



UOHSX004C0W2

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S166/2012/VZ-11394/2012/512/JMa

V Brně dne 23. srpna 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ustanovení § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 26. 4. 2012 z moci úřední,

jehož účastníkem je zadavatel – město Votice, IČ 00232963, se sídlem Komenského náměstí 700, 259 17 Votice, okres Benešov, zastoupené Janou Kocurovou, starostkou, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 7. 5. 2012 advokátem JUDr. Tomášem Hlaváčkem, IČ 66213045, advokátem advokátní kanceláře Rychetský Hlaváček Krampera & partneři, se sídlem Kořenského 15/1107, 150 00 Praha 5,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách zadavatelem tím, že ve veřejné zakázce „Poskytování komunálních služeb ve městě Votice“ nedodržel postup stanovený v § 21 tohoto zákona, když nepoužil pro zadání veřejné zakázky některou z forem zadávacích řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 20. 6. 2008 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem – COMPAG VOTICE s.r.o., IČ 47542080, se sídlem Kaplířova 789, 259 01 Votice, okres Benešov,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Votice, IČ 00232963, se sídlem Komenského náměstí 700, 259 17 Votice – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, neboť ve veřejné zakázce „Poskytování komunálních služeb ve městě Votice“ nedodržel postup stanovený v § 21 tohoto zákona, když nepoužil pro zadání veřejné zakázky některou z forem zadávacích řízení, přičemž tento postup mohl podstatně

ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 20. 6. 2008 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem – COMPAG VOTICE s.r.o., IČ 47542080, se sídlem Kaplířova 789, 259 01 Votice, okres Benešov.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného se zadavateli – město Votice, IČ 00232963, se sídlem Komenského náměstí 700, 259 17 Votice – podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

pokuta ve výši 80 000,- Kč (slovy: osmdesát tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. PRŮBĚH ZADÁVACÍCH ŘÍZENÍ

1. Město Votice, IČ 00232963, se sídlem Komenského náměstí 700, 259 17 Votice, okres Benešov, zastoupené Janou Kocurovou, starostkou, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 7. 5. 2012 advokátem JUDr. Tomášem Hlaváčkem, IČ 66213045, advokátem advokátní kanceláře Rychetský Hlaváček Krampera & partneři, se sídlem Kořenského 15/1107, 150 00 Praha 5 (dále jen „zadavatel“), uzavřelo dne 20. 6. 2008 s vybraným uchazečem Smlouvu o poskytování komunálních služeb ve městě Votice (dále též jen „Smlouva“ nebo „smlouva na veřejnou zakázku“), jejímž předmětem je provádění komunálních služeb ve správním území města Votice, především svoz a odstranění či využití biologicky rozložitelných odpadů, svoz a odstranění směsného komunálního odpadu, čištění komunikací a chodníků, zimní údržba komunikací a chodníků, jakož i další služby výslovně neuvedené či jinak obtížně měřitelné.
2. Smlouva nabyla účinnosti dne 1. 1. 2009 a je uzavřena na dobu určitou 10 let ode dne její účinnosti. Cena za jednotlivá poskytovaná plnění je specifikována v Příloze č. 1 Smlouvy, a to za 10 let cena celkem 26 756 678,24 Kč bez DPH (31 840 447,11 Kč s DPH).

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

3. Úřad si v rámci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce za účelem šetření podnětu sp. zn. P758/2011/VZ vyžádal od zadavatele stanovisko včetně dokumentace o předmětné veřejné zakázce. Ve svém vyjádření k žádosti o zaslání dokumentace o veřejné zakázce ze dne 18. 10. 2011 zadavatel nepoužití příslušného druhu zadávacího řízení odůvodnil odkazem na ustanovení § 18 odst. 1 písm. j) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), s tím, že jde o případ tzv. interního zadávání. Zadavatel byl, jak tvrdí, oprávněn nepostupovat podle zákona, když předmětem veřejné zakázky bylo poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací veřejnému zadavateli

osobou, společností COMPAG VOTICE s.r.o., IČ 47542080, se sídlem Kaplířova 789, 259 01 Votice, okres Benešov, za níž jednají jednatelé Ing. Jiří Blecha a Tomáš Válek (dále jen „vybraný uchazeč“), který vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch zadavatele. Společnost vybraného uchazeče byla založena především za účelem poskytování služeb městu, což podle názoru zadavatele jasně vyplývá ze skutečnosti, že vzájemná spolupráce trvá více než patnáct let a zadavatel je společníkem společnosti vybraného uchazeče s velikostí obchodního podílu 50 %; zadavatel navíc dokáže ovlivňovat obchodní vedení daného dodavatele. Zadavatel má za to, že byla dodržena veškerá zákonná ustanovení.

4. Úřad si od zadavatele vyžádal dokumentaci o předmětné veřejné zakázce. Z dokumentace o veřejné zakázce a podkladů získaných v rámci řízení o podnětu získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, proto zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu. Z obdržené dokumentace zjistil Úřad následující skutečnosti.
5. Úřad získal pochybnost o souladu postupu zadavatele se zákonem, neboť zadavatel nepoužil pro zadání uvedené veřejné zakázky některý z druhů zadávacích řízení a uzavřel dne 20. 6. 2008 smlouvu na veřejnou zakázku.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníku řízení dopisem č. j. ÚOHS-S166/2012/VZ-5212/2012/520/JMa ze dne 24. 4. 2012. Zároveň mu usnesením č. j. ÚOHS-S166/2012/VZ-5213/2012/520/JMa z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
8. Na žádost zadavatele ze dne 7. 5. 2012 Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S166/2012/VZ-5214/2012/520/JMa ze dne 15. 5. 2012 prodloužil lhůtu k navrhování důkazů a činění jiných návrhů a vyjádření jeho stanoviska do 18. 5. 2012 a lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí do 21. 5. 2012.

IV. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE

9. Přípisem ze dne 18. 5. 2012, který byl Úřadu doručen dne 22. 5. 2012, zaslal zadavatel své stanovisko k podkladům pro rozhodnutí spolu s vyžádanými podklady. Zadavatel uvedl, že uzavření Smlouvy nespadá do působnosti zákona, neboť se jedná o tzv. vnitřní neboli in-house zadávání.
10. Zadavatel upozornil na okolnosti předcházející uzavření Smlouvy, a to usnesení rady a usnesení zastupitelstva z měsíce září roku 2007 ohledně společenské smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem. Cílem bylo snížit městské náklady na služby vykonávané v rámci města a jeho regionu a dále stanovit strategii zadavatele v oblasti odpadového hospodářství na období 10 let. Za tím účelem zadavatel zahájil přípravné a projektové práce směřující k realizaci III. Etapy rozšíření skládky TKO na pozemcích ve vlastnictví města s předpokládanou kapacitou do roku 2018 až 2020. Vzhledem k tomu, že zadavatel nemohl realizovat rozšíření skládky ze svých vlastních finančních prostředků, akceptoval nabídku vybraného uchazeče na zainvestování výstavby skládky z úvěru, který poskytla banka pod podmínkou desetiletého provozování skládky. V roce 2010 bylo rozšíření

městské skládky na náklady vybraného uchazeče dokončeno. Při uzavření Smlouvy ze dne 20. 6. 2008 zadavatel zohlednil dle svého vyjádření existenci doposud platné smlouvy z 21. 12. 2001 o likvidaci odpadů, podle které byl vybraný uchazeč investorem stavby druhé etapy skládky TKO vlastníkem aktivní kazety č. II, a to až do roku 2011; pokud by došlo ke změně provozovatele služby, zadavatel by se vystavoval reálnému riziku, že dojde k zablokování skládky i sběrných dvorů a nový provozovatel bude nucen vyvážet komunální odpad města na jiné skládky.

11. Ve vztahu k osobě vybraného uchazeče zadavatel uvedl, že je nezávislou právnickou osobou, jejímiž společníky jsou zadavatel vlastníci 50% obchodní podíl a rakouská soukromá společnost COMPAG Rohstoffaufbereitung GmbH s obchodním podílem ve výši 50 %. Podle společenské smlouvy ze dne 20. 7. 1993 je předmětem činnosti vybraného uchazeče podnikání v oblasti nakládání s odpady, provoz čistírny odpadních vod a čištění města včetně údržby komunikací. Na základě dodatků ke společenské smlouvě došlo k rozšíření předmětu činnosti o další veřejné služby, včetně údržby a opravy městských komunikací a chodníků, správy hřbitovů, údržby a sekání zelených ploch, zahradnických prací, provozování a opravy vodohospodářských zařízení, správy veřejných osvětlení.
12. Dne 26. 3. 1995 byla mezi zadavatelem a vybraným uchazečem uzavřena smlouva o pronájmu skládky TKO vybranému uchazeči za účelem jejího provozování, likvidace odpadů a komplexního zajišťování činností a povinností provozovatele skládky, a to na dobu šesti let s účinností od 1. 8. 1995 do 1. 8. 2001.
13. Dne 21. 12. 2001 byla mezi zadavatelem a vybraným uchazečem uzavřena smlouva o likvidaci odpadů zahrnující komplexně všechny činnosti spojené se sběrem a zpracováním odpadů a současně pronájem pozemků vybranému uchazeči za účelem provozování skládky, a to na dobu deseti let s účinností od 1. 1. 2002 do 31. 12. 2011.
14. Na základě Smlouvy ze dne 20. 6. 2008 uzavřené se zadavatelem se vybraný uchazeč zavázal k provádění komunálních služeb na území zadavatele a dále k vybudování kazety č. III skládky ve Voticích z vlastních finančních prostředků a z prostředků poskytnutých bankou na základě smlouvy o úvěru č. 3163/08/LcD ze dne 29. 12. 2008.
15. Na základě shora uvedeného zadavatel navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

16. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, včetně obsahu uzavřených smluv, vyjádření předložených účastníkem správního řízení, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nepostupoval v souladu s § 21 zákona, když nepoužil pro zadání veřejné zakázky některou z forem zadávacích řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel dne 20. 6. 2008 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem.
17. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
18. Podle § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel

povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy. Podle § 7 odst. 3 zákona se veřejné zakázky podle výše předpokládané hodnoty dělí na nadlimitní veřejné zakázky, podlimitní veřejné zakázky a veřejné zakázky malého rozsahu.

19. Na základě § 13 odst. 1 zákona se předpokládanou hodnotou veřejné zakázky rozumí zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky, který je zadavatel povinen stanovit pro účely postupu v zadávacím řízení před jeho zahájením. Při stanovení předpokládané hodnoty je vždy rozhodná cena bez daně z přidané hodnoty.
20. Z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel uzavřel dne 20. 6. 2008 s vybraným uchazečem Smlouvu o poskytování komunálních služeb ve městě Votice, ve znění Dodatku č. 1 ze dne 16. 6. 2010, jejímž předmětem je provádění komunálních služeb ve správním území města Votice, především svoz a odstranění či využití biologicky rozložitelných odpadů, svoz a odstranění směsného komunálního odpadu, čištění komunikací a chodníků, zimní údržba komunikací a chodníků, jakož i další služby výslovně neuvedené či jinak obtížně měřitelné. Tato Smlouva nabyla účinnosti dne 1. 1. 2009 a je uzavřena na dobu určitou 10 let ode dne její účinnosti. Cena za jednotlivá poskytovaná plnění je specifikována v Příloze č. 1 Smlouvy, a to za 10 let cena celkem 26 756 678,24 Kč bez DPH (31 840 447,11 Kč s DPH).
21. Ze Společenské smlouvy o založení společnosti vybraného uchazeče ze dne 20. 7. 1993 (dále jen „Společenská smlouva“) vyplývá, že 51% podíl na základním jmění společnosti vlastní společnost COMPAG Kompostierungs und Rohstoffaufbaugesellschaft m.b.H. a 49% podíl na základním jmění společnosti město Votice. Na základě uzavřeného dodatku ze dne 25. 1. 1994 k výše uvedené Společenské smlouvě, jakož i z dodatků uzavřených následně dne 20. 11. 1996, dne 11. 6. 1998 a dne 17. 8. 1999 vyplývá, že každý ze společníků vlastní 50% podíl základního jmění společnosti (oddíl 1., bod III. Společenské smlouvy). Na základě dohody společníků jsou statutárním orgánem společnosti jednatelé, kteří jsou oprávněni jednat samostatně jménem společnosti vůči třetím osobám, přičemž k uzavření obchodního případu s hodnotou vyšší než 500 000 Kč, dále k nákupu a prodeji nemovitostí je třeba podpisu společně obou jednatelů. K jednání jednatele v případech uzavírání smluv ve věci nákupu a prodeje nemovitostí je nutný písemný souhlas ostatních společníků (oddíl 2., bod I. Společenské smlouvy). Pokud jde o práva a povinnosti společníků, odkazuje Společenská smlouva na příslušná ustanovení zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“), z nichž vyplývá, že obchodní podíl představuje účast společníka na společnosti a z této účasti plynoucí práva a povinnosti. Jeho výše se určuje podle poměru vkladu společníka k základnímu kapitálu společnosti, nestanoví-li společenská smlouva jinak (§ 114 odst. 1 obchodního zákoníku). Podle ustanovení § 122 odst. 1 obchodního zákoníku vykonávají společníci svá práva týkající se řízení společnosti a kontroly její činnosti na valné hromadě v rozsahu a způsobem uvedeným ve společenské smlouvě, popřípadě ve stanovách. Společenská smlouva pak v oddílu 2., bod III. m. j. stanoví, že společník je povinen podle svých možností a nejlepšího vědomí jednat ve prospěch společnosti, chránit její jméno a starat se o rozmnožení jejího majetku a má podle svého podílu na základním jmění právo na poměrný podíl na jmění a zisku společnosti.
22. Možnost postupovat podle ustanovení § 18 odst. 3 zákona a nezadávat veřejné zakázky podle tohoto zákona je omezena na zakázky malého rozsahu, definované v ustanovení § 12 odst. 3 zákona. Jak je podrobně uvedeno v bodu 2. odůvodnění tohoto rozhodnutí,

předpokládaná hodnota přezkoumávaných veřejných zakázek činí 26 756 678,24 Kč bez DPH. V přezkoumávaném případě tedy byl překročen finanční limit pro veřejné zakázky malého rozsahu (§ 12 odst. 3 zákona).

23. Zákon upravuje v ustanovení § 21 odst. 1 tyto druhy zadávacích řízení:
- otevřené řízení,
 - užší řízení,
 - jednací řízení s uveřejněním,
 - jednací řízení bez uveřejnění,
 - soutěžní dialog,
 - zjednodušené podlimitní řízení.
24. Podle odstavce druhého ustanovení § 21 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění. Veřejný zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít za podmínek stanovených v § 24 zákona soutěžní dialog a za podmínek podle § 25 zákona zjednodušené podlimitní řízení (§ 21 odst. 3 zákona).
25. S ohledem na uvedené lze podle názoru Úřadu učinit jednoznačný závěr, že zadavatel měl veřejnou zakázku na požadované plnění zadat jako veřejnou zakázku v některém z odpovídajících zadávacích řízení stanovených v § 21 zákona. Postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by v rámci řádně provedeného zadávacího řízení, pro něj je typická vyšší míra transparentnosti, obdržel i jiné, pro něj výhodnější, nabídky na požadované plnění.
26. Úřad dále přezkoumal námitku zadavatele, že se v daném případě jedná o tzv. vnitřní zadávání (tzv. „in house výjimka“).
27. Na základě ustanovení § 18 odst. 1 písm. j) zákona není zadavatel povinen zadávat podle tohoto zákona veřejné zakázky, jestliže jejich předmětem je poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací veřejnému zadavateli osobou, která vykonává převážnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele a ve které má veřejný zadavatel výlučná majetková práva; veřejný zadavatel má výlučná majetková práva v určité osobě, zejména pokud disponuje sám veškerými hlasovacími právy plynoucími z účasti v takové osobě¹ nebo pokud taková osoba má právo hospodařit s majetkem veřejného zadavatele, nemá vlastní majetek a výlučně veřejný zadavatel vykonává kontrolu nad hospodařením takové osoby².
28. Pro uplatnění výjimky stanovené v ustanovení § 18 odst. 1 písm. j) zákona je tedy nutné současné splnění následujících podmínek:
- jde o veřejnou zakázku na dodávky, služby nebo stavební práce,

¹ § 61 obchodního zákoníku

² například zákon č. 77/1997 Sb., o státním podniku, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 219/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

- b. plnění na základě veřejné zakázky je poskytnuto veřejnému zadavateli, a to osobou, která vykonává převážnou část své činnosti ve prospěch tohoto (zadávacího) veřejného zadavatele,
 - c. veřejný zadavatel má v osobě poskytující plnění (v dodavateli) výlučná majetková práva.
29. Vymezení výkonu činnosti převážně pro veřejného zadavatele vychází z judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“), která v tomto ohledu používá sousloví „essential part“, tedy podstatná (zásadní) část. Jak vyplývá z rozhodnutí SDEU ve věci C-26/03 „Stadt Halle, Recycling Park Lochau GmbH v. TREA Leuna“ ze dne 11. 1. 2005, pro splnění podmínky výlučné kontroly musí být zadavatel skutečně výlučným vlastníkem obchodní společnosti a jakýkoliv vlastnický podíl soukromého sektoru, byť v minimální procentní míře, je nepřípustný (bod 49 citovaného rozhodnutí). Obdobné závěry vyplývají též z rozhodnutí SDEU ve věci C-107/98 „Teckal Srl. V. Comune di Viano a Azienda Gas Acqua Consorziale AGAC di Reggio Emilia“ ze dne 18. 11. 1999 (body 50, 51 citovaného rozhodnutí), jakož i rozhodnutí SDEU ve věci C-340/04 „Carbotermo SpA, Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA“ ze dne 11. 5. 2006. Jak se podává v posledně citovaném rozhodnutí SDEU, pro uplatnění tzv. in house výjimky by bylo nezbytné, aby plnění subjektu ve prospěch zadavatele byla z podstatné části určena pouze tomuto zadavateli a aby jakákoliv jiná činnost měla pouze marginální (okrajový) charakter. Smyslem výjimky je tedy vyloučit z režimu zákona a tedy i povinnosti zadávat dle zákona takové zakázky, které jsou zadávány veřejným zadavatelem jeho vlastním vnitřním organizačním jednotkám; z hlediska toho je totiž na takový subjekt právně pohlíženo, jako by šlo o organizační jednotku veřejného zadavatele, byť fakticky umístěnou vně organizační struktury veřejného zadavatele.
30. Výlučnými majetkovými právy veřejného zadavatele se dle komentovaného ustanovení rozumí zejména stav, kdy veřejný zadavatel sám disponuje v určité osobě (dodavateli) veškerými hlasovacími právy plynoucími z účasti v takové osobě (v tomto ohledu se tedy může jednat i o obchodní společnosti, ve kterých má veřejný zadavatel výlučná majetková práva, resp. výlučná hlasovací práva), nebo hospodaří-li taková osoba (dodavatel) s majetkem veřejného zadavatele, kdy zároveň nemá vlastní majetek a kontrolu nad jejím hospodařením vykonává výhradně veřejný zadavatel; tato podmínka může být naplněna zejména ve vztahu ke státním podnikům a příspěvkovým organizacím.
31. V souvislosti s posouzením splnění uvedených podmínek nelze vyloučit, že veřejný zadavatel bude mít v konkrétní osobě výlučná majetková práva, aniž by šlo o případ předvídaný ve shora uvedených situacích (může nastat například u některých příspěvkových organizací, které výjimečně mají určitý majetek), vždy však bude třeba, aby oprávnění veřejného zadavatele vůči konkrétní osobě bylo takového charakteru, že tato osoba bude veřejnému zadavateli vždy podřízena, a to buď finančně, anebo co se rozhodovacích pravomocí týče.
32. Jak bylo zjištěno ze Společenské smlouvy a blíže popsáno shora v bodu 5. odůvodnění tohoto rozhodnutí, každý ze společníků vlastní 50 % podíl základního jmění společnosti (oddíl 1., bod III. Společenské smlouvy). Společenská smlouva pak v oddílu 2., bod III. dále stanoví, že společník má podle svého podílu na základním jmění právo na poměrný podíl na jmění a zisku společnosti. Z uvedeného plyne, že minimálně jedna z podmínek pro uplatnění výjimky dané ustanovením § 18 odst. 1 písm. j) zákona není splněna, když veřejný zadavatel

nemá v osobě poskytující plnění (v dodavateli) výlučná majetková práva. Vyžaduje-li zákon kumulativní naplnění podmínek stanovených § 18 odst. 1 písm. j) zákona a tyto naplněny nejsou, výjimku pro zadání veřejné zakázky mimo režim zákona nelze uplatnit (srov. rozhodnutí SDEU ve věci C-26/03 „Stadt Halle, Recycling Park Lochau GmbH v. TREA Leuna“).

33. Na základě výše uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že zadavatel nepostupoval v souladu s § 21 zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Pokud by totiž zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a veřejnou zakázku zadal v některém ze zákonem stanovených typů řízení, nelze vyloučit, že by obdržel nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky než vybraný uchazeč, s nímž Smlouvu uzavřel. Zadavatel tak naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jak je uvedeno ve výrokové části I. tohoto rozhodnutí.

VI. K ULOŽENÍ SANKCE

34. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
35. V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 tohoto zákona, když nepoužil pro zadání veřejné zakázky některou z forem zadávacích řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 20. 6. 2008 uzavřel Smlouvu o poskytování komunálních služeb ve městě Votice, ve znění Dodatku č. 1 ze dne 16. 6. 2010, s vybraným uchazečem.
36. Jelikož zadavatel uzavřel Smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
37. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
38. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu doručeného dne 5. 10. 2011. Ke spáchání správního deliktu při uzavření Smlouvy došlo dne 20. 6. 2008, resp. 16. 6. 2010, kdy zadavatel uzavřel Smlouvu a následně Dodatek č. 1 ke Smlouvě s vybraným uchazečem. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
39. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odst. 1 písm. a) tohoto zákona.

40. Vzhledem k tomu, že cena vyplývající ze Smlouvy s vybraným uchazečem činila částku celkem 26 756 678,24 Kč bez DPH, tj. 31 840 447,11 Kč včetně DPH, Úřad konstatuje, že horní hranice výše pokuty v dané věci činí 5 % z ceny zakázky, tedy 1 592 022,36 Kč.
41. Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
42. V této souvislosti přihlédl Úřad ke skutečnosti, že v předmětné věci se zadavatel dopustil jednoho z nejzávažnějších správních deliktů, neboť zadání veřejné zakázky, aniž by bylo použito zadávacího řízení podle zákona, představuje jeden ze zásadních zásahů do procesu zadávání veřejných zakázek. Požadavky na „postup“, kterým má být veřejná zakázka zadána, nebyly ze strany zadavatele vůbec respektovány, a zadavatel postupoval mimo režim zákona, čímž popřel jeho primární účel.
43. Následkem jednání zadavatele byl stav, kdy o předmětných zadávacích řízeních byl informován menší okruh dodavatelů, respektive žádný jiný dodavatel, než by byl v případě, kdy by oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo zveřejněno řádným způsobem v informačním systému o veřejných zakázkách, což mohlo zajistit širší soutěž, a tedy nižší cenu, než za kterou byla veřejná zakázka realizována. Navíc smlouva na veřejnou zakázku byla uzavřena od 1. 1. 2009 na období deseti let (čl. 14 smlouvy). Tyto skutečnosti tedy nemohl Úřad při stanovení výše pokuty pominout.
44. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu.
45. Úřad při stanovení výše pokuty zohlednil zejména ekonomickou situaci zadavatele, přičemž vycházel z dostupných dokumentů týkajících se hospodaření zadavatele, a to rozpočtu města Votice na rok 2012 schválený Zastupitelstvem města dne 12. 12. 2011. Z tohoto dokumentu bylo zjištěno, že rozpočet na rok 2012 je plánován jako přebytkový s rozdílem příjmů a výdajů ve výši 2 782 590,- Kč. Celkové příjmy města Votice jsou schváleny ve výši 156 865 860,- Kč a celkové výdaje ve výši 154 083 270,- Kč. Vzhledem k uvedeným skutečnostem Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty 60 000 Kč nelze ve vztahu k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
46. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Úřad zadavateli uložil pokutu při spodní hranici zákonné sazby tak, aby plnila preventivní funkci, ale zároveň byla natolik intenzivní, aby ji zadavatel pociťoval jako újmu, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu. Peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.

47. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno, zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

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 – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. město Votice, se sídlem Komenského náměstí 700, 259 17 Votice, okres Benešov
2. JUDr. Tomáš Hlaváček, advokát, advokátní kancelář Rychetský Hlaváček Krampera & partneři, se sídlem Kořenského 15/1107, 150 00 Praha 5

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy