



UOHSX001Q1ZT

PŘEDESDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R185/2009/VZ-6185/2010/310/EKu

V Brně dne: 10. června 2010

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 22. 12. 2009 zadavatelem

- městem Ostrov, IČ 00254843, se sídlem Klínovecká 1204, 363 20 Ostrov, zast. Ing. Janem Burešem, starostou města, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 18. 12. 2009 JUDr. Petrem Orctem, advokátem AK Kocián Šolc Balaščík, adresa pro doručování Na Vyhlídce 53, 360 21 Karlovy Vary,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S50/2009/VZ-10263/2009/540/JSI ze dne 2. 12. 2009 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – města Ostrov, IČ 00254843, se sídlem Klínovecká 1204, 363 20 Ostrov, učiněných při uzavírání dodatku č. 1 ze dne 24. 10. 2006, dodatku č. 2 ze dne 22. 2. 2007 a dodatku č. 3 ze dne 21. 6. 2007 ke smlouvě o dílo ze dne 11. 4. 2006 na realizaci veřejné zakázky „Obnova a podpora návštěvnosti regionálně významného rozsáhlého komplexu barokních památek (zámeckého areálu a areálu kláštera) v historické části města Ostrov (zkráceně Historický Ostrov) – IV. etapa“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve kterém je dalším účastníkem správního řízení vybraný uchazeč

- společnost STAMOZA, společnost s ručením omezeným, IČ 43358800, se sídlem Vrázova 2429/7, 350 02 Cheb, za niž jedná Miroslav Šilhán, jednatel společnosti,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, s přihlédnutím k ustanovení § 90 odst. 4 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S50/2009/VZ-10263/2009/540/JSI ze dne 2. prosince 2009

r u š í m

a správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele

z a s t a v u j i.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Město Ostrov, IČ 00254843, se sídlem Klínovecká 1204, 363 20 Ostrov, (dále jen „zadavatel“) zveřejnilo podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 3. 2. 2006 pod evidenčním číslem VZ 50017540 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Obnova a podpora návštěvnosti regionálně významného rozsáhlého komplexu barokních památek (zámeckého areálu a areálu kláštera) v historické části města Ostrov (zkráceně Historický Ostrov) – IV. etapa“ (dále jen „veřejná zakázka“). Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Z čl. I.A.1. zadávací dokumentace vyplývá, že předmětem dané veřejné zakázky byla obnova zámeckého parku, s reminiscencí historické podoby parku z období baroka alespoň v základní kompozici, na kterou bude navazovat přírodně-krajinářský park. Součástí prací měla být obnova zelených ploch, demolice nevhodných konstrukcí, terénní úpravy, vybudování pěších komunikací a odpočinkových ploch, veřejného osvětlení, založení nových výsadeb, péstební opatření stávajícího porostu, řešení závlahového systému a osazení zahradního mobiliáře. V článku II.L.4. zadávací dokumentace pak zadavatel stanovil požadavek na sestavení nabídkové ceny následovně: a) Celková cena bez DPH, b) Rezerva ve výši 5 % z celkové ceny bez DPH, c) Vyčíslení DPH (z celkové ceny bez DPH a rezervy) a d) Celková cena včetně rezervy a DPH.
3. Zadavatel obdržel žádosti o zadávací dokumentaci od pěti zájemců, přičemž nabídku podali ve stanovené lhůtě čtyři z nich. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 13. 3. 2006 vyplývá, že na základě posouzení a hodnocení nabídek byla na základě kritéria nejnižší nabídkové ceny vybrána jako nejvhodnější nabídka společnosti STAMOZA, společnost s ručením omezeným, IČ 45358800, se sídlem Vrázova 2429/7, 350 02 Cheb (dále jen „vybraný uchazeč“). Dne 11. 4. 2006 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo v souladu s nabídkou za cenu plnění ve výši 15 840 176 Kč bez DPH (18 849 810 Kč vč. DPH). Smlouva obsahovala zároveň i ujednání o stanovení rezervy ve výši 5 % z ceny zakázky, tj. 792 008 Kč bez DPH.

4. K předmětné smlouvě o dílo byly následně uzavřeny tři dodatky. Dodatkem č. 1 ze dne 24. 10. 2006 byl předmět plnění veřejné zakázky rozšířen o vícepráce za cenu ve výši 5 188 801,62 Kč bez DPH. Dodatkem č. 2 ze dne 22. 2. 2007 byl předmět plnění veřejné zakázky rozšířen o vícepráce za cenu ve výši 713 123,87 Kč bez DPH, a to formou čerpání rezervy schválené čl. IV. odst. 1 smlouvy o dílo. Dodatkem č. 3 ze dne 21. 6. 2007 byl předmět plnění veřejné zakázky rozšířen o vícepráce za cenu ve výši 1 118 533 Kč bez DPH.
5. Na základě výše uvedených skutečností získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při uzavírání dodatků č. 1 ze dne 24. 10. 2006, č. 2 ze dne 22. 2. 2007 a č. 3 ze dne 21. 6. 2007 ke smlouvě o dílo ze dne 11. 4. 2006, a z uvedeného důvodu zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem.
6. Zahájení správního řízení bylo účastníkům řízení oznámeno dopisem č. j. ÚOHS-S50/2009-2294/2009/540/JSI ze dne 15. 5. 2009. Současně s tímto oznámením zaslal Úřad účastníkům řízení usnesení č.j. ÚOHS-S50/2009/VZ-2322/2009/540/JSI z téhož dne, kterým jim stanovil lhůtu, ve které jsou oprávněni navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy, a jsou oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko. Následně stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Doručením uvedeného oznámení prvnímu z účastníků řízení bylo dne 18. 5. 2009 zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

II. Napadené rozhodnutí

7. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 2. 12. 2009 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S50/2009/VZ-10263/2009/540/JSI, v němž konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu ve smyslu ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a to tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když veřejné zakázky na dodatečné stavební práce zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona, a na tyto veřejné zakázky uzavřel s vybraným uchazečem dodatek č. 1 ze dne 24.10.2006, dodatek č. 2 ze dne 22.2.2007 a dodatek č. 3 ze dne 21.6.2007 ke smlouvě o dílo ze dne 11.4.2006, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a smlouva již byla uzavřena. Za spáchání výše uvedeného správního deliktu uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 40 000 Kč.
8. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad předně uvedl, že podle ust. § 21 odst. 2 zákona může zadavatel po zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednacím řízení s uveřejněním či bez uveřejnění. V jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby dle ust. § 23 odst. 7 písm. a) také v případě, jestliže jde o dodatečné stavební práce či dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností a jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb, a to za podmínek stanovených v uvedeném ustanovení zákona.
9. V daném případě zadavatel uzavřel ke smlouvě o dílo ze dne 11.4.2006 na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 13.10.2006 podle ust. § 23 odst. 7 písm. a)

zákona dodatek č. 1. Předmětem plnění byly dodatečné stavební práce v hodnotě 5 188 801,62 Kč bez DPH. Dne 22. 2. 2007 uzavřel k předmětné smlouvě dodatek č. 2, jehož předmětem byly vícepráce v hodnotě 713 123,87 Kč bez DPH s využitím čerpání rezervy sjednané v původní veřejné zakázce. Na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 28. 5. 2007 zadavatel uzavřel ke smlouvě dne 11. 4. 2006 dodatek č. 3. Předmětem dodatku byly dodatečné stavební práce v hodnotě 1 118 533 Kč bez DPH.

