



UOHSX003W4E1

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R163/2007/VZ-18365/2011/310/ASc/JSI

V Brně dne: 13. prosince 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 15. 8. 2007 podaném navrhovatelem –

- společností **MARSH, s. r. o.**, IČ 45306541, se sídlem Na rybníčku 5/1329, 120 00 Praha, za niž jedná Ing. Luděk Menčík a Richard Radford, jednatelé, ve správním řízení zast. Mgr. Ing. Pavlem Kejlou, advokátem se sídlem Jungmannova 31, 110 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S159/2007/VZ-13474/2007/540-MČ ze dne 23. 7. 2007 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Statutárního města Opavy**, IČ 00300535, se sídlem Horní náměstí 69, 746 26 Opava, zastoupeným prof. PhDr. Zdeňkem Jiráskem, CSc., primátorem, učiněných při zadání veřejné zakázky malého rozsahu ve smyslu § 12 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, na „**Výběr makléřské společnosti**“, zveřejněné pod č. VZMR/S/001/07 na úřední desce jmenovaného zadavatele dne 25. 1. 2007, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –
- společnost **SATUM CZECH, s. r. o.**, IČ 25373951, se sídlem Porážková 1424/20, 702 00 Ostrava, za niž jedná Ing. Roman Horváth, jednatel,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, s přihlédnutím k závazným právním závěrům rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 30/2008-190 ze dne 11. 8. 2009 a rovněž rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 132/2009-275 ze dne 26. 1. 2011, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S159/2007/VZ-13474/2007/540-MČ ze dne 23. 7. 2007

**r u š í m**

a věc

**v r a c í m**

k novému projednání Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – statutární město Opava, IČ 00300535, se sídlem Horní náměstí 69, 746 26 Opava, (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil dne 25. 1. 2007 pod č. VZMR/S/001/07 na své úřední desce a na internetové adrese [www.opava-city.cz](http://www.opava-city.cz) úmysl zadat veřejnou zakázku malého rozsahu ve smyslu § 12 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), s názvem „Výběr makléřské společnosti“.<sup>1</sup>
2. Úřad obdržel dne 18. 6. 2007 návrh společnosti MARSH, s. r. o., IČ 45306541, se sídlem Na rybníčku 5/1329, 120 00 Praha (dále jen „**navrhovatel**“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť jeho námitkám podaným proti usnesení zadavatele o přidělení veřejné zakázky společnosti SATUM CZECH s. r. o., IČ 45306541, se sídlem Porážkova 1424/20, 702 00 Ostrava (dále jen „**vybraný uchazeč**“) nebylo ze strany zadavatele vyhověno. Ku uvedenému dni proto Úřad oznámil zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče.

### II. Napadené rozhodnutí a první rozhodnutí o rozkladu, řízení před správními soudy

3. Dne 23. 7. 2007 vydal Úřad rozhodnutí č. j. S159/2007/VZ-13474/2007/540-MČ (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým správní řízení podle § 114 odst. 3 zákona zastavil, neboť není příslušný k rozhodnutí o návrhu. V odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad s odkazem na § 12 odst. 6 zákona uvedl, že pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky je určující výše provize, kterou obdrží makléř, a to bez ohledu na to, zda tuto provizi obdrží od pojišťovny či od zadavatele (to platí za předpokladu, že vlastní pojistné smlouvy budou uzavírány v zadávacím řízení postupem podle zákona). Na základě podkladů vyžádaných od

---

<sup>1</sup> Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

zadavatele Úřad konstatoval, že výše pojistného zaplaceného zadavatelem pojišťovně v roce 2006 činila 2 722 000 Kč, přičemž výše zaplacená zadavatelem v roce 2007 ke dni rozhodování Úřadu činila částku 2 357 151 Kč. Při zaplacení nejvyšší možné provize stanovené ve smlouvě, tedy 15 % z výše pojistného, bude provize vybraného uchazeče činit 408 300 Kč za rok. Vzhledem k tomu, že předmětná smlouva se uzavírá na dobu neurčitou, předpokládaná hodnota veřejné zakázky na služby se stanoví v předpokládané výši celkového peněžitého závazku za 48 měsíců. Hodnota šetřené veřejné zakázky tak bude přibližně 1 633 200 Kč. Jelikož se podle ustanovení § 12 odst. 6 zákona zakázkou malého rozsahu rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota nedosáhne v případě veřejné zakázky na služby nebo dodávky 2 000 000 Kč bez DPH nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce 6 000 000 Kč bez DPH a jelikož předpokládaná hodnota přezkoumávané veřejné zakázky nepřekročila částku 2 mil. Kč, neměl zadavatel povinnost postupovat podle zákona a zadat zakázku v některém ze zadávacích řízení. Postup zadavatele při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu nepodléhá přezkumu ze strany Úřadu, a proto Úřad zahájené správní řízení zastavil podle § 114 odst. 3 zákona.

4. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad rozklad navrhovatele, který Úřadu vytýkal chybné určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Příslušnost Úřadu by však byla dle mínění navrhovatele dána i tehdy, kdyby se jednalo o zakázku malého rozsahu, neboť pokud jsou veřejnou zakázkou jakékoliv veřejné zakázky bez ohledu na výši jejich předpokládané hodnoty a pokud přezkumu Úřadu podléhají pouze postupy při zadávání veřejných zakázek, pak veřejnou zakázkou je i zakázka malého rozsahu a postup při jejím zadávání podléhá přezkumu Úřadu.
5. O tomto rozkladu rozhodl předseda Úřadu dne 15. 2. 2008 rozhodnutím č. j. R163/2007/02-03863/2008/310-Hr (dále jen „**první rozhodnutí o rozkladu**“), tak, že napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítnul. Na základě doplněného dokazování za účelem získání podkladů pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky předseda Úřadu zjistil, že se skutečně jednalo o veřejnou zakázku malého rozsahu. K příslušnosti Úřadu k přezkumu postupu zadavatele k zadávání veřejných zakázek malého rozsahu pak předseda Úřadu uvedl, že za předpokladu, že se zadávacím řízením rozumí pouze otevřené řízení, užší řízení, jednací řízení s uveřejněním i bez uveřejnění, soutěžní dialog a zjednodušené podlimitní řízení, a pokud zadavatel v šetřeném případě nepoužil žádný ze zákonem taxativně vymezených zadávacích řízení, pak nelze dovozovat, že se jednalo o zadávací řízení. Postup zadavatele tak nebyl „zadáním ... uskutečněným v zadávacím řízení“ (§ 112 zákona), které by zakládalo věcnou příslušnost Úřadu.

#### **Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně**

6. Navrhovatel se se závěry uvedenými v prvním rozhodnutí o rozkladu neztotožnil a podal proti němu žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále též jen „**Krajský soud**“). O této žalobě rozhodl krajský soud rozsudkem č. j. 62 Ca 30/2008-190 ze dne 11. 8. 2009 (dále též jen „**rozsudek krajského soudu**“), kterým první rozhodnutí o rozkladu zrušil a věc Úřadu (resp. jeho předsedovi) vrátil k dalšímu řízení. Krajský soud dospěl k závěru, že při zhodnocení, zda jde o zakázku malého rozsahu, je nutno vycházet z ustanovení § 14 odst. 3 a 4 zákona, ve spojení s ustanovením § 15 odst. 1 zákona. V tomto smyslu tedy Úřad při určení

předpokládané hodnoty veřejné zakázky (jejíž zadání bylo oznámeno v lednu 2007) správně vycházel z údajů o obdobném plnění za rok 2006, neboť předpokládaná smlouva měla být uzavírána na dobu neurčitou. Pokud jde o údaj o výši vyplaceného pojistného za rok 2006, krajský soud upozornil, že v době před vydáním prvostupňového rozhodnutí ve správním spise žádná listina obsahující tuto informaci založena není. Teprve den po vydání prvostupňového rozhodnutí žalovaný obdržel sdělení zadavatele, dle kterého se jedná o částku 2 720 521 Kč. Následně, v rámci vyjádření zadavatele k podanému rozkladu, je uvedena částka 2 722 191 Kč; z této částky, po jejím zaokrouhlení, nicméně již vychází prvostupňové rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že Úřad při úvaze o hodnotě předmětné veřejné zakázky vycházel i ze zjištěných údajů o pojistném zaplaceném zadavatelem v roce 2007, vyjádřil se krajský soud i k této dílčí otázce. Uvedl, že dle ustanovení § 14 odst. 3 zákona (aplikovatelného dle § 15 odst. 1 zákona) je základem pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky skutečná cena uhrazená zadavatelem za stejné či podobné plnění během předcházejících 12 měsíců, upravená o změny v množství nebo cenách, které lze očekávat v následujících 12 měsících; podle § 14 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách se však takto získaný základ upraví v závislosti na době účinnosti smlouvy (v případě uzavření smlouvy na dobu neurčitou jde, dle § 14 odst. 1 zákona, o dobu 48 měsíců). Pokud by v době stanovování předpokládané hodnoty veřejné zakázky existovaly indicie, z nichž by bylo dovoditelné, že během následujících 48 měsíců dojde ke změnám, na které pamatuje § 14 odst. 1 zákona, pak není důvod zohledňovat pouze změny v období prvních 12 měsíců. Údaje o zaplaceném pojistném za rok 2007 mohly být tedy žalovaným použity toliko podpůrně (pro posouzení, zda a jak se odchyluje od předpokládané hodnoty veřejné zakázky); nemůže jít však o údaj, na kterém by byla založena úvaha o hodnotě zakázky. V tomto směru tak krajský soud uzavřel, že rozhodnutí žalovaného je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Prvním důvodem je fakt, že v době vydání prvostupňového rozhodnutí žalovaný nedisponoval údaji o zaplaceném pojistném za rok 2006, druhým důvodem bylo odmítnutí zohlednění predikce dalšího vývoje objemu pojistného za období po roce 2007, neboť Úřad měl i o výši těchto výdajů uvažovat a zohlednit je. Dojde-li Úřad k (přezkoumatelnému) závěru, že se v dané věci skutečně jedná o veřejnou zakázku malého rozsahu, stane se relevantní i druhá sporná otázka, tedy, zda je za této situace dána jeho dohledová pravomoc.

