



UOHSX001361U

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0097/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-35102/2023/161

Brno 26. 9. 2023

V řízení o rozkladu ze dne 28. 7. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

- **RBP, zdravotní pojišťovna**, IČO 47673036, se sídlem Michálkovická 967/108, 710 00 Ostrava, právně zastoupena společností JUSTITIA CONSULTING PARTNERS, s. r. o., IČO 04549431, se sídlem Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 4. 7. 2023, sp. zn. ÚOHS-S0206/2023/VZ, č. j. ÚOHS-25554/2023/500, ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek v souvislosti se zadáním části „**Dodávka elektřiny**“ veřejné zakázky „Dodávka elektrické energie a plynu po dobu nezbytně nutnou“, evidované na profilu zadavatele pod systémovým číslem N006/22/V00019165, v jednacím řízení bez uveřejnění

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 4. 7. 2023, sp. zn. ÚOHS-S0206/2023/VZ, č. j. ÚOHS-25554/2023/500

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) je orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále též „**zákon**“)¹ 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 zákona, jakož i k projednání přestupků podle tohoto zákona, včetně ukládání pokuty za jejich spáchání. Úřad zahájil příkazem ze dne 12. 4. 2023 vydaným z moci úřední pod sp. zn. ÚOHS-S0206/2023/VZ, č. j. ÚOHS-14065/2023/510 s obviněným zadavatelem – RBP, zdravotní pojišťovna, IČO 47673036, se sídlem Michálkovická 967/108, 710 00 Ostrava (dále též „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) řízení o přestupku spočívajícím v tom, že obviněný nedodržel pravidlo pro zadání veřejné zakázky stanovené v § 52 zákona a část „Dodávka elektřiny“ veřejné zakázky „Dodávka elektrické energie a plynu po dobu nezbytně nutnou“, evidované na profilu zadavatele pod systémovým číslem N006/22/V00019165 (dále též „**veřejná zakázka**“) zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 52 písm. b) bod 2 zákona a v § 63 odst. 5 zákona. Proti příkazu podal zadavatel dne 27. 4. 2023 odpor.

II. Napadené rozhodnutí

2. Dne 4. 7. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0206/2023/VZ, č. j. ÚOHS-25554/2023/500 (dále též „**napadené rozhodnutí**“). Výrokem I tohoto rozhodnutí shledal zadavatele vinným tím, že zadal část veřejné zakázky – dodávku elektřiny – v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 52 písm. b) bod 2 zákona a v § 63 odst. 5 zákona, neboť obviněný neprokázal, že došlo ke vzniku krajně naléhavé okolnosti, kterou nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil, a současně nebylo prokázáno, že by nemohl dodržet lhůty pro zjednodušené podlimitní řízení stanovené v § 54 zákona, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a obviněný zadal tuto část veřejné zakázky tím, že dne 19. 5. 2022 uzavřel smlouvu o sdružených službách dodávky elektřiny ze sítě nízkého napětí č. 9552857678 a č. 9552857674 s vybraným dodavatelem E.ON Energie, a. s., IČO 26078201, se sídlem F. A. Gerstnera 2151/6, 370 01 České Budějovice.

¹ Pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele je rozhodné znění ZZVZ k okamžiku zahájení zadávacího řízení. Postup Úřadu ve správním řízení se řídí právními předpisy účinnými ke dni zahájení správního řízení.

3. Za spáchání přestupku byla obviněnému výrokem II napadeného rozhodnutí uložena pokuta ve výši 35 000 Kč. Výrokem III napadeného rozhodnutí bylo obviněnému uloženo uhradit na nákladech správního řízení paušální částku 1 000 Kč.
4. Napadené rozhodnutí založil Úřad na tom, že v posuzované věci se jedná o dodávky pravidelné povahy a předpokládanou hodnotu veřejné zakázky je třeba stanovit dle pravidel plynoucích z § 19 zákona, v této věci pak dle § 19 odst. 1 písm. a) zákona, a to ve výši odpovídající skutečně uhrazené ceně během předcházejících 12 měsíců upravené o změny v množství nebo cenách, které lze během následujících 12 měsíců očekávat.
5. Obviněný však stanovil předpokládanou hodnotu pouze za šest měsíců. Úřad proto provedl vlastní výpočet a dospěl k závěru, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla minimálně ve výši 2 240 tis. Kč. V posuzované věci se tedy jednalo o podlimitní veřejnou zakázku, nikoliv o zakázku malého rozsahu. Ve věci nebylo prokázáno, že by obviněný nemohl dodržet lhůty pro zadání veřejné zakázky ve zjednodušeném podlimitním řízení a nebyly prokázány ani žádné jiné krajně naléhavé okolnosti, které by použití jednacím řízení bez uveřejnění legalizovaly.
6. Co se týká uložené pokuty, při horní hranici sankce ve výši 172 413,7 Kč Úřad zohlednil, že se zadavatel sice dopustil závažného porušení zákona, nicméně byly dány polehčující okolnosti.

