



UOHSX005PWUY

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R263/2013/VZ-27435/2014/320/BVÍ/PKI

Brno 23. prosince 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 2. 9. 2013 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne), jenž podal zadavatel –

- **město Roztoky**, IČO 00241610, se sídlem Náměstí 5. května 2, 252 63 Roztoky,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S126/2013/VZ-15419/2013/521/SWa ze dne 15. 8. 2013, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Poptávkové řízení na restrukturalizaci ICT městského úřadu**“ na základě výzvy k podání nabídek ze dne 25. 9. 2007,

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

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S126/2013/VZ-15419/2013/521/SWa ze dne 15. 8. 2013 v části výroku I. v souladu s § 152 odst. 5 písm. b) v návaznosti na § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

potvrzuji

a podaný rozklad

z a m í t á m.

II.

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S126/2013/VZ-15419/2013/521/SWa ze dne 15. 8. 2013 v souladu s § 152 odst. 5 písm. a) v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

m ě n í m

takto:

za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – město Roztoky, IČO 00241610, se sídlem Náměstí 5. května 2, 252 63 Roztoky - ukládá **pokuta ve výši 75 000 Kč (sedmdesát pět tisíc korun českých)**. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní 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, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 2. 12. 2011 podnět k přezkoumání postupu zadavatele – město Roztoky, IČO 00241610, se sídlem Náměstí 5. května 2, 252 63 Roztoky (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Poptávkové řízení na restrukturalizaci ICT městského úřadu“ na základě výzvy k podání nabídek ze dne 25. 9. 2007 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Veřejná zakázka byla zadávána jako veřejná zakázka malého rozsahu, kdy zadavatel výzvou ze dne 25. 9. 2007 oslovil čtyři dodavatele k podání nabídky. Předmětem veřejné zakázky byla kompletní restrukturalizace ICT zadavatele.
3. S uchazečem Aldera NET s.r.o., IČO 27083110, se sídlem Raichlova 2659/4, 155 00 Praha 5 – Stodůlky (dále jen „**vybraný uchazeč**“), který zadavateli předložil nejvhodnější nabídku, byla dne 5. 11. 2007 uzavřena Smlouva o poskytování poradenské a správní činnosti (dále jen „**smlouva**“). Stejněho dne byl ke smlouvě uzavřen dodatek č. 1 o poskytování poradenské a správní činnosti (dále jen „**dodatek č. 1**“), jehož předmětem bylo zajištění technické správy

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

firemních informačních a komunikačních technologií v rozsahu běžné údržby za účelem plynulého chodu sítě a snížení rizika vzniku poruch. Dne 5. 11. 2007 byl ke smlouvě dále uzavřen dodatek č. 2 o poskytování poradenské a správní činnosti (dále jen „**dodatek č. 2**“), jehož předmětem bylo jednorázové zajištění technické restrukturalizace firemních informačních a komunikačních technologií.

4. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě předložených dokladů týkajících se průběhu zadávání veřejné zakázky získal pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední. Oznámení o zahájení tohoto správního řízení bylo zadavateli doručeno dne 6. 3. 2013, a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 15. 8. 2013 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S126/2013/VZ-15419/2013/521/SWa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl o tom, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť nepostupoval v souladu s § 13 odst. 1 zákona, když nestanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky tak, aby zahrnovala všechna požadovaná plnění, čímž došlo ke snížení předpokládané hodnoty veřejné zakázky pod finanční limity dle § 12 zákona. V důsledku tohoto postupu zadavatel nezvolil příslušné zadávací řízení dle § 21 zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel na plnění veřejné zakázky smlouvu. Výrokem II. napadeného rozhodnutí byla zadavateli za spáchání shora uvedeného deliktu uložena pokuta ve výši 150 000 Kč.
6. Úřad shledal, že za dobu trvání smlouvy ve znění dodatků č. 1 a 2 byly za správu a restrukturalizaci ICT zadavatele vyfakturovány služby a dodávky v celkové hodnotě 5 316 546 Kč bez DPH. Vzhledem k tomu, že zadavatel neměl již doklady týkající se stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky k dispozici, usoudil Úřad na základě posouzení dokumentace veřejné zakázky, že zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky vycházel pouze z pravidelných měsíčních paušálních plateb za správu ICT (12 000 Kč bez DPH měsíčně) a jednorázové odměny za provedení restrukturalizace (335 000 Kč bez DPH). Předpokládaná hodnota veřejné zakázky by tak činila 911 000 Kč bez DPH. Do takto stanovené předpokládané hodnoty však zadavatel nezahrnul všechny náklady související s restrukturalizací ICT, tj. hodnotu pořizovaného materiálu a hardwaru a další náklady související s jeho instalací.
7. Již v prvním roce trvání smlouvy zadavatel odebral plnění v hodnotě 732 956 Kč bez DPH. Dle Úřadu měl minimálně tento rozsah plnění zadavatel očekávat i v dalších letech trvání smlouvy. Dle výpočtu v souladu s § 14 odst. 1 písm. b) a § 15 odst. 1 zákona by předpokládaná hodnota měla činit 2 931 824 Kč bez DPH (hodnota plnění za první rok trvání smlouvy x 4 roky). Zadavatel tedy hned v prvním roce trvání smlouvy využil takový rozsah plnění, jehož hodnota by za období celého plnění dle smlouvy přesáhla částku 2 000 000 Kč bez DPH, tedy hranici veřejné zakázky malého rozsahu.
8. Úřad tedy dospěl k závěru, že zadavatel si musel být před uzavřením smlouvy vědom skutečnosti, že předpokládaná hodnota jeho závazku vůči vybranému uchazeči přesáhne

