

Č. j.: S272/2007/VZ-04580/2008/510/jl

V Brně dne 28. února 2008

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. a zákona č. 296/2007 Sb., ve správním řízení zahájeném dne 12.10.2007 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČ 65993390, se sídlem Na Pankráci 56, 145 05 Praha 4, zastoupené Ing. Alfredem Brunclíkem, generálním ředitelem, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 25.10.2007 JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M.(C.J.), advokátem, WEIL, GOTSHAL & MANGES v. o. s., Křižovnické nám. 1/193, 110 00 Praha 1,

vybraný uchazeč – účastníci sdružení „Sdružení STRABAG – HOCHTIEF – BÖGL“, které tvoří

- STRABAG a. s., IČ 60838744, Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, za niž jedná Ing. Jiří Svoboda a Ing. Jiří Krátký, prokuristé,
- HOCHTIEF Construction AG, 451 28 Essen, Opernplatz 2, Spolková republika Německo, podnikající v ČR prostřednictvím organizační složky s označením HOCHTIEF Construction AG, organizační složka, IČ 27105211, Plzeňská 3217/16, 150 00 Praha 5, za niž jedná Ing. Juraj Voleský, vedoucí organizační složky,
- BÖGL a KRÝSL, k. s., IČ 26374919, Renoirova 1051/2a, 152 00 Praha 5, za niž jedná Josef Krýsl a Werner Vorkauf, jednatelé komplementáře společnosti GRANIT – ŠUMAVA, spol. s r. o., kamenolom Hamr, 342 01 Sušice, na niž přešlo v důsledku sloučení jmění obchodní společnosti MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL, stavební firma, výroba prefabrikátů a kamenolomy, Plzeň–Dobřany, kom. spol., lom Hamr, 342 01 Sušice,
ve správním řízení zastoupených na základě plných mocí JUDr. Janem Oškrdalem, advokátem, Advokátní kancelář Oškrdal, Hlucháň, Surga, se sídlem Štefánikova 65, 150 00 Praha 5,

z moci úřední ve věci přezkoumání úkonů zadavatele Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČ 65993390, se sídlem Na Pankráci 56, 145 05 Praha 4, zastoupené Ing. Alfredem Brunclíkem, generálním ředitelem, směřujících ke změně předmětu veřejné zakázky „Silniční okruh kolem Prahy – stavba 514 Lahovice – Slivenec“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese pod ev. č. 50002980 dne 29.3.2005, oprava dne 6.6.2005, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26.3.2005

v č. 61/2005 pod ev. č. 58727, oprava dne 9.6.2005 v č. 110/2005 pod ev. č. 109523, oproti původním zadávacím podmínkám, **rozhodl** takto:

I.

Správní řízení se podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, zastavuje.

II.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, zadavateli nevzniká povinnost nahradit náklady řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) získal v rámci šetření podnětů vedených pod ev. č. P282/2007 a P474/2007 informace o možné změně předmětu původní veřejné zakázky „Silniční okruh kolem Prahy – stavba 514 Lahovice – Slivenec“ zadané podle č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále také „zákon č. 40/2004 Sb.“), v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese pod ev. č. 50002980 dne 29.3.2005, oprava dne 6.6.2005, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26.3.2005 v č. 61/2005 pod ev. č. 58727, oprava dne 9.6.2005 v č. 110/2005 pod ev. č. 109523, oproti původním zadávacím podmínkám.

Podklady, které má Úřad k dispozici, těmito informacím nasvědčovaly, a proto Úřad zahájil toto správní řízení z moci úřední.

Zadavatelem veřejné zakázky je Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČ 65993390, se sídlem Na Pankráci 56, 145 05 Praha 4, zastoupená Ing. Alfredem Brunclíkem, generálním ředitelem, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 25.10.2007 JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M.(C.J.), advokátem, WEIL, GOTSHAL & MANGES v. o. s., Křižovnické nám. 1/193, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“).

Veřejná zakázka byla přidělena uchazeči – účastníkům sdružení „Sdružení STRABAG HOCHTIEF – BÖGL“, které tvoří

- STRABAG a. s., IČ 60838744, Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, za niž jedná Ing. Jiří Svoboda a Ing. Jiří Krátký, prokuristé,
- HOCHTIEF Construction AG, 451 28 Essen, Opernplatz 2, Spolková republika Německo, podnikající v ČR prostřednictvím organizační složky s označením HOCHTIEF Construction AG, organizační složka, IČ 27105211, Plzeňská 3217/16, 150 00 Praha 5, za niž jedná Ing. Juraj Voleský, vedoucí organizační složky,
- BÖGL a KRÝSL, k. s., IČ 26374919, Renoirova 1051/2a, 152 00 Praha 5, za niž jedná Josef Krýsl a Werner Vorkauf, jednatelé komplementáře – společnosti GRANIT – ŠUMAVA, spol. s r. o., kamenolom Hamr, 342 01 Sušice, na niž přešlo v důsledku sloučení jmění obchodní společnosti MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL, stavební firma, výroba prefabrikátů a kamenolomy, Plzeň–Dobřany, kom. spol., lom Hamr, 342 01 Sušice,

založeného smlouvou o sdružení ze dne 10.6.2005 podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem získání předmětné veřejné zakázky, ve správním řízení zastoupených na základě plné moci JUDr. Janem Oškrdalem, advokátem, Advokátní kancelář Oškrdal, Hlucháň, Surga, se sídlem Štefánikova 65, 150 00 Praha 5 (dále jen „vybraný uchazeč“ nebo „zhotovitel“).

Úřad zjistil, že zadavatel dopisem č. j. 2051/21/07-21013 ze dne 5.2.2007 vybranému uchazeči mj. sdělil, že navrhovaná změna tvaru mimoúrovňové křižovatky Strakonická... byla projednávána v průběhu 4. čtvrtletí 2006. Tato problematika byla uzavřena na mimořádném kontrolním dnu generálních ředitelů, který se konal dne 16.10.2006. Na tomto KD bylo rozhodnuto, že výstavba této křižovatky bude realizována v souladu s dokumentací, na kterou je vydáno pravomocné stavební povolení.

Vybraný uchazeč dopisem č. j. 021/07 ze dne 23.3.2007 k dopisu zadavatele ze dne 5.2.2007 mj. sdělil, že po zvážení všech okolností a dopracování záměru změny navrhuje upřesněné podmínky, které je připraven zajistit v případě změny rozhodnutí zadavatele (mj. smluvní termín dokončení celé stavby SOKP 514 nebude ovlivněn změnou křižovatky Strakonická, cena nového řešení nebude vyšší než přijatá nabídková cena za původní řešení MÚK Strakonická, zhotovitel zajistí, event. se bude podílet na zajištění povolení „změny stavby před jejím dokončením“).

Zadavatel vybranému uchazeči dopisem č. j. 4189/21/07-21013 ze dne 6.4.2007 mj. sdělil, že souhlasí s navrhovanou změnou, tj. s realizací MÚK Strakonická podle návrhu vybraného uchazeče zpracovaného firmou Valbek a. s. za těchto podmínek:

- garance v dopise č. j. 021/07 ze dne 23.3.2007 se budou vztahovat na všechny objekty stavby dotčené touto změnou křižovatky,
- zhotovitel zajistí změnu dokumentace pro stavební povolení na nový tvar křižovatky a na základě plné moci projedná povolení „změny stavby před jejím dokončením“,
- stavební práce na objektech změny MÚK Strakonická bude možno zahájit po projednání změny s objednatel (tj. zadavatelem) a vydání pravomocných stavebních povolení.

Účastníky řízení podle § 116 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. a zákona č. 296/2007 Sb., jsou zadavatel a vybraný uchazeč.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. S272/2007-19158/2007/510-jl ze dne 17.10.2007.

Současně Úřad usnesením č. j. S272/2007-19159/2007/510-jl ze dne 17.10.2007 stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které jsou podle § 36 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 citovaného zákona v návaznosti na § 39 odst. 1 citovaného zákona oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se podle § 36 odst. 3 č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., v návaznosti na § 39 odst. 1 citovaného zákona mohou vyjádřit k podkladu rozhodnutí.

Rozhodnutím č. j. S272/2007-19161/2007/510-jl ze dne 17.10.2007 Úřad vydal z vlastního podnětu podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 (dále také „zákon“), v návaznosti na § 61 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., předběžné opatření, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu, resp. dodatek ke smlouvě ze dne 19.1.2006 o plnění

veřejné zakázky „Silniční okruh kolem Prahy – stavba 514 Lahovice – Slivenec“, kterým by došlo ke změně předmětu této veřejné zakázky ve smyslu dokumentace pro stavební povolení „Změna MÚK Strakonická“ – změna č. 1/2006“, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

Usnesením č. j. S272/2007-20928/2007/510-jl ze dne 12.11.2007 Úřad na základě žádosti zadavatele ze dne 25.10.2007 prodloužil účastníkům řízení lhůtu ve které jsou podle § 36 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 citovaného zákona v návaznosti na § 39 odst. 1 citovaného zákona oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko do 19.11.2007 a lhůtu, ve které se podle § 36 odst. 3 č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., v návaznosti na § 39 odst. 1 citovaného zákona mohou vyjádřit k podkladu rozhodnutí do 21.11.2007. K zahájení řízení se vyjádřil zadavatel i vybraný uchazeč.

