



UOHSX003XHYD

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R195,196/2008/VZ-19707/2011/310/JSI

V Brně dne: 14. května 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 18. 11. 2008 podaném zadavatelem –

- **městem Litvínov**, IČ 00266027, se sídlem nám. Míru 11, 436 91 Litvínov, zast. Mgr. Milanem Šťovíčkem, starostou,
a o rozkladu z téhož dne podaném vybraným uchazečem –
- společností **Edenred CZ, s. r. o.**, IČ 24745 391, se sídlem Na Poříčí 1076/5, 110 00 Praha, (od 1. 11. 2010 právním nástupcem společnosti Accor Services CZ, s. r. o., IČ 49711962, se sídlem tamtéž) za níž jedná Philippe Marc Francis Relland-Bernard, jednatel,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S175/2008/VZ-14077/2008/520/AB ze dne 30. 10. 2008 ve věci přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele učiněných v souvislosti s uzavřením smlouvy ze dne 29. 2. 2008, jejímž předmětem je zajištění prodeje zboží na poukázky pro osoby v hmotné nouzi,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, s přihlédnutím k právním závěrům rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 25/2009-159 ze dne 2. 2. 2011 rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S175/2008/VZ-14077/2008/520/AB ze dne 30. 10. 2008

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 22. 5. 2008 a dne 2. 6. 2008 podněty, podle nichž zadavatel – město Litvínov, IČ 00266027, se sídlem nám. Míru 11, 436 91 Litvínov (dále jen „zadavatel“), postupoval v rozporu se zákonem, když dne 29. 2. 2008 uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu o zajištění prodeje zboží na poukázky pro osoby v hmotné nouzi a při výběru tohoto dodavatele nepostupoval postupem platným pro zadání veřejné zakázky na služby podle zákona. V rámci šetření podnětů Úřad zjistil, že zadavatel dne 29. 2. 2008 uzavřel se společností Accor Services CZ, s. r. o., IČ 49711962, se sídlem Na Poříčí 1076/5, 110 00 Praha, (jejímž právním nástupcem je od 1. 11. 2010 společnost Edenred CZ, s. r. o., IČ 24745391, se sídlem tamtéž, dále jen „**vybraný uchazeč**“), smlouvu o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi, za účelem zajištění prodeje potravin (vyjma alkoholických nápojů a tabákových výrobků) oděvů, obuvi a základních hygienických prostředků pro osoby v hmotné nouzi ve vybraných provozovnách.¹
2. Jelikož po přezkoumání výše uvedené smlouvy získal Úřad pochybnosti o souladu úkonů zadavatele se zákonem, zahájil v této věci správní řízení z moci úřední, za jehož účastníky označil zadavatele a vybraného uchazeče. Oznámení o zahájení správního řízení bylo oběma účastníkům doručeno dne 24. 6. 2008 a tímto dnem bylo dle § 113 odst. 1 správní řízení zahájeno.

II. Napadené rozhodnutí

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 30. 10. 2008 rozhodnutí č. j. S175/2008/VZ-14077/2008/520/AB (dále též jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že před uzavřením smlouvy ze dne 29. 2. 2008 s vybraným uchazečem nedodržel postup stanovený v § 21 zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky (výrok I. napadeného rozhodnutí). Za tento správní delikt uložil Úřad zadavateli v souladu s § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 30 000 Kč (výrok II. napadeného rozhodnutí).
4. V odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad uvedl, že si za účelem ověření správnosti postupu zadavatele od účastníků správního řízení vyžádal příslušné podklady rozhodné pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Podle smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi ze dne 29. 2. 2008 (dále jen „**smlouva**“), je zadavatel povinen hradit vybranému uchazeči 2 000 Kč za vytvoření sítě vybraných provozoven do maximálně 10 provozoven, dále 150 Kč za vytvoření každé provozovny nad výše sjednaný počet a 300 Kč za dodání objednaných poukázek. Z předloženého vzoru smlouvy o zprostředkování prodeje zboží třetí osoby (objednatele) zákazníkům (držitelům poukázek TICKET SERVICE, klientům

¹ Pozn.: pokud je dále v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu nebo v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení.

zadavatele) v provozovnách Úřad dále zjistil, že tato třetí osoba je povinna uhradit vybranému uchazeči provizi (v případě smluvních partnerů, u kterých se uplatní poukázky TICKET SERVICE distribuované zadavatelem) ve výši 3,5 – 5 % hodnoty realizovaných poukázek, přičemž výši provize nemůže zadavatel nijak ovlivnit. Vybraný uchazeč je tedy odměňován převážně třetími osobami, neboť za každé zprostředkování prodeje zboží držitelům poukázek TICKET SERVICE má právo na provizi z hodnoty realizovaných poukázek. Výše čerpání rozpočtových prostředků zadavatele na poukázky činí 2,6 mil. Kč měsíčně, tedy 31,2 mil. za rok.

5. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatoval, že při zaplacení nejnižší možné provize uvedené vybraným uchazečem v Příloze – Požadovaná výše provize, tedy 3,5 % z maximální výše realizovaných poukázek (tedy z 31,2 mil Kč), by provize vybraného uchazeče byla ve výši 1,092 mil Kč za rok. Při zaplacení nejvyšší možné uváděné provize (ve výši 5%) by pak roční provize činila 1,56 mil. Kč. V souladu s ustanovením § 15 odst. 1 zákona v návaznosti na § 14 odst. 1 písm. b) zákona byla předpokládaná hodnota veřejné zakázky na základě výše uvedených skutečností vyčíslena na 4,368 – 6,24 mil. Kč, neboť se jedná o smlouvu uzavřenou na dobu neurčitou. Jedná se tedy o podlimitní veřejnou zakázku, kterou je zadavatel povinen zadat v některém ze zadávacích řízení v souladu se zákonem.
6. V souladu s § 7 zákona byly jako předmět této veřejné zakázky na základě uzavřených smluv identifikovány služby. Ke znaku úplatnosti Úřad uvedl, že byť se zpravidla jedná o úplatu hrazenou zadavatelem, nelze vyloučit ani „nepřímou“ úhradu z jiných zdrojů, jako je tomu v šetřeném případě. Úřad zde vyšel z funkčního pojetí definice veřejné zakázky, podle kterého je do předpokládané ceny veřejné zakázky nutné zahrnout i případné příjmy od třetích subjektů. Při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky tedy Úřad nevyšel pouze z plateb uvedených ve smlouvě, ale i z výše provize, kterou obdrží vybraný uchazeč od třetích osob místo od zadavatele. V tomto případě si zadavatel zvolil, že bude vybranému uchazeči hradit náklady za vytvoření sítě provozoven (ve kterých lze poukázky realizovat) a náklady dopravy poukázek, s tím, že třetí osoba bude hradit vybranému uchazeči provizi z titulu zvýšení počtu zákazníků z řad držitelů předmětných poukázek. Přestože tedy zadavateli ze smlouvy nevzniká přímý peněžitý závazek vůči vybranému uchazeči, Úřad konstatoval, že se *de facto* jedná o úplatné poskytování služeb na základě požadavku zadavatele, pouze odměna je konstruována formou provize, kterou za protiplnění zadavatele zaplatí třetí subjekt. Úřad v této souvislosti uvedl demonstrativní výčet rozhodnutí, která vychází z funkčního pojetí definice veřejné zakázky, konkrétně pak pravomocná rozhodnutí č. j. S159/2007/VZ-13474/2007/540/MČ ze dne 23. 7. 2007 a rozhodnutí č. j. S121/2008/VZ-12420/2008/510/Od ze dne 23. 6. 2008.
7. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatoval, že tím, že zadavatel před uzavřením předmětných smluv na služby neprovedl příslušné zadávací řízení, mohl jeho postup podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by v rámci transparentního zadávacího řízení obdržel i jiné, pro něj výhodnější nabídky na požadované služby.
8. Za konstatované porušení zákona Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 30 000 Kč, při jejímž stanovení Úřad přihlédl k právní složitosti řešené problematiky, stejně jako ke skutečnosti, že zadavatel před uzavřením předmětné smlouvy uskutečnil průzkum trhu v předmětné věci.

III. Námitky rozkladů

Rozklad zadavatele

9. Proti shora uvedenému rozhodnutí podal zadavatel v zákonné lhůtě dne 18. 11. 2008 rozklad, ve kterém uvádí, že Úřad v napadeném rozhodnutí vycházel ze závěru, že zadavatel při zajišťování dávek pomoci v hmotné nouzi vykonával tuto činnost v rámci výkonu samostatné působnosti. K tomuto zadavatel uvádí, že orgánem pomoci v hmotné nouzi je Městský úřad Litvínov, který poskytuje prostřednictvím dávek pomoci v hmotné nouzi pomoc k zajištění základních životních podmínek fyzickým osobám, které se v hmotné nouzi nacházejí. Zadavatel pak v samostatné působnosti pro účely fungujícího výkonu přenesené působnosti Městského úřadu Litvínov zajišťuje ve smluvním vztahu dodávku potřebných poukázek. Další činnost je dle zadavatele vykonávána již v přenesené působnosti.
10. Dále zadavatel namítá, že předpokládanou hodnotou veřejné zakázky je pouze cena za dodávku poukázek k nákupu zboží a nelze do nich zahrnout ani nominální hodnotu poukázek, ani provizi poskytovanou třetí osobou, protože nejde o výdaj z veřejných prostředků. Na poskytnutí provize třetí osobou nenavazuje dle zadavatele žádný smluvní vztah s jeho subjektem a údaje o provizi mu nejsou a nemusí být známy.
11. K obsahu rozhodnutí č. j. S159/2007/VZ-13474/2007/540-MČ ze dne 23. 7. 2007, na které odkazuje napadené rozhodnutí, zadavatel uvádí, že odkaz na toto rozhodnutí není dle něj přílehlavý, neboť problematika případu řešeného výše zmíněným rozhodnutím předpokládá, že osoba, která provizi poskytuje, se stane účastníkem smluvního vztahu se zadavatelem. V tomto případě však zadavatel do smluvního vztahu s účastníkem nevstupuje. Proto zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

Rozklad vybraného uchazeče

12. Dne 18. 11. 2008 podal proti předmětnému rozhodnutí rozklad také vybraný uchazeč, který uvádí, že napadené rozhodnutí považuje za nezákonné. Dle vybraného uchazeče Úřad při své rozhodovací činnosti porušil zejména ustanovení § 7, § 13, § 14 a § 15 zákona a to zejména tím, že nesprávným, extenzivním a protizákonným způsobem pojal samotnou definici veřejné zakázky a dále nesprávným a protizákonným způsobem určil předpokládanou výši peněžitého závazku vyplývajícího z plnění veřejné zakázky.
13. Dle názoru vybraného uchazeče z definice veřejné zakázky zakotvené v § 7 zákona jednoznačně vyplývá, že jednou z podmínek existence veřejné zakázky je smlouva mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli a ne smlouva vybraného uchazeče se třetími osobami, se kterými zadavatel není v žádném právním vztahu. Vybraný uchazeč akcentuje skutečnost, že v tomto případě došlo k uzavření dvou samostatných smluv – mezi zadavatelem a vybraným uchazečem a mezi vybraným uchazečem a třetí osobou neboli prodejcem. Smlouvu o zprostředkování, na základě které je vybranému uchazeči třetí osobou hrazena provize, uzavřel s touto třetí osobou právě vybraný uchazeč a ne zadavatel a jedná se tedy o právní vztah mezi dvěma nezávislými podnikateli. Sjednanou provizi tak nelze do předpokládané ceny veřejné zakázky zahrnovat, neboť se dle vybraného uchazeče nejedná o výdej veřejných prostředků na straně zadavatele, ale o výdej prostředků jeho vlastních.