částku odpovídající limitu pro nadlimitní veřejné zakázky, při jejímž zadávání by musel postupovat dle zákona.

III. Námitky rozkladu

9. Proti napadenému rozhodnutí podal zadavatel rozklad, který byl Úřadu doručen v zákonné lhůtě dne 2. 9. 2013. Zadavatel v první řadě namítá, že předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanovil na základě údajů a informací o obdobných zakázkách, které realizoval v předchozích letech. V roce 2005 činily náklady zadavatele na IT služby a dodávky hardware částku ve výši 575 662 Kč bez DPH, v roce 2006 šlo o částku 539 442 Kč bez DPH a v roce 2007 (před uzavřením smlouvy) 395 196 Kč bez DPH. Zadavatel tedy neměl důvod domnívat se, že by v navazujících letech měly tyto náklady významným způsobem vzrůst.
10. Zadavatel dále nepovažuje za správné, pokud Úřad odvozuje předpokládanou hodnotu veřejné zakázky z hodnoty plnění realizovaného v prvním roce trvání smlouvy. Vzhledem k tomu, že určité poptávané služby byly jednorázového charakteru, předpokládal zadavatel, že výše plnění bude v prvním roce trvání smlouvy vyšší.
11. Při zadávání veřejné zakázky zadavatel nezamýšlel považovat veškeré IT služby a dodávky hardware, které mohl hypoteticky poptávat v období 2007 – 2011, za jedinou veřejnou zakázku. Z rozhodovací praxe Úřadu přitom vyplývá, že pokud se jedná o jiné druhy zařízení s jinými parametry, pro jiné účely a potřeby zadavatele, které jsou na základě potřeb zadavatele zadávány v různou dobu, může být pořízení takových komponent hardwarového vybavení považováno za více samostatných veřejných zakázek (viz rozhodnutí Úřadu č. j. S 605-R/03-VP/140/OŠ ze dne 5. 1. 2004).
12. Zadavatel přitom v době zadávání veřejné zakázky nemohl předpokládat, jaké IT služby a dodávky hardware bude následně poptávat. V této dynamicky se vyvíjející oblasti nemohl zadavatel předvídat své budoucí potřeby, zejména s ohledem na vývoj právní úpravy v oblasti elektronizace veřejné správy, vývoj technologií a celkový vývoj prostředí.
13. Pokud jde o dodatky č. 1 a 2, zadavatel se domnívá, že nebyly platně uzavřeny a plnění na jejich základě není veřejnou zakázkou, ale plněním bez právního důvodu. Tyto dodatky a na ně navazující objednávky svým rozsahem vybočily z předmětu smlouvy. Nekonkretizovaly přitom plnění ze smlouvy, ale nad její rámec docházelo k objednávání plnění, které svým rozsahem a charakterem neodpovídalo předmětu veřejné zakázky.
14. Dále dle zadavatele platí, že k platnosti smlouvy ve znění dotčených dodatků by bylo nezbytné, aby městská rada zadavatele schválila alespoň podstatné náležitosti těchto dodatků. K takovému rozhodnutí rady však nedošlo a dodatky jsou tedy v souladu s judikaturou Nejvyššího soudu absolutně neplatné.
15. V souladu s § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou „zakázka realizovaná na základě smlouvy“. Vzhledem k tomu, že většina objednávek, které vymezovaly předmět plnění, byla prováděna ústně či telefonicky, nebyl předmět plnění realizován na základě písemných smluv. Platně tedy byla uzavřena pouze smlouva na původní předmět veřejné zakázky, který

je však užší a nedosahuje hodnoty limitu pro zakázky malého rozsahu. Závěry Úřadu ve vztahu k nesprávně stanovené předpokládané hodnotě veřejné zakázky pak zadavatel považuje za věcně nesprávné.

16. Dále zadavatel žádá o přezkoumání výše uložené pokuty a její snížení. Uvádí okolnost, která nebyla v napadeném rozhodnutí zohledněna, a kterou považuje za polehčující – není běžné, aby se obdobných zadávacích řízení účastnili i zahraniční dodavatelé. I kdyby tedy došlo ke zveřejnění oznámení o zakázce v Úředním věstníku EU, lze důvodně předpokládat, že by se žádný zahraniční dodavatel nepřihlásil. Vytýkaným porušením zákona tedy dle zadavatele nedošlo ke skutečnému omezení volné soutěže v rámci EU.
17. Zadavatel rovněž uvádí, že v jiných obdobných případech byla ze strany Úřadu uložena pokuta významně nižší a uvádí konkrétní příklady. V této souvislosti odkazuje zadavatel na zásadu legitimního očekávání a žádá o přezkoumání výše uložené pokuty a její snížení.

IV. Závěr rozkladu

18. Závěrem rozkladu zadavatel požaduje zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení, příp. změnu napadeného rozhodnutí tak, že uložená pokuta bude snížena.

V. Řízení o rozkladu

19. Úřad 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 ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

20. 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 přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
21. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S126/2013/VZ-15419/2013/521/SWa ze dne 15. 8. 2013, rozhodl tak, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil.
22. Pokud však jde o výši pokuty, která byla zadavateli napadeným rozhodnutím za uvedený správní delikt uložena, dospěl jsem k závěru, že s ohledem na způsob spáchání správního deliktu, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán, je výše pokuty, uložené výrokem II. napadeného rozhodnutí, nepřiměřená. Z tohoto důvodu jsem v souladu s § 152 odst. 5 písm. a) a § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu přistoupil ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že zadavatel svým rozkladem požadoval změnu, resp. snížení uložené pokuty, přičemž touto změnou napadeného rozhodnutí nemůže být způsobena

újma žádnému z účastníků řízení, snížil jsem uloženou pokutu tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí o rozkladu.

VI. K námitkám rozkladu

23. Zadavatel ve svém rozkladu uvádí skutečnosti týkající se stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky s tím, že ji stanovil „na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění, které realizoval v letech, která bezprostředně předcházela roku, v němž byla předmětná veřejná zakázka zadávána“. Zadavatel na základě těchto údajů neměl dle svého tvrzení důvod se domnívat, že náklady na IT dodávky a služby by měly oproti předchozím obdobím výrazně vzrůst.
24. Na způsob stanovení a výši předpokládané hodnoty veřejné zakázky se Úřad ve správním řízení prvního stupně zadavatele dotazoval prostřednictvím usnesení č. j. ÚOHS-S126/2013/VZ-4071/2013/521/SWa ze dne 5. 3. 2013. Současně Úřad požadoval předložení všech podkladů, ze kterých zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty vycházel. Zadavatel na tuto žádost Úřadu reagoval přípisem ze dne 14. 3. 2013, přičemž uvedl, že není schopen relevantně odpovědět, neboť „z evidence dochované z té doby nelze požadované údaje zjistit“. Úřad tedy ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky učinil závěry, které jsou shrnuty v bodech 32 a 33 napadeného rozhodnutí, přičemž vycházel ze skutkového stavu tvrzeného zadavatelem, že způsob stanovení předpokládané hodnoty není zdokumentován a není jej tedy možné přezkoumat.
25. Zadavatel však nyní v rozkladu předkládá způsob, jakým byla předpokládaná hodnota veřejné zakázky stanovena – na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění v souladu s § 13 odst. 2 zákona. Protože správní řád stanovuje pro řízení zahájená ex officio správnímu orgánu povinnost i bez návrhu zjistit všechny skutečnosti svědčící ve prospěch i neprospěch účastníka řízení, je třeba připustit v řízení o správním deliktu nový důkaz či tvrzení účastníka i v odvolacím řízení, neboť takový postup vyplývá z ustálené judikatury správních soudů – jmenuji např. rozsudek Nejvyššího správního soudu pod č. j. 1 As 96/2008 – 115 ze dne 22. 1. 2009, přestože tento se vztahuje k přestupkovému řízení „V sankčním řízení se ve své krystalicky čisté podobě uplatňuje zásada vyšetřovací, která správnímu orgánu velí činit vše potřebné k řádnému zjištění skutkového stavu (...) v řízení o přestupku se neuplatní § 82 odst. 4 správního řádu, který neumožňuje účastníkům uplatňovat v odvolání nové skutečnosti a nové důkazy. Správní orgán tedy nemůže odmítnout tento důkazní návrh s poukazem na to, že nebyl vznesen již v řízení v I. stupni“. Ačkoliv jsem přesvědčen, že Úřad ve správním řízení prvního stupně učinil všechny nezbytné úkony, aby skutkový stav (způsob stanovení předpokládané hodnoty) zjistil tak, aby o něm nepanovaly důvodné pochybnosti, a že skutečnosti nyní tvrzené v rozkladu musel zadavatel znát již v řízení předcházejícím vydání napadeného rozhodnutí a nic mu tedy nebránilo, aby Úřadu na základě jeho žádosti sdělil, že při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky vycházel z takovýchto informací, je nutné vyjádřit se k zadavatelovu vysvětlení ke stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a věcně jej vypořádat.
26. Předpokládanou hodnotu zadavatel vyčíslil na základě údajů a informací o zakázkách stejného či obdobného předmětu plnění, jež realizoval v letech předcházejících zadání