10. Úřad v této souvislosti uvedl, že jednacím řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho dodavatele nebo omezený okruh dodavatelů. Použití jednacím řízení bez uveřejnění je vázáno na splnění zákonem stanovených podmínek, neboť jde o výjimečný způsob zadání. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných dodavatelů, aniž by svůj záměr musel předem uveřejnit, a to pouze za podmínek uvedených v § 23 zákona. Jednou z těchto podmínek dle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona je, že celkový rozsah dodatečných stavebních prací nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky. V daném případě byla cena původní veřejné zakázky (bez finanční rezervy) 15 840 176 Kč bez DPH. Hodnota 20 % ceny původní veřejné zakázky činí 3 168 035,20 Kč bez DPH s tím, že původní cena zakázky navýšená o tuto částku odpovídá hodnotě 19 008 211,20 Kč bez DPH. Úřad zjistil, že dodatkem č. 1 a č. 3 byla původní cena navýšena o částku 6 307 334,62 Kč bez DPH a dodatkem č. 2 o částku 713 123,87 Kč bez DPH, a to čerpáním rezervy. Celková cena veřejné zakázky tak dosáhla částky 22 860 634,49 Kč bez DPH. Na základě těchto skutečností Úřad konstatoval, že původní cena veřejné zakázky byla překročena o více než 20 %.
11. Úřad dále v prvostupňovém rozhodnutí deklaroval, že v průběhu plnění veřejné zakázky může nastat možnost realizace práce, které nebyly předmětem původní veřejné zakázky (tzv. vícepráce). Takové práce nebyly v podmínkách původní veřejné zakázky obsaženy, a proto se jedná o nový předmět plnění a tedy o novou veřejnou zakázku, která však s tou původní bezprostředně souvisí. Taková veřejná zakázka musí být s ohledem na její předpokládanou hodnotu zadána jednou z forem zadávacích řízení. Zadavatel může v souladu se zákonem nový předmět plnění veřejné zakázky (vícepráce) zadat přímo dodavateli, který realizuje původní veřejnou zakázku dle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona s tím, že vícepráce bývají sjednány formou dodatku k původní smlouvě. Poté Úřad podotkl, že v opodstatněných případech lze uznat oprávněnost záměn prací a materiálů, a to v situaci, kdy potřeba záměny vyvstala nezávisle na vůli zadavatele, aniž by ji mohl jakkoli ovlivnit.
12. Následně se Úřad v napadeném rozhodnutí zabýval otázkou smluvně stanovené rezervy. K tomuto Úřad poznamenal, že podle ust. § 78 odst. 1 a odst. 4 zákona musí být v rámci hodnotících kritérií vždy zohledněna nabídková cena, a to buď jako základní hodnotící kritérium nebo jako součást dílčích hodnotících kritérií. Požadavek zadavatele na zpracování nabídkové ceny v tom směru, aby zahrnovala i rezervu, lze připustit pouze v tom případě, že způsob stanovení rezervy nebude mít vliv na hodnocení nabídkové ceny. V této souvislosti uvedl, že zadavatel se nemůže použitím institutu rezervy vyvázat z povinnosti zadávat jakékoli dodatečné stavební práce, které nebyly specifikovány v zadávací dokumentaci, postupy v souladu se zákonem. Rezerva jakožto záložní finanční položka bez konkrétního věcného obsahu nemůže být dle Úřadu zahrnuta do základu (ceny původní veřejné zakázky),

ze kterého se vypočítává limit 20 % jakožto podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění dle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona. To nevylučuje použití prostředky tvořící rezervu k úhradě tohoto rozšíření předmětu veřejné zakázky. Vždy však musí být započítány do limitu 20 % s tím, že rezerva je tak čerpána v rámci tohoto limitu.

13. Pokud se jedná o možnost považovat veřejnou zakázku, jejímž předmětem bylo provedení skupiny prací označených zadavatelem v popisu jednotlivých položek v dodatcích a jejich zdůvodnění číslem 4 – tedy nové stavební práce v objemu 3 785 021,90 Kč bez DPH (dalšími skupinami byly č. 1 – Práce a materiál v rozsahu zadání projektové dokumentace a smlouvy o dílo v objemu 501 279,91 Kč bez DPH, č. 2 – Změna a záměna materiálu v objemu 1 737 241,60 Kč bez DPH a č. 3 – Vícepráce zcela nezbytné k dokončení stavby v objemu 996 915,47 Kč bez DPH), za veřejnou zakázku malého rozsahu, Úřad konstatoval, že takový postup by byl nedovoleným dělením předmětu veřejné zakázky a zadavatel by tak postupoval v rozporu s ust. § 13 odst. 3 zákona, podle kterého zadavatel nesmí rozdělit předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení její předpokládané hodnoty pod zákonné finanční limity.
14. Při vymezení předmětu veřejné zakázky je nutné dle konstatování Úřadu přihlížet k věcným, místním a časovým souvislostem. V tomto případě se jedná o dodatečné stavební práce a předmět plnění tvořil s původní veřejnou zakázkou jeden funkční celek, nejedná se o veřejnou zakázku malého rozsahu. Tomuto závěru nasvědčovala uvedená místní souvislost i skutečnost, že zadavatel stavební práce smluvně zajistil dodatky k původní smlouvě (č. 1 a č. 3) uzavřenými po jednacím řízení bez uveřejnění.
15. Úřad následně v odůvodnění napadeného rozhodnutí provedl souhrn nákladů na vícepráce vynaložených zadavatelem, a to ve vztahu k vícepracím, zápočtu méněprací a čerpání rezervy. Na základě předmětného souhrnu je zřejmé, že uzavřením dodatků č. 1, 2 a 3 došlo k překročení 20% limitu, když hodnota veřejné zakázky byla navýšena o cca 30 %. Úřad tudíž nezkoumal možné naplnění dalších zákonných podmínek, poněvadž všechny musí být splněny kumulativně. S ohledem na nedodržení podmínky rozsahu dodatečného plnění Úřad konstatoval, že zadavatel nebyl oprávněn použít ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona a zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění.
16. Pokud se jedná o uložení pokuty zadavateli v důsledku naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterého se zadavatel dle Úřadu dopustil tím, že nedodržel postup stanovený zákonem, když veřejné zakázky na dodatečné stavební práce zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny zákonné podmínky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, Úřad konstatoval, že v daném případě činí cena veřejné zakázky 24 540 315 Kč vč. DPH. Při úvahách o sankci vzal Úřad v potaz jako základ pro uložení pokuty pouze částku 1 920 543 Kč vč. DPH – tedy částku, o kterou zadavatel překročil zákonný 20% limit pro zadávání dodatečných zakázek při neoprávněném použití jednacího řízení bez uveřejnění. Horní hranice možné pokuty tak činila částku 96 027 Kč. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu. Z rozpočtu zadavatele na rok 2009 bylo zjištěno, že jeho příjmy přesáhnou v daném roce částku 400 milionů Kč. Úřadem tak stanovenou výši pokuty

nepovažoval za likvidační. Před uložením pokuty Úřad zjistil, že v daném případě je splněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona – a sice, že řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání lze zahájit do 5 let ode dne, kdy se o něm Úřad dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. V daném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 12. 1. 2009. K uzavření dodatku č. 1 došlo dne 24. 10. 2006, dodatku č. 2 dne 22. 2. 2007 a dodatku č. 3 dne 11. 4. 2007 s tím, že správní řízení bylo zahájeno dne 18. 5. 2009. Předmětné lhůty tedy byly zachovány.

III. Námitky rozkladu

17. Dne 18. 12. 2009 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen dne 22. 12. 2009. V rozkladu zadavatel namítá aplikaci nesprávného zákona ze strany Úřadu. Úřad na daný případ aplikoval ust. § 21 odst. 2 a ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona, nikoli předchozího zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, které byl podle názoru zadavatele Úřad povinen aplikovat. Zadavatel konstatuje i nesprávnou interpretaci uvedených ustanovení s tím, že příslušná ustanovení jsou navíc v rozporu s evropskými předpisy a sice, že Úřadem aplikované ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona je dle jeho názoru v rozporu s ustanovením čl. 31 odst. 4 písm. a) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 (dále jen „směrnice“). V této souvislosti uvádí, že vzhledem k tomu, že citovaný článek směrnice stanoví hranici souhrnné hodnoty zakázek zadaných na dodatečné stavební práce nebo služby v jednacím řízení bez uveřejnění, a to na 50 % částky původní veřejné zakázky, byl Úřad povinen aplikovat tuto hranici, nikoliv limit stanovený zákonem (tedy 20 %), jelikož uvedená směrnice (jakožto sekundární akt práva Evropských společenství) je nadřazena právu ČR a opomenutím její implementace do národního práva získala přímý účinek.
18. Zadavatel vzápětí poukazuje na skutečnost, že ve smlouvě o dílo ze dne 11. 4. 2006 byla jasně a jednoznačně stanovena pravidla pro tvorbu a čerpání rezervy, kterou stanovil ve výši 5 % z ceny sjednané ve smlouvě o dílo (tedy částky ve výši 792 008 Kč) s tím, že do ceny původní veřejné zakázky byla zahrnuta cena včetně této rezervy. Dále podotýká, že rezerva byla čerpána na základě dodatku č. 2 ze dne 22. 2. 2007 a za navýšení ceny zakázky ve smyslu ust. § 23 odst. 7 písm. a) bodu 3. zákona (s 20% limitem) lze považovat pouze součet plnění vyplývajících z dodatku č. 1 ze dne 24. 10. 2006 a dodatku č. 3 ze dne 21. 6. 2007, které vyvstaly z objektivní potřeby změny materiálu, které zadavatel nemohl předvídat. Dle zadavatele byly předmětem dodatků kromě stavebních prací také dodávky, které nelze započít do limitu 20 %, jelikož se podle něj řídí odlišným režimem zákona. Následně konstatuje, že ve smlouvě o dílo je jasně stanoven postup, jak budou příslušné vícepráce účtovány, včetně konkrétního způsobu jejich oceňování s tím, že rezerva by měla (spíše než záložní finanční položku bez konkrétního věcného obsahu) představovat „opci“ na dodatečné stavební práce a dodávky odpovídající původním pracím, výslovně zahrnutým ve smlouvě o dílo. Vedle toho zadavatel uvádí, že Nejvyšší kontrolní úřad v rámci kontrolního šetření čerpání finančních prostředků potvrdil soulad jeho postupu při zadávání dané veřejné zakázky se zákonem.

19. Zadavatel poté namítá rozpor závěrů Úřadu s jeho předchozí rozhodovací praxí a porušení zásady legitimního očekávání, dále nesprávnost, vnitřní nekonzistentnost a nesrozumitelnost závěrů vyslovených Úřadem v napadeném rozhodnutí, jakožto i nesprávnou a neúplnou právní kvalifikaci. Zadavatel následně odkazuje na rozhodnutí Úřadu evidovaná pod sp. zn. S182/2005, S303/2008 a 2R 031/2006, ve kterých podle něj Úřad v obdobných situacích připustil zadání dodatečných stavebních prací jako veřejných zakázek malého rozsahu. Zadavatel se domnívá, že i v jeho případě – po správném posouzení ceny uvedené v původní smlouvě o dílo a cen představovaných uzavřenými dodatky k ní – lze dospět ke stejnému závěru a kvalifikovat uzavřené dodatky jako veřejné zakázky malého rozsahu, přičemž toto musí nutně ústit v závěr, že se zadavatel nedopustil porušení zákona.
20. V závěru rozkladu zadavatel uvádí, že vzhledem k tomu, že na předmětnou veřejnou zakázku čerpal dotace z evropských fondů a z rozpočtu ČR, nelze na něj pohlížet jako na veřejného zadavatele, nýbrž jako na zadavatele dotovaného.
21. Na základě všech shora uvedených skutečností navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

22. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
23. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
24. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S50/2009/VZ-10263/2009/540/JSI ze dne 2. 12. 2009 rozhodl, že zadavatel nedodržel zákonný postup, když veřejné zakázky na dodatečné stavební práce zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny zákonem stanovené podmínky, a na tyto veřejné zakázky uzavřel s vybraným uchazečem 3 předmětné dodatky ke smlouvě o dílo ze dne 11. 4. 2006, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a smlouva již byla uzavřena, nerozhodl správně. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.

V. K námitkám rozkladu

25. Předně považuji za nutné uvést, že jako klíčovou pro posouzení rozkladu zadavatele a jím zadávané předmětné veřejné zakázky považuji otázku oprávněnosti užití jednacím řízení bez uveřejnění na dodatky uzavírané ke smlouvě o dílo, resp. povinnosti zadavatele postupovat při uzavírání dodatků podle zákona. Zásadní je v tomto ohledu námitka zadavatele, podle níž

by mělo být zadávání dodatečných stavebních prací prostřednictvím dodatků ke smlouvě o dílo uzavřených zadavatelem posuzováno jako zadávání veřejných zakázek malého rozsahu.

26. Neobstojí zde především argumentace zadavatele ohledně instrumentu rezervy ve vztahu k povolenému limitu 20 % podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona, neboť závěry Úřadu v této části napadeného rozhodnutí jsou podle mne správné a konzistentní. Jakkoli zadavatel v zadávací dokumentaci zahrnul požadavek na vytvoření rozpočtové rezervy ve výši 5 % nabídkové ceny do skladby nabídkové ceny, reálná a tedy i vysoutěžená cena plnění tuto částku neobsahuje a pro případ jejího čerpání ji tedy nelze vynechat při následné kalkulaci limitu stanoveného v § 23 odst. 7 písm. a) zákona.
27. Napadené rozhodnutí považuji za správné i v otázce aplikace relevantního výkladového stanoviska Úřadu, dle něhož nelze kalkulovat úhrnem méněpráce a vícepráce, neboť Úřad správně uvádí, že novou veřejnou zakázkou (zde připomínám, že nebyla-li při původním zadání vyhrazena opce, uzavřením dodatků ke smlouvě na dodatečné stavební práce, služby či dodávky nová veřejná zakázka skutečně vzniká) jsou pouze vícepráce, které nebyly zadavatelem v původní veřejné zakázce vymezeny, stejně tak nelze ani vyčleňovat zadávání jakýchkoliv dalších dodatečných, v zadávací dokumentaci nespécifikovaných stavebních prací, mimo režim zákonem stanovených postupů.
28. Přes shora uvedené však zastávám odlišný postoj k posouzení povinnosti zadavatele postupovat při uzavírání dodatků podle zákona. Zadavatel ve svém rozkladu předkládá argument, dle kterého by měly být všechny dodatky posuzovány jako samostatně zadaná veřejná zakázka malého rozsahu, přičemž polemizuje se závěry Úřadu učiněnými v napadeném rozhodnutí ohledně Úřadem povolených "oprávněných odpočtů" způsobených záměnami prací a materiálů z celkové sumy víceprací za situace, kdy potřeba záměny vyvstala nezávisle na vůli zadavatele, aniž by ji mohl jakkoli ovlivnit. Takovým případem je podle Úřadu v šetřené zakázce například zánik výrobce kabelů a nahrazení jeho dodávek výrobcem jiným, přičemž odpočet provedený zadavatelem Úřad v tomto případě považuje za oprávněný. Potud je argumentace Úřadu v odůvodnění napadeného rozhodnutí správná, jakkoli zde schází přezkoumatelný popis předmětných skupin prací, odečítaných z nákladů na vícepráce vynaložených zadavatelem a je zde uveden pouze odkaz na vyjádření zadavatele ze dne 5. 6. 2009, podle kterého šlo u skupiny prací č. 1 o práce a materiál v rozsahu zadání projektové dokumentace a Smlouvy o dílo ve výši 501 279,91 Kč bez DPH, přičemž šlo o položky již uvedené v původním výkazu výměr smlouvy o dílo a nelze je podle zadavatele přičítat k vícepracím, neboť byly uvedeny pouze informativně, u skupiny č. 2 pak šlo o změny a záměny materiálu v celkovém objemu 1 737 241,60 Kč bez DPH, když bylo jednak nutno na základě stanoviska orgánu památkové péče provést osvětlení v jednotné koncepci zámeckého parku (použít jednotný typ svítidel), a rovněž v době realizace projektu došlo k zániku dodavatele kabelů zn. AYKY, proto musel být zvolen jiný dodavatel a zakoupeny kabely zn. CYKY. Tyto změny představují v dodatcích podle vyjádření zadavatele hodnotu celkem 1 737 241,60 Kč.

