



UOHSX00ABIXY

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0208/2017/VZ-19510/2017/553/VDy

Brno: 29. června 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném dne 29. 5. 2017 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Vodohospodářské sdružení Turnov, IČO 492 95 934, se sídlem Antonína Dvořáka 287, 511 01 Turnov,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, a ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 269 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, zadavatelem v souvislosti s veřejnou zakázkou „Lomnice nad Popelkou - ‘Splásková kanalizace a vodovod pro 25 RD a 2 BD’“ v jednacím řízení bez uveřejnění, zahájeném na základě „Výzvy k jednání - jednacím řízení bez uveřejnění“ ze dne 14. 11. 2015, na níž byla dne 27. 1. 2016 uzavřena Smlouva o dílo se společností MIZERA - STAVBY a.s., IČO 287 62 070, se sídlem Smetanova 1366, 512 51 Lomnice nad Popelkou,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Vodohospodářské sdružení Turnov, IČO 492 95 934, se sídlem Antonína Dvořáka 287, 511 01 Turnov – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Lomnice nad Popelkou - ‘Splásková kanalizace a vodovod pro 25 RD a 2 BD’“ v jednacím řízení bez uveřejnění, zahájeném na základě „Výzvy k jednání - jednacím řízení bez uveřejnění“ ze dne

14. 11. 2015, na níž byla dne 27. 1. 2016 uzavřena Smlouva o dílo s vybraným uchazečem - společností MIZERA - STAVBY a.s., IČO 287 62 070, se sídlem Smetanova 1366, 512 51 Lomnice nad Popelkou, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, neboť zadavatel neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů či z důvodu ochrany výhradních práv realizovat pouze vybraný uchazeč, ačkoliv na základě těchto důvodů předmětnou veřejnou zakázku zadal, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Zadavatel – Vodohospodářské sdružení Turnov, IČO 492 95 934, se sídlem Antonína Dvořáka 287, 511 01 Turnov – se dopustil správního deliktu podle § 269 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, tím, že v případě veřejné zakázky „Lomnice nad Popelkou - ‘Splásková kanalizace a vodovod pro 25 RD a 2 BD’“ v jednacím řízení bez uveřejnění, zahájeném na základě „Výzvy k jednání - jednacím řízení bez uveřejnění“ ze dne 14. 11. 2015, na níž byla dne 27. 1. 2016 uzavřena Smlouva o dílo se společností MIZERA - STAVBY a.s., IČO 287 62 070, se sídlem Smetanova 1366, 512 51 Lomnice nad Popelkou, nesplnil povinnost uveřejnění v souladu s § 219 odst. 1 citovaného zákona, když neuveřejnil na profilu zadavatele smlouvu na veřejnou zakázku v zákonné lhůtě 15 dnů od uzavření smlouvy, neboť zákonná lhůta pro její uveřejnění na profilu zadavatele marně uplynula dne 11. 2. 2016, přičemž zadavatel smlouvu na veřejnou zakázku uveřejnil na svém profilu až dne 9. 5. 2016.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výročí I. a II. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Vodohospodářské sdružení Turnov, IČO 492 95 934, se sídlem Antonína Dvořáka 287, 511 01 Turnov – podle 269 odst. 3 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, ukládá

pokuta ve výši 90 000 Kč (devadesát 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 § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „ZZVZ“), k doзору nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, jakož i k projednání správních deliktů podle tohoto zákona, včetně ukládání sankce za jejich spáchání, obdržel podnět týkající se postupu zadavatele – Vodohospodářské sdružení Turnov, IČO 492 95 934, se sídlem Antonína Dvořáka 287, 511 01 Turnov (dále jen „zadavatel“) – v souvislosti s veřejnou zakázkou „Lomnice nad Popelkou - ‘Splásková kanalizace a vodovod pro 25 RD a 2 BD’“ (dále jen „veřejná zakázka“) zadávanou v jednacím řízení bez uveřejnění, zahájeném na základě „Výzvy k jednání - jednacím řízení bez uveřejnění“

ze dne 14. 11. 2015, na níž byla dne 27. 1. 2016 uzavřena Smlouva o dílo (dále jen „Smlouva“) se společností MIZERA - STAVBY a.s., IČO 287 62 070, se sídlem Smetanova 1366, 512 51 Lomnice nad Popelkou (dále jen „vybraný uchazeč“).

2. V podnětu pisatel uvádí, že zadavatel zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále též "ZVZ"). Pisatel současně uvádí, že zadavatel Smlouvu neuveřejnil na profilu zadavatele v zákonné lhůtě 15 dnů od uzavření smlouvy.
3. Na základě skutečností uvedených v podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele dokumentaci o předmětné veřejné zakázce a vyjádření zadavatele k obsahu podnětu, přičemž z obdržené dokumentace zjistil následující skutečnosti.
4. Zadavatel zahájil zadávací řízení formou jednacím řízení bez uveřejnění na základě „Výzvy k jednání - jednacím řízení bez uveřejnění“ ze dne 14. 11. 2015 adresované vybranému uchazeči. Z profilu zadavatele rovněž vyplývá, že zadávací řízení na veřejnou zakázku bylo realizováno formou jednacím řízení bez uveřejnění s jediným uchazečem.
5. Z dokumentu označeného jako „Zápis z jednání č. 1“ ze dne 19. 11. 2015 vyplývá, že předběžná (předpokládaná) cena veřejné zakázky činila 6 944 000 Kč bez DPH.
6. Z vyjádření zadavatele ze dne 16. 5. 2017, jež Úřad obdržel prostřednictvím datové zprávy (dále jen „vyjádření“), rovněž vyplývá, že předmětná veřejná zakázka byla zadána prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
7. Dne 27. 1. 2016 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem Smlouvu.
8. Z čl. 2. 1. Smlouvy vyplývá, že předmětem veřejné zakázky byla komplexní realizace stavby splaškové kanalizace a vodovodu pro 25 rodinných domů a 2 bytových domů dle projektové dokumentace.
9. Konečná cena díla dle čl. 5. 2 Smlouvy činila 6 460 242 Kč bez DPH.
10. Zadavatel Smlouvu uveřejnil na svém profilu¹ dne 9. 5. 2016.
11. Z dokumentu „Podklady na jednání Rady sdružení VHS Turnov konané ve středu 16. 12. 2015 od 9.00 hodin na Malé Skále, hotel Jizera“, jež tvoří součást přílohové části podnětu, vyplývá následující:

„Město Lomnice nad Popelkou má nad hřbitovem v prostoru bývalé zahrádkářské kolonie územním plánem vyčleněnou rozsáhlou rozvojovou lokalitu pro bydlení (25 rodinných domů a 2 bytové domy). Velká většina pozemků v tomto prostoru patřila a zatím ještě patří Městu.

V roce 2010 došlo k dohodě na zasiťování této lokality mezi městem a panem Miloslavem Mizerou (majitel firmy MIZERA-STAVBY a.s.) dle následujícího schématu:

- město prodá panu Mizerovi plochy stavebních pozemků
- pan Mizera část této ceny již uhradil peněžním plněním a zbývající část byla dohodnuta formou budoucího „naturálního“ plnění – tj. výstavbou inženýrských sítí a komunikací.

¹ <https://www.vhsturnov.cz/tenders/view/137>

Součástí tohoto plnění je také zpracování projektových dokumentací a povolení jednotlivých objektů.

Pan Mizera vždy předpokládal realizaci naturálního plnění vlastní firmou. Dle této dohody také byly mezi oběma stranami sepsány příslušné smlouvy.

Díky složitému projednávání všech povolení a naplněností kapacit firmy byla realizace projektu více let odkládána. Například při tvorbě projektové dokumentace vplynula nutnost zrealizovat pro zásobování pitnou vodou automatickou tlakovou stanici a odlehčovací komoru na kanalizaci. Tyto objekty již nebyly součástí původních dohod.

V druhé polovině tohoto roku začalo vedení města s panem Mizerou jednat o faktickém naplnění dlouholeté dohody. Pan Mizera získal všechna povolení a zejména se uvolnily kapacity jeho firmy.“

Z výše uvedeného dokumentu rovněž vyplývá rozsah plnění předmětné veřejné zakázky:

„Rozsah stavby:

- *kanalizační řady DN 300 a 400 o celkové délce 685,5 m a 27 ks veřejných částí kanalizačních přípojek*
- *vodovodní řady d 90 o celkové délce 711 m a 27 ks vodovodních přípojek*
- *odlehčovací komora na stávající kanalizaci*
- *podzemní ATS*

Financování stavby:

Cena díla

6.943.662,- Kč

(byly využity standardní výkazy výměr a následně oceněny velmi nízkými jednotkovými cenami firmy MIZERA-STAVBY a. s. z letošních vyhraných soutěží)“.