7. Krajský soud se tedy ve svém v rozsudku dále zabýval i otázkou, zda veřejná zakázka malého rozsahu má podléhat veřejnoprávní kontrole. Stručně shrnuto, výkon dohledu nad zadáváním veřejných zakázek (§ 112 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách) sice předpokládá dohled nad jednotlivými úkony zadavatele, vždy však je cílem dodržení zásad uvedených v § 6 zákona. Pokud se tedy přezkum orgánem dohledu nevyčerpává jen posouzením zákonnosti, ale musí být i u *prima facie* zákonných úkonů uváženo i dodržení základních zásad zadávání veřejných zakázek, není, dle názoru krajského soudu, důvod rezignovat na tento přezkum tam, kdy zákon vyžaduje i jen dodržení těchto zásad. Ustanovení § 18 odst. 3 zákona je jen zdánlivou výjimkou z postupu zadavatelů dle zákona, neboť tato výjimka je relativizována částí tohoto ustanovení uvedenou za středníkem. Povinnost zadavatele dodržet základní zásady uvedené v § 6 zákona je tedy zákonem výslovně kodifikována. V případě, kdy je třeba uskutečňovat kroky podle zákona, se mohou tyto kroky *prima facie* jevit jako zákonné, avšak může být porušen § 6 zákona, není jediného důvodu, proč by měl Úřad rezignovat na přezkum dodržení těchto zásad v případech, kdy je třeba dodržovat

„pouze“ tyto zásady. Má-li dále Úřad podle § 112 odst. 1 zákona přezkoumávat „zákonost“ úkonů zadavatele, pak je třeba rozumět takovým přezkumem postup, v rámci kterého orgán dohledu přezkoumává, zda zadavatelé dodržují zákon, tj. postupují v souladu s ním. Dodržením zákona se rozumí také dodržení § 18 odst. 3 zákona, tj. povinnost zadavatelů postupovat při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu v souladu s § 6 zákona. Ani skutečnost, že proti postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu nelze podat námitky, krajský soud neposoudil jako relevantní; upozornil v této souvislosti na možnost zahájit správní řízení i z moci úřední. Ustanovení o námitkách se tak použije pouze tam, kde z povahy věci použito být může.

### **Řízení o kasační stížnosti před Nejvyšším správním soudem**

8. Rozsudek Krajského soudu napadl Úřad kasační stížností, kterou však Nejvyšší správní soud rozsudkem č. j. 2 Afs 132/2009-275 ze dne 26. 1. 2011 (dále též jen „**rozsudek NSS**“), zamítl. Jak vyplývá z odůvodnění rozsudku NSS, tento soud nedal za pravdu závěru krajského soudu ohledně jeho zjištění, že v době vydání prvostupňového rozhodnutí Úřad (dle obsahu správního spisu) neměl k dispozici údaj o zaplaceném pojistném za rok 2006, přestože tento údaj v prvostupňovém rozhodnutí zmiňuje. Mezi Úřadem a Krajským soudem nebylo sporu o tom, že ke dni vydání napadeného rozhodnutí není ve správním spise založena žádná listina obsahující informaci o výši vyplaceného pojistného za rok 2006. V reálném čase, tedy ke dni 23. 7. 2007, skutečně údaj uvedený v prvostupňovém rozhodnutí neměl oporu ve správním spise a z tohoto pohledu by tak prvostupňové rozhodnutí bylo možno označit za nepřezkoumatelné. Jestliže však částka v prvostupňovém (tj. napadeném) rozhodnutí uvedená byla následně doložena příslušnými listinami, založenými do správního spisu, a to ještě v rámci probíhajícího správního řízení (na tomto místě Nejvyšší správní soud připomněl, že předcházející správní řízení bylo řízením apelačním a dokazování tedy bylo možno provádět i v rámci řízení o rozkladu), nelze již zmíněný závěr o nepřezkoumatelnosti považovat za udržitelný.
9. Krajskému soudu však Nejvyšší správní soud přisvědčil potud, že Úřad nesprávně interpretoval zákon, pokud při určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky vycházel z údajů o zaplaceném pojistném za předcházejících 12 měsíců (rok 2006), při zohlednění (dosud) zaplaceného pojistného za rok 2007, avšak když opominul požadavek vyplývající z ustanovení § 14 odst. 4 zákona. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky musí být obligatorně stanovena v souladu s pravidly stanovenými v zákoně o veřejných zakázkách (§ 13 odst. 2 zákona); platí, že má-li být smlouva uzavřena na dobu neurčitou, vychází se z předpokládané výše celkového peněžitého závazku zadavatele za 48 měsíců (§ 14 odst. 1 písm. b) zákona). Pokud zadavatel dodávky, které mají být předmětem veřejné zakázky, již v době předcházejících 12ti měsíců přijímal, je při stanovení základu předpokládané hodnoty veřejné zakázky na opakující se nebo trvající dodávky nutno vycházet z § 14 odst. 3 písm. a) zákona, dle kterého jde o skutečnou cenu uhrazenou zadavatelem za dodávky stejného či podobného druhu během předcházejících 12 měsíců, upravená o změny v množství a cenách, které lze očekávat během následujících 12 měsíců. Krajský soud správně poukázal na nesprávnost právního názoru Úřadu, že „zadavatel měl povinnost zohlednit tyto budoucí změny pouze v rozsahu prvního roku plnění, neboť pouze tento rok je základem pro

stanovení předpokládané hodnoty. Zohledňovat i meziroční zvýšení pojistného, ke kterému dojde během čtyř prvních let plnění veřejné zakázky, je tak již z tohoto důvodu vyloučeno. Vzhledem k tomu je pak nadbytečná i úvaha o výši takového případného zvýšení“. Ustanovení § 14 odst. 4 zákona předpokládá, že v případech, kdy to bude možné, je povinností zadavatele zohlednit i případné další informace týkající se možných změn v hodnotě veřejné zakázky i v období následujícím po uplynutí prvních 12 měsíců po odeslání oznámení či výzvy o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění (§ 13 odst. 2 *in fine* zákona), mohl-li o nich mít povědomost. Vzhledem k tomu, že Úřad tuto možnost v odůvodnění svého rozhodnutí zcela vyloučil, je zřejmé, že o korekci základu pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky v následujících obdobích vůbec neuvažoval, byť navrhovatel uplatňoval již v průběhu řízení v prvním stupni relevantní argumenty.

10. V další části uvedeného rozsudku Nejvyšší správní soud aproboval závěr krajského soudu, který výkladem § 6, § 7 odst. 1 a 3, § 17 písm. m), § 18 odst. 3 a § 112 odst. 2 zákona dovodil pravomoc Úřadu k přezkumu veřejných zakázek malého rozsahu. Pokud by Nejvyšší správní soud ustal na jazykovém výkladu § 112 odst. 2 písm. b) zákona tak, jak jej Úřad předestřel, nutně by dospěl k závěru, že na případ veřejných zakázek malého rozsahu není aplikovatelný, tedy že pravomoc vyplývající v rovině obecné z odstavce 1 citovaného ustanovení nenalézá v případě tohoto druhu veřejných zakázek žádnou konkrétní formu, v níž by se mohla realizovat. Nelze ale odhlédnout od kontextu dalších ustanovení zákona (použití systematického výkladu), ani opomenout (z nabízejících se výkladových metod) výklad logický. Za použití metody *reductio ad absurdum* by závěr plynoucí z jazykového výkladu nevyhnutelně vedl k důsledku, že by sice orgán dohledu byl oprávněn vykonávat dohled i nad veřejnými zakázkami malého rozsahu (§ 112 odst. 1 zákona), mohl by v rámci tohoto dohledu vydávat i předběžná opatření (§ 112 odst. 2 písm. a) zákona) a ukládat (dle § 112 odst. 2 písm. c) zákona) nápravná opatření a sankce (v těchto případech zákon o zadávání nehovoří), nemohl by však posoudit, zda byl při zadávání (v širším slova smyslu) tohoto druhu veřejné zakázky porušen zákon (§ 18 odst. 3, věta za středníkem). Takový závěr je zcela neudržitelný.
11. Na základě obou shora označených rozsudků je tedy třeba podaný rozklad navrhovatele a námitky v něm uplatněné znovu vypořádat a vydat nové rozhodnutí o rozkladu, neboť první rozhodnutí o rozkladu bylo rozsudkem Krajského soudu v Brně zrušeno a věc byla vrácena Úřadu (resp. jeho předsedovi) k novému rozhodnutí.

### III. Námitky rozkladu

12. V podaném rozkladu ze dne 15. 8. 2007 navrhovatel napadá chybné určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, když z odůvodnění napadeného rozhodnutí v této souvislosti není patrné, z jakého druhu podkladů dodaných zadavatelem Úřad vycházel při určování hodnoty zakázky, tedy zda se jednalo o přesně vyčíslené pojistné zaplacené zadavatelem za rok 2006 a poměrnou část roku 2007 ve formě účetního dokladu, nebo zda jde pouze o odhad zadavatele. Navrhovatel poukazuje na to, že „dosud“ zaplacené pojistné, ze kterého Úřad vycházel, nepředstavuje konečnou částku, z rozhodnutí však není patrné, jakým způsobem bylo pojistné zadavatelem placeno.

13. Podle názoru navrhovatele lze dále očekávat, že výše základu pro výpočet provize se bude v čase měnit a současně navrhovatel upozorňuje, že provize poskytovaná některými pojišťovnami je vyšší než 15 %. Proto se navrhovatel domnívá, že Úřadem určená předpokládaná hodnota zakázky je nepodloženou fabulací. Způsob určení předpokládané ceny zakázky považuje navrhovatel za naprosto nedostatečný, neurčitý a neúplný a takto neprůkazně určená hodnota veřejné zakázky je jako důvod pro zastavení správního řízení neakceptovatelná.
14. Navrhovatel dále nabízí několik výpočtů celkové částky, která bude zadavatelem zaplacená za celý předmět plnění veřejné zakázky. Za použití principu proporcionality s rokem 2006 dochází navrhovatel k částce 4 040 830 Kč pojistného v roce 2007, a tedy předpokládané ceně veřejné zakázky 2 424 520 Kč. I kdyby částka pojistného v roce 2007 dosáhla pouze průměru částky získané na základě principu proporcionality a částky zaplacené za rok 2006, pak i v takovém případě by cena veřejné zakázky byla dle názoru navrhovatele 2 028 850 Kč. Dle tvrzení navrhovatele není ani provize pojišťovacích makléřů vždy stanovena ve výši 15 %, ale běžně činí více. Pokud by tedy činila 20%, pak i při aplikaci nejnižší částky pojistného zaplaceného v roce 2006 dospěl zadavatel k hodnotě zakázky 2 177 600 Kč. Konečně i částka vyčíslená Úřadem je dle názoru navrhovatele o pouhých 366 800 Kč nižší než zákonný limit pro zakázku malého rozsahu a takto malá odchylka vyžaduje výrazně vyšší míru pečlivosti a přesnosti při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
15. Navrhovatel rovněž namítá, že neměl k dispozici podklady, ze kterých Úřad vycházel při výpočtu předpokládané hodnoty zakázky, a tedy není možné po něm požadovat, aby tuto hodnotu rozpoznal. Zadavatel pochybil rovněž tím, že stanovil bezplatnost jako základní podmínku zadání, a tím obcházel zákon, neboť si od počátku byl vědom její úplatnosti. Toto zjevné porušení zásady transparentnosti dle § 6 zákona způsobilo škodu navrhovateli, který jako jediný podal nabídku v souladu se skutečným stavem věcí, čímž došlo současně k porušení zásady rovného zacházení dle § 6 zákona. Potvrzením napadeného rozhodnutí by pak navrhovateli vznikla další újma ve výši složené kauce, přestože navrhovatel jen a pouze v důsledku pochybení zadavatele nebyl obeznámen se skutečnou hodnotou zakázky a neměl možnost posoudit své procesní postavení, včetně rizik spojených se složením kauce.
16. Navrhovatel tedy nesouhlasí se závěrem Úřadu, že tento není věcně příslušný k přezkoumání návrhu, neboť se dle přesvědčení navrhovatele nejedná o zakázku malého rozsahu. Předpokládaná cena veřejné zakázky nebyla Úřadem určena spolehlivým způsobem. Vzhledem ke všemu výše uvedenému navrhovatel tvrdí, že se jedná o zakázku podlimitní a o příslušnosti Úřadu není sporu. Příslušnost Úřadu by byla dána, i kdyby se jednalo o zakázku malého rozsahu, neboť pokud jsou veřejnou zakázkou jakékoliv veřejné zakázky bez ohledu na výši jejich předpokládané hodnoty a pokud přezkumu Úřadu podléhají pouze postupy při zadávání veřejných zakázek, pak gramatickým a logickým výkladem dospívá navrhovatel k tomu, že veřejnou zakázkou je i zakázka malého rozsahu a postup při jejím zadávání tak podléhá přezkumu Úřadu. Navrhovatel zdůrazňuje, že v návrhu požadoval přezkoumání „zadání“ veřejné zakázky ve smyslu § 17 písm. k) zákona, a nikoliv přezkoumání „zadávání“ veřejné zakázky ve smyslu § 17 odst. m) zákona. Zadáváním se podle posledně citovaného ustanovení zákona rozumí závazný postup zadavatele podle tohoto zákona

v zadávacím řízení, přičemž dle § 18 odst. 3 není zadávání ve smyslu závazného postupu podle zákona povinností u veřejných zakázek malého rozsahu. Z daného ustanovení však dle názoru navrhovatele nevyplývá, že zadávací řízení není proces aplikovatelný i na veřejné zakázky malého rozsahu. Zadávací řízení podle § 17 odst. m) zákona je dle výkladu navrhovatele proces, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a tedy proces aplikovatelný i u veřejných zakázek malého rozsahu. Zadavatel tak dospěl k usnesení o výběru nevhodnější nabídky zadáváním zakázky v rámci zadávacího řízení podle § 17 odst. k) zákona, čímž dle názoru navrhovatele založil věcnou příslušnost Úřadu. Zastavení správního řízení z důvodu věcné nepříslušnosti Úřadu proto navrhovatel považuje za neoprávněné. Současně navrhovatel připomíná, že i v případě zadání veřejné zakázky malého rozsahu je zadavatel povinen dodržovat zásady dle § 6 zákona a v případě jejich porušení je Úřad nepochybně věcně příslušný k přezkoumání úkonů zadavatele podle § 112 odst. 1 zákona, a to dokonce i z moci úřední. Úřadem chybně použitý výklad by vedl k destabilizaci právních vztahů, vzniku nezměnitelných protiprávních stavů a k soustavnému narušování principu právní jistoty.

17. Navrhovatel se proto domáhá zrušení napadeného rozhodnutí a jeho vrácení Úřadu k novému projednání.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

18. K podanému rozkladu se vyjádřil zadavatel, který nesouhlasí s právním názorem navrhovatele a tvrzeními, která jsou obsažena ve výše uvedeném rozkladu. Zadavatel uvádí, že v roce 2006 zaplatil pojišťovně částku 2 722 000 Kč. Nejvyšší možná provize stanovená ve smlouvě je 15 %, a tedy výše provize vítězné makléřské společnosti by činila 408 300 Kč. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky za čtyři roky tak činí 1 633 200 Kč, tudíž se skutečně jedná o veřejnou zakázku malého rozsahu, při jejímž zadání bylo aplikováno ustanovení § 18 odst. 3 zákona. Pro průkaznost svého tvrzení zadavatel ke svému vyjádření přikládá soupis účetních dokladů a uvádí, že výpočty navrhovatele považuje za účelové a zavádějící. Z těchto důvodů je zadavatel přesvědčen, že předseda Úřadu rozhodl správně, a proto napadené rozhodnutí potvrdí a rozklad zamítne.
19. 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.
20. Dne 14. 11. 2007 odeslal Úřad zadavateli žádost o zaslání podkladů pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, ve které se dotázal zadavatele, jakou částku zaplatil na pojistném za rok 2007, aby mohla být zjištěna možná výše provize, na kterou vybranému uchazeči vznikl nárok. Na základě této žádosti zaslal zadavatel Úřadu údaj o částce, kterou od 1. 1. 2007 do 5. 11. 2007 zaplatil na pojistném, přičemž se jednalo o částku 2 606 420 Kč. Tuto částku pak zadavatel doložil příslušnými doklady. Do konce listopadu 2007 mělo být provedeno ještě několik plateb, a tedy celková částka měla k 30. 11. 2007 činit 2 883 239 Kč.



21. Usnesením č. j. R163/2007/02-00936/2008/310-Hr ze dne 14. 1. 2008 stanovil předseda Úřadu účastníkům správního řízení lhůtu, ve které jsou oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko. Současně jim stanovil lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí a k novým skutečnostem, které byly v řízení o rozkladu zjištěny, zejména pak k vyjádření zadavatele.
22. Na základě usnesení předsedy Úřadu doručil zadavatel Úřadu své vyjádření ze dne 16. 1. 2008, ve kterém uvádí, že celková částka zaplacená za pojištění v roce 2007 činí 2 910 249 Kč, což dokládá soupisem účetních dokladů, který tvoří přílohu jeho vyjádření.
23. Navrhovatel ve svém dalším vyjádření doplnil rozkladovou argumentaci a uvádí, že ve vyjádření zadavatele chybí údaj o pojistném za měsíc prosinec 2007. Navrhovatel tedy z částky za měsíc leden až listopad 2007 vypočetl průměrnou měsíční platbu, vynásobil ji počtem měsíců a dospěl tak k pravděpodobné výši pojistného za celý rok 2007 v částce 3 145 350 Kč. Současně navrhovatel vypočetl, že meziroční nárůst cen pojistného činí za rok 2006 a 2007 16% a pokud by tento růst byl zachován i v následujících letech, činila by hodnota veřejné zakázky částka 2 390 390 Kč, a tudíž by se jednalo o podlimitní veřejnou zakázku. O podlimitní veřejnou zakázku by se jednalo rovněž v případě, pokud by meziroční nárůst ceny pojistného byl představován pouze inflací ve výši 3,9 %, kdy by byla hodnota veřejné zakázky 2 000 500 Kč, přičemž nárůst 3,9 % dle názoru navrhovatele zůstává výrazně pod hladinou prognózy vývoje inflace. Zakázka by překročila hranici pro zakázky malého rozsahu rovněž tehdy, pokud provize vybraného uchazeče bude o jakoukoli hodnotu vyšší než 15 %. Úřad dle názoru navrhovatele neodůvodněně předpokládá, že hodnota pojišťovaného majetku zadavatele a jeho rozsah se v čase nevyvíjí. I v případě 0% meziročního nárůstu by však cena veřejné zakázky byla o pouhých 112 790 Kč nižší než nejnižší hodnota podlimitní veřejné zakázky a takto malá odchylka vyžaduje výrazně vyšší míru pečlivosti a přesnosti při stanovení předpokládané hodnoty zakázky. Úřad své závěry učinil na základě netransparentního, sporného a nesprávného výpočtu předpokládané hodnoty zakázky. Navrhovatel dále opakuje své tvrzení, že i v případě, pokud by se jednalo o zakázku malého rozsahu, by byla dána věcná příslušnost Úřadu. V této otázce pak nad rámec argumentů rozkladu odkazuje na právní názor JUDr. Davida Rause, Ph.D., publikovaný v Právních rozhledech č. 19/2007, podle něhož „...lze tedy zřejmě dovozovat, že pravomoc orgánu dohledu se týká i veřejných zakázek malého rozsahu...“, a to ve vztahu k dodržení pravidla podávaného z § 18 odst. 3 zákona, tedy povinnosti zadavatele dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace. V této souvislosti pak navrhovatel opakuje, že postup zadavatele byl netransparentní, když usnesení o výběru nejnižší nabídky postrádá náležitosti stanovené v § 81 odst. 3 zákona, a byla porušena i zásada rovného zacházení a zákazu diskriminace, když zadavatel přidělil veřejnou zakázku uchazeči, jehož nabídka nebyla v souladu se základní podmínkou dle § 7 odst. 1 zákona, kterou je úplatnost. Zadavatel tím upřednostnil simulovaně bezplatnou nabídku vybraného uchazeče před nabídkou navrhovatele, třebaže nabídka navrhovatele byla v souladu se zákonem, a tedy zjevně přistupoval k vybranému uchazeči procedurálně i obsahově jinak než k navrhovateli. Zadavatel dále založil odůvodnění výběru nejnižší nabídky na neexistujícím kritériu větší výhodnosti. Zadavatel měl porušit zákaz diskriminace rovněž tím, že odmítl rozhodnout o námitkách ze zcela chybně vymezených důvodů a v rozhodnutí

o námitkách nepoučil navrhovatele o možnosti podat návrh k Úřadu. Navrhovatel se proto důvodně domnívá, že byl proti němu uplatněn jiný přístup, než jaký by byl uplatněn za téže situace vůči vybranému uchazeči. Současně trvá na všech skutečnostech uvedených v jeho dřívějších podáních a domáhá se i nadále zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání orgánu dohledu.

24. 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 závazným právním názorům uvedeným v rozsudcích Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu tak, jak byly shrnuty v odůvodnění tohoto rozhodnutí, dospěl k následujícímu závěru.
25. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S159/2007/VZ-13474/2007/540-MČ ze dne 23. 7. 2007 rozhodl tak, že správní řízení podle § 114 odst. 3 zákona zastavil, neboť není příslušný k rozhodnutí o návrhu, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. Z uvedeného důvodu jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a k vrácení věci Úřadu k novému projednání. Současně v tomto rozhodnutí vyslovuji právní názor, vycházející z výše citovaných rozsudků Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu, kterým je Úřad při novém rozhodování vázán.

#### **V. K námitkám rozkladu**

26. Jak vyplývá z podaného rozkladu, navrhovatel zpochybňuje správnost určení předpokládané hodnoty přezkoumávané veřejné zakázky; má zato, že Úřad dospěl na základě nesprávného výkladu relevantních ustanovení zákona k nesprávnému výpočtu této předpokládané hodnoty, a tím pádem také k nesprávnému posouzení jejího charakteru. Dodává však, že i kdyby se skutečně jednalo o veřejnou zakázku malého rozsahu, nemůže Úřad ani v tomto případě rezignovat na svou dohledovou pravomoc.
27. Veden právním názorem vysloveným v citovaných rozsudcích, uvádím, že při určování předpokládané hodnoty veřejné zakázky je třeba vycházet z ceny plnění dodavatele, jímž realizuje veřejnou zakázku, a to bez DPH. Protiplnění, které má být oproti uskutečnění předmětu veřejné zakázky ve prospěch zadavatele uskutečněno, tedy musí být vypočteno v penězích, jež bude třeba za dodavatelovo plnění vynaložit. Zadavatel má povinnost stanovit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky před zahájením zadávacího řízení, protože na tomto stanovení pak odvisí jeho další postup v celém zadávacím řízení. Postup při určování předpokládané hodnoty upravuje §§ 13 až 16 zákona. Podle § 14 odst. 1 zákona se předpokládaná hodnota veřejné zakázky stanoví na základě předpokládané výše celkového peněžitého závazku zadavatele za celou dobu účinnosti smlouvy, má-li být smlouva uzavřena na dobu určitou, anebo na základě předpokládané výše celkového peněžitého závazku zadavatele za 48 měsíců, má-li být smlouva uzavřena na dobu neurčitou nebo na dobu, jejíž trvání nelze přesně vymezit. Pokud tedy měla být mezi zadavatelem a vybraným uchazečem uzavírána smlouva na poskytnutí služeb poskytovaných nikoli jednorázově, ale dlouhodobě do budoucna bez časového omezení, je pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky

rozhodující doba 48 měsíců. Podle § 14 odst. 3 a § 15 odst. 1 zákona platí, že základem pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, jejímž předmětem je opakující se nebo trvalé plnění, je skutečná cena uhrazená zadavatelem za stejné či obdobné plnění během předcházejících 12 měsíců, nebo součet jednotlivých předpokládaných hodnot jednotlivých plnění, které mají být zadavatelem pořízeny během následujících 12 měsíců. Podle § 14 odst. 4 zákona se pak takto vypočtený základ upraví v závislosti na době účinnosti smlouvy podle pravidel uvedených v § 14 odst. 1 a 2 zákona (nejdéle pro období 48 měsíců).

28. Jak vyplývá z citovaných ustanovení zákona, předpokládaná hodnota veřejné zakázky musí být obligatorně stanovena v souladu s pravidly stanovenými v § 13 odst. 2 zákona. Vzhledem k tomu, že v případě veřejných zakázek na služby se předpokládaná hodnota veřejné zakázky stanoví stejně, jako u veřejných zakázek na dodávky (§ 15 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách), platí, že má-li být smlouva uzavřena na dobu neurčitou, vychází se z předpokládané výše celkového peněžitého závazku zadavatele za 48 měsíců [§ 14 odst. 1 písm. b) citovaného zákona]. Pokud zadavatel dodávky, které mají být předmětem veřejné zakázky, přijímal již v době předcházejících 12 měsíců, je při stanovení základu předpokládané hodnoty veřejné zakázky na opakující se nebo trvající dodávky nutno vycházet z § 14 odst. 3 písm. a) zákona, dle kterého jde o skutečnou cenu uhrazenou zadavatelem za dodávky stejného či podobného druhu během předcházejících 12 měsíců, upravenou o změny v množství a cenách, které lze očekávat během následujících 12 měsíců. Až potud byly úvahy Úřadu a soudů shodné.
29. Na prvním místě je třeba Úřadu vytknout, že se zaměřil na údaje o skutečně zaplaceném pojistném za rok 2007, přestože tyto údaje pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky stěžejní nejsou a mohou plnit pouze podpůrnou funkci. Je-li totiž předpokládanou hodnotou veřejné zakázky předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky, který je zadavatel povinen stanovit pro účely postupu v zadávacím řízení před jeho zahájením, pak musela být předpokládaná hodnota vypočtena z údajů za rok 2006 vynásobením částky odpovídající provizi čtyřikrát se zohledněním předpokládaného vývoje v roce 2007. Rozhodující tedy je výše zaplacených provizí v roce 2006 a předpoklad vývoje v roce 2007.
30. Jak dále vyplývá z § 14 odst. 4 zákona, při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky měl Úřad zohlednit nejen tyto budoucí změny v rozsahu prvního roku plnění, ale zohlednit i meziroční zvýšení pojistného, ke kterému dojde během čtyř prvních let plnění veřejné zakázky. Z citovaného § 14 odst. 4 zákona vyplývá, že základ stanovený podle § 14 odst. 3 zákona se pro účely stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, jejímž předmětem jsou opakující se nebo trvající dodávky, upraví v závislosti na době účinnosti smlouvy podle pravidel uvedených v § 14 odst. 1 a 2 zákona. Jinými slovy, pokud byla smlouva uzavírána na dobu neurčitou, pak je třeba dále zohlednit podle § 14 odst. 4 zákona i předpokládaný vývoj v dalším období její účinnosti, tj. až do celkové doby 48 měsíců. Odhad budoucího vývoje za 48 měsíců účinnosti smlouvy tak je posledním zákonným předpokladem správného stanovení výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Tento postup odpovídá i kontraktační logice, neboť při uzavírání dlouhodobých smluv smluvní strany zvažují nejen komfort dlouhodobého kontraktu, ale také jeho ekonomickou výhodnost. Zadavatel tak musí

disponovat dostatečnými informacemi o předpokládaných změnách na trhu po celé období účinnosti této smlouvy (nejvýše na dobu 48 měsíců); takové informace by se snažil zcela jistě získat i subjekt soukromý, který prostředků z veřejných rozpočtů nevyužívá. Ochrana prostředků z veřejných zdrojů tak je zde minimálně na místě.

31. V případech, kdy je to možné, je tedy povinností zadavatele zohlednit i případné další informace týkající se možných změn v hodnotě veřejné zakázky i v období následujícím po uplynutí prvních 12 měsíců po odeslání oznámení či výzvy o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění (§ 13 odst. 2 *in fine* zákona), mohl-li o nich mít povědomost. Vzhledem k tomu, že navrhovatel na nutnost korekce základu pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky opakovaně poukazuje, je se třeba skutečnostmi, které mohou výši předpokládané hodnoty veřejné zakázky ovlivnit, důkladně zabývat. To však napadené rozhodnutí neučinilo a s problematikou zohlednění možného vývoje cen za období přesahující 12 měsíců se nevypořádalo.
32. Jak vyplývá z obou rozsudků, krajský soud zrušil první rozhodnutí o rozkladu z důvodu, že závěry o charakteru přezkoumávané veřejné zakázky jsou nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť nejsou náležitě opřeny o všechna kritéria vyjmenovaná v § 14 odst. 4 zákona. Tento nedostatek napadeného rozhodnutí navazuje na nesprávnou interpretaci § 14 odst. 4 zákona a rovněž na nesprávnou argumentaci Úřadu výlučně skutečnou cenou plnění v roce 2007. Zkoumal jsem za této situace, zda rozsah vytýkaných vad napadeného rozhodnutí umožňuje jejich nápravu v rámci řízení druhostupňového, a dospěl jsem k závěru, že nikoli. Důvodem zrušení napadeného rozhodnutí a jeho vrácení orgánu dohledu k novému projednání a rozhodnutí je zejména skutečnost, že se Úřad věcně nezabýval namítanými porušeními jiných ustanovení zákona zadavatelem, neboť se domníval, že pro takové posouzení není věcně příslušný. Ať již Úřad dospěje po řádně provedeném testu předpokládané hodnoty veřejné zakázky k jakémukoli závěru (tj. že se skutečně jedná o veřejnou zakázku malého rozsahu, nebo naopak o veřejnou zakázku podlimitní), bude muset v intencích obou rozsudků jednání zadavatele přezkoumat, a to přinejmenším z hlediska souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona. Pokud by totiž přezkum usnesení zadavatele o přidělení veřejné zakázky vybranému uchazeči a jeho postupu při vyřizování námitek navrhovatele proti tomuto usnesení provedl správní orgán rozhodující o rozkladu, zbavil by účastníky řízení možnosti bránit se proti vysloveným závěrům opravným prostředkem v rámci správního řízení. Vzhledem k tomu, že se věc vrací k novému rozhodnutí, je tím dána Úřadu příležitost věc posoudit znovu i s ohledem na námítky, které byly uplatněny navrhovatelem teprve v řízení o rozkladu.

## **VI. Závěr**

33. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí bylo zatíženo vadami majícími vliv na jeho zákonnost a přezkoumatelnost, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro jeho zrušení a pro vrácení věci k novému rozhodnutí orgánu dohledu.
34. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno

## **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží:**

1. Statutární město Opava, Horní náměstí 69, 746 26 Opava
2. Mgr. Ing. Pavel Kejla, advokát, Jungmannova 31, 110 00 Praha
3. SATUM CZECH, s. r. o., se sídlem Porážková 1424/20, 702 00 Ostrava

### **Vypraveno dne:**

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