



ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE
Rada Úradu pre verejné obstarávanie
Ružová dolina 10, P. O. BOX 98, 820 05 Bratislava

Bratislava 06. 04. 2017
Číslo spisu: 6482-9000/2017

Rada Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „rada“) ako orgán Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) podľa § 140 ods. 3 a orgán príslušný podľa § 146 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) vo veci odvolania verejného obstarávateľa **Mesto Kežmarok**, Hlavné námestie 1, 060 01 Kežmarok (ďalej len „kontrolovaný“) proti rozhodnutiu úradu č. 21671-6000/2016-ODI zo dňa 17. 02. 2017 vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy začatom z vlastného podnetu úradu v priamom rokovacom konaní na predmet zákazky „Aktualizovanie, zmena a dopracovanie projektovej dokumentácie stavby: „Rekonštrukcia zimného štadióna v Kežmarku – Dostavba a prestavba pre účely nízkoenergetickej viacúčelovej haly“, ku ktorému bolo oznámenie o použití priameho rokovacieho konania uverejnené kontrolovaným vo Vestníku verejného obstarávania č. 216/2016 zo dňa 07. 11. 2016 pod značkou 15461 – IBS, vydáva toto

r o z h o d n u t i e

Rada Úradu pre verejné obstarávanie **mení** výrok rozhodnutia Úradu pre verejné obstarávanie č. 21671-6000/2016-ODI zo dňa 17. 02. 2017 podľa § 177 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní nasledovne:

Úrad pre verejné obstarávanie **zastavuje** konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy podľa § 174 ods. 1 písm. p) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

O d ô v o d n e n i e

1. Kontrolovaný dňa 06. 03. 2017 doručil úradu odvolanie proti rozhodnutiu úradu č. 21671-6000/2016-ODI zo dňa 17. 02. 2017 (ďalej len „rozhodnutie úradu“), vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy začatom z vlastného podnetu úradu.

Rozhodnutie úradu

2. Úrad vo svojom rozhodnutí posudzoval preukázanie splnenia podmienky na použitie postupu priameho rokovacieho konania kontrolovaným podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, a teda, či
 - a) tovar, stavebné práce alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt;Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

- b) ide o výhradné práva;
- c) neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada;
- d) neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.

Ad bod 2 písm. a) tohto rozhodnutia

- 3. V súvislosti s podmienkou na použitie priameho rokovacieho konania, a to, že tovar, stavebné práce alebo služby môže poskytnúť iba určitý hospodársky subjekt úrad uviedol, že sám kontrolovaný v dokumente označenom ako „Odôvodnenie použitého postupu“ pripustil, že danú zákazku by mohol realizovať aj iný dodávateľ s dodatkom, že tento postup by bol pre neho nevhodný, pričom ale nevhodnosťou takéhoto postupu sa podrobnejšie nezaoberal. Na základe uvedeného úrad mal za to, že kontrolovaný dostatočným spôsobom nepreukázal, či by sa náklady skutočne zvýšili, resp. o akú sumu. Uvedené tvrdenie kontrolovaného nebolo možné podľa úradu ani overiť, nakoľko z dokumentácie nebolo možné zistiť, či kontrolovaný oslovil aj iných poskytovateľov, ktorí by mu predložili určitú cenovú ponuku, z ktorej by kontrolovaný dôveryhodne zistil, že finančné prostriedky vynaložené na obstaranie novej projektovej dokumentácie od iných poskytovateľov by boli vyššie oproti aktualizácii pôvodnej projektovej dokumentácie.

Ad bod 2 písm. b) tohto rozhodnutia

- 4. Podmienku pre uplatnenie priameho rokovacieho konania, týkajúcu sa existencie výhradných práv spoločnosti XX (ďalej len „XX“), ktorú kontrolovaný vyzval na rokovanie o uzatvorení zmluvy na predmet zákazky, úrad označil za preukázanú, nakoľko z predloženej zmluvy o dielo č. 4238/2008 uzatvorenej medzi kontrolovaným a XX vyplýva, že táto spoločnosť vlastní výhradné práva k predmetnej projektovej dokumentácii a zo žiadneho iného dokumentu nevyplýva udelenie súhlasu na použitie diela kontrolovanému alebo tretej osobe.

