



UOHSX003M2L2

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S83/2011/VZ-8989/2011/540/PVé

V Brně dne: 23. listopadu 2011

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 14.3.2011 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- statutární město Přerov, IČ 00301825, se sídlem Bratrská 34/709, 750 11 Přerov, zast. Ing. Jiřím Lajtochem, primátorem, ve správním řízení zast. na základě plné moci Mgr. Milanem Šebestou, advokátem, se sídlem Jakubská 1, 602 00 Brno,
- Teplo Přerov a.s., IČ 25391453, se sídlem Blahoslavova 1499/7, 750 02 Přerov, za niž jedná Ing. Jiří Lajtoch, ve správním řízení zast. na základě plné moci JUDr. Petrem Dutkem, advokátem, se sídlem Blahoslavova 7, 750 02 Přerov,

vybraní uchazeči – společnosti

- PSS Přerovská stavební a.s., IČ 277 69 585, se sídlem Skopalova 2861/7, 750 02 Přerov, za niž jedná Ing. Miroslav Přecechtěl, předseda představenstva,
- CENTROPROJEKT a.s., IČ 26907241, se sídlem Štefánikova 167, 760 30 Zlín, za niž jedná Ing. Vladimír Kudela, předseda představenstva,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona v souvislosti s porušením ust. § 21 odst. 2 zákona a zákazu dělení předmětu veřejné zakázky stanoveného v ust. § 13 odst. 3 zákona při zadávání veřejných zakázek

- „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu v Přerově – 1. etapa – šatna“, na jejíž realizaci uzavřela společnost Teplo Přerov a.s. dne 21.7.2008 se společností PSS Přerovská stavební a.s., IČ 277 69 585, se sídlem Skopalova 2861/7, 750 02 Přerov, za niž jedná Ing. Miroslav Přecechtěl, předseda představenstva (dále jen „PSS Přerovská stavební a.s.“) smlouvu o dílo č. 200821130039 s cenou díla ve výši 1 678 861, 94 Kč.

- „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu v Přerově – 2. etapa – whirlpooly“, na jejíž realizaci uzavřelo statutární město Přerov dne 6.10.2008 se společností PSS Přerovská stavební a.s. smlouvu o dílo č. 200821130055 s cenou díla ve výši 6 452 196,- Kč.
- „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov – 2. etapa – bazénová technologie“, na jejíž realizaci uzavřelo společnost Teplo Přerov a.s. dne 17.10.2008 se společností CENTROPROJEKT a.s., IČ 26907241, se sídlem Štefánikova 167, 760 30 Zlín, za niž jedná Ing. Vladimír Kudela, předseda představenstva (dále jen „CENTROPROJEKT a.s.“) smlouvu o dílo s cenou díla ve výši 5 701 864,- Kč.
- „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov 2. etapa – technologie krytého dětského bazénu“, na jejíž realizaci uzavřela společnost Teplo Přerov a.s. dne 22.9.2008 se společností CENTROPROJEKT a.s. smlouvu o dílo s cenou díla ve výši 1 691 957,- Kč.
- „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov, 3. a 4. etapa – Víceúčelový bazén a Nová prosklená stěna bazénové haly“, na jejíž realizaci uzavřela společnost Teplo Přerov a.s. se společností PSS Přerovská stavební a.s. smlouvu o dílo č. 200921130018 s cenou díla ve výši 11 489 507, 32 Kč,

**rozhodl takto:**

I.

Zadavatel – Teplo Přerov a.s., IČ 25391453, se sídlem Blahoslavova 1499/7, 750 02 Přerov – se dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že dne 21.7.2008 uzavřel smlouvu s PSS Přerovská stavební a.s. ve veřejné zakázce „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu v Přerově – 1. etapa – šatna“ a dne 22.9.2008 uzavřel smlouvu s CENTROPROJEKT a.s. ve veřejné zakázce „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov 2. etapa – technologie krytého dětského bazénu“, aniž by tak učinil v zadávacích řízeních v souladu s ust. § 21 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnějších nabídek, a zadavatel již uzavřel smlouvy s vybranými uchazeči.

II.

Správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, statutárním městem Přerov, IČ 00301825, se sídlem Bratrská 34/709, 750 11 Přerov, při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu v Přerově – 2. etapa – whirlpooly“, a Teplem Přerov a.s., IČ 25391453, se sídlem Blahoslavova 1499/7, 750 02 Přerov, při zadávání veřejných zakázek „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov – 2. etapa – bazénová technologie“ a „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov, 3. a 4. etapa – Víceúčelový bazén a Nová prosklená stěna bazénové haly“, **se zastavuje.**

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Teplu Přerov a.s., IČ 25391453, se sídlem Blahoslavova 1499/7, 750 02 Přerov – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

**pokuta ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).**

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

## ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele v rámci stavební akce na rekonstrukci krytého bazénu v Přerově, na jehož základě si od zadavatele Tepla Přerov a.s., IČ 25391453, se sídlem Blahoslavova 1499/7, 750 02 Přerov, za niž jedná Ing. Jiří Lajtoch, ve správním řízení zast. na základě plné moci JUDr. Petrem Dutkem, advokátem, se sídlem Blahoslavova 7, 750 02 Přerov (dále jen „zadavatel“ nebo „Teplu Přerov“) a statutárního města Přerov, IČ 00301825, se sídlem Bratrská 34/709, 750 11 Přerov, zast. Ing. Jiřím Lajtochem, primátorem, ve správním řízení zast. na základě plné moci Mgr. Milanem Šebestou, advokátem, se sídlem Jakubská 1, 602 00 Brno (dále jen „město Přerov“), vyžádal veškerou dokumentaci týkající se všech veřejných zakázek souvisejících s předmětnou stavební akcí. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil tyto skutečnosti.

### Zadávací a výběrová řízení

2. Na základě studie z března 2008 zhotovené Sportakcent a.s. a projektové dokumentace č. 081453C zhotovené CENTROPROJEKT a.s. zahájil zadavatel a město Přerov zadávací a výběrová řízení na rekonstrukci a přístavbu krytého bazénu v Přerově, která měla být realizována v pěti etapách. Jak dále vyplývá ze smlouvy o poskytnutí dotace č. 11-015-001-08 město Přerov se zavázalo poskytnout Teplu Přerov v roce 2008 účelovou dotaci ve výši 17 761 200,- Kč na provoz a rekonstrukci sportovních zařízení v majetku města a to Plaveckého areálu Přerov a Tenčice a Zimního stadionu v Přerově.
3. Teplu Přerov a.s., zahájilo za účelem rekonstrukce a přístavby krytého bazénu v Přerově následující zadávací a výběrová řízení
  - a. „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu v Přerově – 1. etapa – šatna“ (dále jen „veřejná zakázka č. 1“),
  - b. „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov – 2. etapa – bazénová technologie“ (dále jen veřejná zakázka č. 2),
  - c. „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov 2. etapa – technologie krytého dětského bazénu“ (dále jen „veřejná zakázka č. 3“),
  - d. „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov, 3. a 4. etapa – Víceúčelový bazén a Nová prosklená stěna bazénové haly“ (dále jen „veřejná zakázka č. 4“).
4. Statutární město Přerov zahájilo na základě výzvy k podání nabídky ze dne 27.8.2008 zadávací řízení na veřejnou zakázku „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu v Přerově – 2. etapa – whirlpooly“ (dále jen „veřejná zakázka č. 5“).
5. Ve výzvě k podání nabídky ze dne 3.7.2008 v rámci veřejné zakázky č. 1 zadavatel uvedl předmět veřejné zakázky jako zadání 1. etapy rekonstrukce a přístavby krytého bazénu v Přerově. Současně v zadávací dokumentaci uvedl, že není veřejným zadavatelem a zákon

využívá pouze jako podpůrnou normu v rámci transparentního a nediskriminačního postupu pro zadání zakázky. Na základě provedeného hodnocení obdržených nabídek byla jako nejvhodnější vybrána nabídka dodavatele PSS Přerovská stavební a.s., IČ 277 69 585, se sídlem Skopalova 2861/7, 750 02 Přerov, za niž jedná Ing. Miroslav Přecechtěl, předseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč č. 1“). Dne 21.7.2008 uzavřel zadavatel smlouvu o dílo (dále jen „smlouva č. 1“) s vybraným uchazečem č. 1 s termínem plnění od 21.7.2008 do 15.9.2008 a cenou díla 1 678 861, 94 Kč bez DPH.

