

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 6.11.2008

Č. j.: R133/2008/02-22047/2008/310-AS

V Brně dne 3. listopadu 2008

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 14. 7. 2008 zadavatelem

- **obcí Zdiby, IČ 00241032, Průběžná 11, 250 06 Zdiby**, zastoupenou Janem Tvrdým, starostou

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 6. 2008, č. j. S116/2008/VZ-12377/2008/530/RP,

kteřé bylo Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže vydáno ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele - Obce Zdiby, IČ 00241032, Průběžná 11, 250 06 Zdiby, zast. Janem Tvrdým, starostou – učiněných ve správním řízení **při uzavírání koncesní smlouvy o provozování veřejné kanalizace a čistírny odpadních vod v obci Zdiby ze dne 14. 11. 2007,**

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 6. 2008, č. j. S116/2008/VZ-12377/2008/530/RP,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

I. Koncesní řízení a prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel obec Zdiby, IČ 00241032, Průběžná 11, 250 06 Zdiby, zast. Janem Tvrdým, starostou, (dále jen „zadavatel“) uzavřel dne 14. 11. 2007 „Koncesní smlouvu o provozování veřejné kanalizace a čistírny odpadních vod v obci Zdiby“ (dále jen „koncesní smlouva“) s obchodní společností BMTO GROUP, a . s., IČ 490 99 361, se sídlem Liberec 8, Ampérová 444, PSČ 460 08, jednající ing. Jiřím Buškem, předsedou představenstva (dále jen „koncesionář“).
2. Zastupitelstvo obce projednalo na svém zasedání 29. 6. 2007 a schválilo případné uzavření koncesní smlouvy s koncesionářem, a to za účelem provozování kanalizace a čističky odpadních vod.
3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) se touto kauzou zabýval již v roce 2007 na základě podnětu, který upozorňoval na to, že koncesionář nebyl vybrán ve výběrovém řízení. Tento podnět Úřad uzavřel svým dopisem z 10. 9. 2007 konstatováním, že neshledal důvody pro zahájení správního řízení. Dne 14. 1. 2008 obdržel Úřad stížnost, týkající se způsobu vyřízení výše uvedeného podnětu. Na jejím základě zahájil Úřad správní řízení dopisem ze dne 14. 4. 2008 zasláným zadavateli.
4. Úřad jako účastníka řízení označil podle § 27 odst. 1 písm. b) zák. č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zadavatele.

II. Napadené rozhodnutí

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 30. 6. 2008 rozhodnutí č. j. S116/2008/VZ-12377/2008/530/RP, kterým podle § 27 zák. č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (dále jen „KZ“) rozhodl tak, že se zadavatel **dopustil správního deliktu** podle § 27 odst. 1 písm. b) KZ, neboť nedodržel postup stanovený v § 5 odst. 1 KZ, když při výběru koncesionáře nepostupoval v koncesním řízení v souladu s KZ, s tím, že tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr koncesionáře.
6. Za uvedený správní delikt se zadavateli ukládá podle § 27 odst. 2 KZ **pokuta ve výši 100.000,- Kč**. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí na účet Úřadu.
7. V odůvodnění Úřad dovedl, že zadavatel nepostupoval v souladu s § 4 KZ, **neboť nezjistil správně před zahájením koncesního řízení předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy a předpokládaný celkový příjem koncesionáře, který vyplývá z realizace koncesní smlouvy.**
8. Způsob výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře stanoví prováděcí předpis, konkrétně vyhl. č. 217/2006 Sb. (dále jen „vyhláška“), která v § 2 stanoví povinnost zadavatele stanovit předpokládaný příjem koncesionáře pro každý jednotlivý rok

předpokládané platnosti koncesní smlouvy, a to postupem stanoveným v příloze č. 1 této vyhlášky.