14. Vybraný uchazeč ve svém rozkladu rovněž nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky je zásadní výše provize, kterou vybraný uchazeč obdrží od třetí osoby nebo od zadavatele, na jehož náklady zprostředkování prodeje zboží, eventuelně služeb, realizuje, spolu s platbami, které obdrží přímo od zadavatele. Tento postup nemá dle vybraného uchazeče oporu v zákoně, neboť se vždy musí jednat o peněžité závazek zadavatele. V daném případě však jediné peněžité závazky, které zadavateli v souvislosti se zabezpečením poukázek pro osoby v hmotné nouzi plynou, jsou závazky vyplývající ze smlouvy ze dne 29. 2. 2008. Ze zprostředkovatelských smluv však dle vybraného uchazeče zadavateli žádné peněžité závazky nevznikají a nejedná se tedy o veřejnou zakázku. Podle názoru vybraného uchazeče Úřad při určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky neurčitě a nepřesně vychází z neurčitého pojmu „v úvahu připadajících smluvních partnerů“, u kterých se uplatní poukázky TICKET SERVICE, přičemž tyto poukázky lze uplatnit na území celé České republiky u jakéhokoli smluvního partnera navrhovatele a to při proměnlivé výši provize. Opětovně však vybraný uchazeč konstatuje svůj nesouhlas se započítáváním těchto provizí do předpokládané hodnoty veřejné zakázky, které dle jeho názoru odporuje smyslu i účelu zákona.
15. Vybraný uchazeč dále zmiňuje rozhodnutí Úřadu č. j. S027/2007/03915/2007/530-MČ ze dne 23. 2. 2007, které se týkalo obdobného případu, kdy právní konstrukce a typy uzavíraných smluv byly dle vybraného uchazeče zcela obdobné šetřenému případu, včetně základních finančních toků, a jedinou odlišností byl jiný typ použité poukázky pro zprostředkování jiného zboží a služeb. Úřad ve výše uvedeném rozhodnutí došel k závěru, že jestliže uchazeči požadovaná provize vůči zadavateli činila 0%, nejednalo se o veřejnou zakázku, a řízení zastavil. Napadené rozhodnutí je pak dle vybraného uchazeče v přímém rozporu s výše zmíněným rozhodnutím. Existence dvou protichůdných rozhodnutí při nezměněném stavu zákona pak dle vybraného uchazeče svědčí o nepřípustném posunu v rozhodovací praxi Úřadu v pojetí definice veřejné zakázky. Dle vybraného uchazeče tento nepřípustně extenzivní výklad zákona ze strany Úřadu ohrožuje právní jistotu účastníků řízení a současně porušuje ústavní zásadu právního státu, dle které je možné státní moc uplatňovat jen v případech, mezích a způsoby, které stanoví zákon.
16. Dle vybraného uchazeče je odkaz Úřadu na další existující prvostupňová rozhodnutí (dále potvrzená navazujícími rozhodnutími druhého stupně), ve kterých bylo konstatováno, že do předpokládané ceny je nutné zahrnout i případné příjmy od třetích subjektů, irrelevantní. Dle svého vyjádření nebyl vybraný uchazeč schopný rozhodnutí č.j. S159/2007/VZ-13474/2007/540/MČ ze dne 23. 7. 2007 dohledat na internetových stránkách Úřadu a z tohoto důvodu se k němu ani nemůže vyjádřit a ani je eventuelně nemohl při svém postupu zohlednit. Rozhodnutí č. j. S121/2008/VZ-12420/2008/510/Od pak dle vybraného uchazeče vychází ze zcela odlišné skutkové podstaty, než šetřený případ, a nemohlo tedy ovlivnit jeho legitimní očekávání ve vztahu k pojetí veřejné zakázky, konkrétně znaku úplatnosti veřejné zakázky, ze strany Úřadu.
17. Závěrem vybraný uchazeč shrnuje, že napadené rozhodnutí je dle jeho názoru v přímém rozporu s ustanovením § 7, § 13, § 14 a § 15 zákona a jako takové tedy porušuje zásadu právní jistoty adresátů normy a je v rozporu s jejich legitimním očekáváním kontinuity

rozhodovací praxe Úřadu při nezměněném právním stavu. Z výše uvedených důvodů vybraný uchazeč navrhuje předsedovi Úřadu, aby napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladech

18. Dne 26. 11. 2008 Úřad obdržel k rozkladu zadavatele vyjádření vybraného uchazeče, který se s veškerými námitkami zadavatele plně ztotožnil. Dne 1. 12. 2008 Úřad rovněž obdržel k rozkladu vybraného uchazeče vyjádření zadavatele, který se též plně ztotožnil s právní argumentací vybraného uchazeče, stejně jako s jeho závěry o právní povaze veřejné zakázky a jejím smyslu.
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.

Původní rozhodnutí předsedy Úřadu,

20. O rozkladech zadavatele a vybraného uchazeče rozhodl předseda Úřadu dne 24. 3. 2009 rozhodnutím č. j. ÚOHS-R195,196/2008/02-2881/2009/310/ZČt (dále jen „**původní rozhodnutí o rozkladu**“) tak, že podle ust. § 152 odst. 5 písm. b) správního řádu napadené rozhodnutí potvrdil a podané rozklady zamítnul. Předseda Úřadu v tomto rozhodnutí dospěl k závěru, že provize poskytovaná třetími osobami je fakticky platbou za službu, která je poskytována v zájmu a na objednávku zadavatele a spočívá ve zprostředkování poskytování pomoci v hmotné nouzi. Skutečnost, že právní prostředí, ve kterém je tato služba poskytována, je poměrně nepřehledné, respektive že se tak děje na základě několika vzájemně souvisejících právních vztahů, nemění vlastní charakter této služby a nemůže být tedy důvodem k jejímu vynětí z režimu zákona. Na druhé straně však předmětný systém výměny zboží za poukázky funguje v daném oboru již dlouhodobě a na území celé ČR a nebyl vytvořen *ad hoc* pro tuto veřejnou zakázku, a proto se může zdát, že zadavatel neměl jinou možnost postupu. Právní a organizační obtíže při zadání veřejné zakázky však nemohou zdůvodnit postup mimo režim zákona.

Řízení před Krajským soudem v Brně

21. Zadavatel a vybraný uchazeč se s výše zmíněnými rozhodnutími neztotožnili a napadli je žalobami u Krajského soudu v Brně (dále též jen „**krajský soud**“). Krajský soud obě žaloby spojil ke společnému projednání a rozhodl o nich rozsudkem č. j. 62 Ca 25/2009-159 ze dne 2. 2. 2011 (dále též jen „**rozsudek krajského soudu**“), kterým první rozhodnutí o rozkladu zrušil a věc Úřadu (resp. jeho předsedovi) vrátil k dalšímu řízení. Úvodem tohoto rozsudku krajský soud uvedl, že žaloby shledal důvodnými v závěrech, k nimž žalovaný dospěl, a proto se nezabýval žalobními námitkami týkajícími se odklonu od předchozí rozhodovací praxe.
22. Krajský soud se zabýval tím, zda se v daném případě vůbec jedná o veřejnou zakázku. Aby se jednalo o veřejnou zakázku, muselo by se jednat o smluvní vztah mezi zadavatelem a dodavatelem, popř. více dodavateli (1. podmínka), musely by předmětem veřejné zakázky

být dodávky, služby nebo stavební práce (2. podmínka), zadavatel by musel požadovat získání plnění veřejné zakázky (3. podmínka), plnění by mu musel poskytovat dodavatel (4. podmínka), dodavatel by požadoval za své plnění úplatu (5. podmínka) a úplatu by poskytoval zadavatel (6. podmínka). Z pohledu naplnění shora uvedených šesti podmínek není podstatné, jakým kontraktačním procesem je dosaženo uspokojení zadavatelova požadavku, nýbrž v čem má spočívat plnění ve prospěch zadavatele a protiplnění ze strany zadavatele. Stejně jako může být zadavatelův požadavek realizován prostřednictvím formálně jednoduchého dvoustranného vztahu, přichází v úvahu i realizace zadavatelova požadavku prostřednictvím kombinovaného několikastranného vztahu, v němž se vyskytují i jiné subjekty než jen zadavatel a dodavatel. Závěr, že se jedná o veřejnou zakázku, který Úřad založil na tom, že ze smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi je zřejmé, že zadavatel požadoval zajistit činnosti spojené s prodejem zboží za poukázky, je podle mínění krajského soudu správné. Znakem veřejné zakázky je tedy její úplatnost (viz podmínky 5 a 6), avšak s ohledem na konkrétní předmět veřejné zakázky, povahu a způsob uskutečňování plnění, jež má být pro zadavatele realizováno, nemusí být vždy ze strany zadavatele plněno přímo. Podmínku úplatnosti je třeba vykládat tak, že se nemusí vždy jednat výlučně o zadavatelův přímý peněžitý závazek; celkovým peněžitým závazkem zadavatele (slovy § 14 odst. 1 zákona aplikovatelného podle § 15 odst. 1 zákona i na veřejné zakázky na služby) je tedy zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky (slovy § 13 odst. 1 zákona), jež vyplývá ze smlouvy (na straně objednatele, kupujícího, odběratele atd.) uzavřené smlouvy. Je-li podle soudu plnění přímo odvislé od uzavřené smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem plněním z veřejných prostředků, pak musí být vytvořeny všechny předpoklady, aby smluvní vztah byl ze strany zadavatele uzavřen při zajištění řádně fungujícího soutěžního prostředí a při dodržení pravidel vyplývajících ze zákona. Stejně jako nelze povahu smluvního vztahu z pohledu zákona posuzovat podle formálního podřazení pod konkrétní smluvní typ, nelze ji posuzovat ani podle toho, zda plnění z veřejných prostředků souvisejí s předmětem smlouvy a s dodržením práv a povinností podle této smlouvy jejími smluvními stranami má být fakticky realizováno pouze těmito jejími smluvními stranami nebo subjekty jinými. Přestože jsou častější situace, kdy plnění z veřejných prostředků realizuje sám zadavatel (z „jemu svěřených“ veřejných prostředků), nelze naplnění znaků veřejné zakázky omezovat pouze na tyto případy. Ze shora uvedeného krajský soud dovodil, že do celkové předpokládané hodnoty veřejné zakázky je zapotřebí zahrnout veškeré plnění, kterého se má podle uzavřené smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem dostat dodavateli z veřejných prostředků.

23. Krajský soud tedy nesohlasil se žalobní argumentací, že podle pravidel pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky obsažených v § 13, § 14 a § 15 zákona by se do předpokládané hodnoty veřejné zakázky měly zahrnovat pouze peněžitě závazky samotného zadavatele, dal jí ale za pravdu v té části, že by předpokládaná hodnota měla zahrnovat pouze závazky mající dopady na veřejné prostředky. Nesouhlasil tak zejména s tvrzením, že za součást předpokládané hodnoty veřejné zakázky je třeba považovat i provize hrazené třetími osobami z titulu zvýšení počtu zákazníků z řad držitelů poukázek. Pokud Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že o provize placené vybranému uchazeči jeho smluvními partnery jsou sníženy výdaje poskytnuté z veřejného rozpočtu zadavatele, pak vychází