Ad bod 2 písm. c) tohto rozhodnutia

- 5. V prípade preukázania splnenia neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady ako podmienky na použitie priameho rokovacieho konania úrad uviedol, že nebola kontrolovaným dostatočne preukázaná, keďže úradu neboli predložené žiadne doklady, z ktorých by vyplývalo, že alternatíva alebo náhrada požadovaného plnenia by pre kontrolovaného predstavovala neúmerne zvýšenie nákladov v porovnaní so zadáním zákazky spoločnosti XX, s ktorou kontrolovaný uzavrel pôvodnú zmluvu o dielo č. 4238/2008 tak, ako to tvrdí kontrolovaný, resp. že by autor pôvodnej projektovej dokumentácie súhlas na použitie diela kontrolovanému alebo tretím osobám za žiadnych okolností neudelil.

Ad bod 2 písm. d) tohto rozhodnutia

- 6. V súvislosti s poslednou podmienkou pre použitie priameho rokovacieho konania, t. j. skutočnosťou, že neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, úrad skonštatoval, že kontrolovaný danú podmienku nepreukázal, nakoľko si mal zabezpečiť súhlas autora pôvodnej projektovej dokumentácie na použitie diela už v pôvodných súťažných podkladoch, a tento súhlas bolo potrebné reglementovať do predmetnej (pôvodnej) zmluvy o dielo ako zmluvné dojednanie, ktorým by pôvodný autor udelil súhlas na použitie diela pre ďalšie možné prípady, kedy by bolo potrebné urobiť v pôvodnej projektovej dokumentácii nejaké zmeny. Úrad mal teda za to, že v prípade, ak verejný obstarávateľ opomenie zabezpečiť si súhlas na použitie diela, nemôže sa

na dôsledky svojho konania neskôr odvolávať ako na dôvod pre využitie priameho rokovacieho konania.

7. Na základe vyššie uvedených skutočností úrad skonštatoval, že **postupom kontrolovaného došlo k porušeniu § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko kontrolovaný dostatočne nepreukázal splnenie troch podmienok na použitie priameho rokovacieho konania podľa tohto ustanovenia.**

Odvolanie kontrolovaného

8. Ako bolo vyššie uvedené, kontrolovaný doručil dňa 06. 03. 2017 proti rozhodnutiu úradu odvolanie. Kontrolovaný mal za to, že úrad vydal rozhodnutie, ktoré bolo výsledkom nesprávneho úradného postupu. V tejto súvislosti poukázal na skutočnosť, že dňa 21. 11. 2016 zverejnil na svojom webovom sídle zmluvu so spoločnosťou XX, ktorá bola výsledkom verejného obstarávania postupom podľa § 81 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Zmluva nadobudla účinnosť dňa 22. 11. 2016, t. j. pred začatím samotného konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, ktoré úrad začal dorúčením oznámenia o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy kontrolovanému dňa 23. 11. 2016. Z uvedeného kontrolovanému vyplýva, že úrad nemohol preskúmať úkony kontrolovaného pred uzatvorením zmluvy, keďže konanie začalo až po uzatvorení zmluvy.
9. Na základe vyššie uvedeného, teda podľa kontrolovaného neboli splnené procesné podmienky na vydanie rozhodnutia úradu a navrhuje, aby rada rozhodnutie úradu zrušila.