Vybraný uchazeč dopisem ze dne 30.10.2007 mj. sdělil následující.

Zadavatel uzavřel podle § 66 odst. 2 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, s vybraným uchazečem dne 19.1.2006 souhrn smluvních dohod v souladu se zadáním a vybranou nabídkou.

Předmětem smluvních dohod bylo nejen provedení stavby, ale též zhotovení realizační dokumentace stavby, která řeší technické provedení stavby podrobněji než zadávací dokumentace stavby. Realizační dokumentaci zpracovala společnost VALBEK s. r. o., která zjistila, že zadávací dokumentace stavby nespĺňuje v řadě parametrů normu ČSN 73 61 02 – Projektování křižovatek na silničních komunikacích, a že z uvedené normy by muselo být uděleno 11 výjimek, z nichž dvě by měly zásadní vliv na bezpečnost provozu na mimoúrovňové křižovatce Strakonická.

Zhotovitelé, kteří jsou podle § 551 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, odpovědni za řádné provedení díla (nehledě na zadání objednatele) plnili svou zákonnou povinnost a upozorňovali zadavatele na zjištěné závady dokumentace zadání stavby. Na tomto základě vedl zadavatel se zhotoviteli jednání o odstranění nedostatků navržené křižovatky. Při stanovených územních omezeních vyhověl požadavkům na dodržení parametrů požadovaných normou pouze návrh nového tvaru křižovatky, který je předmětem řízení o změně stavebního povolení.

Za podstatné považuje vybraný uchazeč to, že změna není takového rázu, aby mohla ovlivnit pořadí nabídek v původním zadávacím řízení. Náklady ve srovnatelné úrovni dokumentace zadání stavby pro oba tvary křižovatky vyčíslil zhotovitel (včetně 10 % rezervy) takto:

– řešení podle dokumentace zadání stavby 3 137 535 000,- Kč,
– nové řešení 2 986 088 000,- Kč

(do nákladů nejsou zahrnuty náklady na změnu projektů a jejich projednání až do změny stavebního povolení). S ohledem na výši rozdílů nabídkových cen uchazečů na prvním a druhém místě, který činí 462 629 000,- Kč bez DPH, lze jednoznačně uzavřít, že rozdíl nákladů řešení křižovatky 151 447 000,- Kč bez DPH by neměl vliv na pořadí nabídek.

Vybraný uchazeč navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil.

Zadavatel dopisem ze dne 19.11.2007 mj. sdělil následující.

Podle zadávacích podmínek je předmětem smlouvy o dílo provedení stavby 514 Lahovice – Slivenec včetně zpracování realizační dokumentace stavby. Významnou součástí stavby je mimoúrovňová křižovatka Strakonická (dále jen „MÚK Strakonická“), na kterou po uzavření smlouvy o dílo zpracovávala realizační dokumentaci stavby společnost VALBEK s. r. o. Tento projektant zjistil, že existuje řešení MÚK Strakonická, které technicky lepším způsobem naplní technickou normu ČSN 73 61 02 – Projektování křižovatek na silničních komunikacích. Pokud by se projektant při zpracování realizační dokumentace držel původní zadávací dokumentace, bylo by nutné získat na MÚK Strakonická celkem 11 výjimek a výsledné řešení by nebylo z hlediska bezpečnosti silničního provozu a dopravní účelnosti křižovatky řešením nejvhodnějším. Vzhledem k tomu navrhl zhotovitel zadavateli jiné tvarové řešení předmětné křižovatky – stále by se jednalo o tutéž stavbu na tomtéž místě, jen s jinými parametry. Nové řešení je podle odborného názoru zadavatele všestranně technicky lepší z hlediska bezpečnosti silničního provozu i z hlediska dopravní účelnosti (lepší propojení všech směrů, lepší dopravní čitelnost) a rovněž je podstatně levnější. Zadavatel proto o tomto řešení se zhotovitelem jednal, aniž by tato jednání nutně měla vést k uzavření jakéhokoliv dodatku, neboť se jedná o dílčí změny stavby 514 Lahovice – Slivenec, které lze v plném rozsahu provést podle vysoutěžených smluvních podmínek.

