Č. j.: 2R 39/01 – Hr V Brně dne 4. prosince 2001

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 5.9.2001 statutárním městem Ostrava, městský obvod Ostrava-Poruba, zast. starostou Petrem Jedličkou, se sídlem Klimkovická 55, 708 00 Ostrava-Poruba, ve správním řízení na základě plné moci ze dne 20.6.2001 zast. Petrem Hnízdou, bytem M. Fialy 2/245, 700 30 Ostrava-Dubina, adresa pro doručování ul. 28. října 168, 709 02 Ostrava-Mariánské Hory, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S 122/01-123/01-152/3415/01-Po ze dne 17.8.2001 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele statutárního města Ostrava, městský obvod Ostrava-Poruba. Se sídlem Klimkovická 55, 708 00 Ostrava-Poruba, při zadávání veřejné zakázky

- „regenerace zeleně, travnatých ploch a keřového patra“, zadané dne 9.3.2001 formou výzvy více zájemcům o veřejnou zakázku 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., zákona č. 256/2000 Sb. a zákona č. 39/2001 Sb., a veřejné zakázky
- „estetizace a humanizace městského obvodu Ostrava-Poruba“, zadané rovněž dne 9.3.2001 formou výzvy více zájemcům o veřejnou zakázku 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., zákona č. 256/2000 Sb. a zákona č. 39/2001 Sb.,

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 122/01-123/01-152/3415/01-Po ze dne 17.8.2001

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

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) si na základě podnětu Ing. Petra Ondrouška, bytem Průběžná 6165, 708 00 Ostrava-Poruba (dále jen „Ing. Petr Ondrouška), vyžádal od statutárního města Ostrava, městský obvod Ostrava-Poruba, zast. starostou Petrem Jedličkou, se sídlem Klimkovická 55, 708 00 Ostrava-Poruba, ve správním řízení na základě plné moci ze dne 20.6.2001 zast. Petrem Hnízdou, bytem M. Fialy 2/245, 700 30 Ostrava-Dubina, adresa pro doručování ul. 28. října 168, 709 02 Ostrava-Mariánské Hory (dále jen „zadavatel“), předložení zadávací dokumentace k veřejné zakázce „regenerace zeleně, travnatých ploch a keřového patra“ (dále jen „regenerace“), zadané dne 9.3.2001 formou výzvy devíti zájemcům 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., zákona č. 256/2000 Sb. a zákona č. 39/2001 Sb. (dále jen „zákon“), a k veřejné zakázce „estetizace a humanizace městského obvodu Ostrava-Poruba“ (dále jen „estetizace“), zadané rovněž dne 9.3.2001 formou výzvy devíti zájemcům podle § 49 odst. 1 zákona.

Vyžádanou dokumentaci obdržel ÚOHS dne 14.5.2001, a protože po jejím prostudování získal pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele při zadávání obou veřejných zakázek, zahájil z vlastního podnětu dvě správní řízení a v každém označil za jediného účastníka zadavatele. V případě veřejné zakázky „regenerace“ oznámil zadavateli dopisem ze dne 15.6.2001 zahájení správního řízení č. j. S 122/01-152 a v případě veřejné zakázky „estetizace“ oznámil zadavateli druhým dopisem taktéž ze dne 15.6.2001 zahájení správního řízení č. j. S 123/01-152.

Zadavatel se vyjádřil k oznámení o zahájení řízení č. j. S 122/01-152 dopisem ze dne 21.6.2001 a k oznámení o zahájení řízení č. j. S 123/01-152 dopisem ze dne 29.6.2001. Spolu s uvedenými dopisy zadavatel doručil ÚOHS také listiny (do té doby nepředložené), které tvoří součást zadávací dokumentace.

V souladu se zásadou rychlosti a hospodárnosti podle § 3 odst. 3 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb. a zákona č. 227/2000 Sb. (dále jen „správní řád“), přistoupil ÚOHS ke sloučení obou správních řízení a dne 17.8.2001 vydal rozhodnutí č. j. S 122/01-123/01-152/3415/01-Po, kterým konstatoval, že zadavatel při zadávání předmětných veřejných zakázek porušil ustanovení § 3 odst. 2 zákona, když nevyhlásil obchodní veřejnou soutěž a dále porušil ustanovení § 2h odst. 1 zákona, když neposkytl zájemcům o veřejnou zakázku veškeré potřebné údaje a informace nezbytné pro zpracování nabídky, požadoval po uchazečích, aby prověřovali správnost a úplnost zadávací dokumentace a aby případné nedostatky sami odstranili při sestavování nabídky, resp. nabídkové ceny a dále požadoval po uchazečích čestné prohlášení o správnosti obsahu zadávací dokumentace. Za zjištěná závažná porušení zákona uložil ÚOHS zadavateli pokutu ve výši 200 000,- Kč.

V odůvodnění svého rozhodnutí ÚOHS uvádí:

Předměty obou veřejných zakázek jsou vymezeny ve výzvách odkazem na studii (září 2000) zpracovanou Ing. Petrem Ondrouškem a studii (XII/2000 – zakázkové číslo VA/14/00) zpracovanou Ing. Alenou Vavříkovou, a dále pak v zadávací dokumentaci tzv. kalkulací nákladů, která v obou případech obsahuje tyto položky

1. trávníky (komplexní regenerace trávníků)
2. keře (průkles listnatého soliterního keře, zmlazení listnatého keře, výsadba soliterního listnatého keře, výsadba půdopokryvných stálezel. dřevin, likvidace listnatého soliterního keře),
3. stromy (ošetření a průkles stromořadí, kácení, výsadba stromu listnatého alejového, výsadba stromu listnatého soliterního, výsadba stromu jehličnatého).

U veřejné zakázky „estetizace“ jsou navíc kromě těchto položek uvedeny i následující položky

4. drobná architektura, mobiliář (lavička s opěradlem, lavička bez opěradla, odpadkový koš, koš na psí exkrementy, sušáky na prádlo, pergola),
5. prvky dětských hřišť (zřízení herní plochy, houpačka se skluzavkou, houpačka šestiboká, šplhací sestava, šplhací sestava šestiboká, lanová dráha).

Podle zjištění ÚOHS vznikl zadavateli ze smlouvy o dílo, jejímž předmětem je „regenerace“, finanční závazek ve výši 19 503 500,- Kč bez DPH. Ze smlouvy o dílo, jejímž předmětem je „estetizace“ vznikl zadavateli finanční závazek ve výši 19 541 000,- Kč, z toho položky týkající se trávníků, keřů a stromů byly oceněny celkem částkou 14 320 425,- Kč bez DPH. Podle názoru ÚOHS se v těchto položkách u obou veřejných zakázek jednalo o plnění stejného nebo srovnatelného druhu a zadavatel byl tedy povinen v souladu s ustanovením § 67 odst. 1 zákona sečíst celkovou výši peněžitých závazků, které mu z těchto veřejných zakázek vzniknou. Vzhledem k tomu, že by po sečtení výsledná částka přesáhla limit obsažený v § 3 odst. 2 zákona, zadavatel porušil zákon, když na zadání předmětných veřejných zakázek nevypsal obchodní veřejnou soutěž.

Dále zadavatel shodně v čl. IX výzev u obou veřejných zakázek požaduje, aby cena v předloženém návrhu uchazeče byla uvedena jako cena nejvýše přípustná se zahrnutím např. i případného zvýšení nákladů spojené s vývojem cen vstupních nákladů, ale v čl. VI. výzev uvádí, že dílo bude realizováno na základě dílčích objednávek vystavených zadavatelem a nebude-li písemná objednávka vystavena, nemůže se uchazeč domáhat plnění ze smlouvy. Z uvedeného ÚOHS dovozuje, že zadavatel v zadání veřejné zakázky nestanovil dobu ukončení díla, ačkoliv po uchazečích požadoval, aby tuto skutečnost při sestavování nabídkové ceny zohlednili. S ustanovením čl. IX výzev je podle názoru ÚOHS v rozporu i ustanovení čl. XI zadávací dokumentace, ve kterém zadavatel uvádí, že ke změně cen může dojít v případech, když bude zadavatel požadovat změnu týkající se rozsahu, druhu či provedení díla.

Podle čl. IV bod 2 resp. 3 výzev je uchazeč povinen prověřit, zda zadávací dokumentace a další závazné podklady a pokyny zadavatele, týkající se předmětu veřejné zakázky, nemají zjevné vady a nedostatky, zda neobsahují nevhodná řešení, materiály a konstrukce; v případě zjištěných vad je zájemce povinen zadavatele na ně ihned písemně upozornit. Podobné ustanovení obsahuje i čl. IV bod 2 resp. 3 zadávací dokumentace a čl. IX bod 4 výzev ukládá uchazečům povinnost zahrnout do nabídkové ceny i nezbytné náklady, které nejsou uvedeny v zadávací dokumentaci a uchazeč jakožto odborník o nich vědět měl nebo mohl. Naproti tomu čl. XII bod 13 zadávací dokumentace stanoví, že „uchazeč předloží čestné prohlášení o tom, že předaná zadávací dokumentace a další podklady … nemají zjevné vady a nedostatky, že neobsahují nevhodná řešení, materiály a konstrukce“. Z výše uvedeného ÚOHS dovozuje, že zadavatel závažným způsobem porušil § 2h odst. 1 zákona, když neposkytl zájemcům veškeré potřebné údaje a informace nezbytné pro zpracování nabídky. Uvedené ustanovení zákona zadavatel závažně porušil také tím, že po uchazečích požadoval, aby prověřovali správnost a úplnost zadávací dokumentace a aby případné nedostatky sami

odstranili při sestavování nabídky, resp. nabídkové ceny, a rovněž tím, že po uchazečích požadoval čestné prohlášení o správnosti zadávací dokumentace, ačkoliv za její správnost a úplnost odpovídá zadavatel.

Proti tomuto rozhodnutí podal zadavatel dne 5.9.2001 rozklad, ve kterém ke zjištěným porušením zákona uvádí následující:

K ÚOHS zjištěnému porušení ustanovení § 3 odst. 2 zákona zadavatel uvádí, že se jedná o dvě samostatné veřejné zakázky, které zadavateli přinesou dva různé výsledky a na které zadavatel „v rámci ekonomičnosti a jednotnosti architektonického pohledu na městský obvod jako celek“ pouze nechal zpracovat jednu studii obsahující řešení jak „regenerace“, tak i „estetizace“. Obě veřejné zakázky byly i samostatně zařazeny do rozpočtu městského obvodu Poruba pro rok 2001, kteroužto skutečnost zadavatel dokládá listinami. Z prostého faktu, že součástí slepého rozpočtu jsou shodné položky, nelze podle názoru zadavatele dovozovat, že se jedná o stejný nebo srovnatelná druh plnění, neboť „obdobná situace by mohla nastat např. i při realizaci všech staveb investičního charakteru a totiž, že by zadavatel musel sečíst všechny stejné nebo shodné položky těchto rozpočtů – např. nákup cihel“.

K zjištěnému porušení ustanovení § 2h odst.1 zákona zadavateli není zřejmé, z čeho ÚOHS dovozuje, že zadavatel neposkytl uchazečům veškeré potřebné údaje a informace. Podle jeho názoru byl předmět veřejné zakázky přesně vymezen v čl. IV výzvy a přesné požadované množství vymezil dostatečně čl. IX zadávací dokumentace, o čemž svědčí i fakt, že žádný ze zájemců o veřejnou zakázku neúplnost informací nenamítal, navíc nabídkové ceny uchazečů se neliší o více jak 1,5 %.

Zadavatel dále uvádí, že po uchazečích v žádném případě nepožadoval, aby prověřovali zadávací dokumentaci po obsahové stránce, ale pouze aby prověřili, že zadávací dokumentace je v pořádku, neboť v důsledku jejího kopírování mohlo dojít např. k nečitelnosti některých jejích listů apod. V tomto smyslu měli také uchazeč dát požadované čestné prohlášení.

Pokud se týká stanovení doby plnění veřejné zakázky a s tím souvisejícím stanovením nabídkové ceny zadavatel uvádí, že jeho požadavek na stanovení nabídkové ceny jako ceny nejvýše přípustné měl za cíl předejít svévolnému navyšování ceny ze strany uchazečů v průběhu realizace veřejné zakázky. K navýšení ceny by mohlo dojít pouze na základě požadavku zadavatele. Proto měli uchazeči zahrnout do nabídkové ceny i takové položky, které nebyly zmíněny v zadávací dokumentaci, ale uchazeč jakožto odborník o nich vědět měl či mohl (zadavatel udává jako příklad takové položky náklady na úklid staveniště po dokončení stavby). Zadavatel navíc uvádí, že „z žádného ustanovení zákona pak nelze odvodit, že výzva více zájemcům musí obsahovat mj. i termín plnění veřejné zakázky“.

Na závěr rozkladu zadavatel konstatuje, že ÚOHS porušil ustanovení § 3 odst. 2 správního řádu a § 33 odst. 2 správního řádu, když neposkytl možnost zadavateli vyjádřit se ke zjištěním ÚOHS, jež byla podkladem k vydání rozhodnutí, tj. ke zjištěním, že zadavtel porušil ustanovení § 3 odst. 2 zákona a § 2h odst. 1 zákona, a dále ÚOHS porušil ustanovení § 49 odst. 2 správního řádu, když zadavatel obdržel rozhodnutí ve věci až za 65 dnů od zahájení správního řízení, ač mu ani nebylo v souladu s posledně citovaným ustanovením oznámeno, že základní 30-denní lhůta prodlužuje na 60-denní. Proto zadavatel požaduje, aby odvolací orgán napadené rozhodnutí zrušil a rozhodl, že zadavatel při zadávání předmětných veřejných zakázek zákon neporušil.

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 122/01-123/01-152/3415/01-Po ze dne 17.8.2001 uložil zadavateli za zjištěná porušení zákona pokutu 200 000,- Kč rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí se plně ztotožňuji.

K argumentaci uchazeče v rozkladu uvádím následující.

Ustanovení § 67 odst. 1 zákona jednoznačně ukládá zadavateli při volbě způsobu zadání veřejných zakázek, aby sečetl všechny budoucí peněžité závazky, které mu vzniknou za jeden rozpočtový rok se smluv o provedení všech veřejných zakázek, spočívajících v plnění stejného nebo srovnatelného druhu. V šetřeném případě bylo předmětem obou veřejných zakázek plnění, spočívající v ošetřování a provedení dalších úkonů na trávnících, keřích a stromech. Toto plnění mělo být poskytnuto v obou případech pro stejného zadavatele, na stejném místě (tedy v obvodě Ostrava-Poruba), ve stejném termínu (tento fakt sice není v zadání veřejných zakázek výslovně uveden, vyplývá však z toho, že obě veřejné zakázky byly zadány paralelně ve stejný den 9.3.2001) a v obou případech byl osloven stejný okruh subjektů, které by plnění mohly poskytnout. U veřejné zakázky „regenerace“ představoval výše specifikovaný předmět plnění 100 % předmětu plnění veřejné zakázky, u veřejné zakázky „estetizace“ představoval cca 70 % tohoto předmětu. Obecně lze říci, že se jednalo o dvě totožné veřejné zakázky, z nichž jedna byla pouze rozšířena o vybudování drobné architektury, mobiliáře a dětského hřiště. Lze tedy konstatovat, že na obě šetřené veřejné zakázky bylo možno pohlížet jako na zakázky, spočívající v plnění stejného nebo srovnatelného druhu. Zadavatel byl povinen v souladu s ustanovením § 67 odst. 1 zákona budoucí peněžité závazky z obou veřejných zakázek sečíst, a protože by takto vypočítaná částka výrazně přesáhla limit obsažený v ustanovení § 3 odst. 2 zákona, který pro nemovitosti s výjimkou nájmu činí 20 mil. Kč, měl zadavatel povinnost v souladu s tímto ustanovením zákona vyhlásit pro zadání veřejné zakázky obchodní veřejnou soutěž. K argumentaci zadavatele, že obě veřejné zakázky byly uvažovány jako samostatné už při zařazování do rozpočtu městského obvodu Poruba pro rok 2001 lze pouze konstatovat, že zadavatel zřejmě nerespektoval ustanovení zákona od samého počátku přípravy předmětných veřejných zakázek. Argumentaci zadavatele považuji v tomto bodě za bezpředmětnou.