12. Z dokumentu „Podklady na jednání Rady sdružení VHS Turnov konané ve středu 24. 2. 2016 od 9.00 hodin na Malé Skále, hotel Jizera“, jež tvoří součást přílohouvé části podnětu, vyplývá, že výstavbu vodohospodářských sítí (ve výše uvedeném rozsahu) v budoucí bytové zóně v Lomnici nad Popelkou, resp. veřejnou zakázku bude provádět vybraný uchazeč, neboť tato výstavba *„nemohla být standardně soutěžena, protože byly mezi městem a firmou již dlouhodobě uzavřeny rámcové smluvní vztahy.“*

13. Město Lomnice nad Popelkou, IČO 002 75 905, se sídlem Husovo nám. 6, 512 51 Lomnice nad Popelkou (dále jen „Město Lomnice nad Popelkou“), uzavřelo dne 31. 3. 2010 s vybraným uchazečem (dále jen „smluvní strany“) „Kupní smlouvu“ (dále jen „kupní smlouva“). Předmětem kupní smlouvy byl prodej pozemků určených pro výstavbu rodinných domů a jiných bytových domů k vybudování související infrastruktury na území Města Lomnice nad Popelkou vybranému uchazeči, dle zpracované urbanistické studie v rámci rozvojové lokality s názvem O2 a O3 (její části) „U Hřbitova“. Dle čl. III kupní smlouvy byla kupní cena mezi smluvními stranami vypořádána následujícím způsobem:

„a) První část kupní ceny zaplatí kupující prodávajícímu tři dny před podpisem kupní smlouvy ve výši 5.000.000,- Kč (slovy pět miliónů korun českých).

b) Druhou část kupní ceny ve výši 19.000.000,- Kč (slovy devatenáct miliónů korun českých) kupující uhradí prodávajícímu formou naturálního plnění, a to provedením prací ve výše uvedené ceně, které jsou sjednány a upraveny ve smlouvě o dílo č 012010, uzavřené mezi kupujícím a prodávajícím dne 31. března 2010. Práce v uvedené hodnotě budou v souladu se smlouvou o dílo kupujícím provedeny a prodávajícím převzaty v termínech dle smlouvy o dílo.“.

14. Téhož dne, tj. dne 31. 3. 2010 uzavřely výše uvedené smluvní strany Smlouvu o dílo č. 012010 (ev. č. 202.6.-66/10), jejímž předmětem bylo vybudování infrastruktury v rozvojové lokalitě O2;O3 “U Hřbitova”, Lomnice nad Popelkou. Cena díla byla stanovena v souladu s čl. III písm. b) kupní smlouvy na 19 000 000 Kč.
15. Dne 19. 2. 2016 uzavřely výše uvedené smluvní strany kupní smlouvy „Dodatek č. 1“ ke kupní smlouvě, v rámci něhož došlo podle čl. II předmětného dodatku k vyčlenění v článku blíže určených pozemků z předmětu koupě a snížení kupní ceny na 16 183 400 Kč, přičemž cena naturálního plnění podle čl. III písm. b) kupní smlouvy byla snížena na 11 183 400 Kč.
16. Dne 19. 2. 2016 uzavřely výše uvedené smluvní strany „Dodatek č. 1“ ke Smlouvě o dílo č. 012010, v rámci něhož došlo k úpravě (patrně zúžení) původního předmětu plnění na vybudování retenčního objektu, přeložky VN, trafostanice a rozvodů NN, plynovodu a komunikací, přičemž v souladu s Dodatkem č. 1 ke kupní smlouvě byla snížena cena díla na 11 183 400 Kč.
17. Podle vyjádření zadavatele ze dne 16. 5. 2017 *„podstatou celého případu je zjednodušeně řečeno skutečnost, kdy VHS Turnov muselo kvůli současným legislativním a daňovým podmínkám investování akce výstavby nových vodohospodářských sítí za Město Lomnice nad Popelkou. Navázali jsme na transparentně uzavřené a platné smlouvy města o vzniku nové bytové zóny z roku 2010 a dotáhli akci do úspěšného konce v přirozeném režimu investování budoucím vlastníkem sítí (...)“.*
18. Přílohou výše uvedeného vyjádření zadavatel rovněž poskytl Úřadu dopis označený jako „Bytová zóna v Lomnici na Popelkou“ ze dne 15. 10. 2015 adresovaný starostou Města Lomnice nad Popelkou předsedovi zadavatele, Ing. Milanu Hejdkovi, z něhož vyplývá, že záměrem Města Lomnice nad Popelkou byla výstavba infrastruktury pro vytvoření nového rozsáhlého zastavitelného území, přičemž jedním z postupných procesních kroků pro realizaci tohoto záměru bylo uzavření smluvního vztahu s Miloslavem Mizerou na konci března 2010 na výstavbu komunikací a inženýrských sítí v rozvojové lokalitě O2, O3 „U HŘBITOVA“, přičemž součástí této smlouvy o dílo byl závazek zhotovitele vybudovat vodohospodářské sítě v ceně 6 460 000 Kč bez DPH a veškeré přípravné kroky k realizaci záměru byly naplněny až v průběhu roku 2015. V předmětném dopise bylo dále uvedeno následující:

„Ze závěrů z jednání Rady sdružení VHS Turnov je samozřejmě jasné, že podmínky pro vzájemnou spolupráci a dořešení všech vazeb vůči VHS Turnov (např. koncesní a daňová legislativa apod.) jsou zcela jiné, než v roce 2010. Navíc byla přijata pravidla financování akcí ve VHS a organizace se musí řídit i závěry z nedávných daňových kontrol. Na základě našich diskuzí v posledních týdnech je tedy jednoznačné, že jediným možným řešením bude, aby objednatel vodohospodářské infrastruktury bylo přímo VHS Turnov. VHS Turnov se stane ihned vlastníkem investovaného majetku, dle uzavřené koncesní smlouvy bude moci

provozovatel okamžitě zahájit provozování nového majetku a projednaným schématem financování používaným i při obdobných případech budou naplněny požadavky z výsledků nedávných finančních kontrol ve VHS Turnov. Neméně důležitou okolností vedoucí k tomuto řešení je optimalizace daňové zátěže. Je v zájmu obou partnerů a samozřejmě i naší povinností jako představitelů města i VHS Turnov, omezit doprovodné finanční náklady jen na nejnútnejší míru.

Z logiky věci a jako výstup z uzavřených smluvních vztahů mezi naším městem a panem Miloslavem Mizerou je zřejmé, že vodohospodářskou část zasíťování bytové zóny nemůže realizovat jiný zhotovitel (...). Musí být dokončeno plnění smluvních závazků, které uzavřelo naše město. Připravovaná bytová zóna by nikdy nevznikla, kdybychom nyní platní smluvní závazky porušili a hledali nějakou jinou teoretickou cestu, nebo jinou partnerskou firmu (existence stavebních povolení, vstupní náklady firmy do přípravy, peněžní plnění smluvních vztahů vůči městu v minulé době, atd. Navíc by při neodůvodněném přerušení smluvních vazeb vznikla našemu městu finanční ztráta.

Vyzývám Vás proto, aby VHS uzavřelo smlouvu s firmou MIZERA – STAVBY a.s. na vodohospodářskou část díla s tím, že Město Lomnice nad Popelkou následně vypořádá své původní smluvní závazky s touto firmou (dodatek k původní smlouvě o dílo a dodatek k původní kupní smlouvě) tak, aby nedošlo k duplicitě závazků (...).“

19. Na základě výše uvedených skutečností získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel neporušil zákon tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 ZVZ, když dne 27. 1. 2016 uzavřel s vybraným uchazečem Smlouvu na veřejnou zakázku v rámci jednacního řízení bez uveřejnění, aniž by pro daný druh zadávacího řízení byly splněny veškeré zákonné podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky,
20. Současně Úřad získal pochybnosti o tom, zda zadavatel dodržel postup stanovený v ust. § 147a odst. 1 písm. a) ve spojení s ust. §147a odst. 2 ZVZ, když Smlouvu ze dne 27. 1. 2016 uveřejnil na svém profilu až dne 9. 5. 2016, tedy Smlouvu neuveřejnil na svém profilu v zákonné lhůtě 15 dnů od jejího uzavření.
21. Z výše uvedených důvodů Úřad zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S0208/2017/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v souvislosti s veřejnou zakázkou.

I. Řízení před správním orgánem

22. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona
 - zadavatel.
23. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správních deliktů oznámil Úřad zadavateli dopisem ze dne 29. 5. 2017, č. j. ÚOHS-S0208/2017/VZ-16355/2017/553/MBu, ve kterém Úřad seznámil zadavatele se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí. Současně Úřad usnesením z téhož dne, č. j. ÚOHS-S0208/2017/VZ-16358/2017/553/MBu, stanovil účastníkovi řízení lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
24. Správní řízení bylo zahájeno podle § 113 zákona dne 29. 5. 2017, tj. dnem, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli.

25. Ke zjištění Úřadu uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení zaslal zadavatel vyjádření ze dne 8. 6. 2017, které bylo doručeno Úřadu téhož dne prostřednictvím datové schránky.

Vyjádření zadavatele ze dne 8. 6. 2017

26. Zadavatel úvodem svého vyjádření uvádí, že si je vědom svého pochybení spočívajícím v pozdním uveřejnění předmětné smlouvy o dílo na svém profilu.
27. K právě uvedenému zadavatel dále uvádí, že se již od počátku rozhodl umístit profil zadavatele přímo na své webové stránky, aby byl maximálně dostupný a postup zadavatele v zadávacích řízeních byl co nejvíce transparentní, přičemž za tuto snahu zadavatel z důvodu nezkušenosti zaplatil svou daň ve formě předmětného správního řízení. Výše uvedené pochybení bylo dle zadavatele způsobeno primárně tím, že programové zpracování profilu zadavatele nepočítalo se zadáváním v jednacím řízení bez uveřejnění. Počítačové schéma profilu neobsahovalo potřebnou možnost výběru dodavatele, neboť zadavatel při jeho zpracování předpokládal, že na profil bude umísťovat pouze otevřená řízení. Zadání zakázky formou jednacím řízení nemohlo být tedy do profilu zadavatele zaneseno, protože nemohla být současně zveřejněna ani Smlouva na veřejnou zakázku.
28. Zadavatel dále uvádí, že po zahájení diskuzí o způsobu zadání zakázky se v duchu dlouholeté tradice zachování transparentnosti ihned rozhodli Smlouvu zveřejnit v provizorním režimu, aby utnuli jakékoliv vznikající dohady o celé zakázce a jejím zadání. Současně zadavatel upozornil, že již od počátku projednávání celé zakázky byly všechny podklady a rozhodovací kroky postupně zveřejňovány na otevřených webových stránkách zadavatele. Zadavatel připouští, že text Smlouvy nebyl uveřejněn v zákonné lhůtě, avšak dle jeho názoru byly informace o výběru dodavatele, ceně, termínech a dalších podstatných náležitostech smluvního vztahu zveřejněny transparentně, opakovaně a v požadované lhůtě. Všechny subjekty měly dle zadavatele dostatek informací, což dle zadavatele vyplývá rovněž z toho, že doposud žádný subjekt veřejnou zakázku nerozporoval a rovněž nežádal doplňující informace o veřejné zakázce.
29. K zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel uvádí následující.
30. Zadavatel se domnívá, že Úřad dostatečně nevyhodnotil argumenty předložené zadavatelem na jeho obhajobu. Klíčovým je dle zadavatele dopis ze dne 15. 10. 2015 adresovaný starostou Města Lomnice nad Popelkou zadavateli - předsedovi Rady sdružení.
31. Zadavatel je přesvědčen, že existovaly objektivní důvody k šetřenému postupu, přičemž zadavatel má za to, že tyto důvody nezpůsobil a rovněž je nemohl ovlivnit. Výchozí smluvní vztahy Města Lomnice nad Popelkou (člena svazku obcí) zadavatel neuzavíral a nemohl jejich znění ovlivnit. Zadavatel však musel reagovat na současné a probíhající smluvní vztahy s jeho partnerem.
32. Dle zadavatele nebylo možné uzavřené smluvní vztahy ani jejich průběžné plnění nevnímat, neboť zadavatel je svým typem organizace svazkem obcí a Město Lomnice nad Popelkou, jako člen svazku, platný smluvní vztah uzavřelo a naplňovalo. Odmítnutí existence popisovaných skutečností by dle zadavatele vedlo k vysokým finančním škodám a hrozily by žaloby a soudní spory v hodnotách převyšujících hodnotu vodohospodářské části celého díla

při výstavbě bytové zóny. Zadavatel k právě uvedenému dále zdůraznil, že nemožnost postupovat v otevřeném řízení jej velmi mrzela, neboť v otevřených řízeních postupuje ve všech ostatních případech, a to především v zájmu zachování transparentnosti a spravedlnosti, a rovněž z důvodu zachování úcty zadavatelových partnerů (míněno dodavatelů).

33. Zadavatel se proto tedy snažil mimořádný způsob zadání veřejné zakázky vyvážit maximální otevřeností na svém webu a vůči svým členům - městům a obcím. Současně zadavatel usiloval o docílení co nejnižší ceny veřejné zakázky.
34. Dle zadavatele je projednávané zadání veřejné zakázky jasným příkladem určité formy ochrany výhradních práv. Ty byly dle zadavatele dané předem díky uzavřeným smluvním vztahům na řešení bytové zóny a jejich průběžným plněním.
35. Podle zadavatele rovněž existovaly objektivní technické důvody k provedení jednacního řízení bez uveřejnění. Ty byly dány uzavřeným koncesním vztahem na provozování vodovodů a kanalizací, který byl uzavřen mezi zadavatelem jakožto vlastníkem vodohospodářského majetku a jeho provozovatelem (Severočeské vodovody a kanalizace, a. s.) v mezidobí probíhajícího vztahu Města Lomnice nad Popelkou a partnera. Koncesní vztah uzavřený podle nejlepší mezinárodní praxe jako podmínka pro příjem mimořádně vysokých dotačních prostředků z Operačního programu Životního prostředí byl v průběhu přípravy a vlastní koncesní soutěže metodicky řízen dvěma ministerstvy a nakonec i jimi odsouhlasen. Z mnoha jeho částí je dle zadavatele zřejmé, že aby mohl být majetek předán k provozování společnosti Severočeské vodovody a kanalizace a.s. v souladu s uzavřenou koncesní smlouvou, tak k němu musí mít nejdříve zadavatel vlastnické právo.
36. Dle zadavatele lze konstatovat, že vodohospodářské sítě nejsou stavěny, aby ležely nevyužité v zemi, ale aby se na ně napojily okolní nemovitosti, a poté je třeba zajistit jejich kvalitní provozování. A to dle zadavatele zajišťuje podle uzavřené koncesní smlouvy na provozování majetku provozovatelská firma formou dodávky pitné vody a odvedením odpadních vod a jejich vyčištění. Prioritním požadavkem každé akce je investování ze strany svazku, aby bylo vlastníkem nově pořízeného majetku.
37. Dle zadavatele se každé ustanovení zákona může v praxi aplikovat mnoha formami. Jiné vhodné ustanovení zákona dle zadavatele v době zadávání veřejné zakázky v platném zákoně nebylo a jednací řízení bez uveřejnění byla dle zadavatele jediná forma způsobu zadání veřejné zakázky, která mohla být aplikována na posuzovaný případ. Dle zadavatele to byla jediná forma zadání, která respektovala a vyhovovala vstupním podmínkám, které nemohl jako zadavatel ovlivnit.
38. Mezi Městem Lomnice nad Popelkou, jeho partnerem a zadavatelem muselo v určitém časovém okamžiku dojít ke společné dohodě, jak reagovat na aktuální podmínky a investici v bytové zóně dokončit. Nebylo možné porušit uzavřená smluvní ustanovení mezi městem a partnerem, a to ještě s větším důrazem proto, že již byly částečně naplňovány. Muselo dojít k dohodě, jak naplnit podmínky z uzavřených dohod města za současného splnění platné legislativy do tehdejší praktické reality, v důsledku čehož je zadavatel přesvědčen, že Úřad ve svém hodnocení musí obsáhleji přihlídnout k zadavatelově argumentaci, především k doloženému dopisu starosty města. Ten byl dle zadavatele klíčovým podkladem k rozhodování a je dle zadavatele hlavním důkazem k oprávněnosti zadavatelova postupu.

39. Závěrem zadavatel uvádí, že Úřad by měl zvážit, že platná právní úprava je pro zadavatele příznivější, neboť předmětná veřejná zakázka s ohledem na svůj předmět a předpokládanou hodnotu byla podlimitní sektorovou veřejnou zakázkou, pročež by zadavatel byl oprávněn zakázku zadávat mimo režim zákona (ZZVZ).
40. Z dopisu č. j. MULO 49/2015 ze dne 15. 10. 2015 adresovanému zadavateli od starosty města Lomnice nad Popelkou - Mgr. Josefa Šimka, na který zadavatel ve svém vyjádření odkazuje, a který poskytl zadavatel Úřadu jako přílohu svého vyjádření k podnětu ze dne 16. 5. 2017, vyplývá následující:

„dovoluji si Vás oslovit v otázce aktuálního pokračování záměru přípravy bytové zóny - rozvojové lokality O2;O3 (její část) 'U HŘBITOVA' (dle aktuálně platného územního plánu se jedná o rozvojovou lokalitu BM3 BK2). Berte, prosím, toto sdělení současně jako shrnutí celého dosavadního vývoje.

Na přelomu let 2009 a 2010 jsme Vás informovali o záměru realizovat s podporou města Lomnice nad Popelkou výstavbu infrastruktury pro vytvoření nového rozsáhlého zastavitelného území. Tehdy jsme projednávali i aktuální možnosti spolupůsobení VHS Turnov při celém investičním záměru.

Naše město provedlo transparentní výběr partnera pro celý záměr, kdy vyžadovalo peněžní i nepeněžní plnění smluvních vazeb. Jedním z postupných procesních kroků bylo na konci března 2010 uzavření smluvního vztahu s Miloslavem Mizerou na výstavbu komunikací a inženýrských sítí v rozvojové lokalitě O2;O3 'U HŘBITOVA'. Tato smlouva je samozřejmě dodnes platná. Součástí této smlouvy o dílo je závazek zhotovitele vybudovat vodohospodářské sítě v ceně 6460. Tis Kč bez DPH. Skutečné provedení stavby sítí - nepeněžní plnění našich smluvních vztahů - bylo mimo jiné závislé od výsledku projekčních činností, povolování díla, atd. Veškeré přípravné kroky k realizaci záměru byly naplněny až v průběhu tohoto roku.

Ze závěrů z jednání Rady sdružení VHS je samozřejmě jasné, že podmínky pro vzájemnou spolupráci a dořešení všech vazeb vůči VHS Turnov (např. koncesní a daňová legislativa apod.) jsou zcela jiné, než byly v roce 2010. Navíc byla přijata pravidla financování akcí ve VHS a organizace se musí řídit i závěry z nedávných daňových kontrol. Na základě našich diskuzí v posledních týdnech je tedy jednoznačné, že jediným možným řešením bude, aby objednatel vodohospodářské infrastruktury bylo přímo VHS Turnov. VHS Turnov se stane ihned vlastníkem investovaného majetku, dle uzavřené koncesní smlouvy bude moci provozovatel okamžitě zahájit provozování nového majetku a projednaným schématem financování používaným i při obdobných případech budou naplněny požadavky z výsledků nedávných finančních kontrol ve VHS Turnov. Neméně důležitou okolností vedoucí k tomuto řešení je optimalizace daňové zátěže. Je v zájmu obou partnerů a samozřejmě i naší povinností, jako představitelů města i VHS Turnov, omezit doprovodné finanční náklady jen na nejnutnější míru.

Z logiky věci a jako výstup z uzavřených smluvních vztahů mezi naším městem a panem Miloslavem Mizerou je zřejmé, že vodohospodářskou část zasíťování bytové zóny nemůže realizovat jiný zhotovitel, než firma MIZERA - STAVBY a.s., jejímž je pan Miloslav Mizera jediným akcionářem. Musí být dokončeno plnění smluvních závazků, které uzavřelo naše město. Přípravovaná bytová zóna by nikdy nevznikla, kdybychom nyní platné smluvní zakázky

porušili a hledali nějakou jinou teoretickou cestu, nebo jinou partnerskou firmu (existence stavebního povolení, vstupní náklady firmy do přípravy, peněžní plnění smluvních vztahů vůči městu v minulé době, atd.). Navíc by při neodůvodněném přerušení smluvních vazeb vznikla našemu městu finanční ztráta.

Vyzývám Vás proto, aby VHS uzavřelo smlouvu s firmou MIZERA - STAVBY a.s. na vodohospodářskou část díla s tím, že Město Lomnice nad Popelkou následně vypořádá své původní smluvní závazky s touto firmou (dodatek k původní smlouvě o dílo a dodatek původní kupní smlouvě) tak, aby nedošlo k duplicitě závazků.

Vím, že VHS Turnov důsledně naplňuje formu otevřených zadávacích řízení, ale tento případ je svým způsobem odlišný. Bude proto nutné společně a maximálně důsledně projednat konečnou aktuální výši zakázky a formu spolufinancování dle uzavřených pravidel ve VHS Turnov tak, aby bylo výhodné pro VHS Turnov - svazek obcí, jehož jsme právoplatným členem.“

II. Závěry správního orgánu

41. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení ZVZ 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. a II. tohoto rozhodnutí, za což mu byla uložena sankce uvedená ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

K právnímu postavení zadavatele

42. Vzhledem ke skutečnosti, že v daném případě se přezkum souladnosti postupu zadavatele se zákonem týká veřejných zakázek, jež byly zadány přede dnem nabytí účinnosti ZZVZ, tedy ještě za účinnosti ZVZ, Úřad se nejprve zabýval otázkou, zda předmětný subjekt naplňoval definici zadavatele podle (v tehdejší době účinného) ZVZ.
43. Zadavatel je dobrovolným svazkem obcí ve smyslu ustanovení § 49 a násl. zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení).
44. S ohledem na povahu zadavatele (dobrovolný svazek obcí) se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda zadavatel naplňuje definici veřejného zadavatele podle ZVZ, přičemž k zodpovězení této otázky je nutno vycházet z § 2 odst. 2 ZVZ.
45. Podle § 2 odst. 2 ZVZ je veřejným zadavatelem
- a. Česká republika,
 - b. státní příspěvková organizace,
 - c. územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
 - d. jiná právnická osoba, pokud
 - 1.) byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a

- 2.) je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
46. Zadavatel – Vodohospodářské sdružení Turnov – byl založen podle §§ 49-53 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), v rozhodném znění, přičemž je podle § 49 odst. 3 citovaného zákona právnickou osobou.
47. Předmětem činnosti svazku je dle čl. IV stanov zadavatele² zajišťování komplexního provozu vodohospodářského majetku, který je ve vlastnictví svazku i obcí a zajišťování rozvoje vodohospodářské infrastruktury regionu, který je vymezen správním územím obcí - členů svazku.
48. Dle čl. V stanov jsou orgány svazku Rada sdružení, Předseda Rady sdružení, Místopředseda Rady sdružení, Ředitel sdružení, Zástupce ředitele sdružení a Dozorčí rada sdružení.
49. Dle čl. VI stanov má Rada sdružení 28 členů a je nejvyšším orgánem svazku. Zastoupení členů v Radě sdružení: Město Turnov 3 osoby, Město Semily, Město Jilemnice, Město Lomnice nad Popelkou a Město Rokytnice nad Jizerou každé dvě osoby a další obce po jedné osobě. Členy Rady jsou starostové obcí, pověřený člen zastupitelstva nebo jiný občan, s trvalým bydlištěm v obci. Členy Rady volí Rada obce nebo Zastupitelstvo obce, pokud v obci není Rada obce nebo si tuto pravomoc volby vyhradí zastupitelstvo samo.
50. Do okruhu působnosti Rady sdružení mj. patří
- určovat celkovou koncepci činnosti svazku a hlavní zásady jeho hospodaření,
 - schvalovat rozpočet včetně finančních objemů investic a oprav na běžný rok i víceleté výhledy,
 - schvalovat dlouhodobé koncepce obnovy, modernizace a rozšíření reprodukce majetku svazku,
 - zřizovat fondy svazku a stanovit pravidla pro jejich tvorbu a čerpání,
 - schvalovat roční účetní uzávěrky, rozdělení zisku a způsob úhrady případné ztráty,
 - jmenovat a odvolávat ředitele a zástupce ředitele sdružení, aj.
51. Z čl. VII a čl. IX stanov vyplývá, že statutárním orgánem svazku je předseda Rady sdružení a ředitel sdružení.
52. Podle čl. XI stanov dozorčí rada má 5 členů, které volí rady pěti největších členů svazku své zástupce, přičemž dozorčí rada dohlíží na činnost ředitele a celkovou činnosti svazku.
53. Úřad uvádí, že ZVZ nikterak nespécifikuje, co se míní uspokojováním potřeb veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu, avšak obecně platí, že za potřeby veřejného zájmu je třeba považovat takové potřeby, které jsou spojeny s obecným zájmem nad jejich výkonem a které se stát prostřednictvím orgánů státní správy (resp. územních samosprávných celků) rozhodne uspokojovat sám nebo si nad jejich uspokojováním ponechává rozhodující vliv, nebo jako potřeby, které jsou uspokojovány jinak, než dostupností zboží a služeb na trhu.

² dostupné na <https://www.vhsturnov.cz/dokumenty-p-13.html#content>

54. Při výkladu výše uvedeného definičního pojmu je nutné vycházet především z judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“), z níž vyplývá, že není podstatné, zda příslušná osoba je osobou veřejného či soukromého práva či jaká část (jak velký objem) její činnosti je činěna za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu (viz rozsudek SDEU ze dne 15. 1. 1998, č. j. C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG a další proti Strohal Rotationsdruck GmbH). Jinými slovy řečeno, i v případě, kdy tato osoba vykonává částečně činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu a současně i jinou běžnou obchodní činnost, je považována za zadavatele veřejných zakázek v plném rozsahu své činnosti.
55. V rozsudku SDEU ze dne 12. 12. 2002, č. j. C-470/99 Universale-Bau AG a Bietergemeinschaft proti Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH bylo ve vztahu k naplnění tohoto znaku konstatováno, že nezáleží pouze na tom, za jakým účelem byla právnická osoba založena či zřízena, ale rozhodující je především její faktická činnost, kterou aktuálně vykonává.
56. Z dalších rozsudků SDEU vyplývá, že je nezbytné zohlednit tu skutečnost, zda právnická osoba působí v hospodářské soutěži za standardních tržních podmínek, vykonává svou činnost především za účelem dosažení zisku a nese ztráty spojené se svou činností. Obecně lze vyvodit, že naplňuje-li činnost osoby tyto podmínky, nejedná se o činnost, při níž jsou uspokojovány potřeby veřejného zájmu, jež nemají průmyslovou a obchodní povahu.
57. V daném případě je zřejmé, že činnost spočívající v zajišťování komplexního provozu vodohospodářských objektů, které jsou ve vlastnictví svazku a obcí, a zajišťování vodohospodářské infrastruktury na území jednotlivých obcí, které jsou členy zadavatele, je bezesporu činností, která slouží k uspokojování potřeb veřejného zájmu, která nemá průmyslovou nebo obchodní povahu.
58. Vzhledem k tomu, že zadavatel je dobrovolným svazkem obcí, které jsou na základě § 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů, územními samosprávnými celky, tj. veřejnými zadavateli ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) ZVZ, a současně všechny členy Rady sdružení, která je nejvyšším orgánem zadavatele, pod jejíž působnost spadá celá řada významných oprávnění, včetně ředitele Rady sdružení a ředitele sdružení, ustanovují jednotlivé členské obce, Úřad dospěl k závěru, že zadavatel je fakticky ovládán členskými obcemi, tedy veřejnými zadavateli. Jelikož všechny členy dozorčí rady, která je kontrolním orgánem zadavatele, jmenují a odvolávají rady členský obcí, je rovněž zřejmé, že je v daném případě splněna i podmínka, podle níž více než polovinu členů dozorčí rady jmenují a odvolávají veřejní zadavatelé.
59. Úřad má na základě výše uvedeného za to, že je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ, neboť je právnickou osobou, která byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, je ovládána jinými veřejnými zadavateli a jiní veřejní zadavatele jmenují či volí více než polovinu členů v jejím statutárním orgánu.
60. Podle § 4 odst. 1 ZZVZ veřejným zadavatelem je
- a) Česká republika; v případě České republiky se organizační složky státu považují za samostatné zadavatele,
 - b) Česká národní banka,
 - c) státní příspěvková organizace,

d) územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace,

e) jiná právnická osoba, pokud

1. byla založena nebo zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
2. jiný veřejný zadavatel ji převážně financuje, může v ní uplatňovat rozhodující vliv nebo jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu.

61. S přihlédnutím k tomu, že ustanovení § 4 odst. 1 písm. e) ZZVZ je obsahově shodné s ustanovením § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ, Úřad konstatuje, že i v poměrech ZZVZ tento subjekt znaky veřejného zadavatele naplňuje.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

62. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zásadu diskriminace.

63. Podle § 21 odst. 2 zákona může být jednací řízení bez uveřejnění použito pouze za podmínek stanovených v § 23 zákona.

64. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

65. Úřad obecně uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění podle 23 odst. 4 písm. a) zákona je výjimečný způsob zadání veřejné zakázky, kdy je zakázka sice zadávána v režimu podle zákona, ale vzhledem k povaze tohoto řízení je de facto omezena hospodářská soutěž, neboť je zadávána přímo určitému dodavateli, tedy bez efektivní hospodářské soutěže, která má zajistit ekonomickou výhodnost pořízení předmětu plnění veřejné zakázky a rovněž omezit jakékoli nezákonné či korupční jednání, a současně je tento druh zadávacího řízení postupem podle zákona nejméně formalizovaným a kontrolovatelným.

66. Jak bylo právě zmíněno, jedná se o výjimečný způsob zadání veřejné zakázky, tedy určitého plnění a jako s takovým se pojí zákonné podmínky, jež jsou striktně a precizně stanoveny. Důvody, které vedly zadavatele k volbě tohoto způsobu zadávání veřejné zakázky, by měly být v dokumentaci o veřejné zakázce náležitě doloženy, a to především za účelem přezkoumání správnosti postupu zadavatele ze strany Úřadu, neboť důkazní břemeno použití tohoto zadávacího řízení leží právě na zadavateli, což vyplývá např. z rozsudku Soudního dvora Evropské unie ve věci C-385/02 ze dne 14. 9. 2004, v němž Soudní dvůr konstatoval, že ustanovení o možném použití jednacího řízení bez uveřejnění „*musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává [...]*“ (viz články č. 19 a č. 20 rozsudku). Z této premisy dále vychází i konstantní tuzemská judikatura, ze které je možno odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 ze dne 3. 10. 2013, kde soud k použití jednacího řízení bez uveřejnění uvádí, že „*použití jednacího řízení bez uveřejnění [je] jednou z výjimek z jinak povinného použití ‚otevřenějších‘ zadávacích řízení – zásadně řízení otevřeného podle § 21 odst. 1 písm. a) ZVZ... Pokud jde o obecnější rovinu, tu lze skutečně použít východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající*

*v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění, jak plyne z rozsudku Soudního dvora ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02 (Komise proti Itálii). Přestože se v této věci Soudní dvůr nevyjadřoval ke stavu skutkově totožnému, jaký je ve věci právě posuzované, plyne z něj, že ustanovení (směrnic), která umožňují výjimky z pravidel zadávání veřejných zakázek (a za takovou výjimku v dané věci Soudní dvůr považoval právě „odklon“ od přísnějšího postupu formou jednání bez uveřejnění), musí být vykládána **restriktivně, přitom důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává (tj. zadavatel)**. [...] Potřebou restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění není tedy třeba se dále podrobněji zabývat; toto obecné východisko žalovaného je oprávněné“ (pozn. – zvýraznění textu provedeno Úřadem).*

67. Jednací řízení bez uveřejnění by tedy mělo být skutečně krajním řešením tam, kde není jinak možné zajistit plnění požadované zadavatelem, a v žádném případě by nemělo docházet k jeho nadužívání. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění lze uskutečnit pouze v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není, resp. by nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, typicky v otevřeném řízení. Otázka splnění podmínek pro zadání v jednacím řízení bez uveřejnění je proto v souladu s ustálenou soudně rozhodovací praxí posuzovat restriktivně, což vyplývá např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu, sp. zn.: 1 Afs 23/2012, ze dne 20. 11. 2012 (viz výše) nebo rozsudek Krajského soudu v Brně, sp. zn.: 62 Af 95/2013, ze dne 13. 1. 2015.
68. Konkrétně při použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, lze na základě judikatury správních soudů možné rovněž dovozovat, že by neměl být „stav exkluzivity“, tj. existence jediného možného dodavatele schopného splnit předmět veřejné zakázky, vytvořen zadavatelem, přesněji řečeno, zadavatel by měl vynaložit veškeré úsilí k tomu, aby tomuto stavu exkluzivity, pokud lze jeho vznik důvodně předvídat, předešel a nemělo by se jednat pouze o jeho „nešikovnost“. Jak ostatně uvedl Nejvyšší správní soud (dále jen „NSS“) v rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53 „[j]ednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastatou situaci dostupnými právními prostředky změnit“.
69. Shora uvedená restriktce vyplývá i z odstavce 50 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, s účinností ke dni 18. 4. 2016, ve kterém se uvádí, že „[s] ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. To je případ uměleckých děl, u nichž totožnost umělce ze své podstaty určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného

uměleckého předmětu. Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení.“

70. Je tak zřejmé, že použít jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa nebo náhrada a dále jestliže neexistence soutěže není výsledkem umělého zúžení parametrů veřejné zakázky.
71. Jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona je zadavatel oprávněn využít tehdy, pokud příslušná veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů, z uměleckých důvodů či z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
72. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že předmětem veřejné zakázky byla komplexní realizace stavby splaškové kanalizace a vodovodu pro 25 rodinných domů a 2 bytových domů dle projektové dokumentace.
73. Ačkoliv zadavatel argumentuje existencí údajných důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění vyplývajících z ochrany výhradních práv, a to s odkazem na uzavření smluvních vztahů na řešení bytové zóny a jejich průběžné plnění, zadavatel nijak nevysvětlil (a zde je nutné připomenout, že dle judikatury soudů leží důkazní břemeno ve vztahu k doložení oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění zcela na zadavateli), jaké smluvní vztahy zadavateli bránily veřejnou zakázku zadávat v jiném druhu zadávacího řízení, resp. na základě čeho zadavatel vyvozuje, že pokud by veřejnou zakázku realizoval jiný dodavatel než vybraný uchazeč, došlo by k neoprávněnému zásahu do výhradních práv vyplývajících ze zvláštních právních předpisů a v této souvislosti porušení jakých práv měl zadavatel na mysli. Zadavatel za tímto účelem odkázal na dopis ze dne 15. 10. 2015 adresovaný zadavateli od starosty Města Lomnice nad Popelkou - Mgr. Josefa Šimka.
74. Z předmětného dopisu vyplývá, že Město Lomnice nad Popelkou na přelomu let 2009 a 2010 provedlo „transparentní výběr“ na výstavbu komunikací a inženýrských sítí v rozvojové lokalitě O2;O3 'U HŘBITOVA, přičemž součástí této smlouvy o dílo je závazek zhotovitele vybudovat vodohospodářské sítě v ceně 6 460 000 Kč bez DPH. Z předmětného dopisu však vyplývá, že veškeré přípravné kroky k realizaci záměru byly naplněny až v průběhu roku 2015, přičemž podmínky pro vzájemnou spolupráci a dořešení všech vazeb vůči zadavateli (např. koncesní a daňová legislativa apod.) se od roku 2010 radikálně změnily s tím, že navíc byla přijata pravidla financování akcí ve VHS a organizace se musí řídit i závěry z nových daňových kontrol, z čehož starosta Města Lomnice nad Popelkou došel k závěru, že jediným možným řešením je, aby v postavení objednatele byl zadavatel.
75. V souvislosti s již platně uzavřenými závazky Města Lomnice nad Popelkou s vybraným uchazečem ohledně realizace předmětného záměru pak z předmětného dopisu vyplývá, že jediným možným dodavatelem k realizaci veřejné zakázky, s nímž musí zadavatel z výše uvedených důvodů na místo Města Lomnice nad Popelkou uzavřít obdobné smluvní vztahy, je vybraný uchazeč, neboť jinak by došlo k porušení smluvní závazků a připravovaný záměr výstavby bytové zóny by nemohl být např. s odkazem na stavebního povolení, vstupní náklady firmy do přípravy, peněžní plnění smluvních vztahů vůči Městu Lomnice nad

Popelkou v minulé době, realizován a městu Lomnice nad Popelkou by vznikly finanční ztráty.

