



UOHSX008CLW3

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0937/2015/VZ-16701/2016/553/MBu

Brno: 20. dubna 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném dne 2. 1. 2016 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Obec Velemín, IČO 00264601, se sídlem Velemín 96, 411 31 Velemín,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, při výběru dodavatele veřejné zakázky, na níž byla dne 14. 7. 2014 uzavřena „Smlouva o revitalizaci, svícení, obnově, údržbě a provozování distribuční soustavy elektrické energie sítě veřejného osvětlení na základě metody Energy Performance and Quality Contracting“ se společností Energie pod kontrolou, obecně prospěšná společnost, IČO 29283272, se sídlem Brněnská 8338/48, Hodonín 695 01,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Obec Velemín, IČO 00264601, se sídlem Velemín 96, 411 31 Velemín – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že při výběru dodavatele veřejné zakázky, na níž byla dne 14. 7. 2014 uzavřena „Smlouva o revitalizaci, svícení, obnově, údržbě a provozování distribuční soustavy elektrické energie sítě veřejného osvětlení na základě metody Energy Performance and Quality Contracting“ se společností Energie pod kontrolou, obecně prospěšná společnost, IČO 29283272, se sídlem Brněnská 8338/48, Hodonín 695 01, postupoval v rozporu s § 2 odst. 7 citovaného zákona v návaznosti na § 19 odst. 1 citovaného zákona, když veřejnou zakázku zadal podle výjimky z působnosti citovaného zákona postupem platným pro sektorového zadavatele, a nikoliv

v některém z druhů zadávacích řízení vymezených v § 21 odst. 1 citovaného zákona, ačkoliv veřejná zakázka nebyla zadávána v souvislosti s výkonem některé z relevantních činností taxativně stanovených v § 4 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se zadavateli – Obec Velemín, IČO 00264601, se sídlem Velemín 96, 411 31 Velemín – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, 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“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“), příslušný k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh a k projednání správních deliktů podle tohoto zákona, včetně ukládání sankce za jejich spáchání, obdržel podnět týkající se postupu zadavatele – Obec Velemín, IČO 00264601, se sídlem Velemín 96, 411 31 Velemín (dále jen „zadavatel“) – při zadání veřejné zakázky, na níž byla dne 14. 7. 2014 uzavřena „Smlouva o revitalizaci, svícení, obnově, údržbě a provozování distribuční soustavy elektrické energie sítě veřejného osvětlení na základě metody Energy Performance and Quality Contracting“ (dále jen „Smlouva“) se společností Energie pod kontrolou, obecně prospěšná společnost, IČO 29283272, se sídlem Brněnská 8338/48, Hodonín 695 01 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V podnětu bylo namítáno, že zadavatel postupoval v rozporu s § 19 odst. 1 zákona v návaznosti na § 2 odst. 7 zákona, když při výběru dodavatele veřejné zakázky postupoval jakožto sektorový zadavatel vykonávající relevantní činnost podle § 4 zákona, ačkoliv předmět veřejné zakázky nelze podřadit pod relevantní činnost podle § 4 zákona a zadavatel tak byl povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení podle zákona.
3. Na základě skutečností uvedených v podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele přílohovou část Smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, tj. Přílohu č. 1 Smlouvy - Předávací protokol distribuční soustavy elektrické energie sítě veřejného osvětlení Obec Velemín (dále jen „Příloha č. 1“), neboť samotná Smlouva byla součástí podnětu, a dále vyjádření zadavatele k obsahu podnětu, přičemž z obdržených dokumentů zjistil následující skutečnosti.
4. Z vyjádření zadavatele ze dne 27. 10. 2015 vyplývá, že zadavatel předmětnou veřejnou zakázku nezadal v žádném ze zadávacích řízení podle § 21 odst. 1 zákona, jelikož byl přesvědčen, že se na něj v případě předmětné veřejné zakázky vztahuje výjimka z působnosti zákona podle § 19 odst. 1 v návaznosti na § 2 odst. 7 zákona, neboť předmětná veřejná zakázka na stavební práce byla dle zadavatele zadávána v souvislosti s výkonem relevantní činnosti podle § 4 odst. 1 písm. c) bodu 2. a § 4 odst. 1 písm. f) zákona. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že síť veřejného osvětlení lze považovat za distribuční soustavu dle zákona č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu

státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon), v rozhodném znění (dále jen „energetický zákon“), tudíž se dle zadavatele jedná o výkon relevantní činnosti v odvětví elektroenergetiky podle § 4 odst. 1 písm. c) zákona. Zadavatel rovněž uvedl, že provoz veřejného osvětlení na jeho území je činností související s poskytováním a provozováním dopravní sítě včetně veřejné autobusové dopravy, tudíž se dle zadavatele jedná o relevantní činnost podle § 4 odst. 1 písm. f) zákona, pročež má zadavatel za to, že lze v šetřeném případě uplatnit výjimku z působnosti zákona podle § 19 odst. 1 v návaznosti na § 2 odst. 7 zákona.