Z pohledu souladu postupu se zákonem zadavatel uvádí:

1. Zadavatel se nepokouší o změnu původních smluvních podmínek – postup smluvních stran odpovídá čl. 13.2 Všeobecných obchodních podmínek staveb pozemních komunikací (dále jen „VOP“), které jsou součástí smlouvy o dílo a byly rovněž součástí zadávacích podmínek.
2. Dojde-li ke změnám za podmínek stanovených ve VOP, nedojde ke změně předmětu veřejné zakázky, natož k udělení nové zakázky – může dojít pouze k změně či upřesnění konkrétních stavebních prací podle smlouvy, což je princip v rozhodovací praxi Úřadu běžně akceptovatelný; v případě složitých stavebních zakázek typu výstavby dálniční křižovatky je přitom umožnění obdobného postupu ve smlouvě nejen věcně odůvodněné a zcela obvyklé, ale z hlediska veřejného zájmu zcela nezbytné.
3. Zadavatelem zvažované změny nesměřují k žádnému rozšíření předmětu veřejné zakázky, ale naopak k jeho zúžení, a ke snížení, nikoliv zvýšení ceny díla – tedy k výsledku, který z povahy věci nemůže být novou veřejnou zakázkou a zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ani zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jej v žádném ohledu nezakazují.
4. Z pohledu zadavatele není uzavření dodatku ke smlouvě o dílo nezbytné; vzhledem k relativně složité konstrukci smlouvy o dílo sestávající z řady dokumentů však takový postup může být vhodný za účelem nepochybné fixace nepřekročitelné ceny díla, tedy k zabezpečení zvýšené ochrany veřejných rozpočtů a zajištění účelného vynakládání veřejných prostředků.

ad 1 a 2

Veřejné zakázky na stavební práce oproti veřejným zakázkám na dodávky či služby vykazují určitá specifika. Stavba je dynamickým procesem, při jejíž realizaci pravidelně dochází k věcným změnám její dokumentace, a to často i z důvodů nezávislých na vůli zadavatele (např. z důvodů neznámých geologických poměrů, změn terénu v čase). Zákon tato specifika uznává, když v § 44 odst. 4 zákona (resp. v § 50 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů) stanoví, že součástí zadávací dokumentace stavby je projektová dokumentace stavby zpracovaná „do podrobností nezbytných pro zpracování nabídky“, nikoliv pro vlastní provedení stavby, kde je pravidlem její dopracování.

Ani „projektová dokumentace“ stavby z povahy věci není statický dokument – může existovat ve fázích dokumentace územního rozhodnutí (DUR), dokumentace stavebního povolení (DSP), dokumentace případných změn stavebního povolení, dokumentace provedení stavby neboli realizační dokumentace stavby (DPS či RDS) či dokumentace skutečného provedení stavby (DSPS). Obvyklou praxí v ČR ilustruje např. Sazebník pro navrhování nabídkových cen projektových prací a inženýrských činností (tzv. sazebník UNIKA), který je nejpoužívanější pomůckou tohoto typu a který shora uvedené fáze rozeznává.

Realizace změn v průběhu výstavby je u komplexních staveb mostů, tunelů, mimoúrovňových křižovatek atd. naprostou nutností, neboť ve fázi vypracování zadávací dokumentace je zadavateli obvykle dostupná projektová dokumentace pouze ve fázi dokumentace stavebního povolení (ze které vychází zadávací dokumentace stavby). V této fázi nelze přesně určit rozsah nezbytných prací pro všechny jednotlivé položky výkazu výměr (konkrétní množství jednotlivých materiálů, prací či výkonů; výkaz výměr tudíž představuje odborný předpoklad, který se v průběhu provádění stavebních prací dále upřesňuje. V průběhu stavby rovněž může dojít k nutnosti, potřebnosti či výhodnosti provedení částečných úprav projektu, jako v tomto případě.

Zadavatelem zvolený způsob realizace dílčích změn při stavbě, který je obecně obsažen v čl. 13 VOP (ve znění zvláštních obchodních podmínek), přičemž v daném případě je relevantní čl. 13.2 VOP, představuje zcela nediskriminační a zároveň nejtransparentnější možné řešení uvedeného problému. Jedná se o stejný přístup ke všem uchazečům, jejichž nabídkové ceny mají zcela stejnou skladbu, jsou založeny na stejném soupise prací a jsou vzájemně porovnatelné. Uchazeči totiž ocení každou jednotlivou položku materiálů, prací a výkonů podle výkazu výměr (soupisu prací) a násobením těchto položek jejich předpokládaným množstvím je získána nabídková cena. Všechny nabídkové ceny v rámci zadávacího řízení jsou tak spočteny podle stejných podmínek a s předpokladem, že může docházet ke změnám podle stejných podmínek. Proces schvalování a oceňování změn je všem uchazečům znám od samého počátku. Při jakýchkoliv změnách stavby nedojde ke změnám položkových cen nabídnutých uchazečem, pouze se změní jejich předpokládané množství, přičemž v žádném případě nesmí dojít k překročení celkové nabídkové ceny.

Z praktických důvodů jsou všichni uchazeči povinni do své nabídkové ceny spočtené na základě oceněného soupisu stavebních prací zařadit položku pro rezervu. Rezerva se využívá právě v případech, kdy se při realizaci stavby ukáže, že nezbytný rozsah (množství) jednotlivých položek materiálů, prací a výkonů je větší než předpokládal původní výkaz výměr. Rozsah prací u jednotlivých položek nebo objektů se může zvětšovat nebo zmenšovat, přičemž dochází k příslušnému zvýšení či snížení ceny příslušných stavebních prací. Pokud je výsledné saldo záporné, dochází ke snížení celkové ceny, pokud je výsledné saldo kladné, dochází ke zvýšení ceny maximálně do částky odpovídající rezervě (v daném případě 10 % nabídkové ceny). Ve všech případech však zadavatel dodavatelům hradí pouze skutečně

odvedené práce; rezerva není nárokovou součástí nabídkové ceny uchazečů. V této souvislosti zadavatel odkazuje např. na rozhodnutí Úřadu č.j. VZ/S172/03-151/349/04-če ze dne 21.1.2004.

Shora uvedený postup také odpovídá evropské praxi, neboť je založen na užívání VOP vyhotovených mezinárodní organizací Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils (FIDIC). Jejich užívání u staveb financovaných ze zdrojů Evropské investiční banky a Evropského společenství bylo podmínkou stanovenou České republice ze strany těchto institucí a zadavatel je již mnoho let běžně užívá u všech svých staveb. V důsledku toho jsou obecně známé všem subjektům působícím na trhu dálničních a silničních staveb.

Domněnka, že by „uzavřením dodatku“ (které však není nezbytným výsledkem ani předpokladem uvažovaných změn podle smlouvy o dílo) mohlo dojít ke změně předmětu veřejné zakázky není správná, neboť předmět veřejné zakázky nelze ztotožňovat pouze s původní, v zadávací dokumentaci uvedenou projektovou dokumentací, nýbrž je nutno jej určit komplexně s ohledem na všechny údaje uvedené v zadávací dokumentaci, a to včetně závazného návrhu smlouvy o dílo. Smlouva o dílo přitom jednoznačně předpokládá, že se podoba díla jakož i přesný počet položek a realizovaných stavebních prací uvedených v soupisu prací může v průběhu stavby měnit a stanoví postup při realizaci takových změn. Zhotovitel se zároveň zavázal takové změny provést a být jimi vázán.

S ohledem na shora uvedené je podle názoru zadavatele zřejmé, že předmětem veřejné zakázky je výstavba díla podle dokumentace stavby, jak je definována v čl. 1.1.1.6 VOP, tedy *„dokumentace stavby tak, jak je obsažena ve smlouvě o dílo, a všechny dodatečné a pozměněné dokumenty vydané nebo schválené objednatelem v souladu se smlouvou o dílo“*. Předmětem veřejné zakázky je tedy stavba 514 Lahovice – Slivenec včetně MÚK Strakonická v podobě předpokládané zadávací dokumentací, jakož i v podobě jednotlivých změn učiněných v souladu s pravidly uvedenými v zadávací dokumentaci včetně změn podle čl. 13.2 VOP. Pokud tedy dojde ke změnám za podmínek stanovených ve VOP, nedojde ke změně předmětu veřejné zakázky a tedy ani k zadání nové veřejné zakázky – může dojít pouze ke změně či upřesnění konkrétních stavebních prací podle smlouvy o dílo.

