



UOHSX004L71R

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S244/2012/VZ-20281/2012/512/JOn

Brno 29. října 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 2. 5. 2012, jehož účastníkem je

- zadavatel – Služby města Pardubic a.s., IČ 25262572, Hůrka 1803, 530 02 Pardubice, Bílé předměstí, za niž jedná Mgr. David Letošník, předseda představenstva,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona zadavatelem ve veřejné zakázce „Generální oprava kremační pece č. 1 typu C411, firmy GERBEK FDI Francie v krematoriu Pardubice“, na niž zadavatel dne 5. 1. 2012 uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem – P KI – Teplotechna Brno spol. s.r.o., IČ 469005308, Anenská 675/4, 602 00 Brno, za niž jedná Jiří Klíma, jednatel,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Služby města Pardubic a.s., IČ 25262572, Hůrka 1803, 530 02 Pardubice – se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 citovaného zákona, když veřejnou zakázku „Generální oprava kremační pece č. 1 typu C411, firmy GERBEK FDI Francie v krematoriu Pardubice“ nezadal v příslušném zadávacím řízení, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem – P KI – Teplotechna Brno spol. s.r.o., IČ 469005308, Anenská 675/4, 602 00 Brno – smlouvu.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodě I. se zadavateli – Služby města Pardubic a.s., IČ 25262572, Hůrka 1803, 530 02 Pardubice – podle § 120 odst. 2 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách ukládá

pokuta ve výši 70.000 Kč (sedmdesát 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“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 2. 12. 2011 (dále jen „podnět č. 1“) a dne 8. 12. 2011 (dále jen „podnět č. 2“) podněty k zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Služby města Pardubic a.s., IČ 25262572, Hůrka 1803, 530 02 Pardubice, Bílé předměstí, za niž jedná Mgr. David Letošník, předseda představenstva (dále jen „zadavatel“) – týkající se veřejné zakázky „Generální oprava kremační pece č. 1 typu C411, firmy GERBEK FDI Francie v krematoriu Pardubice“ (dále jen „veřejná zakázka“). Podnět č. 1 byl Úřadem vedený pod sp. zn. ÚOHS-P917/2011/VZ a podnět č. 2 byl Úřadem vedený pod sp. zn. ÚOHS-S935/2011/VZ. V obou podnětech stěžovatelé namítají, že přestože zadavatel naplňuje znaky veřejného zadavatele, jak vyplývá z ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona, poptával veřejnou zakázku mimo zadávací řízení, jehož jednotlivé druhy jsou uvedeny v ustanovení § 21 odst. 1 zákona.
2. V reakci na shora uvedené si Úřad, na základě žádosti č. j. ÚOHS-P917/2011/VZ-690/2012/940/LKo ze dne 11. 1. 2012, od zadavatele vyžádal jeho písemné vyjádření k podnětu, jakož i zaslání dokumentace pořízené v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou.
3. Dne 20. 1. 2012 Úřad obdržel vyjádření zadavatele ze dne 18. 1. 2012 a příslušnou dokumentaci k veřejné zakázce. Ve svém vyjádření zadavatel uvádí, že v šetřeném případě nenaplňuje znaky veřejného zadavatele podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona, neboť nesplňuje obě kumulativní podmínky, a to zejména, pokud se jedná o tzv. „uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu“. Zadavatel konstatoval, že kremační služby poskytuje v převážné míře dalším provozovatelům pohřebních služeb na základě obchodních vztahů a tyto za poskytované služby zadavateli platí, z čehož zadavatel vyvozuje, že poskytuje služby ryze obchodní povahy. Zadavatel dále uvádí, že účelem provozování krematoria je vytváření zisku, který následně umožní provoz, opravy a případné pořízování nových technologií.
4. Zadavatel rovněž tvrdí, že všechny služby poskytuje za účelem dosažení zisku a jeho zřizovatel – statutární město Pardubice – se jako jediný akcionář nepodílí na financování provozu krematoria. Zadavateli nebyla na chod krematoria ani přidělena žádná dotace. Akcionář aktivně nezasahuje do činnosti zadavatele, pouze vykonává kontrolu v rámci práv akcionáře.

5. Z dokumentace o veřejné zakázce, jíž zadavatel Úřadu poskytl, tento zjistil, že zadavatel výzvou ze dne 20. 6. 2011 vyzýval 3 dodavatele – P K I - Teplotechna Brno spol. s r.o., IČ 46905308, Anenská 675/4, 602 00 Brno, za niž jedná Jiří Klíma, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“), TABO CZ s.r.o., IČ 26082438, Arbeiterova 53/1, 390 01 Tábor, za niž jedná Oldřich Peřina, jednatel, a GEM-Matthews International S.R.L., VIA Zanussi 315 Z.I.U., 33100 Udine, Itálie (dále jen „GEM – Matthews International“) – k podání nabídky, jejíž předmět plnění bude představovat dodávka 2 kusů kremačních pecí včetně příslušenství v krematoriu Pardubice.
6. V reakci na svoji výzvu, jak vyplývá ze zápisu zadavatele z otevírání obálek ze dne 25. 7. 2011, zadavatel obdržel nabídku od vybraného uchazeče a italské společnosti GEM – Matthews International. Zadavatel však na základě oznámení o zrušení poptávkového řízení ze dne 22. 9. 2011 poptávkové řízení zrušil, aby následně, dne 8. 11. 2011, vyzval vybraného uchazeče a italskou společnost GEM-Matthews International S.R.L. k podání nabídky na generální opravu kremační pece v krematoriu Pardubice.
7. Ze zápisu z jednání komise ustanovené zadavatelem pro posouzení nejvhodnější nabídky ze dne 23. 11. 2011 vyplývá, že jako nejvhodnější byla vybrána nabídka vybraného uchazeče s nabídkovou cenou 2.406.600 Kč bez DPH (2.887.920 Kč včetně DPH). Italská společnost GEM – Matthews International předložila nabídku s nabídkovou cenou ve výši 3.493.700 Kč bez DPH (4.192.440 Kč včetně DPH). Dne 5. 1. 2012 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo, jejímž předmětem plnění byla generální oprava kremační pece č. 1 typu C 411, firmy FERMEK FDI Francie v krematoriu Pardubice, přičemž cena za dílo byla sjednána ve výši 2.406.600 Kč bez DPH (2.887.920 Kč včetně DPH).
8. V žádosti č. j. ÚOHS-P917/2011/VZ-3403/2012/940/LKo ze dne 20. 2. 2012 Úřad žádal zadavatele o zaslání informace, zda tento v minulém roce realizoval opravu nebo výměnu druhé kremační pece, popř. zda tuto opravu nebo výměnu hodlá provést v letošním roce včetně uvedení její předpokládané nebo uhrazené ceny.
9. Dne 2. 3. 2012 Úřad obdržel odpověď zadavatele, který uvedl, že opravu druhé kremační pece hodlá provést v roce 2012 s tím, že předpokládaná cena by se měla pohybovat v blízkosti ceny sjednané za opravu kremační pece č. 1, přičemž rozhodující bude skutečný stav pece před uzavřením smlouvy o dílo.

I. Zahájení správního řízení

10. Z materiálů, jež tvořily přílohy shora označeného podnětu č. 1 a podnětu č. 2, jakož i z dokumentace o veřejné zakázce Úřad získal pochybnost, zda zadavatel jednal v souladu se zákonem, když nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 zákona, neboť veřejnou zakázku „Generální oprava kremační pece č. 1 typu C411, firmy GERBEK FDI Francie v krematoriu Pardubice“ nezadal v příslušném zadávacím řízení a dne 5. 1. 2012 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.
11. Na základě žádosti č. j. ÚOHS-P935/2011/VZ-6010/2012/520/JO n ze dne 27. 3. 2012 Úřad žádal statutární město Pardubice, zakladatele a jediného akcionáře zadavatele, (dále jen „zakladatel“) o informaci o výši peněžních prostředků, které zadavatel v roce 2011 obdržel od statutárního města Pardubice, a to v podobě darů, půjček, dotací a plnění ze smluv, jež statutární město Pardubice v roce 2011 se zadavatelem uzavřelo, jakož i smluv, jež byly

uzavřeny před rokem 2011, avšak na jejichž základě bylo v roce 2011 plněno. Úřad statutární město Pardubice rovněž žádal, aby u každé smlouvy uvedlo, zda byla uzavřena na základě zadávacího řízení v režimu zákona včetně bližší identifikace zadávacího řízení či zda tato byla uzavřena na základě výběrového řízení, které režimu zákona nepodléhá, včetně bližší identifikace výběrového řízení.

12. V reakci na výše označenou žádost Úřad dne 16. 4. 2012 obdržel od statutárního města Pardubice následující odpověď:

Výčet smluv:

- Odbor ekonomický
 - Smlouva o poskytnutí dotace Č. D0598/00109/11 - dotace na výstavbu kolumbária uzavřena 29. 11. 2011, na částku 1 500 000 Kč
- Odbor dopravy
 - Dodatek č. 9 ze dne 11. 1. 2011 ke Smlouvě o zajištění svícení, uzavřené dne 3. 2. 2003, na částku 35.000.000 Kč.
 - Dodatek č. 3 ze dne 11. 1. 2010 ke Smlouvě o dílo - zimní údržba, uzavřené dne 15. 1. 1999, na částku 16.580.000 Kč.
 - Smlouva o dílo-čištění města, uzavřena dne 11. 1. 2011, na částku 16.440.000 Kč.
 - Dodatek č. 2 ze dne 11. 1. 2010 ke Smlouvě o dílo - provoz a údržba světelné signalizace, uzavřené dne 15. 1. 1999, na částku 1.680.000 Kč.
 - Dodatek č. 5 ze dne 1. 2. 2008 k Mandátní smlouvě o výkonu některých práv k pozemním komunikacím, uzavřené dne 20. 5. 1998, na částku 300.000 Kč.
 - Smlouva o dílo č. SmP-ÚK 01/2004, aktualizace stávajícího pasportu dopravního značení, uzavřené dne 9. 2. 2004, na částku 203.000 Kč.
 - Smlouva o dílo-údržba komunikací, uzavřena dne 11. 1. 2010, na částku 15.500.000 Kč.
 - Smlouva o provádění odtahu silničních motorových vozidel, uzavřena dne 20. 12. 2010, na částku 89.000 Kč.
- Odbor majetku a investic
 - Smlouva o dílo ze dne 26. 9. 2011, na částku 208.966 Kč (bez DPH)
Úprava přechodu pro chodce vč. jeho osvětlení v ul. Mezí Mosty, Husova, Štrossova
Termín: do 31. 10. 2011.
Schváleno v RmP (č.usn. 1444/2011 ze dne 6. 9. 2011)
 - Mandátní smlouva na provozování pohřebišť ze dne 15. 2. 2010, na částku 833.000 Kč (bez DPH)
Doba neurčitá, dodatkem sjednán objem prací pro příslušný kal. rok
Schváleno v RmP (č. usn. 5629/2010 ze dne 9. 2. 2010)
 - Dodatek č. 1 ze dne 11. 2. 2011 k Mandátní smlouvě ze dne 15. 2. 2010, na částku 833.000 Kč (bez DPH)

Schváleno v ZmP (č. usn. Z 44/2010 – bod č. 4 – ze dne 14. 12. 2010)

- Smlouva o dílo č. SmP VO - 07/2010 ze dne 11. 6. 2010, na částku 291.644 Kč (bez DPH)

Výměna kabelu SSZ mezi křižovatkami K3 na K13 v Pardubicích

Termín: 8 týdnů od předání staveniště

Projednáno na poradě primátorky dne 15. 12. 2009

- Smlouva o dílo č. SmP VO - 09/2010 ze dne 25. 6. 2010, na částku 1.864.141 Kč (bez DPH)

Rekonstrukce veřejného osvětlení Višňovka - úprava vnitrobloku č. 39 a 45

Termín: do 15. 4. 2011

Schváleno v RmP (č. usn. 6333/2012 ze dne 8. 6. 2010)

- Smlouva o dílo ze dne 23. 7. 2010, částku 245.000 Kč (bez DPH)

Údržba a provoz objektu „Zámeček" (1 592 500 Kč bez DPH do r. 2016)

Termín: od 1. 6. 2010 - 31. 12. 2016

Projednáno na poradě vedení města s vedoucími odborů a řediteli a.s. dne 21. 7. 2010

- Odbor životního prostředí

- Smlouva na svoz a likvidaci komunálního odpadu, úklid stanovišť kontejnerů, separovaný sběr, likvidace nebezpečných odpadů, svoz bioodpadu a provoz separačních dvorů. Smlouva z r. 2010.

Realizovaný objem prací v r. 2011:

| | |
|-------------------------------|---------------|
| Komunální odpady | 39.055.000 Kč |
| Úklid stanovišť kontejnerů | 1.797.000 Kč |
| Separovaný sběr | 13.170.000 Kč |
| Likvidace nebezpečných odpadů | 1.468.000 Kč |
| Bioodpady | 355.000 Kč |
| Provoz separačních dvorů | 11.020.000 Kč |

- Smlouva na sběr kadaverů z r. 2009.

Objem prací v r. 2011 89.000 Kč

- Smlouva na provoz mobilního protipovodňového hrazení z r. 2007

Objem prací v roce 2011 36.000 Kč

- Smlouva na likvidaci černých skládek v lesích z r. 2011

Objem prací v roce 2011 31.000 Kč

13. Na základě žádosti č. j. ÚOHS-P935/2011/VZ-6013/2012/520/JOn ze dne 27. 3. 2012 Úřad žádal zadavatele, aby mu tento předložil kopie svých zakladatelských dokumentů, jakož i kopie auditorských zpráv, resp. účetních závěrek, za jednotlivá účetní období, a to od založení zadavatele do současnosti. Požadované kopie Úřad od zadavatele obdržel dne 5. 4. 2012.

14. Jelikož pochybnosti Úřadu uvedené v odstavci 10 odůvodnění tohoto rozhodnutí nebyly na základě zadavatelem následně poskytnutých informací a podkladů vyvráceny, Úřad oznámil zahájení správního řízení dopisem č. j. S244/2012/VZ-8152/2012/520/JOn ze dne

27. 4. 2012, který byl zadavateli, jako jedinému účastníku řízení, doručen dne 2. 5. 2012, a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení.

15. Usnesením č. j. ÚOHS-S244/2012/VZ-8154/2012/520/JOn ze dne 27. 4. 2012 Úřad stanovil zadavateli lhůtu, ve které byl tento oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné úkony, jakož i oprávněn vyjádřit své stanovisko. Zadavateli byla rovněž stanovena lhůta, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

