Právní moc dne 20.7.2005

Č. j. VZ/S70/05 -153/2775/05-LB V Brně 27. června 2005

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 29.4.2005 z vlastního podnětu podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb., ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele – obec Strážek, 592 53 Strážek 13, zastoupená Jaroslavem Tulisem, starostou – učiněných ve veřejné zakázce zadané podle § 50 odst. 1 písm. b) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb. zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb. a zákona č. 142/2001 Sb., na kterou byl uzavřen dne 18.7.2001 dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo č. 8/2000 ze dne 28.12.2000 na předmět díla „Přístavba základní školy 1. stupně ve Strážku“, **rozhodl takto:**

Zadavatel – obec Strážek – porušil

ustanovení § 3 odst. 1 a 4 posledně cit. zákona tím, že uzavřel dodatek č. 1 ze dne 18.7.2001 ke smlouvě o dílo č. 8/2000 ze dne 28.12.2000 postupem podle § 50 odst. 1 písm. b) téhož zákona, aniž by byly naplněny podmínky pro zvolený způsob zadání veřejné zakázky stanovené v posledně cit. ustanovení zákona,

ustanovení § 2h odst. 3 posledně cit. zákona tím, že nezpracoval zadávací dokumentaci před uzavřením výše uvedeného dodatku č. 1 v rozsahu stanoveném v posledně cit. ustanovení zákona.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), který vykonává dohled nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 24.3.2005 podnět Policie ČR, Okresního ředitelství ve Žďáře nad Sázavou, k přezkoumání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele obce Strážek, 592 53 Strážek 13, zastoupené Jaroslavem Tulisem, starostou (dále jen „zadavatel“), učiněných ve veřejných zakázkách zadávaných v souvislosti s realizací přístavby základní školy 1. stupně v obci Strážek, na kterou byla čerpána účelová dotace ze státního rozpočtu v letech 2001 až 2003 v celkové výši 41 mil. Kč.

V podnětu Policie ČR vyjádřila pochybnosti o způsobu zadání veřejné zakázky na dodávku stavby „Přístavba základní školy 1. stupně ve Strážku“, zadávané písemnou výzvou ze dne 14.11.2000 více zájemcům k podání nabídky podle § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb. a zákona č. 256/2000 Sb.

Orgán dohledu si na základě podnětu vyžádal dopisem č. j. VZ/J 39/05-153/1359/05-LB ze dne 31.3.2005 od zadavatele dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky, včetně veškerých dalších dokladů (uzavřené smlouvy, dodatky apod.), které byly v souvislosti s výše uvedenými veřejnými zakázkami pořízeny.

Po přezkoumání předložené dokumentace získal orgán dohledu pochybnosti zda postup zadavatele při uzavírání dodatku ke smlouvě o dílo byl v souladu se zákonem č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb. a zákona č. 142/2001 Sb. (dále jen „zákon“), a proto zahájil správní řízení z vlastního podnětu.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu zadavateli jako jedinému účastníku správního řízení dopisem č. j. VZ/S70/05-153/1834/05-LB ze dne 27.4.2005, v němž zadavatele rovněž seznámil s předběžnými výsledky šetření a poskytl mu možnost se k těmto výsledkům vyjádřit, popřípadě navrhnout doplnění šetření. Zjištění orgánu dohledu získaná kontrolou předložené dokumentace se týkala uzavření dodatku č. 1. ke smlouvě o dílo č. 8/2000 ze dne 21.12.2000. Orgán dohledu v oznámení současně vyzval zadavatele, aby sdělil důvody, které vedly k zadání předmětné veřejné zakázky podle § 50 odst. 1 písm. b) zákona.

Zadavatel se ke skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí, vyjádřil dopisem ze dne 25.5.2005, ve kterém sdělil, že vzhledem ke špatným hygienickým podmínkám hrozilo budově základní školy č. p. 127, ročníku 1.-4., ze strany OHS uzavření. Na základě příslibu finančních prostředků a kladného doporučení Okresního úřadu ve Žďáře nad Sázavou a Krajského odboru ministerstva školství a vydaného rozhodnutí o umístění stavby zadavatel objednal výběrové řízení u firmy RTS Brno.

Ke způsobu zadání veřejné zakázky zadavatel ve svém stanovisku uvedl, že v době, kdy byly zahájeny zemní práce., ještě nebyla hotová projektová dokumentace. Po dodání celkové projektové dokumentace zadavatel s ohledem na skutečnost, že stavba byla již ve stadiu vysoké rozpracovanosti, uzavřel dodatek ke smlouvě o dílo se společností Strážkovan s. r. o.

Závěrem svého vyjádření zadavatel uvedl, že pochybení, kterého se dopustil nebylo úmyslné, neboť jeho snahou bylo rychle vybudovat novou základní školu a tím zabránit zrušení základní školy, která byla pro obec prioritou.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 57 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace, předloženého stanoviska a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky výzvou jednomu zájemci k podání nabídky podle § 50 odst. 1 písm. b)

zákona na předmět díla „Přístavba základní školy 1. stupně ve Strážku“ porušil zákon, k čemuž uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Zadavatel písemnou výzvou ze dne 14.11.2000 vyzval pět zájemců k podání nabídky na dodávku stavebních prací na akci „Přístavba základní školy 1. stupně ve Strážku“ zadávanou podle § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb. a zákona č. 256/2000 Sb.

V podmínkách výzvy zadavatel stanovil, že nabídky budou hodnoceny podle ekonomické vhodnosti nabídek s použitím následujících kritérií:

1. Rozsah a způsob využití místních zdrojů pracovních sil (zejména region Moravecka a následně region okresu Žďár nad Sázavou)
2. Celková nabídnutá cena včetně DPH
3. Délka poskytnuté záruční lhůty

Do konce lhůty pro podání nabídek zadavatel obdržel dvě nabídky. Na základě provedeného posouzení a hodnocení nabídek zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky a s vybraným uchazečem Strážkovan s. r. o. uzavřel dne 28.12.2000 smlouvu o dílo č. 8/2000 s cenou díla I. etapy prací ve výši 10 000 000,- Kč.

Na základě výzvy jednomu zájemci podle § 50 odst. 1 písm. b) zákona pak zadavatel k uvedené smlouvě o dílo č. 8/2000 uzavřel se společností Strážkovan s. r. o. dodatek č. 1 ze dne 18.7.2001. Dodatkem č. 1 byla cena díla navýšena o 31 990 000,- Kč, nově dohodnutá celková cena díla tedy dosáhla výše 41 990 000,-Kč.

K porušení § 50 odst. 1 písm. b) zákona

Zadavatel posoudil veřejnou zakázku s ohledem na předmět plnění sjednaný v dodatku č. 1 ze dne 18.7.2001 jako specializovanou a zadal ji způsobem podle § 50 odst. 1 písm. b) zákona výzvou jednomu zájemci. Ve smyslu citovaného ustanovení zákona se uzavření smlouvy na podkladě písemné výzvy zaslané zadavatelem jednomu zájemci o veřejnou zakázku k podání nabídky připouští v případě specializované veřejné zakázky, kdy plnění může poskytnout jediný zájemce o veřejnou zakázku.

Aplikace ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona je tedy možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný zájemce o veřejnou zakázku schopný splnit předmět plnění. O aplikaci příslušného způsobu zadání rozhoduje zadavatel, který současně za volbu správného způsobu zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Zadavatel musí nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, že objektivně neexistuje více než jeden zájemce o veřejnou zakázku. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. V neposlední řadě je zadavatel rovněž povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci ust. § 50 odst. 1 písm. b) zákona, byla prokazatelná a přezkoumatelná ze strany orgánu dohledu.

Přezkoumáním předložené dokumentace dospěl orgán dohledu ke zjištění, že dokumentace neobsahuje žádný důkaz, který by prokázal, že přístavba základní školy 1.

stupně ve Strážku je specializovanou veřejnou zakázkou ve smyslu zákona o zadávání veřejných zakázek, kterou je schopen zrealizovat pouze jediný zájemce o předmětnou veřejnou zakázku. Ve zdůvodnění aplikace § 50 odst. 1 písm. b) zákona nejsou zadavatelem uvedeny důvody, které by přesvědčivě vypovídaly o skutečnosti, že okruh uchazečů o veřejnou zakázku je úplný a jediný možný.