ad 3

Změnou projektu stavby nedojde ke změnám cen prací podle jednotlivých položek uvedených v nabídce vybraného uchazeče. Dojde pouze ke snížení, nikoliv zvýšení předpokládaných množství jednotlivých položek výkazu výměr (oceněného soupisu prací) a ve výsledku tedy i ke snížení celkové ceny díla. Zhotovitel se totiž zavázal dodržet ceny jednotlivých stavebních prací nebo položek, které uvedl ve výkazu výměr a které ve svém souhrnu tvořily jím navrženou nabídkovou cenu, která je podle zadávací dokumentace cenou nejvýše přípustnou. Je tedy možno provádět pouze takové změny, které nebudou znamenat překročení nabídkové ceny zhotovitele.

Podle rozhodovací praxe Úřadu je novou veřejnou zakázkou každá smlouva, přičemž smlouvou je třeba rozumět „jakoukoli dohodu zadavatele s jiným subjektem (tj. i případný dodatek smlouvy), ve které se zadavatel zavazuje k vynakládání peněžitých prostředků za poskytnuté dodávky, služby či stavební práce. Podstatou tohoto výkladu je podle zadavatele zákaz obcházení základních principů zákona formou dodatečného navyšování ceny původně nejvýhodnější nabídky. O nic takového se však v daném případě nejedná.

Změnami podle čl. 13.2 smlouvy o dílo by nedošlo k zadání nové veřejné zakázky, protože by se zadavatel ani v případě uzavření dodatku ke smlouvě nezavázal k novému či vyššímu vynakládání veřejných prostředků nad rámec nabídkové ceny. Množství materiálů, prací i výkonů by se naopak snížilo a v důsledku toho by se snížila i nabídková cena, přičemž položkové ceny by zůstaly zachovány.

ad 4

Ke změně prováděných prací může při shora uvedených principech smlouvy o dílo dojít přímo postupem podle čl. 13.2 VOP bez uzavření dodatku. Takový postup by sice neznamenal pro zadavatele žádnou újmu, avšak vzhledem k relativně složité konstrukci smlouvy o dílo však zadavatel považuje uzavření dodatku za vhodnější. V dodatku by měl být výslovně potvrzen závazek zhotovitele, že nová (snížená) cena díla je cenou maximální a nepřekročitelnou a že nebude docházet k následnému navyšování výměr podle přepracovaného projektu. Dále by mohlo dojít k výslovnému potvrzení závazků zhotovitele obsažených v předchozí korespondenci (např. zachování smluvního termínu pro dokončení stavby). Případné uzavření dodatku by bylo výhradně ve prospěch zadavatele a zhotoviteli by z něj neplynula žádná práva, která by již na neměl na základě smlouvy o dílo.

Dne 8.1.2008 Úřad obdržel doplňující stanovisko zadavatele, ve kterém zadavatel mj. uvádí následující.

Podstatnějšími změnami by měla být dotčena pouze MÚK Strakonická, a to z důvodu zlepšení bezpečnostních parametrů a zajištění vyšší míry souladu projektu s technickou normou ČSN 73 61 02.

K doložení svých tvrzení zadavatel předkládá srovnávací rozpočet zvažovaných změn stavby (dále jen „srovnávací rozpočet“). Podle srovnávacího rozpočtu celková cena stavebních objektů dotčených změnami bude činit pouze 714 850 028,- Kč, tedy o cca 5 702 719,- Kč méně než ceny odpovídajících stavebních objektů podle původní nabídky zhotovitele. Zadavatel zdůrazňuje, že celková cena stavebních objektů dotčených změnami má představovat pouhých 9,52 % z původní nabídkové ceny zhotovitele (tzn. z částky 7 511 021 545,- Kč bez DPH. Ani při analogické aplikaci § 23 odst. 7 písm. a) zákona by tedy celkový rozsah stavebních prací podléhajících zvažovaným změnám nemohl překročit limitní hranici 20 % ceny původní veřejné zakázky. Pro dokreslení situace zadavatel dále doložil přehledná grafická znázornění MÚK Strakonická podle parametrů původní zadávací dokumentace a po případném zohlednění zvažovaných změn předmětu veřejné zakázky.

Dále zadavatel uvádí, že stavba MÚK Strakonická prozatím nepokračuje, přičemž zadavatel a zhotovitel rovněž nijak neformalizovali svoji předběžnou shodu na změně stavby a vyčkávají rozhodnutí Úřadu, tj. k žádným změnám předmětu veřejné zakázky ve vztahu k MÚK Strakonická, jak je tento zachycen v původně uzavřené smlouvě o dílo mezi zadavatelem zhotovitelem prozatím nedošlo.

Pro bližší vysvětlení zadavatel dodává, že dopis č. j. 4189/21/07-21013 ze dne 6.4.2007, na který Úřad odkazoval v oznámení o zahájení správního řízení, představuje pouze podmíněný souhlas zadavatele s navrhovanými změnami. Jak je z textu cit. dopisu patrné, „Stavební práce na objektech změny MÚK Strakonická bude možno zahájit po projednání změny s objednatelem (zadavatelem) a po vydání pravomocných stavebních povolení“, přičemž ke splnění těchto podmínek dosud nedošlo. Je pravdou, že zhotovitel tento pokyn

zadavatele ne zcela respektoval a z vlastní iniciativy provedl určité počáteční práce na některých objektech ještě před vydáním dodatečného stavebního povolení a bez jakéhokoli souhlasu zadavatele, což vedlo až k zahájení řízení o odstranění stavby ze strany Odboru dopravy Magistrátu hlavního města Prahy; toto řízení však bylo následně přerušeno v návaznosti na podanou žádost o dodatečné stavební povolení. Zadavatel zdůrazňuje, že shora zmíněná iniciativa se udála v rozporu s jeho pokynem podle dopisu č. j. 4189/21/07-21013 ze dne 6.4.2007, a jde tedy v plné rozsahu o riziko zhotovitele. Pokud nedojde k vydání dodatečného stavebního povolení, zadavatel nevydá konečný souhlas se zvažovanou změnou předmětu veřejné zakázky nebo Úřad dospěje k závěru, že by zamýšlené změny předmětu veřejné zakázky (které dosud nebyly odsouhlaseny zadavatelem) byly v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, ponese zhotovitel náklady stavebních prací provedených z vlastní iniciativy, bude tyto povinen odstranit a pokračováno bude v původním řešení veřejné zakázky podle zadávací dokumentace.

Zadavatel navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil.

Úřad na základě § 113 a následujících zákona zhodnotil získané podklady a vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění dospěl k závěru, že se zadavatel nedopustil porušení zákona, a proto rozhodl o zastavení řízení. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Z předložených podkladů vyplývá, že zadavatel ve věci případné změny tvaru MÚK Strakonická vybranému uchazeči dopisem č. j. 4189/21/07-21013 ze dne 6.4.2007 mj. sdělil, že souhlasí s navrhovanou změnou, tj. s realizací MÚK Strakonická podle návrhu vybraného uchazeče zpracovaného firmou Valbek a. s. za těchto podmínek:

- garance v dopise č. j. 021/07 ze dne 23.3.2007 se budou vztahovat na všechny objekty stavby dotčené touto změnou křižovatky,
- zhotovitel zajistí změnu dokumentace pro stavební povolení na nový tvar křižovatky a na základě plné moci projedná povolení „změny stavby před jejím dokončením“,
- stavební práce na objektech změny MÚK Strakonická bude možno zahájit po projednání změny s objednatel (tj. zadavatelem) a vydání pravomocných stavebních povolení.

Nelze tak dospět k závěru, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, neboť jak vyplývá ze stanoviska zadavatele ze dne 7.1.2008 stavba MÚK Strakonická prozatím nepokračuje, přičemž zadavatel a zhotovitel rovněž nijak neformalizovali svoji předběžnou shodu na změně stavby a vyčkávají rozhodnutí Úřadu, tj. k žádným změnám předmětu veřejné zakázky ve vztahu k MÚK Strakonická, jak je tento zachycen v původně uzavřené smlouvě o dílo mezi zadavatelem zhotovitelem nemohlo dojít.

Úřad akceptuje vysvětlení zadavatele, že dopis č. j. 4189/21/07-21013 ze dne 6.4.2007, na který Úřad odkazoval v oznámení o zahájení správního řízení, představuje pouze podmíněný souhlas zadavatele s navrhovanými změnami, neboť jak je z textu cit. dopisu patrné, „Stavební práce na objektech změny MÚK Strakonická bude možno zahájit po projednání změny s objednatel (zadavatelem) a po vydání pravomocných stavebních povolení“, přičemž ke splnění těchto podmínek dosud nedošlo. Pokud nedojde k vydání dodatečného stavebního povolení, zadavatel nevydá konečný souhlas se zvažovanou změnou předmětu veřejné zakázky nebo Úřad dospěje k závěru, že by zamýšlené změny předmětu veřejné zakázky (které dosud nebyly odsouhlaseny zadavatelem) byly v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, ponese zhotovitel náklady stavebních prací provedených z jeho vlastní

iniciativy, bude tyto povinen odstranit a pokračováno bude v původním řešení veřejné zakázky podle zadávací dokumentace.

Lze připustit, že v průběhu realizace veřejné zakázky může dojít ke změně původního předmětu plnění veřejné zakázky. Taková změna ovšem musí být provedena souladu s platnou právní úpravou zadávání veřejných zakázek, tzn. postupem učiněným v souladu se zákonem. Po uzavření smlouvy obecně nesmí zadavatel měnit předmět plnění veřejné zakázky, který byl vymezen v zadávacích podmínkách a na jehož realizaci podali uchazeči o veřejnou zakázku své nabídky, pokud by taková změna mohla podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek v původním zadávacím řízení.

Nelze vyloučit, že u kontraktů, kde jsou závazně vymezeny a zhotovitelem samostatně oceněny jednotlivé položky poptávaných stavebních prací, může v určitém rozsahu docházet k upřesňování či ke změnám množství těchto položek, pokud to zadávací dokumentace veřejné zakázky a na základě ní uzavřená smlouva připouští. Plnění smluv s komplikovaným předmětem plnění, jako jsou např. významné liniové stavby, do kterého mohou zasahovat nepředvídatelné požadavky orgánů veřejné moci, technologické překážky, konkretizace plnění při vypracovávání dalšího stupně projektové dokumentace apod., by jinak nebylo prakticky možné.

Nelze však připustit, aby shora uvedený postup zadavatele vedl k obcházení zákona. Zadavatel především nemůže předmět veřejné zakázky měnit zcela libovolně, cena dodatečných prací či služeb musí být předmětem soutěže ze strany uchazečů, nebo musí být způsob jejího určení pevně stanovenou součástí zadávacích podmínek původní veřejné zakázky, který je pro všechny potenciální uchazeče shodný. Postup při následných eventuálních změnách předmětu plnění tudíž musí být transparentní a předem známý a je omezen ustanovením § 23 odst. 7 písm. a) bodu 3. zákona o veřejných zakázkách, tzn. celkový rozsah dodatečných prací nebo služeb nesmí překročit 20 % ceny původní veřejné zakázky [v šetřeném případě podle sdělení zadavatele celková cena veškerých stavebních objektů (položek) dotčených změnami má představovat 9,52 % z původní nabídkové ceny zhotovitele]. Úřad v souladu se svými předchozími stanovisky (např. P282/2007-12080/2007/510-jl ze dne 26.6.2007) zdůrazňuje, že nelze kalkulovat úhrnem méněpráce a vícepráce, neboť novou veřejnou zakázkou jsou pouze vícepráce (a to všechny), které nebyly zadavatelem v původní veřejné zakázce vymezeny. Obcházením zákona tudíž bude takový postup, kdy by zadavatel po zadání veřejné zakázky připustil změnu (či kumulované změny) více než 20 % původního předmětu plnění. V tomto kontextu je třeba chápat i případné „rezervy“ či „položky pro rezervu“, pokud jsou v rámci smlouvy stanoveny. K výše uvedenému lze odkázat např. na rozhodnutí Úřadu č. j. S148/2007-14025/2007/510-jl ze dne 30.7.2007, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. R167/2007/02-22908/2007/310-KK ze dne 6.12.2007 a rozhodnutí č. j. S250/2007/VZ-20674/2007/510-če ze dne 20.12.2007 (www.compet.cz).

Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku.

Součástí rozhodnutí Úřadu podle § 119 zákona je též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí právní předpis. Podle § 1 vyhlášky 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen uhradit náklady řízení o přezkoumání úkonů zadavatele

paušální částkou v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele. Protože Úřad správní řízení zastavil, nevznikla zadavateli ani povinnost hradit náklady řízení.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Jindřiška Koblihová
II. místopředsedkyně ÚOHS
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

Obdrží:

JUDr. Karel Muzikář, LL.M.(C.J.), advokát, WEIL, GOTSHAL & MANGES v. o. s.,
Křižovnické nám. 1/193, 110 00 Praha 1

JUDr. Jan Oškrdal, advokát, Advokátní kancelář Oškrdal, Hlucháň, Surga, Štefánikova 65,
150 00 Praha 5

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce