem č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“).

Metodika právní analýzy se soustřeďuje hlavně na rozbor Návrhu usnesení Zastupitelstva, hledání objektivní argumentace k jednotlivým bodům Návrhu usnesení Zastupitelstva, a zejména vyhodnocením, zda lze očekávat sankce ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“).

II. Skutkový stav

V Návrhu usnesení Zastupitelstva jsou postupy MDPO označeny jako nezákonné, a tedy v rozporu se ZZVZ a také je vysloven výrok, že byla ze strany statutárních orgánů (resp. jednoho člena) porušena péče řádného hospodáře. Hlavní body tohoto návrhu jsou následující:

1. Je tvrzeno, že MDPO prokazatelně úmyslně porušil rozpočtovou kázeň v zakázce „Informační systémy Městského dopravního podniku Opava, a. s.“, na základě čehož MMR vykonalo korekci dotace ve výši 276.908,- Kč. Dále jsou dle odůvodnění očekávány dodatečné sankce ze strany ÚOHS za porušení ZZVZ v této veřejné zakázce.
2. Další tvrzení poukazuje na netransparentní zadávání veřejných zakázek v MDPO, konkrétně zakázek směrem ke společnosti M&T Effective Savings s. r. o., Mikroelektronika spol. s r. o. a dalších.
3. Je vzneseno obvinění z porušení zákazu rozdělení předmětu zakázky s cílem dosažení možnosti zadávat tuto zakázku mimo zadávací postup jako podlimitní.
4. Závěrem je konstatováno, že MDPO účelově obchází vnitřní pravidla MDPO pro zadávání podlimitních zakázek.

III. Právní analýza

V této části se zpracovatel právní analýzy věnuje jednotlivým bodům Návrhu usnesení Zastupitelstva uvedených v článku II této analýzy, přičemž ke každému přikládá právní hodnocení.

1. Řízení před ÚOHS, porušení rozpočtové kázně a vymáhání náhrady škody

Úvodem bychom chtěli upozornit na skutečnost, že žádné rozhodnutí ÚOHS ke dni vypracování této právní analýzy nenabýlo právní moci.

Argument ohledně korekce ve výši 276.908,- Kč je nutné vnímat z vícero pohledů. V první řadě je potřebné zdůraznit, že tato částka netvoří pokutu anebo obdobnou sankci, kterou by muselo MDPO zaplatit ze svých prostředků, tak jak je prezentováno v Návrhu usnesení Zastupitelstva. Jde o částku z celkové dotace eurofondového projektu, která nebyla MDPO vyplacena poskytovatelem dotace z důvodu porušení povinnosti při čerpání této dotace. Považujeme však za podstatné upozornit na skutečnost, že výše sankce byla uložena na spodní hranici, ve výši 5 %, z čehož vyplývá, že při celkové výši dotace jde o pochybení kvalifikované jako zanedbatelné administrativní pochybení, protože ve zbylých 95% je čerpání v pořádku. Drobné korekce v této výši jsou při čerpání dotací ze strukturálních fondů zcela běžné.

Uložená korekce za nesprávné čerpání dotace nemá žádný vliv na případné prošetřování ze strany ÚOHS ani žádnou spojitost s tímto úřadem. Proto nemá věcnou ani právní logiku odkaz na doporučení ÚOHS k vymáhání náhrady škody ve čtvrtém bodě Návrhu usnesení Zastupitelstva, když žádná škoda ve smyslu kompetencí ÚOHS (veřejné zakázky, hospodářská soutěž, veřejná podpora) zatím nevznikla. Bohužel tento bod, a ani odůvodnění, neuvádí přímý odkaz na zmíněné doporučení ÚOHS. Advokátní kancelář předpokládá, že se jedná o toto doporučení: <https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/2944-predseda-uohs-upozornil-verejne-zadavatele-ze-maji-vymahat-skody-zpusobene-protisouteznim-jednanim.html>. Upozorňujeme, že toto doporučení ÚOHS se vůbec netýká dotací, veřejných zakázek a ani odpovědnosti statutárních orgánů, ale tzv. protisoutěžního jednání soutěžitelů, což je úplně jiná právní oblast a nemá s činností MDPO nic společného. Předseda ÚOHS zadavatelům doporučuje vymáhání škody od společností, které byly poškozeny kartelovými dohodami dodavatelů. Odkaz na toto doporučení ÚOHS je tedy nesprávný a mylný.

2. Netransparentní zadávání veřejných zakázek

Je namítáno nedodržení zásady transparentnosti při zadávání veřejných zakázek pro společnosti M&T Effective Savings s. r. o., Mikroelektronika spol. s r. o. a dalších.

K tomuto je potřebné upozornit na skutečnost, že MDPO při zadávání veřejných zakázek postupoval jako sektorový zadavatel a tedy dle § 158 ZZVZ: „Zadavatel není povinen v zadávacím řízení zadat sektorovou veřejnou zakázku, jejíž předpokládaná hodnota **nedosahuje finanční limit** stanovený prováděcím právním předpisem podle § 25.“ To znamená, že sektorový zadavatel není povinen zadat podlimitní sektorovou zakázku postupem dle ZZVZ.

Finanční limity pro takovýto postup jsou stanoveny v nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek. Finanční limity pro sektorovou veřejnou zakázku v letech 2019 a 2020, kdy došlo k uzavření smluv:

Rok	Stavební práce	Služby/Zboží
2019	149.224.000,- Kč bez DPH	11.915.000,- Kč bez DPH
2020	137.366.000,- Kč bez DPH	10.989.000,- Kč bez DPH

Zároveň v Návrhu usnesení Zastupitelstva absentuje úvaha o tom, v čem by měl spočívat negativní dopad tohoto podlimitního postupu (kvantifikován v penězích) na hospodaření MDPO.

I když je postup při zadávání veřejných sektorových zakázek veden mimo režimu ZZVZ, tak je zadavatel povinen dodržovat **základní zásady** dle § 6 ZZVZ:

- a) Transparentnost
- b) Přiměřenost
- c) Rovné zacházení
- d) Zákaz diskriminace

MDPO je tedy povinen dodržovat základní zásady i při nákupech mimo zadávací postup dle ZZVZ, ale není nevyhnutné aplikovat stejný rozsah dodržení těchto zásad jako při některém ze zadávacích řízení dle ZZVZ. Při postupu mimo zadávací režim ZZVZ je zadavatel oprávněn postupovat volněji dle svého obchodního uvážení a potřeb, čímž je zejména dosažena větší rychlost a flexibilita nákupu. Je tak logickým závěrem, že může docházet také ke snížení celkové transparentnosti¹, jelikož MDPO, anebo obecně sektorový zadavatel, může kupříkladu uzavřít smlouvu na služby, tovary anebo stavební práce s konkrétním dodavatelem bez jakéhokoliv formalizovaného poptávkového řízení, a tedy nemusí například zveřejňovat zadávací dokumentaci, čímž sice dochází ke snížení naplnění principu transparentnosti, nikoli však k jeho porušení.

K dodržení zásady transparentnosti tedy slouží až následné zveřejnění smluvní dokumentace v Registru smluv a případné dobrovolné zveřejňování průběhu takového zadání. Také bychom rádi poukázali na skutečnost, že MDPO jednal v některých případech dokonce nad rámec povinností ze ZZVZ, vytvořil a má k dispozici dokumentaci zakázky jako zadávací dokumentaci, dokumentaci z poptávkového řízení, z vyhodnocování nabídek a jiné. K podpoře splnění zásady transparentnosti přispívá i fakt, že MDPO ve většině zakázek oslovil dostatečné množství možných a relevantních dodavatelů, zejména u těch s vyšší hodnotou. Nemůže být k tíži vedení MDPO skutečnost, že nebyly osloveny všechny relevantní firmy, když tato povinnost z právních předpisů nijak nevyplývá.

¹ Dle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 15.9.2010, č. j. 1 Afs 45/2010 – 159, ve kterém uvedl základní body, kdy je možné usoudit, že došlo k porušení zásady transparentnosti: „pokud jsou v zadávacím postupu sblédány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, bíře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“

3. Péče řádného hospodáře

Podle § 51 a 52 zák. č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích: „*Pečlivě a s potřebnými znalostmi jedná ten, kdo mohl při podnikatelském rozhodování v dobré víře rozumně předpokládat, že jedná informovaně a v obhajitelném zájmu obchodní korporace; to neplatí, pokud takovéto rozhodování nebylo učiněno s nezbytnou loajalitou. Při posouzení, zda člen voleného orgánu jednal s péčí řádného hospodáře, se vždy přihlídnou ke péči, kterou by v obdobné situaci vynaložila jiná rozumně pečlivá osoba, byla-li by v postavení člena obdobného orgánu obchodní korporace.*“ V praxi to znamená, že když člen statutárního orgánu nemá dostatečné odborné znalosti v určitém tématu anebo oblasti, má se obrátit na své odborně zdatné zaměstnance anebo na externího odborníka. Vedení MDPO se obrátilo s žádostí o právní stanovisko na interní právní oddělení Statutárního města Opava a externí advokátní kancelář HULVA & PARTNERS s. r. o. Z vyjádření Odboru právního a organizačního Magistrátu města Opavy a advokátní kanceláře HULVA & PARTNERS s. r. o., je potvrzeno, že postup MDPO při podlimitních zakázkách jako sektorového zadavatele je v souladu se ZZVZ. Advokátní kancelář dále zpracovala samostatnou ex post právní analýzu ve věci nedovoleného dělení předmětných veřejných zakázek, kterou má MDPO k dispozici. **Je tedy možné konstatovat, že člen vedení MDPO, který má být dle Návrhu usnesení Zastupitelstva odvolán, jednal informovaně na podkladu odborného právního doporučení, a proto je porušení povinnosti jednat s péčí řádného hospodáře z principu vyloučeno.**

4. K tvrzenému účelovému rozdělení zakázky

K danému by si zpracovatel této právní analýzy znovu dovolil poukázat na předchozí právní analýzu vybraných zakázek MDPO, ve které dospěl k závěru, že nedošlo k nedovolenému rozdělení a jednalo se o funkčně a věcně samostatná a svébytná smluvní plnění. Také upozorňujeme na skutečnost, že k datu zpracování této právní analýzy nebylo zahájeno žádné správní řízení před ÚOHS, kterého předmětem by bylo nezákonné rozdělení zakázky.

Při posuzování nezákonného rozdělení zakázky je potřebné zkoumat, zda na to, aby byla zakázka zadána v jednom zadávacím řízení, byly **splněny požadavky naplnění souběžného spojení časové, místní, věcné a funkční souvislosti**. Tato spojitost nebyla kumulativně ve zkoumaných zakázkách nalezena.

Kupříkladu v případě zakázek na Odbavovací a informační systém cestujících v městské hromadné dopravě v Opavě, Dodávka SW předprodejních míst a poskytnutí licence k užívání SW a Dodávka Dispečerského lokalizačního systému sledování, získávání a zpracování dat z provozu vozidel MHD, na které odkazuje odůvodnění Návrhu usnesení Zastupitelstva, byla zcela vyloučena funkční souvislost, jelikož tyto jednotlivé předměty plnění zakázek fungují funkčně samostatně, netvoří z pohledu architektury jeden informační systém a mohou fungovat bez vzájemné interakce².

Na to navazuje také určení předpokládané hodnoty zakázky, jelikož v případě, kdy jsou naplněny požadavky souběžného spojení časové, místní, věcné a funkční souvislosti, zadavatel je povinen hodnotu všech poptávaných plnění sečíst (a nahlížet tak na ně pro účely určení předpokládané hodnoty jako na jednu veřejnou zakázku) vždy v případě, kdy tato plnění tvoří jeden funkční celek a jsou zadávány v časové souvislosti (souběžně anebo bezprostředně následně). Jeden

² Blíže například rozhodnutí Nejvyššího správního soud v rozsudku sp. zn. 62 Af 54/2010 ze dne 6. 12. 2011: „*pro určení, zda konkrétní plnění ve prospěch zadavatele je jedinou veřejnou zakázkou nebo několika jednotlivými veřejnými zakázkami, je rozhodující věcný charakter takového plnění; poptává-li zadavatel plnění svým charakterem totožné či obdobné (např. plnění stejného nebo srovnatelného druhu uskutečňované pro téhož zadavatele v témže časovém období a za týchž podmínek co do charakteru plnění), pak takové plnění musí zadávat jako jedinou veřejnou zakázku podle ZVZ, není však v případě zadávání takové jediné veřejné zakázky vyloučeno připustit podávání nabídek jen na její jednotlivé části*“.

funkční celek je zpravidla dovozován tam, kde u různých plnění existuje **místní³, věcná⁴ a funkční⁵** souvislost. Společně s naplněním také **časové souvislosti** poté lze hovořit o jedné veřejné zakázce. Stejně tak je nutné zkoumat, jaká je **situace na trhu**. Zda je běžné posuzované předměty plnění nakupovat jako jednu smluvní zakázku a jaké je složení dodavatelů v daných segmentech. V tomto případě většina dodavatelů na trhu nemá všechny poptávané služby ve svém portfoliu a museli by podávat společnou nabídku. Tedy v posuzovaném případě nešlo o účelové rozdělení zakázky, ale o přípustné určení předmětu nákupu dle obchodně-logických celků.

5. K tvrzenému účelovému obcházení vnitřních pravidel MDPO

Odůvodnění Návrhu usnesení Zastupitelstva je v daném případě založeno na skutečnosti, že MDPO nedodržel interní směrnici. Konstatujeme, že zmíněná směrnice už není platná, a proto nemohla být ani porušena. Předmětná směrnice byla vytvořena dle zák. č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, platného v čase jejího vytvoření v roce 2006. Směrnice se stala obsoletní a neaplikovatelnou v momentě derogace a nahrazení novým právním předpisem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Vzhledem ke skutečnosti, že v rozhodném čase, kdy byly posuzované zakázky zadávány, už platil současný ZZVZ a kroky MDPO byly v plném souladu s tímto právním předpisem, nemohlo dojít k porušení již neplatné vnitřní směrnice.

6. Objednání služeb od spol. Datlab s.r.o.

Podle Návrhu usnesení Zastupitelstva je nanejvýš vhodné provedení šetření specializované firmy v oblasti odhalování korupčních rizik Datlab s.r.o. v MDPO. Této společnosti má být přímo, bez poptávkového řízení zadána zakázka na odhalení korupčních rizik v MDPO. K tomu je potřebné konstatovat, že ani v jediném z bodů odůvodnění není zmíněno anebo vzneseno podezření na korupci v MDPO. Není tedy zcela zřejmá souvislost mezi v Návrhu usnesení Zastupitelstva tvrzenými problémy a tímto návrhem, resp. potřebou objednat uvedenou službu.

³ Blíže například rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 1. 2016, č. j. ÚOHS-R270/2014/VZ-03137/2016/322/PS: „[...] *místní souvislost*

neznamená totéž místo, ale souvislost v prostoru. [...] Přitom se intenzita takové místní souvislosti může výrazně lišit v závislosti na různých faktorech, které ji mohou ovlivnit. [...] Aby pak mohla být místní souvislost vyloučena, či výrazně oslabena, musela by existovat nějaká prostorově relevantní překážka mezi těmi místy, jejichž prostorová souvislost má být poměřována.“

⁴ Blíže například rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 27. 2. 2018, č. j. 29 Af 50/2015-53: „K zázvěru o existenci věcné souvislosti plnění postačí, že plnění byla charakteru obdobného. Za srovnatelná plnění lze považovat taková plnění, u kterých po vzájemném srovnání shod a rozdílů převažují vzájemné shodné znaky [...]“.

⁵ Blíže například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 9. 2015, č. j. 7 As 211/2015-31: „Podle výzvy k podání nabídky měly stavební práce spočívat v celkové rekonstrukci a modernizaci budovy, vybudování II. nadzemního podlaží a nové střechy. Součástí rekonstrukce měl být i bezbariérový vstup do budovy. [...] Následný výsledek zajištění bezbariérového vstupu pomocí výtahu i do dalších poschodí s celkovou rekonstrukcí souvisí i funkčně, ekonomicky a technicky. Rekonstruovaná budova tvoří s výtahem jeden funkční celek. [...] Je zřejmé, že obě zakázky byly vedeny jednotným cílem, konkrétně zajistit do všech podlaží budovy obecního úřadu (nově navýšené o jedno podlaží) bezbariérový vstup. Není přitom rozhodné, že v případě zakázky na rekonstrukci budovy šlo toliko o vedlejší cíl, kdežto v druhém případě šlo o hlavní cíl zakázky. Je také zřejmé, že výslednou stavbu (navýšenou o jedno podlaží) včetně výtahu je nutno považovat za jediný funkční celek.“

IV. Závěr:

- V jednání člena statutárního orgánu, který má být odvolán, nespatřujeme porušení povinnosti jednat s péčí řádného hospodáře dle zák. o obchodních korporacích
- Rozhodnutí Ministerstva pro místní rozvoj neukládá sankci, ale krátí dotaci o 5% za drobné pochybení
- Nedovolené dělení zakázek advokátní kancelář nekonstatuje a ke dnešnímu dni jej nekonstatoval ani ÚOHS, v současnosti není vedeno správní řízení
- Interní směrnice je neplatná, a proto nemohla být porušena
- Má-li být vykonán protikorupční audit společnosti Datlab s.r.o., mělo by být v první řadě vzneseno podezření na korupci, což v celém předloženém Návrhu usnesení Zastupitelstva absentuje.



AGM partners s.r.o.
JUDr. Miroslav Cák