veřejné zakázky, přičemž v rozkladu uvedl své celkové roční náklady za všechny nákup IT služeb a dodávek hardware. Přestože zadavatel uvádí, že nezamýšlel považovat veškeré IT služby a dodávky hardware, které hypoteticky mohl poptávat v letech 2007 až 2011, za jedinou veřejnou zakázku, pro niž by měl stanovit celkovou předpokládanou hodnotu, prakticky tak činil, když u vybraného uchazeče prostřednictvím objednávek realizoval nákup IT služeb a dodávek hardware nad rámec předmětu veřejné zakázky, aniž by uskutečnil zadávací řízení či řízení mimo režim zákona v případě zakázky malého rozsahu. Zadavatel tedy měl do předpokládané hodnoty veřejné zakázky zahrnout a ocenit všechny tyto požadované služby a dodávky materiálu, u nichž měl předvídat, že je bude k zajištění svých činností potřebovat, stejně tak měl počítat i s nahodilou potřebou IT služeb a dodávek hardware souvisejících s restrukturalizací IT. Obecně řečeno, podle ustálené rozhodovací praxe, jmenuji například rozsudek Krajského soudu v Brně, č. j. 62 Af 54/2010 ze dne 6. 12. 2011, zadavatelé do předpokládané hodnoty veřejné zakázky musí započíst nejen související dodávky, služby či stavební práce, které budou s jistotou poptávat (není-li zde dán prostor pro rozdělení veřejné zakázky na části ve smyslu § 98 zákona), ale i nově se objevující aktuální potřeby zadavatele, jež souvisí s předmětem veřejné zakázky a které měl zadavatel po odborném uvážení, a s ohledem na jistou míru obezřetnosti, předpokládat. V předmětném případě zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty kalkuloval pouze s pravidelnými měsíčními paušálními platbami za správu IT a jednorázovou odměnou za provedení restrukturalizace IT, avšak do předpokládané hodnoty veřejné zakázky nezahrnul všechny náklady související s restrukturalizací IT, tj. zejména hodnotu pořizovaného materiálu a hardware a další náklady související s jeho instalací (např. vícepráce přesahující rámec činností pokrytých měsíčními paušálními platbami). Je sice možné, aby některé služby či dodávky zadavatel poptával v rámci samostatné veřejné zakázky, nicméně v tomto případě by se takový postup jevil jako nevhodný s ohledem na komplexnost procesu restrukturalizace IT a nadto tak zadavatel stejně neučinil a většinu IT materiálu a služeb poptával po vybraném uchazeči. Z tohoto důvodu zadavatel pochybil, když jednak nesprávně stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a jednak nezjednal nápravu v době, kdy již bylo zřejmé, že celkové náklady na veřejnou zakázku dalece překročí stanovenou předpokládanou hodnotu veřejné zakázky.

27. Je povinností zadavatele předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanovit pro účely zadávacího řízení ještě před jeho zahájením, a to vždy s náležitou péčí, i když zadavatel předpokládá, že veřejnou zakázku bude následně zadávat mimo režim zákona. Přestože se jedná o hodnotu „předpokládanou“, resp. pravděpodobnou, nesmí špatné stanovení výše předpokládané hodnoty vést k neoprávněnému užití některého z mírnějších režimů pro zadávání veřejných zakázek. Zadavatel musí zvážit své aktuální, či v tomto případě dlouhodobé, potřeby a učinit kvalifikovaný předpoklad o výši peněžitého závazku vyplývajícího z plnění veřejné zakázky. To znamená, že zákon nevyžaduje absolutní přesnost při stanovení výše předpokládané hodnoty, ale reálný a kvalifikovaný předpoklad zadavatele, do něž se promítají údaje a informace o veřejných zakázkách stejného či obdobného předmětu plnění získaných jak z vlastních zkušeností zadavatele, tak ze zkušeností a informací opatřených od jiných osob, případně zjištěných průzkumem trhu s požadovaným plněním nebo jiným vhodným způsobem. Tuto povinnost zadavatele stanovenou zákonem je nutné plnit s náležitou péčí, neboť jak se vyjádřil Krajský soud v Brně rozsudkem

č. j. 62 Af 54/2010-106 ze dne 6. 12. 2011 „*Prostřednictvím veřejných zakázek jsou vynakládány značné finanční objemy z veřejných prostředků, a proto je třeba k zajištění smysluplného výkladu § 13 odst. 1 zákona přistupovat s veškerou odpovědností, kterou s sebou nese nakládání s veřejnými prostředky.*“. Na odpovědnost zadavatele za správné stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky ukazuje i další rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 11. 8. 2009 pod č. j. 62 Ca 30/2008-190, které nyní cituji: „*Na konkrétní výši předpokládané hodnoty závisí postup zadavatele v celém průběhu zadávacího řízení; zejména je předpoklad hodnoty rozhodující pro zadavatelův úsudek o tom, zda je vůbec třeba podle zákona uskutečňovat jednotlivé konkrétní procedurální kroky, a pokud ano, pak jakým konkrétním způsobem (...), případně zda se při uskutečňování jednotlivých kroků podle zákona nepostupuje (...). Předpoklad hodnoty veřejné zakázky si však musí stanovit vždy sám zadavatel, který za správnost odpovídá.*“. Z uvedeného vyplývá, že pro stanovení předpokládané hodnoty v souladu se zákonem nepostačí pouhé „vyvození“ nějaké poměrné částky z celkových nákladů investovaných v posledních letech do nákupu komodit či služeb určitého charakteru, ale je třeba odborného výpočtu či stanovení předpokladu výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky. Proto i když zadavatel pro kalkulaci předpokládané hodnoty veřejné zakázky, dle svého přesvědčení, užil pravidla jmenovaná v ustanovení § 13 odst. 2 zákona, neznamená to a priori, že je předpokládaná hodnota stanovena v souladu se zákonem, resp. že neodporuje jinému ustanovení či že v průběhu doby se neukáže, že předpokládaná hodnota neodpovídala skutečnému stavu z důvodu, že do ní nebyly zahrnuty veškeré náklady na plnění, které zadavatel na základě smlouvy od vybraného uchazeče pořídil.

28. Vzhledem k tomu, že v souladu s § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumávám zákonnost napadeného rozhodnutí vzhledem ke skutkovému stavu, který byl zjištěn k okamžiku jeho vydání, pokládám napadené rozhodnutí v této souvislosti za správné a v souladu s právními předpisy, neboť Úřad učinil vše, co mohl, aby způsob a výši předpokládané hodnoty veřejné zakázky zjistil tak, jak mu ukládá správní řád. Dodatečně uváděný způsob, kterým zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, ničeho nemění na skutečnosti, že do předpokládané hodnoty veřejné zakázky zadavatel nezahrnul všechna plnění, která vyžadoval a objednával v rámci předmětné veřejné zakázky.
29. Pro úplnost však uvádím, že i v situaci, kdy by Úřad ve svých úvahách vycházel z toho, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena v souladu se zákonem, neboť zadavatel postupoval dle § 13 odst. 2 zákona a vycházel z informací o svých dřívějších veřejných zakázkách obdobného charakteru, nemohla by tato skutečnost ničeho změnit na správnosti výroku I. napadeného rozhodnutí. I v situaci, kdy by Úřad přijal způsob stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, o němž zadavatel nyní prohlašuje, že jej aplikoval, za souladný se zákonem, v průběhu realizace veřejné zakázky se prokázalo, že takto stanovená předpokládaná hodnota neodpovídala skutečnému stavu. Nebyly do ní totiž zahrnuty veškeré náklady na plnění, které zadavatel na základě smlouvy od vybraného uchazeče pořídil.
30. Jak je uvedeno v bodě 28 napadeného rozhodnutí, za celou dobu trvání smlouvy na plnění veřejné zakázky ve znění dodatků č. 1 a 2 bylo totiž vybranému uchazeči proplaceno celkem

5 316 546 Kč bez DPH. Pro veřejnou zakázku malého rozsahu (na dodávky či na služby) je přitom rozhodující skutečnost, její předpokládaná hodnota nedosáhne hodnoty 2 000 000 Kč bez DPH. Pro plnění, které odpovídalo hodnotě 2 000 000 Kč bez DPH a více tedy stále platí, že nebylo zahrnuto do předpokládané hodnoty veřejné zakázky, neboť pokud by tomu tak bylo, zadavatel by musel při zadávání veřejné zakázky postupovat v režimu zákona dle ustanovení vztahujících se na nadlimitní veřejné zakázky (jak vyplývá ze stanovených finančních limitů dle § 12 zákona). Jinými slovy, pokud tedy zadavatel jakýmkoli způsobem stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky tak, že v důsledku postupoval tak, jako by se jednalo o veřejnou zakázku malého rozsahu dle § 12 odst. 6 zákona, nepostupoval v souladu se zákonem, neboť takto stanovená veřejná zakázka nezahrnovala všechna plnění, která tvořila předmět veřejné zakázky realizované prostřednictvím vybraného uchazeče.

31. Zadavatel dále v souvislosti se stanovením předpokládané hodnoty veřejné zakázky uvádí, že nemohla být stanovena jako čtyřnásobek nákladů v prvním roce realizace veřejné zakázky, neboť výše plnění v tomto prvním roce byla vyšší z toho důvodu, že zahrnovala i určité služby jednorázového charakteru. Pokud zadavatel namítá, že úvahy uvedené v bodě 33 napadeného rozhodnutí nejsou z tohoto důvodu správné, nemohu s ním souhlasit. V bodě 35 napadeného rozhodnutí Úřad uvedl údaje o hodnotě plnění ze smlouvy i v dalších letech jejího trvání: v roce 2008 se jednalo o částku ve výši 2 069 653 Kč včetně DPH, v roce 2009 to byla částka 1 377 092 Kč včetně DPH a v roce 2010 šlo o náklady ve výši 1 975 496 Kč včetně DPH. Není tedy pravdou, že by měly být náklady v prvním roce trvání smlouvy (872 218 Kč včetně DPH) vyšší než v dalších obdobích, neboť je tomu právě naopak.
32. Navíc platí, že shora uvedená částka 872 218 Kč včetně DPH představuje výši nákladů pouze za první dva měsíce trvání smlouvy (smlouva byla uzavřena dne 5. 11. 2007, jde tedy o měsíce listopad a prosinec roku 2007). Z dokladů předložených zadavatelem (opis vstupních dokladů za období 01 – 12 2008 a přehled „rok 2007“) přitom vyplývá, že za období listopad 2007 – říjen 2008, tedy za prvních 12 měsíců trvání smlouvy) bylo vybranému uchazeči proplaceno přes 2 000 000,- Kč včetně DPH.
33. Ačkoli je možné se zadavatelem souhlasit v tom smyslu, že oblast IT technologií a elektronizace veřejné správy představuje dynamicky se vyvíjející odvětví, nemění tato skutečnost ničeho na tom, že zadavatel je při zadávání veřejných zakázek povinen postupovat v souladu s relevantní právní úpravou. I v situaci, kdy by Úřad přistoupil na hypotézu, že v okamžiku zahájení zadávacího řízení nemohl zadavatel předpokládat veškeré budoucí výdaje pro tuto oblast, platilo by, že zadavatel pořídil určitá plnění (nad rámec předpokládané hodnoty veřejné zakázky malého rozsahu), aniž by pro ně realizoval jakékoli zadávací řízení. Jednalo se přitom o plnění, které není natolik specifické, aby nebylo snadno dostupné na relevantním trhu, a které mohl zadavateli nabídnout jakýkoli jiný dodavatel, podnikající v dané oblasti.
34. Zadavatel měl tedy pro tuto část předmětu veřejné zakázky (přesahující hranici předpokládané hodnoty veřejné zakázky malého rozsahu) realizovat nové samostatné zadávací řízení nebo předpokládanou hodnotu tohoto plnění zahrnout do předpokládané hodnoty nyní šetřené veřejné zakázky. Ani jedním způsobem však zadavatel nepostupoval,

čímž se dopustil spáchání správního deliktu, který je popsán ve výroku I. napadeného rozhodnutí.

35. Pokud tedy zadavatel namítá, že veškeré IT služby a dodávky hardware nezamýšlel považovat za jedinou veřejnou zakázku, nejedná se o relevantní námitku, neboť v takovém případě by pro toto plnění musel realizovat samostatné zadávací řízení, jak je uvedeno shora.
36. Dále jsem neshledal, že by se v případě tohoto plnění jednalo o „jiné druhy zařízení, s jinými parametry, pro jiné účely a potřeby zadavatele, které jsou zadávány na základě potřeb zadavatele v různé době“, jak tvrdí zadavatel. V této souvislosti odkazuji na výklad sousloví „obdobná, spolu související plnění“ dle § 13 odst. 8 zákona, který provedl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 2 Afs 198/2006 ze dne 27. 6. 2006, dle něhož je zadáním jediné veřejné zakázky spočívající v plnění stejného či srovnatelného druhu nutno rozumět i souhrn jednotlivých zadání určitých relativně samostatných plnění, týkají-li se tato zadání „plnění spolu úzce souvisejících zejména z hledisek místních, urbanistických, funkčních, časových nebo technologických“. Místní hledisko je splněno, neboť veškeré dodávky a služby spadající do předmětu veřejné zakázky byly zadavateli poskytovány pro účely práce na jeho městském úřadě. Urbanistické hledisko se v tomto případě neuplatňuje. Pokud jde o funkční, resp. technologické hledisko, považuji je za splněné, neboť všechny pořízené dodávky či služby plně korespondují s cílem poptávky, jak jej zadavatel vymezil v rámci výzvy k podání nabídek ze dne 25. 9. 2007. Rovněž časové hledisko je v tomto případě naplněno, neboť k pořízení těchto dodávek a služeb docházelo po dobu účinnosti smlouvy, která byla uzavřena na základě výsledku zadání veřejné zakázky.
37. S dalšími rozkladovými námitkami, týkajícími se tvrzené neplatnosti dodatku č. 1 a 2 se neztotožňuji. Předem uvádím, že platnost uzavřených smluv či dodatků není předmětem přezkumu Úřadu, pokud se nejedná o případ dle § 118 odst. 5 zákona (pro úplnost uvádím, že zákon účinný v době, kdy došlo k zahájení zadávacího řízení pro veřejnou zakázku, toto ustanovení, které bylo do zákona vloženo až na základě novely provedené zákonem č. 179/2010 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, vůbec neobsahoval). Otázku, zda byly při uzavírání smlouvy naplněny veškeré podmínky platné právní úpravy (např. občanského zákoníku, zákona č. 128/2000 Sb., o obcích, atd.), je tedy nutné vznést u soudu v občanském soudním řízení.
38. Dle § 7 odst. 1 zákona platí, že „veřejnou zakázkou je zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy“. Náležitostmi veřejné zakázky je tedy smluvní vztah mezi zadavatelem a dodavatelem, úplatnost a písemná forma smlouvy.
39. Zadavatel v rozkladu napadá splnění právě posledního z těchto znaků, kdy tvrdí, že většina objednávek ze strany zadavatele byla realizována ústně či telefonicky, předmětné plnění

tedy nebylo realizováno na základě písemných smluv a nejedná se tedy o veřejnou zakázku. Ani s tímto tvrzením zadavatele nesouhlasím. Z čl. I odst. I.2 smlouvy vyplývá, že „*konkrétní rozsah činností, které objedná odběratel (zadavatel) od dodavatele (vybraného uchazeče) bude specifikován vždy samostatným písemným číslovaným dodatkem k této smlouvě, takový písemný dodatek považují smluvní strany současně za závaznou objednávku*“. Na základě dodatku č. 1 pak měl vybraný uchazeč pro zadavatele zajistit technickou správu firemních informačních a komunikačních technologií v rozsahu běžné údržby za účelem plynulého chodu sítě a snížení rizika vzniku poruch. V souladu s čl. I odst. I.1 dodatku č. 2 měl dodavatel zajistit jednorázově technickou restrukturalizaci firemních informačních a komunikačních technologií. Ze smlouvy a obou dotčených dodatků tedy vyplývá, že předmět činnosti vybraného uchazeče pro zadavatele byl vymezen v rámci smlouvy i dodatků uzavřených v písemné formě. Pokud jde o jednotlivé telefonické, ústní či písemné objednávky, ty považuji za problematiku obchodních podmínek, resp. ustálené praxe zavedené ve vztahu zadavatel – objednatel, a jejich povaha není pro nyní šetřenou věc relevantní. Zásadní je, že ze smlouvy ve znění dodatků č. 1 a 2 vyplývá závazek vybraného uchazeče ke splnění předmětu veřejné zakázky.

40. V této souvislosti uzavírám, že Úřad veřejnou zakázku posoudil správně, neboť její pojmové znaky byly naplněny.
41. Jakkoli nemám pochyb o odpovědnosti zadavatele za spáchání výše uvedeného správního deliktu, přistoupil jsem ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí a uloženou pokutu jsem přiměřeně snížil.
42. V porovnání s Úřadem jsem jinak posoudil preventivní funkci pokuty v tomto konkrétním případě. Šetřená veřejná zakázka byla zadávána v roce 2007, nicméně v současnosti, kdy od jejího zadání uplynulo přes šest let, stojí tato funkce nutně v pozadí funkce represivní. Nemohu se tedy ztotožnit se závěrem Úřadu, uvedeným v bodě 52 napadeného rozhodnutí, že uložená pokuta plní spíše preventivní funkci.
43. Dále jsem shledal, že Úřad v bodě 49 napadeného rozhodnutí uvádí skutečnost, kterou podřazuje pod přitěžující okolnosti, nicméně tato skutečnost charakter přitěžující okolnosti nemá. Jedná se o součást skutkové podstaty, neboť pokud by zadavatel v plnění smlouvy nepokračoval a odebral by pouze plnění v hodnotě, která nedosahuje 2 000 000 Kč bez DPH, skutková podstata správního deliktu, který zadavatel spáchal, by nebyla naplněna.
44. Z těchto důvodů považuji pokutu uloženou ve výši odpovídající více než 47 % maximální možné výše pokuty za neadekvátní vzhledem k okolnostem spáchání dotčeného správního deliktu. Přistoupil jsem tedy k jejímu snížení, neboť zadavatel již v protizákonném jednání nepokračuje (smlouvu na plnění veřejné zakázky ukončil) a ačkoli se jedná o správní delikt posuzovaný jako velmi závažný, na straně zadavatele existují polehčující okolnosti, které Úřadu v napadeném rozhodnutí uvedl.
45. Pokud jde o zadavatelem tvrzenou polehčující okolnost, týkající se okruhu uchazečů o veřejnou zakázku, nepovažuji tuto skutečnost za pro zadavatele polehčující. Není totiž

možné dopředu předvídat zájem relevantních dodavatelů o veřejnou zakázku, neboť vždy existuje možnost, že se zadávacího řízení bude chtít zúčastnit i dodavatel, který je zadavateli zcela neznámý.

46. Ačkoli zadavatel poukazuje na dřívější rozhodnutí Úřadu, týkající se obdobných nezákonných postupů zadavatelů, jimž byly v minulosti ukládány nižší pokuty, nepřistoupil jsem ke snížení pokuty s ohledem na tyto skutečnosti. Každé jednotlivé zadávací řízení představuje unikátní případ, který je limitován konkrétními podmínkami a okolnostmi, které byly v daném případě naplněny či nikoli. Není tedy možné spoléhat se, že za porušení zákona, které se může na první pohled jevit jako obdobné jinému případu, bude zadavatel sankcionován totožným způsobem. Právě tyto unikátní podmínky každé veřejné zakázky určují přitěžující či polehčující okolnosti, následky a závažnost toho kterého správního deliktu a v důsledku i výši ukládané pokuty.

VII. Závěr

47. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že odpovědnost zadavatele za spáchání správního deliktu je dána, avšak pokuta uložená výrokem II. napadeného rozhodnutí byla v daném případě nepřiměřeně vysoká, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí v části výroku II., tedy pro snížení pokuty, přičemž napadený výrok I. jsem potvrdil.
48. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výrocih tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

Město Roztoky, Náměstí 5. května 2, 252 63 Roztoky

Vypraveno dne

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