



UOHSX00DIS1I

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0091/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-21251/2020/322/DJa

Brno 13. července 2020

V řízení o rozkladu ze dne 12. 5. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 13. 5. 2020 obviněným –

- **město Dobříš**, IČO 00242098, se sídlem Mírové náměstí 119, 263 01 Dobříš, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp.zn. ÚOHS-S0083/2020/VZ, č. j. ÚOHS-12674/2020/531/VNe ze dne 28. 4. 2020, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, obviněným ve veřejné zakázce spočívající v zajištění nakládání s komunálními odpady, kterou realizoval prostřednictvím „**Smlouvy č. 00805 na zajištění nakládání s komunálními odpady**“ ze dne 29. 12. 2017, ve znění dodatku č. 1 ze dne 19. 12. 2018 a dodatku č. 2 ze dne 25. 6. 2019, uzavřené mezi obviněným a dodavatelem DOKAS Dobříš, s.r.o., IČO 25144251, se sídlem Na Chmelnici 455, 263 01 Dobříš,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 90 odst. 5 a § 152 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0083/2020/VZ, č. j. ÚOHS-12674/2020/531/VNe ze dne 28. 4. 2020,

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. postup zadavatele a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“<sup>1</sup>), k výkonu dozoru 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, jakož i k projednání přestupků podle tohoto zákona, včetně ukládání pokut za jejich spáchání, obdržel podnět týkající se postupu obviněného – město Dobříš, IČO 00242098, se sídlem Mírové náměstí 119, 263 01 Dobříš (dále jen „**obviněný**“ nebo též „**zadavatel**“) – coby veřejného zadavatele ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona.
2. Úřad na základě materiálů zaslaných zadavatelem a vlastního šetření zjistil, že zadavatel uzavřel dne 29. 12. 2017 s dodavatelem DOKAS Dobříš, s.r.o., IČO 25144251, se sídlem Na Chmelnici 455, 263 01 Dobříš (dále jen „**dodavatel DOKAS Dobříš, s.r.o.**“) smlouvu č. 00805 na zajištění nakládání s komunálními odpady (dále jen „**smlouva**“), ve znění „*Dodatku č. 1 ke Smlouvě č. 00805 na zajištění nakládání s komunálními odpady*“ ze dne 19. 12. 2018 (dále jen „**dodatek č. 1**“) a „*Dodatku č. 2 ke Smlouvě č. 00805 na zajištění nakládání s komunálními odpady*“ ze dne 25. 6. 2019, (dále jen „**dodatek č. 2**“), přičemž uzavření Smlouvy nepředcházelo žádné zadávací řízení, tzn. zadavatel poptávané plnění nezadal jako veřejnou zakázku v žádném ze zadávacích řízení upravených zákonem, neboť jak vyplývá z jeho vyjádření, „*přistoupil (...) s ohledem na ust. § 13 odst. 2 ZZVZ ve spojení s ust. § 11 odst. 1 ZZVZ k aplikaci výjimky v rámci vertikální spolupráce a se společností DOKAS Dobříš uzavřel novou smlouvu na zajištění nakládání s komunálními odpady (...)*.“(viz bod 30. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
3. Z čl. III. „*Předmět smlouvy*“, konkrétně z odst. 1., smlouvy vyplývá, že předmětem smlouvy byl „*závazek DOKASu převzít na katastrálním území Města komunální odpady Města jako původce dle § 17 zákona o odpadech (...) a tyto komunální odpady následně přepravit na místa jejich řádného odstranění, a to v souladu s platnými právními předpisy.*“.

---

<sup>1</sup> Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni uzavření smlouvy ve smyslu ust. § 11 odst. 1 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

4. Ze shora jmenovaného článku, konkrétně z odst. 2., smlouvy plyne, že předmětem smlouvy bylo dále „zajištění vedení evidence, včetně vedení průběžné evidence nakládání s komunálními odpady DOKASem pro Město v souladu se zákonem o odpadech (...)“
5. Úřad získal pochybnost o zákonnosti postupu zadavatele, a tím, že zadavatel neoprávněně aplikoval postup dle § 11 odst. 1 zákona, aniž by splnil podmínku, aby dodavatel DOKAS Dobříš, s.r.o., s nímž byla smlouva, ve znění dodatku č. 1 a dodatku č. 2 uzavřena, vykonával více než 80 % činnosti ve prospěch zadavatele, a nezadal tak předmět plnění vyplývající ze Smlouvy jako veřejnou zakázku v některém z druhů zadávacích řízení upravených zákonem. Proto Úřad zahájil z moci úřední správní řízení o přestupku.

## II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 28. 4. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0083/2020/VZ, č. j. ÚOHS-12674/2020/531/VNe (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I. rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu s § 2 odst. 3 zákona nezadal plnění vyplývající ze smlouvy ve znění dodatku č. 1 a dodatku č. 2, uzavřené mezi obviněným a dodavatelem DOKAS Dobříš, s.r.o., jako veřejnou zakázku v některém z druhů zadávacích řízení upravených zákonem, ačkoliv k tomu byl povinen, jelikož pro jím zvolený postup zadání plnění prostřednictvím vertikální spolupráce nebyly kumulativně splněny podmínky vymezené v § 11 odst. 1 zákona, protože nebyla splněna podmínka definovaná v § 11 odst. 1 písm. c) zákona, a to v tom smyslu, že dodavatel DOKAS Dobříš, s.r.o., s nímž byla smlouva, ve znění dodatku č. 1 a dodatku č. 2, uzavřena, nevykonával v rozhodném období více než 80 % činnosti ve prospěch obviněného, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a obviněný uzavřel smlouvu.
7. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí podle ust. § 268 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 500 000 Kč.
8. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému, aby uhradil náklady řízení ve výši 1 000 Kč.
9. Dále Úřad přistoupil k ověření, zda byly obviněným naplněny všechny podmínky pro vertikální spolupráci tak, jak jsou stanoveny v ustanoveních § 11 a § 13 zákona. Úřad zjistil, že obviněný nesplnil poslední z podmínek dle 11 odst. 1 zákona konkrétně písm. c) zákona tím, že v rozhodných letech 2014 až 2016 dodavatel DOKAS Dobříš, s.r.o. nevykonával pro obviněného a obviněným ovládané osoby více než 80 % činnosti. Z Úřadem provedeného výpočtu (viz bod 58. odůvodnění napadeného rozhodnutí) je tak zřejmé, že dodavatel DOKAS Dobříš, s.r.o., vykonával v rozhodném období (v letech 2014 až 2016), pro obviněného a jím ovládané osoby v průměru pouze 65,95 % z celkové jím vykonávané činnosti. Úřad učinil závěr, že se obviněný dopustil přestupku, když plnění vyplývající ze smlouvy nezadal jako veřejnou zakázku v některém z druhů zadávacích řízení upravených zákonem, ačkoliv tak byl povinen.
10. Před uložením pokuty Úřad ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Úřad dospěl k závěru, že v posuzovaném případě odpovědnost obviněného za přestupky nezanikla, tudíž přihlédl k okolnostem, za kterých byl přestupek spáchán, k jeho

následkům a způsobu spáchání. Dále Úřad přihlédl i k ekonomické situaci obviněného. Po zohlednění všech skutečností vyměřil obviněnému pokutu ve výši 500 000 Kč.

### III. Rozklad obviněného

11. Dne 13. 5. 2020 byl Úřadu proti napadenému rozhodnutí doručen rozklad obviněného ze dne 12. 5. 2020. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 29. 4. 2020. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

#### Námítky rozkladu

12. Obviněný se nadále necítí vinen ze spáchání přestupku. Obviněný nesouhlasí se závěry Úřadu týkající se způsobu, jakým Úřad vyhodnotil poměr objemu činnosti vykonávaných dodavatelem DOKAS Dobříš, s.r.o. při plnění úkolů, které mu byly svěřeny obviněným. Rovněž obviněný nesouhlasí se závěry Úřadu, dle kterých zajištění svozu a likvidace odpadu z obcí nacházejících se v obvodu rozšířené působnosti obviněného (dále jen „**ORP**“) nelze považovat za plnění úkolů, které by primárně měl zajišťovat obviněný jakožto ovládající veřejný zadavatel dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o. Dle obviněného tím, že dodavatel DOKAS Dobříš, s.r.o. zajišťuje pro obce svoz a likvidaci odpadu, tak obviněný v rámci ORP Dobříš plní povinnost dle § 20 písm. f) zákona č. 185/2001 Sb. o odpadech a o změně některých dalších zákonů (dále jen „**zákon o odpadech**“).
13. Obviněný namítá, že Úřad se zajímal pouze o činnosti, které byly v příslušných účetních období poskytovány za úplatu v rámci provozu sběrného dvora. Dle obviněného měl Úřad zjišťovat skutečný objem činnosti dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o. tedy i činnosti bez nároku na úplatu, které v rámci plnění úkolů svěřených obviněným prováděla (např. v oblasti péče o sportovní zařízení či organizování sportovních činností). K tomu obviněný dodává, že v objemu činností dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o. při plnění úkolů svěřených obviněným Úřad taktéž nezahrnul náklady dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o. při správě, údržbě a zhodnocování majetku obviněného. Dle obviněného Úřad nevychází z úplných skutkových zjištění
14. Obviněný je toho názoru, že ust. § 11 odst. 1 zákona je nutno vykládat extenzivněji i s ohledem na předpisy EU, kdy evropské právo vnímá veřejného zadavatele i jako souhrn více právních subjektů, které dohromady tvoří jeden funkční celek. Dle obviněného svěřeným úkolem ve smyslu § 11 odst. 1 písm. c) zákona může být jakýkoliv úkol, který by veřejný zadavatel mohl vykonávat v rámci své hospodářské činnosti nebo výkonu přenesené působnosti. Obviněný se domnívá, že pokud mohl v rámci své hospodářské činnosti zajišťovat svoz a likvidaci odpadu pro okolní obce a touto činností pověřil jím ovládaného dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o., je takovou činnost nutno považovat za činnost při plnění úkolů svěřených obviněným. Dále má obviněný za to, že Úřad musí prokázat vinu v řízení o přestupku, a to s ohledem na § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“). Obviněný je toho názoru, že bylo na Úřadu, aby prokázal či vyvrátil to, zda dodavatel DOKAS Dobříš, s.r.o. do svého objemu činnosti nezahrnul i aktivity daných ust. § 20 písm. f) zákona o odpadech pod plnění úkolů svěřených obviněným.
15. Další okruh námitek obviněného se týká reorganizace dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o. během roku 2017, ke které dle obviněného došlo již v době uzavření smlouvy, a proto

obviněný postupoval dle § 13 odst. 2 věty druhé zákona při určování podílu činnosti prováděných dodavatelem DOKAS Dobříš, s.r.o.

16. Obviněný dále v rozkladu k výroku II. napadeného rozhodnutí uvádí, že výše pokuty je nepřiměřená. Obviněný má za to, že porušení zákona nebylo způsobeno vědomě, ale tím, že v dané době neexistoval výklad pro aplikaci § 11 a § 13 zákona. Dle obviněného by měl Úřad tuto výkladovou nejednoznačnost zohlednit při výpočtu výše uložené pokuty. Obviněný má za to, že v dané situaci učinil všechny kroky pro to, aby nedošlo k danému porušení ustanovením chráněného zájmu a toto chování je dle obviněného nutno subsumovat pod polehčující okolnost dle § 39 písm. c) zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o přestupcích**“).

#### **Závěr rozkladu**

17. Obviněný navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení o přestupku zastavil, neboť dle obviněného se nejedná o přestupek. V případě, že předseda Úřadu napadeného rozhodnutí nezruší, obviněný navrhuje snížit výši pokuty na symbolickou částku.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

18. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

19. 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 § 98 odst. 1 zákona o přestupcích přezkoumal správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí v plném rozsahu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
20. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí a uložil obviněnému výrokem II. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 500 000 Kč. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námitkám rozkladu**

*K výjimce „in house“ obecně*

21. Podle § 11 odst. 1 zákona se za zadání veřejné zakázky nepovažuje uzavření smlouvy, kterou uzavírá veřejný zadavatel s jinou právnickou osobou jako dodavatelem, pokud
- a) sám nebo společně s jinými veřejnými zadavateli ovládá tuto osobu obdobně jako své vnitřní organizační jednotky,
- b) v takto ovládané osobě nemá majetkovou účast jiná osoba než ovládající veřejný zadavatel nebo ovládající veřejní zadavatelé a

c) více než 80 % celkové činnosti takto ovládané osoby je prováděno při plnění úkolů, které jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem nebo ovládajícími veřejnými zadavateli nebo jinými právníckými osobami, které ovládající veřejný zadavatel nebo veřejní zadavatelé rovněž ovládají jako své vnitřní organizační jednotky.

22. Jak z výše uvedeného vyplývá, zákon stanovuje tři podmínky, které musí být splněny kumulativně, aby zadavatel mohl přistoupit k využití vertikální spolupráce veřejného zadavatele s jinou právníckou osobou jako dodavatelem bez zadání zakázky v zadávacím řízení. Tyto podmínky vychází z judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) a sjednocují dosavadní rozhodovací praxi v dané oblasti. Za stěžejní rozhodnutí lze považovat kupříkladu rozsudek SDEU ve věci C-107/98 Teckal Srl proti Comune di Viano a Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia ze dne 18. 11. 1999, ve věci C-26/03 Stadt Halle a RPL Lochau ze dne 11. 1. 2005, ve věci C-295/05 Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) proti Transformación Agraria SA (Tragsa), Administración del Estado ze dne 19. 4. 2007 apod.
23. O použití či nepoužití zadávacího řízení rozhoduje zadavatel, který přitom však nese odpovědnost za volbu zákonného způsobu zadání veřejné zakázky. Pokud se zadavatel rozhodne, že uzavře smlouvu na veřejnou zakázku mimo režim zákona v rámci vertikální spolupráce, musí být připraven splnění všech podmínek pro uplatnění této výjimky prokázat. Důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese totiž zásadně ten, kdo se jich dovolává, tedy zadavatel. Od odpovědného zadavatele lze totiž očekávat, že před uplatněním určité zákonné výjimky nejprve dobře zváží, zda jsou k tomu dány důvody, postaví sám pro sebe najisto, v čem takové důvody spatřuje a rovněž si opatří podklady, z nichž naplnění těchto důvodů vyplývá a kterými tyto důvody hodlá v případě sporu o jejich existenci prokazovat. Proto pokud na zadavatele později padne podezření, že onu zákonnou výjimku použil neoprávněně, není nic nepřiměřeného na tom, aby po něm Úřad požadoval, aby doložil důvody, o které svůj postup opíral.
24. Obdobně lze poukázat na závěry judikatury SDEU týkající se použití tzv. „vyjednávacích řízení“, např. z rozsudku ve věci C-26/03, Stadt Halle a RPL Lochau ze dne 11. 1. 2005. *„Jakákoli výjimka z použití této povinnosti musí být v důsledku toho vykládána restriktivně. Soudní dvůr ohledně použití vyjednávacího řízení bez předchozího zveřejnění vyhlášení zakázky rozhodl, že čl. 11 odst. 3 směrnice 92/50, který takové řízení upravuje jako výjimku z právních předpisů, jejichž cílem je zajistit účinnost práv přiznaných Smlouvou o ES v oblasti veřejných zakázek na služby, musí být předmětem restriktivního výkladu a že **důkazní břemeno má ten subjekt, který hodlá uplatnit, že výjimečné okolnosti odůvodňující výjimku skutečně existují** (rozsudek ze dne 10. dubna 2003, Komise v. Německo, C-20/01 a C-28/01, Recueil, s. I-3609, bod 58).“* (pozn. tučné zvýraznění doplněno předsedou Úřadu). Závěry této judikatury o důkazním břemenu lze obdobně vztahovat i na případy uplatnění „in house“ výjimky, neboť se rovněž dotýká uplatňování výjimek z povinnosti zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení.
25. V rámci posuzování, zda mohl obviněný využít výjimku „in house“ Úřad posuzoval to, zda se obviněnému podařilo prokázat, že podmínky dle § 11 odst. 1 zákona pro vertikální spolupráci v konkrétním případě jsou splněné či nikoliv.

26. Úřad při posuzování šetřeného případu vycházel pouze z dokumentů, které od obviněného obdržel a v případě, že neměl od obviněného dostatek informací, tak z vlastní iniciativy zjistil další rozhodné skutečnosti, pokud to bylo možné – např. pro ověření některých skutečností předložených obviněným (seznam ovládaných osob) vycházel z výpisů obchodního rejstříku a ze zakládacích, resp. zřizovacích listin.

*Ke splnění podmínek pro naplnění výjimky „in-house“*

27. Stěžejní otázkou šetřeného případu to, zda obviněný naplnil všechny tři podmínky současně, tedy zda mohl uplatnit „in house“ výjimku a mohl postupovat mimo působnost zákona.

28. Úřad správně učinil závěr, že obviněný splnil první podmínku, že ovládá dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o. obviněným a taktéž druhou podmínku, že má výlučnou majetkovou účast v dodavateli DOKAS Dobříš, s.r.o. Podrobněji se k tomu Úřad vyjadřuje v bodech 44. až 47. odůvodnění napadeného rozhodnutí, a tímto na tyto body předseda Úřadu odkazuje a současně se s těmito závěry ztotožňuje.

29. Následně předseda Úřadu přistoupil k přezkoumání naplnění třetí z těchto podmínek „in house“ výjimky, tedy zda více než 80 % celkové činnosti ovládané právnické osoby bylo v rozhodném období prováděno při plnění úkolů, jež jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem nebo ovládajícími veřejnými zadavateli, případně i jinými právnickými osobami, které veřejný zadavatel nebo zadavatelé, kteří vůči ovládané právnické osobě chtějí aplikovat vertikální spolupráci, ovládají jako své vnitřní organizační jednotky (tj. například mateřská společnost a sesterské společnosti ovládané právnické osoby).

30. S ohledem na to, že jednou z podmínek pro uplatnění „in-house“ výjimky je dle § 11 odst. 1 písm. a) zákona je právě uvedené dosažení určitého podílu celkové činnosti vykonávané ovládanou osobou při plnění úkolů svěřených jí zadavatelem nebo dalšími tam uvedenými osobami, je třeba nejprve takový podíl v konkrétním případě vyčíslit. Způsob výpočtu podílu činnosti upravuje § 13 zákona.

31. Podle § 13 odst. 1 zákona se pro určení podílu činností podle § 11 odst. 1 písm. c) nebo § 12 písm. c) bere v úvahu průměrný obrat, pokud je činnost, která je předmětem smlouvy, hrazena jejími příjemci v plné výši. Není-li možno určit tento obrat, použijí se jako základ pro výpočet v případě vertikální spolupráce celkové náklady právnické osoby a v případě horizontální spolupráce náklady vzniklé v souvislosti s činností, kterých se tato spolupráce týká.

32. Podle § 13 odst. 2 zákona se podíl činností vypočítá v souhrnu za 3 účetní období předcházející účetnímu období, ve kterém došlo k uzavření smlouvy. Vznikla-li nebo zahájila-li právnická osoba příslušnou činnost později nebo došlo k reorganizaci jejích činností, postačí, že dosažení podmínek podle odstavce 1 je věrohodné, zejména na základě plánů činnosti.

33. Obecně tedy lze rozlišit, že příslušný podíl činnosti lze vypočítat buď dle obratu, nebo dle celkových nákladů. Těmito způsoby se pak příslušný podíl činnosti zjišťuje buď zpětně za určité rozhodné období, anebo s ohledem na aktuální stav, zejména na základě plánů činnosti.

34. Obviněný v rozkladu tvrdí, že během roku 2017 provedl reorganizaci dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o., a proto je toho názoru, že Úřad měl aplikovat na šetřený případ § 13 odst. 2

větu druhou zákona. V podstatě tedy touto námitkou zpochybňuje, zda měl být podíl činnosti počítán dle obratu za předcházející tři účetní období. Kdyby totiž došlo k namítané reorganizaci, bylo by možno podíl činnosti posoudit jen na základě toho, zda byl věrohodně doložen a v jaké výši.

35. Úřad se s touto námitkou vypořádal v bodě 55. odůvodnění napadeného rozhodnutí, ve kterém dospěl k závěru, že ke dni podpisu smlouvy tj. dne 29.12.2017 nedošlo k reorganizaci dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o. Sám obviněný v rozkladu připouští, že konečný dokument byl schválen až po uzavření smlouvy. Tvrzení obviněného, že jelikož reorganizace dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o. probíhala již během roku 2017, což se snažil doložit několika zápisy ze zasedání zastupitelstva města Dobříše, byla naplněna zákonná podmínka pro aplikaci § 13 odst. 2 zákona, nemůže obstát, jak bude odůvodněno níže.
36. V jednom ze zasláných zápisů, konkrétně v zápisu z 24. zasedání Zastupitelstva města Dobříše ze dne 22. 11. 2017 a v zápisu z 25. zasedání Zastupitelstva města Dobříše ze dne 14. 12. 2017, který obviněný spolu s rozkladem zaslal Úřadu, byl předestřen určitý plán restrukturalizace dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o., (se žádným konkrétním řešením) a návrh možného řešení problému související s tím, že podíl činnosti dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o. je cca 60% pro město, zbytek je pro jiné subjekty. Reálně však k reorganizaci dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o. nedošlo. Z těchto dokumentů je evidentní, že obviněný měl vědomost před uzavřením smlouvy tj. 29. 12. 2017, že nesplňuje podmínku pro vertikální spolupráci.
37. V zápisu z 24. zasedání Zastupitelstva města Dobříše ze dne 22. 11. 2017 jednatel dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o. uvedl, že: *„za poslední 3 kvartály do 30. 9. 2017 dělá DOKAS pro město cca 62 %. V momentě doplnění některých dalších činností by se to vyhouplo na 65 %.“*
38. V zápisu z 25. zasedání Zastupitelstva města Dobříše ze dne 14. 12. 2017 bylo uvedeno: *„Základním problémem je podíl prací společnosti pro město, který má být 80% a v daném okamžiku je cca 60% pro město, zbytek je pro jiné subjekty. Zákon o veřejných zakázkách umožňuje v této situaci, pokud se vlastník v podobě valné hromady, rozhodne zpracovat tzv. projekt restrukturalizace, který stanoví jako první krok, do 30. 6. 2018, že bude připravena varianta k založení nové společnosti, která by převzala smluvní vztahy ostatních, mimo dobříšských subjektů. Společnost by byla ve vlastnictví města Dobříše a byla by základem pro další řešení odpadového hospodářství regionu.“*
39. Z těchto výše předestřených zápisů je zřejmé, že k žádnému skutečnému reorganizačnímu procesu nedošlo, pouze bylo poukazováno na problém, který bylo třeba v brzkém období řešit.
40. Obviněný také v rozkladu uvedl, že *„v průběhu roku 2017 provedl analýzu objemu daných činností se zaměřením na možnou restrukturalizaci činností“* dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o., proto jednal s jednotlivými obcemi o založení svazku obcí za účelem společného organizování svozu odpadu na území ORP Dobříšsko a Novoknínsko. Ovšem jak obviněný v rozkladu uvedl, okolní obce se přiklonily k stávajícímu modelu zajišťování svozu a likvidace odpadu dodavatelem DOKAS Dobříš, s.r.o., tudíž reálně k reorganizaci nedošlo. Po neúspěšném pokusu o reorganizaci pak obviněný vznesl požadavek na jednatele dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o., aby ve spolupráci s obviněným provedl analýzu činností dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o., a reorganizaci způsobu jeho financování v takovém rozsahu, aby splňovala



podmínku § 11 odst. 1 písm. c) zákona. Ovšem obviněný žádný takový dokument o reorganizaci dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o., nedoložil a sám obviněný v rozkladu připouští, že strategický dokument schválil až v souvislosti s uzavřením předmětné smlouvy. Jak bude odůvodněno níže, nelze snahy obviněného v souvislosti se založením svazku obcí nebo snahy jednatele dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o. o reorganizaci jeho činnosti považovat za reorganizaci skutečně realizovanou tak, aby byla pro dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o., závazná do budoucna.

41. Sice lze souhlasit s tvrzením obviněného, že v zákoně není stanoven způsob, jak má být reorganizace provedena, avšak nelze mít za to, že pouze plánování možné restrukturalizace dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o., by změnilo charakter činnosti společnosti tak, že by bylo zbytečné určovat podíl činností za předcházející tříleté období, neboť by se takto zjištěný podíl činnosti již nestřetával s realitou.
42. *„Smysl ustanovení § 13 odst. 2 věty druhé zákona tkví v možnosti prokázat naplnění podmínky podílu celkové činnosti ve smyslu § 11 odst. 1 písm. c) zákona i v případě, kdy příslušný údaj za rozhodné období není možno zjistit, neboť předmětná osoba nově vznikla nebo v daném období nevykonávala žádnou činnost, nebo tento podíl činnosti není do budoucna relevantní, neboť došlo k reorganizaci činností dané osoby.“* (viz DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan, a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017).
43. Ustanovení § 13 odst. 2 zákona vychází z čl. 12 odst. 5 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014, kde je mj. uvedeno: *„Pokud kvůli datu, ke kterému byly příslušná právnícká osoba nebo veřejný zadavatel založeny nebo zahájily činnost, nebo z důvodu reorganizace jejich činností není obrat nebo jiný ukazatel založený na činnosti, jako například náklady za předchozí tři roky, buď dostupný, nebo přestal být relevantní, postačí prokázat, zejména prostřednictvím plánů činnosti, že hodnocení činnosti je věrohodné.“* (viz DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan, a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017; pozn. tučné zvýraznění doplněno předsedou Úřadu).
44. K předmětnému ustanovení zákona se vyjadřuje rovněž důvodová zpráva k zákonu, která uvádí, že *„v případě vzniku právnícké osoby či jejího zahájení příslušné činnosti později, nebo dojde k reorganizaci jejich činností (to znamená, že se změní struktura dosud prováděných činností), postačí, pokud splní předmětné podmínky za období od svého vzniku nebo od zahájení příslušné činnosti, nebo od reorganizace jejich činností, jestliže současně existuje předpoklad splnění těchto podmínek do budoucna“*. Z důvodové zprávy tak vyplývá, že v případě reorganizace společnosti se změní struktura prováděných činností v takovém rozsahu, že již není možné hledět na obrat dosud provedených činností, neboť by se mělo jednat o jiné činnosti. Jelikož reorganizace působí do budoucna, musí být jednoznačně dáno, o jaké činnosti a v jakém rozsahu se bude nově jednat a jak bude zajištěno, že reorganizovaný dodavatel se bude svým novým plánem činnosti řídit.
45. Z výše uvedeného lze dovodit závěr, že pokud by Úřad měl aplikovat § 13 odst. 2 zákona, musí k reorganizaci společnosti reálně dojít, aby zadavatel mohl věrohodně prokázat plán činnosti své „nově reorganizované společnosti“, který bude pro společnost, ve zdejších případech pro dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o., závazný, což však obviněný v daném případě

neprokázal. Úřad tak správně postupoval, když podíl činností vypočítal dle § 13 odst. 2 věty první.

46. Lze tedy uzavřít, že výpočet podílu činnosti pouze dle věrohodně doloženého stavu z důvodu tvrzené předchozí reorganizace ve smyslu § 13 odst. věty druhé zákona nepřichází ve zdejších případech v úvahu, neboť obviněnému se nepodařilo prokázat, že by k reorganizaci reálně došlo.
47. S ohledem na to lze dále uvést, že Úřad správně dospěl k závěru, že vzhledem k tomu, že smlouva byla uzavřena dne 29. 12. 2017, podíl činnosti se vypočítá v souhrnu za 3 účetní období předcházející účetnímu období, ve kterém došlo k uzavření smlouvy, tedy z období let 2014 – 2016.
48. Závěr o určení „rozhodného období“ pro výpočet průměrného obratu reflektuje i důvodová zpráva k zákonu ve vztahu k ustanovení § 13 zákona a taktéž komentářová literatura. Důvodová zpráva k zákonu uvádí, že „je nutno vycházet ze 3 účetních období, jež předcházejí uzavření smlouvy, přičemž průměr se stanoví za celé období 3 let, a podmínka tedy nemusí být splněna v každém rozhodném roce samostatně.“
49. Stejný závěr pak ostatně vyplývá i z komentářové literatury: „[z]ákladem pro výpočet je pak průměrný obrat za poslední tři účetní období, která předcházejí účetnímu období, v němž má být uzavřena smlouva na vertikální nebo horizontální spolupráci; **obrat v daném aktuálním účetním období, ve kterém je smlouva uzavírána, nebude do výpočtu zahrnut.**“ (DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan, a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017; tučné zvýraznění doplněno předsedou Úřadu).
50. „Z hlediska výpočtů dle předchozího odstavce [pozn. předsedy Úřadu: jde o § 13 odst. 1 zákona] jsou relevantní údaje za poslední tři uzavřená účetní období předcházející účetnímu období, v němž došlo (či vhodněji: v němž má dojít) k uzavření smlouvy v rámci vertikální nebo horizontální spolupráce.“ (PODEŠVA, Vilém, Lukáš SOMMER, Jiří VOTRUBEC a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2020-6-30]. ASPI\_ID KO134\_2016CZ. Dostupné v Systému ASPI. ISSN: 2336-517X.]). Pro výpočet objemu činnosti vykonané dodavatelem DOKAS Dobříš, s.r.o. (a taktéž osobami ovládanými obviněným) ve smyslu § 13 odst. 1 zákona se rok 2017 do „rozhodného období“ nezahrnuje. Proto je bezpředmětné tvrzení obviněného, že v roce 2017 obrat přesahoval 80 % celkového objemu činností dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o. Toto tvrzení by mělo opodstatnění, kdyby obviněný reorganizoval dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o., a tímto by reorganizaci prokazoval, jak již bylo odůvodněno výše.
51. Úřad dále přistoupil ke zjištění toho, kolik subjektů je skutečně ovládaných obviněným (podrobněji body 50. – 51. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Tuto skutečnost je nutno zohlednit pro správné určení podílu svěřené činnosti. Vyplývá to také z judikatury SDEU konkrétně z rozsudku ze dne 11. 5. 2006, C-340/04, Carbotermo SpA a Consorzio Alisei proti Comune di Busto Arsizio a AGESP SpA, ve kterém soud uvedl, že činností kterou je třeba zohlednit, je veškerá činnost, kterou tento podnik uskutečňuje v rámci zakázky zadané zadavatelem, bez ohledu na to, kdo je beneficentem, ať již samotný zadavatel, nebo uživatel plnění. Rovněž tento závěr je potvrzen i tuzemskou judikaturou např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 5/2016 – 79 ze dne 22. 9. 2017. Úřad tak postupoval správně,

když do objemu činnosti vykonaných dodavatelem DOKAS Dobříš, s.r.o. zahrnul i činnosti obviněným ovládaných osob, které byly prováděny při plnění úkolů, které jim byly svěřeny obviněným.

52. Úřad v napadeném rozhodnutí podrobně a přezkoumatelným způsobem popsal, jak postupoval při výpočtu průměrného obratu (viz body 56. – 59. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Pokud jde o správnost výpočtů provedených v těchto částech odůvodnění napadeného rozhodnutí, neshledává v nich předseda Úřadu žádné zjevné nesrovnalosti, ani nesoulad s obsahem správního spisu. Obviněný proti nim namítá nejvýše to, že Úřad nezahrnul některé činnosti, které dle obviněného zahrnout měl. Správnost provedených matematických operací však ani obviněný nezpochybňuje.
53. Úřad v bodu 56. odůvodnění napadeném rozhodnutí odkázal na závěry rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R283/2014/VZ-39790/2015/323/KHo ze dne 19. 11. 2015 týkající se způsobu určení celkového obratu, resp. objemu činnosti dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o. Toto rozhodnutí předsedy Úřadu bylo rozsudkem Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 5/2016 – 79 ze dne 22. 9. 2017 sice zrušeno, ovšem závěry předsedy Úřadu týkající se zjištění obratu tamního vybraného uchazeče nebyly rozsudkem soudu nijak popřeny ani zpochybněny. Proto výše uvedený rozsudek nemá na relevanci závěrů týkajících se výpočtu obratu žádný dopad a Úřad tak mohl použít stejný způsob jako v tamním případě při zjišťování objemu celkové činnosti.
54. Rovněž v komentářové literatuře se vyskytuje názor, že pro určení obratu je třeba vycházet z výkazu zisku a ztráty, coby nedílné součásti účetní závěrky upravené v § 18 zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ÚČZ**“). *„Problematický je výklad pojmu obrat, jelikož je v národním legislativním prostředí definován více právními předpisy (ÚČZ, DPHZ). Domníváme se, že bude přesnější vycházet z definice obratu dle ÚČZ, jelikož pokud ZVZ pracuje s pojmem obrat, vychází například v ustanovení § 78 odst. 5 z jeho prokázání prostřednictvím doložení výkazu zisku a ztráty, který je součástí účetní závěrky dle § 18 ÚČZ. Při využití systematického výkladu ZVZ a analogie legis dospíváme k závěru, že pro stanovení výše obratu je pro účetní jednotku v České republice třeba použít výpočet dle ÚČZ.“* (viz DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan, a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017).
55. Úřad tak postupoval v souladu s § 13 odst. 1 zákona první věty, když objem činností vykonaných v daném období (v letech 2014-2016) dodavatelem DOKAS Dobříš, s.r.o., pro obviněného a jím ovládané osoby postavil do poměru s hodnotou výnosů uvedených ve výkazech zisku a ztráty dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o.
56. Pro výpočet podílu činností se primárně použije průměrný obrat, což také uvádí i komentářová literatura: *„Základem pro výpočet poměrů ve výše uvedeném smyslu má být v první řadě průměrný obrat dosažený v rámci příslušné činnosti. Z obratu je však možné vycházet pouze v případě, že jej lze určit výlučně na základě úhrad poskytovaných za příslušné činnosti jejími příjemci (např. ve formě stočného či poplatků za svoz komunálního odpadu). Pokud jsou tyto činnosti, byť zčásti, hrazeny jiným způsobem než platbami od jejich příjemců (např. v podobě rozpočtově určených příspěvků na provozování kanalizační infrastruktury či na poskytování komunálních služeb), je třeba jako základ pro výpočet relevantních poměrů použít údaje o průměrných nákladech vzniklých v souvislosti s předmětnou činností.“*

(viz DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan, a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017).

57. Obviněný v daném případě předložil seznam faktur, ze kterých lze vyčíst, že všechny činnosti byly hrazeny jak obviněným, tak jím ovládanými osobami v plné výši.
58. Pokud obviněný namítá, že se Úřad zajímal pouze o finanční objem činností DOKAS Dobříš, s.r.o., které byly v příslušných účetních obdobích poskytovány za úplatu, a že naopak nezjišťoval skutečný objem činností tohoto dodavatele, které byly v příslušném období prováděny bez nároku na úplatu (např. péče o sportovní zařízení, organizování sportovní činnosti, organizování poradenských a osvětových aktivit), pak je třeba konstatovat, že obviněný tato tvrzení blíže nekonkretizoval ani nedoložil. S ohledem na výše dovozené důkazní břemeno, které leží na obviněném, nelze souhlasit s tvrzením obviněného, že by Úřad měl v tomto ohledu prokazovat, zda zadavatel splnil podmínky výjimky „*in house*“ a např. zjišťovat to, které činnosti, v rámci plnění úkolů svěřených obviněným prováděl dodavatel DOKAS Dobříš, s.r.o. bez nároku na úplatu v příslušném účetním období. Pokud dodavatel DOKAS Dobříš, s.r.o. takovéto činnosti prováděl, měl Úřadu toto své tvrzení prokázat a Úřadu předložit konkrétně dokumenty prokazující nefakturované činnosti.
59. Je to totiž zadavatel, kdo musí prokázat naplnění podmínek, na základě kterých je uzavření smlouvy na veřejnou zakázku v rámci uplatnění vertikální spolupráce oprávněné. Toto neznamená, že by Úřad zcela rezignoval na zjištění skutkového stavu, o kterém nejsou důvodné pochybnosti. V řízení o přestupku tak Úřad zjišťuje nejen skutečnosti svědčící v neprospěch obviněného, ale také svědčící v jeho prospěch, což také Úřad provedl například tím, že doplnil seznam ovládaných osob pro účely správného stanovení celkové činnosti ovládaných osob, neboť z materiálů obdržených obviněným vyplynulo, že seznam je neúplný (viz bod 50. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
60. Úřad však nemůže v podrobnostech vědět o veškerých činnostech realizovaných dodavatelem DOKAS Dobříš, s.r.o., pro zadavatele (a rovněž ani o případné reorganizaci činností dodatele DOKAS Dobříš, s.r.o.), pokud sám zadavatel tyto skutečnosti sám nevymezí a nedoloží. Je to právě zadavatel, který je nejlépe seznámen s konkrétnostmi veřejné zakázky a má k dispozici co nejucelenější poznatky i podklady, které prokazují oprávněnost jeho postupu. Úřadu nepostačí pouhé obecné konstatování bez náležité konkretizace a náležitého osvědčení existence takovýchto skutečností. Ve zdejších případech, kdy obviněný pouze tvrdí, že dodavatel DOKAS Dobříš, s.r.o. prováděl některé činnosti pro obviněného bez nároku na úplatu, aniž by ovšem toto tvrzení konkretizoval co do druhu či rozsahu provedených činností či toto tvrzení doložil určitým dokumentem, byla v tomto ohledu procesní aktivita obviněného nedostatečná.
61. Jak již bylo řečeno, pokud se zadavatel rozhodne použít výjimku „*in house*“ musí mít postaveno najisto před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku, že splňuje všechny zákonem stanovené podmínky ve smyslu § 11 odst. 1 zákona, tudíž by měl mít i doklady prokazující, že postupuje oprávněně. Z tohoto pohledu by pak pro zadavatele nemělo být obtížné těmito doklady prokázat, že postupuje v souladu se zákonem, když uzavře smlouvu v rámci vertikální spolupráce. Zde obviněný to ovšem neučinil.
62. Obviněný žádnými jinými podklady neprokázal, že by některé činnosti byly hrazeny i z jiných zdrojů (např. z dotací) nebo že by se jednalo o nefakturované činnosti. Jelikož Úřad neměl

od obviněného k dispozici jiné důkazní prostředky, které by prokazovaly takové skutečnosti, Úřad tak neměl pochybnost o správnosti svého postupu použít kritérium průměrného obratu. Až pokud by z podkladů nebylo možno určit průměrný obrat, uplatní se náhradní pravidlo, kdy se jako základ pro výpočet použijí náklady.

63. Námitka obviněného, že Úřad měl zahrnout do objemu činností náklady dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o. při správě, údržbě a zhodnocování majetku obviněného za rok 2017 je rovněž bezpředmětná. Jelikož nedošlo k reorganizaci dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o., Úřad správně použil kritérium průměrného obratu pro výpočet podílu svěřených činností obviněným za poslední tři účetní období a rok 2017 tak není relevantní.
64. K další námitce obviněného, že Úřad měl zahrnout do objemu činnosti i plnění mimořádná ve smyslu § 20 písm. f) zákona o odpadech se Úřad vyjádřil dostatečným způsobem v bodu 63. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad správně odůvodnil, že primární odpovědnost za svoz odpadu a likvidaci nese ta obec, na jejímž území odpad vzniká (viz § 17 zákona o odpadech), tedy se jedná o povinnost jiného zadavatele, tudíž zcela jiné právní vztahy, které nespádají do vertikální spolupráce mezi obviněným a dodavatelem DOKAS Dobříš, s.r.o. Pokud však takovýto zadavatel má zajištěn svoz a likvidaci komunálních odpadů ze svého území prostřednictvím dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o. jedná se o smluvní vztah mezi touto obcí a dodavatelem DOKAS Dobříš, s.r.o., nikoli mezi touto obcí a obviněným, jakožto v rámci vztahů vyplývajících z přenesené působnosti samosprávy. Podle § 20 písm. f) zákona o odpadech by musel obviněný o odstranění odpadů vydat správní rozhodnutí v rámci své rozšířené působnosti v obci, a to pouze v mimořádných situacích.
65. Navíc, jak již bylo výše uvedeno, důkazní břemeno je na obviněném. Ten v daném případě nepředložil žádný dokument, který by prokazoval, že obviněný v rozhodném období tj. v letech 2014-2016 plnil povinnost ve smyslu § 20 písm. f) zákona o odpadech.
66. Obviněný se dále domnívá, že jelikož v rámci své hospodářské činnosti pověřil dodavatele DOKAS Dobříš, s.r.o., aby zajišťoval svoz a likvidaci odpadu pro okolní obce, tak lze takovou činnost považovat za činnosti při plnění úkolů jím tomuto dodavateli svěřených. Obviněný je tak toho názoru, že i tyto úkoly lze započítat do objemu rozhodné činnosti. Toto tvrzení nemůže obstát, neboť za svěřené činnosti ve smyslu § 11 odst. 1 písm. c) zákona lze považovat toliko činnosti, které jsou dodavateli zadavatelem svěřeny v určité souvislosti s plněním veřejných úkolů zadavatele. Tomu zásadně neodpovídá situace, kdy zadavatel pověří dceřinou společností, aby plnila úkoly pro jiné subjekty jakožto samostatné zadavatele, ve kterých nemá tento pověřující zadavatel ani majetkovou účast a ani je neovládá (např. jiné obce). Jedná se totiž v zásadě o „cizí“ subjekty, jejichž zájmy a veřejné úkoly, které mají plnit, se se zájmy a úkoly tohoto pověřujícího zadavatele nepřekrývají. Pokud zadavatel pověřuje svoji dceřinou společností, aby plnila za úplatu takovýmto „cizím“ subjektům lze na to nahlížet tak, že ji ukládá, aby s těmito „cizími“ subjekty vstoupila do obchodního styku. V takovém případě však tato dceřina společnost již vystupuje ze sféry zadavatele a tedy se nejedná o vztah, který lze označit výrazem „in house“.

*K okruhu námitek týkající se výše pokuty*

67. Obviněný se domnívá, že pokud by Úřad zohlednit celou řadu okolností, pak by pokuta nebyla vůbec uložena nebo jen v symbolické výši.

68. Úřad zdůvodnil výši uložené sankce v bodech 66. – 89. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Z této části odůvodnění jasně vyplývá, že Úřad zohlednil celou řadu okolností, za kterých byl přestupek spáchán. Úřad pro určení výše pokuty vzal v úvahu závažnost přestupku, která dle jeho posouzení dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona, neboť obviněný zcela vyloučil soutěž, dále dobu která uplynula mezi spáchání přestupku a samotným potrestáním obviněného a skutečnost, že byla smlouva na veřejnou zakázku uzavřena na dobu neurčitou (tudíž baly vyloučena soutěž na neomezenou dobu). Rovněž Úřad posoudil, zda nebyl v šetřeném případě dán souběh přestupků a ekonomickou situací obviněného. Tyto všechny okolnosti měly vliv na výši pokuty.
69. Krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Ca 27/2009 ze dne 28. 4. 2011 konstatoval, že: *„Z judikatury Nejvyššího správního soudu přitom vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 6. 2005, č. j. 8 As 5/2005 - 53, nebo ze dne 27. 3. 2008, č. j. 4 As 51/2007-68, oba dostupné na www.nssoud.cz). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost podle § 3 odst. 4 správního řádu. Správní orgán tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochyby o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu.“* Mám přitom za to, že Úřad těmito požadavkům krajského soudu dostal.
70. Úřad shledal, že jelikož byla smlouva uzavřena na dobu neurčitou (a nelze tak zjistit celkovou cenu veřejné zakázky), horní hranice možné pokuty činila 20 000 000 Kč ve smyslu § 268 odst. 2 písm. a) zákona. Pokuta stanovená ve výši 500 000 Kč v daném případě činí 2,5 % v poměru k maximálně možné výši pokuty, kterou by Úřad mohl uložit. Předmětnou výši pokuty uložené Úřadem je tedy třeba označit za zcela přiměřenou. Proto námitka ohledně nepřiměřenosti výše uložené pokuty je nedůvodná.
71. Podle názoru obviněného měl Úřad při posouzení výše pokuty zohlednit i výkladovou nejednoznačností právní úpravy, která nedávala jasné vodítko pro možnost volby postupu a byla relativně nová. Toto tvrzení obviněného je bezpředmětné. Právě nová právní úprava (tedy současná) konkretizovala třetí podmínku pro naplnění vertikální spolupráce, když vymezila pevně stanovenou hranici podílu činnosti pře veřejného zadavatele (přes 80%) a to právě z toho důvodu, aby se předešlo interpretačním nejasnostem ohledně toho, jak velký podíl činnosti musí pro zadavatele taková společnost provést. Zákon jasně stanoví, které podmínky pro vertikální spolupráci má zadavatel splňovat a ani z rozkladu není zřejmé, co obviněný považoval v okamžiku uzavření smlouvy za nejednoznačné ustanovení.
72. Dále má obviněný má za to, že bylo z hlediska trestu nutno zohlednit jeho míru zavinění a okolnosti, za kterých k přestupku došlo. Obviněný k tomu uvádí, že by měl Úřad zohlednit tu skutečnost, že obviněný činil dle svého nejlepšího svědomí, aby k porušení zákona nedošlo, a k tomuto pak dodává, že k porušení zájmu chráněného zákonem nedošlo, neboť v době uzavření smlouvy v roce 2017 a následující období již objem činností přesahoval 80 % při plnění úkolů svěřených obviněným.

73. K posuzování míry zavinění je zde nutno obecně říct, že přestupky dle zákona nejsou založeny na odpovědnosti za zavinění (úmysl či nedbalost), ale jsou koncipovány na objektivní odpovědnosti, přičemž tak případné jednání z úmyslu nebo nedbalosti nemá na posouzení zákonnosti jednání obviněného žádný vliv. V případě objektivní odpovědnosti platí, že subjekt, který svým jednáním naplnil znaky přestupku, odpovídá za škodlivý následek bez ohledu na zavinění. K tomu je možné odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 As 71/2009 – 67 ze dne 10. 6. 2010, dle kterého „*v oblasti veřejného práva je, na rozdíl od oblasti práva soukromého, odpovědnost právnických a podnikajících fyzických osob koncipována převážně na principu objektivní odpovědnosti, ve většině případů tedy zákon pro vznik odpovědnosti nevyžaduje zavinění subjektu. Ke vzniku odpovědnosti za správní delikt tedy postačuje, jsou-li naplněny znaky deliktu stanovené zákonem bez ohledu na to, zda lze v daném případě přičíst odpovědnému subjektu jednu z forem zavinění, či nikoliv.*“ Otázka stupně zavinění tak může být zohledněna pouze v rámci polehčujících okolností pro určení výše pokuty, nicméně nemůže mít vliv na posouzení naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Ve zdejších případech nebyly Úřadem ani předsedou Úřadu shledány polehčující okolnosti v tomto smyslu. Nelze mít za to, že obviněný činil veškeré kroky k tomu, aby zákon neporušil. Jak bylo výše uvedeno, ze zápisů zasedání Zastupitelstva města Dobříš bylo zjištěno, že obviněný měl vědomost o tom, že nesplňuje zákonnou podmínku dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona, i přes tuto vědomost smlouvu na veřejnou zakázku uzavřel.
74. Hlavním kritériem, které je dle zákona a zákona č. 250/2016 Sb. o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o přestupcích**“) rozhodné pro určení druhu a výměry správního trestu, je povaha a závažnost přestupku. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního přestupkového jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Oba uvedené právní předpisy pak demonstrativním výčtem vymezují, co lze pod pojem závažnost přestupku podřadit (význam zákonem chráněného zájmu, význam a rozsah jeho následků, způsob jeho spáchání, okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlídnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti přestupku, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující, kdy je třeba konstatovat, že katalog polehčujících a přitěžujících okolností uvedený v § 39 a § 40 zákona o přestupcích je toliko demonstrativní.
75. Stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán také konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013). Úřad v bodě 78. odůvodnění napadeného rozhodnutí učinil závěr, že jednání obviněného, kterým vyloučil hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku, lze označit za jedno z typově vůbec nejzávažnějších. Intenzitu porušení zákona ve zdejších případech lze i dle názoru předsedy Úřadu označit jednu z nejzávažnějších.

76. Byť jednání obviněného lze označit svým charakterem jako typově nejzávažnější, Úřad nemůže v rámci stanovení trestu (sankce) rezignovat na zohlednění těch aspektů šetřeného případu, které by bylo možné hodnotit jako polehčující okolnosti. Ovšem v posuzovaném případě nenastala polehčující okolnost, která měla dle obviněného spočívat v tom, že nebyl znám jednotný výklad dané problematiky týkající se výjimky „in house“. Tvrzení obviněného, že nemá právní oddělení, které by mohlo vyřešit problém týkající se oprávněnosti postupu v rámci vertikální spolupráce, nemůže představovat polehčující okolnost, a nemá tak na rozhodnutí o výši pokuty žádný vliv. Každý zadavatel odpovídá za zákonnost svých zadávacích postupů a všichni zadavatelé jsou si před zákonem rovni. Faktu, že není dostatečně zdatný v právním odvětví zadávání veřejných zakázek, si obviněný měl být vědom, než se pustil do aplikace „in house“ výjimky, a měl si případně sjednat poskytnutí specializované právní služby.
77. Rovněž Úřad nemohl vzít v úvahu polehčující okolnost ve smyslu § 39 písm. c) zákona o přestupcích, neboť obviněný neučinil žádné kroky pro to, aby odstranil škodlivý následek přestupku, což Úřad také promítl do odůvodnění napadeného rozhodnutí (bod 80.), když uvedl, že obviněný v době vydání rozhodnutí nadále setrvává ve smluvním vztahu na předmětnou veřejnou zakázku, která nebyla „vysoutěžena“ v některém druhu zadávacího řízení.
78. Navíc ze zaslaných dokumentů obsahující zápisy z jednání Zastupitelstva města Dobříš vyplývá ta skutečnost, že obviněný v okamžiku uzavření smlouvy měl vědomost o tom, že nesplňuje podmínku dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona a v takovém případě smlouvou na veřejnou zakázku uzavřel, a to ještě na dobu neurčitou.
79. Navrhuje-li obviněný, aby bylo od uložení správního trestu upuštěno, konstatuje předseda Úřadu, že proto nejsou splněny podmínky, neboť ustanovení zákona o přestupcích, které tento institut zakotvuje (§ 43 odst. 2), je pro účely řízení o přestupcích na úseku zadávání veřejných zakázek zákonem vyloučeno (§ 270 odst. 11 zákona). Úřad tak spáchaný přestupek potrestat musel, jak mu ukládá § 268 odst. 2 písm. a) zákona.
80. Navrhuje-li obviněný, aby byl uložený správní trest mimořádně snížen ve smyslu § 44 odst. 1 písm. a) zákona o přestupcích, konstatuje předseda Úřadu, že pro to nejsou splněny zákonem o přestupcích předvídané podmínky, neboť ustanovení § 268 odst. 2 písm. a) zákona nestanoví minimální hranici pokuty.
81. Ve zdejším případě nelze uložit ani symbolickou pokutu obecně (bez opory v § 44 zákona o přestupcích), neboť byl spáchán přestupek skutečně závažný, jak Úřad přesvědčivě odůvodnil zejména v bodech 76. až 80. odůvodnění napadeného rozhodnutí.

#### *Shrnutí*

82. Ve světle výše uvedeného shrnuji, že Úřad správně a přezkoumatelným způsobem podrobně vylíčil, jaká byla jeho skutková zjištění a jakými úvahami se řídil při stanovení výše pokuty, tj. z čeho vycházelo jeho správní uvážení a k jakému výsledku dospěl ohledně konkrétní výše pokuty uložené zadavateli. Úřad tuto část svého rozhodnutí dostatečně a přesvědčivě odůvodnil. Při rozhodování o výši pokuty zohlednil všechny skutečnosti, které mohly v tomto správním řízení výši pokuty ovlivnit, řádně se s nimi vypořádal a přesvědčivě odůvodnil, ke kterým okolnostem přihlédl a jaký vliv měly na uloženou výši pokuty.



## **VI. Závěr**

83. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v posuzovaném případě v souladu se zákonem, správním řádem a zákonem o odpovědnosti za přestupky, jsem dospěl k závěru, že jsou dány podmínky pro potvrzení napadeného rozhodnutí a pro zamítnutí rozkladu, a to z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží**  
město Dobříš, Mírové náměstí 119, 263 01 Dobříš

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