9. Zadavatel nepostupoval v souladu s vyhláškou, pokud v rámci kalkulace vycházel z údajů o minulém vývoji objemu odpadních vod a aktuálního stočného. V důsledku toho zadavatel nesplnil svou povinnost zjistit předpokládaný příjem koncesionáře na základě veškerých dostupných informací tak, aby se odhad co nejlépe blížil realitě.
10. Zadavatel podle Úřadu nezhlednil skutečnost, že v katastru zadavatele se předpokládá další výstavba včetně dostavby kanalizační sítě. Zadavatel si proto musel být před uzavřením koncesní smlouvy vědom nárůstu objemu odpadních vod v budoucích letech, plynoucího z této dostavby stoky BK 1 kanalizace a další výstavby objektů určených k bydlení. Tyto skutečnosti však zadavatel nezhlednil v rámci kalkulace ohledně předpokládaného příjmu koncesionáře.
11. Zadavatel vycházel v rámci kalkulace z objemu odpadních vod z roku 2007 v rozsahu 76.686 m³ a stočného ve výši 20,-- Kč. V rámci schvalování výše stočného pro rok 2008 zastupitelstvem zadavatele, bezprostředně po uzavření koncesní smlouvy, však vyplynula zcela nová kalkulace, v níž je patrný nárůst objemu odpadních vod na 94.000 m³ za rok.
12. Zatímco zadavatel dospěl svým výpočtem k předpokládanému příjmu koncesionáře v částce 18,309.549,36 Kč bez DPH, Úřad dosazením do vzorce provedl přepočty, v jehož rámci zohlednil nárůst objemu odpadních vod na 94.000 m³ a dospěl k částce 22,443.440,-- Kč bez DPH, jakožto předpokládaného příjmu koncesionáře.
13. V důsledku tohoto zjištění Úřad uzavřel, že **vzhledem k výši předpokládaného příjmu koncesionáře, převyšujícího hranici 20 milionů Kč bez DPH, měl zadavatel podle § 5 odst. 1 KZ při výběru koncesionáře postupovat podle části druhé KZ.** Podle Úřadu nelze vyloučit, že by v koncesním řízení jiní uchazeči nenabídli výhodnější podmínky pro zadavatele.
14. Vzhledem k tomu, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. b) KZ, když nerespektoval postup podle § 5 odst. 1 KZ uložil mu Úřad pokutu. Výše pokuty byla stanovena s ohledem na ustanovení § 27 odst. 2 KZ za přihlídnutí k § 28 odst. 2 KZ. V úvahu přicházela **maximální pokuta ve výši 1,122.172,-- Kč.** Úřad zvážil, že odpovídající a přiměřená je v daném případě pokuta ve výši 100.000,-- Kč. Svou úvahu opřel Úřad o rozpočet zadavatele, který převyšuje 18 milionů, tedy pokuta v částce 100.000,-- Kč není pro zadavatele likvidační.

III. Námitky rozkladu

15. Úřad obdržel od zadavatele dne 14. 7. 2008 rozklad, jímž napadá rozhodnutí Úřadu v celém jeho rozsahu. Zadavatel namítá, že Úřad šetřil tuto kauzu již v roce 2007 a tehdy neshledal důvody pro zahájení správního řízení.
16. Dále v rozkladu namítá, že postupoval zcela v souladu s KZ. Podle zadavatele je jeho povinností postupovat podle doložených faktů a ne podle svých domněnek a odhadů. Pokud tedy při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře před uzavřením

koncesní smlouvy vycházel z cen platných pro rok 2007, jednalo se o postup v souladu s vyhláškou

Závěr rozkladu

17. Zadavatel v závěru rozkladu dovozuje, že koncesní smlouva byla uzavřena v souladu s KZ a zadavatel postupoval v souladu s KZ při výběru koncesionáře a nedopustil se správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. b) KZ.

IV. Řízení o rozkladu

Stanovisko předsedy Úřadu

18. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
19. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
20. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S116/2008/VZ-12377/2008/530/RP ze dne 30. 6. 2008 rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. b) KZ, neboť nedodržel postup stanovený v § 5 odst. 1 KZ, když při výběru koncesionáře nepostupoval v koncesním řízení v souladu s KZ, s tím, že tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr koncesionáře a za uvedený správní delikt uložil zadavateli podle § 27 odst. 2 KZ pokutu ve výši 100.000,- Kč, která je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí na účet Úřadu, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

21. Zcela se ztotožňuji se závěrem Úřadu ohledně toho, že v daném koncesním řízení nedodržel zadavatel postup stanovený KZ. Konkrétně zadavatel porušil ustanovení § 5 odst. 1 KZ. V důsledku toho Úřad správně v souladu s ustanovením § 27 odst. 1 písm. b) KZ ve spojení s § 27 odst. 2 KZ uložil zadavateli pokutu v částce 100.000,- Kč, splatnou na účet Úřadu do dvou měsíců od právní moci rozhodnutí.
22. Námitka zadavatele, směřující k předchozímu šetření Úřadu v této kauze v roce 2007, kdy Úřad dospěl k závěru, že nejsou dány důvody pro zahájení správního řízení, není namístě. V rámci podnětu z roku 2007 nebyla namítána nesprávná kalkulace v rámci předpokládaného příjmu koncesionáře. Tato námitka se objevila až v rámci stížnosti ze 14. 1. 2008, kde stěžovatel poukázal na zvýšení objemu odpadních vod, v důsledku čehož zadavatel chybně vypočetl předpokládaný příjem koncesionáře, který přesahuje 20 milionů Kč bez DPH.

23. Další námitka rozkladu je svou podstatou opakováním argumentace zadavatele, kterou uváděl po celou dobu správního řízení. Zadavatel tvrdí, že postupoval v souladu s KZ, a že nebyl povinen výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře realizovat na základě domněnek či odhadů. K tomu uvádím, že se zadavatel se mylí, pokud svou kalkulaci zcela opřel o rok 2007 a nezohlednil skutečnosti, které prokazatelně znal v době, kdy kalkulaci prováděl. Pokud je uloženo v prováděcí vyhlášce ke KZ, že je povinností zadavatele zjistit **předpokládaný** příjem koncesionáře, nemůže se jednat o reálný příjem koncesionáře. Tedy **zjišťuje-li se předpoklad nemůže se opírat pouze a jedině o reálně dané hodnoty. Předpoklad musí vždy vycházet z odhadů, které mohou do budoucna nastat.** Pokud tedy zadavatel prokazatelně před uzavřením koncesní smlouvy věděl, že v obci bude probíhat další výstavba obytných objektů i stokové sítě, měl tuto skutečnost promítnout do svých úvah o předpokládaném objemu odpadních vod, což ve svém důsledku má zásadní dopad na stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře.
24. Při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře proto zadavatel postupoval v rozporu s ustanovením § 5 odst. 1 KZ a nerespektoval ani prováděcí vyhlášku k tomuto zákonu, konkrétně v ustanovení § 2. Úřad vlastním správním propočtem dospěl k závěru, že **předpokládaný příjem koncesionáře bude činit 22,443.440,- Kč bez DPH.** V takovém případě se jedná o nutnost postupu podle druhé části KZ, jak vyplývá z dikce ustanovení § 5 odst. 2 KZ, kde je uvedeno, že zadavatel nemusí postupovat podle této (tedy druhé části KZ), činí-li předpokládaný příjem koncesionáře méně než 20 milionů Kč bez DPH.
25. Je tedy povinností zadavatele před zahájením koncesního řízení zjistit předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy a předpokládaný příjem koncesionáře dle vyhlášky. Toto zjištění předpokládaného příjmu koncesionáře je důležité, aby zadavatel zjistil, že buď nemusí vůbec podstupovat koncesní řízení, pokud předpokládaný příjem je menší než 20 milionů Kč, nebo naopak musí postupovat podle KZ.
26. S poukazem na shora uvedené proto Úřad správně dovedl na straně zadavatele spáchání správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. b) KZ, neboť nedodržení postupu stanoveného KZ pro výběr koncesionáře mohlo ovlivnit zásadně jeho výběr. Nelze v tomto směru proto vyloučit, že v koncesním řízení by jiní uchazeči nabídli zadavateli výhodnější podmínky než vybraný koncesionář. Ve svém důsledku pak jde o porušení zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
27. Pokud se týká uložené pokuty postup Úřadu zcela koresponduje s ustanovením § 27 odst. 1 písm. b) ve spojení s § 27 odst. 2 KZ za přihlídnutí k § 28 odst. 2 KZ. V tomto směru Úřad zcela správně aplikoval **správní uvážení** a přihlédl k celkovému rozpočtu zadavatele, z čehož vyhodnotil vlastní výši pokuty tak, aby nebyla pro zadavatele likvidační.
28. Úřad při svém rozhodování využívá svého diskrečního oprávnění, v rámci něhož klade důraz na hodnocení důsledků případného porušení zákona zadavatelem. **Správní uvážení představuje významný institut správního práva,** který v sobě propojuje rovinu právní a faktickou, rovinu abstraktních úprav a rovinu konkrétní rozhodovací činnosti. Podstatu správního uvážení lze spatřovat v tom, že se vznikem nebo existencí určitých podmínek nespojuje příslušné ustanovení právního předpisu

nutnost nastoupení jediného možného právního následku, a naopak ponechává subjektu vykonávajícímu veřejnou správu určitý prostor pro formulaci vlastního řešení – rozhodnutí. Veřejná správa, regulující, chránící a sloužící ve velmi rozsáhlém okruhu společenských vztahů, nemůže vystačit pouze s příslušnými právními úpravami, neboť ty nikdy nemohou předvídat, obsáhnout a řešit všechny různorodé situace a problémy, které v okruhu spravovaných záležitostí mohou nastat. V daném případě je otázka, zda porušení ovlivnilo, mohlo ovlivnit či neovlivnilo pouze v ruce rozhodovacího orgánu, který věc posuzuje z hlediska svého vlastního uvážení v kontextu s dalšími okolnostmi daného případu.

VI. Závěr

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

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Obec Zdiby, IČ 00241032, Průběžná 11, 250 06 Zdiby
2. spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce