



UOHSX007MPRV

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R283/2014/VZ-39790/2015/323/KHo

Brno 19. listopadu 2015

V řízení o rozkladu ze dne 4. 8. 2014 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 5. 8. 2014 zadavatelem –

- **Statutární město Jablonec nad Nisou**, IČO 00262340, se sídlem Mírové náměstí 3100/19, 466 01 Jablonec nad Nisou,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-15217/2014/523/JDo ze dne 18. 7. 2014 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Rekonstrukce mostu v ul. Kamenná v Jablonci nad Nisou**“, kterou realizoval prostřednictvím Dodatku č. 9 ze dne 29. 8. 2011 k Rámcové smlouvě o dílo uzavřené dne 20. 4. 2004 se společností Technické služby Jablonec nad Nisou s.r.o., IČO 25475509, se sídlem Souběžná 7, 466 01 Jablonec nad Nisou,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-15217/2014/523/JDo ze dne 18. 7. 2014

potvrzuji

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Postup zadavatele a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele – Statutárního města Jablonec nad Nisou, IČO 00262340, se sídlem Mírové náměstí 3100/19, 466 01 Jablonec nad Nisou (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných v rámci veřejné zakázky s názvem „Rekonstrukce mostu v ul. Kamenná v Jablonci nad Nisou“, kterou realizoval prostřednictvím Dodatku č. 9 ze dne 29. 8. 2011 (dále jen „**veřejná zakázka**“ a „**Dodatek č. 9**“) k Rámcové smlouvě o dílo uzavřené dne 20. 4. 2004 se společností Technické služby Jablonec nad Nisou, s.r.o., IČO 25475509, se sídlem Souběžná 7, 466 01 Jablonec nad Nisou (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
2. Úřad zjistil, že ve věci předmětné veřejné zakázky zadavatel nejprve zahájil užší řízení, které na základě námítky jednoho z dodavatelů zrušil (ve Věstníku veřejných zakázek bylo zadávací řízení uveřejněno pod ev. č. 60060414). Rada města Jablonce nad Nisou (dále jen „**Rada**“) následně rozhodla o novém zadání předmětné veřejné zakázky ve zjednodušeném podlimitním řízení. Dne 12. 7. 2011 však Rada zrušila své rozhodnutí o novém zadání veřejné zakázky formou zjednodušeného podlimitního řízení a schválila uzavření Dodatku č. 9, přičemž zadavatel svůj postup odůvodnil tím, že mezi vybraným uchazečem a zadavatelem je možné aplikovat výjimku podle § 18 odst. 1 písm. j) zákona. Zadavatel uzavřel Dodatek č. 9 s vybraným uchazečem dne 29. 8. 2011.
3. Předmět veřejné zakázky zadavatel vymezil v čl. III. bodě 2.1 Dodatku č. 9 jako „*rekonstrukce stávajícího přemostění Lužické Nisy, které je v havarijním stavu. Dílo bude zhotoveno dle projektové dokumentace, kterou vypracovala projekční kancelář (...) Stavba je rozdělena na následující stavební objekty – SO 101 rekonstrukce vozovky, SO 190 dopravní značení, SO 191 dopravní opatření, SO 201 rekonstrukce mostu ul. Kamenná.*“
4. Podle čl. III. bodu 2.5 Dodatku č. 9 činila sjednaná cena za předmět plnění veřejné zakázky 7 430 020 Kč bez DPH (tj. 8 916 024 Kč vč. DPH).
5. Úřad s ohledem na výše uvedené skutečnosti získal pochybnosti o tom, zda vztah zadavatele s vybraným uchazečem naplňoval veškeré podmínky pro použití výjimky pro postup mimo režim zákona vyplývající z § 18 odst. 1 písm. j) zákona, a proto zahájil správní řízení z moci úřední.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona.

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 18. 7. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-15217/2014/523/JDo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
7. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel při realizaci veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při uzavření Dodatku č. 9 neoprávněně postupoval na základě výjimky stanovené v § 18 odst. 1 písm. j) zákona mimo režim zákona, aniž by splnil podmínku, aby vybraný uchazeč vykonával podstatnou část své činnosti ve prospěch zadavatele, a nezadal tak předmět plnění vyplývající z Dodatku č. 9 v některém z případných druhů zadávacího řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
8. V odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad zkoumal, zda v posuzovaném případě byly splněny obě podmínky pro možnou aplikaci „in-house“ výjimky dle § 18 odst. 1 písm. j) zákona, a to (i) podmínka, že plnění na základě veřejné zakázky je poskytnuto veřejnému zadavateli, a to osobou, která vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto (zadávacího) veřejného zadavatele a (ii) podmínka, že veřejný zadavatel má v osobě poskytující plnění (tj. v dodavateli) výlučná majetková práva. Rozhodným obdobím pro posouzení, zda jsou kumulativně naplněny obě podmínky pro postup podle § 18 odst. 1 písm. j) zákona, je rozpočtový rok, v němž je veřejná zakázka zadávána.
9. Ke splnění druhé ze jmenovaných podmínek, Úřad uvedl, že s ohledem na skutečnost, že zadavatel je zakladatelem vybraného uchazeče a 100% vlastníkem obchodního podílu, nevznikla v průběhu správního řízení jakákoliv pochybnost o splnění této podmínky.
10. Co se týká splnění první podmínky, Úřad s ohledem na judikaturu Soudního dvora Evropské unie (dále jen „**SDEU**“), předmět činnosti vybraného uchazeče, a dále s ohledem na poměr částky z faktur proplacených zadavatelem vybranému uchazeči v letech 2010 a 2011 k výši výnosů vybraného uchazeče v tomtéž období dospěl k závěru, že tato podmínka splněna nebyla, a to z hlediska kvantitativního ani kvalitativního. Dle Úřadu představovaly činnosti vybraného uchazeče ve prospěch jiných osob v letech 2010 a 2011 více než 28 % z celkových výnosů. Úřad pak z hlediska kvalitativního posouzení přihlédl rovněž k zaměření vybraného uchazeče, který působí z části jako subjekt sloužící zadavateli (kontrolujícímu subjektu) a z části jako právnická osoba působící v konkurenci s ostatními dodavateli při získávání veřejných zakázek nabízených ostatními zadavateli. Z těchto důvodů Úřad konstatoval, že podstatná část činnosti, která musí být vykonávána na účet kontrolujícího subjektu (tj. zadavatele), nebyla v tomto případě splněna, neboť činnosti, které vybraný uchazeč vykonával na účet jiných osob, představovaly významnou část.
11. Výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 80 000 Kč.

III. Námitky rozkladu

12. Zadavatel podal proti napadenému rozhodnutí rozklad ze dne 4. 8. 2014, který Úřadu doručil dne 5. 8. 2014. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 21. 7. 2014. Zadavatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.

13. Zadavatel v rozkladu namítá, že Úřad při vydání napadeného rozhodnutí vycházel z nesprávného právního posouzení věci. Dle zadavatele výkladová pravidla Evropské unie v současné době kvantifikují procentní hranici „podstatné části“ jako 80 % z obratu vybraného dodavatele ve prospěch zadavatele. Zadavatel přitom již ve správním řízení před Úřadem předložil a finančními doklady podložil výpočet, podle kterého procentuální vyjádření poměru činnosti pro zadavatele v poměru k celkovým výnosům za tržby prodeje vlastních výrobků a služeb odpovídá za roky 2010 a 2011 výši 79,5 %, resp. 79 % činnosti ve prospěch zadavatele. Zadavatel je přesvědčen, že Úřad do výpočtu nesprávně zahrnul také účetní položky „Prodej materiálu“ a „Ostatní výnosy“, přičemž tyto činnosti se dle zadavatele netýkají poskytované činnosti ve smyslu § 18 odst. 1 písm. j) zákona a jako takové nemají být do výpočtového vzorce zahrnuty. Tím došlo k rozdílu mezi výpočtem zadavatele a Úřadu o cca 8 procentních bodů.
14. Zadavatel dále namítá, že s ohledem na skutečnost, že zákon „podstatnou část“ činnosti ve prospěch zadavatele blíže nedefinoval, je třeba při kvantitativním přezkumu vycházet z judikatury SDEU, která však v této otázce nebyla v rozhodném období ustálená. Zadavatel má proto za to, že pokud vybraný uchazeč vykonával v posuzovaném období bez necelého procentního bodu svou činnost ve výši 80 % pouze pro zadavatele, byla kvantitativní podmínka „in-house“ zadání splněna.
15. Zadavatel je dále toho názoru, že kvalitativní aspekty „podstatné části činnosti pro zadavatele“ musí být posuzovány vždy s přihlédnutím k předmětu poskytované dodávky, služby či stavební práce, přičemž v případě veřejné zakázky se mj. jednalo o údržbu technického stavu komunikace ve vlastnictví města či o provádění staveb souvisejících s provozem na místních komunikacích. Zadavatel zdůrazňuje, že právě činnosti, jež byly předmětem veřejné zakázky, vybraný uchazeč vykonává téměř výhradně pro zadavatele (v ostatních případech pak pouze v rámci meziobecní spolupráce). Zadavatel dále podotýká, že předmět veřejné zakázky vycházel z původní rámcové smlouvy a nejednalo se tedy o rozšíření předmětu rámcové smlouvy.
16. Zadavatel má za to, že v rozhodné době byly zcela naplněny obě kumulativní podmínky a aplikace výjimky § 18 odst. 1 písm. j) zákona byla zcela v souladu se zákonem.

Závěr rozkladu

17. S ohledem na skutečnosti uvedené v rozkladu se zadavatel domáhá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil, příp. aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

18. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

19. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného

rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

20. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je výše uvedeno.
21. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

22. Zadavatel v rozkladu předně namítá, že Úřad nesprávně určil procentní podíl činnosti, jež vybraný uchazeč v rozhodné době vykonával pro zadavatele, v důsledku čehož nesprávně posoudil, zda vybraný uchazeč vykonával pro zadavatele podstatnou část činnosti.
23. Jak Úřad správně uvedl v bodě 25 odůvodnění napadeného rozhodnutí, z rozsudku SDEU C-340/04 Carbotermo SpA a Consorzio Alisei proti Comune di Busto Arsizio a AGESP SpA ze dne 11. 5. 2006 (dále jen „**C-340/04**“) vyplývá, že pro výkon převážné činnosti je rozhodující obrat, jehož subjekt dosáhne na základě rozhodnutí o zadání zakázky veřejným zadavatelem. Anglická verze užívá pojmu „turnover“, německá pak pojmu „der Umsatz“. Přestože to v uvedeném rozsudku není výslovně uvedeno, měl by být obrat dosažený výkonem činností ve prospěch veřejného zadavatele, jenž dodavatele ovládá, porovnán s celkovým obratem dosaženým dodavatelem v rozhodném účetním období. Přestože je pojem „obrat“ běžně používaným ekonomickým termínem, obsah tohoto pojmu se může měnit například v závislosti na relevantní legislativě či druhu ekonomického styku.
24. Pro určení obratu je třeba vycházet z výkazu zisku a ztráty, coby nedílné součásti účetní závěrky upravené v § 18 zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o účetnictví**“). Při sestavování výkazu zisku a ztráty, resp. účetní závěrky, jsou účetní jednotky povinny postupovat podle účetních předpisů, přitom dle § 7 odst. 4 zákona o účetnictví platí, že uspořádání a označování položek rozvahy a výkazu zisku a ztráty a jejich obsahové vymezení a způsoby oceňování použité v jednom účetním období nesmí účetní jednotky změnit v následujícím účetním období. Účetní jednotky mohou uvedené uspořádání a označování a obsahové vymezení a způsoby oceňování změnit zcela nebo zčásti mezi jednotlivými účetními obdobími jen z důvodů změny předmětu podnikání nebo jiné činnosti anebo z důvodů zpřesnění věrného zobrazení nebo zkvalitnění vypovídací schopnosti účetní závěrky, přičemž informaci o každé takové změně s jejím řádným zdůvodněním jsou povinny uvést v příloze v účetní závěrce.
25. Vyhláška č. 500/2002 Sb., kterou se provádějí některá ustanovení zákona o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů, pro účetní jednotky, které jsou podnikateli účtujícími v soustavě podvojného účetnictví, ve znění pozdějších předpisů, pak v § 20 až 38a uvádí obsahové vymezení jednotlivých položek výkazu zisku a ztráty, přičemž základní uspořádání a označování položek je uvedeno v přílohách 2 a 3 uvedené vyhlášky.
26. K tomu dále uvádím, že obratem se v běžném ekonomickém styku rozumí součet řádku č. 1 a 5 výkazu zisku a ztráty, tj. položek „Tržby za prodej zboží“ a „Tržby za prodej vlastních výrobků a služeb“, neboť v případě těchto položek se jedná o výnosy z činnosti, která je předmětem podnikání dodavatele. V případě položek „Tržby z prodeje dlouhodobého

majetku a materiálu“ (řádek č. 19 výkazu zisku a ztráty) či „Ostatní provozní výnosy“ (řádek č. 26 výkazu zisku a ztráty) se pak jedná o výnosy mimořádné, které se běžně v rámci obratu neuvádějí.

27. Z bodu 33 až 35 odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, že Úřad se blíže pojmem „obrat“ a obsahem tohoto pojmu nezabýval a jako základ pro určení, zda vybraný uchazeč vykonával podstatnou část své činnosti ve prospěch zadavatele, vycházel z výnosů vybraného uchazeče v rozhodném období, tj. konkrétně z položek „Tržby za vlastní výrobky“, „Tržby z prodeje služeb“, „Tržby za zboží“, „Prodej materiálu a majetku“ a „Ostatní výnosy“. Tento postup Úřadu nepovažuji za správný, neboť, jak uvedl SDEU v rozsudku věci C-340/04, *„Požadavek, aby dotčená osoba uskutečňovala většinu své činnosti s obcí nebo obcemi, které ji vlastní, má za cíl zvláště zajistit, aby směrnice 93/36 zůstala použitelná v případě, kdy podnik kontrolovaný jednou nebo více obcemi je činný na trhu, a tedy může soutěžit s jinými podniky.“* V citovaném bodě tedy SDEU výslovně uvedl, že pro posouzení možné aplikace „in-house“ výjimky je rozhodná skutečnost, že dodavatel uskutečňuje ve prospěch zadavatele *většinu své činnosti*, tedy nepochybně činnosti, kterou vykonává v rámci svého předmětu podnikání, a nikoliv tedy dosahování jiných mimořádných výnosů, byť s činnostmi dodavatele spojených.
28. Z těchto důvodů jsem dospěl k závěru, že Úřad, neměl-li pro to zvláštní důvod, měl pro ověření splnění první podmínky stanovené v § 18 odst. 1 písm. j) zákona vycházet z obratu vybraného uchazeče určeného součtem položek řádků č. 1 a 5 výkazu zisku a ztráty (jedná se o položky „Tržby za prodej zboží“ a „Tržby za prodej vlastních výrobků a služeb“). Z tohoto důvodu shledávám důvodnou námitku zadavatele, podle které Úřad do provedeného výpočtu nesprávně zahrnul i položky „Prodej materiálu“ a „Ostatní výnosy“.
29. S ohledem na výše uvedené jsem tedy přistoupil k posouzení toho, zda by předmětná podmínka pro možné použití „in-house“ výjimky byla splněna s ohledem na upravenou hodnotu obratu.
30. Z bodu 34 odůvodnění napadeného rozhodnutí i ze správního spisu vyplývá, že za účetní období 1. 1. 2010 – 31. 12. 2010 uhradil zadavatel vybranému uchazeči faktury ve výši 65 385 910 Kč bez DPH. Tento údaj zadavatel v rozkladu nerozporuje. Celkový obrat uchazeče za dané účetní období pak činil 82 269 000 Kč bez DPH (součet řádku č. 1 a 5 výkazu zisku a ztráty, tj. 0 Kč + 82 269 000 Kč = 82 269 000 Kč bez DPH). Z uvedeného vyplývá, že činnost konaná vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele v roce 2010 činila 79,5 %.
31. Z bodu 35 odůvodnění napadeného rozhodnutí i ze správního spisu vyplývá, že za účetní období 1. 1. 2011 – 31. 12. 2011 uhradil zadavatel vybranému uchazeči faktury ve výši 71 211 051 Kč bez DPH. Ani tento údaj zadavatel v rozkladu nerozporuje. Celkový obrat uchazeče za dané účetní období pak činil 90 138 000 Kč bez DPH (součet řádku č. 1 a 5 výkazu zisku a ztráty, tj. 0 Kč + 90 138 000 Kč = 90 138 000 Kč bez DPH). Z uvedeného vyplývá, že činnost konaná vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele v roce 2011 činila 79 %.
32. Z uvedených výpočtů vyplývá, že vybraný uchazeč vykonával v letech 2010 a 2011 svoji činnost ve prospěch zadavatele v rozsahu 79,5 % a 79 %. Je tedy třeba přistoupit k zodpovězení otázky, zda je takový podíl rozsahu činnosti dodavatele ve prospěch veřejného zadavatele pro možné použití „in-house“ výjimky dostačující.

33. K tomu předně uvádím, že jakákoliv výjimka z působnosti zákona by měla být vykládána restriktivně, neboť hlavním cílem zákona je zajištění efektivního nakládání s veřejnými prostředky, kterého se zpravidla dosáhne soutěží mezi konkurujícími si dodavateli.
34. Dále uvádím, že Úřad v napadeném rozhodnutí správně vycházel z judikatury SDEU, a to především z rozsudku C-295/05 Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) proti Transformación Agraria SA (Tragsa) a Administración del Estado ze dne 19. 4. 2007 (dále jen „**C-250/05**“), ze kterého vyplývá, že obrat ovládané osoby by měl být minimálně ve výši 90 % ve prospěch ovládající osoby. Stejně se vyslovil generální advokát ve svém stanovisku ve věci C-574/12, kde s odkazem na rozsudek C-250/05 uvedl, že je *„tato podmínka splněna v případě, kdy subjekt, jemuž je veřejná zakázka zadána, provádí s veřejnými orgány a veřejnoprávními subjekty, které jej vlastní, v průměru přibližně 90 % své činnosti.“*
35. Generální advokát se v uvedeném stanovisku dále vyjádřil k tomu, zda je tato podmínka splněna, pokud subjekt, kterému je veřejná zakázka zadána, dosáhne 20 % celkového ročního obratu ve prospěch třetích osob, a to následovně: *„V této souvislosti zastávám názor, že při výkladu dotčené výjimky je třeba v souladu s judikaturou (...) přijmout restriktivní přístup. Z tohoto hlediska v situaci, ve které subjekt, jemuž je veřejná zakázka zadána, vykonává ve volné soutěži, a nikoli pro veřejné orgány, které ho vlastní, 20 % své činnosti, mám za to, že se nelze domnívat, že jak je vyžadováno judikaturou (...), činnost tohoto subjektu je z podstatné části a hlavně vyhrazena pro veřejné orgány, které jej vlastní a že jakákoli jiná činnost má pouze okrajový charakter. Činnost v rozsahu pětiny z celkové činnosti subjektu nemůže být dle mého názoru již pouze z kvantitativního hlediska definována jako okrajová činnost.“*
36. S tímto závěrem se ztotožňuji, byť nebyl vysloven přímo v rozsudku SDEU C-574/12 Centro Hospitalar de Setúbal EPE a Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) proti Eurest (Portugal) - Sociedade Europeia de Restaurantes Lda ze dne 19. 6. 2014, neboť SDEU na tuto předběžnou otázku s ohledem na odpověď podanou na předchozí předběžnou otázku neodpovídal. Tento závěr však považuji za zcela v souladu s judikaturou SDEU, ze které jasně vyplývá, že *„dotčený podnik uskutečňuje většinu své činnosti s obcí, která ji vlastní, ve smyslu (...) rozsudku Teckal, pouze tehdy, když činnost tohoto podniku je vyhrazena hlavně této obci, přičemž jakákoli jiná činnost má pouze okrajový charakter“* (viz rozsudek SDEU C-340/04).
37. Z tohoto důvodu nepovažuji podíl činnosti, jenž vybraný uchazeč v rozhodných letech vykonával ve prospěch zadavatele, za dostačující pro možnou aplikaci výjimky z působnosti zákona stanovenou v § 18 odst. 1 písm. j) zákona. Rozsah více než 20 % činností vykonávaných vybraným uchazečem ve prospěch třetích osob totiž nelze posoudit tak, že by měl pouze okrajový či marginální charakter.
38. Zadavatel v rozkladu poukazuje rovněž na úpravu vyplývající ze směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „**nová směrnice**“), která procentní hranici „podstatné části“ kvantifikuje jako 80 % obratu dodavatele ve prospěch veřejného zadavatele. V této souvislosti je třeba poukázat na znění článku 12 odst. 1 písm. b) nové směrnice, podle kterého je možné aplikovat „in-house“ výjimku, pokud *„více než 80 % činností ovládané právnické osoby je prováděno při plnění úkolů, jež jí byly svěřeny*

ovládajícím veřejným zadavatelem nebo jinými právníckými osobami, jež uvedený veřejný zadavatel ovládá.“

39. Je sice pravda, že nová směrnice již stanoví přesnou hranici pro možné použití této výjimky, tato hranice je však stanovena na více než 80 %. Na základě jazykového výkladu lze tedy dospět k závěru, že by nepostačovalo ani rovných 80 % činností vykonávaných ovládanou osobou ve prospěch ovládající osoby. Jak přitom bylo uvedeno výše a judikatura SDEU to potvrzuje, je třeba jakoukoliv výjimku z působnosti směrnice, resp. zákona vykládat restriktivně. Proto ani v případě posouzení postupu zadavatele z hlediska úpravy nové směrnice by jej nebylo možné posoudit odlišně, než jak učinil Úřad v napadeném rozhodnutí. Považoval bych totiž za nepřijatelné jasně stanovenou hranici vztahující se k možné aplikaci výjimky jakkoliv extenzivně vykládat či zmírňovat. Ostatně ani zadavatel netvrdí, že by podíl činností vybraného uchazeče, jež vykonával v rozhodném období ve prospěch zadavatele, činil více než 80 % obrátu vybraného uchazeče.
40. V této souvislosti poukazuji rovněž na skutečnosti zjištěné Úřadem z výroční zprávy vybraného uchazeče za rok 2011 (viz body 36 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí), a to na rozsah činností vybraného uchazeče a jeho cíle, kterými je mj. poskytování služeb i jiným subjektům než zadavateli a rozšíření okruhu obchodních partnerů a komerčních aktivit. S ohledem na tyto skutečnosti dospěl Úřad k závěru, že podmínka, aby vybraný uchazeč vykonával podstatnou část své činnosti ve prospěch zadavatele, nebyla splněna ani z hlediska kvalitativního. S tímto závěrem se ztotožňuji.
41. K námitce rozkladu zadavatele, podle které nebyla „podstatná část“ v rozhodném období blíže definována, a proto má zadavatel za to, že pokud vybraný uchazeč vykonával v posuzovaném období bez necelého procentního bodu svou činnost ve výši 80 % pouze pro zadavatele, byla kvantitativní podmínka „in-house“ zadání splněna, uvádím následující. Dodatek č. 9 byl uzavřen v srpnu 2011, přičemž rozsudky SDEU, z nichž Úřad v napadeném rozhodnutí vycházel, byly vydány dříve. Jedná se o rozsudek C-26/06 ze dne 11. 1. 2005, C-107/98 ze dne 18. 11. 1999, C-340/04 ze dne 11. 5. 2006 či C-295/05 ze dne 19. 4. 2007. Zadavatel si proto měl být vědom přístupu SDEU k možnému použití „in-house“ výjimky. Pro úplnost uvádím, že nová směrnice vstoupila v platnost až dne 17. 4. 2014, a proto zadavatel v době uzavření Dodatku č. 9 nemohl na výslovně stanovenou hranici 80 % spoléhat.
42. Nadto poukazuji na skutečnost, že dosud nedošlo k implementaci nové směrnice do českého právního řádu a ani lhůta k implementaci dosud neuběhla. Z těchto důvodů se nelze dovolávat ani nepřímého účinku nové směrnice, jak vyplývá například z rozsudku SDEU C—212/04 Konstantinos Adeneler a další proti Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG) ze dne 4. 7. 2006. Z těchto důvodů považuji námitku zadavatele za nedůvodnou.
43. K námitce zadavatele, že „podstatná část činnosti pro zadavatele“ musí být z kvalitativního hlediska posuzována vždy s přihlédnutím k předmětu poskytované dodávky, služby či stavební práce, přičemž činnosti, jež byly předmětem veřejné zakázky, vybraný uchazeč vykonává téměř výhradně pro zadavatele, uvádím, že zadavatelem nastíněné omezení pro určení rozsahu činnosti, jež ovládaná osoba ve prospěch ovládající osoby vykonává, ze zákona, judikatury SDEU ani z nové směrnice nevyplývá. Nicméně ani připuštění této námítky by na posouzení postupu zadavatele nemohlo mít vliv, neboť, jak vyplývá z výše

uvedeného, podmínka výkonu „podstatné části činnosti ve prospěch zadavatele“ nebyla splněna již s ohledem na obrat vybraného uchazeče dosažený v rozhodných letech ve prospěch zadavatele.

44. Zadavatel dále podotýká, že předmět veřejné zakázky vycházel z původní rámcové smlouvy a nejednalo se tedy o rozšíření předmětu rámcové smlouvy. K této námitce uvádím, že z Rámcové smlouvy o dílo vyplývá, že tato stanovila právní rámec pro výkon v ní specifikovaných činností, jež měl vybraný uchazeč vykonávat pro zadavatele. Nelze však dospět k závěru, že pokud předmět veřejné zakázky spadal do rozsahu této rámcové smlouvy, nebyl zadavatel povinen při jejím zadání postupovat podle zákona. To ostatně dokládá i postup zadavatele před uzavřením Dodatku č. 9, který na předmět veřejné zakázky nejprve zahájil užší zadávací řízení, které následně zrušil, přičemž Rada ještě stihla rozhodnout o novém zadání veřejné zakázky ve zjednodušeném podlimitním řízení. To však již nebylo realizováno, neboť Rada schválila uzavření Dodatku č. 9, a to na základě aplikace výjimky vyplývající z § 18 odst. 1 písm. j) zákona. S ohledem na uvedené skutečnosti považuji tuto námitku zadavatele za nedůvodnou.
45. S ohledem na výše uvedené shrnuji, že jsem získal pochybnosti o tom, zda Úřad při určení výše obratu, coby základu pro výpočet procentního podílu činností vykonávaných vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele, vycházel ze správných položek výkazu zisku a ztráty vybraného uchazeče. Avšak i po přepočítání předmětného procentního podílu při zohlednění pouze položek řádků č. 1 a 5 výkazu zisku a ztráty jsem dospěl k závěru, že v posuzovaném případě nebyla první z podmínek pro možnou aplikaci výjimky z působnosti zákona stanovené v § 18 odst. 1 písm. j) zákona splněna.
46. Pro úplnost uvádím, že přestože se na základě nového výpočtu zvýšil procentní podíl činností, jež vybraný uchazeč v rozhodném období vykonával ve prospěch zadavatele, nepovažuji to za důvod pro možné snížení uložené pokuty, neboť to ničeho nemění na závěru, že podmínky pro možnou aplikaci „in-house“ výjimky splněny nebyly, a zadavatel si toho měl být v době uzavření Dodatku č. 9 vědom. Přitom, jak vyplývá z bodu 56 odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad jako polehčující okolnost zohlednil skutečnost, že pevná hranice činnosti ve prospěch zadavatele nebyla striktně stanovena.
47. Jelikož zadavatel v rozkladu nevznesl žádné námitky proti výroku II. napadeného rozhodnutí, jímž Úřad uložil zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí pokutu, přistoupil jsem k přezkumu zákonnosti výroku II. napadeného rozhodnutí, jak mi ukládá § 89 odst. 2 správního řádu. Dospěl jsem k závěru, že Úřad postupoval v souladu s § 121 odst. 2 zákona, když při určení výměry pokuty zadavateli přihlédl v odstavcích 54 a 55 odůvodnění napadeného rozhodnutí k závažnosti správního deliktu, způsobu jeho spáchání, okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán, a k jeho následkům. V odstavci 56 odůvodnění napadeného rozhodnutí pak Úřad jako polehčující okolnost zohlednil skutečnost, že pevná hranice činnosti ve prospěch ovládající osoby nebyla striktně stanovena. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, přičemž shledal, že výši uložené pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační. S ohledem na právě uvedené konstatuji, že Úřad postupoval při určení výměry pokuty v souladu s právními předpisy.

VI. Závěr

48. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
49. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Statutární město Jablonec nad Nisou, Mírové náměstí 3100/19, 466 01 Jablonec nad Nisou

Vypraveno dne:

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