II. Vyjádření zadavatele

16. Dne 9. 5. 2012 Úřad obdržel vyjádření zadavatele ze dne 7. 5. 2012, ve kterém zadavatel uvádí, že není veřejným zadavatelem ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona. Obsahově se vyjádření ze dne 9. 5. 2012 shoduje s vyjádřením zadavatele ze dne 18. 1. 2012, jež bylo výše popsáno v odst. 3 a 4 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Nad rámec původního vyjádření však zadavatel nově upozorňuje na tu skutečnost, že zadavatel nese riziko případných ztrát při provozování krematoria, stejně jako dalších služeb poskytovaných v rámci svých činností. Zadavatel vykonává svoji činnost v rámci hospodářské soutěže, např. v roce 2011 podal, mimo jiné, 53 cenových nabídek veřejným zadavatelům v rámci regionu a z toho polovinu zakázek získal. Své služby zadavatel realizuje na základě uzavřených obchodních smluv. Zadavatel představuje samostatnou právnickou osobu, resp. obchodní společnost.
17. Závěrem svého vyjádření ze dne 9. 5. 2012 zadavatel dodává, že zákon neporušil. Přestože se zadavatel za veřejného zadavatele nepovažoval, postupoval obdobně jako veřejný zadavatel, neboť vyzval k předložení nabídek více dodavatelů. Hodnocení nabídek a výběr nejvhodnější nabídky prováděla komise, což vyplývá z předložené dokumentace. Zadavatel dále uvádí, že vybral, s ohledem na specifikum předmětu veřejné zakázky – opravu kremační pece C 411 výrobce FERBERK FDI instalované v roce 1993 – nejvhodnější nabídku.

III. Závěry Úřadu

18. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když veřejnou zakázku nezadal v příslušném zadávacím řízení, nedodržel tak postup stanovení v § 21 zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již s vybraným uchazečem uzavřel smlouvu. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující.

IV. K naplnění zákonných definičních znaků veřejného zadavatele

19. Podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud
- byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 - 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.

20. Zákon stanoví tři podmínky, jejichž kumulativní naplnění je nezbytné proto, aby bylo možné daný subjekt podřadit pod zákonné definiční znaky veřejného zadavatele.
21. První podmínka se vztahuje k právní formě daného subjektu, kdy tento musí být právnickou osobou. Zákonná definice právnické osoby je obsažena v ustanovení § 18 odst. 2 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, jež stanoví, že právnickými osobami jsou:
 - a. sdružení fyzických nebo právnických osob
 - b. účelová sdružení majetku
 - c. jednotky územní samosprávy
 - d. jiné subjekty, o kterých to stanoví zákon.
22. V šetřeném případě je zadavatel obchodní společností, resp. jedná se o akciovou společnost. Ustanovení § 56 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“), uvádí, že obchodní společnost je právnickou osobou založenou za účelem podnikání, nestanoví-li právo Evropských společenství či zákon jinak a dále vyjmenovává taxativní výčet obchodních společností do kterého, mimo jiné, spadá akciová společnost. S ohledem na shora uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel je právnickou osobou a první podmínka pro naplnění definičních znaků veřejného zadavatele je naplněna.
23. Druhá podmínka, kterou zákon při definici veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) vymezil, je povinnost, aby byla právnická osoba založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. V rámci druhé podmínky je tedy nezbytné se vypořádat se dvěma otázkami:
 - Byl zadavatel založen či zřízen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu?
 - Lze mít za prokázané, že tyto potřeby veřejného zájmu nemají průmyslovou nebo obchodní povahu?
24. Za účelem zodpovězení shora uvedených otázek, Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 98/2010-399 ze dne 31. 5. 2011. Přestože se v tomto rozsudku Nejvyšší správní soud zabývá vymezením pojmu „veřejný zadavatel“ tak, jak byl zakotven v již neúčinném zákoně č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, závěry tohoto rozsudku jsou, mutatis mutandis, příléhavé rovněž k aktuální úpravě zákonné definice veřejného zadavatele.
25. Ze shora citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu vyplývá, že zákonné ustanovení definující veřejného zadavatele je třeba vyložit tzv. eurokonformním způsobem, tedy v souladu s definicí veřejného zadavatele, jak byla uvedena v čl. 1 písm. b) směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. 6. 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby, směrnice Rady 93/36/EHS ze dne 14. 6. 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky a směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. 6. 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, neboť zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, byl na danou věc přijat právě z důvodu

implementace uvedených směrnic. Přestože byly shora citované směrnice k 30. 1. 2006 zrušeny a byly nahrazeny směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, jejíž transpoziční lhůta uplynula 31. 1. 2006, a jejíž implementaci do českého právního řádu měl zajistit nový zákon o veřejných zakázkách č. 137/2006 Sb., definice veřejných zadavatelů je shodná s úpravou uvedenou v těchto předchozích, dnes již zrušených, směrnicích.

