Č. j.: 2R 83/05 – Hr V Brně dne 1. března 2006

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 20.10.2005 **městem Březová nad Svitavou, zast. starostou Mgr. Martinem Kissem, se sídlem Moravské náměstí 1, 569 02 Březová nad Svitavou**, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 16.8.2005 advokátem JUDr. Milanem Břeněm, se sídlem AK nám. Míru 28, 568 02 Svitavy, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29.9.2005 č. j. VZ/S136/05-151/4503/05-jl ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **města Březová nad Svitavou, se sídlem Moravské náměstí 1, 569 02 Březová nad Svitavou**, učiněných při zadání veřejné zakázky za účelem výstavby sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálská pole, a to

veřejné zakázky **„Sídliště 6 bytových domů Březová nad Svitavou s nájemními byty – Špitálské pole“** zadané formou výzvy 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.,

veřejné zakázky **„objekty technické infrastruktury: komunikace, vodovod, chodníky. HTÚ, rozvody NN, plynovod, ČOV“** zadané formou výzvy ze dne 3.4.2002 jednomu zájemci podle § 50 odst. 1 písm. c) posledně citovaného zákona, a

veřejné zakázky na **„zbudování protihlukového valu“** zadané 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.,

jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S136/05-151/4503/05-jl ze dne 29.9.2005

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

I. Řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) si na základě podnětu od Finančního ředitelství v Hradci Králové, obdrženého dne 24.5.2005, vyžádal od města Březová nad Svitavou, zast. starostou Mgr. Martinem Kissem, se sídlem Moravské náměstí 1, 569 02 Březová nad Svitavou, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 16.8.2005 advokátem JUDr. Milanem Břeněm, se sídlem AK nám. Míru 28, 568 02 Svitavy (dále jen „zadavatel“), dokumentaci o zadání veřejných zakázek souvisejících s výstavbou 6 bytových domů s 30 nájemními byty. Vzhledem k tomu, že po přezkoumání předmětné dokumentace získal Úřad pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele, učiněných při zadání předmětné veřejné zakázky, zahájil ve věci správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako jediného účastníka správního řízení označil zadavatele. Oznámení o zahájení správního řízení obdržel zadavatel dne 4.8.2005 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

Napadené rozhodnutí

2. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 29.9.2005 rozhodnutí č. j. VZ/S136/05-151/4503/05-jl, kterým v postupu zadavatele konstatoval závažné porušení ustanovení § 3 v návaznosti na § 67 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) 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 zákona přesáhla částku 30 mil. Kč.

3. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že záměrem zadavatele bylo realizovat komplexně výstavbu 6 bytových domů s nájemními byty a na celý rozsah této veřejné zakázky měl již v lednu 2002 zpracovanou projektovou prováděcí dokumentaci. Předmět veřejné zakázky však 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 zakázku malého rozsahu, přestože mu vznikl závazek převyšující 30 mil. Kč a jednalo se o plnění stejného nebo srovnatelného druhu.

II. Námitky rozkladu

4. Proti uvedenému rozhodnutí Úřadu podal zadavatel dne 20.10.2005 rozklad, ve kterém napadené rozhodnutí označuje za nesprávné a nezákonné, když Úřad v rozporu s ustanoveními § 32 odst. 1, § 34 a § 36 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb. (dále jen „správní řád“), nezjistil spolehlivě skutečný stav věci, neboť v některých případech zjišťuje rozpor v předložených důkazech, resp. listinách, aniž by k odstranění takového rozporu provedl další důkazy. Jako konkrétní příklad uvádí zadavatel rozpor mezi zjištěním, co je uváděno ve smlouvách na provedení první, druhé a třetí veřejné zakázky, resp. v jejich přílohách, a mezi dokumentací pro výběr zhotovitele z ledna 2002, března 2002 a srpna 2002. Úřad měl dle názoru zadavatele zjistit dotazem u projektanta, že žádnou prováděcí projektovou dokumentaci v termínu

01/2002 určenou ke smlouvě o dílo na objekty technické infrastruktury nevypracovával a stejně že v termínu 01/2002 nevypracovával žádnou prováděcí projektovou dokumentaci pro zhotovení zemního valu. Další odkazy na nabídku ze dne 6.2.2002 ve smlouvách o dílo vysvětluje zadavatel písařskou chybou.

5. Zadavatel rovněž nesouhlasí s tvrzením napadeného rozhodnutí, že již v lednu 2002 bylo určeno, jakým způsobem bude navržena a prováděna realizace TI, ani jak bude zajištěna návaznost na již zhotovenou TI, resp. financování TI. Zadavatel přiznává, že věděl o nutnosti realizovat i TI, avšak z důvodů nejasností kolem jejího provedení a aby stihl termín pro podání žádosti o dotaci na SFRB, musel zadavatel zahájit zadávací řízení na výstavbu domů a části TI. V této souvislosti zadavatel namítá, že Úřad rozhodl odtrženě od reality, když si neuvědomuje, jaká je skutečná praxe při poskytování dotací, kdy ke konci termínu pro přihlášky již musí být u poskytovatele dotace požadované doklady k dispozici.

6. Úřad dále dle názoru zadavatele mylně dovozuje, že pokud je v jediném stavebním povolení uvedeno několik různých položek, staveb apod., jedná se o jednu investiční akci, a tedy i přes upozornění zadavatele mylně nahlíží na stavební povolení jako na doklad, který má snad nějaký zásadní význam ve vztahu k zákonu o veřejných zakázkách. Existence stavebního povolení nepředjímá, že se vše v něm uvedené musí realizovat, jako např. v šetřeném případě, kdy o provedení zemního valu bylo rozhodnuto až v červnu 2002. V této souvislosti pak zadavatel uvádí, že výstavbu protihlukového valu není možno považovat za plnění stejného nebo srovnatelného druhu k výstavbě bytů a výstavbě TI. Ve stavebním povolení nebylo uvedeno, že se uvedený val musí provést, ale pouze že ke kolaudaci bude předloženo akreditované měření hluku, aniž by byla stanovena povinnost zajistit úroveň hluku zemním valem. Dle názoru zadavatele se mohlo stát, že by k zajištění stanovené hladiny hluku došlo i jiným způsobem (protihluková montovaná stěna), a nebo by stanovená hladina hluku nebyla překročena a k realizaci zemního valu by vůbec nedošlo.

7. Vzhledem k uvedenému zadavatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že zadavatel neporušil zákon, respektive aby správní řízení bylo zastaveno, nebo aby napadené rozhodnutí bylo zrušeno a vráceno správnímu orgánu prvního stupně k novému projednání a rozhodnutí, a to z důvodů nezákonnosti, věcné nesprávnosti a procesních vad.

III. Řízení o rozkladu

8. 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:

9. Úřad tím, že svým rozhodnutím konstatoval v postupu zadavatele závažné porušení ustanovení § 3 v návaznosti na ustanovení § 67 odst. 1 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

Namítané procesní pochybení Úřadu

10. Zadavatel ve svém rozkladu namítá procesní nedostatky správního řízení, když Úřad si měl dle jeho názoru opatřit jako další důkazy ve smyslu ustanovení § 34 odst. 2 správního řádu svědectví projektanta, že v lednu 2002 nevypracovával žádnou prováděcí projektovou dokumentaci na objekty technické infrastruktury ani pro zhotovení zemního valu, ale že tato prováděcí projektová dokumentace byla vypracovávána až v březnu a srpnu 2002. Z uvedeného zadavatel zřejmě dovozuje, že tedy realizaci jmenovaných stavebních prací nelze spojovat s realizací výstavby bytových domů, která probíhala na základě prováděcí projektové dokumentace z ledna 2002.

11. K tomu uvádím, že podle ustanovení § 67 odst. 1 zákona je při použití zákona 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.

12. Při posuzování toho, které stavební práce a dílčí veřejné zakázky jsou jednou veřejnou zakázkou ve smyslu ustanovení § 67 odst. 1 zákona, když spolu tvoří jeden funkční celek, musí Úřad brát v úvahu nikoliv pouze formální a administrativní úkony zadavatele, učiněné v průběhu zadávacího procesu, ale je třeba přezkoumat především skutečný průběh provádění konkrétních stavebních prací a jejich reálnou věcnou a časovou provázanost, aby tak bylo možno posoudit, zda se jedná o práce stejného či srovnatelného druhu. V šetřeném případě je nepochybné, že k výstavbě bytových domů a realizaci technické infrastruktury a zemního valu došlo ve stejném časovém období, neboť podle smluv o dílo došlo shodně ve všech třech případech k předání staveniště pro stavbu dne 4.10.2002, stavba byla zahájena dne 7.10.2002, termín dohody „o předčasném užívání stavby“ byl shodně stanoven na 28.11.2003 a termín dokončení a převzetí díla ke kolaudaci na 10.2.2004. Současně je rovněž nepochybné, že veřejná zakázka byla realizována na jednom stavebním místě, předmětné stavby na sebe funkčně a uživatelsky navazují a konečně byly realizovány jediným dodavatelem – společností CZ STAVEX s. r. o. Je tedy jednoznačné, že se jedná o jedinou stavební veřejnou zakázku, realizovanou na základě několika samostatných smluv ve smyslu ustanovení § 67 odst. 1 zákona. Argumentace zadavatele, že příprava realizace této jediné veřejné zakázky probíhala v několika fázích a prováděcí projektová dokumentace byla zhotovována postupně, je proto bezpředmětná, neboť nemůže odůvodnit porušení zákonné povinnosti zadavatele dle ustanovení § 3 v návaznosti na § 67 odst. 1 zákona postupovat v souladu s celkovým součtem všech peněžitých závazků, pokud je veřejná zakázka realizována na základě několika samostatných smluv. Úřad si v rámci správního řízení v souladu s ustanovením § 32 odst. 1 správního řádu opatřil důkazy potřebné k přesnému a úplnému zjištění skutečného stavu věci, přičemž neměl povinnost dokazovat termíny vypracování jednotlivých částí prováděcí projektové dokumentace, neboť takový důkaz je pro meritorní posouzení postupu zadavatele bezpředmětný.

Koordinace zadávání veřejné zakázky a žádosti o státní dotaci

13. Účelové rozdělení veřejné zakázky zadavatel v podaném rozkladu do jistě míry i připouští, když uvádí, že tak postupoval, aby „stihl termín pro podání žádosti o dotaci na SFRB“. Ani tato skutečnost však nemůže být důvodem pro obcházení ustanovení zákona. Tvrzení zadavatele, že Úřad v tomto kontextu „rozhodl naprosto odtrženě od reality“ je pak zcela nemístné, neboť i právní předpisy jsou součástí „reality“, přičemž zadavatel je povinen postupovat s nimi v souladu a nikoliv účelově přizpůsobovat své postupy zájmu na získání státní dotace.

K charakteru stavebního povolení a k realizaci zemního valu

14. Zadavatel ve svém rozkladu dále uvádí, že pokud je několik různých položek v jediném stavebním povolení, nemusí se nutně jednat o jednu investiční akci, a tedy stavební povolení nemá jako doklad žádný zásadní vztah k zákonu o veřejných zakázkách. V této souvislosti pak zadavatel vyslovuje hypotézy a pochybnosti ohledně nutnosti realizace zemního valu jako součásti šetřené veřejné zakázky.

15. K tomu uvádím, že Úřad v napadeném rozhodnutí nepolemizuje s názorem zadavatele na závaznost stavebního povolení, respektive nedovozuje povinnost zadavatele realizovat každou stavbu, na kterou již bylo vydáno stavební povolení. Stejně tak se nevyslovuje k tomu, zda všechny stavby uvedené ve stavebním povolení musí být vždy součástí jedné investiční akce. V šetřeném případě se předmětné stavební povolení, vydané dne 27.3.2002 Stavebním úřadem v Březové nad Svitavou, vztahuje na stavbu 6 bytových jednotek – II etapa, přičemž jako součásti stavby jsou zde uváděny mimo jiné i STL plynovodní potrubí, kabelové vedení NN, veřejné osvětlení, vodovodní přípojky, kanalizační a dešťové přípojky, plynovodní přípojky a elektrické přípojky, účelová komunikace a rovněž protihlukový val. Toto stavební povolení tak dokládá, že zadavatel již v březnu 2002 uvažoval o realizaci všech jednotlivých částí šetřené veřejné zakázky (tedy bytových domů, technické infrastruktury i zemního valu) minimálně jako o pravděpodobné možnosti, a proto mohl zvolit způsob zadání adekvátně k výši celkového peněžitého závazku a v souladu s ustanovením § 3 zákona a § 67 odst. 1 zákona.

16. Dále je nutno znovu zopakovat, že každý případ je Úřadem posuzován samostatně a s přihlédnutím k jeho skutečnému průběhu. Zadavatel v rozkladu vytváří hypotetické možnosti, že např. k měření hlučnosti, které předepisuje předmětné stavební povolení, by postačilo realizovat i pouze jen montovanou protihlukovou desku, a z této hypotézy pak dovozuje, že protihlukový val nebyl nezbytnou součástí realizované stavby, a tedy se nejedná o plnění stejného nebo srovnatelného druhu ve smyslu ustanovení § 67 zákona. Touto svou argumentací však zadavatel popírá reálný průběh realizace předmětné veřejné zakázky, respektive předmětu jejího plnění. Při posuzování otázky, zda u některého plnění se jedná o plnění stejného nebo srovnatelného druhu, Úřad vždy vychází nikoliv pouze z hypotetických či teoretických úvah účastníků správního řízení, ale zohledňuje skutečný průběh provádění těchto prací a jejich věcnou a časovou provázanost, které nejlépe dokumentují charakter těchto prací. V šetřeném případě bylo součástí realizace stavby reálně i vybudování protihlukového valu a tuto skutečnost nelze vyvrátit hypotetickým zpochybňováním jeho potřebnosti či nezbytnosti. Argumentace zadavatele je proto i v tomto bodě bezpředmětná.

V. Závěr

17. Dne 1. 1. 2006 nabyl účinnosti zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., který zrušil zákon č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů. Zároveň však ve svém § 179 odst. 1 stanovil, že řízení, která nebyla pravomocně skončena před účinností tohoto zákona, se dokončí podle dosavadních předpisů. V rámci předmětného řízení o rozkladu jsem tedy postupoval v souladu s předchozí právní úpravou správního řízení.

18. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

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

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Milan Břeň, se sídlem AK nám. Míru 28, 568 02 Svitavy,

2. spis.

Na vědomí:

3. Březová na Svitavou, se sídlem Moravské náměstí 1, 569 02 Březová nad Svitavou, zast. Mgr. Martinem Kissem.