Zistenia rady

10. Po preskúmaní odvolania kontrolovaného, predloženej dokumentácie kontrolovaným a administratívneho spisu z konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy rada zistila nasledovné:
11. Kontrolovaný doručil dňa 04. 11. 2016 úradu oznámenie o použití predmetného priameho rokovacieho konania. Úrad začal konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy z vlastného podnetu listom zo dňa 16. 11. 2016, označeným ako „Oznámenie o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného a výzva na doručenie kompletnej dokumentácie v origináli“ (ďalej len „oznámenie o začatí konania“), ktorý bol doručený kontrolovanému dňa 23. 11. 2016. Úrad predmetné konanie začal z dôvodu overenia splnenia podmienky pre použitie postupu priamym rokovacím konaním podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní.
12. Dňa 16. 11. 2016 vydal úrad podľa § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie č. 21671-6000/2016-ODI-PO o predbežnom opatrení (ďalej len „rozhodnutie o predbežnom opatrení“), ktorým pozastavil konanie kontrolovaného a rozhodol, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný a lehoty, ktoré kontrolovanému stanovuje zákon o verejnom obstarávaní v predmetnom priamom rokovacom konaní neplynú, a to až do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu podľa § 174 alebo § 175 zákona o verejnom obstarávaní vydaného v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, ktoré bolo kontrolovanému doručené dňa 23. 11. 2016.
13. Vzhľadom na to, že kontrolovaný doručil úradu dňa 30. 11. 2016 dokumentáciu k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu v origináli, ktorá však nebola kompletná, úrad rozhodnutím č. 21671-6000/2016-ODI-P zo dňa 15. 12. 2016 prerušil predmetné konanie

a súčasne nariadil kontrolovanému doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli v dodatočnej lehote desiatich pracovných dní odo dňa doručenia predmetného rozhodnutia. Kontrolovaný v dodatočnej lehote doručil úradu dňa 30. 12. 2016 doplnenie dokumentácie.

14. Následne úrad vyzval kontrolovaného listom zo dňa 24. 01. 2017, aby v súlade s § 173 ods. 13 zákona o verejnom obstarávaní doručil písomné vyjadrenie ku skutočnostiam, ktoré úrad zistil v konaní o preskúmaní úkonov kontrolovaného. Kontrolovaný doručil úradu dňa 13. 02. 2017 list, označený ako „Vyjadrenie ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmaní úkonov pred uzatvorením zmluvy“.
15. Z odvolania kontrolovaného vyplýva, že kontrolovaný dňa 21. 11. 2016 uzavrel so spoločnosťou XX zmluvu o dielo, ktorá bola zverejnená na webovom sídle kontrolovaného pod číslom 401/2016 dňa 21. 11. 2016 a nadobudla účinnosť dňa 22. 11. 2016. V článku II „Úvodné ustanovenia“ tejto zmluvy sa uvádza, cit.: „1. Zhotoviteľ je úspešným uchádzačom v procese verejného obstarávania: Aktualizovanie, zmena a dopracovanie projektovej dokumentácie stavby: ‚Rekonštrukcia zimného štadióna v Kežmarku – Dostavba a prestavba pre účely nízkoenergetickej viacúčelovej haly‘. 2. Podkladom na uzatvorenie tejto Zmluvy o dielo je výsledok procesu verejného obstarávania.“
16. Kontrolovaný zverejnil vo Vestníku verejného obstarávania č. 237/2016 zo dňa 06. 12. 2016 pod značkou 16443 – IPS oznámenie o výsledku predmetného verejného obstarávania, z ktorého vyplýva, že dňa 21. 11. 2016 uzavrel zmluvu so spoločnosťou XX.

Právny rámec

17. Podľa § 169 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody, pred ukončením súťaže návrhov, pred zadaním zákazky na základe rámcovej dohody alebo pred ukončením postupu inovatívneho partnerstva sa začína
 - a) z vlastného podnetu úradu,
 - b) na základe podnetu kontrolovaného na výkon kontroly ním zadávanej zákazky alebo koncesie,
 - c) na základe podnetu úradu vlády alebo
 - d) na základe námietok.
18. Podľa § 171 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného podľa § 169 ods. 1 písm. a) až c) a ods. 3 a 4 zákona sa začína dňom doručenia oznámenia o začatí konania kontrolovanému.
19. Podľa § 174 ods. 1 písm. p) zákona o verejnom obstarávaní úrad zastaví rozhodnutím konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného, ak odpadol dôvod konania.