III. Rozklad zadavatele

7. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno 14. 7. 2023. Zadavatel proti němu podal rozklad dne 28. 7. 2023. Rozklad je včasný. Věcně byl doplněn podáním ze dne 17. 8. 2023.
8. Zadavatel v rozkladu především namítá, že se pokoušel dodávku elektrické energie a plynu vysoutěžit v nadlimitním řízení a později i v jednacím řízení bez uveřejnění, ale neobdržel žádné nabídky (druhé jmenované řízení zrušil dne 10. 5. 2022). Tím mu vznikla naléhavá situace, kterou nezpůsobil a do 30. 6. 2022 nemohl dodržet lhůty pro žádná zadávací řízení v nadlimitním režimu. Proto využil § 63 odst. 5 zákona a dne 16. 5. 2022 zahájil jednacím řízení bez uveřejnění a dne 18. 5. 2022 uzavřel smlouvy na dodávku elektrické energie.
9. Z čl. 6 odst. 11 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek (dále též „**zadávací směrnice**“) zadavatel dovozuje, že výklad § 19 odst. 1 písm. a) zákona provedený Úřadem je v rozporu se směrnicí a nelze jej na dodávku elektřiny a plynu na nezbytně nutnou dobu použít. Úřad se s touto argumentací nevypořádal.
10. Zadavatel rovněž namítá, že celková hodnota nadlimitní veřejné zakázky byla 12 mil. Kč, proto byl oprávněn „disponovat“ její částí až do 2,4 mil. Kč, čehož zadavatel využil ve smyslu § 18 odst. 3 zákona a zadal ji jako veřejnou zakázku malého rozsahu.
11. Dle zadavatele stanovil Úřad nesprávně předpokládanou hodnotu sporné části veřejné zakázky. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky totiž stanovil za období od 19. 5. 2021 do 18. 5. 2022 vlastním výpočtem na 1 493 650,54 Kč bez DPH. Není však zřejmé, jak by tato částka mohla obsahovat skutečně uhrazenou cenu za období 19.-31. 5. 2021 a za období 1.-18. 5. 2022. Navíc Úřad zjištěnou částku nesprávně navýšil o 50 %.

Závěr rozkladu

12. Závěrem rozkladu zadavatel uvádí, že Úřad neprokázal, že veřejná zakázka není veřejnou zakázkou malého rozsahu a že podléhá přezkumu ze strany Úřadu. Proto zadavatel navrhuje, aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno.

IV. Řízení o rozkladu

13. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup dle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu (dále též „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 téhož právního předpisu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

14. 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, byl podle § 98 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále též „**přestupkový zákon**“) přezkoumán soulad výroků napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále byla přezkoumána rovněž správnost napadeného rozhodnutí. S přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.
15. Úřad rozhodl správně a v souladu s právními předpisy, pokud zadavatele uznal vinným z přestupku vymezeného ve výroku I napadeného rozhodnutí. Za správné a zákonné lze napadené rozhodnutí považovat i ve výrocích II a III. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které byl rozklad zamítnut a napadené rozhodnutí potvrzeno.

V. K zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí

16. V posuzované věci zadavatel zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by pro takový postup byly splněny zákonné podmínky. Zadavatel se domnívá, že se přestupku nedopustil z několika důvodů. Spornými v posuzované věci je tedy především to, na jakém základě a jakým způsobem Úřad stanovil předpokládanou hodnotu posuzované veřejné zakázky, dále zda byly naplněny důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění a konečně to, zda byl obviněný oprávněn aplikovat na věc ustanovení § 18 odst. 3 zákona, tedy zda byl oprávněn 20 % z ceny původní nadlimitní zakázky zadat samostatně jiným způsobem, popř. jakým.
17. Předmětná veřejná zakázka je veřejnou zakázkou na dodávku elektrické energie, tedy jde o zakázku pravidelné povahy ve smyslu § 19 zákona, neboť jde o pořízení dodávek, které jsou trvalé a nezbytné pro fungování zadavatele. Elektrická energie je pravidelně uváděným, téměř učebnicovým příkladem zakázky pravidelné povahy (podobně jako zakázky na úklid, ostrahu apod.). Z argumentace zadavatele není zřejmé, proč by tomu v případě jím zadávané veřejné zakázky na dodávku elektrické energie mělo být jinak, zadavatelův odkaz na zadávací směrnici v tomto ohledu ničeho nevysvětluje. Směřuje-li rozkladová argumentace k tomu, že zakázka byla definována jen „na přechodnou dobu“, pak délka trvání smlouvy na veřejnou zakázku skutečně není relevantním faktorem pro definici veřejné zakázky dle § 19 zákona. Zakázka pravidelné povahy je totiž zakázkou, jejíž plnění zadavatel pravidelně potřebuje, bez ohledu

na to, jak dlouhou dobu bude plněna dílčí smlouva. Rozhodující totiž je, že na jednu smlouvu bude nutně navazovat další, ať už bezprostředně, či s odstupem. Z definice pravidelné povahy totiž vyplývá „pravidelnost“ či „trvalost“ dodávek, které jsou předmětem plnění tohoto typu veřejné zakázky.

18. U zakázek pravidelné povahy se předpokládaná hodnota stanovuje dle § 19 odst. 1 písm. a) zákona jako skutečná cena uhrazená zadavatelem za předcházejících 12 měsíců upravená o změny v množství nebo cenách, které lze v následujících 12 měsících očekávat. Takto stanovenou předpokládanou hodnotu je podle odst. 2 téhož ustanovení třeba adekvátně upravit, má-li být smlouva uzavřena na delší období.
19. Zákon naopak neumožňuje „pokrácení“ takto stanovené předpokládané hodnoty v případě, že by smlouva měla být uzavřena na dobu kratší. Je tomu tak proto, že zadavatel bude totéž plnění nutně potřebovat i v dalších obdobích téhož roku, tato období tvoří určitý celek (nikoliv však funkční celek ve smyslu § 18 zákona), jehož hodnota definuje typ zadávacího řízení, který je zadavatel povinen použít. Shodně je stanovování předpokládané hodnoty zakázek pravidelné povahy chápáno důvodovou zprávou k zákonu² a komentářovou literaturou³, kterou cituje i Úřad v napadeném rozhodnutí.
20. Úřad tedy postupoval správně, když předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanovil dle ceny, kterou zadavatel za shodné plnění zaplatil v předchozích 12 měsících, a tuto cenu nekrátil na 6 měsíců, na které byly uzavřeny vytýkané smlouvy. Je totiž zjevné, že zadavatel bude elektrickou energii potřebovat i nadále, ostatně nic, co by nasvědčovalo opaku, netvrdil.
21. Zákon v § 19 odst. 1 písm. a) dále stanovuje, aby byla předpokládaná hodnota veřejné zakázky navíc upravena o předpokládanou změnu ceny či množství. Zadavatel ve své vlastní kalkulaci počítal s navýšením ceny o 50 %, které na vypočtenou cenu aplikoval. Úřad tak při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky vycházel ze stejného údaje, pouze jej aplikoval na správně stanovenou předpokládanou hodnotu zakázky. Na dokreslení svého postupu pak

²Důvodová zpráva: „Při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky na dodávky nebo na služby, které jsou pravidelně pořizované nebo trvající, se vychází z předpokládané hodnoty za 12 měsíců. Pokud bude smlouva uzavřena na dobu delší, tak se předpokládaná hodnota upraví v případě dodávek podle § 20 nebo v případě služeb podle § 21.“

³ K tomu srov. např. viz Šebesta, M., Novotný, P., Machurek, T., Dvořák, D. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, Systém Beck-online k § 19 odst. 1 písm. a): „Zadavatel se rozhodne uzavřít smlouvu např. na 4 měsíce. V takovém případě bude zadavatel postupovat v souladu s ustanovením § 19 odst. 1 písm. a) a předpokládaná hodnota bude odpovídat skutečné ceně uhrazené zadavatelem za dodávky nebo služby stejného druhu během předcházejících 12 měsíců, upravené o změny v množství nebo cenách, které lze očekávat během následujících 12 měsíců. Jedná se o stejný postup, jako je uvedeno pod bodem ad a). S ohledem na charakter veřejné zakázky pravidelné povahy je dle názoru autorů komentáře nezbytné i při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky postupovat v režimu odpovídajícím předpokládané hodnotě stanovené podle § 19 odst. 1 písm. a), tedy stanovit předpokládanou hodnotu jako by měla smlouva dobu trvání 12 měsíců tehdy, pokud zadavatel uzavírá smlouvu s očekávanou dobou trvání kratší než 12 měsíců (zde modelově na čtyři měsíce), přestože si je vědom či lze nejméně důvodně předpokládat, že bude dané plnění požadovat i po zbývajících osm měsíců a učiní je následně předmětem veřejné zakázky. Naopak za situace, kdy zadavatel ví či kvalifikovaně předpokládá, že dané plnění bude skutečně požadovat pouze po dobu čtyř měsíců, když po zbývajících dobu jej zajistí vlastními silami či jej nebude vyžadovat vůbec (např. z důvodu plánovaného ukončení činnosti), stanoví předpokládanou hodnotu takové veřejné zakázky pouze v rozsahu skutečně plánované doby plnění, tj. čtyř měsíců. Bude-li předpokládaná hodnota požadovaného plnění stanovená podle výše uvedených pravidel činit nejvýše 2 000 000 Kč bez DPH, může zadavatel postupovat na základě výjimky pro VZMR upravené v § 31.“

Úřad uvedl, že v předcházejícím období vzrostla cena elektrické energie, kterou zadavatel hradil, o téměř 100 %, tedy k tomu, že zadavatel kalkuloval do budoucna s navýšením o 50 %, nedošlo omylem.

22. Zadavatel ve vztahu k navýšení o 50 % namítá, že pokud by předpokládanou hodnotu stanovil ne na 6 měsíců, ale na 12, jako to učinil Úřad, očekávanou změnu by 50 % nevyjádřil. K tomu lze souhlasit s Úřadem (bod 77 napadeného rozhodnutí), že tento argument se nejvíce logický a jde spíše o účelové tvrzení. Z postupu zadavatele je totiž zřejmé, jakým způsobem mínil změnu v cenách energie vyjádřit, pouze pochybil ve stanovení počtu měsíců, jimiž měla být předpokládaná hodnota veřejné zakázky vyjádřena. Toto předpokládané navýšení navíc koresponduje s tím, že cena energie odebrané a uhrazené na základě vytykánych smluv byla – jak bylo zpětně zjištěno – nakonec navýšena o 100 %, tedy zadavatel postupoval racionálně, pokud zvýšení ceny předpokládal.
23. Ke stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky zadavatel dále namítá, že Úřad do výpočtu nezahrnul skutečně uhrazenou cenu za elektrickou energii odebranou v období 19 - 31. 5. 2021 a v období 1.-18. 5. 2022, neboť Úřad neměl údaje potřebné k tomu, aby tuto cenu stanovil.
24. K této námitce je třeba uvést, že Úřad vycházel při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky z údajů, které zadavatel poskytl (konkrétně z plateb faktur č. 1221160983-1222146798, k tomu srov. výčet faktur v bodu 53 napadeného rozhodnutí), které byly v období 12 měsíců před uzavřením vytykánych smluv uhrazeny. To ostatně Úřad uvádí v bodu 79 napadeného rozhodnutí. Není tedy důvodná výtká, že by nebylo zřejmé, z čeho Úřad při stanovení hodnoty vycházel, a není ani důvodná výtká, že by Úřad provedl nějaký dopočet či vycházel z průměru. K postupu Úřadu lze dodat, že vycházel z faktur vystavených za duben 2021-březen 2022, uhrazených v období 3. 6. 2021-6. 5. 2022 (tedy ve 12 měsících před uzavřením vytykánych smluv).
25. I pokud by byl pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky použit postup, který původně aplikoval obviněný, který pro předpokládanou hodnotu veřejné zakázky uvažoval celé měsíce před uzavřením smluv (viz bod 51 napadeného rozhodnutí), a předpokládaná hodnota veřejné zakázky by byla stanovena na základě ceny uhrazené za posledních (úplných) 12 měsíců před uzavřením smlouvy (tedy květen 2021 – duben 2022), činila by předpokládaná hodnota veřejné zakázky 1 584 773,61 Kč (tedy o 91 123,07 Kč více, než kolik stanovil Úřad v napadeném rozhodnutí), po navýšení o 50 % pak 2 377 160,415 Kč. I pokud by Úřad při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky pochybil, jednalo se o dílčí pochybení jdoucí jednoznačně ve prospěch zadavatele.
26. Na základě předpokládané hodnoty stanovené „*minimálně ve výši 2 240 475,81 Kč*“ (bod 75 napadeného rozhodnutí) je nutno konstatovat, že se jedná o podlimitní veřejnou zakázku. Podlimitní veřejnou zakázku je zadavatel povinen zadat v zadávacím řízení dle § 3 zákona.
27. Zadavatel zvolil režim jednacího řízení bez uveřejnění, neboť se předtím pokoušel bezúspěšně vysoutěžit dodávku elektrické energie a plynu v nadlimitním řízení i v jednacím řízení bez uveřejnění. Neobdržel však žádné nabídky a druhé jmenované řízení zrušil dne 10. 5. 2022.
28. Dle § 52 písm. b) zákona platí, že zadavatel může pro zadání zakázky v podlimitním režimu použít i druh zadávacího řízení pro nadlimitní režim; v takovém případě zadavatel postupuje

podle části čtvrté obdobně s tím, že u jednacího řízení bez uveřejnění musí být splněna také podmínka nemožnosti dodržet lhůty pro zjednodušené podlimitní řízení, jde-li o podlimitní veřejnou zakázku kterou by jinak zadavatel mohl zadat ve zjednodušeném podlimitním řízení.

29. V posuzované věci zadavatel ve správním řízení včetně rozkladu tvrdí, že použil jednací řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 5 zákona, neboť u něj vznikla situace, kterou nezpůsobil, a do 30. 6. 2022 již nemohl dodržet lhůty pro žádné řádné zadávací řízení v nadlimitním režimu, a současně je subjektem, který se podílí na provozu zdravotnictví, tedy patří do mimořádného režimu zásobování elektřinou.
30. K této argumentaci zadavatele je nutno v první řadě uvést, že zadával-li zakázku v „okleštěné“ podobě, tedy jako podlimitní veřejnou zakázku na elektrickou energii na následujících 96 měsících, pak se na něj nevztahovaly jen podmínky § 63 odst. 5 zákona, ale i požadavky shora citovaného § 52 písm. b) zákona. Aby mohl zadavatel pro svou situaci využít jednací řízení bez uveřejnění, musela by jeho časová tíseň znemožňovat využití zjednodušeného podlimitního řízení. Taková situace však nenastala.
31. Zadavatel dne 18. 3. 2022 zahájil zadávací řízení na dodávky energie na období 1. 7. 2022 – 30. 6. 2024. Lhůta pro podání nabídek uplynula 8. 4. 2022, zadavatel neobdržel žádnou nabídku a zadávací řízení týž den zrušil. Posléze dle svého tvrzení zahájil jednací řízení bez uveřejnění, které však zrušil k 10. 5. 2022. Dodávka energií měla být uskutečněna od 1. 7. 2022. Zadavatel – jak správně uvádí i napadené rozhodnutí v bodu 90 – mohl a měl namísto jednacího řízení bez uveřejnění zahájit zjednodušené podlimitní řízení ve smyslu § 52 a násl. zákona. Při zvážení lhůty k podání nabídek v délce 11 pracovních dnů je zřejmé, že zadavatel disponoval časem potřebným k tomu, aby tento druh zadávacího řízení využil. Ostatně sám zadavatel nenabízí žádné důvody, pro které tak neučinil. Pro použití jednacího řízení bez uveřejnění tak nebyla naplněna podmínka dle § 52 písm. b) bod 2 zákona (nemožnost dodržet lhůty pro zjednodušené podlimitní řízení).
32. Pro úplnost je nutno konstatovat, že využití jednacího řízení bez uveřejnění je v § 63 odst. 1 zákona podmíněno tím, že nedojde k podstatné změně zadávacích podmínek oproti předcházejícímu otevřenému řízení. Ani tato podmínka použití jednacího řízení bez uveřejnění nebyla naplněna – zadavatel zkrátí dobu plnění veřejné zakázky z původního 1,5 roku na půl roku, což je změnou podstatnou.
33. Úřad se v napadeném rozhodnutí zabývá i dalšími podmínkami použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona, které neshledává naplněnými. Na jeho úvahy lze plně odkázat a na základě souhrnu všech uvedených důvodů je nutno uzavřít, že zadavatel nepostupoval dle § 63 odst. 5 zákona oprávněně.
34. Zadavatel v rozkladu dále namítá, celková hodnota nadlimitní veřejné zakázky byla 12 mil. Kč, proto byl oprávněn „disponovat“ její částí až do 2,4 mil. Kč, čehož zadavatel využil ve smyslu § 18 odst. 3 zákona a zadal ji jako veřejnou zakázku malého rozsahu, u níž „se již předpokládána hodnota nestanovuje“.
35. K této námitce je třeba uvést, že zadavatel vychází hned z několika nesprávných premis. V první řadě se v posuzované věci jedná o podlimitní veřejnou zakázku, tedy nikoliv o zakázku malého rozsahu. I u veřejných zakázek malého rozsahu se ovšem předpokládána hodnota stanovuje,

už jen proto, aby bylo možno vůbec posoudit, zda se o zakázku malého rozsahu jedná (viz ustanovení § 16 odst. 5 zákona).

36. Dále je nutno zdůraznit, že § 18 se zásadně vztahuje na veřejné zakázky dělitelné (a rozdělené) na části, které jinak tvoří jeden funkční celek. Zakázky pravidelné povahy dle § 19 takovým typem zakázek nejsou. Jen proto, že je možné zakázku pravidelné povahy dělit např. v čase, netvoří takto rozdělené části jeden funkční celek. O tom ostatně vypovídá už způsob stanovení předpokládané hodnoty zakázky pravidelné povahy – ta se stanoví podle objemu plnění za určitý čas (nikoliv dle věcné, funkční a místní souvislosti jako v případě zakázek dle § 18 zákona). Ustanovení § 18 a § 19 nejsou aplikovatelná současně.
37. Konečně pak platí, že i pokud je dle § 18 odst. 3 zákona od veřejné zakázky oddělena část, která nepřesáhne 20 % její hodnoty, je třeba tuto část zadat nikoliv „volným stylem“, ale postupem odpovídajícím předpokládané hodnotě této části. Což by – i v posuzované věci – bylo zjednodušené podlimitní řízení, popř. některý druh zadávacího řízení pro nadlimitní režim.
38. Vůči uložené sankci nevznášel zadavatel v rozkladu žádné námitky. Proto na tomto místě jen konstatuji, že jsem při jejím uložení neshledal pochybení. Horní hranice sankce byla stanovena jako 10 % částky, kterou zadavatel na základě vytýkaných smluv uhradil. Při horní hranici pokuty 172 413,706 Kč byla zadavateli uložena pokuta 35 000 Kč. Úřad správně shledal, že zadáním veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění byl popřen smysl zadávacího řízení jako takového, tedy závažnost přestupku je vysoká. Jako polehčující okolnost Úřad zohlednil to, že limit pro podlimitní veřejnou zakázku byl překročen jen mírně. Mimoto Úřad zohlednil, že zadavatel jednal v domnění, že se jedná o veřejnou zakázku malého rozsahu. K této druhé okolnosti podotýkám, že se nejedná o polehčující okolnost, neboť o způsobu stanovení předpokládané hodnoty zakázky pravidelné povahy nepanují pochybnosti. Úřad rovněž správně komparoval výši sankce s majetkem zadavatele a posoudil likvidačnost ukládané sankce.

VI. Závěr

39. Po zvážení všech aspektů dané věci a rozkladových námitek zadavatele a na základě zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem, přestupkovým zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro změnu či zrušení napadeného rozhodnutí.
40. V řešeném případě byl zadavatel trestán za přestupek spočívající v tom, že pro zadání části zakázky neoprávněně využil jednacím řízení bez uveřejnění. V řízení o rozkladu bylo konstatováno, že Úřad správně stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že se jedná o zakázku pravidelné povahy dle § 19 zákona, byla hodnota této zakázky stanovena dle § 19 odst. 1 písm. a) zákona, tedy jako skutečná cena uhrazená zadavatelem za dodávky elektrické energie v předcházejících dvanácti měsících. Relevantní pro stanovení hodnoty zakázky není fakt, že zadavatel uzavřel vytýkané smlouvy jen na období půl roku – při zadávání zakázek pravidelné povahy na dobu kratší jednoho roku se předpokládaná hodnota stanovena za období předcházejících 12 měsíců nesnižuje. Zadavatel tak zadával podlimitní veřejnou zakázku, přičemž nebylo prokázáno a zadavatel to ani netvrdil, že byl v takové tísní, že nebyl schopen použít zjednodušené podlimitní řízení. Na věc nelze aplikovat ustanovení

§ 18 odst. 3 zákona, neboť časové rozdělení zakázky pravidelné povahy nepředstavuje „dělení zakázky na části“ ve smyslu § 18 zákona.

41. Co se týká sankce a její výše, shledal jsem, že sankce byla uložena zákonně a je přiměřená závažnosti a rozsahu pochybení.

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. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

JUSTITIA CONSULTING PARTNERS, s. r. o., Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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