5. Předmětem Smlouvy je podle čl. II. 1 poskytnutí služby a související činnosti, zejména revitalizace, svícení, údržba, obnova a provoz distribuční soustavy elektrické energie sítě veřejného osvětlení v majetku a na území zadavatele pomocí metody Energy Performance and Quality Contracting zadavateli za úplatu.
6. Podle čl. II. 2 Smlouvy poskytovatel bude za podmínek sjednaných ve Smlouvě zajišťovat pro zadavatele svícení, údržbu a provoz distribuční soustavy elektrické energie sítě veřejného osvětlení, zejména osvětlení veřejných komunikací a osvětlení veřejných prostranství prostřednictvím stávající distribuční soustavy elektrické energie sítě veřejného osvětlení zadavatele, přičemž poskytovatel je výhradním provozovatelem distribuční soustavy elektrické energie sítě veřejného osvětlení, přičemž popis distribuční soustavy elektrické energie sítě veřejného osvětlení a počet rozvaděčů, kabelových polí, světelných bodů a dalších prvků v jednotlivých lokalitách je specifikován v Příloze č. 1 Smlouvy.
7. Podle čl. II. 3 Smlouvy poskytovatel se zavazuje nejpozději do 31. 8. 2014 zhotovit a předat zadavateli následující práce na distribuční soustavě elektrické energie sítě veřejného osvětlení:
 - výměnu nevyhovujících stávajících svítidel za svítidla s vyšší účinností a nižší spotřebou elektrické energie, a to s minimálně stejnými nebo lepšími parametry;
 - údržbu sloupů a výložníků veřejného osvětlení, jejichž životnost je kratší než doba trvání Smlouvy;
 - výměnu, případně opravu a údržbu dalších komponentů nutných pro bezproblémové osvětlování, zejména rozvaděčů, měření, regulace apod.;
 - provedení prací představujících montáž a údržbu prvků stávající soustavy veřejného osvětlení v rozsahu stanoveném Smlouvou.
8. Podle čl. IV. Smlouvy byla cena za realizaci předmětu plnění šetřené veřejné zakázky stanovena v částce 12.588.750 Kč včetně DPH a měsíční provozní paušál ve výši 12.313 Kč včetně DPH, tzn., že celková částka paušálu za dobu účinnosti Smlouvy činí 2.216.340 Kč včetně DPH.
9. Podle čl. VII. Smlouvy skončí účinnost Smlouvy uplynutím doby 15 let od jejího podpisu.
10. Dne 6. 11. 2015 požádal Úřad prostřednictvím „Žádosti o podání informace“ č. j. ÚOHS-P1065/2015/VZ-38193/2015/553/MBu Energetický regulační úřad (dále jen „ERÚ“) o sdělení, zda „distribuční soustava“ elektrické energie sítě veřejného osvětlení, uvedená ve Smlouvě, je přenosovou či distribuční soustavou podle § 2 odst. 2 písm. a)

- energetického zákona. Součástí přílohové žádosti byla Smlouva, včetně přílohové části Smlouvy.
11. Dne 13. 11. 2015 obdržel Úřad vyjádření ERÚ č. j. 10141-3/2015-ERÚ (dále jen „vyjádření ERÚ ze dne 13. 11. 2015“), kde ERÚ uvádí, že podle § 3 odst. 1 a 3 energetického zákona je předmětem podnikání v energetickém odvětví distribuce elektřiny, přičemž podnikat v energetických odvětvích na území České republiky je možné pouze na základě licence udělené ERÚ. ERÚ dále uvádí, že zadavatel není držitelem licence na distribuci a není oprávněn provozovat distribuční soustavu ve smyslu § 2 energetického zákona, protože nemůže být rovněž provozovatelem distribuční soustavy poskytující služby veřejnosti.
 12. ERÚ dále ve svém vyjádření uvádí, že z Přílohy č. 1 ke Smlouvě vyplývá, že *„minimálně některé části "soustavy" nejsou schopné bezproblémově zajistit distribuci elektřiny, neboť se jedná o historický způsob zapojení veřejného osvětlení, kdy k připojení jednotlivých svítidel byl použit samostatný fázový vodič v majetku provozovatele veřejného osvětlení (jednotlivých obcí, nebo v případě nájmu pak společnosti Energie pod kontrolou) a jako nulový vodič (který je samozřejmě nezbytný pro uzavření napájecího okruhu) byl použit nulový vodič, který již byl součástí distribuční soustavy 0.4/0,23 kV (v případě těchto obcí se může jednat o společnosti ČEZ Distribuce, a. s. či E.ON Distribuce, a. s.), a nebyl tak ve vlastnictví provozovatele veřejného osvětlení a s jistotou lze tvrdit, že ani dnes není v jeho vlastnictví... Podle výše uvedeného a z mnoha dalších důvodů, jejichž výčet by překročil rozsah této odpovědi, se domníváme, že popsané zařízení nemůže plnit funkci distribuční soustavy ve smyslu energetického zákona“.*
 13. Dále Úřad požádal prostřednictvím „Žádosti o podání informace“ č. j. ÚOHS-P1065/2015/VZ-40149/2015/553/MBu ze dne 19. 11. 2015 společnost ČEZ Distribuce, a.s., IČO 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín IV - Podmokly (dále jen „ČEZ Distribuce“), o vyjádření, zda je vlastníkem distribuční soustavy na území zadavatele, a rovněž zda je zadavatel provozovatelem části distribuční soustavy na svém území.
 14. Dne 24. 11. 2015 obdržel Úřad vyjádření společnosti ČEZ Distribuce, z něhož vyplývá, že ČEZ Distribuce je vlastníkem distribuční soustavy ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) energetického zákona na území zadavatele vymezeném licencí společnosti. Společnost ČEZ Distribuce rovněž uvedla, že provoz veřejného osvětlení nelze označit za provoz distribuční soustavy ve smyslu energetického zákona, pro který je navíc nutná licence udělená ERÚ, přičemž dále uvedla, že společnost ČEZ Distribuce nemá se zadavatelem uzavřenou smlouvu o připojení lokální distribuční soustavy, ale pouze smlouvu o připojení odběrného zařízení k distribuční soustavě.
 15. Úřad dále požádal prostřednictvím „Žádosti o podání informace“ č. j. ÚOHS-P1065/2015/VZ-40071/2015/553/MBu ze dne 19. 11. 2015 Ministerstvo průmyslu a obchodu, IČO 47609109, se sídlem Na Františku 32, 110 15 Praha 1 (dále jen „MPO“), o sdělení, zda distribuční soustava elektrické energie sítě veřejného osvětlení, tak jak je specifikovaná ve Smlouvě, je přenosovou či distribuční soustavou podle § 2 odst. 2 písm. a) energetického zákona. Součástí přílohové žádosti byla Smlouva včetně přílohové části Smlouvy.
 16. Dne 2. 12. 2015 obdržel Úřad vyjádření Ministerstva průmyslu a obchodu č. j. MPO 54799/15/32100 (dále jen „vyjádření MPO“), v němž MPO uvádí, že pro posouzení, zda jde

o distribuční soustavu definovanou podle energetického zákona, je nutné posoudit nikoli použitý název zařízení, ale skutečnost, zda je provozuje (nebo vlastní) provozovatel distribuční soustavy, přičemž provozovatelem distribuční soustavy je držitel licence na distribuci elektřiny, kterou uděluje na základě žádosti ERÚ.

17. Na základě výše uvedených skutečností získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval v souladu s § 19 odst. 1 zákona, neboť předmětná veřejná zakázka nebyla zadávána v souvislosti s výkonem žádné z relevantních činností dle § 4 zákona, protože se na zadavatele v šetřeném případě nevztahuje ustanovení § 2 odst. 7 zákona, v důsledku čehož získal Úřad pochybnost, zda zadavatel neporušil zákon tím, že předmětnou veřejnou zakázku nezadal v některém ze zadávacích řízení podle § 21 odst. 1 zákona, přičemž je zřejmé, že tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na realizaci předmětné veřejné zakázky.

Řízení před správním orgánem

18. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona
 - zadavatel.
19. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu oznámil Úřad zadavateli dopisem ze dne 23. 12. 2015, č. j. ÚOHS-S0937/2015/VZ-46126/2015/553/MBu, ve kterém Úřad seznámil zadavatele se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí. Současně Úřad usnesením z téhož dne, č. j. ÚOHS-S0937/2015/VZ-46135/2015/553/MBu, stanovil účastníkovi řízení lhůtu, v níž mohl navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
20. Správní řízení bylo zahájeno podle § 113 zákona dne 2. 1. 2016, tj. dnem, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli.
21. Ke zjištění Úřadu uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení zaslal zadavatel vyjádření ze dne 13. 1. 2016, které bylo téhož dne doručeno prostřednictvím datové schránky.
22. Dne 26. 2. 2016 požádal Úřad na základě žádosti ÚOHS-S0937,S0938/20415/VZ-07479/2016/553/MBu o sdělení ERÚ, zda zadavatel byl v době uzavření předmětné Smlouvy držitelem licence na distribuci elektřiny na území zadavatele, případně po uzavření Smlouvy.
23. Dne 1. 3. 2016 obdržel Úřad vyjádření od ERÚ č. j. 02348-2/2016-ERU, ve kterém uvádí, že zadavatel není a nikdy nebyl držitelem licence na svém území.
24. Dne 3. 3. 2016 zaslal Úřad zadavateli prostřednictvím datové schránky usnesení ze dne 2. 3. 2016, č. j. ÚOHS-S0937/2015/VZ-08350/2016/553/MBu, v němž stanovil účastníkovi řízení lhůtu 7 pracovních dnů ode dne doručení usnesení, ve které se mohl vyjádřit k novým podkladům rozhodnutí, spočívajícím ve vyjádření ERÚ ze dne 26. 2. 2016, a rovněž totožnou lhůtu k zaslání vyjádření, zda předmětná soustava na území zadavatele splňovala v době uzavření Smlouvy veškeré zákonné podmínky a technické parametry distribuční soustavy podle § 2 odst. 2 písm. a) energetického zákona, a to včetně systémů měřicí, ochranné, řídicí, zabezpečovací, informační a telekomunikační techniky včetně elektrických přípojek ve vlastnictví provozovatele distribuční soustavy. Současně Úřad

žádal zadavatele o vyjádření, zda byly v době uzavření Smlouvy veškeré části soustavy ve vlastnictví zadavatele a nikoliv jiné společnosti provozující distribuci elektřiny na území zadavatele, přičemž požádal zadavatele, aby svá tvrzení doložil.

25. Předmětné usnesení bylo zadavateli doručeno dne 3. 3. 2016 prostřednictvím datové schránky.
26. Dne 17. 3. 2016, tj. po stanovené lhůtě, bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele k novým podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele ze dne 13. 1. 2016

27. Dne 13. 1. 2016 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, ve kterém zadavatel uvádí, že je přesvědčen, že při zadávání předmětné veřejné zakázky nepochybil a postupoval v souladu se zákonem.
28. Úvodem zadavatel odkazuje na argumentaci obsaženou ve svém vyjádření ze dne 27. 10. 2015 a shrnuje, že plně setrvává na svém tvrzení, že vykonává relevantní činnost ve smyslu ust. 4 odst. 1 písm. c) a písm. f) zákona, protože se na něj vztahuje ust. § 2 odst. 7 zákona.
29. Zadavatel dále uvádí, že v souladu s § 19 odst. 1 zákona nebyl před uzavřením Smlouvy povinen postupovat podle zákona, neboť předmětem Smlouvy je podlimitní veřejná zakázka na stavební práce, které spočívají v revitalizaci, obnově a údržbě sítě distribuční soustavy - veřejného osvětlení, tj. přímo souvisí s výkonem relevantní činnosti zadavatele.
30. Dále zadavatel zdůrazňuje, že při uzavření Smlouvy postupoval mimo jiné na základě doporučení, které bylo obsaženo ve stanovisku pana Mgr. Ing. Vojtěcha Szalaye, advokáta se sídlem T. G. Masaryka 2957/9A, 690 02 Břeclav ze dne 18. 6. 2014, protože se zadavatel domnívá, že postupoval s řádnou péčí.
31. Zadavatel rovněž ve svém vyjádření uvádí, že dle jeho názoru Úřad mylně spojuje poskytování distribuční soustavy s podmínkou udělení licence ze strany ERÚ, přičemž zdůrazňuje, že je poskytovatelem dané soustavy, nikoli jejím provozovatelem. Poskytování distribuční soustavy je přitom rovněž její vlastnictví, přičemž distribuční soustava může být nepochybně provozována subjektem odlišným od vlastníka. Současně zadavatel předesílá, že absence příslušného oprávnění může vést pouze k nemožnosti danou soustavu provozovat, nikoli k závěru, že elektrická síť veřejného osvětlení není vůbec distribuční soustavou.
32. Zadavatel dále odmítá, že by jím vlastněná elektrická síť veřejného osvětlení nebyla jako distribuční soustava funkční a současně uvádí, že kritérium funkčnosti není dle jeho názoru určující pro naplnění definice distribuční soustavy ve smyslu energetického zákona. Podle zadavatele je nepochybné, že se v daném případě jedná o distribuční soustavu, neboť se nejedná o součást přenosové soustavy ani o přímé vedení elektřiny, přičemž z energetického zákona jiná možnost nevyplývá.
33. Zadavatel současně setrvává na svém tvrzení, že rovněž vykonávaná relevantní činnost ve smyslu ust. § 4 odst. 1 písm. f) zákona související s údržbou dopravní sítě - místních komunikací na území Obce Velemín, když veřejné osvětlení tvoří příslušenství místních komunikací na území Obce Velemín, přičemž poukazuje na to, že ač není provozovatelem

veřejné autobusové dopravy, vykonává činnost související s poskytováním nebo provozováním dopravní sítě poskytující službu veřejnosti v oblasti provozování veřejné autobusové dopravy, když tato činnost spočívá ve vlastnictví a údržbě místních komunikací nezbytných pro zabezpečení provozu veřejné autobusové dopravy třetími subjekty.

34. Závěrem zadavatel uvádí, že dojde-li Úřad k závěru, že zadavatel spáchal správní delikt, když před uzavřením Smlouvy nepostupoval podle zákona, má zadavatel za to, že byly naplněny podmínky podle ust. § 121 odst. 1 zákona, neboť postupoval podle stanoviska pana Mgr. Ing. Vojtěcha Szalaye, advokáta se sídlem T. G. Masaryka 2957/9A, 690 02 Břeclav ze dne 18. 6. 2014, a jelikož uvedený advokát jako právní odborník odpovídá za správnost svých závěrů, neměl zadavatel důvod o závěrech uvedeného stanoviska pochybovat.
35. Zadavatel navrhl jako důkaz stanovisko pana Mgr. Ing. Vojtěcha Szalaye, advokáta se sídlem T. G. Masaryka 2957/9A, 690 02 Břeclav ze dne 18. 6. 2014, jenž tvoří přílohu vyjádření zadavatele ze dne 13. 1. 2016 (dále jen „stanovisko Mgr. Ing. Szalaye“). Předmětné stanovisko se obsahově a argumentačně shoduje s vyjádřením zadavatele. A uvádí, že pod distribuční soustavu je možno zahrnout soustavu veřejného osvětlení, neboť soustava veřejného osvětlení zahrnuje svítidla, podpěrné a nosné prvky, elektrický rozvod podzemní nebo nadzemní, distribuční sítě nízkého napětí, rozvaděče a ovládací systém.
36. Zadavatel rovněž navrhl jako důkaz provést znalecký posudek z oboru energetiky za účelem posouzení, zda je veřejné osvětlení ve vlastnictví Obce Velemín distribuční soustavou ve smyslu energetického zákona.

Vyjádření zadavatele ze dne 17. 3. 2016

37. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 17. 3. 2016 uvádí, že plně setrvává na svém předchozím tvrzení, že vykonává relevantní činnost ve smyslu ust. § 4 odst. 1 písm. c) a f) zákona a vztahuje se na něj ust. § 2 odst. 7 zákona.
38. Dále zadavatel uvádí, že je nezpochybnitelným vlastníkem předmětné sítě veřejného osvětlení a byl jím i v okamžiku uzavření Smlouvy.
39. Ve vztahu k naplnění zákonných podmínek a technickým parametrům distribuční soustavy podle § 2 odst. 2 písm. a) energetického zákona se zadavatel nijak nevyjádřil, přičemž navrhl opětovně provést jako důkaz znalecký posudek a místní šetření.

Závěry správního orgánu

40. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání výše specifikované veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, za což mu byla uložena sankce uvedená ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

Relevantní ustanovení zákona

41. Podle § Podle § 2 odst. 2 písm. c) je veřejným zadavatelem územní samosprávním celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávním celek.

42. Podle § 2 odst. 7 vykonává-li veřejný zadavatel nebo dotovaný zadavatel jednu či více relevantních činností podle § 4 zákona, platí pro něj ustanovení zákona vztahující se na sektorového zadavatele za předpokladu, že veřejná zakázka má být zadávána v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. Veřejný zadavatel však nepostupuje podle ustanovení vztahujících se na sektorového zadavatele, pokud vykonává relevantní činnost podle § 4 odst. 1 písm. d) a e) zákona.
43. Podle § 4 odst. 1 písm. c) bodu 2. zákona se relevantní činností v odvětví elektroenergeticky pro účely tohoto zákona rozumí poskytování nebo provozování přenosové či distribuční soustavy určené k poskytování služby veřejnosti.
44. Podle § 4 odst. 1 písm. f) zákona činnost související s poskytováním či provozováním dopravních sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti drážní, tramvajové, trolejbusové nebo lanové dopravy a provozování veřejné autobusové dopravy (dále jen "dopravní síť"); dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována podle podmínek stanovených příslušným správním orgánem, zejména pak podmínek týkajících se poskytování či provozování dopravní sítě, přepravní kapacity nebo frekvence poskytování takové činnosti.
45. Podle § 4 odst. 3 zákona se za relevantní činnost pro účely tohoto zákona nepovažuje rovněž provozování veřejné autobusové dopravy podle odstavce 1 písm. f) v případě, že jiné osoby mohou poskytovat takovou službu na celém území státu nebo ve vymezené oblasti za stejných podmínek.
46. Podle § 2 odst. 2 písm. a) bodu 1 energetického zákona v elektroenergetice se distribuční soustavou rozumí vzájemně propojený soubor vedení a zařízení o napětí 110 kV, s výjimkou vybraných vedení a zařízení o napětí 110 kV, která jsou součástí přenosové soustavy, a vedení a zařízení o napětí 0,4/0,23 kV, 1,5 kV, 3 kV, 6 kV, 10 kV, 22 kV, 25 kV nebo 35 kV sloužící k zajištění distribuce elektřiny na vymezeném území České republiky, včetně systémů měřicí, ochranné, řídicí, zabezpečovací, informační a telekomunikační techniky včetně elektrických přípojek ve vlastnictví provozovatele distribuční soustavy; distribuční soustava je zřizována a provozována ve veřejném zájmu.
47. Podle § 19 odst. 1 zákona sektorový zadavatel postupuje podle tohoto zákona pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výkonem relevantní činnosti.
48. Podle § 21 odst. 1 zákona upravuje zákon tyto druhy zadávacích řízení
- a) otevřené řízení,
 - b) užší řízení,
 - c) jednací řízení s uveřejněním,
 - d) jednací řízení bez uveřejnění,
 - e) soutěžní dialog,
 - f) zjednodušené podlimitní řízení.
49. 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.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

50. Úřad v první řadě uvádí, že jakákoli výjimka z působnosti zákona musí být za účelem její aplikace vykládána restriktivně tak, aby nemohlo docházet k jejímu případnému zneužití a nemohla být obcházena hospodářská soutěž, přičemž v případě aplikace takové výjimky je důkazní břemeno ohledně existence podmínek pro využití výjimky z působnosti zákona na straně zadavatele. Požadavek restriktivního výkladu a důkazního břemena k výjimkám z působnosti zákona na straně zadavatele vyplývá nejen z rozhodovací praxe správních soudů a Úřadu, ale i rozhodovací praxe Evropského soudního dvora, např. z rozsudku Evropského soudního dvora č. C-385/02 ze dne 14. září 2004 ve věci Evropská komise v. Itálie, v němž Evropský soudní dvůr uvedl, že důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává, jakož i např. z rozsudku Evropského soudního dvora C-157/06 ze dne 2. 10. 2008, v němž Evropský soudní dvůr uvedl, že k prokázání existence důvodů pro použití výjimky z působnosti zákona nepostačuje pouhé tvrzení zadavatele o existenci výjimečných okolností odůvodňujících použití výjimky. Na rozhodovací praxi Evropského soudního dvora pak navázal Krajský soud v Brně svým rozhodnutím sp. zn. 62 Af 65/2011 ze dne 8. 2. 2013, který zrekapituloval, že důkazní břemeno leží na zadavateli, tedy na tom, kdo se výjimky ze zákona o veřejných zakázkách dovolává. Zadání veřejné zakázky mimo režim zákona prakticky může zcela eliminovat hospodářskou soutěž, jakož i možnost kontroly ze strany Úřadu. V případě, že by důkazní břemeno ve vztahu k aplikaci výjimky z působnosti zákona leželo na správním orgánu, který by tak byl povinen prokázat pochybení zadavatele a zjišťovat skutečnosti svědčící v jeho prospěch i nepospěch, došlo by tím k nepoměrnému usnadnění situace zadavatele k aplikaci postupu výběru dodavatele veřejné zakázky mimo režim zákona.
51. Z vyjádření zadavatele vyplývá, že zadal veřejnou zakázku mimo režim zákona na základě výjimky stanovené v § 2 odst. 7 zákona, tedy na základě toho, že je veřejným zadavatelem, který vykonává relevantní činnost dle § 4, a že veřejná zakázka byla zadána v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. Podle zadavatele se s ohledem na § 19 odst. 1 zákona povinnost zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení podle zákona v daném případě na zadavatele nevztahuje. Relevantní činností přitom má být dle zadavatele především činnost spočívající v poskytování systému veřejné osvětlení na území zadavatele, kterou zadavatel poskytl k provozování společnosti Energie pod kontrolou, a který má být distribuční soustavou určenou k poskytování služby veřejnosti ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) bodu 1 zákona.
52. Z ustanovení § 4 odst. 1 písm. c) zákona vyplývá, že relevantní činnost spočívající v poskytování nebo provozování distribuční soustavy se týká distribuční soustavy ve smyslu energetického zákona.
53. Z vyjádření ERÚ ze dne 13. 11. 2015, který byl zřízen na základě energetického zákona jako ústřední správní úřad pro výkon regulace v oblasti energetiky, vyplývá, že předmětný systém veřejného osvětlení zadavatele není distribuční soustavou ve smyslu § 2 odst. 2 písm. a) bodu 1 energetického zákona. Své stanovisko ERÚ odůvodňuje tím, že předmětný

systém veřejného osvětlení zadavatele není schopen plnit funkci distribuční soustavy, přičemž dále uvádí, že jako nulový vodič byl použit vodič, který je sice už součástí distribuční soustavy, avšak tato část není a ani nebyla ve vlastnictví provozovatele veřejného osvětlení.

54. Z vyjádření ERÚ tedy rovněž vyplynulo, že část distribuční soustavy (nulový vodič) není ve vlastnictví zadavatele, neboť vlastníkem je v tomto případě společnost ČEZ Distribuce, a. s. nebo společnost E.ON Distribuce, a. s., což bylo potvrzeno vyjádřením společnosti ČEZ Distribuce, z něhož vyplývá, že společnosti ČEZ Distribuce je vlastníkem distribuční soustavy ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) energetického zákona na území zadavatele vymezeném licenci společnosti ČEZ Distribuce.
55. V souladu s vyjádřením ERÚ ze dne 13. 11. 2015 společnost ČEZ Distribuce rovněž uvedla, že provoz veřejného osvětlení nelze označit za provoz distribuční soustavy ve smyslu energetického zákona, pro který by navíc byla nutná licence udělená ERÚ, přičemž dále uvedla, že společnost ČEZ Distribuce nemá se zadavatelem uzavřenou smlouvu o připojení lokální distribuční soustavy, ale pouze smlouvu o připojení odběrného zařízení k distribuční soustavě.
56. K argumentaci zadavatele uvedené v bodě 29. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad uvádí, že Úřad nerozporuje, že se v daném případě jedná o podlimitní veřejnou zakázku, stejně tak Úřad nerozporuje, že předmět veřejné zakázky úzce souvisí s poskytováním sítě veřejného osvětlení. Ze samotné skutečnosti, že je systém veřejného osvětlení ve Smlouvě vymezen jako distribuční soustava, však nelze dokládat, že se jedná o distribuční soustavu ve smyslu energetického zákona.
57. Pokud jde o to, že se zadavatel v rámci svého postupu držel stanoviska pana Mgr. Ing. Szalaye, tento postup nemá na skutečnost, zda se zadavatel dopustil porušení zákona a spáchání správního deliktu žádný vliv, neboť odpovědnost za postup dle zákona má výlučně zadavatel. Tuto skutečnost však Úřad zohlednil v rámci polehčujících okolností při stanovování výše sankce (viz bod 75. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Ke stanovisku Mgr. Ing. Szalaye Úřad dále uvádí, že předmětné stanovisko je stanoviskem advokáta, které by se mělo výlučně vztahovat k posouzení právních otázek a takto by se mělo na toto stanovisko nahlížet. Pokud tedy obsahuje i závěry týkající se technického posouzení věci (viz bod 35. odůvodnění tohoto rozhodnutí), nepodložené další analýzou, znaleckým posudkem nebo jiným relevantním dokumentem zpracovaným kompetentní osobou, není možné tyto závěry považovat za relevantní a z těchto důvodů nelze ani shledat, že by mohly být naplněny podmínky pro liberaci ve smyslu § 121 odst. 1 zákona. Pro úplnost Úřad uvádí, že předmětné stanovisko neobsahuje argumenty k posouzení, zda se v daném případě jedná o distribuční soustavu dle energetického zákona.
58. K části vyjádření zadavatele uvedené pod bodem 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad uvádí, že souhlasí s tím, že výkon relevantní činnosti ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) bodu 2 zákona může být naplněn i v případě poskytování distribuční soustavy ve smyslu energetického zákona vlastníkem, nemusí se tedy jednat jen o provozování této distribuční soustavy. V daném případě však v průběhu šetření nevyšlo najevo, že zadavatelem uváděný systém veřejného osvětlení je distribuční soustavou, naopak z vyjádření kompetentních institucí lze dovodit, že se o distribuční soustavu ve smyslu energetického