29. Pro vytvoření jednoznačného závěru o oprávněnosti odpočtu jsem přistoupil k novému prozkoumání všech okolností případu a konstatuji, že oprávněnost odpočtu u obou skupin stavebních prací uvedených Úřadem (byť pouhým odkazem na spisový materiál) je dána. Pro úplnost uvádím, že ve shora označené první skupině se skutečně jedná o opakované uvádění položek již zahrnutých ve výkazu výměr původní smlouvy o dílo, když tyto zadavatel začlenil v rámci zadávacího listu č. 1 k dodatku č. 1 ze dne 24. 10. 2006 a jde především o položky v objektech označených jako "SO 03-6 Veřejné osvětlení I. etapa reminiscence zámeckého parku", "SO 03-7 Veřejné osvětlení II. etapa reminiscence zámeckého parku" a "SO 03-8 Veřejné osvětlení III. etapa reminiscence zámeckého parku", kdy z pochopitelných důvodů přehlednosti a srozumitelnosti projektu a předloženého výkazu výměr souvisejícího se změnou řešení veřejného osvětlení byly některé položky uvedeny opakovaně, přičemž však jejich cena byla již započítána v původním výkazu výměr. Stejně tak se v tomtéž dodatku projevila změna dodavatele kabeláže a to navýšením nabídkové ceny původní smlouvy o dílo, když v zadávacím listu č. 1 je ve výkazu výměr uveden odpočet za požadovanou metráž kabelu tov. zn. AYKY oproti nové dodávce upravené metráže kabelu tov. zn. CYKY. Jak již jsem konstatoval shora, odpočet provedený Úřadem pro potřeby stanovení limitu podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona byl tedy ve světle uvedeného proveden správně, avšak bez logické návaznosti na další okolnosti a zejména stanoviska předkládaná zadavatelem.
30. Nemohu se totiž v dalším ztotožnit se závěrem Úřadu uvedeným v odůvodnění napadeného rozhodnutí, jenž se týká kvalifikace ostatních skupin víceprací jako veřejných zakázek malého rozsahu. Úřad vychází z vlastního hodnocení, podle něž se jednalo o dodatečné stavební práce, kdy předmět plnění tvořil jeden funkční celek s původní stavební veřejnou zakázkou, přičemž jejich kvalifikací na veřejnou zakázku malého rozsahu by se zadavatel v rozporu s ust. § 13 odst. 3 zákona dopustil dělení veřejné zakázky za účelem snížení předpokládané hodnoty. Po provedení oprávněného odpočtu charakterizovaného v podrobnostech v předcházejícím odstavci je totiž zřejmé, že zůstatková hodnota veřejné zakázky na dodatečné stavební práce – zde tvořená úhrnem cen za plnění sjednané dodatky č. 1 ze dne 24. 10. 2006, č. 2 ze dne 22. 2. 2007 a dodatku č. 3 ze dne 21. 6. 2007 ke smlouvě o dílo ze dne 11. 4. 2006 – uváděná shodně i v napadeném rozhodnutí ve výši 4 781 936,98 Kč bez DPH nepřesahuje limit stanovený v ust. § 12 odst. 5 zákona (ve znění účinném v době zadání). Jestliže tato částka přesahuje limit 20 % stanovený v ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona pak uvádím, že zadavatel nebyl oprávněn zadat dodatečné práce v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť striktní podmínky pro jeho použití nebyly naplněny.
31. Vzhledem ke skutečnosti, že však celková finanční hodnota dodatečných stavebních prací nepřekročila limit 6 000 000 Kč bez DPH, přikláním se v této otázce k postoji zadavatele a konstatuji, že dodatečné stavební práce mohly být v tomto daném konkrétním případě zadány bezforemně jako veřejná zakázka malého rozsahu (dále i jen "VZMR"), která je sice zasažena působností zákona, podle výjimky uvedené v ust. 18. odst. 3 zákona však zadavatel v takovém případě nemusí použít postupy běžné pro zadávací řízení a je pouze povinen dodržet základní zásady postupu zadavatele vymezené v § 6 zákona, tedy zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. V případě, že zadavatel sám zvolil pro uzavření dodatků č. 1 a č. 3 formu jednacím řízení bez uveřejnění, vystavil se tak riziku, že bude při následné kontrole čelit aplikaci přísného režimu, který je pro tento typ

zadávacího řízení stanoven. Pokud však celková hodnota zakázky na dodatečné stavební práce – jak již je v podrobnostech uvedeno výše – nepřesahuje limit stanovený pro VZMR, nebyl zadavatel povinen aplikovat závazné postupy podle zákona, a proto jsem dospěl k závěru, že není třeba sdílet přísné hodnocení případu provedené Úřadem v rámci napadeného rozhodnutí a sankcionovat zadavatele za spáchání správního deliktu, neboť jeho skutková podstata nebyla dle mého názoru naplněna.

32. V dalším mám následně zato, že sám zadavatel prostřednictvím předložené dokumentace k veřejné zakázce, na jejímž základě jsem učinil své závěry, dokázal unést důkazní břemeno i v rámci dodržení zásad vymezených v § 6 zákona pro zadávání zakázek malého rozsahu a protože takto není shledáno jakékoliv další podezření z porušení zákona na straně zadavatele, je možné správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele současně se zrušením napadeného rozhodnutí zastavit.
33. Přesto, že v předchozí části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou uvedeny všechny podstatné důvody ospravedlňující jeho výrok, považuji za nutné se vyjádřit ještě k ostatním námitkám, které uvádí zadavatel ve svém rozkladu. Takto se v první řadě nemohu ztotožnit s argumentací zadavatele, podle které Úřad na daný případ aplikoval nesprávný zákon. V této souvislosti je třeba poznamenat, že na posuzování tohoto případu byl aplikován zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ze dne 14. 3. 2006, jenž nabyl účinnosti dnem 1. 7. 2006. Zadání původní veřejné zakázky a všech souvisejících úkonů až do podpisu smlouvy o dílo ze dne 11. 4. 2006 s vybraným uchazečem proběhlo za účinnosti předchozího zákona, tedy zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, s tím, že tato skutečnost nemá žádný vliv na uzavírání dodatků č. 1, č. 2 a č. 3 ke smlouvě o dílo (a to ve dnech 24. 10. 2006, 22. 2. 2007 a 21. 6. 2007), jimiž byl předmět veřejné zakázky rozšířen o vícepráce, které nebyly v podmínkách původní veřejné zakázky obsaženy. Na základě těchto skutečností je nutné konstatovat, že u předmětných dodatků se jednalo o nový předmět plnění, resp. novou veřejnou zakázku malého rozsahu, zadanou již za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb. Zadavateli tedy vznikla povinnost postupovat podle tohoto zákona (resp. základních zásad uvedených v jeho ust. § 6) a ze stejného důvodu musel Úřad danou veřejnou zakázku posuzovat podle této právní úpravy. Z uvedeného je tedy zřejmé, že se nejednalo o změny či doplnění konkrétních ustanovení původní smlouvy.
34. Námitce zadavatele poukazující na skutečnost, že Úřadem aplikovaná ustanovení zákona jsou v rozporu s evropskými předpisy, rovněž nelze vyhovět. K tomu je třeba podotknout, že přímý účinek směrnice je vyloučen, pokud existuje řádně implementovaná právní úprava na národní úrovni. Hlavní úloha právních předpisů EU spočívá především v harmonizaci národních předpisů za účelem zajištění minimálního a společně závazného standardu v rámci vnitřního trhu EU s tím, že členskými státy poskytnou dostatečnou volnost, aby si stanovily právní úpravu přísnější s ohledem na jejich národní specifika za podmínky, že tato úprava nebude diskriminační a bude dostatečně zajištěn cíl této směrnice. V daném případě se nejedná o rozpor s evropskou právní úpravou, neboť Česká republika v souladu se svou dosavadní právní úpravou stanovila zákonem nejvýše přípustnou hranici celkového rozsahu dodatečných stavebních prací nebo služeb při použití jednacích řízení bez uveřejnění, a to na 20 %, čili hranici přísnější, než kterou povoluje směrnice. Pro úplnost uvádím, že zákon je

obecně závaznou právní normou s celostátní působností, platnou pro všechny subjekty v ČR stejně, a proto konstatuji, že tato národní právní úprava není v rozporu s předmětnou evropskou směrnicí, upravuje-li pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění přísnější režim. Do rozporu by se dostala pouze v případě, pokud by pro dodavatele stavebních prací stanovila přípustný limit vyšší než 50 %.

35. Za relevantní není možné považovat ani argumentaci zadavatele odkazující na kontroly vykonávané Nejvyšším kontrolním úřadem, při kterých nebylo zjištěno žádné pochybení ze strany zadavatele, neboť dle ust. § 112 zákona je k dohledu nad dodržováním zákona věcně příslušný výlučně Úřad.
36. Ztotožnit se nelze ani s konstatováním, že vzhledem k čerpání dotací z evropských fondů a také z rozpočtu ČR ze strany zadavatele, je na něj třeba pohlížet jako na dotovaného zadavatele a nikoli jako na zadavatele veřejného. Takový výklad totiž nemá oporu v zákoně, neboť jeho ustanovení § 2 odst. 2 písm. c) jednoznačně stanoví, že za veřejného zadavatele je vždy považován územní samosprávný celek, kterým zadavatel nesporně je.

VI. Závěr

37. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí nebylo správné, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro jeho zrušení a jelikož v rámci řízení o rozkladu jsem neshledal žádný jiný důvod pro pokračování ve správním řízení v prvním stupni, toto správní řízení jsem zastavil.
38. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Petr Orct, advokát, Na Vyhlídce 53, 360 21 Karlovy Vary
2. STAMOZA, s.r.o., Vrázova 2429/7, 350 02 Cheb

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy