



UOHSX001PY0M

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R173/2009/VZ-6108/2010/310-EKu

V Brně dne: 25. května 2010

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 9.12.2009 zadavateli –

- **Jihomoravská plynárenská, a.s.**, IČ 49970607, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, za niž jednají Ing. Tomáš Tichý, předseda představenstva, a Ing. Dušan Malý, místopředseda představenstva,
- **RWE GasNet, s.r.o.**, (která ke dni zahájení správního řízení podnikala pod obchodním jménem SČP Net, s.r.o.), IČ 27295567, se sídlem Klíšská 940, 401 17 Ústí nad Labem, za niž jednají Ing. Miloslav Zaur, jednatel, a Thomas Merker, jednatel,
- **SMP Net, s.r.o.**, IČ 27768961, se sídlem Plynární 420/3, 702 72 Ostrava– Moravská Ostrava, za niž jednají Ing. Miloslav Zaur, jednatel, a Thomas Merker, jednatel,
- **JMP Net, s.r.o.**, IČ 27689841, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, za niž jednají Ing. Miloslav Zaur, jednatel, a Thomas Merker, jednatel,
- **VČP Net, s.r.o.**, IČ 27495949, se sídlem Pražská třída 485, 500 04 Hradec Králové, za niž jednají Ing. Miloslav Zaur, jednatel, a Thomas Merker, jednatel,
- **RWE Plynoprojekt, s.r.o.**, IČ 60193484, se sídlem U plynárny 223/42, 140 21 Praha 4 – Michle, za niž jednají Ing. Jan Ruml, jednatel, a Ing. Pavel Bartl, jednatel,
- **RWE Distribuční služby, s.r.o.**, IČ 27935311, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, za niž jednají Ing. Tomáš Tichý, jednatel, a Ing. Karel Mazal, jednatel

ve správním řízení zastoupeni na základě plné moci ze dne 28.4.2009 společností RWE Interní služby, s.r.o., IČ 27116191, se sídlem Vyskočilova 1481/4, 140 00 Praha 4,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23.11.2009, č. j. ÚOHS – S87/2009/VZ-7660/2009/510/HOd ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 o veřejných zakázkách ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti s uzavřením rámcové smlouvy dne 31.12.2008 se společností GEREX Liberec s.r.o., IČ 25474901, se sídlem Krokova 293/4, 460 07 Liberec 7 a rámcové smlouvy ze dne 6.1.2009 se společností GASCONTROL PLAST, a.s., IČ 25835769 se sídlem Dělnická 46, 735 64 Havířov, jejímž předmětem je zejména úprava právního rámce smluvních podmínek pro opakované dodávky zboží, ve kterém jsou dalšími účastníky řízení –

- vybraný uchazeč - **GEREX Liberec s.r.o.**, IČ 25474901 se sídlem Krokova 293/4, 460 07 Liberec 7 za níž jedná Ing.Soňa Kratochvílová, jednatel společnosti a
- vybraný uchazeč - **GASCONTROL PLAST a.s.**, IČ 25835769 se sídlem Dělnická 46, 735 64 Havířov, za níž jedná Mieczyslaw Molenda, předseda představenstva společnosti

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb. správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23.11.2009, č. j. ÚOHS-S87/2009/VZ-7660/2009/510/HOd,

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

O d ů v o d n ě n í

I. Prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Společnost RWE Interní služby s.r.o., IČ 27116191, se sídlem Vyskočilova 1481/4, 140 00 Praha 4 (dále jen „společnost RWE Interní služby“) vyhlásila dne 7.11.2008 prostřednictvím elektronické aukce výběrové řízení označené jako „PE trubky pro skupinu RWE a zhotovitele staveb 2009“. Celkový předpokládaný objem zakázky činil podle textu výzvy k podání nabídek 40.000.000,- Kč. Na základě výsledku tohoto výběrového řízení byly společností RWE Interní služby uzavřeny dvě rámcové smlouvy a to se společností GEREX Liberec s.r.o, IČ 25474901, se sídlem Krokova 293/4, 460 07, Liberec 7, (smlouva uzavřena dne 30.12.2008) a se společností GASCONTROL PLAST a.s., IČ 25835769, se sídlem Dělnická 46, 735 64 Havířov, (smlouva uzavřena dne 6.1.2009). Předmětem těchto rámcových smluv je zejména úprava právního rámce smluvních podmínek pro opakované dodávky zboží.
2. Společnost RWE Interní služby uvedla, že na straně potencionálního objednatele se ve smlouvě vyskytuje celkem šest sektorových zadavatelů (provozovatelů distribuční soustavy), a plnění pro další objednatele (společnosti skupiny RWE v ČR zúčastněné na výběrovém řízení) je nakonec určeno taktéž pro potřeby těchto šesti sektorových zadavatelů. Na jednoho sektorového zadavatele tedy připadá plnění ve výši přibližně 6.600.000,- Kč, přičemž se může lišit mezi jednotlivými zadavateli, avšak v žádném případě nedojde k překročení finančního limitu 11.715.000,- Kč. K tomu společnost RWE Interní služby dále uvedla, že skutečný objem nakupovaného materiálu představuje přibližně 5% z celkového předpokládaného finančního objemu a zbytek tvoří nákupy zhotovitelů staveb plynárenských zařízení.

Napadené rozhodnutí

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dne 23.11.2009, rozhodnutí č. j. ÚOHS – S87/2009/VZ-7660/2009/510/HOd, kterým konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím že před uzavřením smluv se společností GEREX Liberec s.r.o., IČ 25474901, se sídlem Krokova 293/4, 460 07 Liberec 7 a se společností GASCONTROL PLAST a.s., IČ 25835769, se sídlem Dělnická 46, 735 64 Havířov, jejichž předmětem je zejména úprava právního rámce smluvních podmínek pro opakované dodávky zboží, nedodržel postup stanovený v § 21 citovaného zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
4. Za spáchání tohoto správního deliktu uložil zadavateli - Jihomoravská plynárenská a.s., IČ 49970607, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, zadavateli - RWE GasNet s.r.o, IČ 27295567, se sídlem Klíšská 940, 401 17 Ústí nad Labem ,

zadavateli - SMP Net, s.r.o., IČ 27768961, se sídlem Plynární 420/3, 702 72 Ostrava-Moravská Ostrava, zadavateli – JMP Net, s.r.o., IČ 27689841, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, zadavateli – VČP Net, s.r.o., IČ 27495949, se sídlem Pražská třída 485, 500 04 Hradec Králové, zadavateli – RWE Plynoprojekt, s.r.o., IČ 60193484, se sídlem U plynárny 223/42, 140 21 Praha 4 – Michle, zadavateli - RWE Distribuční služby s.r.o., IČ 27935311, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) pokutu ve výši 500.000,-Kč s tím, že pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu, zřízený u pobočky České národní banky v Brně, číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 870950001.

5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí pak Úřad uvedl následující. K problematice, zda zadavatel naplňuje znaky sektorového zadavatele ve smyslu § 2 odst. 6 písm. a) zákona, Úřad citoval ust. § 2, odst. 6 zákona s tím, že sektorovým zadavatelem je osoba vykonávající některou z relevantních činností podle § 4, pokud
- a. tuto relevantní činnost vykonává na základě zvláštního či výhradního práva, nebo
 - b. nad touto osobou může veřejný zadavatel přímo či nepřímo uplatňovat dominantní vliv; dominantní vliv veřejný zadavatel uplatňuje v případě, že
 1. disponuje většinou hlasovacích práv sám, či na základě dohody s jinou osobu nebo
 2. jmenuje, či volí více než polovinu v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

Relevantní činností se pro účely zákona v odvětví plynárenství, dle § 4 odst.1 písm. a) zákona rozumí:

- výroba plynu za účelem poskytování služby veřejnosti
 - poskytování nebo provozování přepravní či distribuční soustavy určené k poskytování služby veřejnosti
 - poskytování nebo provozování těžebního plynovodu
 - poskytování nebo provozování podzemního zásobníku plynu zajišťujícího provozuschopnost přepravní či distribuční soustavy určeného k poskytování služby veřejnosti.
6. Podle § 17 písm. p) zákona se pro účely zákona zvláštním či výhradním právem rozumí právo udělené zákonem či na základě zákona příslušným správním orgánem, v jehož důsledku je možnost vykonávat relevantní činnost podle § 4 zákona omezena ve prospěch jedné či více osob, a které podstatně ovlivňuje možnost jiných osob vykonávat příslušnou relevantní činnost; zvláštním či výhradním právem není právo, které může nabyt při splnění objektivních a nediskriminačních podmínek stanovených zvláštním právním předpisem jakákoliv osoba.
7. Při posouzení, zda subjekt figurující na straně zadavatele naplňuje definici sektorového zadavatele, který disponuje zvláštním či výhradním právem, vycházel Úřad z příslušné úpravy ve směrnici Evropské unie, neboť základním cílem právní úpravy je harmonizace procesu zadávání veřejných zakázek s právem Evropských společenství, což je výslovně vyjádřeno v ust. § 1 zákona, podle něhož zákon

zapracovává příslušné předpisy Evropských společenství. Podle čl. 2. odst. 2., písm. b) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES o koordinaci postupu při zadávání subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb se tato směrnice vztahuje na zadavatele, kteří pokud nejsou veřejnými zadavateli nebo veřejnými podniky vykonávají jako jednu ze svých činností, kteroukoliv z těch, které jsou uvedeny v čl. 3 až 7, nebo více těchto činností, a působí na základě zvláštních, nebo výlučných práv udělených příslušným orgánem členského státu.

8. Podle čl. 3 se tato směrnice, co se týče plynu a tepla, vztahuje na tyto činnosti:
 - poskytování nebo provoz pevných sítí určených k poskytování služby veřejnosti v souvislosti s výrobou, dopravou nebo distribucí plynu nebo tepla; nebo
 - dodávky plynu nebo tepla do takových sítí
9. Pro účely uvedené směrnice se podle čl. 2 odst. 3 „zvláštními nebo výlučnými právy“ rozumějí práva udělená příslušným orgánem členského státu na základě právního nebo správního předpisu, jehož výsledkem je vyhrazení provozování činnosti uvedené v čl. 3 až 7 jednomu nebo více subjektům, a která podstatně ovlivňují možnost jiných podniků provozovat takovou činnost.
10. Podle odst. 25 uvedené směrnice „ani skutečnost, že subjekt dodává pitnou vodu, elektřinu, plyn nebo teplo do sítě, jež je provozována subjektem, který požívá zvláštní nebo výlučná práva udělená příslušným orgánem daného členského státu, nepředstavuje sama o sobě zvláštní nebo výlučné právo ve smyslu této směrnice. Stejně tak práva přiznaná členským státem v jakékoliv formě, včetně koncesí omezenému počtu podniků na základě objektivních, přiměřených a nediskriminačních kritérií, která umožňují každému zájemci, který je splňuje, využívat těchto práv, by neměla být považována za výlučná či zvláštní práva“.
11. Podle vysvětlujícího sdělení Evropské komise CC/2004/33 ze dne 18.6.2004 je z hlediska naplnění dané definice nevyhnutelné v každém jednotlivém případě zkoumat, zda dané právo podstatně ovlivní možnost jiných soutěžitelů za srovnatelných podmínek vykonávat relevantní činnost na stejném území. Při této analýze je dále nutné zkoumat, jakým způsobem soutěžitel předmětné právo získal. Při zkoumání existence či neexistence výhradního práva je nutné vedle podmínek pro získání samotné licence (např. od ERÚ) posoudit rovněž okolnosti, za nichž určitý subjekt získal právo užívat zařízení nutné ke zkoumané činnosti. Ve světle výkladu předmětných ustanovení zákona v návaznosti na směrnici 17/2004/ES je tudíž nezbytné vždy zkoumat v rámci podmínek získání samotné licence způsob nabytí zařízení, pro které je licence vydána. Definici sektorového zadavatele by subjekt nenaplnil pouze tehdy, jestliže získáním práva umožňujícího výstavbu a provoz zařízení, se kterým souvisejí uvedené licence, by nebyla podstatně ovlivněna faktická možnost jiných subjektů rovněž vykonávat předmětnou činnost, popřípadě by výše cit. licence nebo právo pro subjekt získal na základě otevřené soutěže, jíž se mohli libovolně účastnit i ostatní soutěžitelé.
12. Podle odst. 40 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17 ES, o koordinaci postupu při zadávání subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství,

energetiky, dopravy a poštovních služeb se touto směrnicí neřídí zakázky určené pro umožnění výkonu činnosti uvedeného v člancích 3 až 7, pokud je v členském státě, ve kterém má být činnost vykonávána, přímo vystavena hospodářské soutěži na trzích, na které není omezen přístup.

13. Podle důvodové zprávy k zákonu je třeba definici zvláštního či výhradního práva rovněž přihlížet k judikatuře Soudního dvora Evropských společenství ve světle judikatury ESD. Za zvláštní či výhradní právo již nadále nemůže být považováno pouze takové právo, které při splnění dalších podmínek podstatným způsobem ovlivňuje možnost jiných osob vykonávat příslušnou relevantní činnost, přičemž je třeba vzít v úvahu, jak právní, tak i faktické faktory k výkonu příslušné činnosti.
14. Úřad si před vydáním rozhodnutí opatřil vyjádření Energetického regulačního úřadu k podmínkám pro získání licence. ERÚ dne 8.6.2009 sdělil, že pro získání licence je „při splnění obecných podmínek nezbytné prokázat i to, že plynové zařízení jako jsou např. plynovody, kompresorové a regulační stanice, jsou ve vlastnictví žadatele o licenci, nebo je má v užívání na základě smluvního vztahu s osobou oprávněnou k dispozici s tímto zařízením a prokáže souhlas vlastníka zařízení s jeho využitím pro účely licencované činnosti. Udělení licence, případně změna tohoto rozhodnutí, je z hlediska plnění podmínek pro udělení licence omezeno tím, že podle § 8 odst. 3 energetického zákona lze na každé výrobní, přenosné, přepravní, distribuční nebo rozvodové zařízení a na každé zařízení na uskladňování plynu vydat pouze jednu licenci“.
15. Úřad z veřejně dostupných údajů o vydaných licencích ERÚ zjistil, že subjekty vystupující v daném případě na straně zadavatele jsou držitelem licence na distribuci plynu. Předmětem veřejné zakázky jsou opakované dodávky PE trubek pro zadavatele a pro zhotovitele staveb plynovodu plynárenských společností skupiny RWE Energy v ČR, ve smyslu obchodního zákoníku s ní propojené nebo přímo či nepřímo ovládané RWE Aktiengesellschaft. Z tohoto zjištění Úřad dovodil, že se jedná o dodávky určené k výstavě plynovodů a tedy související s výkonem relevantní činnosti podle § 4 odst. 1 písm. a) zákona. Tuto relevantní činnost vykonávají zadavatelé (s výjimkou Jihomoravské plynárenské a.s. a RWE Distribuční služby, s.r.o., které nejsou držiteli licence pro distribuci plynu) za účelem poskytování plynu veřejnosti na územích vymezenou danou licenci.
16. Při posouzení, zda byly naplněny znaky zvláštního či výhradního práva podle § 17 písm. p) zákona, vzal Úřad v úvahu jak právní, tak i faktické faktory k výkonu příslušné činnosti, a přihlédl ke zvláštnostem daného odvětví a k dalším ukazatelům jako např. podílu hlavních účastníků na daném trhu, či stupni koncentrace na těchto trzích. Podle veřejně dostupné zprávy České republiky o elektroenergetice a plynárenství za rok 2008 činila celková délka plynovodu všech distribučních soustav 65.661 km. Podíl rozvodů provozovaných zadavateli na celkové délce plynovodu všech distribučních soustav činí 81%. Úřad dále konstatoval k otázce existence zvláštního, či výhradního práva podle ust. § 17 písm. p) zákona, že tímto právem je oprávnění provozovat distribuční soustavu plynu, která byla vybudovaná státem a zadavatelé tuto soustavu provozují.

17. Dále Úřad rekapituluje historii privatizace trhu s plynem. V rámci privatizace došlo k nabytí vlastnických práv k energetickému zařízení-distribuční soustavy, se kterou je úzce spojena licence, jejíž vydání je s tímto vlastnictvím, resp. užíváním na základě smluvního vztahu s osobou oprávněnou k dispozici s příslušným energetickým zařízením podmíněno. Zadavatelé nabyli vlastnictví k energetickým zařízením nikoliv jeho výstavbou, nýbrž koupí majetkové účasti státu ve společnosti Transgas a.s., a to na základě přímého prodeje vybranému nabyvateli v návaznosti na ust. § 10 odst. 1 zákona č. 92/1991 Sb., o podmínkách převodu majetku státu na jiné osoby, ve znění pozdějších předpisů. Nabytí vlastnických práv k energetickému zařízení nutno považovat za zcela specifické, které jiným dodavatelům již nemůže být umožněno. Z toho důvodu Úřad dospěl k závěru, že se v daném případě jedná o právo výhradní, neboť žádný subjekt distribuční soustavu nemůže obdržet. Na základě těchto skutečností Úřad dospěl k závěru, že společnosti RWE Gas Net s.r.o, SMP Net s.r.o, JMP Net s.r.o., VČP Net s.r.o. jsou držiteli výhradního práva ve smyslu ust. § 2 odst. 6 písm. a) zákona, v návaznosti na ust. § 17 písm. p) zákona. Z toho důvodu se jedná o sektorové zadavatele podle ust. § 2 odst. 6 zákona vykonávající relevantní činnost podle § 4 odst. 1. písm. a) zákona, a to na základě zvláštního či výhradního práva.
18. Ke spojení zadavatelů Úřad konstatoval s odkazem na ust. § 2 odst. 9 zákona a důvodovou zprávu k zákonu, že sdružení zadavatelů se považuje za jednoho zadavatele, a proto do zadávacího řízení je rozhodující předpokládaná hodnota předmětu dodávek pro všechny členy sdružení zadavatelů, a není možné vydělit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky příslušným počtem zadavatelů. Podle textu výzvy k podání nabídek činil celkový předpokládaný objem zakázky „PE trubky pro skupinu RWE v ČR a zhotovitele jejich plynovodu a zařízení pro rok 2009“ 40.000.000,- Kč. Nadlimitní veřejnou zakázkou se podle § 12, odst. 1 zákona rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota podle § 13 bez DPH dosáhne nejméně finančního limitu stanoveného prováděcím právním předpisem pro jednotlivé kategorie zadavatelů a druhy veřejných zakázek, případně kategorie dodávek nebo služeb (tj. nařízením vlády č. 77/2008 Sb. o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizované Českou republikou – Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu). Finanční limit v daném případě činí podle § 12 odst. 1 zákona 11.715.000,- Kč pro zadavatele uvedené v § 2 odst. 6 zákona. Jestliže zakázka dosahuje celkové částky 40.000.000,- Kč, jedná se o zakázku nadlimitní, kterou je zadavatel povinen zadat v některém ze zadávacích řízení v souladu se zákonem.
19. Úřad tedy dospěl k závěru, že zadavatel před uzavřením smluv na dodávky PE trubek nepostupoval podle zákona, neboť veřejnou zakázku na uvedené služby nezadal v některém zákonem stanoveném zadávacím řízení uvedené v § 21 zákona. Výběru dodavatele nepředcházelo žádné transparentně provedené zadávací řízení a Úřad proto dovodil, že když zadavatel před uzavřením předmětných smluv na dodávky neprovedl zadávací řízení ve smyslu zákona, jeho postup mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by v rámci transparentního zadávacího řízení obdržel i jiné výhodnější nabídky na požadované služby. Proto Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený ust. § 21

zákona, když uzavřel šetřené smlouvy bez předchozího provedení zadávacího řízení, přičemž takový postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

20. Ke způsobu zadání šetřené veřejné zakázky Úřad poté, co provedl rozbor smluv uzavřených dne 31.12.2008 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem GEREX Liberec s.r.o. a dne 6.1.2009 se společností GASCONTROL PLAST a.s., zejména výklad některých pojmů, které jsou obsahem těchto smluv, dospěl k závěru, že jejich předmětem nejsou nejen přímé dodávky pro zadavatele specifikované ve smlouvě, nýbrž i dodávky určené dodavatelům stavebních prací na plynárenských zařízeních těchto subjektů. Ze smluv uzavřených zadavatelem s vybranými uchazeči Úřad dovodil, že zadavatel požadoval zajistit dodávky PE trubek určené pro stavbu plynovodu přímo pro zadavatele, a to stavitele plynovodu. Z toho dovodil, že předmětem uzavřených smluv jsou dodávky sloužící v konečném důsledku záměrům zadavatele, čímž byla naplněna podmínka týkající se předmětu veřejné zakázky, a jedná se tedy o veřejnou zakázku na dodávky. Tím byl naplněn jeden ze znaků definice uvedené v § 7 zákona, podle kterého jsou pojmovými znaky veřejné zakázky předmět a úplatnost. Pokud jde o předmět veřejné zakázky, rozumí se jím dodávky, služby nebo stavební práce, které slouží k naplnění záměru zadavatele. Pokud jde o druhý pojmový znak úplatnost, pak se obvykle jedná o úplatu hrazenou zadavatelem, ale nelze však vyloučit ani nepřímou úplatu zadavatele, a to například v případech nepeněžitého protiplnění, či v případě jiných konstrukcí úplaty, kdy zadavatel rozhodne o způsobu úhrady jinými osobami, jako tomu bylo v šetřeném případě. Zadavatel zavázal dodavatele PE Trubek k dodávkám ve smluvené ceně i pro stavitele plynovodů zadavatelů. Zadavatelé tak určili, že PE Trubky nebudou nakupovat přímo, ale ke koupi vybraných PE trubek zaváží stavitele plynovodů. V konečném důsledku se však jedná o dodávky, které jsou určeny pro zadavatele, přičemž cenu za dodávku PE trubek zahrnou stavitelé plynovodu do ceny za provedené stavební práce. Jedná se tedy o nepřímou úhradu zadavatele. Tento postup nemůže mít za následek to, že by se zadavatel při objednávání dodávek PE trubek mohl vyhnout postupu podle zákona.

Uložení pokuty

21. Úřad s odkazem na ust. § 120 odst. 1 zákona konstatoval, že zadavatelé se dopustili správního deliktu tím, že veřejnou zakázku na dodávky nezadali v zadávacích řízeních uvedených v § 21 zákona, a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Jelikož zadavatelé uzavřeli smlouvy s vybranými uchazeči, aniž by dodrželi postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnili tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl k závažnosti správního deliktu, ke způsobu jeho spáchání a k následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán, a odkázal na ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona, podle kterého se uloží pokuta do 5% ceny zakázky, nebo 10.000.000,- Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde – li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) tohoto zákona.

22. Jestliže z předložené dokumentace vyplývá, že cena veřejné zakázky činí 40.000.000,- Kč, horní hranice pokuty činí 2.000.000,- Kč. Úřad uložil pokutu ve výši 500.000,-Kč a přitom vzal v úvahu, že postup, kdy zadavatelé při zadávání veřejné zakázky vůbec nepostupují podle zákona je jedním z nejzávažnějších deliktů. Jako polehčující okolnost vzal Úřad v úvahu, že se jedná o právně složitou problematiku, zejména stanovení, zda zadavatelé jsou sektorovými zadavateli podle ust. § 2 odst. 6 zákona, která nebyla ve vztahu k těmto zadavatelům dosud předmětem pravomocného rozhodnutí Úřadu. Dále vzal jako polehčující okolnost Úřad v úvahu skutečnost, že zadavatelé sice neuveřejnili zadávací řízení podle zákona, ale vyzvali více dodavatelů, čímž umožnili soutěž alespoň v omezené míře. Dále Úřad konstatoval, že uložená pokuta je přiměřená ekonomické situaci zadavatelů a nemůže nepříznivě ovlivnit jejich ekonomickou situaci. Pokutu jsou zadavatelé povinni uhradit společně a nerozdílně.

II. Námitky rozkladu

23. Dne 9.12.2009 byl Úřadu doručen rozklad a dne 3.2.2010 doplnění rozkladu, kterým zadavatelé RWE Gas Net s.r.o., SMP Net s.r.o, JMP Net s.r.o, VČP Net s.r.o, Jihomoravská plynárenská a.s., RWE plynoprojekt s.r.o. a RWE Distribuční služby s.r.o. všichni zastoupeni RWE Interní služby s.r.o., napadají rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S87/2009/VZ-7660/510/HOd v celém rozsahu pro nezákonnost, kterou spatřují v neexistenci správního deliktu. Zadavatele jsou toho názoru, že svým jednáním nemohli spáchat správní delikt, neboť nenaplnili pojmové znaky skutkové podstaty správního deliktu, neboť nejsou sektorovým zadavatelem. Proto se na jejich jednání nevztahují ustanovení zákona. K otázce sdružování zadavatelů vyslovili domněnku, že není v zákoně jednoznačná definice upravující postup při stanovení hodnoty zakázky v případně sdružení zadavatelů. Dále uvedli, že byli osloveni všichni potenciální uchazeči, kteří v té době splňovali technickou specifikaci a měli komplexní posouzení pro použití PE trubek v plynárenství, čímž dokládají absenci vlivu na výběr nejvhodnější nabídky. K výši pokuty zadavatelé uvedli, že je nepřiměřeně vysoká. Zdůraznili, že pokud by se zadavatelé pro účely realizace šetřené veřejné zakázky nesdružili, realizovali by s ohledem na jejich hodnotu několik podlimitních veřejných zakázek. Úřad též nevzal dle jejich názoru v úvahu, že zadavatelé organizovali již několik veřejných zakázek a dosud se žádného porušení zákona od doby privatizace nedopustili.

Závěr rozkladu

24. Z uvedených důvodů zadavatelé navrhují, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí ve výroku I. a II. zrušil a správní řízení zastavil.

Řízení o rozkladu

Stanovisko předsedy Úřadu

25. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s ust. § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zák. č. 43/2005 Sb. (dále jen „správní řád“) věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
26. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle ust. § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
27. Úřad tím, že ve výroku II. napadeného rozhodnutí uložil všem zadavatelům společně zaplatit pokutu ve výši 500.000,- Kč, porušil obecné principy správního trestání, neboť pokutu lze udělit pouze tomu, kdo správní delikt spáchal, tomu kdo je právním subjektem, nikoliv sdružení zadavatelů bez správní subjektivity. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí.

III. K námitkám rozkladu

28. Pokud jde o výrokovou část I. plně se ztotožňuji s právním hodnocením provedeným Úřadem v napadeném rozhodnutí a námitky vztahující se k této výrokové části shledávám nedůvodnými. K jednotlivým namítaným skutečnostem pro úplnost dodávám následující. K tvrzením zadavatele týkajícím se existence zvláštního či výhradního práva konstatuji, že zadavatel v rozkladu nesprávně vyvozuje, že držením licence není žádným způsobem ovlivněna činnost jiných osob vykonávat licencovanou činnost, přičemž v rámci svých vyjádření vytrhává z kontextu některá vyjádření ERÚ (tj. vyjádření, dle něhož se „hranice vymezených území v praxi kryjí s umístěním plynových zařízení...“). V rámci svých rozkladových námitek nejsou ze strany zadavatele uváděny žádné nové skutečnosti, které by mě vedly k názoru, že získání licence není omezeno prokázáním vlastnického či užívacího práva a že na stejném území tedy může licencovanou činnost vykonávat více subjektů. V rámci této problematiky plně odkazuji na odůvodnění v části zabývající se těmito skutečnostmi (zejména na straně 8, 9 a 13 napadeného rozhodnutí). Současně i otázka vlivu způsobu nabytí vlastnického práva je dle mého názoru dostatečným způsobem vypořádána v rámci napadeného rozhodnutí, a to zejména na straně 10 napadeného rozhodnutí. V rámci této problematiky je zejména třeba zdůraznit, že v daném případě je nutno zohlednit možnosti získání příslušné licence dalšími subjekty a současně i otázku, zda nové subjekty přicházející na trh mají stejné podmínky pro získání licence (zejména pak získání vlastnického či užívacího práva). V tomto

ohledu se ztotožňují s Úřadem v tom, že za stěžejní je nutné považovat informace o okolnostech nabytí distribučních zařízení provozovateli distribuční soustavy. V tomto ohledu zdůrazňují, že obsahem rozhodnutí nebylo zpochybňování vlastnických práv zadavatele, avšak bylo nutné zkoumat okolnosti nabytí distribuční soustavy z důvodu potřeby vyřešení otázky, zda nové subjekty přicházející na trh mají stejné podmínky pro získání příslušné licence.

