UOHSX001DA42

V Brně dne 20. srpna 2009

Č. j.: ÚOHS-R52/2009/VZ-10727/2009/310-MFl

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 28. 4. 2009 zadavatelem

- **Obchodní společnost SARA MB, s. r. o., IČ 28168151, se sídlem Kollárova 261, 293 01 Mladá Boleslav,** za niž jedná MUDr. Raduan Nwelati, jednatel, ke dni zahájení správního řízení podnikající pod obchodním jménem Koupaliště Mladá Boleslav s. r. o.,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 4. 2009, č. j. ÚOHS-S26/2009/VZ-3105/2009/540/KKo, ve věci přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele

učiněných při uzavírání kupní smlouvy ze dne 8. 8. 2008 na **nákup stroje na úpravu ledové plochy pro zimní stadion v Mladé Boleslavi**, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč -

- **Obchodní společnost Silesia WM s. r. o., IČ 26817837, se sídlem Ke Kamenině 89/12, 711 00 Ostrava - Hrušov,** za niž jedná Martin Mazánek, jednatel,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 4. 2009, č. j. ÚOHS-S26/2009/VZ-3105/2009/540/KKo

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. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dále jen „zákon“), k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek zahájil z moci úřední dne 26. 2. 2009 správní řízení za účelem přezkoumání úkonů zadavatele – společnost SARA MB, s. r. o., IČ 28168151, se sídlem Kollárova 261, 293 01 Mladá Boleslav, za niž jedná MUDr. Raduan Nwelati, jednatel, která ke dni zahájení správního řízení podnikala pod obchodním jménem Koupaliště Mladá Boleslav s. r. o. (dále jen „zadavatel“), učiněných při uzavírání kupní smlouvy ze dne 8. 8. 2008 na nákup stroje na úpravu ledové plochy pro zimní stadion v Mladé Boleslavi. Dalším účastníkem správního řízení je pak vybraný uchazeč – společnost Silesia WM s. r. o., IČ 26817837, se sídlem Ke Kamenině 89/12, 711 00 Ostrava – Hrušov, za niž jedná Martin Mazánek, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“).

2. Správní řízení Úřad zahájil z moci úřední po přezkoumání postupu zadavatele na základě podnětu, který Úřad obdržel dne 22. 11. 2008.

3. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S26/2009/VZ-1089/2009/540/KKo ze dne 19. 2. 2009. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S26/2009/VZ-1090/2009/540/KKo z téhož dne stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které jsou oprávněni navrhovat důkazy a činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům k rozhodnutí. Dne 26. 2. 2009 bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvnímu z účastníků řízení a tímto dnem bylo také správní řízení zahájeno.

Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 14. 4. 2009 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S26/2009/VZ-3105/2009/540/KKo, kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při uzavírání předmětné smlouvy na nákup stroje na úpravu ledové plochy nedodržel postup stanovený v § 21 zákona, když neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a na danou veřejnou zakázku již byla uzavřena smlouva. Za spáchání uvedeného deliktu uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 40.000,- Kč.

5. V odůvodnění rozhodnutí se Úřad nejprve vypořádal s otázkou, zda jmenovaný zadavatel naplňuje definici veřejného zadavatele podle zákona, přičemž v návaznosti na skutečnost, že činnost zadavatele slouží k uspokojování potřeb veřejného zájmu, dospěl Úřad k závěru, že definice veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona byla v daném případě naplněna.

6. Vzhledem k tomu, že zadavatel naplňuje definici veřejného zadavatele podle výše citovaného ustanovení zákona, Úřad v další části odůvodnění konstatoval, že měl zadavatel povinnost postupovat při uzavírání šetřené smlouvy podle ustanovení § 21 zákona a zadat tak veřejnou zakázku v některém z uvedených zadávacích řízení, a to i vzhledem k návaznosti na výši předpokládané hodnoty veřejné zakázky (jedná se o podlimitní veřejnou zakázku). Postup zadavatele mohl dle názoru Úřadu podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť při řádném vyhlášení výběrového řízení by

zadavatel mohl obdržet více nabídek a nelze tak vyloučit, že by obdržel i nabídky ekonomicky výhodnější.