26. Při výkladu zákonné definice veřejného zadavatele je nezbytné postupovat v intencích judikatury Soudního dvora EU (dříve Evropský soudní dvůr). Má-li Úřad stanovit, zda byl zadavatel založen či zřízen za účelem veřejného zájmu, z logiky věci vyplývá, že je nejprve nezbytné vydefinovat obsah pojmu „veřejný zájem“, resp. „obecný zájem“, což je termín, který používá Soudní dvůr EU.
27. Pro účely šetřeného případu je významný rozsudek Soudního dvora EU C-360/96 Gemeente Arnhem a Gemeente Rheden vs. BFI Holding BV ze dne 10. 11. 1998 týkající se společnosti ARA (BFI Holding). Tato společnost byla založena dvěma samosprávnými celky, aby zajišťovala služby související s likvidací a svozem odpadů a čištění silnic. Soudní dvůr EU v bodu 52 zdůvodnění citovaného rozsudku konstatoval, že na odvoz a nakládání s domovním odpadem může být nepochybně nahlíženo jakožto na potřebu obecného zájmu.
28. Přílehlavé jsou rovněž závěry plynoucí z rozsudku Soudního dvora EU č. j. C-373/00 Adolf Truley GmbH proti Bestattung Wien GmbH ze dne 27. 2. 2003. V bodu 51 odůvodnění tohoto rozsudku Soudní dvůr EU, mimo jiné, uvedl, že podnikatelská činnost související se zajišťováním pohřbů rozhodně naplňuje potřeby obecného zájmu.
29. V již citovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu (odst. 24 odůvodnění tohoto rozhodnutí) je uvedeno, že Soudní dvůr EU pojem „potřeby v obecném zájmu“ vykládá poměrně extenzivně a jeho chápání v komunitárním právu je velmi blízké způsobu, jak s tímto pojmem pracuje české vnitrostátní právo. Veřejný či obecný zájem je možno v dané souvislosti chápat jako protiklad zájmů soukromých, od nichž se odlišuje tím, že okruh osob, jimž takový zájem svědčí, je vždy neurčitý. Nejvyšší správní soud dále doplňuje, že existuje zvláštní zájem nad uspokojováním takových potřeb, což se projevuje tak, že stát tyto potřeby uspokojuje přímo sám či si nad jejich uspokojováním ponechává kontrolu, ať již přímo či prostřednictvím ovlivňování podmínek, za nichž uspokojování potřeb v obecném zájmu probíhá.
30. Nad rámec shora uvedeného Úřad zároveň konstatuje, že podmínka založení či zřízení za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu neprůmyslového či neobchodního charakteru však neznamená, že by právnická osoba, jež tyto potřeby uspokojuje až v průběhu své existence, tedy nikoliv od okamžiku svého založení či zřízení, takovou podmínku nesplnila. K naplnění dotčené podmínky postačí, pokud právnická osoba relevantní potřeby veřejného zájmu neprůmyslové či neobchodní povahy uspokojuje až v průběhu své existence, avšak je zapotřebí, aby tato skutečnost byla objektivně prokazatelná.
31. Zakladatelská listina o založení zadavatele ze dne 24. 7. 1996 v bodě 4 uvádí následující předmět činnosti zadavatele:
 - správa komunikací,
 - péče o zeleň,

- čištění města,
- správa a údržba veřejného osvětlení a světelné signalizace,
- správa pohřebišť,
- nakládání s odpady,
- dodávky prací a služeb pomocí stavebních a speciálních mechanismů,
- elektroinstalatérství,
- zámečnictví,
- silniční motorová doprava,
- opravy motorových vozidel,
- provoz krematoria,
- pohřební služba,
- plakátovací a reklamní činnost,
- čistírenství.

32. Z výše uvedeného výčtu činností zadavatele uvedeného v zakladatelském dokumentu je patrné, že od počátku svého založení resp. zřízení, zadavatel realizuje činnosti, jež vedou k uspokojení veřejného zájmu. Již citovaná rozhodnutí Soudního dvora EU označují nakládání s odpady a provozování pohřební služby, s čímž souvisí i správa pohřebišť a provozování krematoria, za činnosti uskutečňované za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu. Úřad má tedy, s odkazem na autoritu relevantní judikatury Soudního dvora EU, za prokázané, že zadavatel byl založen, resp. zřízen, za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu. Rovněž správa a údržba veřejného osvětlení a světelné signalizace, jakož i správa komunikací, péče o zeleň a čištění města lze označit za činnosti, jejichž realizace vede k uspokojení potřeb veřejného zájmu, neboť tyto jsou zcela zjevně prospěšné neurčitému počtu osob.
33. Úřad zároveň ve svém rozhodnutí zohledňuje závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 111/2008-91 ze dne 10. 9. 2009, ve kterém Nejvyšší správní soud poukazuje i na fakt, že přestože je mezi relevantními skutečnostmi pro posouzení povahy subjektu ve smyslu definice veřejného zadavatele skutečně uváděna okolnost zřízení subjektu, zároveň je považováno za nutné posoudit i okolnosti, za nichž je činnost subjektu vykonávána v předmetné době. V šetřeném případě však Úřad přezkoumává postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky, jejíž předmět plnění přímo souvisí s činností, kterou Úřad považuje za projev uspokojování potřeb veřejného zájmu zadavatelem, konkrétně se jedná o provozování krematoria. Ze zprávy nezávislého auditora o ověření účetní závěrky za rok 2009, 2010 a 2011 vyplývá, že nejvyšší výnosy z běžné činnosti zadavatele pocházely z údržby komunikací, nakládání s odpady, veřejného osvětlení a pietních služeb, tedy s činností realizovaných k uspokojení potřeb veřejného zájmu.
34. S ohledem na shora uvedené má Úřad za prokázané, že byla rovněž naplněna první část druhé podmínky představující definiční znak veřejného zadavatele, tedy, že zadavatel byl založen či zřízen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu.
35. Splnění druhé části druhé podmínky vyžaduje záporné zodpovězení otázky, zda posuzované potřeby veřejného zájmu mají obchodní či průmyslový charakter?
36. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku, jenž byl shora citován v odst. 25 odůvodnění tohoto rozhodnutí, apriori vyzdvihl důležitost správného posouzení tohoto kritéria, neboť jeho role je v daných případech klíčová a vede k rozlišení mezi veřejnými a soukromými zadavateli. Z judikatury Soudního dvora EU vyplývá, že za potřeby v obecném zájmu, jež

nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, lze obecně považovat takové, které jsou uspokojovány jinak než prostřednictvím dostupnosti zboží a služeb na trhu, a z důvodu, že na jejich uspokojování je nahlíženo jako na veřejný zájem, se stát rozhodl sám tyto úkoly vykonávat nebo si nad jejich vykonáváním alespoň udržet kontrolu. Vhodným vodítkem mohou být skutečnosti související s financováním činnosti subjektu, tedy, zda byl primárně založen za účelem vytváření zisku, zda sám nese náklady související se svou činností, zda je jakkoli jeho činnost financována z veřejných zdrojů. Důležitým vodítkem je rovněž ta skutečnost, zda dotčený subjekt vykonává svoji činnost v podmínkách hospodářské soutěže, neboť existence takové soutěže může indikovat, že obecná potřeba má průmyslový nebo obchodní charakter.

37. Z článku 48 rozsudku Soudního dvora EU C-18/2001 Riitta Korhonen vs. Varkauden Taitotalo ze dne 22. 5. 2003 vyplývá, že při posuzování, zda-li zde existuje potřeba v obecném zájmu nemající průmyslový ani obchodní charakter, musí být vzaty v úvahu všechny relevantní právní a faktické prvky, jako okolnosti převládající v době, kdy byl dotčený subjekt zřizován, a podmínky, za kterých vykonává svoji činnost. Na základě dalšího rozsudku Soudního dvora ve věci C 44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG a další / Strohal Rotationsdruck GesmbH ze dne 15. 1. 1998 lze vyvodit, že v případě, kdy určitý subjekt vykonává částečně činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu a současně i jinou běžnou obchodní činnost, je považován za zadavatele veřejných zakázek v plném rozsahu své činnosti. Jinými slovy subjekt musí být zřízen pro specifický účel uspokojování potřeb v obecném zájmu, nemající průmyslový nebo obchodní charakter, což však neznamená, že by měl být pověřen jen výkonem takové činnosti. Naopak, pro posouzení, zda subjekt splňuje dotčenou podmínku, není rozhodující poměr rozsahů činností, které subjekt vykonává ve veřejném zájmu a ostatních jeho činností, které ve veřejném zájmu poskytovány nejsou.
38. Úřad uvádí, že zadavatel byl založen zakladatelem, na základě zakladatelské listiny ze dne 24. 7. 1996. Původní předmět činnosti zadavatele byl již vyjmenován v odstavci 31 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Základní jmění společnosti činilo 1.000.000 Kč a bylo tvořeno peněžitým vkladem zakladatele – statutárního města Pardubice (dále jen „zakladatel“). Zakladatel sám upsal celé základní jmění společnosti a stal se výhradním vlastníkem vydaných akcií, který jmenoval první členy představenstva, první členy dozorčí rady.
39. Jak již bylo uvedeno v odst. 13 odůvodnění tohoto rozhodnutí, Úřad si od zadavatele vyžádal kopie zakladatelských dokumentů, jakož i kopie auditorských zpráv, resp. účetních závěrek, za jednotlivá účetní období, a to od založení zadavatele do současnosti. Požadované kopie Úřad od zadavatele obdržel dne 5. 4. 2012, jednalo se o stanovy ze dne 24. 7. 1996, notářský zápis o založení zadavatele ze dne 24. 7. 1996, zakladatelskou listinu o založení zadavatele z téhož dne, a zprávy nezávislého auditora o ověření účetní závěrky za rok 2002 – 2011. Základní kapitál zadavatele z původní částky 1.000.000 Kč vzrostl na 260.500.000 Kč a je splacen do výše 100 %.
40. Zadavatel měl po celou dobu své „existence“ jediného akcionáře, resp. jediného vlastníka, kterým byl zakladatel.
41. Z jednotlivých zpráv nezávislého auditora je zřejmé, že ačkoli zadavatel pravidelně vykazoval zisk, po odvedení části zisku do zákonného rezervního fondu, nedocházelo k jeho rozdělování, resp. k výplatě dividend, tantiém ani k výplatě podílů na zisku zaměstnancům.

Namísto toho byl pravidelně navyšován základní kapitál upisováním nových akcií, přičemž tyto nejsou veřejně obchodovatelné.

42. Nejvyšší správní soud v již citovaném rozsudku č. j. 9 Afs 111/2008 – 91 ze dne 10. 9. 2009 uvádí, že je nezbytné zjistit, zda si stát vyhradil kontrolu podnikatelské činnosti dotčeného subjektu, která se projevuje i tím, že má stát zájem na jeho rozvoji, jehož naplnění může být realizováno například tak, že dotčený subjekt dostává dotace či se stát aktivně podílí na podnikatelské činnosti subjektu, apod. Rovněž je třeba zohlednit, zda subjekt vykonává svoji činnost v hospodářské soutěži, resp. zda je nucen obstát v konkurenci ostatních subjektů na trhu nabízejících stejné služby či zboží, neboť právě to, že subjekt není nucen v určité oblasti čelit konkurenci, může indikovat, že je veřejným zadavatelem. Jinými slovy, je třeba zvážit všechny další relevantní právní a skutkové okolnosti, které hypotézu potřeb majících obchodní nebo průmyslovou povahu potvrdí, či vyvrátí.
43. V šetřeném případě byl základní kapitál zadavatele převážně tvořen nepeněžitými vklady zakladatele. Na základě smlouvy o upsání akcií ze dne 1. 8. 2003 došlo například k navýšení základního kapitálu zadavatele upsáním nových akcií formou nepeněžitých vkladů, který sestával ze souboru veřejného osvětlení na území zakladatele. Zakladatel tak na zadavatele převedl veřejné osvětlení v hodnotě 15.025.000 Kč. Ze zprávy nezávislého auditora o ověření účetní závěrky k 31. 2. 2011 vyplývá, že pátý nejvyšší výnos zadavatele zajistilo právě poskytování služeb spojených s veřejným osvětlením, konkrétně ve výši 14.973.000 Kč. Provozování resp. zajištění funkčnosti veřejného osvětlení je bezesporu službou mající charakter veřejného zájmu. Pokud zakladatel veřejné osvětlení na zadavatele bezúplatně převedl a navíc mu prokazatelně za zajišťování veřejného osvětlení platil, jak vyplývá ze zprávy nezávislého auditora o ověření účetní závěrky k 31. 2. 2011, jakož i výčtu smluv, které zakladatel se zadavatelem uzavřel, jež je uvedený v odst. 12 odůvodnění tohoto rozhodnutí – „Odbor majetku a investic“, je neoddiskutovatelné, že tímto postupem zadavatel, prostřednictvím svého zakladatele, jenž je zároveň jediný akcionář – získal výhradní obchodní příležitost, což zároveň vyloučilo jakoukoli možnou soutěž s ostatními subjekty rovněž způsobilými tuto činnost realizovat.
44. Úřad si od zakladatele vyžádal, jak bylo popsáno v odstavci 11 odůvodnění tohoto rozhodnutí, informaci o výši peněžních prostředků, které zadavatel od zakladatele v roce 2011 obdržel, a to v podobě darů, půjček, dotací a plnění ze smluv, jež zakladatel v roce 2011 se zadavatelem uzavřel, jakož i smluv, jež byly uzavřeny před rokem 2011, avšak na jejichž základě bylo v roce 2011 plněno. Úřad současně zakladatele žádal, aby uvedl, zda uzavřením smluv předcházelo zadávací řízení realizované v režimu zákona. Přestože zakladatel Úřadu zaslal požadované informace, jejichž doslovný opis tvoří obsah odstavce 12 odůvodnění tohoto rozhodnutí, ani u jediné smlouvy neuvedl, zda zadavatel, jehož si zakladatel zvolil za spolukontrahenta, zvítězil v zadávacích řízeních, která by uzavřením těchto smluv předcházela. Z této skutečnosti Úřad vyvodil, že zakladatel se zadavatelem výše uvedené smlouvy uzavřel, aniž by zadavatel musel soutěžit s ostatními subjekty vystupujícími na relevantním trhu a v soutěži zvítězit, z čehož lze vyvodit zřejmou výhodu, kterou zakladatel zadavateli na úkor ostatních subjektů na trhu udělil.
45. Dále je třeba uvést, že šetřená veřejná zakázka spadá do činnosti zadavatele spočívající v provozování krematoria. Budova krematoria byla do roku 1997 ve vlastnictví zakladatele, který ji na zadavatele převedl v roce 1998. V roce 2004 byla zahájena rozsáhlá rekonstrukce

budovy krematoria, jež byla ukončena v roce 2009, kdy došlo ke generální opravě fasády. Přestože byl zadavatel hlavním investorem této rekonstrukce, zakladatel, Pardubický kraj a Ministerstvo kultury přispěli na opravu částkou 2.500.000 Kč. Podle Úřadu provozování krematoria představuje činnost, které vede k uspokojování veřejného zájmu. Za účelem realizace této činnosti zakladatel na zadavatele převedl budovu krematoria a přispěl k jeho rekonstrukci. Podle Úřadu uvedené opět demonstruje fakt, že zadavatel byl zřízen či založen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, jež nemají průmyslovou či obchodní povahu.

46. Úřad dále upozorňuje na tu skutečnost, že v rámci činnosti spojené se správou hřbitovů, jíž lze rovněž považovat za činnost směřující k uspokojování potřeb veřejného zájmu, zadavatel na svých internetových stránkách www.smp-pce.cz sám připouští, že ačkoliv provedl za posledních deset let řadu oprav jak mobiliáře, tak oprav stavebního charakteru, týkající se obnovy hřbitovních zdí, márnice, vstupních bran a chodníků, poplatky, jež vybral z hrobových míst, zdaleka nepokrývají vynaložené náklady na údržbu hřbitovů. Jinými slovy zadavatel sám připouští, že tato činnost není zisková, což Úřad opět považuje za jasný projev toho, že zadavatel svojí činností uspokojuje potřeby veřejného zájmu, jež nemají průmyslový či obchodní charakter.
47. S ohledem na shora uvedené Úřad konstatuje, že i druhou podmínku definující veřejného zadavatele považuje za splněnou.
48. Třetí, poslední, podmínka, jejíž naplnění je nezbytné k prokázání, zda má zadavatel všechny definiční znaky zákonem určené pro veřejného zadavatele, stanoví, že dotčená právnická osoba 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.
49. Jak už bylo výše uvedeno, zadavatel byl jako akciová společnost založen zakladatelem, který je od založení, resp. zřízení, zadavatele jeho jediným akcionářem vlastnícím 100 % akcií. Podle ustanovení § 184 obchodního zákoníku je valná hromada nejvyšším orgánem společnosti.
50. Ustanovení § 190 odst. 1 obchodního zákoníku stanoví, že pokud má společnost jen jediného akcionáře, nekoná se valná hromada a působnost valné hromady vykonává tento akcionář, resp. rada statutárního města Pardubice.
51. Podle § 187 odst. 1 písm. d) a e) obchodního zákoníku do působnosti valné hromady náleží volba a odvolání členů představenstva, pokud stanovy neurčují, že jsou voleni a odvoláváni dozorčí radou, jakož i volba a odvolání členů dozorčí rady a jiných orgánů určených stanovami, s výjimkou členů dozorčí rady volených a odvolávaných podle § 200 obchodního zákoníku.
52. Úřad považuje výše uvedené za dostatečné zdůvodnění, proč má za prokázané, že rovněž třetí podmínka byla naplněna a současně má za prokázané, že zadavatel je veřejným zadavatelem, tak jak jej definuje ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona.
53. Úřad posoudil veškeré důkazy a vyjádření zadavatele, přičemž dospěl k závěru, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 zákona, tím že veřejnou zakázku nezadal

v příslušném zadávacím řízení, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel ji uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu.

V. K uložení sankce

54. 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 s uchazečem podle § 82 zákona.
55. V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu s ustanovením § 21 zákona, neboť nezadal veřejnou zakázku v příslušném zadávacím řízení. Zadavatel tak naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
56. Podle § 121 odst. 3 zákona ve znění pozdějších předpisů 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.
57. 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 dne 2. 12. 2011, kdy obdržel podnět č. 1 k zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 5. 1. 2012, kdy zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Správní řízení bylo zahájeno z moci úřední dne 2. 5. 2012, kdy zadavatel obdržel oznámení o zahájení správního řízení. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
58. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se zadavateli uloží za správní delikt spočívající v nedodržení postupu stanoveného tímto zákonem pro zadávání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10.000.000,- Kč nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
59. Cena zakázky činila 2.887.920,- Kč včetně DPH.
60. 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.
61. Při stanovení výše pokuty Úřad zohlednil, že ačkoliv zadavatel zadal veřejnou zakázku mimo režim zákona, resp. zakázku nezadal v příslušném zadávacím řízení, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, z jeho jednání lze vyvodit, že měl snahu umožnit soutěž a jednat hospodárně s veřejnými prostředky, neboť k předložení nabídek vyzval dva dodavatele a jejich nabídky následně podrobil vzájemnému srovnání. Nabídková cena vybraného uchazeče ve výši 2.887.920 Kč včetně DPH byla výrazně nižší, než nabídková cena druhého dodavatele – GEM – Matthews International – ve výši 4.192.440 Kč včetně DPH, což bylo pro zadavatele zjevně rozhodující. Tuto skutečnost Úřad vzal při stanovení výše pokuty v úvahu jako polehčující okolnost.

62. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, 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 sp. zn. Pl. ÚS 3/02. Podle uvedeného nálezu jsou nepřijatelné takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Zadavatel je akciovou společností se základním kapitálem ve výši 260.500.000 Kč, jenž byl 100% splacen. Ze zprávy nezávislého auditora o ověření účetní závěrky k 31. 12. 2011 zadavatele ze dne 29. 2. 2012 vyplývá, že finanční výsledek hospodaření zadavatele činil za rok 2011 12.123.000 Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze považovat za likvidační. Současně však Úřad musel brát na zřetel fakt, že se zadavatel dopustil porušení zákona, které zdaleka nebylo formálního charakteru.
63. 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. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad stanovil pokutu ve výši 70.000,- Kč, což vzhledem k souvislostem šetřeného případu bylo Úřadem posouzeno jako dostačující. Úřad mohl v tomto případě uložit pokutu do výše 5 % z částky 2.887.920 Kč (cena zakázky), tj. do výše 144.396,- Kč (viz § 120 odst. 2 písm. a) zákona). Uložená pokuta se tedy pohybuje v dolní polovině zákonné sazby a plní tak výrazně preventivní funkci. Intenzita ukládané pokuty má zároveň dosáhnout takové míry, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu.
64. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí 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, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správním orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Služby města Pardubic a.s., Hůrka 1803, 530 02 Pardubice, Bílé předměstí

Vypraveno dne:

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