Pokud se týká skutečnosti, že zadavatel v zadání veřejné zakázky neposkytl uchazečům veškeré potřebné údaje a informace, lze tuto nedostatečnost zadání konstatovat především v čl. IX výzev, kde zadavatel jednak vybízí uchazeče k tomu, aby do nabídkových cen zahrnuly i taková plnění, která v zadávací dokumentaci nebyla uvedena, ale uchazeč jakožto odborník o nich vědět měl nebo mohl. Tímto ustanovením zadavatel v podstatě vyzval uchazeče, aby předkládali navzájem nesrovnatelné nabídky, neboť uchazeči takto mohou nabízet plnění navzájem velice odlišná. Zadavatel dále v čl. IX výzev požaduje po uchazečích, aby nabídková cena zahrnovala „zvýšené náklady spojené s vývojem cen vstupních nákladů, a to až do doby ukončení díla“. Tento požadavek se opět jeví jako nesmyslný pokud zadavatel neurčil dobu plnění veřejné zakázky, tedy dobu, po kterou má uchazeč s vývojem cen kalkulovat. Tvrzení, že žádný uchazeč nic proti nedostatečnosti zadání nenamítal, nelze jednak považovat za důkaz správnosti tohoto zadání a navíc je toto tvrzení

zavádějící, protože k zadání měl výhrady jeden z vyzvaných – Ing. Petr Ondrouška, který se však nestal uchazečem, když na základě svých výhrad vůbec nepředložil nabídku.

Rovněž nemohu souhlasit s tvrzením zadavatele, že po uchazečích nepožadoval, aby neprověřovali zadávací dokumentaci po obsahové stránce, ale pouze aby ověřili, že nedošlo k žádné technické chybě při jejím kopírování. Čl. IV bod 2 resp. bod 3 výzev jednoznačně stanový uchazečům povinnost „po obdržení zadávací dokumentace bez zbytečných odkladů prověřit, zda zadávací dokumentace a další podklady … nemají zjevné vady a nedostatky (do tohoto bodu odpovídá formulace výzvy výkladu zadavatele – pozn. ÚOHS), zda neobsahují nevhodná řešení, materiály a konstrukce“ – v tomto bodě se již zadavatel snaží obrátit pozornost uchazeče při prověřování správnosti zadávací dokumentace na technické otázky zadání veřejné zakázky, a tedy ukládá uchazečům prověřit zadávací dokumentaci po obsahové stránce. Proto i v tomto bodě považuji argumentaci zadavatele za bezpředmětnou.

K požadavku zadavatele na stanovení nabídkové ceny jako nejvýše přípustné a také k vysvětlení zadavatele z rozkladu, které s tímto požadavkem souvisí, uvádím, že v průběhu realizace veřejné zakázky nelze přistoupit k rozšíření předmětu plnění stávající veřejné zakázky, specifikovaného v zadání této veřejné zakázky, a to ani ze strany zadavatele, neboť jde o novou veřejnou zakázku, kterou je zadavatel povinen zadat podle příslušných ustanovení zákona. Proto i v tomto bodě vykazuje zadání veřejné zakázky nedostatky.

S tvrzení zadavatele, že postupem ÚOHS v prvním stupni byla porušena ustanovení § 3 odst. 2 správního řádu, § 33 odst. 2 správního řádu a § 49 odst. 2 správního řádu nemohu zcela souhlasit. V oznámeních o zahájení řízení ÚOHS seznámil zadavatele se všemi skutečnostmi, které byly v té době ÚOHS známy a také poskytl zadavateli lhůtu vyjádřit se ke všem skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí. Další rozhodné skutečnostmi pak ÚOHS zjistil v průběhu vyšetřování a zadavatel mohl využít svého práva nahlédnutí do spisu a i k těmto skutečnostem se vyjádřit, což však neučinil a ke skutečnostem zjištěným ÚOHS se vyjádřil až v rozkladu.

Správní řízení byla zahájena dnem doručení oznámení o zahájení řízení zadavateli dne 18.6.2001 a rozhodnutí s datem 17.8.2001 bylo z ÚOHS odesláno dne 22.8.2001, čímž opravdu byla o čtyři dny překročena 60-denní lhůta, kterou ustanovení § 49 odst. 2 správního řádu stanovuje pro rozhodování ve zvláště složitých případech. Tato lhůta je ovšem lhůtou pořádkovou, její překročení tedy nemá vliv na věcnou správnost rozhodnutí ÚOHS a proto jsem toto pochybení ÚOHS neposoudil jako důvod pro změnu či zrušení napadeného rozhodnutí.

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal ani žádné další důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit, nebo zrušit, rozhodl jsem 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. Petr Hnízda, adresa pro doručování ul. 28. října 168, 709 02 Ostrava-Mariánské Hory

2. spis