76. Na základě výše uvedeného pak Město Lomnice nad Popelkou uzavřelo s vybraným uchazečem dodatky k původní kupní smlouvě a původní smlouvě o dílo ze dne 31. 3. 2010 (viz body 13., 14., 15. a 16. odůvodnění tohoto rozhodnutí), aby nedošlo duplicitě právních vztahů a následně došlo k uzavření Smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem.
77. Úřad uvádí, že důvody k použití jednacího řízení bez uveřejnění vyplývající z ochrany výhradních práv je možné spatřovat např. v situaci, kdy zadavatel požaduje úpravu dříve dodaného plnění (např. informačního systému), které je autorským dílem ve smyslu zákona č. 121/2000 Sb., autorský zákon, v rozhodném znění, a které předpokládá zásah do autorských práv a kdy zadavatel však nedisponuje potřebnými oprávněními (tedy právy zasahovat a měnit tento systém, které by mohl poskytnout třetí osobě), a tudíž jedinou osobou, která je z hlediska ochrany výhradních práv oprávněna toto rozšíření či úpravu provést, je dodavatel původního plnění. Dále je možné tyto důvody spatřovat např. v situaci, kdy zadavatel požaduje poskytnutí určitého plnění, které je předmětem patentové ochrany. Toto plnění je pak bezesporu zadavateli schopen dodat pouze dodavatel, který je držitelem takového patentu. V tomto smyslu lze odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně, č. j. 62 Af 61/2010-332, a rozsudek Nejvyššího správního soudu v Brně, č. j. 5 Afs 42/2012-53, ze dne 11. 1. 2013. Ochrana výhradních práv je proto ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ vykládána v kontextu práva vyplývajícího z duševního vlastnictví, protože nelze se splněním podmínky ochrany výhradních práv ve smyslu citovaného ustanovení ZVZ spojovat existenci vlastnického práva, ani existenci smluvních vztahů (kupní smlouva s ní související smlouvy o dílo ze dne 2010) podmiňující zadání veřejné zakázky vybranému uchazeči (vlastníkovi pozemku), z jejichž existence zadavatel pravděpodobně dovozuje splnění podmínek vyplývajících z ochrany výhradních práv ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. Mezi tyto důvody nelze podřadit ani komplikace související s realizací stavebního záměru (viz ve výše uvedeném dopise uvedený odkaz na komplikace spojené s vydáním stavebního povolení, vynaloženými vstupní náklady vybraného uchazeče do přípravy, peněžní plnění smluvních vztahů vůči Městu Lomnice nad Popelkou v minulé době). Současně nelze směřovat pro účely aplikace ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ ustanovení § 17 písm. p) ZVZ. Předně zadavatel postupoval dle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ a má povinnost unést důkazní břemeno legálnosti takového postupu. Dále pak je třeba uvést, že ustanovení § 17 písm. p) ZVZ vymezující pojem zvláštního a výhradního práva má význam ve vztahu k § 2 odst. 6 písm. a) ZVZ, jakožto jednoho ze znaků vymezujících postavení sektorového zadavatele. Ustanovení § 17 písm. p) však nijak přímo a priori nesouvisí s důvodem pro použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ z titulu ochrany výhradních práv a na rozdíl od § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ se vztahuje vždy k osobě zadavatele a nikoliv dodavatele.
78. Nelze přitom přehlédnout, že předmětné smluvní vztahy uzavřelo s vybraným uchazečem Město Lomnice nad Popelkou, tedy nikoliv zadavatel, a to na rozdíl od dodatečného plnění zadaného v jednacím řízení bez uveřejnění. Ačkoliv je tedy zadavatel svazkem obcí, jehož členem je Město Lomnice nad Popelkou, případné omezení vyplývající z předmětných smluvních závazků (kupní smlouvy a smlouvy o dílo ze dne 31. 3. 2010) nelze vztáhnout k zadavateli. Stejně tak důvody, jimiž zadavatel dokládá, proč muselo dojít ke změně

objednatele z Města Lomnice nad Popelkou na zadavatele, resp. k zadání veřejné zakázky zadavatelem, nijak nedokládají oprávněnost použití jednacního řízení bez uveřejnění.

79. K případné námitce zadavatele, podle níž předmětem plnění veřejné zakázky je fakticky plnění, které bylo součástí předmětu plnění veřejné zakázky „vysoutěžené“ v zadávacím řízení Městem Lomnice nad Popelkou Úřad připomíná, že původní smlouva o dílo z roku 2010 byla uzavřena Městem Lomnice nad Popelkou a ne zadavatelem, tedy zcela jiným (subjektem) zadavatelem než v případě dodatečného plnění zadaného v jednacím řízení bez uveřejnění, protože se tak v podstatě jednalo o samostatná právní jednání, jejichž předmětem bylo úplatné provedení stavebních prací. Zadavatel navíc ani nedoložil skutečnost, že by uzavření smlouvy z roku 2010 předcházelo zadávací řízení podle ZVZ. Současně nelze dovozovat, že by postup zadavatele nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, když mezi uzavřením smlouvy o dílo ze dne 31. 3. 2010 a Smlouvy ze dne 27. 1. 2016 uběhlo téměř 6 let. Je tak zcela patrné, že postup zadavatele mohl mít nepochybně za takovou dobu vliv na výběr nejvhodnější nabídky, a to s ohledem na nepochybně možnou změnu okruhu potenciálních dodavatelů k realizaci předmětu plnění veřejné zakázky.
80. Zadavatel dále argumentuje údajnou existencí objektivních technických důvodů k zadání veřejné zakázky v rámci jednacního řízení bez uveřejnění, které zadavatel spatřuje v koncesním vztahu na provozování vodovodů a kanalizací, vzniklém na základě „Koncesní smlouvy o provozování vodohospodářského majetku“, uzavřené dne 31. 8. 2010 mezi zadavatelem, jakožto vlastníkem vodohospodářského majetku, a společností Severočeské vodovody a kanalizace, a. s., IČO 490 99 451, se sídlem Přítkovská 1689, 415 50 Teplice (dále jen „Severočeské vodovody a kanalizace“). Zadavatel v této souvislosti blíže uvádí, že z předmětné koncesní smlouvy vyplývá, že aby mohl být majetek předán k provozování na základě této smlouvy společnosti Severočeské vodovody a kanalizace, musí mít k tomuto majetku zadavatel vlastnické právo a v tomto smyslu odkazuje na bod 14. předmětné koncesní smlouvy.
81. Úřad s odkazem na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, č. j. 5 Afs 42/2012-53, ze dne 11. 1. 2013, uvádí, že technické důvody ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ je možné spatřovat např. v situaci, kdy zadavatel již disponuje nějakým plněním, které mu bylo dříve poskytnuto a poptává plnění, jehož dodání by mělo za následek nekompatibilitu s dříve poskytnutým plněním, pokud by bylo poskytnuto dodavatelem odlišným od toho, který mu poskytl původní plnění. Fakticky se tedy musí jednat o technickou neslučitelnost (nepropojitelnost) původního plnění a nově poptávaného plnění, pokud by bylo poskytnuto rozdílnými dodavateli, která by měla za následek vyvolání škodlivého stavu na straně zadavatele a nefunkčnost původního plnění. O technických důvodech lze uvažovat i tehdy, pokud poskytnutí plnění jiným dodavatelem než dodavatelem původního plnění je z technického hlediska možné, nicméně toto by zadavateli přineslo nepoměrně vyšší finanční náklady, než kdyby plnění bylo dodáno původním dodavatelem, což je jistě v rozporu se zásadou hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků. Typicky se může jednat o požadavek dodavatele na rozšíření či úpravu jeho existujícího informačního systému, přičemž jedinou osobou, která je z technického hlediska schopna toto rozšíření provést, je, vzhledem ke své nezastupitelné detailní znalosti tohoto systému, dodavatel tohoto informačního systému.

82. Ačkoliv ze zadavatelem předložené předmětné koncesní smlouvy, resp. z bodu 14., na který zadavatel výslovně odkazuje, vyplývá závazek zadavatele v případě nabytí vlastnického práva zadavatele k novému vodohospodářskému majetku technicky a provozovně přímo souvisejícím se systémem vodovodů a kanalizací, který provozuje společnost Severočeské vodovody a kanalizace na základě této koncesní smlouvy, uzavřít dodatek k předmětné koncesní smlouvě za účelem rozšíření předmětu koncesní smlouvy a předat tak i tento nový majetek společnosti Severočeské vodovody a kanalizace do provozu, zadavatel nijak nevysvětlil (a neunesl břemeno důkazní), na základě čeho zadavatel dovozuje existenci technických důvodů vedoucích k tomu, že jediným možným dodavatelem k realizaci veřejné zakázky je právě vybraný uchazeč. Zadavatel svými tvrzeními jen podpořil závěr, proč zadavatel šetřené veřejné zakázky je právě zadavatelem a nikoliv Město Lomnice nad Popelkou, když předmětná smlouva předpokládá provoz nového hospodářského majetku provozovatelem Severočeské vodovody a kanalizace do provozu v případě nabytí tohoto majetku do vlastnictví zadavatele. Skutečnosti vyplývající z předložené koncesní smlouvy však existenci technických důvodů pro použití jednacního řízení bez uveřejnění ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ nikterak nedokládají, neboť z ní nevyplývají žádné skutečnosti, na základě kterých by nebyl schopen předmět plnění realizovat jiný dodavatel nežli vybraný uchazeč. Ostatně takové v konečném důsledku ani zadavatel netvrdil.
83. Na základě výše uvedeného má Úřad za to, že zadavatel v šetřeném případě neprokázal, že by v daném případě byly splněny podmínky pro použití jednacního řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ.
84. K argumentaci zadavatele uvedené v bodě 39. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad uvádí, že úpravu obsaženou v ustanovení § 151 v návaznosti na § 153 odst. 2 písm. e) a § 158 odst. 1 ZZVZ je možno nepochybně brát jak o úpravu pro zadavatele příznivější, neboť předmětná veřejná zakázka může být ve smyslu ZZVZ považována za sektorovou veřejnou zakázku v oblasti vodárenství a s ní související, přičemž ZZVZ neobsahuje na rozdíl od ZVZ (§ 2 odst. 7 věty druhé) výjimku, podle níž veřejný zadavatel nepostupuje podle ustanovení ZVZ vztahujících se na sektorového zadavatele, pokud vykonává relevantní činnost podle § 4 odst. 1 písm. d) a e) ZVZ, tedy v oblasti vodárenství a činnost s ní související, je však třeba mít na paměti, že Úřad při posuzování předmětného postupu zadavatele v kontextu účinné právní úpravy obsažené v ZZVZ musí zohlednit znění celého ZZVZ, nikoli pouze vybraných ustanovení. V daném případě je nutno přihlídnout k ustanovení § 4 odst. 4 ZZVZ, který obdobně jako § 26 odst. 5 ZVZ stanoví, že zahájí-li zadavatel zadávací řízení, i když k tomu nebyl povinen, je povinen ve vztahu k zadávané veřejné zakázce dodržovat tento zákon. Současně § 24 ZZVZ stanoví, že zadavatel je povinen dodržet režim určený při zahájení zadávacího řízení, a to i v případě, že byl oprávněn použít jiný režim.
85. Zadavatel zvolil pro výběr dodavatele jednací řízení bez uveřejnění, zadavatel byl povinen dále postupovat podle zákona a příslušných ustanovení v režimu zákona.
86. Úřad dále konstatuje, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem, mohl obdržet nabídky i od jiných dodavatelů, kteří mohli zadavateli nabídnout výhodnější podmínky plnění. Zadavatel zadal plnění veřejné zakázky postupem, který postrádá prvky otevřené soutěže, neboť ji bez předchozí soutěže zadal vybranému uchazeči. Svým