29. K argumentaci ohledně výhodnosti sdružování zadavatelů uvádím, že je zcela na zvážení zadavatelů, zda institutu sdružení ve smyslu § 2 odst. 8 zákona využijí či nikoliv. I v rámci této otázky se zcela ztotožňuji s argumentací obsaženou v napadeném rozhodnutí (zejména na straně 13 a 14), na niž odkazují zejména v souvislosti se zadavatelem namítanou diskriminací sdružení zadavatelů oproti zadavatelům zadávajícím samostatně.
30. Pokud se jedná o argumentaci týkající se způsobu pořízení PE trubek, tak i v rámci této otázky se zcela ztotožňuji s obsahem napadeného rozhodnutí, na něž v plném rozsahu odkazují. K odkazu zadavatele na internetové stránky společnosti GAS s. r. o. konstatuji, že tuto argumentaci nepovažuji za relevantní, neboť se jedná o certifikaci výrobků, a nikoli dodavatelů oprávněných daný výrobek dodávat na trh. Z uvedeného je zřejmé, že přestože certifikace daného výrobku je udělena omezenému počtu dodavatelů, nelze vyloučit, že by zadavateli byli schopni dodat požadované dodávky rovněž dodavatelé, kteří distribuují zboží od výrobců. Právě z tohoto důvodu není možné považovat za jisté, že zadavatel oslovil ve výběrovém řízení všechny možné dodavatele. Tato skutečnost je důvodem, pro něž mohlo dojít k omezení okruhu uchazečů o předmětnou veřejnou zakázku s možným vlivem na výběr vítězného dodavatele.
31. Pokud se jedná o výrok II. o uložení pokuty za spáchaný správní delikt, pak tento je nesprávný. Úřad uložil zadavatelům Jihomoravské plynárenské a.s., RWE Gas Net s.r.o., SMP Net s.r.o, JMP Net s.r. o., VČP Net s.r.o., RWE Plynoprojekt s.r.o. a RWE Distribuční služby, s.r.o., podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 500.000,- Kč. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí na straně 18 pak vyplývá, že zadavatelé mají pokutu zaplatit společně a nerozdílně. Takto uložená pokuta odporuje principům správního trestání, neboť nelze uložit trest za spáchání správního deliktu několika subjektům společně, ale uložená sankce musí být adresná a individuální ve vztahu ke každému pachateli správního deliktu samostatně. Úřad měl zhodnotit podíl jednotlivých zadavatelů na porušení zákona a podle toho uložit pokutu každému z pachatelů správního deliktu. U každého z nich pak měl při stanovení individuální výše pokuty vzít v úvahu závažnost správního deliktu, způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán. Ve vztahu ke každému z pachatelů pak mohou být individuálně zohledněny liberační důvody uvedené na straně 18 napadeného rozhodnutí a dále ekonomické dopady ukládané pokuty na každého pachatele zvlášť. Jestliže pokuta má plnit kromě funkce represivní též funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, pak musí být adresná a směřovat vůči každému z pachatelů samostatně. Při novém rozhodnutí o uložení pokuty se Úřad vypořádá též s námitkami ohledně udělení pokuty a její výše uvedenými v rozkladu.

IV. Závěr

Po zvážení všech skutečností a s ohledem na to, že výrok I. bez výroku II. samostatně neobstojí, rozhodl jsem zrušit celé napadené rozhodnutí a vrátit věc Úřadu k novému projednání tak, jak uvedeno shora. Úřad při novém projednání a rozhodnutí výrok II. napraví tak, aby pokuta byla uložena samostatně každému ze zadavatelů. Ve výrokové části I. v novém rozhodnutí opraví chybu v psaní, když opomněl u společnosti GASCONTROL PLAST a.s. uvést její sídlo.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. RWE Interní služby s. r. o., Vyskočilova 1481/4, 140 00 Praha 4
2. GEREX Liberec s. r. o., Krokova 293/4, 640 07 Liberec 7
3. GASCONTROL Plast, a. s., Dělnická 46, 735 64 Havířov

Vypraveno dne:

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