6. Ve výzvě k podání nabídky ze dne 22.9.2008 v rámci veřejné zakázky č. 2 zadavatel uvedl předmět veřejné zakázky jako provedení a obstarání veškerých dodávek a prací nutných k úplnému dokončení stavby rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov 2. etapa – bazénová technologie. Současně v zadávací dokumentaci zadavatel uvedl, že jde o zjednodušené podlimitní zadávací řízení podle zákona. Na základě provedeného hodnocení obdržených nabídek byla jako nejvhodnější vybrána nabídka dodavatele CENTROPROJEKT a.s., IČ 26907241, se sídlem Štefánikova 167, 760 30 Zlín, za niž jedná Ing. Vladimír Kudela, předseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč č. 2“). Dne 17.10.2008 uzavřel zadavatel smlouvu o dílo (dále jen „smlouva č. 2“) s vybraným uchazečem č. 2 s termínem ukončení jednotlivých částí plnění v rozmezí od 20.10.2008 do 20.11.2008 a cenou díla 5 701 864,- Kč bez DPH.
7. Ve výzvě k podání nabídky ze dne 26.8.2008 v rámci veřejné zakázky č. 3 zadavatel uvedl předmět veřejné zakázky jako zadání rekonstrukce a přístavby krytého bazénu Přerov 2. etapy – bazénové technologie dětského krytého bazénu. Současně v zadávací dokumentaci zadavatel uvedl, že není veřejným zadavatelem a zákon využívá pouze jako podpůrnou normu v rámci transparentního a nediskriminačního postupu pro zadání zakázky. Na základě provedeného hodnocení obdržených nabídek byla jako nejvhodnější vybrána nabídka vybraného uchazeče č. 2. Dne 22.9.2008 uzavřel zadavatel smlouvu o dílo (dále jen „smlouva č. 3“) s vybraným uchazečem č. 2 s termínem předání díla 31.10.2008 a cenou díla 1 691 957,- Kč bez DPH.
8. Ve výzvě k podání nabídky ze dne 31.3.2009 v rámci veřejné zakázky č. 4 zadavatel uvedl předmět veřejné zakázky jako zadání rekonstrukce a přístavby krytého bazénu Přerov – víceúčelového bazénu a nové prosklené stěny bazénové haly. Současně v zadávací dokumentaci zadavatel uvedl, že jde o zjednodušené podlimitní zadávací řízení podle zákona. Na základě provedeného hodnocení obdržených nabídek byla jako nejvhodnější vybrána nabídka vybraného uchazeče č. 1. Nedatovaná smlouva o dílo (dále jen „smlouva č. 4“) byla s vybraným uchazečem č. 1 uzavřena s termínem dokončení díla 30.9.2009 a cenou díla 11 489 507, 32,- Kč bez DPH.
9. Ve výzvě k podání nabídky ze dne 27.8.2008 v rámci veřejné zakázky č. 5 uvedlo město Přerov předmět veřejné zakázky jako provedení a obstarání veškerých dodávek a prací nutných k úplnému dokončení stavby rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov 2. etapa – whirlpooly. Současně v zadávací dokumentaci město Přerov uvedlo, že jde o zjednodušené podlimitní zadávací řízení podle zákona. Na základě provedeného hodnocení obdržených nabídek byla jako nejvhodnější vybrána nabídka vybraného uchazeče č. 1. Dne

6.10.2008 uzavřel zadavatel smlouvu o dílo (dále jen „smlouva č. 5“) s vybraným uchazečem uchazečem č. 1 s termínem dokončení díla do 24.11.2008 a cenou díla 6 452 196,- Kč bez DPH.

### **Průběh správního řízení**

10. Na základě posouzení obsahu podání a dokumentace zaslané zadavatelem získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel a město Přerov postupovali v souladu se zákonem, když zadávali předmětné zakázky v samostatných zadávacích a výběrových řízeních. Z uvedeného důvodu zahájil podle § 113 odst. 1 zákona správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem a městem Přerov při uzavření výše uvedených smluv č.1 – č.5.
11. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - vybraní uchazeči č. 1 a č. 2.
12. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S83/2011/VZ-3753/2011/540/PVé ze dne 14.3.2011, ve kterém je zároveň seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S83/2011/VZ-3754/2011/540/PVé ze dne 14.3.2011 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
13. Dne 28.3.2011 obdržel Úřad v zastoupení vyjádření zadavatele a města Přerov, v němž je konstatováno, že úmyslem nebylo rozdělit veřejnou zakázku a že předmětné veřejné zakázky byly zadávány v jednotlivých etapách, jelikož se jednalo o samostatné investiční akce. Současně je v tomto vyjádření uvedeno, že neoprávněné snížení předpokládané hodnoty rozdělením předmětu veřejné zakázky může být konstatováno pouze v případě veřejné zakázky jednoho zadavatele. Dále je uvedeno, že na realizaci celého souhrnu investičních akcí nebyly k dispozici finanční prostředky a tyto byly realizovány až po zajištění finančních prostředků, kdy například prostřednictvím získané dotace mohla být realizována veřejná zakázka č. 5.
14. Dopisem č. j. ÚOHS-S83/2011/VZ-9796/2011/540/PVé ze dne 24.6.2011 seznámil Úřad účastníky správního řízení s novými skutečnostmi a pochybnostmi Úřadu, jež souvisely s postupem zadavatele v případě veřejných zakázek „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu v Přerově – 1. etapa – šatna“ a „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov 2. etapa – technologie krytého dětského bazénu“, kdy zadavatel v rámci dokumentace vztahující se k výzvě k podání nabídek uvedl, že se jedná o podlimitní veřejné zakázky, avšak vzhledem k jeho právnímu postavení jakožto sektorovému zadavateli, který se řídí zákonem o veřejných zakázkách pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek, nezadával tyto veřejné zakázky podle tohoto zákona, nýbrž je používal pouze jako podpůrnou normu. Usnesením č. j. ÚOHS-S83/2011/VZ-10064/2011/540/PVé ze dne 26.4.2011 Úřad stanovil lhůtu, v níž mohli účastníci navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

15. Dne 30.6.2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, v němž konstatuje, že Teplo Přerov je sektorovým zadavatelem, když předmětem podnikání společnosti je mimo jiné výroba a rozvod tepla. Současně zadavatel uvádí, že převzal do nájmu krytý bazén v Přerově mimo jiné i z důvodu zajištění dodávek tepla a teplé užitkové vody. Teplo Přerov tedy vycházelo z názoru, že je sektorový zadavatel, který má povinnost postupovat podle zákona pouze v případě nadlimitních zakázek.

### Závěry Úřadu

16. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, obdržení vyjádření a dokumentace, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když veřejné zakázky „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu v Přerově – 1. etapa – šatna“ a „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov 2. etapa – technologie krytého dětského bazénu“ nezadal v zadávacích řízeních. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
17. Podle ust. § 2 odst. 2 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud
1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
  2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
18. Podle ust. § 2 odst. 7 zákona vykonává-li veřejný zadavatel jednu či více relevantních činností podle § 4, platí pro něj ustanovení zákona vztahující se na sektorového zadavatele za předpokladu, že veřejná zakázka má být zadávána v souvislosti s výkonem relevantní činnosti veřejného zadavatele.
19. Podle ust. § 12 odst. 3 se veřejnou zakázkou malého rozsahu rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota nedosáhne v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby 2 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce 6 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty.
20. Podle ust. § 13 odst. 3 zákona zadavatel nesmí rozdělit předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v § 12.
21. Podle ust. § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění. Podle ust. § 21 odst. 3 zákona může veřejný zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít za podmínek stanovených v § 24 soutěžní dialog a za podmínek podle § 25 zjednodušené podlimitní řízení.

22. S ohledem na skutečnost, že zadavatel ve dvou případech výše uvedených veřejných zakázek konstatoval, že je sektorovým zadavatelem a tudíž nežadával předmětné dvě podlimitní veřejné zakázky podle zákona, zabýval se Úřad otázkou, zda byl postup zadavatele v daném případě oprávněný, tj. zda se v daném případě skutečně jednalo o sektorového zadavatele, resp. jaké bylo jeho právní postavení v době zahájení předmětných veřejných zakázek. K otázce naplnění definice veřejného zadavatele Úřad pro doplnění uvádí, že podmínky uvedené v § 2 odst. 2 písm. d) bodu 1. a 2. zákona je třeba splňovat kumulativně, avšak podmínky v bodu 2. jsou uvedeny alternativně, což znamená, že pro naplnění ustanovení bodu 2. postačuje, pokud je naplněna i jen jedna z podmínek uvedených v tomto bodu.
23. Z výroční zprávy zadavatele za rok 2008 vyplývá, že město Přerov bylo v té době 100% vlastníkem akcií Tepla Přerov. Dále z této zprávy vyplývá, že Teplo Přerov bylo založeno 19.2.1998 jako společnost, jejímž prioritním cílem bylo a je zajišťovat výrobu tepla, distribuci topné a teplé vody pro město Přerov. V dubnu 2008 rozhodlo město Přerov o změně provozovatele plaveckého areálu, zimního stadionu, hotelu Zimní stadion a koupaliště v Penčicích, a to ze Služeb města Přerova na Teplo Přerov. V květnu 2008 došlo k podepsání smluv a Teplo Přerov se ujalo provozování výše uvedených objektů.
24. K otázce naplnění podmínky uvedené v ust. § 2 odst. 2 písm. d) bod. 1 zákona, tj. založení či zřízení za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu Teplem Přerov, Úřad uvádí následující.
25. Výklad tohoto definičního znaku je formován především judikaturou Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“). Z judikatury ESD především vyplývá, že není podstatné zda příslušná osoba je osobou veřejného či soukromého práva či jaká část (jak velký objem) její činnosti je činěna za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu (viz rozsudek ESD č. j. C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG a další proti Strohal Rotationsdruck GesmbH ze dne 15.1.1998). Spadá-li i jen dílčí část pod činnost ve veřejném zájmu, je třeba takovou osobu považovat za zadavatele veřejných zakázek, na kterého se zákon (při splnění dalších podmínek) vztahuje, a to i v případě, není-li veřejná zakázka zadávána za účelem výkonu takové činnosti. Rozsudek ESD č. j. C-470/99 Universale-Bau AG a Bietergemeinschaft proti Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH ze dne 12.12.2002 ve vztahu k naplnění tohoto znaku konstatoval, že nezáleží pouze na tom, za jakým účelem byla právnická osoba založena či zřízena, ale rozhodující je především její faktická činnost, kterou aktuálně vykonává.
26. Další závěry ESD směřují k vymezení potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Pro posouzení skutečnosti, zda se jedná o takovouto potřebu, je zapotřebí dle judikatury ESD (viz rozsudky ESD č. j. C-360/96 Gemeente Arnhem a Gemeente Rheden proti BFI Holding BV. ze dne 10.11.1998 a č. j. C-18/01 Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy a Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa proti Varkauden Taitotalo Oy ze dne 22.5.2003) zkoumat tuto charakteristiku v několika základních rovinách. Především je nezbytné zohlednit to, zda právnická osoba působí v hospodářské soutěži za standardních tržních podmínek, vykonává svou činnost především za účelem dosažení zisku a nese ztráty spojené se svou činností. Obecně lze konstatovat,

že naplňuje-li činnost osoby tyto podmínky, nejedná se o činnost, při níž jsou uspokojovány potřeby veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.

27. Ze jmenovaných rozsudků ESD dále vyplývá, že k potřebám veřejného zájmu lze přiřadit především ty, které se z důvodů spojených s obecným zájmem rozhodne stát uspokojovat sám nebo si nad jejich uspokojováním hodlá ponechat rozhodující vliv. V jednotlivých soudních případech ESD byly za tyto činnosti uznány např. výroba oficiálně tištěných dokumentů jako jsou pasy a řidičské průkazy, svoz komunálního odpadu, správa lesů, provozování veřejných telekomunikačních sítí, organizace výstav a veletrhů, či pohřební služba (viz. rozsudek ESD č. j. C-373/00 Adolf Truley GmbH proti Bestattung Wien GmbH ze dne 27.2.2003).
28. V daném případě tedy Úřad především zjišťoval rozsah a charakter aktivit vykonávaných Teplem Přerov, a to s ohledem na míru naplnění výše uvedených podmínek.
29. Jak vyplývá z výše uvedené výroční zprávy zadavatele za rok 2008, Teplo Přerov se v květnu 2008 (tedy před zahájením předmětných zadávacích řízení), jakožto akciová společnost vlastněná městem Přerov, stalo provozovatelem několika sportovně-rekreačních objektů včetně plaveckého bazénu v Přerově. Tento smluvní závazek Tepla Přerov znamenal faktické rozšíření okruhu činností původně vykonávaných touto společností. Úřad považuje za nepochybné, že provozování plaveckého bazénu je v daném případě bezesporu službou ve veřejném zájmu, což dokládá jednak charakter poskytovaných služeb, ale i skutečnost, že město Přerov poskytlo dotaci na rekonstrukci tohoto bazénu, čímž prokázalo svůj zájem (veřejný zájem) na poskytování služeb vyplývajících z provozu bazénu. Tento fakt taktéž potvrzuje skutečnost, že Teplo Přerov nepůsobí ve standardních tržních podmínkách, jelikož její činnost je dotována z veřejných prostředků a tudíž nelze konstatovat, že by se mohlo jednat o uspokojování potřeb veřejného zájmu, které mají obchodní povahu (obdobný závěr byl konstatován např. v pravomocném rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S26/2009/VZ-3105/2009/540/KKo). Poskytované služby nelze považovat ani za služby průmyslové povahy a proto Úřad na základě výše popsaných skutečností a s ohledem na výše uvedené závěry vyplývající z uvedených rozsudků ESD dospěl k závěru, že Teplo Přerov v rámci své působnosti zajišťuje takové služby, na jejichž zajištění má město Přerov zájem a na jejichž poskytování se finančně podílí, přičemž spoluúčasť veřejného financování lze v takovýchto případech pojímat jako jeden z ukazatelů přítomnosti veřejného zájmu při zajišťování takovýchto služeb. Vzhledem k tomu, že Teplo Přerov taktéž naplňuje další rozhodné podmínky vyplývající z výše uvedených rozsudků a to, že nepůsobí v hospodářské soutěži za standardních tržních podmínek, dospěl Úřad k závěru, že Teplo Přerov bylo založeno (s ohledem na závěry vyplývající z rozsudku ESD č. j. C-470/99) za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.
30. Vzhledem k tomu, že město Přerov jako veřejný zadavatel je jediným akcionářem Tepla Přerov a tudíž ovládá tuto společnost a taktéž volí více než polovinu členů v jejím statutárním a dozorčím orgánu, naplnilo Teplo Přerov s ohledem na výše uvedené obě podmínky uvedené v ust. § 2 odst. 2 písm. d) zákona nezbytné pro naplnění definice veřejného zadavatele.



31. Na základě uvedeného dospěl Úřad k závěru, že Teplo Přerov bylo v šetřeném období v pozici veřejného zadavatele dle ust. § 2 odst. 2 písm. d) zákona, nikoliv sektorového zadavatele dle ust. § 2 odst. 6 zákona.
32. Současně se Úřad dále zabýval otázkou, zda předmět plnění uvedených veřejných zakázek souvisel s výkonem relevantní činnosti zadavatele a zda tedy zadavatel mohl postupovat podle ust. § 2 odst. 7 zákona.
33. Jak vyplývá ze stanov Tepla Přerov, předmětem činnosti této společnosti je i výroba tepla a distribuce topné a teplé vody pro město Přerov, což lze považovat za relevantní činnost dle ust. § 4 odst. 1 písm. b) zákona. Zadavatel ve svém vyjádření konstatuje, že zajišťuje dodávky tepla a teplé užitkové vody do areálu krytého bazénu v Přerově a tudíž se domníval, že je v roli sektorového zadavatele, který má povinnost zadávat podle zákona pouze nadlimitní veřejné zakázky. K uvedenému úřad konstatuje, že v daném případě mohl být pro zadavatele takovýto postup přípustný pouze tehdy, pokud by předmětná plnění souvisela s výkonem jeho relevantní činnosti. Dle názoru Úřadu rekonstrukci bazénu, jenž spadá do oblasti služeb, které vykonává ve veřejném zájmu, nelze považovat za plnění související s výkonem jeho relevantní činnosti. Za takové by bylo možno považovat např. výstavbu či rekonstrukci rozvodných sítí pro dodávku tepla a souvisejících zařízení, avšak nikoliv stavební práce související s rekonstrukcí takřka celé budovy krytého bazénu. Z tohoto důvodu Úřad konstatuje, že výše uvedené veřejné zakázky č. 1 až č. 4 nebyly zadávány v souvislosti s výkonem relevantní činnosti zadavatele.
34. Z uvedeného tedy vyplývá, že Teplo Přerov jakožto veřejný zadavatel v daném případě poptával plnění, které nesouviselo s výkonem jeho relevantní činnosti, a tudíž pro něj v případě zadávání předmětných veřejných zakázek podle § 2 odst. 7 zákona neplatila ustanovení zákona vztahující se na sektorového zadavatele.
35. Úřad dále považuje za nutné konstatovat, že zadavatel byl povinen zadávat veřejné zakázky „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu v Přerově – 1. etapa – šatna“ a „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov 2. etapa – technologie krytého dětského bazénu“ jako podlimitní veřejné zakázky (přestože jejich výsledná hodnota je nižší než 6 mil. Kč bez DPH), jelikož dle názoru Úřadu jednotlivé etapy předmětné investiční akce na rekonstrukci a přístavbu krytého bazénu Přerov vykazovaly znaky věcné, časové i místní souvislosti. Úřad své tvrzení opírá o skutečnost, že rekonstrukce a přístavba krytého bazénu v Přerově byla od počátku pojímána jako souhrn stavebních činností, jejichž výsledkem má být celková rekonstrukce krytého bazénu v Přerově, přičemž její ucelená koncepce byla dána studií Sportakcent a.s. a z ní vycházející projektovou dokumentací CENTROPROJEKT a.s. Skutečnost, že tato rekonstrukce byla rozdělena do jednotlivých etap, nelze považovat za důvod, který by vyvracel názor Úřadu, že se jednalo o vzájemně navazující stavební práce, jejichž jediným cílem nebyla pouze finalizace jednotlivých etap, ale dokončení celkové rekonstrukce plaveckého areálu v Přerově. Časové rozmezí výzev k podání nabídek u veřejných zakázek (vyjma veřejné zakázky č. 4, která tak není předmětem závěrů Úřadu) je menší než tři měsíce a tato skutečnost taktéž nasvědčuje tomu, že se jednalo o vzájemně související plnění, což

potvrzuje taktéž místní totožnost plnění. Celková předpokládaná hodnota těchto vzájemně souvisejících plnění tak dosáhla hodnoty podlimitní veřejné zakázky, což potvrzuje i celková cena vyplývající ze smluv č. 1 – č. 3 uzavřených na tato plnění (9 072 682, 94 Kč bez DPH).

36. Z uvedeného vyplývá, že jednotlivé veřejné zakázky mohly tedy být zadávány odděleně pouze postupem a ve stejném režimu, v jakém by měla být zadávána takováto veřejná zakázka jako celek – tedy jako podlimitní veřejná zakázka (s ohledem na formulaci ust. § 13 odst. 3 taktéž formou zjednodušeného podlimitního zadávacího řízení). S ohledem na výše uvedené závěry Úřadu, proto nelze pojímat veřejné zakázky „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu v Přerově – 1. etapa – šatna“ a „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov 2. etapa – technologie krytého dětského bazénu“ ani jako veřejné zakázky malého rozsahu, přestože jejich hodnota nepřesáhla finanční hodnotu stanovenou v ust. § 12 odst. 3 zákona pro jejich určení (a které by tudíž zadavatel nemusel zadávat podle ust. § 21 zákona), jelikož při součtu finančního objemu plnění s veřejnou zakázkou č. 2, která s nimi byla vzájemně související, jejich celková předpokládaná hodnota přesáhla 6 mil. Kč bez DPH, a zadavatel tak byl povinen provést jejich zadání v některém z druhů zadávacího řízení uvedených v ust. § 21 zákona.
37. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad tedy shrnuje, že Teplo Přerov bylo v případě zadávání veřejných zakázek „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu v Přerově – 1. etapa – šatna“ a „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov 2. etapa – technologie krytého dětského bazénu“ v pozici veřejného zadavatele, který s ohledem na skutečnost, že tyto veřejné zakázky měly být zadávány v režimu podlimitních veřejných zakázek (zadavatel je takto i označil), aby nedošlo k jejich nezákonnému dělení, a že tyto veřejné zakázky nesouvisely s jeho relevantní činností, byl povinen zadat je v některém ze zadávacích řízení uvedených v ust. § 21 zákona. Tento závěr nepřímo potvrzuje zadavatel svým postupem v ostatních veřejných zakázkách, kdy tyto zadával již v souladu s ust. § 21 zákona.
38. Zadavatel tak porušil ust. § 21 zákona, když uzavřel smlouvy s vybranými uchazeči v rámci veřejných zakázek „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu v Přerově – 1. etapa – šatna“ a „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov 2. etapa – technologie krytého dětského bazénu“ bez provedení zadávacích řízení v souladu se zákonem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnějších nabídek, neboť nelze vyloučit, že by zadavatel v rámci řádných zadávacích řízení obdržel i jiné, pro něj výhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel s vybranými uchazeči smlouvy na realizaci předmětu těchto veřejných zakázek.
39. Vzhledem k tomu, že Úřad zjistil, že zadavatel v případě veřejných zakázek č. 2 a č. 4 a město Přerov v případě veřejné zakázky č. 5 použili pro jejich zadání zjednodušené podlimitní řízení tj. postup podle § 21 zákona, Úřad správní řízení týkající se přezkumu postupu zadavatele u těchto veřejných zakázek zastavil.