zákona nejedná. Pokud se tedy v daném případě nejedná o distribuční soustavu, je irelevantní, zda předmětný systém byl provozován samotným zadavatelem nebo naopak poskytován za účelem provozu Energie pod kontrolou, o.p.s. Stejně tak Úřad nerozporuje argument zadavatele, že absence příslušného oprávnění může vést pouze k nemožnosti danou soustavu provozovat, nikoli bez dalšího k závěru, že elektrická síť veřejného osvětlení není vůbec distribuční soustavou. Avšak absence licence na straně dodavatele, kterému zadavatel předal předmětný systém k provozování, může být rozhodně indicií poukazující na to, že se nejedná o distribuční soustavu podle energetického zákona. Pokud totiž zadavatel poskytuje společnosti Energie pod kontrolou, o.p.s. soustavu zařízení, přitom však tato společnost nedisponuje příslušným oprávněním na území zadavatele, pak to rovněž svědčí o tom, že sporná soustava zařízení není distribuční soustavou ve smyslu energetického zákona, k jejímuž provozu společnost musí opravňovat příslušná licence.

59. Úřad nesouhlasí s argumentem zadavatele, že ze skutečnosti, že se v případě předmětného systému veřejného osvětlení nejedná o součást přenosové soustavy, ani o přímé vedení elektřiny, přičemž z energetického zákona jiná možnost nevyplývá, musí vyplynout, že se jedná o distribuční soustavu. Kromě toho, že z vyjádření ERÚ a společnosti ČEZ vyplývá pravý opak, nelze ohlédnout ani od skutečnosti, že distribuční soustava dle § 2 odst. 2 písm. a) bodu 1 musí splňovat řadu technických parametrů stanovených v citovaném ustanovení energetického zákona, přičemž zadavatel nijak nedoložil naplnění jednotlivých znaků distribuční soustavy. Na základě prostého negativní výčtu, resp. vylučovací metodou, nemůže zadavatel dokládat, že se jedná o splnění zákonných znaků distribuční soustavy dle § 2 odst. 2 písm. a) bodu 1 energetického zákona.
60. Úřad zadavatele taktéž zvlášť usnesením ze dne 3. 3. 2016 požádal o vyjádření, zda předmětná soustava na území zadavatele splňovala v době uzavření Smlouvy veškeré zákonné podmínky a technické parametry distribuční soustavy podle § 2 odst. 2 písm. a) bodu 2 energetického zákona, a to včetně systémů měřicí, ochranné, řídicí, zabezpečovací, informační a telekomunikační techniky, včetně elektrických přípojek ve vlastnictví provozovatele distribuční soustavy. Zadavatel však Úřadu nepředložil žádné důkazy a neuvedl žádné konkrétní skutečnosti, z nichž by bylo patrné, že předmětná soustava veřejného osvětlení splňuje veškeré zákonné a technické náležitosti podle § 2 energetického zákona.
61. K návrhu zadavatele na provedení znaleckého posudku Úřad uvádí, že se v průběhu vlastního šetření obrátil na orgány kompetentní k posouzení dané problematiky a na základě provedených důkazů neshledal provedení znaleckého posudku jako účelné, a to i v souladu se zásadou hospodárnosti. Shodně považuje Úřad za neúčelné provádět v daném případě místní šetření.
62. Pokud jde o argument zadavatele spočívající v tom, že zadavatel vykonává i relevantní činnost ve smyslu § 4 odst. 1 písm. f) zákona (viz bod 33. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad k tomuto uvádí, že z ustanovení § 4 odst. 1 písm. f) zákona vyplývá, že zatímco v souvislosti s drážní dopravou, tramvajovou, trolejbusovou a lanovou dopravou se o relevantní činnost jedná v případě činnosti související s poskytováním či provozováním dopravních sítí, v případě veřejné autobusové dopravy je relevantní činností pouze provozování veřejné autobusové dopravy. Nejen tedy, že v případě veřejné autobusové

dopravy není relevantní činností poskytování dopravní sítě veřejné autobusové dopravy, ale ani činnost související s provozováním veřejné autobusové dopravy. Pokud by Úřad argument zadavatele přijal, vedlo by to např. i k absurdnímu závěru, že je podmínka relevantní činnosti podle citovaného ustanovení naplněna i v případě všech veřejných zakázek na rekonstrukce komunikací, což by, v případě, že by zadavatelé na základě tohoto postupovali mimo režim zákona, vedlo k nepřezkoumatelnosti výběru dodavatelů těchto veřejných zakázek.

63. Z hlediska gramatického výkladu Úřad pro úplnost dodává, že pokud by relevantní činností v této souvislosti měla být i činnost související s provozováním autobusové dopravy, pak by ve znění citovaného ustanovení bylo uvedeno „činnosti související s provozováním veřejné autobusové dopravy“ a nikoliv „provozování veřejné autobusové dopravy“.
64. Na základě výše uvedeného tedy Úřad dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval podle výjimky z působnosti zákona podle § 19 odst. 1 v návaznosti na § 2 odst. 7 zákona, ačkoliv k tomu nebyl oprávněn, přičemž tento jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť předmětnou veřejnou zakázku zadavatel nezadal v některém z druhů zadávacích řízení vymezených v § 21 odst. 1 zákona, čímž znemožnil účast jiných dodavatelů v zadávacím řízení. Z uvedeného důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí – uložení sankce

65. 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.
66. Zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadání předmětné veřejné zakázky postupoval v rozporu s § 2 odst. 7 zákona v návaznosti na § 19 odst. 1 zákona, když veřejnou zakázku zadal podle výjimky z působnosti zákona postupem platným pro sektorového zadavatele, a nikoliv v některém z druhů zadávacích řízení vymezených v § 21 odst. 1 zákona, ačkoliv veřejná zakázka nebyla zadávána v souvislosti s výkonem některé z relevantních činností taxativně stanovených v § 4 zákona, přičemž tento jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
67. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
68. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. Úřad obdržel podnět týkající se předmětné veřejné zakázky dne 9. 10. 2015, přičemž správní řízení bylo zahájeno dne 2. 1. 2016. Smlouva na veřejnou zakázku byla zadavatelem uzavřena dne 14. 7. 2014. Z uvedeného vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt podle zákona nezanikla.

69. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
70. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 14.805.090 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % ceny veřejné zakázky) tedy po zaokrouhlení činí 1.480.509 Kč.
71. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, přičemž zákon demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Při zvažování závažnosti správního deliktu pak Úřad zohlednil následující skutečnosti.
72. Ke způsobu spáchání správního deliktu Úřad uvádí, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadání předmětné veřejné zakázky postupoval v rozporu s § 2 odst. 7 zákona v návaznosti na § 19 odst. 1 zákona, když veřejnou zakázku zadal podle výjimky z působnosti zákona postupem platným pro sektorového zadavatele, a nikoliv v některém z druhů zadávacích řízení vymezených v § 21 odst. 1 zákona, ačkoliv veřejná zakázka nebyla zadávána v souvislosti s výkonem některé z relevantních činností taxativně stanovených v § 4 zákona, přičemž tento jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
73. Zadavatel svým postupem zcela vyloučil jakoukoli hospodářskou soutěž, když smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku uzavřel se společností Energie pod kontrolou, obecně prospěšná společnost, IČO 29283272, se sídlem Brněnská 8338/48, Hodonín 695 01, bez předcházejícího zadávacího řízení, čímž zcela znemožnil účast jiných dodavatelů.
74. Jako polehčující okolnost Úřad zohlednil, že zadavatel není jediným zadavatelem, který uzavřel obdobnou smlouvu se společností Energie pod kontrolou, o.p.s., neboť tato společnost oslovila celou řadu zadavatelů s již připraveným zněním smlouvy, a rovněž s připraveným právním stanoviskem, zadavatel tedy zřejmě předpokládal, že tento postup je v souladu se zákonem. Tuto skutečnost však lze považovat pouze za polehčující okolnost, nikoliv prostředek k liberaci zadavatele, neboť je to právě zadavatel, jenž je odpovědný za dodržení postupu podle zákona.
75. Současně Úřad přihlédl k polehčující okolnosti, že zadavatel postupoval při uzavření Smlouvy podle stanoviska pana Mgr. Ing. Vojtěcha Szalaye, advokáta, se sídlem T. G. Masaryka 2957/9A, 690 02 Břeclav, ze dne 18. 6. 2014, přesto ani tato skutečnost nezbavuje zadavatele odpovědnosti podle zákona.
76. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako „nespravedlivá“. Nepřípustné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z rozpočtu Obce Velemín na rok 2016 zveřejněného na jeho internetových stránkách (<http://www.velemin.cz/urad-obce/uredni-deska/navrh-rozpoctu-obce-na-r-2016-764.html>) vyplývá, že zadavatel podle schváleného rozpočtu předpokládá v roce 2016

příjmy ve výši 25.931.000 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 či jakkoliv nespravedlivou.

77. 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. Je tedy třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů proto Úřad uložil pokutu v dolní polovině možné sazby ve výši 70.000 Kč (sedmdesát tisíc korun českých), přičemž ji posoudil vzhledem k souvislostem případu jako dostačující a možnostem zadavatele přiměřenou.
78. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
79. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů 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 1926/7, Černá Pole, 604 55 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. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží
Obec Velemín, Velemín 96, 411 31 Velemín

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