



UOHSX006366T

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S363/2014/VZ-15217/2014/523/JDo

Brno: 18. července 2014

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 13.5.2014 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Statutární město Jablonec nad Nisou, IČO 00262340, se sídlem Mírové náměstí 3100/19, 467 51 Jablonec nad Nisou,

ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve veřejné zakázce „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,

**rozhodl** takto:

I.

Zadavatel – Statutární město Jablonec nad Nisou, IČO 00262340, se sídlem Mírové náměstí 3100/19, 467 51 Jablonec nad Nisou – **se** při realizaci veřejné zakázky „Rekonstrukce mostu v ul. Kamenná v Jablonci nad Nisou“, kterou smluvně sjednal 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, **dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při uzavření předmětného Dodatku č. 9 k Rámcové smlouvě o dílo ze dne 20.4.2004 neoprávněně postupoval na základě výjimky

stanovené v § 18 odst. 1 písm. j) citovaného zákona mimo režim zákona, aniž by splnil podmínku, aby společnost Technické služby Jablonec nad Nisou, s.r.o., IČO 25475509, se sídlem Souběžná 7, 466 01 Jablonec nad Nisou, se kterou byl Dodatek č. 9 uzavřen, vykonávala podstatnou část své činnosti ve prospěch jmenovaného 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.

## II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Statutární město Jablonec nad Nisou, IČO 00262340, se sídlem Mírové náměstí 3100/19, 467 51 Jablonec nad Nisou – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

**pokuta ve výši 80 000,- Kč (osmdesát 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 § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele – Statutární město Jablonec nad Nisou, IČO 00262340, se sídlem Mírové náměstí 3100/19, 467 51 Jablonec nad Nisou (dále jen „zadavatel“) – učiněných v rámci veřejné zakázky „Rekonstrukce mostu v ul. Kamenná v Jablonci nad Nisou“, kterou realizovala prostřednictvím Dodatku č. 9 ze dne 29.8.2011 (dále jen „veřejná zakázka“) k Rámcové smlouvě o dílo uzavřené dne 20.4.2004 společnost Technické služby Jablonec nad Nisou, s.r.o., IČO 25475509, se sídlem Souběžná 7, 466 01 Jablonec nad Nisou (dále jen „vybraný uchazeč“).
2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou. Z předložené dokumentace zjistil Úřad následující skutečnosti.
3. Ve věci předmětné veřejné zakázky zadavatel nejprve zahájil dne 19.5.2011 užší řízení (ve Věstníku veřejných zakázek bylo oznámení o zahájení uveřejněno dne 23.5.2011 pod ev. číslem 6006041402001), které následně zrušil rozhodnutím Rady města Jablonce nad Nisou (dále jen „Rada“), která zrušením vyhověla námitce směřující proti omezování počtu zájemců v užším řízení (ve Věstníku veřejných zakázek bylo zrušení zadávacího řízení uveřejněno dne 11.7.2011 pod ev. č. 6006041451001). Rada současně rozhodla o novém zadání předmětné veřejné zakázky formou zjednodušeného podlimitního řízení. Dne 12.7.2011 Rada zrušila své rozhodnutí o novém zadání veřejné zakázky formou zjednodušeného podlimitního řízení a schválila Dodatek č. 9 k Rámcové smlouvě o dílo uzavřené s vybraným uchazečem dne 20.4.2004, přičemž zadavatel svůj postup odůvodnil tím, že mezi vybraným uchazečem a zadavatelem je možné aplikovat výjimku podle § 18 odst. 1 písm. j) zákona.
4. Dne 29.8.2011 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem Dodatek č. 9 k Rámcové smlouvě o dílo č. 25-2004-OSM/DSU ze dne 20.4.2004.