postupem tedy znemožnil ostatním dodavatelům účastnit se zadávacího řízení, což mohlo podstatným způsobem ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Úřad dodává, že pro konstatování porušení zákona postačuje, že k ovlivnění výběru nejhodnější nabídky mohlo dojít, není třeba prokazovat, že k ovlivnění výběru skutečně došlo, a v této souvislosti odkazuje příslušnou rozhodovací praxi správních soudů. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že „pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a) zákona] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 zákona) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky“. Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu... již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách“. K obdobným závěrům došel i Nejvyšší správní soud např. v rozsudku ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 – 28, či rozsudku ze dne 28. 6. 2016, č. j. 4 As 61/2016 – 34.

87. Na základě výše uvedeného tedy Úřad dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 ZVZ, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel Smlouvu na veřejnou zakázku. Z uvedeného důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

88. Profilem zadavatele se podle § 17 písm. w) ZVZ rozumí elektronický nástroj, prostřednictvím kterého zadavatel podle tohoto zákona uveřejňuje informace a dokumenty ke svým veřejným zakázkám způsobem, který umožňuje neomezený a přímý dálkový přístup, a jehož internetová adresa je uveřejněna ve Věstníku veřejných zakázek; požadavky na náležitosti profilu zadavatele stanoví prováděcí právní předpis.
89. Podle § 120 odst. 1 písm. b) ZVZ se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo nedodrží způsob uveřejnění stanovený tímto zákonem.
90. Podle § 120 odst. 2 písm. b) ZVZ se za správní delikt uloží pokuta do 20.000.000 Kč, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. b), e), f) nebo g) ZVZ.
91. Podle § 147a odst. 1 písm. a) ZVZ uveřejní veřejný zadavatel na profilu zadavatele smlouvu uzavřenou na veřejnou zakázku včetně všech jejích změn a dodatků.

92. Podle § 147a odst. 2 ZVZ veřejný zadavatel uveřejní podle odst. 1 písm. a) tohoto ustanovení ZVZ celé znění smlouvy nebo rámcové smlouvy do 15 dnů od jejího uzavření. Pokud veřejný zadavatel postupoval podle § 89 odst. 3 věty druhé ZVZ, uveřejní přílohy rámcové smlouvy do 15 dnů od skončení účinnosti rámcové smlouvy. Veřejný zadavatel neuveřejní informace, u kterých to vyžaduje ochrana informací a údajů podle zvláštních právních předpisů. Povinnost podle odstavce 1 písm. a) citovaného ustanovení ZVZ se nevztahuje na
- a) smlouvy na veřejné zakázky malého rozsahu, jejichž cena nepřesáhne 500 000 Kč bez DPH,
 - b) smlouvy na veřejné zakázky, u nichž veřejný zadavatel postupoval v souladu s § 18 odst. 1 písm. a), odst. 2 písm. a) a c), odst. 3 písm. e) a odst. 4 písm. d) ZVZ,
 - c) smlouvy na plnění veřejných zakázek zadané na základě rámcové smlouvy nebo v dynamickém nákupním systému, jejichž cena nepřesáhne 500 000 Kč bez daně z přidané hodnoty.
93. Podle § 219 odst. 1 ZZVZ veřejný zadavatel uveřejní na profilu zadavatele smlouvu uzavřenou na veřejnou zakázku včetně jejích změn a dodatků, a to do 15 dnů od jejich uzavření nebo od konce každého čtvrtletí v případě veřejných zakázek zadávaných na základě rámcové dohody nebo v dynamickém nákupním systému. To neplatí pro
- a) smlouvu na veřejnou zakázku, jejíž cena nepřesáhne 500 000 Kč bez daně z přidané hodnoty,
 - b) smlouvu na veřejnou zakázku, u které veřejný zadavatel postupoval v souladu s § 29 písm. a) až c) a písm. l) bod 2, § 30 písm. d) nebo § 191 odst. 2 písm. e) ZZVZ,
 - c) pro zadavatele, který je zpravodajskou službou podle jiného právního předpisu, nebo
 - d) smlouvu uveřejněnou podle jiného právního předpisu.
94. Podle § 269 odst. 2 ZZVZ se veřejný zadavatel dopustí správního deliktu při uveřejňování podle tohoto zákona tím, že neuveřejní uzavřenou smlouvu na veřejnou zakázku podle § 219 odst. 1 ZZVZ.
95. Podle § 269 odst. 3 písm. a) ZZVZ se za správní delikt uloží pokuta do 1 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle § 269 odst. 2 ZZVZ.
96. Podle § 274 odst. 1 písm. a) ZZVZ podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, nebo podle zákona č. 139/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, se postupuje v řízeních o přezkoumání úkonů zadavatele a řízení o správních deliktech zahájených Úřadem po dni nabytí účinnosti tohoto zákona, jestliže se týkají zadávání veřejných zakázek nebo rámcových smluv podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.
97. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“), platí, že se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější.
98. Ústavní pravidlo zakotvené v čl. 40 odst. 6 Listiny zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) aplikuje rovněž v řízeních o sankci za správní delikty. NSS např.

v rozsudku ze dne 27. 10. 2004, č. j. 6 A 126/2002, dovodil, že: „Ústavní záruka vyjádřená v článku 40 odst. 6in fine Listiny základních práv a svobod a spočívající v přípustnosti trestání podle nového práva, jestliže je taková úprava pro pachatele výhodnější, platí i v řízení o sankci za správní delikty. Ve svých důsledcích znamená, že rozhodnutí, které za účinnosti nového práva ukládá trest podle práva starého, se musí ve svých důvodech vypořádat s otázkou, zda nové právo vůbec převzalo staré skutkové podstaty, a pokud ano, zda tresty za takové delikty ukládané jsou podle nového práva mírnější nebo přísnější než podle práva starého. Rozhodnutí, které se s touto otázkou vůbec nevypořádá a zcela ji pomine, je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.“ Obdobně se NSS vyjádřil i v rozsudku ze dne 21. 3. 2012, č. j. 5 Afs 68/2011, či v rozsudku ze dne 12. 4. 2013, č. j. 2 Afs 64/2012.

99. V usnesení Nejvyššího soudu ze dne 15. 12. 2010, sp. zn. 8 Tdo 1430/2010, je uvedeno, že „Jestliže soud zjistí, že posouzení trestnosti činu podle zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů, je pro pachatele příznivější než jeho posouzení podle zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění zákona č. 306/2009 Sb., pak je ustanovení tohoto příznivějšího zákona vázán jak při rozhodnutí o vině, tak i rozhodnutí o trestu. Způsob výkonu trestu odnětí svobody je součástí trestnosti činu, protože výrok o způsobu výkonu nepodmíněného trestu odnětí svobody je podle § 122 odst. 1 tr. ř. obligatorní součástí takto uloženého trestu. Proto ukládá-li soud nepodmíněný trest odnětí svobody podle zákona č.140/1961 Sb., musí pro účely výkonu trestu odnětí svobody pachatele zařadit do odpovídajícího typu věznice podle § 39a tr. zák., nikoliv podle § 56 odst. 2 tr. zákoníku.“
100. Z výše uvedeného vyplývá, že je-li pro posouzení normy o sankci příznivější pozdější úprava, přičemž porovnáním pozdější a dosavadní úpravy je zřejmé, že jednání je co do viny stále trestné podle obou norem, pak je Úřad jako orgán rozhodující o deliktní odpovědnosti zadavatele vázán ustanoveními tohoto příznivějšího zákona jak při rozhodnutí o vině, tak i rozhodnutí o trestu.
101. V daném případě je zřejmé, že obdobně jako tomu je podle § 219 odst. 1 ZZVZ, byl zadavatel i s odkazem na ustanovení § 147a odst. 1 písm. a) a § 147a odst. 2 tehdy účinného ZVZ ve vztahu k předmětné veřejné zakázce vázán povinností uveřejnit na svém profilu Smlouvu uzavřenou na veřejnou zakázku, a to do 15 dnů od jejího uzavření.
102. Je rovněž zřejmé, že ačkoliv je dle obou právních předpisů neuveřejnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, případně jejích dodatků, na profilu zadavatele v zákonné lhůtě správním deliktem, ustanovení § 269 odst. 3 písm. a) ZZVZ stanovuje podstatně nižší horní sazbu pokuty za spáchání správního deliktu spočívajícího v neuveřejnění smlouvy na profilu zadavatele v zákonné lhůtě (viz bod 86. a 91. odůvodnění tohoto rozhodnutí). S ohledem na příznivější právní úpravu je proto nutné posoudit souladnost postupu zadavatele v kontextu nové právní úpravy obsažené v ZZVZ.
103. Úřad uvádí, že povinnost uveřejnit na profilu zadavatele smlouvu uzavřenou na veřejnou zakázku byla do zákona zakotvena tzv. transparentní novelou, tj. zákonem č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, s účinností od 1. 4. 2012, přičemž povinnosti uveřejnit na profilu zadavatele kompletní znění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku má za cíl posílit princip transparentnosti průběhu a výsledku zadávání veřejné zakázky (v tomto případě prostřednictvím seznámení se ze strany

široké veřejnosti s obsahem uzavřené smlouvy) a umožnit veřejný dohled nad hospodárností při nakládání s veřejnými prostředky.

104. Pro naplnění požadavků § 219 odst. 1 ZZVZ je pak nezbytné kumulativní splnění několika podmínek, a to jednak podmínky samotného uveřejnění smlouvy na veřejnou zakázku (případně její změny či dodatku), jednak podmínky uveřejnění celého znění smlouvy (případně její změny či dodatku), dále její uveřejnění na místě k tomu určeném, tedy na profilu zadavatele, a v poslední řadě její uveřejnění ve lhůtě do 15 dnů od uzavření smlouvy (případně uzavření změny či dodatku smlouvy). Pokud zadavatel veškeré uvedené podmínky nesplní, tak nedodrží povinnost stanovenou v § 219 odst. 1 ZZVZ.
105. V projednávané věci zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem Smlouvu dne 27. 1. 2016, přičemž na profilu zadavatele byla uveřejněna až dne 9. 5. 2016.
106. Jelikož v případě výše uvedené veřejné zakázky zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu dne 27. 1. 2016 a současně na daný případ nelze aplikovat ani jednu z výjimek uvedených v § 219 odst. 1 písm. a), b), c) a d) ZZVZ, zadavatel byl povinen uveřejnit tuto smlouvu na profilu zadavatele ve lhůtě do 11. 2. 2016.
107. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktů podle § 269 odst. 2 ZZVZ tím, že nesplnil povinnost uveřejnění v souladu s § 219 odst. 1 ZZVZ, když neuveřejnil na profilu zadavatele Smlouvu v zákonné lhůtě 15 dnů od jejich uzavření, když předmětná smlouva byla uzavřena dne 27. 1. 2016 a zákonná lhůta pro její uveřejnění na profilu zadavatele marně uplynula dne 11. 2. 2016, přičemž zadavatel uveřejnil Smlouvu na svém profilu až dne 9. 5. 2016, tj. 103. den od jejího uzavření. Z tohoto důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K výroku III. tohoto rozhodnutí – uložení sankce

108. Podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ 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.
109. Podle § 269 odst. 2 ZZVZ veřejný zadavatel se dopustí správního deliktu při uveřejňování podle tohoto zákona tím, že neuveřejní uzavřenou smlouvu na veřejnou zakázku podle § 219 odst. 1 ZZVZ.
110. Zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.
111. Zadavatel se dopustil spáchání správního deliktu podle § 269 odst. 2 ZZVZ tím, že nesplnil povinnost uveřejnění v souladu s § 219 odst. 1 ZZVZ, když neuveřejnil na profilu zadavatele Smlouvu uzavřenou dne 27. 1. 2016 s vybraným uchazečem v zákonné lhůtě 15 dnů od uzavření smlouvy, neboť zákonná lhůta pro její uveřejnění na profilu zadavatele marně uplynula dne 11. 2. 2016, avšak zadavatel smlouvu na veřejnou zakázku uveřejnil na svém profilu až dne 9. 5. 2016.

112. Podle § 121 odst. 3 ZVZ 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.
113. Podle § 270 odst. 3 ZZVZ odpovědnost zadavatele 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.
114. V návaznosti na výše citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ustanovení § 121 odst. 3 ZVZ, resp. § 270 odst. 3 ZZVZ. Úřad se dozvěděl o spáchání deliktů zadavatele uvedených ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí na základě podnětu ze dne 2. 5. 2017, přičemž správní řízení ve věci spáchání těchto správních deliktů bylo zahájeno dne 29. 5. 2017. Smlouva byla uzavřena dne 27. 1. 2016, čímž současně došlo ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí. Ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí došlo následující den po marném uplynutí zákonné lhůty stanovené ke splnění předmětné uveřejňovací povinnosti, tj. dne 12. 2. 2016. Vzhledem k uvedenému je zřejmé, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za spáchání správních deliktů nezanikla.
115. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (poena maior absorbet minore – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007 – 135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.
116. Úřad konstatuje, že pro stanovení konkrétní výše uložené pokuty je nutné posuzovat jednotlivé správní delikty uvedené ve výrocích I., a II. tohoto rozhodnutí samostatně.
117. V souladu s již citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, jaký delikt je v šetřeném případě přísněji trestný, tj. za který z nich je možno uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).

118. Podle § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ 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).
119. Podle § 269 odst. 3 písm. a) ZZVZ se za správní delikt uloží pokuta do 1 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle § 269 odst. 2 ZZVZ.
120. V projednávané věci cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 7 816 893 Kč s DPH, protože horní hranice možné pokuty (10 % ceny veřejné zakázky) tedy po zaokrouhlení činí 781 689 Kč.
121. V projednávané věci lze tedy, a to při zohlednění nové pro pachatele příznivější právní úpravy, která se – ve vztahu ke skutku uvedenému ve výroku II. tohoto rozhodnutí – použije, uložit nejvyšší sankci za správní delikt uvedený ve výroku II. tohoto rozhodnutí a z tohoto důvodu považuje Úřad tento delikt za nejpřísněji trestný, neboť je možné u něj stanovit sankci až do výše 1 000 000 Kč. Úřad tedy přistoupil k uložení pokuty za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí a ke správnímu deliktu uvedenému ve výroku I. tohoto rozhodnutí přihlédl s ohledem na použití zásady absorpce v rámci přitěžujících okolností.
122. Podle § 270 odst. 2 ZZVZ se při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Byl-li uložen zákaz plnění smlouvy, přihlédne se rovněž k tomu, v jakém rozsahu bylo již ze smlouvy plněno.
123. Ke způsobu spáchání správního deliktu Úřad uvádí, že pro zadavatele z § 219 odst. 1 ZZVZ explicitně vyplývá povinnost uveřejnit na profilu zadavatele smlouvu na veřejnou zakázku, a to včetně všech jejích změn a dodatků, do 15 dnů od jejího uzavření. Zadavatel tuto svou povinnost nesplnil, když Smlouvu uveřejnil opožděně, tj. po marném uplynutí zákonné 15 denní lhůty, přičemž odpovědnost za nesplnění této uveřejňovací povinnosti je odpovědností objektivní, tedy odpovědností bez ohledu na zavinění.
124. V rámci následků protiprávního jednání zadavatele Úřad zohlednil skutečnost, že byla postupem (opomenutím) zadavatele znemožněna široké veřejnosti možnost seznámit se s kompletním zněním (obsahem) smlouvy uzavřené na danou veřejnou zakázku ve stanovené lhůtě, tedy včas. Nadto mohlo pozdní uveřejnění předmětné smlouvy způsobit pochybnosti některých subjektů, zda výběr dodavatele veřejné zakázky proběhl transparentně. Na této skutečnosti přitom nemění z povahy věci nic to, že neuveřejnění smlouvy v zákonné lhůtě nemělo na tento výběr jakýkoliv vliv, neboť vliv na výběr nejvhodnější nabídky není znakem skutkové podstaty správního deliktu podle § 269 odst. 2 ZZVZ.
125. Úřad jako polehčující okolnost shledal tu skutečnost, že zadavatel Smlouvu na svém profilu, byť opožděně, uveřejnil. K nápravě nicméně došlo až po téměř třech měsících od doby, kdy byl zadavatel smlouvu povinen uveřejnit. Po tuto dobu tak veřejnost byla omezena na svém právu seznámit se s obsahem Smlouvy a nebyl tak umožněn veřejný dohled nad hospodárností při nakládání s veřejnými prostředky.
126. Úřad jako polehčující okolnost shledal, že se zadavatel doznal ke spáchání správního deliktu neuveřejnění smlouvy dle zákona.

127. Jak již Úřad uvedl v bodě 117. odůvodnění tohoto rozhodnutí, Úřad jako k přitěžující okolnosti přihlédl k tomu, že se zadavatel dopustil kromě správního deliktu uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí rovněž správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
128. 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 zadavatele na rok 2017 zveřejněného na jeho internetových stránkách (<https://www.vhsturnov.cz/files/upload/58b9570cd531e/Rozpo%C4%8Det%20pro%20rok%202017%20-%20schv%C3%A1len%C3%BD.pdf>) vyplývá, že zadavatel podle schváleného rozpočtu předpokládá v roce 2017 příjmy ve výši 193 772 538 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.
129. 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 90 000 Kč (devadesát tisíc korun českých), přičemž ji posoudil vzhledem k souvislostem případu jako dostačující a možnostem zadavatele přiměřenou.
130. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

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. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

Vodohospodářské sdružení Turnov, Antonína Dvořáka 287, 511 01 Turnov

Vypraveno dne

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