Potvrzeno rozhodnutím č. j. 2R 83/05-Hr ze dne 1.3.2006

Č. j. VZ/S136/05-151/4503/05-jl V Brně dne 29. září 2005

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 4.8.2005 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 přezkoumání rozhodnutí a úkonů města Březová nad Svitavou, Moravské náměstí 1, 569 02 Březová nad Svitavou, zastoupeného Mgr. Martinem Kissem, starostou města, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 16.8.2005 JUDr. Milanem Břeněm, advokátem, se sídlem nám. Míru 28, 568 02 Svitavy, učiněných při zadání veřejných zakázek za účelem výstavby sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole, a to:

1. veřejné zakázky „Sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole“ zadané výzvou ze dne 10.1.2002 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., zákona č. 39/2001 Sb. a zákona č. 142/2001 Sb., zaslané pěti zájemcům o veřejnou zakázku,
2. veřejné zakázky „objekty technické infrastruktury: komunikace, vodovod, chodníky. HTÚ, rozvody NN, plynovod, ČOV“ zadané výzvou ze dne 3.4.2002 jednomu zájemci podle § 50 odst. 1 písm. c) 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.,
3. veřejné zakázky na „zbudování protihlukového valu“ zadané jako veřejné zakázky malého rozsahu podle § 49b 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., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb. a zákona č. 278/2002 Sb., **rozhodl takto**:

Zadavatel – město Březová nad Svitavou – závažně porušil § 3 v návaznosti na § 67 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. a zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb. a zákona č. 278/2002 Sb. tím, že veřejné zakázky zadané za účelem výstavby „Sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole“, zadal jinými způsoby než na základě obchodní veřejné soutěže, aniž k tomu byly splněny zákonné předpoklady, neboť celková výše peněžitého závazku stanovená podle § 67 téhož zákona přesáhla 30 mil. Kč.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) obdržel dne 24.5.2005 kontrolní zjištění Finančního ředitelství v Hradci Králové týkající se postupu zadavatele při použití finančních prostředků poskytnutých Státním fondem rozvoje bydlení v roce 2002 a 2003 ve výši 12 000 000,- Kč městu Březová nad Svitavou na výstavbu 6 bytových domů s 30 nájemními byty. V kontrolním zjištění je mj. dále uvedeno, že město březová nad Svitavou požadovalo v aktualizované žádosti o podporu výstavby nájemních bytů a technické infrastruktury ze dne 25.3.2002 na celou investiční akci dotaci ve výši 12 000 000,- Kč (tj. 30 x 400 000,- Kč), což je částka, kterou SFRB poskytuje v případech, kdy příjemce dotace současně se stavbou nájemních bytů provádí rovněž výstavbu technické infrastruktury. Na stavbu jako celek (6 bytových domů – 30 nájemních bytů, technickou infrastrukturu, protihlukový val) bylo vydáno Městským úřadem Březová nad Svitavou, stavebním úřadem, Rozhodnutí – stavební povolení č. j. výst 38/02, které nabylo právní moci dne 27.3.2002, a Kolaudační rozhodnutí č. j. výst. 35/04, které nabylo právní moci dne 23.2.2004. Podle názoru Finančního ředitelství v Hradci Králové měla být předmětná investiční akce zadána formou obchodní veřejné soutěže, neboť městu Březová nad Svitavou vznikl z uzavřených smluv závazek vyšší než 30 mil. Kč.

Na základě skutečností obsažených v podání si orgán dohledu vyžádal u města Březová nad Svitavou, Moravské náměstí 1, 569 02 Březová nad Svitavou, zastoupeného Mgr. Martinem Kissem, starostou města, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 16.8.2005 JUDr. Milanem Břeněm, advokátem, se sídlem nám. Míru 28, 568 02 Svitavy (dále jen „zadavatel“), příslušnou dokumentaci, po jejímž posouzení získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“). Pochybnosti orgánu dohledu se týkaly toho, zda byly splněny zákonné předpoklady pro zadání veřejných zakázek za účelem výstavby sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole, jinými způsoby zadání než obchodní veřejnou soutěží, když celková výše peněžitého závazku stanovená podle § 67 zákona přesáhla 30 mil. Kč.

Z předložené dokumentace, kterou orgán dohledu obdržel postupně ve dnech 23.6.2005, 15.7.2005, 17.8.2005 a dne 9.9.2005 bylo zjištěno, že výstavbu sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole zadavatel realizoval na základě:

1. Veřejné zakázky „Sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole“ zadané výzvou ze dne 10.1.2002 podle § 49 odst. 1 zákona, zaslané pěti zájemcům o veřejnou zakázku. Podle smlouvy o dílo uzavřené mezi zadavatelem a společností CZ STAVEX s. r. o., Pardubice, dne 25.2.2002 s předmětem plnění „Sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole“ činila celková cena předmětu plnění 30 265 441,- Kč včetně DPH (28 816 572,- Kč bez DPH). Ke smlouvě byl uzavřen dodatek č. 1 ze dne 16.9.2005, kterým nedošlo k navýšení nabídkové ceny, dodatek č. 2 ze dne 1.10.2002, kterým byla nabídková cena navýšena na 30 325 435,- Kč včetně DPH (28 873 705,- Kč bez DPH), dodatek č. 3 ze dne 29.10.2005, kterým nedošlo k navýšení nabídkové ceny a dodatek č. 4 ze dne 19.11.2002, kterým byla nabídková cena navýšena na 30 408 124,- Kč včetně DPH (28 952 456,- Kč bez DPH).

2. Veřejné zakázky „objekty technické infrastruktury: komunikace, vodovod, chodníky. HTÚ, rozvody NN, plynovod, ČOV“ zadané výzvou ze dne 3.4.2002 jednomu zájemci podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona. Podle smlouvy o dílo uzavřené mezi zadavatelem a společností CZ STAVEX s. r. o., Pardubice, dne 29.4.2002 s předmětem plnění „Sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole objekty technické infrastruktury: komunikace, vodovod, chodníky, HTÚ, rozvody NN, plynovod, ČOV“ činila celková cena předmětu plnění 5 739 275,- Kč včetně DPH (5 465 976,- Kč bez DPH). Ke smlouvě byl uzavřen dodatek č. 1 ze dne 16.9.2002, kterým nedošlo k navýšení nabídkové ceny, dodatek č. 2 ze dne 1.10.2002, kterým došlo ke změně některých ustanovení smlouvy (k navýšení nabídkové ceny nedošlo), dodatek č. 3 ze dne 19.11.2002, kterým byla nabídková cena navýšena na 5 787 998,- Kč včetně DPH (5 512 379,- Kč bez DPH) a dodatek č. 4 ze dne 12.8.2003, kterým byla nabídková cena snížena na 5 535 428,- Kč včetně DPH (5 535 428,- Kč bez DPH).
3. Veřejné zakázky na „zbudování protihlukového valu“ zadané jako veřejné zakázky malého rozsahu podle § 49b zákona. Podle smlouvy o dílo uzavřené mezi zadavatelem a společností CZ STAVEX s. r. o., Pardubice, dne 1.10.2002 s předmětem plnění „Sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole objekt – protihlukový zemní val“ činila celková cena předmětu plnění 600 000,- Kč včetně DPH (571 429,- Kč bez DPH).

Celková výše peněžitého závazku, která zadavateli vznikla uzavřením výše uvedených smluv přesáhla 30 mil. Kč, tedy limit od kterého je zadavatel povinen zadat veřejnou zakázku formou obchodní veřejné soutěže.

Orgán dohledu proto zadavateli, jako jedinému účastníku řízení, dopisem č. j. VZ/S 136/05-151/3460/05-jl ze dne 2.8.2005 oznámil zahájení správního řízení z vlastního podnětu, přičemž mj. uvedl, že podle § 67 odst. 1 zákona při použití tohoto zákona je rozhodující celková výše peněžitého závazku bez daně z přidané hodnoty, který vznikne zadavateli ze zadání veřejné zakázky, spočívající v plnění stejného nebo srovnatelného druhu. Spočívá-li zadání veřejné zakázky v uzavření několika samostatných smluv, je rozhodující součet všech peněžitých závazků, které zadavateli vzniknou ze zadání veřejné zakázky v jednom rozpočtovém roce. Zadavatel obdržel oznámení o zahájení správního řízení dne 4.8.2005, a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

Zadavatel se k šetřené věci vyjádřil dopisem ze dne 16.8.2005, ve kterém mj. uvedl následující.

V úvodu zadavatel sděluje, že nebyl seznámen s podkladem pro rozhodnutí a v této souvislosti má za to, že orgán dohledu posupuje v rozporu s § 33 odst. 2 správního řádu.

Zadavateli není zřejmé, proč orgán dohledu žádá o předložení stavebního povolení č. j. Výst. 38/02 a dokumentaci ke stavebnímu řízení, když uvedené dokumenty nebyly při zadávání veřejných zakázek využity. Požadované dokumenty však zadavatel předkládá a dále připojuje:
dokumentaci pro výběr zhotovitele na bytové domy – II. etapa, z ledna 2002 (rozsah: bytové domy, osazení DB do terénu, kanalizace, veřjené osvětlení),
dokumentaci pro výběr zhotovitele na bytové domy – II. etapa, z března 2002 (rozsah: hrubé terénní úpravy, komunikace, ČOV, vodovod, plynovod, rozvody NN, chodníky),
dokumentaci na bytové domy – II. etapa, ze srpna 2002 (rozsah: protihlukový zemní val).

K tomu zadavatel uvádí, že při zadávání veřejných zakázek musí být specifikován předmět plnění, přičemž v § 2h odst. 1 a 3 zákona je uveden rozsah zadávací dokumentace pro veřejnou stavební zakázku. V tomto ustanovení zákona však není uvedeno, že zadávací dokumentace musí být totožná s projektovou dokumentací předloženou ve stavebním řízení. Obsah stavebního povolení č. j. Výst. 38/02 je tedy bez jakéhokoliv významu pro správní řízení, neboť jeho obsah je platný a závazný toliko pro stavební řízení a navíc toto stavební povolení bylo vydáno a stavební řízení o jeho vydání zahájeno až po zadání veřejné zakázky na šest bytových domů. Územní, resp. stavební řízení však zadavatel vedl na podkladě dokumentace zpracované pro účely stavebního řízení, když však první veřejná zakázka (na domy) zadaná 10.1.2002 a též druhá veřejná zakázka (na infrastrukturu) zadaná dne 3.4.2002 byly zadávány samostatně a byly pro ně zpracovány samostatné dokumentace pro výběr zhotovitele – pro výběr zhotovitele na výstavbu domů byla zpracována v lednu 2002 a pro výběr zhotovitele na technickou infrastrukturu byla zpracována v březnu 2002

Dále zadavatel uvádí, že k zadání veřejné zakázky s názvem „Sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole“ došlo podle § 49 odst. 1 zákona v lednu 2002 proto, aby se v termínu do 31.3.2002 (termín uzávěrky pro přijímání žádostí o dotaci ze SFRB) stihl uskutečnit i výběr zhotovitele (zadání veřejné zakázky a výběr zhotovitele byly nutnou součástí žádosti o poskytnutí dotace ze SFRB). V době zadání této veřejné zakázky s termínem dokončení v 11/03 nebylo určeno jakým způsobem bude navržena a prováděna technická infrastruktura, jak bude zajištěna návaznost na již v území zhotovené objekty technické infrastruktury i to, jakým způsobem bude zajištěno financování technické infrastruktury, neboť na technickou infrastrukturu zadavatel dotaci ze SFRB obdržet nemohl. Zadavatel měl vlastní finanční prostředky vázány jinde, a proto musel finanční prostředky na provedení infrastruktury získat prostřednictvím hypotéky od České spořitelny, a. s. K tomu bylo nutné provést výstavbu domů, a to alespoň v rozsahu, kdy se již jednalo o samostatnou věc způsobilou k zápisu do katastru nemovitostí jako rozestavěná budova, aby na tyto rozestavěné budovy mohlo být vloženo zástavní právo k zajištění pohledávky České spořitelny, a s., z poskytnutého hypotečního úvěru.

S odkazem na ustanovení zákona o obcích o obchodního zákoníku zadavatel rovněž uvádí, že pokud by uzavřel smlouvu o dílo na provedení infrastruktury před tím, než měl vyřešeno financování, vystavil by se riziku majetkových postihů vůči sobě ze strany zhotovitele díla, neboť ten by od smlouvy odstoupit a po zadavateli požadovat náhradu škody v rozsahu ušlého zisku.

Po vyřešení financování přistoupil zadavatel k zadání veřejné zakázky na provedení technické infrastruktury. Vzhledem k finančnímu objemu této zakázky a vzhledem k tomu, že technická infrastruktura v rozsahu plynovod, rozvody NN, ČOV, hrubé terénní úpravy, chodníky, komunikace, vodovod úzce navazovala a prolínala se s pracemi obsaženými ve veřejné zakázce na bytové domy, jejímž předmětem plnění byla i část infrastruktury, bylo rozhodnuto o zadání veřejné zakázky společnosti CZ STAVEX s. r. o., Pardubice, podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona, což zadavatel mj. odůvodňuje i nezpochybnitelností záruk za dílo. V souvislosti s postupem podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona zadavatel podotýká, že pro budování technické infrastruktury byl nakonec zvolen takový způsob, že se využívalo toho, že již byly např. pro kanalizaci (v rámci veřejné zakázky „na domy“) zbudovány výkopy a do nich se mohla uložit další vedení nebo např. do výkopů pro veřejné osvětlení se ukládaly rozvody NN, což vedlo k nižší ceně díla.

K budování protihlukového valu zadavatel sděluje, že nebylo zřejmé, kdy se bude realizovat, že jeho financování musel zajistit zadavatel, a že se nejedná o technickou infrastrukturu. Zadavatel uvádí, že v době zadání druhé veřejné zakázky (duben 2002) ještě nebyly známy všechny skutečnosti a vstupní údaje nutné pro náležité posouzení problematiky budování zemního valu, nebyla zpracována dokumentace, neboť v té době ještě nebyla

vypracována konečná podoba uvedeného valu tak, aby naplnil svůj účel a zajistil snížení hladiny hluku pod normovanou mez. O tom, že se val provede rozhodl zadavatel dne 26.6.2002 a teprve poté se nechala zpracovat projektová dokumentace – zpracována v srpnu 2002. Zadavatel rovněž uvádí, že provedení valu nemá žádnou souvislost s budováním technické infrastruktury ani s výstavbou bytových domů.

V závěru zadavatel uvádí, že pohled orgánu dohledu na to, že výstavba bytových domů a technické infrastruktury (a protihlukového valu) měla být zadána jako jedna veřejná zakázka formou obchodní veřejné soutěže je nesprávný a je v rozporu s dříve vysloveným názorem orgánu dohledu v řízení vedeném se zadavatelem. V rozhodnutí vydaném v tomto řízení pod č. j. VZ/S 133/04-153/4857/04-GS ze dne 16.9.2002 orgán dohledu na straně 4, pátý odstavec, první věta, uvádí, že předmět plnění spočívající v realizaci technické infrastruktury a předmět plnění spočívající ve výstavbě bytových jednotek nejsou v daném případě plněním stejného, resp. srovnatelného druhu. V tomto řízení se jedná o stejnou situaci, a proto by orgán dohledu měl správní řízení zastavit.

Zadavatel navrhuje, aby správní řízení bylo zastaveno.

V návaznosti na vyjádření zadavatele a oznámení o zahájení správního řízení sdělil orgán dohledu zadavateli dopisem č. j. VZ/S 136/05-151/4075/05-jl ze dne 5.9.2005, že podkladem pro vydání rozhodnutí jsou všechny písemnosti poskytnuté v šetřené věci zadavatelem orgánu dohledu a kontrolní zjištění Finančního ředitelství v Hradci Králové a poskytl mu možnost vyjádřit se k podkladu rozhodnutí.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 57 a následujících zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, případ ve všech souvislostech. Po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky a vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel závažně porušil § 3 v návaznosti na § 67 odst. 1 zákona tím, že veřejné zakázky zadané za účelem výstavby sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole, zadal jinými způsoby než na základě obchodní veřejné soutěže, aniž k tomu byly splněny zákonné předpoklady, k čemuž uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Podle § 67 odst. 1 zákona, je při jeho použití rozhodující celková výše peněžitého závazku bez DPH, který vznikne zadavateli ze zadání veřejné zakázky, spočívající v plnění stejného nebo srovnatelného druhu. Spočívá-li zadání veřejné zakázky v uzavření několika samostatných smluv, je rozhodující součet všech peněžitých závazků, které zadavateli vzniknou ze zadání veřejné zakázky v jednom rozpočtovém roce.

Z ustanovení § 3 odst. 1 zákona vyplývá, že k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku vyhlašuje zadavatel obchodní veřejnou soutěž o nejvhodnější nabídku, není-li v tomto zákoně stanoveno jinak. Při obchodní veřejné soutěži postupuje zadavatel podle obchodního zákoníku, pokud tento zákon nestanoví jinak.

Podle § 3 odst. 2 zákona je zadavatel povinen vyhlásit obchodní veřejnou soutěž, jestliže výše budoucího závazku ze smlouvy bez daně z přidané hodnoty, jde-li o nemovitost, s výjimkou nájmu, nebo o soubor strojů nebo zařízení tvořící samostatný funkční celek, přesáhne 30 mil. Kč.

Podle § 3 odst. 4 zákona uzavření smlouvy na veřejnou zakázku jiným způsobem než na základě obchodní veřejné soutěže podle odstavce 1 je přípustné pouze při splnění podmínek stanovených v části třetí tohoto zákona.

Z dokumentace o zadání veřejné zakázky vyplývají mj. následující informace:

Ve výzvě více zájemcům ze dne 10.1.2002 byl předpokládaný termín zahájení plnění stanoven na 06/2002.

Smlouva o dílo uzavřená mezi zadavatelem a společností CZ STAVEX s. r. o., Pardubice, dne 25.2.2002 s předmětem plnění „Sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole“ obsahuje mj. následující ustanovení:

4.1. Zhotovitel se zavazuje provést pro objednatele předmět díla dle článku 3. této smlouvy v následujících termínech:
předání staveniště pro stavbu: 10.6.2002
zahájení stavby: 10.6.2002
dokončení a převzetí díla: 28.11.2003

12.7. nedílnou součást této smlouvy tvoří následující přílohy:
příloha č. 1 – nabídka ze dne 6.2.0002
příloha č. 2 – projektová prováděcí dokumentace zpracovaná projektovou kanceláří BETA-PROJEKT spol. s r. o. v termínu 01/2002.

V dodatku č. 2 ze dne 1.10.2002 k uvedené smlouvě byl termín plnění změněn takto:
4.1. Zhotovitel se zavazuje provést pro objednatele předmět díla dle článku 3. této smlouvy v následujících termínech:
předání staveniště pro stavbu: do 4.10.2002
zahájení stavby: 7.10.2002
termín dohody „o předčasném užívání stavby“: 28.11.2003
Termín dokončení a převzetí díla objednatelem ke kolaudaci: 10.2.2004

Smlouva o dílo uzavřená mezi zadavatelem a společností CZ STAVEX s. r. o., Pardubice, dne 29.4.2002 s předmětem plnění „objekty technické infrastruktury: komunikace, vodovod, chodníky. HTÚ, rozvody NN, plynovod, ČOV“ obsahuje mj. následující ustanovení:

4.1. Zhotovitel se zavazuje provést pro objednatele předmět díla dle článku 3. této smlouvy v následujících termínech:
předání staveniště pro stavbu: 10.6.2002
zahájení stavby: 10.6.2002
dokončení a převzetí díla: 28.11.2003

12.7. nedílnou součást této smlouvy tvoří následující přílohy:
příloha č. 1 – nabídka ze dne 6.2.0002
příloha č. 2 – projektová prováděcí dokumentace včetně změn z územního a stavebního řízení zpracovaná projektovou kanceláří BETA-PROJEKT spol. s r. o. v termínu 01/2002

V dodatku č. 2 ze dne 1.10.2002 k uvedené smlouvě byl termín plnění změněn takto:
4.1. Zhotovitel se zavazuje provést pro objednatele předmět díla dle článku 3. této smlouvy v následujících termínech:
předání staveniště pro stavbu: do 4.10.2002
zahájení stavby: 7.10.2002

termín dohody „o předčasném užívání stavby“: 28.11.2003
Termín dokončení a převzetí díla objednatelem ke kolaudaci: 10.2.2004

Smlouva o dílo uzavřená mezi zadavatelem a společností CZ STAVEX s. r. o., Pardubice, dne 1.10.2002 s předmětem plnění „Sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole objekt – protihlukový zemní val“ obsahuje mj. následující ustanovení:
4.1. Zhotovitel se zavazuje provést pro objednatele předmět díla dle článku 3. této smlouvy v následujících termínech:
předání staveniště pro stavbu: do 4.10.2002
zahájení stavby: 7.10.2002
termín dohody „o předčasném užívání stavby“: 28.11.2003
Termín dokončení a převzetí díla objednatelem ke kolaudaci: 10.2.2004

12.7. nedílnou součást této smlouvy tvoří následující přílohy:
příloha č. 1 – nabídka ze dne 6.2.0002
příloha č. 2 – projektová prováděcí dokumentace zpracovaná projektovou kanceláří BETA-PROJEKT spol. s r. o. v termínu 01/2002.

Z výše uvedeného je nepochybné, že záměrem zadavatele bylo realizovat komplexně výstavbu 6 bytových domů s nájemními byty – Špitálské pole, a že již v lednu 2002 byla na celý rozsah veřejné zakázky zpracována projektová prováděcí dokumentace. Zadavatel však výstavbu sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole realizoval na základě tří veřejných zakázek zadaných v jednom rozpočtovém roce, a to formou výzvy více zájemcům podle § 49 odst. 1 zákona, podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona a jako veřejnou zakázku malého rozsahu, přestože mu vznikl závazek převyšující 30 mil. Kč a přestože se jednalo o plnění stejného nebo srovnatelného druhu. Zadavatel nesmí záměrně dělit předmět veřejné zakázky za účelem jejího postupného zadávání jednoduššími formami zadání, kdy je omezeno, resp. úplně vyloučeno konkurenční prostředí.

Zadavatel ve svém stanovisku ze dne 16.8.2005 uvádí, že zadání veřejné zakázky provedení výběru zhotovitele bylo nutnou součástí žádosti o přidělení dotace ze SFRB. K tomu orgán dohledu konstatuje, že zadání části investiční akce jako veřejné zakázky na výstavbu domů a část infrastruktury na základě výzvy ze dne 10.1.2002 nelze považovat za učiněné v souladu se zákonem. Zadavatel je povinen respektovat ustanovení § 67 zákona a veřejnou zakázku zadat způsobem odpovídajícím výši peněžitého závazku, který zadavateli vznikne v rozpočtovém roce. Zákonným důvodem pro rozdělení veřejné zakázky není ani to, že zadavatel hodlal požádat o přidělení dotace ze SFRB.

Rovněž se nelze ztotožnit s tvrzením zadavatele, že v době zadání veřejné zakázky na základě výzvy ze dne 10.1.2002 nebylo určeno jakým způsobem bude navržena a prováděna technická infrastruktura, jak bude zajištěna návaznost na již v území zhotovené objekty technické infrastruktury i to, jakým způsobem bude zajištěno financování technické infrastruktury, neboť na technickou infrastrukturu zadavatel dotaci ze SFRB obdržet nemohl. Zadavatel uvedl, že měl vlastní finanční prostředky vázány jinde, a proto musel finanční prostředky na provedení infrastruktury získat prostřednictvím hypotéky od České spořitelny, a. s., k čemuž bylo nutné provést výstavbu domů, a to alespoň v rozsahu, kdy se již jednalo o samostatnou věc způsobilou k zápisu do katastru nemovitostí jako rozestavěná budova, aby na tyto rozestavěné budovy mohlo být vloženo zástavní právo k zajištění pohledávky České spořitelny, a s., z poskytnutého hypotečního úvěru.

Z předpokládaného termínu zahájení plnění uvedeného ve výzvě (06/2002) a zejména z termínů plnění uvedených v uzavřených smlouvách (viz výše) je zřejmé, že výstavba bytů nepředcházela výstavbě infrastruktury, ale že stavební práce zadané třemi veřejnými zakázkami byly realizovány současně.

Skutečnost, že výstavba sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole je jednou veřejnou zakázkou, vyplývá i z vyjádření zadavatele, který zadání veřejné zakázky na vybudování technické infrastruktury výzvou jednomu zájemci podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona odůvodňuje tím, že mj. tím, že technická infrastruktura v rozsahu plynovod, rozvody NN, ČOV, hrubé terénní úpravy, chodníky, komunikace, vodovod úzce navazovala a prolínala se s pracemi obsaženými ve veřejné zakázce na bytové domy, jejímž předmětem plnění byla i část infrastruktury, i nezpochybnitelností záruk za dílo Zadavatel podotýká, že pro budování technické infrastruktury byl nakonec zvolen takový způsob, že se využívalo toho, že již byly např. pro kanalizaci (v rámci veřejné zakázky „na domy“) zbudovány výkopy a do nich se mohla uložit další vedení nebo např. do výkopů pro veřejné osvětlení se ukládaly rozvody NN.

Zadavatel však ani nenaplnil všechny zákonné důvody pro postup podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona.

Postup podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona se připouští v případě dodatečné nebo opakované veřejné zakázky (především z důvodu standardizace nebo slučitelnosti předmětu veřejné zakázky), pokud svým rozsahem nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky a výzva bude zadavatelem učiněna do 12 měsíců od splnění veřejné zakázky. Z uvedeného vyplývá, že zákon stanoví věcnou (a dále cenovou a časovou) návaznost na původní veřejnou zakázku. Věcná návaznost spočívá v nezbytnosti doplnění původní zakázky nebo v jejím opakovaní ve vztahu k témuž zájemci (např. vítězi obchodní veřejné soutěže) především z důvodu standardizace nebo slučitelnosti předmětu veřejné zakázky. V šetřeném případě však předmětem veřejné zakázky zadané výzvou jednomu zájemci podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona nebylo provedení dodatečných prací, nýbrž provedení prací, bez nichž by nebylo možno realizovat výstavbu sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole. Potřeba realizace infrastruktury prokazatelně nevznikla v průběhu realizace veřejné zakázky na výstavbu bytů (a části infrastruktury) zadané výzvou ze dne 10.1.2002 více zájemcům, nýbrž byla zadavateli známa předem. Rovněž je nutno zdůraznit, že postup podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona lze použít pouze v případě, že se jedná o stejný nebo srovnatelný druh prací; pokud by se nejednalo o práce stejného nebo obdobného charakteru, jak uvádí zadavatel, nebylo by možno veřejnou zakázku zadat na podkladě výzvy jednomu zájemci podle výše citovaného ustanovení zákona.

V této souvislosti lze uvést, že z podání Finančního ředitelství v Hradci Králové vyplývá, že zadavatel požadoval na celou investiční akci dotaci ve výši 12 000 000,- Kč (tj. 30 x 400 000,- Kč), což je částka, kterou SFRB poskytuje v případech, kdy příjemce dotace současně se stavbou nájemcích domů provádí rovněž výstavbu technické infrastruktury. Na uvedenou stavbu jako celek byla uzavřena zadavatelem se SFRB dne 2.10.2002 smlouva o poskytnutí dotace.

Pokud se jedná o výstavbu pozemního valu je rovněž nepochybné, že je nedílnou součástí stavby sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské

pole, přičemž projektová prováděcí dokumentace byla rovněž zpracována v termínu 01/2002 (viz smlouva ze dne 1.10.2005). Rovněž ve stavebním povolení č. j. výst. 38/02 je protihlukový val uveden jako součást stavby, přičemž v rámci stanovených podmínek pro umístění a provedení stavby je v bodě12. mj. uvedeno, že „Ke kolaudaci bude předloženo akreditované měření hluku“.

K problematice výstavby protihlukového valu je nutno rovněž poznamenat, že vzájemně nekorespondují údaje uvedené zadavatelem v jeho vyjádření ze dne 16.8.2005 s obsahem předložené dokumentace. K budování protihlukového valu zadavatel sděluje, že nebylo zřejmé, kdy se bude realizovat, že jeho financování musel zajistit zadavatel, že se nejedná o technickou infrastrukturu a že v době zadání druhé veřejné zakázky (duben 2002) ještě nebyly známy všechny skutečnosti a vstupní údaje nutné pro náležité posouzení problematiky budování zemního valu, nebyla zpracována dokumentace, neboť v té době ještě nebyla vypracována konečná podoba uvedeného valu tak, aby naplnil svůj účel a zajistil snížení hladiny hluku pod normovanou mez. O tom, že se val provede rozhodl zadavatel dne 26.6.2002 a teprve poté se nechala zpracovat projektová dokumentace – zpracována v srpnu 2002. Při té příležitosti projektant sdělil zadavateli o jakou cenu za provedení valu se asi bude jednat

Ve složce obsahující projekt stavby SO-06 protihlukový zemní val je sice na předložených výkresech uvedeno datum „srpen 2002“, avšak v části „nákladová část“ v Krycím listu rozpočtu a ve Stavebním rozpočtu je jako začátek výstavby uvedeno datum 21.4.2002. Jako datum zpracování je ve Stavebním rozpočtu uvedeno rovněž datum 21.4.2002. Podrobnosti a předpokládaná cena stavby protihlukového valu tedy byly známy již v dubnu 2002.

Skutečnost, že stavba sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole jednou investiční akcí vyplývá i ze stavebního povolení č. j. výst. 38/02 ze dne 27.3.2002, ve kterém je uvedeno, že stavba obsahuje mj.: 6 bytových domů, STL plynovodní potrubí, kabelové vedení NN, veřejné osvětlení, vodovodní přípojky, kanalizační a dešťové přípojky, plynovodní přípojky, elektrické přípojky, účelovou komunikaci, protihlukový val.

Rovněž sám zadavatel oslabuje své tvrzení, že výstavba bytů a výstavba infrastruktury nejsou veřejnými zakázkami stejného nebo srovnatelného druhu tím, že část infrastruktury zadal výzvou ze dne 10.1.2002 více zájemcům a následně v rámci zdůvodňování zadání další části infrastruktury výzvou ze dne 3.4.2002 jednomu zájemci uvádí, že pro budování technické infrastruktury byl nakonec zvolen takový způsob, že se využívalo toho, že již byly např. pro kanalizaci (v rámci veřejné zakázky „na domy“) zbudovány výkopy a do nich se mohla uložit další vedení nebo např. do výkopů pro veřejné osvětlení se ukládaly rozvody NN, což vedlo k nižší ceně díla. Takový postup naopak svědčí o tom, že se jednalo o plnění stejného nebo srovnatelného druhu, tedy o jednu veřejnou zakázku. Plněním stejného nebo srovnatelného druhu jsou ve vztahu ke stavebním pracím prováděným při výstavbě bytů a při výstavbě infrastruktury i stavební práce prováděné za účelem výstavby protihlukového valu.

K tvrzení zadavatele, že pohled orgánu dohledu na to, že výstavba bytových domů a technické infrastruktury (a protihlukového valu) měla být zadána jako jedna veřejná zakázka formou obchodní veřejné soutěže je nesprávný a je v rozporu s dříve vysloveným názorem orgánu dohledu v rozhodnutí č. j. VZ/S 133/04-153/4857/04-GS ze dne 16.9.2002, kde orgán dohledu na straně 4, pátý odstavec, první věta, uvádí, že předmět plnění spočívající v realizaci

technické infrastruktury a předmět plnění spočívající ve výstavbě bytových jednotek nejsou v daném případě plněním stejného, resp. srovnatelného druhu, orgán dohledu konstatuje, že se v nyní šetřeném případě nejedná o stejnou situaci, přičemž vždy je nutno individuálně posoudit věcnou a časovou souvislost jednotlivých prací.

V případě rozhodnutí č. j. VZ/S 133/04-153/4857/04-GS ze dne 16.9.2002 z dokumentace o zadání předmětné veřejné zakázky vyplynulo, že předmět plnění spočíval v realizaci technické infrastruktury pro sídliště 50 rodinných domků Březová nad Svitavou – Špitálská pole a současně nezahrnoval výstavbu bytových jednotek, a proto orgán dohledu neposoudil v tomto případě veřejnou zakázku na výstavbu infrastruktury jako veřejnou zakázku, která by spočívala v plnění stejného, resp. srovnatelného druhu s veřejnými zakázkami na výstavbu bytových jednotek, neboť vzal v úvahu i argument, že se zadavatel rozhodl veřejnou zakázku „sídliště 50 rodinných domků Březová nad Svitavou – Špitálské pole – TI“ realizovat i v případě, že by nezískal dotace na následnou výstavbu bytových jednotek. Pro úplnost však orgán dohledu poznamenává, že v rozsudku Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 7/2000 ze dne 7. září 2000 je mj. uvedeno, že „nelze porovnávat předchozí či jiná zadání veřejných zakázek, neboť orgánu dohledu přísluší dohlížet nad konkrétním případem“; posouzení postupu zadavatele je tedy nutno vždy provádět s přihlédnutím k okolnostem každého konkrétního případu.

V šetřeném případě spolu plnění, která zadavatel zadal třemi veřejnými zakázkami, vzájemně souvisí, přičemž je zřejmé, že by ani nemohlo dojít ke kolaudaci 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole bez realizace infrastruktury ani protihlukového valu. Postup, kdy část infrastruktury byla realizována v rámci veřejné zakázky „na byty“ nasvědčuje, že se jedná o jednu veřejnou zakázku, k jejímuž rozdělení došlo s cílem vyhnout se způsobu zadání odpovídajícímu výši peněžitého závazku, tedy zadání celé investiční akce formou obchodní veřejné soutěže. V této souvislosti je nutno poukázat na skutečnost, že výše peněžitého závazku, který zadavateli vznikl uzavřením smlouvy na podkladě výzvy ze dne 10.1.2002 více zájemcům byla těsně pod limitem 30 mil. Kč od kterého je zadavatel povinen vyhlásit obchodní veřejnou soutěž a výše peněžitého závazku, který zadavateli vznikl uzavřením smlouvy na podkladě výzvy ze dne 3.4.2002 jednomu zájemci k podání nabídky byla těsně pod hranicí 20 % ceny původní zakázky.

K námitce zadavatele, že nebyl seznámen s podkladem pro rozhodnutí, a tudíž orgán dohledu posupuje v rozporu s § 33 odst. 2 správního řádu orgán dohledu konstatuje, že možnost vyjádřit se k podkladu pro rozhodnutí byla zadavateli sdělena jak v oznámení o zahájení správního řízení (č. j. VZ/S 136/05-151/3460/05-jl ze dne 2.8.2005), tak opakovaně i v dopise č. j. VZ/S 136/05-151/4075/05-jl ze dne 5.9.2005, přičemž obě tyto písemnosti převzal. V této souvislosti orgán dohledu poznamenává, že Vrchní soud v Olomouci v rozsudku č. j. 2 A5/2000 ze dne 29.6.2000 mj. dospěl k závěru, že žalovaný (orgán dohledu) se nedopustil porušení procesních pravidel stanovených v § 33 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, neboť žalobce měl možnost se vyjádřit k před vydáním rozhodnutí k jeho podkladu i ke způsobu jeho zjištění, případně navrhnout jeho doplnění, když byl o této možnosti informován dopisem oznamujícím zahájení správního řízení, který žalobce převzal.

Na podkladě výše uvedených skutečností orgán dohledu konstatuje, že výstavba sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole je jednou veřejnou zakázkou, a že předložená dokumentace neobsahuje žádný zákonný důvod pro rozdělení předmětu plnění na tři veřejné zakázky zadávané jednoduššími formami zadání než

obchodní veřejnou soutěží, s omezením, resp. úplným vyloučením konkurenčního prostředí, což může vést k nehospodárnému vydávání veřejných prostředků, tj. prostředků územního samosprávného celku.

Stavebním záměrem zadavatele bylo realizovat stavbu bytových domů v lokalitě Březová nad Svitavou – Špitálská pole, přičemž veřejné zakázky mají všechny znaky veřejných zakázek spočívajících v plnění stejného druhu, neboť se jedná o investiční akci zadavatelem připravovanou a lokalizovanou ve shodném místě a čase zadanou jednomu dodavateli. Doba realizace plnění uvedená ve smluvních dokumentech uzavřených na základě tří veřejných zakázek zadaných za účelem výstavby bytových domů v lokalitě Březová nad Svitavou – Špitálská pole je zcela totožná, přičemž na celou stavební akci bylo vydáno jedno stavební povolení.

Výstavba bytových domů tedy měla být zadána formou obchodní veřejné soutěže, přičemž zadavatel mohl k řešení problémů spojených s výstavbou využít možnosti dílčího plnění veřejné zakázky (§ 5 odst. 2 písm. g) zákona) a následně je ošetřit vhodnými smluvními podmínkami.

Po posouzení výše uvedených skutečností dospěl orgán dohledu k závěru, že zadavatel závažně porušil § 3 v návaznosti na § 67 odst. 1 zákona tím, že investiční akci sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole rozdělil na více samostatných veřejných zakázek, čímž se vyhnul realizaci výběrového řízení formou obchodní veřejné soutěže podle části druhé zákona.

Závažnost porušení zákona přitom spočívá ve skutečnosti, že zadavatel nezadal výstavbu sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole formou obchodní veřejné soutěže, tedy postupem, který s ohledem na rozsah investiční akce zajišťuje nejvyšší míru konkurence s možností získání výhodnějších podmínek pro zadavatele. Zadavatel namísto toho použil postupy podle části třetí zákona, aniž k tomu byly dány zákonné důvody. Nelze ani vyloučit, že při zadání veřejné zakázky formou obchodní veřejné soutěže by vybraný uchazeč nabídl zadavateli realizaci investiční akce za výhodnějších podmínek, čímž by došlo k úspoře veřejných prostředků. Postup, kdy zadavatelé zvolí způsob zadání veřejné zakázky, který s ohledem na výši peněžitého závazku bez DPH neodpovídá příslušnému ustanovení zákona, považuje orgán dohledu za jedno z nejzávažnějších porušení zákona, neboť zadavatelé tím v rozporu se zákonem omezují soutěžní prostředí, které je jedním ze základních předpokladů hospodárného vynakládání veřejných prostředků.

Vzhledem k tomu, že veřejná zakázka 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 závažná porušení zákona opatření k nápravě. Nelze ani uložit zadavateli pokutu 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 již objektivní tříletá lhůta pro uložení sankce uplynula, neboť k závažnému porušení zákona došlo okamžikem zaslání výzev zájemcům, tedy 10.1.2002, 3.4.2002 a rozhodnutím zadavatele ze dne 18.9.2002. O porušení zákona se orgán dohledu dozvěděl na základě podnětu Finančního ředitelství v Hradci Králové, který obdržel dne 24.5.2005. V šetřené věci však bylo možno podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zahájit správní řízení, poněvadž ještě neuplynula čtyřletá lhůta, ve které je možno ve smyslu

posledně citovaného ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek správní řízení zahájit a rozhodnout o tom, zda byl porušen zákon či nikoliv.

Orgán dohledu posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a na základě zjištěných a uvedených skutečností rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

Podle § 109 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 437/2004 Sb., 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.

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. Eva Kubišová
pověřená řízením úseku
dohledu nad zadáváním
veřejných zakázek

Obdrží:

JUDr. Milan Břeň, advokát, nám. Míru 28, 568 02 Svitavy