Právne posúdenie radou

20. Rada konštatuje, že úrad začal konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy z vlastného podnetu podľa § 169 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (bod 17 tohto rozhodnutia), nakoľko mal za potrebné overiť splnenie podmienky pre použitie postupu priamym rokovacím konaním podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní. Z administratívneho spisu vyplýva, že úrad predmetné konanie začal dňa 23. 11. 2016, a to dorúčením oznámenia o začatí konania kontrolovanému podľa § 171 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní (bod 11 tohto rozhodnutia).

21. V uvedenom konaní úrad súčasne nariadil kontrolovanému rozhodnutím o predbežnom opatrení, ktoré mu bolo doručené dňa 23. 11. 2016 (bod 12 tohto rozhodnutia), zdržať sa všetkých úkonov v predmetnom postupe zadávania zákazky, a to až do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu podľa § 174 alebo § 175 zákona o verejnom obstarávaní vydaného v tomto konaní.
22. Rada konštatuje, že dňa 21. 11. 2016 kontrolovaný uzavrel so spoločnosťou XX, zmluvu o dielo, ktorá bola výsledkom predmetného priameho rokovacieho konania, t. j. uzavrel zmluvu ešte pred začatím konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, ktoré sa začalo dňa 23. 11. 2016 a pred doručením rozhodnutia o predbežnom opatrení, ktoré bolo kontrolovanému doručené dňa 23. 11. 2016. Dôvodom predmetného konania pritom bolo preskúmanie splnenia zákonných podmienok pre použitie postupu priameho rokovacieho konania kontrolovaným ešte pred uzavretím zmluvy.
23. Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti, rada uvádza, že uzavretím zmluvy o dielo medzi kontrolovaným a spoločnosťou XX **odpadol dôvod predmetného konania, a to preskúmať splnenie zákonných podmienok pre použitie postupu priameho rokovacieho konania kontrolovaným ešte pred uzavretím zmluvy**, čím nastala neodstrániteľná prekážka brániaca úradu meritórne rozhodnúť v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, ktoré úrad začal z vlastného podnetu.
24. Rada v tejto súvislosti poukazuje aj na skutočnosť, že úrad vydal predmetné rozhodnutie vychádzajúc z dokumentácie, ktorú kontrolovaný predložil úradu na účely tohto konania. Napriek opakovanej výzve úradu na doručenie kompletnej dokumentácie (body 11 a 13 rozhodnutia), kontrolovaný predmetnú zmluvu úradu nepredložil. Rada v tejto súvislosti ďalej poukazuje aj na skutočnosť, že kontrolovaný predmetnú zmluvu úradu nepredložil (ani sa o jej uzavretí nezmienil) ani vo svojom vyjadrení ku skutočnostiam, ktoré úrad zistil v predmetnom konaní (bod 14 rozhodnutia).
25. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnutie úradu zmeniť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Kaucia

26. Podľa § 177 ods. 7 posledná veta zákona o verejnom obstarávaní kaucia je príjmom úradu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o odvolaní, ktorým rada odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí, inak úrad vráti kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia.
27. Vychádzajúc z predmetného ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní úrad vráti kontrolovanému kauciu zloženú v konaní o odvolaní v celej uhradenej sume do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia rady o odvolaní.

P o u č e n i e

Podľa § 178 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní proti rozhodnutiu rady o odvolaní nemožno podať opravný prostriedok. Podľa § 178 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie rady o odvolaní je preskúmateľné súdom. Žaloba musí byť podaná na Krajský súd v Bratislave do 30 dní odo dňa doručenia rozhodnutia rady o odvolaní.

Ing. Zita Tábořská
predsedníčka Rady
Úradu pre verejné obstarávanie

Rozhodnutie sa doručí
Mesto Kežmarok, Hlavné námestie 1, 060 01 Kežmarok – kontrolovaný