5. Předmět veřejné zakázky zadavatel vymezil v čl. III. bod 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.“
6. Podle čl. III. bod 2.5 Dodatku č. 9 ze dne 29.8.2011 sjednaná cena za předmět plnění veřejné zakázky činila 7 430 020 Kč bez DPH (tj. 8 916 024 Kč vč. DPH).

#### **PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

7. Vzhledem k tomu, že z předložených podkladů získal Úřad pochybnosti o tom, zda vztah zadavatele s vybraným uchazečem naplňoval veškeré podmínky pro použití výjimky pro postup mimo režim zákona podle § 18 odst. 1 písm. j) zákona, zahájil Úřad správní řízení z moci úřední.
8. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
9. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-7835/2014/523/JDo ze dne 12.5.2014 a dále usnesením č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-7857/2014/523/JDo z téhož dne určil zadavateli lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopat důkazy, činit jiné návrhy a ve které byl oprávněn vyjádřit své stanovisko v řízení.
10. Dne 13.5.2014, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 113 zákona v návaznosti na § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení z moci úřední.
11. Usnesením č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-11471/2014/523/JDo ze dne 4.6.2014 Úřad účastníku řízení podle § 39 odst. 1 správního řádu stanovil lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí.

#### **Vyjádření zadavatele**

12. Zadavatel se ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení vyjádřil dopisem ze dne 22.5.2014, v němž zadavatel uvádí, že pro postup podle § 18 odst. 1 písm. j) zákona byly zcela určitě naplněny obě podmínky podle zákona. Podle zadavatele je nesporné, že má ve společnosti Technické služby Jablonec nad Nisou, s.r.o., IČO 25475509, se sídlem Souběžná 7, 466 01 Jablonec nad Nisou tj. vybraném uchazeči výlučná majetková práva. Základním účelem založení vybraného uchazeče je hospodářské využívání majetku zadavatele a provozování veřejně prospěšných činností pro zadavatele. Vybraný uchazeč neprovádí činnost pro jiné osoby, a to ani marginálně.
13. Z výkazu zisků a ztrát dle účetní uzávěrky za rok 2010 a 2011, jakož i z přehledu fakturace z činnosti vybraného uchazeče pro zadavatele vyplývá, že vybraný uchazeč provádí podstatnou část své činnosti pro zadavatele.
14. V roce 2010 je z výkazu zisků a ztrát u položky Tržby za prodej vlastních výrobků a služeb celková účetní hodnota 82 269 000 Kč a u fakturace za činnost pro zadavatele 65 269 000 Kč. Z uvedeného vyplývá, že fakturace ve prospěch zadavatele byla 79,5 %.

15. V roce 2011 je ve výkazu zisku a ztrát u položky Tržba prodej vlastních výrobků a služeb celková účetní hodnota 90 138 000 Kč a fakturace za činnost pro zadavatele 71 211 051 Kč, z čehož plyne, že fakturace za činnost ve prospěch zadavatele byla 79 %.
16. Z ustálené judikatury Soudního dvoru Evropské unie dle zadavatele pak vyplývá, že v rámci výjimky „in house“ se o podstatnou část činnosti ve prospěch zadavatele jedná v případě, kdy činnost vybraného uchazeče (dodavatele) je vyhrazena zadavateli, přičemž ostatní jiná činnost má okrajový charakter. Smyslem výjimky podle zadavatele je vyloučit z aplikace zákona takové veřejné zakázky, které jsou zadávány zadavatelem jeho vlastním vnitřním „organizačním jednotkám“, neboť zde nedochází k narušení hospodářské činnosti.
17. Závěrem svého vyjádření zadavatel shrnuje, že v předmětné veřejné zakázce byly zákonné podmínky pro postup podle § 18 odst. 1 písm. j) zákona kumulativně naplněny, neboť veřejné prostředky byly poskytnuty společnosti, která je vlastněna zadavatelem, veřejnou zakázku realizovala za cenu obvyklou a dlouhodobě zajišťuje více než podstatnou část své činnosti pro zadavatele.

#### **ZÁVĚRY ÚŘADU**

18. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, uzavřené smlouvy, vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
19. Podle § 18 odst. 1 písm. j) zákona zadavatel není povinen zadávat podle tohoto zákona veřejné zakázky, jestliže jejich předmětem je poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací veřejnému zadavateli osobou, která vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele a ve které má veřejný zadavatel výlučná majetková práva; veřejný zadavatel má výlučná majetková práva v určité osobě, zejména pokud disponuje sám veškerými hlasovacími právy plynoucími z účasti v takové osobě nebo pokud taková osoba má právo hospodařit s majetkem veřejného zadavatele, nemá vlastní majetek a výlučně veřejný zadavatel vykonává kontrolu nad hospodařením takové osoby.

#### **K použití výjimky podle § 18 odst. 1 písm. j) zákona**

20. Úřad nejprve obecně uvádí, že při výběru dodavatele na poskytnutí služeb, dodávek nebo stavebních prací je veřejný zadavatel vázán pravidly a předepsanými postupy zákona, nejedná-li se o některou z výjimek, kdy lze působnost zákona vyloučit, a zadavatel tak není povinen tato pravidla a postupy ze zákona aplikovat.
21. Jednou z takových výjimek je možnost využití tzv. „in-house“ zadávání upraveného v ustanovení § 18 odst. 1 písm. j) zákona, tedy zadání veřejné zakázky osobě, která je vůči zadavateli ve vztahu „interního“ (in-house) dodavatele. Podle uvedeného ustanovení není veřejný zadavatel povinen postupovat podle zákona, jestliže předmětem veřejné zakázky je poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací veřejnému zadavateli osobou, která vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele a ve které má veřejný zadavatel výlučná majetková práva.

22. Platná právní úprava tak v souladu s rozhodovací praxí Soudního dvora Evropské unie stanoví pro uplatnění „in-house“ výjimky stanovené v § 18 odst. 1 písm. j) zákona podmínky, které musí být splněny kumulativně:
- plnění na základě veřejné zakázky je poskytnuto veřejnému zadavateli, a to osobou, která vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto (zadávacího) veřejného zadavatele,
  - veřejný zadavatel má v osobě poskytující plnění (tj. v dodavateli) výlučná majetková práva.
23. Úřad zdůrazňuje, že hlavním cílem pravidel komunitárního práva v oblasti veřejných zakázek je volný pohyb zboží a služeb, jakož i otevření nenarušené hospodářské soutěže ve všech členských státech (viz rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 11.1.2005 ve věci C-26/06 Stadt Halle a RPL Lochau, odstavec 44). Důvodem výrazného omezení předpokladů pro uplatnění „in-house“ výjimky a stanovení přísných podmínek pro její využití je obava před narušením hospodářské soutěže v případech, kdyby se jí mohl účastnit subjekt, který část svých veřejných zakázek získává výhodně bez soutěže od veřejného zadavatele, který nad ním vykonává kontrolu.
24. Rozhodnutím, v němž byla výjimka „in-house“ konstatována, je rozsudek ve věci C-107/98 Teckal Srl proti Comune di Viano a Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia ze dne 18.11.1999. V tomto rozsudku Soudní dvůr Evropské unie dospěl k závěru, že použití zadávacího řízení není třeba, pokud *„místní úřad vykonává nad dotčenou osobou kontrolu obdobnou, jakou vykonává nad svými vlastními organizačními útvary a pokud zároveň tato osoba vykonává podstatnou část svých činností s kontrolujícím místním úřadem nebo úřady“*.
25. Pro aplikovatelnost výjimky „in-house“ je tedy nutné splnění požadavku, aby příslušný dodavatel vykonával podstatnou část své činnosti pro příslušného veřejného zadavatele. Obsah uvedeného pojmu byl upřesněn především prostřednictvím rozsudku Soudního dvora Evropské unie C-340/04 Carbotermo SpA a Consorzio Alisei proti Comune di Busto Arsizio a AGESP SpA ze dne 11.5.2006: *„Požadavek, aby subjekt uskutečňoval převážnou část své činnosti pro zadavatele, má za cíl zvláště zajistit, aby se pravidla zadávání veřejných zakázek musela použít v případě, kdy je podnik kontrolovaný zadavatelem činný na trhu, a tedy může soutěžit s jinými podniky. Podnik totiž není zbaven svobody jednání na trhu v případě, pokud ještě může vykonávat významnou část své hospodářské činnosti s jinými subjekty. Pro uplatnění výjimky z působnosti směrnic je tedy nezbytné, aby plnění subjektu ve prospěch zadavatele byla z podstatné části určena pouze tomuto zadavateli a aby jakákoliv jiná činnost měla pouze marginální (okrajový) charakter. Pro výkon převážné činnosti je rozhodující obrat, kterého subjekt dosáhne na základě rozhodnutí o zadání zakázky, a to včetně obratu uskutečněného s uživateli plnění, neboť není rozhodné, kdo je beneficentem, zda samotný zadavatel nebo uživatel plnění.“*
26. Citovaný výrok Soudního dvora Evropské unie lze vyložit tak, že „jiná činnost“ subjektu musí mít v podstatě nahodilý charakter, tj. nemělo by se jednat o plánovaně či systematicky vykonávané činnosti, ale v zásadě o příležitostné aktivity. Z uvedeného rozsudku zároveň vyplývá, že při posouzení splnění této podmínky tak je třeba vždy vycházet z konkrétních okolností, přičemž musí být vzaty do úvahy nejen kvantitativní, ale rovněž kvalitativní

skutečnosti. To naznačuje, že uvedený přezkum musí proběhnout mimo formální kritéria a zohledňuje se hlavně faktická stránka celé věci v její úplnosti.

27. Důležité je rovněž rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ve věci C -295/05 Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) proti Transformación Agraria SA (Tragsa) a Administración del Estado ze dne 19.4.2007, ve kterém soud uvedl, že smyslem podmínky spočívající ve výkonu podstatné části činnosti pro veřejného zadavatele je zajistit, aby výjimku nebylo možné aplikovat na subjekty, které vykonávají určitou část své činnosti v hospodářské soutěži s ostatními subjekty. Splnění obou výše uvedených podmínek zaručuje, že výjimka „in-house“ bude aplikována pouze na osoby, které se hospodářské soutěže v podstatě neúčastní a svou činností nekonkurují ostatním (soukromoprávním) subjektům zúčastněným na trhu a nejsou tak přímým zadáváním veřejných zakázek zvýhodněny ve svých jiných činnostech.
28. Úřad uvádí, že původ zákonné výjimky „in house“ plyne z rozhodovací praxe Soudního dvora Evropské unie, proto výklad této výjimky musí být nezbytně založen právě na relevantních rozhodnutích Soudního dvora Evropské unie a musí respektovat postupný vývoj v její interpretaci.

#### **Vlastní závěry Úřadu**

29. Úvodem je třeba předeslat, že jakákoliv výjimka z povinnosti zadávat veřejné zakázky v hospodářské soutěži (tedy včetně výjimky interního zadávání) musí být vykládána vždy restriktivně.
30. Úřad uvádí, že pro postup podle výjimky uvedené v § 18 odst. 1 písm. j) zákona je nezbytné současné splnění obou podmínek uvedených výše. 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. Uvedený závěr vyplývá z rozsudku Soudního dvora Evropské unie C-380/98 The Queen v. H. M. Treasury, ex parte The University of Cambridge ze dne 3.10.2000.
31. Jak vyplývá z výpisu z Obchodního rejstříku, zadavatel je zakladatelem vybraného uchazeče a jediným 100 % vlastníkem obchodního podílu. Z uvedeného důvodu se Úřad podmínkou týkající se kontroly zadavatele nad osobou, které má být veřejná zakázka zadána (tj. nad vybraným uchazečem), o které nevznikla v průběhu správního řízení jakákoliv pochybnost, nebude dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí zabývat, jelikož z výše uvedeného je evidentní, že tato podmínka je v daném případě splněna.
32. Dále se proto Úřad zabýval zodpovězením otázky, zda v daném případě byla splněna i druhá podmínka pro uplatnění „in house“ výjimky tzn., zda vybraný uchazeč vykonával podstatnou část své činnosti ve prospěch zadavatele.
33. Úřad má od zadavatele k dispozici přílohu účetní závěrky vybraného uchazeče, z níž vyplývají výnosy z běžné činnosti za roky 2010 a 2011 rozepsané blíže v následující tabulce:

Výnosy	Běžné účetní období (rok 2011)/ CZK	Minulé účetní období (rok 2010)/ CZK
Tržby za vlastní výrobky		
Tržby z prodeje služeb	90 138 000,- Kč	82 269 000,- Kč
Tržby za zboží	0,- Kč	0,- Kč
Prodej materiálu a majetku	7 451 000,- Kč	6 495 000,- Kč
Ostatní výnosy	2 096 000,- Kč	2 363 000,- Kč
<b>Celkem</b>	<b>99 685 000,- Kč</b>	<b>91 127 000,- Kč</b>

34. Z obdržených faktur proplacených zadavatelem za účetní období 1.1.2010 – 31.12.2010 vyplývá, že zadavatel vybranému uchazeči uhradil faktury za 65 385 910 Kč bez DPH. V tomto roce činily výnosy vybraného uchazeče 91 127 000 Kč bez DPH. Z uvedeného vyplývá, že činnost konaná vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele v tomto roce činila 71,75 %.
35. Z obdržených faktur proplacených zadavatelem za účetní období 1.1.2011 – 31.12.2011 zadavatel uhradil vybranému uchazeči faktury za 71 211 051 Kč bez DPH. V tomto kalendářním roce činily výnosy vybraného uchazeče 99 685 000 Kč bez DPH. Na podkladě těchto dat Úřad uvádí, že činnost konaná vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele činila 71,44 %.
36. Předmětem činnosti vybraného uchazeče v roce 2011, jak vyplývá z výroční zprávy za rok 2011 (tj. v době uzavření předmětného Dodatku č. 9 ze dne 29.8.2011), byly:
- technické činnosti v dopravě
  - poskytování technických služeb
  - provádění staveb a jejich odstraňování
  - silniční motorová doprava nákladní
  - opravy silničních vozidel
  - nakládání s odpady (vyjma nebezpečných)
  - poskytování služeb pro zemědělství a zahradnictví
  - specializovaný maloobchod
  - zámečnictví
  - inženýrská činnost v investiční výstavbě
  - poskytování služeb pro osobní hygienu a služeb souvisejících s péčí o vzhled osob
  - pronájem a půjčování věcí movitých
  - provozování čerpacích stanic s pohonnými hmotami
37. Ve výroční zprávě vybraného uchazeče za rok 2011 tento uvedl své cíle, mezi které mimo jiné zařadil: *„Dalším důležitým cílem v oblasti získávání zakázek nabízí volnou výrobní kapacitu, zejména v oblasti oprav komunikací a dopravního značení, nabízí společnost dalším, potencionální zájemcům, tj. okolním městům, obcím, firmám zabývajících se sítěmi, i privátnímu sektoru, neboť se snažíme účinně rozšířit okruh účastníků a tím dosahovat*

*zajištění plynulého financování dalšího rozvoje. Za tímto účelem se zúčastňuje různých výběrových řízení, veřejných zakázek, zpracování cenných nabídek apod. Společnost TSJ, s.r.o. v rámci projektu neustálého zlepšování svých služeb připravila vlastní Etický kodex, který vymezuje základy etického chování a jednání celé společnosti a stanovuje standardy chování a jednání svých zaměstnanců vůči zákazníkům, obchodním partnerům, veřejnosti, spolupracovníkům i společnosti samotné. Etické chování firem se jeví v dlouhodobém období jako výhodná podnikatelská strategie, která je základem jejich konkurenceschopnosti a je prospěšná celé společnosti.“*

38. Ve výroční zprávě vybraného uchazeče za rok 2011 je uvedeno, že cílem je poskytování služeb i jiným subjektům než zadavateli a k tomuto vybraný uchazeč směřuje svoji strategii s cílem rozšiřovat okruh svých obchodních partnerů a komerčních aktivit. Úřad uvádí, že s ohledem na charakter a rozsah poskytovaných služeb uvedených výše v rámci předmětu činnosti vybraného uchazeče, které mají komerční charakter, je evidentní, že se vybraný uchazeč v rámci své činnosti v roce 2011 orientoval rovněž na dosahování zisku.
39. Úřad dále uvádí, že vybraný uchazeč musí podstatnou část své činnosti vykonávat pro zadavatele, který jej kontroluje. Veškerá činnost vykonávaná na trhu musí zůstat doplňková k základním činnostem, protože případná tržní orientace zpochybňuje kontrolu vyžadovanou nad dotýčnou právnickou osobou (tj. nad vybraným uchazečem), což také dokládá narůstající podíl příjmů plynoucích od třetích osob, tedy od jiných osob než od jediného vlastníka obchodního podílu vybraného uchazeče (v roce 2011 byl tento podíl vyšší než v roce 2010).
40. Úřad v této souvislosti dále konstatuje, že na šetřený případ lze také analogicky vztáhnout rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-295/05 Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) proti Transformación Agraria SA (Tragsa) a Administración del Estado ze dne 19.4.2007, z něhož vyplývá, že obrat ovládané osoby by měl být minimálně ve výši 90 % ve prospěch ovládající osoby (podle skutkových okolností případu se jednalo o podíl činnosti vykonávaný ve prospěch kontrolujících zadavatelů 55 % a 35 %). Nedosahuje-li „in-house dodavatel“ obratu v uvedené výši, není aplikace výjimky vyloučena, ale přistupuje se ke kvalitativnímu přezkoumání jeho činnosti, neboť v případě, že výlučná majetková práva v dodavateli náleží několika veřejným zadavatelům, pak platí, že dodavatel musí požadavek na podstatnou část činnosti splňovat vůči všem těmto veřejným zadavatelům v souhrnu, tj. musí vykonávat v podstatě veškerou svou činnost ve prospěch těchto zadavatelů.
41. Uvedený výklad ve vztahu ke stanovení pevné procentní hranice činnosti ve prospěch zadavatele má koneckonců oporu rovněž v nové evropské úpravě zadávání veřejných zakázek, a to v nové směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2014/18/EU ze dne 26.2.2014, jež reaguje na vývoj judikatury v této otázce. V čl. 32 uvedené směrnice došlo k upřesnění výjimky „in-house“ v tom smyslu, že úkoly uložené ovládající osobou musí představovat více než 80 % činnosti ovládané právnické osoby, jež jí svěřil ovládající veřejný zadavatel nebo jiné právnické osoby ovládané tímto veřejným zadavatelem, bez ohledu na příjemce plnění veřejné zakázky (doposud se hovořilo o podstatné části).
42. Činnosti, které vybraný uchazeč prováděl ve prospěch jiných osob než zadavatele, představovaly v roce 2010 a rovněž v roce 2011 více než 28 % z celkových výnosů (tržby z prodeje služeb, ostatní výnosy, prodej materiálu a majetku). Úřad z hlediska kvalitativního



posouzení přihlédl rovněž k povaze vybraného uchazeče, který působí z části jako subjekt sloužící zadavateli (kontrolujícímu subjektu) a zčásti jako právnická osoba působící v konkurenci s ostatními při získávání veřejných zakázek nabízených ostatními zadavateli (obce, města apod.) Z výše uvedených skutečností vyplývá, že podstatná část činnosti, která musí být vykonávána na účet kontrolujícího subjektu (tj. zadavatele), nebyla v tomto případě splněna, poněvadž činnosti, které vybraný uchazeč vykonával na účet jiných osob, právě v kontextu kvantitativních a kvalitativních aspektů šetřeného případu, představovaly významnou část.

43. Úřad tak má za to, že v roce 2011 (k datu uzavření zde řešeného Dodatku č. 9 ze dne 29.8.2011) nebyly naplněny podmínky pro použití výjimky „in house“ podle § 18 odst. 1 písm. j) zákona. S ohledem na znění § 18 odst. 1 písm. j) zákona, který hovoří o „podstatné části činnosti dodavatele“, a s ohledem na vývoj evropské judikatury od rozsudku C-107/98 Teckal Srl proti Comune di Viano a Azienda Gas-Acqua Consorziiale (AGAC) di Reggio Emilia ze dne 18.11.1999, kde Soudní dvůr Evropské unie hovořil o podstatné části činnosti pro zadavatele – po rozsudek C-340/04 Carbotermo SpA a Consorzio Alisei proti Comune di Busto Arsizio a AGESP SpA ze dne 11.5.2006, kde Soudní dvůr Evropské unie soud výraz „podstatný“ objasnil tak, že komerční aktivity musí být provozovány okrajově, a dále s ohledem na rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-295/05 Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) proti Transformación Agraria SA (Tragsa) a Administración del Estado ze dne 19.4.2007, Úřad konstatuje, že vzhledem k podstatným skutkovým okolnostem šetřeného případu a vzhledem k akcentu vykládat vnitrostátní předpisy konformně s právem Evropské unie, není v šetřeném případě možné vyvodit, že by podstatná část činnosti vybraného uchazeče byla vyhrazena pouze zadavateli, tudíž výjimka dle § 18 odst. 1 písm. j) zákona mezi vybraným uchazečem a zadavatelem nemohla být v případě realizace předmětné veřejné zakázky uplatněna.
44. K tvrzení zadavatele, že v roce 2010 fakturace za činnost ve prospěch zadavatele činila 79,5 % a v roce 2011 činila 79 % (počítáno zadavatelem z tržeb z prodeje služeb), Úřad uvádí, že i tento objem činností vykonaný ve prospěch zadavatele je ve světle rozhodovací praxe Soudního dvora Evropské unie z pohledu kvantitativních aspektů a okolností šetřeného případu (tedy kvalitativního posouzení) nedostačující. I přesto, že podle právní úpravy nebylo stanoveno přesné procento činnosti, které subjekt může vykonávat pro třetí osoby, s ohledem na vývoj evropské judikatury v dané otázce uvedené výše Úřad uvádí, že splněním obou zákonných podmínek pro použití „in house“ zadávání je zaručeno, že tato bude aplikována pouze na osoby – dodavatele, které se hospodářské soutěže v podstatě neúčastní a svou činností nekonkurují ostatním (soukromoprávním) subjektům – dodavatelům zúčastněným na trhu.
45. Na základě všech uvedených skutečností a zjištění Úřad uzavírá, že zadavatel postupoval v šetřeném případě v rozporu s § 18 odst. 1 písm. j) zákona, když nezadal předmět plnění vyplývající z Dodatku č. 9 ze dne 29.8.2011 v některém z druhů zadávacího řízení, neboť vybraný uchazeč, který byl na základě předmětného ustanovení zákona pověřen realizací předmětu veřejné zakázky zadavatelem, nevykonával podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto zadavatele, proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

## K uložení sankce

46. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
47. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
48. Ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad konstatoval, že při uzavření předmětného Dodatku č. 9 ze dne 29.8.2011 zadavatel neoprávněně postupoval na základě výjimky stanovené v § 18 odst. 1 písm. j) zákona mimo režim zákona, aniž by splnil podmínku, aby vybraný uchazeč, se kterým byl Dodatek č. 9 ze dne 29.8.2011 uzavřen, 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 ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl by obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří mohli nabídnout výhodnější podmínky, než jaké vyplynuly z uzavřené smlouvy.
49. Tím, že zadavatel uzavřel dne 29.8.2011 Dodatek č. 9 s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
50. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu obdržení dne 30.4.2013. K uzavření Dodatku č. 9 došlo dne 29.8.2011. Správní řízení bylo zahájeno dne 13.5.2014. Z uvedeného vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt podle zákona nezanikla.
51. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí podle uzavřeného Dodatku č. 9 ze dne 29.8.2011 částku 8 916 024 Kč s DPH. Horní hranice možné pokuty tak ve smyslu § 120 odst. 2 písm. a) zákona činí 445 801 Kč.
52. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
53. Hlavním kritériem, které je dle shora citovaného ustanovení zákona rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán).

54. Při zvažování závažnosti správního deliktu vymezeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad zohlednil následující skutečnosti. Co se týče **způsobu, resp. okolností, za kterých byl správní delikt spáchán**, Úřad konstatuje, že zadavatel přistoupil k uzavření Dodatku č. 9 ze dne 29.8.2011 až poté, co zahájil ve stejné věci užší řízení, které ovšem následně zrušil rozhodnutím Rady. Rada současně rozhodla o novém zadání předmětné veřejné zakázky formou zjednodušeného podlimitního řízení, které také zrušila a následně schválila uzavření Dodatku č. 9 ze dne 29.8.2011 s vybraným uchazečem bez příslušného zadávacího řízení. Vybraný uchazeč tak nebyl vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídky.
55. Co se týče **následků postupu zadavatele**, Úřad uvádí, že následkem uvedeného postupu zadavatele bylo omezení možnosti dodavatelů v účasti v zadávacím řízení, přičemž nelze vyloučit, že tito případní uchazeči mohli nabídnout zadavateli výhodnější plnění, než nabídl vybraný uchazeč. Vybraný uchazeč nebyl vystaven takové konkurenci, jako kdyby veřejnou zakázku zadavatel zadal v odpovídajícím druhu zadávacího řízení. Zadavatel tak nenaplnil elementární účel zákona – zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže.
56. Jako k polehčující okolnosti Úřad přihlédl k tomu, že pevná hranice činnosti ve prospěch ovládající osoby nebyla striktně stanovena, nicméně Úřad v šetřeném případě musel posuzovat okolnosti případu a také vývoj evropské judikatury vztahující se k vymezení výjimky „in house“.
57. Při určení výše pokuty Úřad vzal v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele. Z údajů uvedených na webových stránkách zadavatele (<http://www.mestojablonec.cz/>), a to z rozpočtu na rok 2014 vyplývá, že zadavatel hospodaří s příjmy ve výši 924 935 000 Kč. 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.
58. V této souvislosti Úřad dále poznamenává, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu.
59. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů zadavatele Úřad při určení výměry uložené pokuty dospěl k závěru, že výše pokuty stanovená v hodnotě 80 000 Kč, naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě shora uvedené základní funkce právní odpovědnosti.
60. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť veřejná zakázka již byla realizována a nápravy tedy nelze dosáhnout jinak.
61. Uložená pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj – pracoviště Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754 -17721621/0710. Jako variabilní symbol zadavatel uvede své identifikační číslo.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### **Obdrží**

Statutární město Jablonec nad Nisou, Mírové náměstí 3100/19, 467 51 Jablonec nad Nisou

### **Vypraveno dne**

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