#### **Uložení sankce**

40. Podle § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že

- a. nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejuhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82,
  - b. zruší zadávací řízení, aniž byly splněny podmínky podle § 84,
  - c. nepořídí nebo neuchová dokumentaci o veřejné zakázce podle § 109 a 155, nebo
  - d. nesplní povinnost stanovenou v § 146 a 147 pro uveřejňování.
2. Jelikož zadavatel nesplnil podmínku stanovenou v § 21 zákona a uzavřel smlouvy s vybranými uchazeči na základě postupu, při němž nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak v obou případech skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
  3. 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 odstavce 1 písm. a) zákona.
  4. Cena veřejné zakázky „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu v Přerově – 1. etapa – šatna“, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 1 997 845, 74 Kč vč DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 99 892, 28 Kč.
  5. Cena veřejné zakázky „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov 2. etapa – technologie krytého dětského bazénu“, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 2 013 429,- Kč vč DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 100 671, 45 Kč.
  6. Vzhledem k uplatňování absorpční zásady při stanovení pokuty za spáchání sbíhajících se deliktů, tj. uložení úhrnného trestu za nejzávažnější z těchto deliktů, je výchozí hodnotou pro určení nejvyšší možné pokuty v tomto případě cena veřejné zakázky „Rekonstrukce a přístavba krytého bazénu Přerov 2. etapa – technologie krytého dětského bazénu“, jež činí 2 013 429,- Kč vč DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 100 671, 45 Kč.
  7. 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.
  8. Před uložení pokuty Úřad tedy ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona k uložení pokuty. V daném případě došlo ke spáchání správních deliktů uzavřením smluv dne 21.7.2008 a 22.9.2008.
  9. 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.

10. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu následující skutečnosti.
11. Zadavatel se dopustil správních deliktů tím, že uzavřel smlouvy s vybranými uchazeči, přičemž v obou případech nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený zákonem. Úřad vzal v potaz tu skutečnost, že zadavatel předmětné veřejné zakázky nezadával v souladu se zákonem, nýbrž pouze podle jeho principů, což mohlo mít za důsledek nižší ochotu potenciálních dodavatelů zúčastnit se takovýchto veřejných zakázek s ohledem na skutečnost, že takovéto veřejné zakázky by nepodléhaly standardnímu přezkumnému režimu, a tudíž mohlo dojít k omezené účasti v zadávacím řízení a konkurenční tlak na smluvní cenu tak mohl být z tohoto důvodu nižší. Omezení soutěžního prostředí je přitom považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek. Naopak jako polehčující okolnost považuje Úřad skutečnost, že tímto způsobem byla dodržena alespoň určitá míra pravidel vyplývajících ze zákona a nabídky zúčastněných dodavatelů tak byly podrobeny obdobnému mechanismu selekce jako v případě postupu podle zákona. Z tohoto důvodu mu za zjištěné závažné porušení zákona uložil Úřad pokutu při dolní hranici možné sazby.
12. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. Dle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z výroční zprávy zadavatele za rok 2010 vyplývá, že v daném roce zadavatel dosáhl výsledku hospodaření ve výši 14, 243 mil. Kč před zdaněním. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
13. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce, a to funkci represivní a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k chování, které je se zákonem v souladu. Po uvážení uvedených argumentů Úřad stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující.
14. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěným správním deliktům zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť veřejné zakázky jsou již realizovány a nápravy tedy nelze dosáhnout.
15. Pokuta uložená ve výroku III. tohoto rozhodnutí bude uhrazena na účet Celního úřadu v Brně 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, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 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. Mgr. Milan Šebesta, advokát, se sídlem Jakubská 1, 602 00 Brno
2. JUDr. Petr Dutko, advokát, se sídlem Blahoslavova 7, 750 02 Přerov
3. PSS Přerovská stavební a.s, Skopalova 2861/7, 750 02 Přerov
4. CENTROPROJEKT a.s., Štefánikova 167, 760 30 Zlín

### **Vypraveno dne:**

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