Předmět plnění není natolik specifickou činností, která by odpovídala možnosti jejího splnění maximálně pěti zájemci či dokonce jako v šetřeném případě jediným zájemcem o veřejnou zakázku. V daném oboru, tj. v oblasti výstavby, existuje na tuzemském trhu prokazatelně široký okruh subjektů, jejichž předmět činnosti může pokrýt celý předmět zadání veřejné zakázky a jež jsou schopny předmětnou veřejnou zakázku splnit.

O existenci více subjektů schopných realizovat stavební veřejnou zakázku svědčí i skutečnost, že původní veřejnou zakázku (přístavba základní školy 1. stupně ve Strážku) zadal zadavatel písemnou výzvou podle § 49 odst. 1 zákona, které se účastnilo více uchazečů. V této souvislosti nelze připustit argumentaci zadavatele, že po dodání celkové projektové dokumentace byla stavba v takové vysoké rozpracovanosti, že nové výběrové řízení bylo defakto nemožné a tudíž v té době zbývala jen jediná možnost, uzavřít dodatek ke smlouvě na základě výzvy jednomu zájemci k podání nabídky podle § 50 odst. 1 písm. b) s uchazečem Strážkovan s. r. o. Výhodnost předložených nabídek je nutno vždy posuzovat ve vztahu ke konkrétnímu zadání, přičemž není vyloučeno, že by právě v šetřené veřejné zakázce byla (při odpovídajícím způsobu zadání) ze strany některého z potenciálních uchazečů podána výhodnější nabídka, než nabídka uchazeče Strážkovan s. r. o.

Pouhá skutečnost, že obec Strážek je 100% vlastníkem osloveného zájemce, jehož zřízení bylo v roce 1999 odsouhlaseno usnesením zastupitelstva obce za účelem řešení vysoké nezaměstnanosti a s nímž zadavatel uzavřel smlouvu o dílo č. 8/2000 ze dne 28.12.2000, nelze považovat za objektivní důvod opravňující zadavatele k aplikaci ust. § 50 odst. 1 písm. b) zákona.

Uzavřením dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo č. 8/2000 ze dne 28.12.2000 však zadavateli vzhledem k výši celkového peněžitého závazku, který mu ze zadání šetřené veřejné zakázky vznikl, nezaniká povinnost vyhlásit na veřejnou zakázku obchodní veřejnou soutěž. Aniž by tedy proběhlo výběrové řízení, na jehož základě by byl vybrán nejvhodnější uchazeč, přistoupil zadavatel ke spolupráci se společností Strážkovan s. r. o., přestože není prokázáno, že jmenovaná společnost je jediným subjektem na trhu, který by mohl poskytovat požadované plnění. Popisovaným postupem nepochybně došlo k omezení soutěžního principu tím, že z neurčitého počtu v úvahu přicházejících dodavatelů je k jednání vyzván jediný subjekt. Nelze ani vyloučit, že při použití transparentnějšího způsobu zadání veřejné zakázky by mohlo dojít k účelnějšímu vynaložení finančních prostředků z veřejných rozpočtů a k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky za výhodnějších podmínek.

Vzhledem ke zjištěným skutečnostem orgán dohledu konstatuje, že pojmové znaky specializované veřejné zakázky nebyly v šetřeném případě naplněny a zadavatel nebyl k aplikaci ust. § 50 odst. 1 písm. b) zákona oprávněn. Zadavatel při volbě způsobu zadání veřejné zakázky nepostupoval s ohledem na aktuální situaci na trhu a s přihlédnutím k základnímu účelu zákona, kterým je hospodárné a efektivní vynakládání veřejných finančních prostředků. Uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo č. 8/2000 ze dne 28.12.2000 se společností, jejíž nabídka byla v původní veřejné zakázce vybrána jako nejvhodnější, z důvodu nemožnosti provedení nového výběrového řízení, a označení takového postupu za

objektivní důvod aplikace § 50 odst. 1 písm. b) zákona, je ze strany orgánu dohledu klasifikováno jako závažné porušení zákona a principu transparentnosti procesu zadání veřejné zakázky.

Podle ustanovení § 3 odst. 4 zákona je přípustné uzavření smlouvy na veřejnou zakázku jiným způsobem než na základě obchodní veřejné soutěže pouze při splnění podmínek stanovených v části třetí tohoto zákona. V návaznosti na výše uvedené orgán dohledu shledal, že podmínky pro zadání zadavatelem v dodatku č. 1 ze dne 18.7.2001 uvedeným způsobem podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona nebyly splněny.

Pochybením zadavatele došlo současně k porušení ust. § 3 zákona, neboť nevyhlásil obchodní veřejnou soutěž, přestože výše peněžitého závazku bez DPH nezbytného pro realizaci předmětu plnění takový postup vyžadovala, a předmětnou veřejnou zakázku zadal výzvou jednomu zájemci podle § 50 odst. 1 písm. b) zákona, přestože nebyly splněny podmínky stanovené v posledně citovaném ustanovení zákona.

Hlavní princip zákona – účelnost a hospodárnost vynakládání veřejných finančních prostředků – nelze aplikovat na úkor vytváření soutěžního prostředí v procesu zadávání veřejných zakázek omezením přístupu ekonomických subjektů do výběrového řízení. Pokud objektivně neexistují překážky pro vytváření soutěžního prostředí, tzn. v případě, kdy se o veřejnou zakázku může ucházet více zájemců, je povinností zadavatele rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky pro zabezpečení svých potřeb při zachování základních principů zákona. Nelze tedy akceptovat omezování přístupu zájemců o veřejnou zakázku např. tím, že veřejná zakázka je zadána jako specializovaná podle § 50 odst. 1 písm. b) zákona, aniž by bylo skutečně prokázáno, že plnění může poskytnout jediný zájemce o veřejnou zakázku.

<u>K porušení § 2h odst. 3 zákona:</u>

Podle § 2h odst. 3 zákona se zadávací dokumentace pro veřejné stavební zakázky stanoví v rozsahu projektové dokumentace nutné ke stavebnímu řízení, rozšířené o výkaz výměr, soupis prací a dodávek s podrobným popisem požadovaných standardů, které jednoznačně vymezují použité položky.

Zadavatel v podmínkách výzvy ze dne 14.11.2000 učiněné podle § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb. a zákona č. 256/2000 Sb. vymezil plnění veřejné zakázky „Přístavba základní školy 1. stupně ve Strážku“ jako dodávku novostavby základní školy 1. stupně v rozsahu 791 m2 zastavěné plochy a 8 310 m3 obestavěného prostoru. Součástí plnění bylo i provedení spojovacího krčku mezi přístavbou a stávajícím objektem a provedení zpevněných ploch a inženýrských sítí souvisejících s přístavbou.

V citované výzvě bylo dále stanoveno, že podkladem pro zpracování nabídky je projektová dokumentace pro stavební povolení rozšířená o výkaz výměr vypracovaná firmou Inter-design studio Žďár nad Sázavou v listopadu 2000 (stavební povolení pro provedení předmětné stavby bylo vydáno dne 4.1.2001 Městským úřadem v Bystříci nad Pernštejnem).

V dodatku č. 1 ze dne 18.7.2001 oddílu II. bodě 1. pak zadavatel vymezil předmět plnění veřejné zakázky zadávané na základě výzvy jednomu zájemci k podání nabídky podle § 50 odst. 1 písm. b) zákona takto:

A) vypracování projektové dokumentace pro provedení díla

B) změnu založení stavby související s umístěním stavby v odlišném území proti původnímu projektu (viz posudek hygienika související s výpočtem osvětlení tříd)
C) vybudování příjezdové komunikace

Původní projektová dokumentace v rozsahu pro stavební řízení zpracovaná firmou Inter-design studio, Žďár nad Sázavou, byla součástí podmínek výzvy ze dne 14.11.2000 a sloužila uchazečům o veřejnou zakázku jako podklad pro zpracování nabídky. Okolnosti si však v průběhu realizace stavby, konkrétně po zahájení zemních prací, vyžádaly změnu původního projektu, respektive vypracování projektu nového, jak vyplývá z dodatku č. 1 ze dne 18.7.2001.

Z obsahu dokumentace, kterou má orgán dohledu k dispozici, vyplývá, že zpracování nové projektové dokumentace v rozsahu nezbytném pro stavební řízení, bylo (společně s realizací stavby) předmětem plnění šetřené veřejné zakázky.

Z ust. § 2h odst. 3 zákona je zřejmé, že není možné zadávat současně veřejnou zakázku na zpracování projektové dokumentace v úrovni (rozsahu) dokumentace pro stavební řízení společně se zadáním realizace stavby, neboť právě tato dokumentace jako součást zadávací dokumentace definuje předmět plnění veřejné stavební zakázky.

Smyslem ust. § 2h odst. 3 zákona je přimět zadavatele stavebních veřejných zakázek v zadávací dokumentaci co nejpřesněji definovat předmět veřejné zakázky, kterým je obecně stavba, resp. stavební práce tak, aby byly podané nabídky srovnatelné na jednom společném základě. Toho lze docílit pouze na základě zpracování co možná nejpodrobnější zadávací dokumentace stavby, tedy projektu stavby a výkazu výměr, zohledňující vyčerpávajícím způsobem jednotlivé stavební práce a dodávky. Zákon výslovně určuje, že zadávací dokumentace veřejné stavební zakázky musí být zpracována v podrobnostech projektové dokumentace pro stavební řízení, rozšířené o výkaz výměr a soupis prací a dodávek.

Z definice předmětu plnění uvedené zadavatelem ve výzvě ze dne 14.11.2000 i z obsahu zadávací dokumentace je tak zřejmé, že projektová dokumentace společnosti Inter-design studio, Žďár nad Sázavou, sloužící jako podklad pro zpracování nabídek uchazečů byla součástí zadávací dokumentace. Avšak po zahájení prací s ohledem na nutnost umístění stavby v odlišném území proti původnímu projektu (viz dodatek č. 1 ze dne 18.7.2001 a vyjádření zadavatele ze dne 25.5.2005), nechal zadavatel zpracovat novou projektovou dokumentaci v rozsahu nutném ke stavebnímu řízení, jež byla společně s realizací stavby předmětem plnění šetřené veřejné zakázky.

Zadavatel tím, že nezpracoval projektovou dokumentaci v souladu s požadavky stanovenými v § 2h odst. 3 zákona, porušil citované ustanovení zákona.

Vzhledem k tomu, že veřejná zakázka zadávaná výzvou jednomu zájemci k podání nabídky podle § 50 odst. 1 písm. b) zákona již byla realizována, nelze podle ustanovení § 59 resp. § 60 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, uložit zadavateli za zjištěná porušení zákona opatření k nápravě. Současně nelze uvažovat ani o uložení pokuty podle ustanovení § 62 odst. 1 posledně cit. zákona, neboť orgán dohledu může uložit za zjištěná či opětovná porušení zákona pokutu nejpozději do tří let ode dne, kdy došlo k tomuto porušení. V daném případě však objektivní tříletá lhůta pro uložení sankce již uplynula, neboť dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo č. 8/2000 byl uzavřen dne 18.7.2001. Z uvedeného důvodu orgán dohledu neposuzoval závažnost zjištěných porušení

zákona, neboť bez možnosti uložení sankce je kategorizace zjištěného porušení zákona bezpředmětná.

Závěrem orgán dohledu poznamenává, že podle § 109 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, se zadávání veřejných zakázek, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Obdobně se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu nebo v řízení o uložení sankce, které na zadávání veřejných zakázek podle věty první navazují.

Na základě všech zjištěných skutečností orgán dohledu rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

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 – odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Miroslav Šumbera
vrchní ředitel

Obdrží:
Obec Strážek, 592 53 Strážek 13, zast. Jaroslavem Tulisem