7. V návaznosti na výše uvedené Úřad dospěl v napadeném rozhodnutí k závěru, že zadavatel porušil § 21 zákona, neboť nezadal uvedenou veřejnou zakázku v některém z uvedených zadávacích řízení.

8. K uložení pokuty Úřad uvedl, že se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že při uzavírání kupní smlouvy nepoužil odpovídající druh zadávacího řízení stanovený v § 21 zákona, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Z tohoto důvodu Úřad přistoupil k uložení pokuty ve výši 40.000,- Kč (horní hranice možné pokuty činí 124.000,- Kč).

II. Námitky rozkladu

9. Dne 28. 4. 2009 obdržel Úřad od zadavatele rozklad v němž uvádí, že s napadeným rozhodnutím v celém rozsahu nesouhlasí a podává proti němu rozklad, ve kterém zejména vyjadřuje svůj nesouhlas se závěrem Úřadu, že naplňuje definici veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

10. Podle názoru zadavatele nelze na daný případ aplikovat rozsudky Evropského soudního dvora, o které se ve svém rozhodnutí opírá Úřad. K rozsudku ESD ze dne 22. 5. 2003 č. j. C-18/01 zadavatel mimo jiné uvádí, že pokud subjekt funguje v normálních tržních podmínkách a za účelem vytváření zisku a nese i ztráty spojené s výkonem své činnosti, je nepravděpodobné, že potřeby, k jejich uspokojování směřuje, nejsou průmyslové nebo obchodní povahy. Zadavatel k tomu dále uvádí, že v takovém případě aplikace směrnic ES není nezbytná, přičemž tato skutečnost je logická zvláště v oblasti města jakým je Mladá Boleslav, které není velkoměstem a tržní poměry v této lokalitě jsou všem soutěžitelům známé.

11. K rozsudku ESD ze dne 15. 1. 1998 č. j. C-44/96 pak zadavatel sděluje, že tento rozsudek nelze aplikovat na danou zakázku, neboť se týká subjektu odlišného od zadavatele. Dle názoru zadavatele nebyla jeho společnost založena za účelem výkonu exklusivních činností, ale běžné činnosti, jako je správa sportovních zařízení v oblasti města a dalších podnikatelských aktivit zcela mimo dosah působnosti města nebo magistrátu, tedy k uskutečňování vlastní podnikatelské činnosti.

12. Zadavatel dále poukazuje i na rozsudky ESD ze dne 10. 5. 2001 č. j. C-223/99, C-260/99 a rozsudek ze dne 27. 2. 2003 č. j. C-373/00, z nichž je zřejmé, že výkon činnosti v tržím prostředí a existence soutěžního prostředí jsou indikátory skutečnosti, že se nejedná o činnost uskutečňovanou za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu, přičemž subjekt, který vykonává svou činnost za účelem vytváření zisku a nesoucí rizika spojená s výkonem jeho činnosti nebude pak možné považovat za veřejnoprávní subjekt a tím za zadavatele ve smyslu směrnic a zákona.

13. Zadavatel trvá na svém názoru, že nebyl založen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, ale za účelem podnikání, a to za účelem správy a údržby sportovních zařízení a za účelem i jiné podnikatelské činnosti s tím, že společnost a její majetek má evidentně obchodní povahu.

14. K uložené sankci pak zadavatel uvádí, že se v jeho případě jedná o nově založenou společnost, která zahajuje svou podnikatelskou dráhu a je ve ztrátě a uložená sankce ve výši 40.000,- Kč by jí mohla způsobit reálnou možnost likvidace společnosti.

Závěr rozkladu

15. Zadavatel tvrdí, že svým jednáním nenaplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Z tohoto důvodu zadavatel navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo zrušeno a pokud by toto rozhodnutí zrušeno nebylo, žádá, aby bylo změněno tak, že bude zrušen výrok o uložení pokuty.

III. Řízení o rozkladu

Stanovisko předsedy Úřadu

16. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

17. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

18. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 14. 4. 2009, č. j. ÚOHS-S26/2009/VZ-3105/2009/540/KKo konstatoval spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterého se zadavatel dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 zákona, když neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Stejně tak je správné rozhodnutí Úřadu o uložení pokuty ve výši 40.000,- Kč. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí či k upuštění od uložení pokuty či k jejímu snížení.

IV. K námitkám rozkladu

19. V daném případě byla předmětem veřejné zakázky dodávka stroje na úpravu ledové plochy pro zimní stadion v Mladé Boleslavi, přičemž zadavatel uzavřel na uvedený předmět plnění veřejné zakázky kupní smlouvu s vybraným uchazečem s kupní cenou 2.480.000,- Kč bez DPH. V návaznosti na finanční hodnotu veřejné zakázky se tedy prokazatelně jednalo o podlimitní veřejnou zakázku, která měla být zadána v některém ze zákonem stanovených druhů zadávacího řízení (viz § 21 zákona).

20. K naplnění definice veřejného zadavatele dále uvádím, že se neztotožňuji s názorem zadavatele, že nebyl založen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu. Z výpisu z obchodního rejstříku zadavatele vyplývá mimo jiné, že provozuje tělovýchovná a sportovní zařízení a zařízení sloužící regeneraci a rekondici, přičemž v průběhu správního řízení bylo zjištěno, že účelem založení zadavatele bylo i zlepšení využitelnosti areálu zimního stadionu v Mladé Boleslavi pro veřejnost.

21. K rozsudkům Evropského soudního dvora, které jsou citovány v prvostupňovém rozhodnutí a k nimž se vyjadřuje i zadavatel ve svém rozkladu, dále uvádím následující skutečnosti. Rozsudek ESD C-360/96 Gemeente Arnhem a Gemeente Rheden vs. BFI Holding Bv. ze dne 10. 11. 1998 a rozsudek ESD C-18/01 Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy a další vs. Varkauden Taitotalo Oy, ECR 2003, s. I-05321, bod 48 ze dne 22. 5. 2003 - jak vyplývá z obsahu těchto rozsudků, zadavatel vlastněný regionálními nebo místními orgány splní podmínku uspokojování potřeb veřejného zájmu v případě, že zajišťuje služby za účelem rozvoje průmyslových nebo obchodních aktivit na území spadajícího do působnosti zřizujícího orgánu. Pro stanovení charakteru zajišťovaných služeb je nutné přihlížet k okolnostem, za kterých byl zadavatel založen a k podmínkám, za jakých provozuje svou činnost. V daném případě je cílem zadavatele nejen vytváření zisku, ale i další činnost spočívající např. ve správě sportovního areálu. Stejně tak je nutné brát v potaz, že zadavatel nenese plně veškerá ekonomická rizika spojená s výkonem své činnosti, neboť např. získal od města Mladá Boleslav půjčku 55.000.000,- Kč s nadstandardními podmínkami její splatnosti. K názoru zadavatele, že tržní poměry na území města Mladá Boleslav jsou všem soutěžitelům známy, podotýkám, že případná obecná znalost tržního prostředí v určitém regionu nezbavuje zadavatele povinnosti postupovat při zadávání veřejných zakázek podle zákona.

22. Rozsudek ESD C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG a další vs. Strohal Rotationsdruck GesmbH, ECR 1998, s. I-00073 ze dne 15. 1. 1998 – v uvedeném rozsudku je vysloven závěr, že pokud určitý subjekt současně vykonává jak činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu, tak i jinou obchodní činnost, je považován za zadavatele veřejných zakázek. V návaznosti na tento rozsudek pak není podstatné, jaký je poměr mezi uvedenými činnostmi a současně však není ani podstatný způsob jeho založení. Proto jsem dospěl k závěru, že citovaný rozsudek je možné na šetřený případ aplikovat a jeho citace v rozhodnutí byla tak správná.

23. Rozsudek ESD C-223/99 a C-260/99 Agora Srl proti Ente Autonomo Internazionale di Milano a Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. proti Ente Autonomo Internazionale di Milano, Cintat soc. coop, arl ze dne 10. 5. 2001 – definuje pojem „potřeby ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu“ se závěrem, že subjekt, který je založen na neziskovém principu a který je spravován podle kritérií výkonnosti, efektivity a efektivnosti nákladů a působí v konkurenčním prostředí a současně nese ekonomické riziko své činnosti sám, není veřejným zadavatelem. K závěru citovaného rozsudku v návaznosti na šetřený případ konstatuji, že v přezkoumávaném případě nemůže být zadavatel považován za subjekt uvedený v tomto rozsudku, neboť mu byla městem Mladá Boleslav poskytnuta půjčka splatná v ročních splátkách počínaje rokem 2011 se splacením nejpozději do roku 2058, což samo o sobě lze považovat za jistou formu kompenzace finančních ztrát, a to formu, která navíc není v normálních tržních podmínkách zcela obvyklá. Proto jsem také dospěl k závěru, že zadavatele je nutné považovat za veřejného zadavatele.

24. Rozsudek ESD C-373/00 Adolf Truley GmbH proti Bestattung Wien GmbH ze dne 27. 2. 2003 – tímto rozsudkem byla upřesněna definice pojmu „potřeby veřejného zájmu“ a dále řešena otázka, zda neexistence významné konkurence je podmínkou pro existenci potřeb ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Vzhledem k tomu, že uvedený rozsudek pouze upřesňuje rozsudek ESD, který je uvedený v předchozím odstavci, nemění nic na skutečnosti, že v šetřeném případě byl zadavatel povinen postupovat při zadávání veřejné zakázky dle zákona.

25. V návaznosti na výše uvedené se zcela ztotožňuji s konstatováním napadeného rozhodnutí, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 21 zákona, když před uzavřením smlouvy ze dne 8. 8. 2008, jejímž předmětem byla dodávka stroje na úpravu ledové plochy pro zimní stadion, neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

K možnosti upuštění od uložení pokuty

26. K argumentu zadavatele, že se v jeho případě jedná o nově založenou společnost a že by uložená sankce mohla způsobit reálnou možnost likvidace, uvádím následující. Ze správního řízení jednoznačně vyplývá, že zadavatel nepostupoval v souladu s příslušnými ustanoveními zákona a dopustil se jednoho z nejzávažnějších porušení tohoto zákona. Vzhledem k tomu, že možná horní hranice pokuty by činila v daném případě částku 124.000,- Kč, uloženou pokutu ve výši 40.000,- Kč považuji ve vztahu k míře porušení zákona za dostatečnou a neshledal jsem tak důvody pro upouštění od jejího uložení či pro její snížení. Současně uvádím, že dle mého názoru není možné pokutu uloženou v částce 40.000,- Kč považovat v daném případě za likvidační a namítání této skutečnosti ze strany zadavatele považuji spíše za účelové než reálné, neboť jen výše základního kapitálu, který má zadavatel zapsaný v obchodním rejstříku, činí částku 234.783.000,- Kč.

V. Závěr

27. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když v postupu zadavatele konstatoval spáchání správního deliktu, a uložil zadavateli pokutu ve výši 40.000,- Kč, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

28. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit či 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. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. SARA MB, s. r. o., se sídlem Kollárova 261, 293 01 Mladá Boleslav
2. Silesia WM s. r. o., se sídlem Ke Kamenině 89/12, 711 00 Ostrava – Hrušov
3. spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce