

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

601 56 Brno, Joštova 8



ROZHODNUTÍ

Č. j.: 2R 8/02 – Hr

V Brně dne 20. května 2002

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 12.2.2002 podaném Státním památkovým ústavem v Brně, příspěvkovou organizací, se sídlem nám. Svobody 8, 601 54 Brno, zast. ředitelem PhDr. Jaromírem Míčkou, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25.1.2002 č. j. S 6/02-153/475/02-Dh ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Státního památkového ústavu, příspěvkové organizace, se sídlem nám. Svobody 8, 601 54 Brno, učiněných při zadání veřejné zakázky „Rekonstrukce domu na nám. Svobody. č. 8 v Brně“ formou obchodní veřejné soutěže podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., dne 16.7.1997 vyhlášením v Obchodním věstníku č. 28/97 pod zn. 041231-28/97, a s ní souvisejícím uzavřením dodatku č. 1 ze dne 7.10.1999 ke smlouvě o dílo č. 0812 ze dne 10.10.1997 s obchodní společností PSJ holding, a. s., se sídlem Jiráskova 32, Jihlava, jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb. a zákona č. 227/2000 Sb., na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S 6/02-153/475/02-Dh ze dne 25.1.2002

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

Na základě kontrolního závěru Nejvyššího kontrolního úřadu zveřejněného ve Věstníku NKÚ r. IX., částka 2, si Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) vyžádal od Státního památkového ústavu v Brně, příspěvkové organizace, se sídlem nám. Svobody 8, 601 54 Brno, zast. ředitelem PhDr. Jaromírem Míčkou (dále jen „zadavatel“), dokumentaci o zadávání veřejné zakázky na dodávku stavby „Rekonstrukce domu na nám. Svobody č. 8 v Brně“, zadané formou obchodní veřejné soutěže podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. (dále jen „zákon po první novele“) dne 16.7.1997 vyhlášením v Obchodním věstníku č. 28/97 pod zn. 040794-28/97.

Po přezkoumání předložené dokumentace získal ÚOHS pochybnosti o správnosti úkonů a postupů zadavatele, a proto zahájil správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako jediného uchazeče označil zadavatele. Oznámení o zahájení správního řízení obdržel zadavatel dne 8.1.2002 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

V oznámení o zahájení správního řízení ÚOHS uvádí, že na základě obchodní veřejné soutěže uzavřel zadavatel dne 10.10.1997 smlouvu o dílo se společností PSJ holding, a. s., se sídlem Jiráskova 32, 586 04 Jihlava (dále jen „zhotovitel“), na provedení předmětu veřejné zakázky „Rekonstrukce domu na nám. Svobody č. 8 v Brně“. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že před uzavřením smlouvy zhotovitel neprokázal splnění kvalifikačních předpokladů ve smyslu ustanovení § 2c odst. 2 písm. a) a c) zákona po poslední novele. Dále zadavatel dne 7.10.1999 uzavřel se zhotovitelem bez jakéhokoliv výběrového řízení dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo ze dne 10.10.1997, kterým byla původně sjednaná cena navýšena o 37 574 689, 50,- Kč na celkových 94 983 592, 50 Kč, přičemž byly také změněny osoby pověřené k realizaci díla a termín dokončení díla.

K zahájení řízení se zadavatel vyjádřil dopisem ze dne 11.1.2002, ve kterém uvádí, že zhotovitel prokázal splnění kvalifikačních předpokladů před podpisem smlouvy ze dne 10.10.1997 předložením příslušných dokladů, přičemž zadavatel tehdy ze znění zákona nedovodil, že předložené dokumenty mají být dále uloženy a archivovány v dokumentaci o zadávání veřejné zakázky. V příloženém čestném prohlášení pak Ing. Jiří Košulič, předseda představenstva společnosti RTS, a. s., která byla při zadávání předmětné veřejné zakázky pověřena výkonem zadavatelských činností, prohlašuje, že „doklady prokazující kvalifikaci uchazeče, se kterým byla uzavřena smlouva ... byly řádně před podpisem smlouvy předloženy a zkontrolovány. Tyto doklady zůstaly uloženy v archivní dokumentaci naší společnosti, která však již byla skartována.“ K uzavření dodatku ze dne 7.10.1999 zadavatel uvádí, že jím byla řešena totožná veřejná zakázka, na které se vyskytly vícepráce, o jejichž nutnosti zadavatel v době zadávání původní veřejné zakázky nevěděl ani vědět nemohl. Sjednaná cena vycházela z nabídky zhotovitele, která byla podrobena dvěma nezávislým posudkům, čímž došlo podle názoru zadavatele k objektivnímu stanovení ceny. Zadavatel vícepráce nepovažoval za dodatečnou zakázku a samostatné výběrové řízení nevypisoval také proto, že realizace těchto prací jiným subjektem než zhotovitelem by byla nemožná vzhledem k jejich vázanosti na práce sjednané podle původní smlouvy.

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal ÚOHS dne 25.1.2002 rozhodnutí č. j. S 6/02-153/475/02-Dh, kterým zadavateli uložil pokutu ve výši 35 000,- Kč za porušení ustanovení § 3 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb. (dále jen „zákon“) v návaznosti na ustanovení § 3 odst. 2 téhož zákona, když při uzavírání předmětného dodatku nepostupoval způsobem uvedeným v citovaném ustanovení zákona, i když výše peněžitého závazku bez DPH přesáhla 20 000 000,- Kč.

V odůvodnění svého rozhodnutí ÚOHS nejdříve uvádí, že zhotovitel před podpisem smlouvy ze dne 10.10.1997 neprokázal splnění kvalifikačních předpokladů podle § 2b odst. 1 písm. b) a d) zákona po první novele a zadavatel s ním přesto smlouvu uzavřel, čímž závažně porušil ustanovení § 11 odst. 1 cit. zákona, neboť takto zvýhodnil zhotovitele oproti ostatním uchazečům o veřejnou zakázku. Zadavatel dále podle názoru ÚOHS porušil ustanovení § 64b cit. zákona, když po dobu pěti let nearchivoval kompletní zadávací dokumentaci, tedy včetně dokladů, kterými zhotovitel prokázal splnění výše cit. kvalifikačních předpokladů. ÚOHS však zároveň konstatuje, že za toto porušení zákona neuložil zadavateli pokutu vzhledem k uplynutí objektivní tříleté lhůty pro její uložení podle § 62 zákona. K porušení zákona, za které byla zadavateli pokuta uložena, ÚOHS uvádí, že každá změna rozsahu plnění (bez ohledu na výši ceny) je novou veřejnou zakázkou, kterou je zadavatel povinen zadat postupem podle zákona. Navýšení ceny v šetřeném případě představuje hodnotu 37 574 689,50 Kč, což znamená, že zakázka měla být zadána formou obchodní veřejné soutěže. ÚOHS dále konstatuje, že v šetřeném případě nelze vyloučit, že zadavatel mohl při uzavírání dodatku ze dne 7.10.1999 postupovat podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. c) zákona, neboť se jednalo o věcnou, cenovou a časovou návaznost na původní veřejnou zakázku. Tuto skutečnost také ÚOHS zohlednil při úvaze o výši pokuty.

Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 12.2.2002 rozklad, ve kterém předně nesouhlasí s názorem ÚOHS na porušení ustanovení § 11 odst. 1 zákona po první novele, resp. na způsob prokazování kvalifikačních předpokladů uchazečem před uzavřením smlouvy. Zadavatel gramatickým výkladem ustanovení § 38 odst. 4 zákona (s odkazem na odborné stanovisko Ústavu jazyka českého Akademie věd české republiky a Slovník spisovného jazyka českého) dovozuje, že pokud byl zadavatel povinen vyzvat uchazeče k „předložení“ příslušných dokladů, pak „z významu samotného slovesa předložit vůbec nevyplývá, že pokud je někdo vyzván k předložení dokladů, že tyto doklady poskytne dotyčnému úřadu natrvalo“, nýbrž předložit znamená „položít před někoho“ k nahlédnutí. Zákon tedy podle názoru zadavatele neukládá povinnost zadavateli ponechat si předložené doklady natrvalo. Navíc konstatování ÚOHS, že zhotovitel náležitě neprokázal kvalifikační předpoklady, označuje zadavatel pouze za subjektivní vyjádření, protože „nelze z nepřítomnosti jakékoliv listiny nebo důkazu tvrdit, že skutečnost nenastala, zvláště v případě, pokud existují osoby, které svým písemným svědectvím potvrzují, že skutečnost nastala.“ K uzavření dodatku ze dne 7.10.1999 zadavatel uvádí, že ze znění ustanovení § 2 zákona nevyplývá, že dodatek ke smlouvě na jednu a tutéž stavbu je nutno chápat jako novou veřejnou zakázku, přičemž problematické je v této souvislosti vymezení pojmů „dodatečná veřejná zakázka“ a

„vícepráce“. V obou případech se podle názoru zadavatele jedná o dodatečné práce a dodávky, ovšem realizace dodatečné veřejné zakázky je toliko možná a nikoliv nutná, kdežto provedení víceprací je pro zdárné dokončení zakázky nezbytné. Z tohoto pohledu se v případě dodatku ze dne 7.10.1999 jednalo o práce pro další stavbu nezbytné, tedy o vícepráce. Zadání veřejné zakázky formou obchodní veřejné soutěže pak nebylo možné, protože kdyby byl takto vybrán jiný uchazeč než zhotovitel, pak symbióza dvou různých subjektů na jedné a téže stavbě by nebyla realizovatelná. Zadavatel konstatuje, že byly splněny podmínky pro použití § 50 odst. 1 písm. c) zákona po druhé novele a zadavatel tento způsob zadávání veřejné zakázky také de facto použil; vyzval zhotovitele k předložení návrhu dodatku ke smlouvě (výzva byla sice ústní, ale lze předpokládat, že existuje písemný zápis tohoto požadavku), zhotovitel svůj návrh předložil a zadavatel jej přijal tím, že dodatek stvrdil. Vzhledem k výše uvedenému se tedy zadavatel domnívá, že žádný jeho úkon v průběhu realizace veřejné zakázky se nedostal do rozporu s tehdy platným zněním zákona, a proto nesouhlasí s udělenou pokutou, domáhá se zrušení prvostupňového rozhodnutí a vydání rozhodnutí, že zákon nebyl porušen.

Dopisem ze dne 9.4.2002 vyzval ÚOHS zadavatele k doplnění rozkladu, ve kterém měl zadavatel doložit relevantní písemný doklad o tom, že uzavření předmětného dodatku předcházela výzva, učiněná v souladu s ustanovením § 50 odst. 1 písm. c) zákona.

Zadavatel ÚOHS doručil dne 18.4.2002 xerokopie dvou zápisů z kontrolních dnů akce „Rekonstrukce nám. Svobody č. 8, Brno“, konaných ve dnech 21.1.1999 a 20.9.1999. Oba zápisy vždy tvoří jednu stranu jednoho listu, která není opatřena žádným podpisem ani razítkem, ale pouhým konstatováním, že „zapsal: Rozprým“. Na rubové straně těchto zápisů je v obou případech prezenční listina s podpisy zástupců zadavatele, zhotovitele a některých dalších subjektů. V zápise ze dne 21.1.1999 se konstatuje, že „na základě vzniklých víceprací (zejména statického charakteru) vyzývá investor generálního dodavatele k předložení rozpočtu předmětných prací, který bude následně ještě prověřen soudním znalcem, a na jehož základě bude rozhodnuto o dalším postupu prací.“ V zápise ze dne 20.9.1999 je konstatováno, že „po prostudování cenové kalkulace předložené dodavatelem stavby a po jejím následném posouzení soudním znalcem žádá tímto investor dodavatele o předložení návrhu smlouvy o dílo (dodatku k již uzavřené smlouvě č. 0812) na provedení předmětných víceprací“.

ÚOHS se s předloženými doklady nespokojil, a proto provedl dne 2.5.2002 podle § 38 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb. a zákona č. 227/2000 Sb. v sídle zadavatele ohledání všech písemných dokladů, týkajících se předmětného dodatku ze dne 7.10.1999. Na místě si pořídil kopii znaleckého posudku Ing. Vyskočila „Posouzení nabídkové a realizační ceny za rekonstrukci objektu“ ze dne 27.8.1999, a kopie souhrnů víceprací před a po projednání nabídky. V protokole o provedeném ohledání „zadavatel popsal skutkový stav následovně: Po výzvě formulované v zápisu z kontrolního dne 21.1.1999 poskytl zadavatel zhotoviteli realizační dokumentaci obsahující i veškeré vícepráce, na základě které zhotovitel předložil zadavateli nabídku s položkovým rozpočtem.“ Kontrolní pracovníci vyzvali zadavatele, aby do 9.5.2002 předložil ÚOHS originál položkového rozpočtu z nabídky, což tento učinil.

Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:

ÚOHS tím, že svým rozhodnutím č. j. S 6/02-153/475/02-Dh ze dne 25.1.2001 uložil zadavateli za zjištěné porušení zákona pokutu, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí se plně ztotožňuji.

K argumentaci zadavatele v rozkladu uvádím následující.

Zadavatel se v první části svého rozkladu zabývá rozbořem ustanovení § 38 odst. 4 zákona po první novele, tedy rozbořem způsobu prokazování kvalifikačních předpokladů uchazeči před podpisem smlouvy podle § 2b odst. 1 písm. b) cit. zákona. K tomu je potřeba opakovaně konstatovat a zdůraznit, že ÚOHS v napadeném prvostupňovém rozhodnutí sice shledal u zadavatele porušení citovaného ustanovení, avšak neuložil za ně zadavateli pokutu, protože již uplynula tříletá objektivní lhůta podle § 62 odst. 1 zákona. Konstatování tohoto porušení zákona po první novele se objevilo v odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde je ÚOHS uvedl s úmyslem popsat šetřený případ v jeho širších souvislostech, avšak není obsaženo ve výroku, a proto na jeho základě nelze napadat nezákonnost rozhodnutí ÚOHS.

V tomto bodě musím souhlasit s názorem ÚOHS a konstatovat, že povinnost zadavatele uchovávat předložené doklady prokazující splnění kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem vyplývá z ustanovení

§ 64b zákona po první novele. Tato povinnost také logicky souvisí s přezkumnou funkcí ÚOHS, který má právo do čtyř let od potenciálního porušení zákona zahájit správní řízení z vlastního podnětu (k tomu viz § 57 odst. 1 zákona) a tedy i v době zahájení přezkumného řízení musí mít možnost si ověřit, zda veškeré úkony při zadávání veřejné zakázky byly učiněny v souladu se zákonem. V této souvislosti tedy konstatování ÚOHS, že vybraný uchazeč neprokázal splnění kvalifikačních předpokladů podle zákona po první novele rozhodně nelze označit za subjektivní vyjádření, ale naopak lze s jistotou tvrdit, že zadavatel nepředložil požadované doklady, a tedy objektivně neprokázal, že uzavření smlouvy s vybraným uchazečem proběhlo v souladu se zákonem.

V druhé části rozkladu zadavatel dovozuje, že předmětem dodatku ze dne 7.10.1999 byly vícepráce, přičemž podle zadavatelova výkladu zákona jsou vícepráce součástí původní veřejné zakázky, a tedy nepředstavují novou veřejnou zakázku, na kterou by se vztahovala povinnost zadavatele použít některý z postupů podle zákona. K tomu uvádím obecně, že veřejnou zakázkou je vždy pouze ta práce, zboží či služba, která byla vymezena v zadání té konkrétní veřejné zakázky. Cokoliv tedy zadavatel požaduje, aby zhotovitel provedl nad rámec předmětu zakázky, který byl původně vymezen v jejím zadání, je novou veřejnou zakázkou a v této souvislosti je lhostejné, zda-li se nově poptávané úkony nazvou „dodatečná veřejná zakázka“ či „vícepráce“, resp. jaký je jejich význam pro další pokračování stavby. Zadavatel byl proto povinen zadat tyto nově poptávané úkony odpovídajícím způsobem zadání veřejné zakázky podle zákona.

Z předložené dokumentace vyplývá, že v šetřeném případě zadavatel zřejmě nemusel použít pro zadání nové zakázky formu obchodní veřejné soutěže, neboť není vyloučeno, že byly splněny předpoklady pro použití některého z mimořádných způsobů zadání veřejné zakázky, konkrétně ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona, což by zadavatel musel doložit příslušnými důkazy, že tomu tak skutečně je. V řízení o rozkladu jsem proto zkoumal, zda byly při uzavírání dodatku ze dne 7.10.1999 splněny všechny formální náležitosti tohoto mimořádného způsobu zadání a následně jsem dospěl k tomuto závěru:

Dokumenty, které zadavatel označuje jako písemnou výzvu jednomu zájemci k podání nabídky podle ustanovení § 50 odst. 1 zákona, tedy předmětné zápisy z kontrolních dnů, nelze považovat za relevantní doklady, neboť nejsou podepsány oprávněným zástupcem zadavatele, doklady dále neobsahují výzvu k předložení nabídky, ale pouze výzvu k předložení rozpočtu předmětných prací, a tyto práce nejsou žádným bližším způsobem specifikovány. „Výzva“ tak dostatečně nespecifikuje předmět nové veřejné zakázky. Jediným dalším podkladem, který měl zhotovitel od zadavatele k dispozici pro vypracování návrhu dodatku ze dne 7.10.1999, byla konečná verze realizačního projektu veřejné zakázky a zhotovitel tak zjišťoval rozsah nové veřejné zakázky pouze srovnáním rozdílů mezi realizačním projektem a projektem pro stavební řízení, na základě kterého byla původní veřejná zakázka zadána. Takové podklady však nelze považovat za zadávací dokumentaci ve smyslu § 2h zákona.

Pro úplnost dodávám, že i znalec ing. Vyskočil ve svém výše zmiňovaném znaleckém posudku ze dne 27.8.1999 upozornil zadavatele na nedostatky zadávací dokumentace. Na str. 4 a 5 posudku uvádí, že „vzájemné porovnání původního a nového návrhu (myšleno návrh položkového rozpočtu, pozn. ÚOHS) v dnešní době, kdy velká část prací je již provedena, je natolik neprůhledné a komplikované, že je velmi obtížné určit co bylo a co nebylo předmětem (původní, pozn. ÚOHS) nabídky“. V závěru posudku na str. 34 pak znalec konstatuje, „že zhotovitelem nově navržená cena za dílo nerespektuje dosud platnou smlouvu o dílo ... znalec souhlasí se zvýšením ceny za dílo, ale pouze o částku, která je vymezena ujednáním v textu smlouvy a která určuje za jakých podmínek a jakým způsobem bude cena za dílo změněna.“

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit či změnit, jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb. o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Státní památkový ústav v Brně, příspěvková organizace, se sídlem nám. Svobody 8, 601 54 Brno, zast. PhDr. Jaromírem Míčkou
2. spis