z toho, že nejde o plnění, které by šlo k tíži zadavatelových veřejných prostředků (resp. veřejných prostředků svěřených zadavateli). Zároveň ovšem žalovaný nevysvětluje, z jakých jiných veřejných prostředků by platba provize měla pocházet. Argument žalovaného, podle něhož „...provize hrazená vybranému uchazeči třetí osobou je tedy nedílnou součástí ceny veřejné zakázky, neboť právě o tuto hodnotu jsou sníženy výdaje poskytnuté z veřejného rozpočtu na realizaci veřejné zakázky...“, tak za situace, kdy nezmiňuje jiné veřejné prostředky než zadavatelovy, nevyzněl krajskému soudu logicky. Pokud žalovaný nepřímou úhradu z veřejných prostředků v případě placení provizí dává do souvislosti s tím, že zadavatel „dodává zákazníkům“, pak krajský soud upozornil, že „nedodává zákazníkům“ jednotlivým dodavatelům zboží v principu o nic víc, než by jim je „dodával“ v případě, že by dávky pomoci v hmotné nouzi vyplácel v penězích. Jestliže tedy nebylo prokázáno, že by byly provize ve prospěch vybraného uchazeče hrazeny z veřejných prostředků, s nimiž hospodaří zadavatel, ani že by pocházely z veřejných prostředků, s nimiž by hospodařily jiné subjekty, jestliže nebylo prokázáno, že by právo na provize zadavatel vybranému uchazeči jakkoli garantoval, a jestliže nebylo prokázáno, že by jakákoli zadavatelova povinnost plnit ve prospěch vybraného uchazeče byla přenesena na jiné subjekty a ty by ji pak byly i nepřímou k tíži veřejných prostředků musely fakticky hradit, pak není naplněna podmínka, aby dodavatel požadoval za své plnění úplatu, kterou by, byť i nepřímou, poskytoval zadavatel. Přestože tedy krajský soud připustil konstrukci tzv. funkčního pojetí veřejné zakázky, za shora popsaného skutkového stavu nesouhlasil, že provize je plněním, které by mělo být součástí předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

24. Na základě rozsudku krajského soudu je tedy třeba rozklady zadavatele a vybraného uchazeče a námitky v nich 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.

Stanovisko předsedy Úřadu

25. Po opětovném projednání rozkladů a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladech, a s přihlédnutím k názoru rozkladové komise a zejména k závaznému právnímu názoru Krajského soudu v Brně, jak byly shrnuty v odůvodnění tohoto rozhodnutí, dospěl k následujícímu závěru.
26. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S175/2008/VZ-14077/2008/520/AB ze dne 30. 10. 2008 rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že před uzavřením smlouvy ze dne 29. 1. 2008 nedodržel postup stanovený v § 21 zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, za což mu uložil pokutu ve výši 30 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí (s přihlédnutím k právnímu názoru vyjádřenému v rozsudku krajského soudu) jsem se plně ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladů

27. Jak vyplývá z obou rozkladů (a rovněž i z žalob podaných u krajského soudu), zadavatel a vybraný uchazeč trvají na tom, že se v daném případě nejedná o veřejnou zakázku podle zákona, resp. pokud by se i prokázalo, že ano, pak by do předpokládané hodnoty veřejné zakázky mělo být zahrnuto pouze plnění z veřejných prostředků, ke kterému se zavázal zadavatel ve smlouvě uzavřené s vybraným uchazečem. Zadavatel a vybraný uchazeč tedy nesouhlasí s tzv. funkčním pojetím veřejné zakázky, na němž bylo napadené rozhodnutí vystavěno, a zpochybňují závěr, že i výdaje nezávislých podnikatelských subjektů jsou de facto výdaji z veřejných prostředků.
28. Úvodem uvádím, že podle rozsudku krajského soudu má být při novém projednání věci na prvním místě znovu zodpovězena otázka, jaké plnění, k němuž by ze smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem vyplývala pro kohokoli povinnost, je plněním ve prospěch vybraného uchazeče, jež by bylo zároveň plněním k tíži veřejných prostředků, byť nikoli pouze těch veřejných prostředků, které jsou svěřeny zadavateli. Dále se má nové rozhodnutí o rozkladech zabývat povinností zadavatele vyplývající z bodu III. smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi ze dne 29. 1. 2008 k platbám jednorázových poplatků, k bodu IV. téže smlouvy k platbám za dodání poukázek a k bodu I. téže smlouvy k platbám poukázek za jejich nominální hodnotu. Krajský soud tak předsedu Úřadu při vydání nového rozhodnutí o rozkladech zavázal ke konkretizaci všech plnění z veřejných prostředků a na tomto základě k novému posouzení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a povinnosti zadavatele postupovat podle zákona. Ze závěrečné části odůvodnění rozsudku krajského soudu vyplynulo, že další postup předsedy Úřadu (tj. případné zrušení prvostupňového rozhodnutí či jeho opětovné potvrzení) je však na jeho rozhodnutí, které musí navazovat na přesvědčivé zodpovězení výše uvedených otázek.
29. Veřejná zakázka je definována v § 7 zákona jako 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. Rozborem ustanovení § 7 zákona se vyčerpávajícím způsobem zabýval rozsudek krajského soudu; stručně řečeno v něm krajský soud dospěl k závěru, že aby se jednalo o veřejnou zakázku, muselo by se jednat o smluvní vztah mezi zadavatelem a dodavatelem, tj. vybraným uchazečem (1. podmínka), musely by předmětem veřejné zakázky být dodávky, služby nebo stavební práce (2. podmínka), zadavatel by musel požadovat získání plnění veřejné zakázky (3. podmínka), plnění by mu musel poskytovat dodavatel, tj. zde vybraný uchazeč (4. podmínka), vybraný uchazeč by požadoval za své plnění úplatu (5. podmínka) a úplatu by poskytoval zadavatel (6. podmínka). Jak bylo nadto uvedeno v rozsudku krajského soudu, z pohledu naplnění shora uvedených šesti podmínek není podstatné, jakým kontraktním procesem je dosaženo uspokojení zadavatelova požadavku, nýbrž v čem má spočívat plnění ve prospěch zadavatele a v čem má spočívat protiplnění ze strany zadavatele. Není také rozhodné, jaké smluvní typy budou pro realizaci zadavatelova požadavku použity, ani jak bude struktura jednotlivých smluvních vztahů vystavěna a kolik subjektů do takových vztahů vstoupí.
30. Zadavatel v šetřeném případě uzavřel s vybraným uchazečem dne 29. 2. 2008 smlouvu, ze které vyplývá, že jejím předmětem jsou služby, čímž je naplněna podmínka týkající se

předmětu veřejné zakázky. Podstatou smluvního vztahu založeného touto smlouvou (bod I. smlouvy) je požadavek zadavatele, aby byl zabezpečen prodej zboží, a to konkrétně potravin (vyjma alkoholických nápojů a tabákových výrobků), oděvů, obuvi a základních hygienických prostředků pro osoby v hmotné nouzi, a aby byly vybraným uchazečem dodávány zadavateli poukázky za jejich nominální hodnotu. Tyto poukázky mají být uplatňovány v síti provozoven vytvořených v úzké spolupráci zadavatele a vybraného uchazeče (na základě smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem je zadavatel povinen hradit vybranému uchazeči částky 2 000 Kč za vytvoření sítě vybraných provozoven do maximálně 10 provozoven, 150 Kč za vytvoření každé provozovny nad výše sjednaný počet a 300 Kč za dodání objednaných poukázek). Podstatou plnění tak je zajištění poukázek a prodeje zboží za tyto poukázky. Vzhledem k tomu, že plnění není ani dodávkou, ani stavebními pracemi, s ohledem na textaci § 10 odst. 1 zákona je třeba toto plnění považovat za službu.

31. Nad rámec výše zmíněné smlouvy ze dne 29. 1. 2008 o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi byl uzavřen další právní vztah, a to mezi vybraným uchazečem a třetími osobami, a to na základě smlouvy o zprostředkování prodeje zboží třetí osoby zákazníkům (těmi se rozumí osoby v hmotné nouzi, které jsou zároveň příjemci poukázek) v jednotlivých provozovnách. Ze smlouvy o zprostředkování prodeje zboží třetí osoby zákazníkům v provozovnách vyplývá povinnost třetí osoby odvádět vybranému uchazeči provizi ve výši 3,5-5 % z hodnoty realizovaných poukázek. Jedná se tedy sice o dvě samostatné smlouvy, avšak uzavřené v přímé souvislosti.
32. Výše uvedené poskytnutí dodávek, služeb nebo provedení prací na základě smlouvy pak musí být za úplatu, neboť § 7 doslova hovoří o úplatném poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatném provedení stavebních prací na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli. To ve zjednodušeném modelu představuje tok finančních prostředků od zadavatele k dodavateli na straně jedné a tok služeb pro změnu od dodavatele k zadavateli na straně druhé. Zákon však nerozlišuje formu plnění poskytovaného zadavatelem dodavateli. Toto má nejčastěji formu přímého peněžitého plnění, ale současně může mít formu tzv. „nepřímé“ úhrady, kdy plnění dodavateli neposkytuje přímo zadavatel, ale jiný subjekt. Podle počtu subjektů, které do právního vztahu vstupují, vznikají různé možnosti financování veřejné zakázky. V případě tří subjektů – např. zadavatele, dodavatele a kupujícího – není podstatné, zda kupující částku zaplatí zadavateli, ta se stane příjmem rozpočtu zadavatele a zadavatel ji pak odvede dodavateli jako výdaj z veřejného rozpočtu (tedy jako veřejný prostředek), či zda ji kupující hradí přímo dodavateli. Stále se jedná o prostředky, které fakticky náleží zadavateli, a jsou tedy poskytovány z veřejného rozpočtu, byť ne formou přímé úhrady. Přestože konstrukce úhrady za služby spojené se zajištěním činností spojených s prodejem zboží za poukázky pořízené z finančních prostředků zadavatele je méně zjevná, než ve výše uvedeném případě, rozdíl je čistě formální.
33. V šetřeném případě se tedy na přerozdělování veřejných prostředků podílí více subjektů (konkrétně zadavatel, vybraný uchazeč, prodejce jakožto třetí osoba a konečně osoby v hmotné nouzi jakožto kupující). Proces přerozdělování je založen na vztahu zadavatele a osob v hmotné nouzi, pro které tuto službu zajišťuje, zadavatele a vybraného uchazeče (na základě smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi), vybraného uchazeče

a třetí osoby (na základě smlouvy o zprostředkování prodeje zboží třetí osoby zákazníkům v provozovnách), třetí osoby a osoby v hmotné nouzi (na základě kupní smlouvy), a je uzavřen zprostředkovatelsky přes vybraného uchazeče i vztahem zadavatele a třetí osoby. Odměna vybraného uchazeče je pak konstruována jako forma provize, kterou sice zaplatí třetí osoba, ale za protiplnění zadavatele, kterým je „dodání zákazníků“, a za zprostředkovací služby vybraného uchazeče. V této souvislosti připomínám, že krajský soud myšlenku „dodání zákazníků“ jakožto protiplnění zadavatele třetím osobám zpochybnil s poukazem na to, že o stejném „dodání zákazníků“ by bylo možné hovořit i v případě, kdy by zadavatel vyplácel podporu osobám v hmotné nouzi v penězích. Je však třeba vzhledem k primární alimentární funkci poukázek a ve světle čl. III smlouvy ze dne 29. 1. 2008, v němž se zadavatel zavázal podporovat vznik sítě prodejen, v nichž bude možné použít poukázky pro osoby v hmotné nouzi, poukázat na skutečnost, že v případě peněžité výplaty dávek by stěžitel mohl zadavatel ovlivnit, aby osoby v hmotné nouzi s těmito penězi nenakládali v rozporu s jejich zamýšlenou funkcí, tj. aby za ně nakupovali např. alkoholické nápoje či peníze utráceli v zábavním průmyslu nebo ve výherních automatech, atp. Tomuto jevu mohou poukázky účinně zabránit, avšak je zároveň třeba zajistit síť provozovatelů maloobchodních prodejen, v nichž je bude možné uplatnit. Provozovatelé maloobchodních prodejen, kteří budou poukázky přijímat, budou z hlediska počtu potenciálních zákazníků bezesporu ve výhodnějším postavení vůči těm provozovatelům, kteří poukázky k platbě za zboží z nějakého důvodu přijímat nemohou nebo nechťejí.

34. Shrnuji tedy, že se v daném případě jedná o úplatné poskytování služeb na základě požadavku zadavatele, přičemž vybraný uchazeč ze získané provize hradí své náklady na zprostředkování. Rozdíl mezi provizí a těmito náklady pak činí jeho zisk. Provize hrazená vybranému uchazeči třetí osobou je nedílnou součástí ceny veřejné zakázky, neboť právě o tuto hodnotu jsou sníženy výdaje poskytnuté z veřejného rozpočtu zadavatele na realizaci veřejné zakázky. Skutečnost, zda v tomto případě výši provize stanoví direktivně zadavatel, či následně vybraný uchazeč, není podstatná. V šetřeném případě zadavatel nevyužil možnosti stanovit výši provize a stanovil ji až následně vybraný uchazeč ve smlouvě o zprostředkování prodeje zboží třetí osoby zákazníkům v provozovnách. Ačkoli tedy zadavatel sjednanou výši provize přímo neovlivnil, učinit tak mohl a předmětná veřejná zakázka mohla být realizována za stejných či dokonce pro něj výhodnějších podmínek.
35. V návaznosti na výše uvedené tedy shrnuji, že nabídková cena je tvořena jednak zjevně se objevující provizí hrazenou zadavatelem ve formě ceny za službu, stejně jako je zřejmé, že se v ní projevuje i druhá součást, kterou inkasuje vydavatel stravovacích poukazů (zadavatel) od třetích subjektů ve „skryté“ podobě, která se ale jednoznačně ekonomicky odráží ve výši ceny poskytnutého plnění, tedy dodávané stravenky či poukazu (shora označené jako cena za službu). V obecné rovině lze konstatovat, že konstrukce smluvních závazkových vztahů v oblasti poskytování stravovacích či jiných obdobných poukazů je dlouhodobě konstantní a zisk dodavatele (zde vybraného uchazeče) spočívá jednak v inkasování úhrady za poskytnutou službu, a dále i v příjmu spočívajícím v provizním systému mezi dodavatelem poukázek a poskytovateli dodávek či služeb (v praxi nejčastěji půjde o provozovatele stravovacích zařízení nebo maloobchodních prodejen s potravinami) jejich konečných příjemců (zde osobám v hmotné nouzi). S příjmem spočívajícím v inkasovaných provizích

od poskytovatelů dodávek či služeb může totiž dodavatel poukazů při tvorbě nabídkové ceny spolehlivě kalkulovat (a také tak činit), přičemž o provizi obdrženou od poskytovatelů dodávek a služeb může cenu nabídnutou zadavateli patřičně snížit a dosáhnout tak ekonomicky výhodnější nabídky při současném zachování přiměřeného zisku. Takto uplatňované snížení nabídkové ceny má však přímý dopad na veřejné prostředky vynakládané zadavatelem na pořizování stravovacích poukazů, neboť pokud by popsán provizní systém neexistoval, zcela nepochybně by nabídková cena požadovaná dodavateli (tj. zájemci o veřejnou zakázku) byla vyšší právě o zmíněnou provizi, jež je dodavatelům stravovacích poukazů fungováním provizního systému garantována. Vliv na veřejné prostředky je proto nepochybně dán. K tomu dodávám, že je to pouze celková hodnota veřejné zakázky (či její hodnota předpokládaná) z pohledu zájmu potenciálního dodavatele, která je rozhodující pro určení způsobu jejího zadání, a nikoliv jen ta část, která má vliv na veřejné prostředky.

36. Obdobné závěry podporuje i rozsudek Evropského soudního dvora (dále jen „**ESD**“) ze dne 18. 1. 2007 č. C-220/05 ve věci Jean Auroux a spol. proti Commune de Roanne, dle kterých je pro určení hodnoty zakázky pro účely článku 6 směrnice 93/37/EHS, ve znění směrnice 97/52, třeba vzít v úvahu celkovou hodnotu zakázky na stavební práce z pohledu potenciálního uchazeče, což zahrnuje nejen úhrn částek, které má zaplatit zadavatel, ale i všechny příjmy pocházející od třetích osob. Z tohoto rozsudku je třeba citovat následující klíčové pasáže: „Jelikož je cílem postupů zadávání veřejných zakázek na stavební práce uvedených ve směrnici právě zajištění přístupu potenciálních uchazečů usazených v Evropském společenství k veřejným zakázkám, které je zájímají, mělo by se při výpočtu, zda hodnota zakázky dosahuje prahové hodnoty stanovené článkem 6 směrnice, vycházet z jejich úhlu pohledu. V tomto ohledu je zjevné, že pokud se hodnota zakázky skládá zároveň z příjmů od zadavatele, tak od třetích osob, zájem potenciálního uchazeče na této zakázce se odvíjí od její celkové hodnoty. Naopak teze, podle které by měly být při výpočtu hodnoty zakázky ve smyslu článku 6 směrnice vzaty v úvahu pouze částky zaplacené zadavatelem, by ohrozila její účel. Z toho by vyplývalo, že by zadavatel mohl zadat zakázku, jejíž celková hodnota by přesahovala prahovou hodnotu stanovenou zmíněným článkem 6 a která by mohla zajímat jiné zhotovitele působící na trhu, bez uplatnění postupů zadávání veřejných zakázek na stavební práce stanovených ve směrnici. Konečně je třeba připomenout, že podle článku 3 směrnice se koncese na veřejné stavební práce řídí pravidly pro zveřejňování stanovenými směrnici, pokud je dosažena prahová hodnota stanovená v uvedeném ustanovení. Jelikož podstatným znakem těchto koncesí je skutečnost, že celé nebo část protiplnění za stavební práce pochází od třetích osob, bylo by v rozporu s účelem a systémem, který směrnice zavádí, kdyby v rámci veřejných zakázek na stavební práce částky pocházející od třetích osob nebyly započítány do hodnoty zakázky pro účely článku 6 směrnice. Vzhledem k výše uvedenému je třeba na druhou otázku odpovědět tak, že pro určení hodnoty zakázky pro účely článku 6 směrnice je třeba vzít v úvahu celkovou hodnotu zakázky na stavební práce z pohledu potenciálního uchazeče, což zahrnuje nejen úhrn částek, které má zaplatit zadavatel, ale i všechny příjmy pocházející od třetích osob.“ Ačkoliv se v citovaném rozsudku ESD jednalo o výklad čl. 6 směrnice Rady č. 93/37/EHS, mají uvedené právní závěry Soudního dvora relevanci i k právní úpravě bezprostředně navazující,

jíž je čl. 9 směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES, vztahující se rovněž na dodávky a služby.

37. Pro úplnost znovu reaguji na odůvodnění rozsudku krajského soudu, v němž krajský soud konstatoval, že pokud jde o úplatu za plnění veřejné zakázky, a to ať už ve smyslu nabídkové ceny nebo ve smyslu předpokládané hodnoty, vždy se musí jednat o úplatu, která jde k tíži veřejných prostředků; pokud úplatu platí dodavateli třetí osoby ze zdrojů soukromých, nespadá částka odpovídající výši takové úplaty do režimu zákona a nemůže tak být součástí nabídkové ceny, neboť není placena z veřejných prostředků zadavatele ani veřejných prostředků jiných. Krajský soud tak neshledal, že by tzv. skrytá provize, kterou by měl vybraný uchazeč v souvislosti s plněním veřejné zakázky získávat od provozovatelů veřejného stravování či maloobchodních prodejen, byla placena z veřejných prostředků svěřených zadavateli, ani z veřejných prostředků jiných, a to ani nepřímou. Mám však zato, že citovaným rozsudkem ESD byl názor krajského soudu vyvrácen; jak z tohoto rozsudku vyplývá, ESD akcentoval při konstrukci předpokládané ceny veřejné zakázky pohled uchazečů o veřejnou zakázku, kteří jsou v procesu formování zájmu o účast v soutěži o ni motivováni celkovou výší finančních prostředků, které mohou získat, a to bez ohledu na jejich zdroj (tj. na skutečnost, zda tyto prostředky budou pocházet ze zdrojů veřejných či soukromých, případně v jakém poměru). V tomto pojetí se odráží základní zásady zadávacího řízení, jejichž podstatou je požadavek na zajištění transparentní, nediskriminační a právními předpisy regulované hospodářské soutěže mezi potenciálními dodavateli i o taková peněžitá plnění, která sice pocházejí částečně i ze „soukromých“ zdrojů, nicméně k vytvoření těchto peněžních toků přispěl svou činností a svými (veřejnými) finančními prostředky i sám veřejný zadavatel. Je to tedy pouze celková hodnota veřejné zakázky z pohledu zájmu potenciálního dodavatele, která je rozhodující pro určení způsobu jejího zadání a potažmo výpočtu kauce, a nikoliv jen ta část, která má vliv na veřejné prostředky.
38. Shrnuji tedy, že existence veřejné zakázky vyžaduje na straně veřejného zadavatele požadavek na dodávky, služby či provedení stavebních prací. V tomto případě zadavatel požadoval zajištění činností spojených s prodejem zboží za poukázky pořízené z jeho finančních prostředků (které v případě poukázek pro osoby v hmotné nouzi činí 31,2 mil Kč ročně). Další podmínkou existence veřejné zakázky je poskytnutí těchto dodávek, služeb či provedení stavebních prací. V šetřeném případě služby poskytl vybraný uchazeč na základě smlouvy uzavřené se zadavatelem a na základě smlouvy uzavřené se třetí osobou. I když se jedná o dvě samostatné smlouvy, byly uzavřeny ve vzájemné souvislosti a společně umožňují realizaci požadavku zadavatele. Poslední podmínkou je znak úplatnosti veřejné zakázky. Jak bylo uvedeno výše, je možné zvolit více modelů úhrady veřejné zakázky, jejichž rozdíl je čistě formální, ne však věcný; liší se pouze způsob konstrukce úhrady, přičemž ekonomická podstata věci zůstává stále stejná, volbou určitého modelu se však nelze vyhnout postupu podle zákona. Provize poskytovaná třetími osobami je fakticky platbou za službu, která je poskytována v zájmu a na objednávku zadavatele a spočívá ve zprostředkování poskytované pomoci v hmotné nouzi. Skutečnost, že právní prostředí, ve kterém je tato služba poskytována, je poměrně nepřehledné, respektive že se tak děje na základě několika vzájemně souvisejících právních vztahů, nemění vlastní charakter této služby a nemůže být tedy důvodem k jejímu vynětí z režimu zákona. Jinými slovy lze konstatovat, že se zadavatel

nemůže vyhnout postupu podle zákona tím, že část svých vlastních rozhodovacích pravomocí (např. stanovení výše provize) přenesl na své smluvní partnery a přistoupí na jejich konstrukci obchodně-právních vztahů. Na druhé straně opakuji ve shodě s napadeným rozhodnutím, že je v této souvislosti zřejmé, že předmětný systém výměny zboží za poukázky funguje v daném oboru již dlouhodobě a na území celé ČR, tedy nebyl vytvořen *ad hoc* pro tuto veřejnou zakázku, a proto se může zdát, že zadavatel neměl jinou možnost postupu. Jakkoli jsem si vědom této skutečnosti a respektuji vyšší náročnost řádného a zákonného zadání veřejné zakázky, nezbývá mi než znovu konstatovat, že právní a organizační obtíže při zadání veřejné zakázky nemohou zdůvodnit postup mimo režim zákona. Mám tedy shodně s napadeným rozhodnutím zato, že se v tomto případě jednalo o podlimitní veřejnou zakázku, kterou byl zadavatel povinen zadat v některém druhu zadávacího řízení předpokládaném ustanovením § 21 odst. 1 zákona.

K dalším námitkám rozkladu

39. K námitce zadavatele, že Úřad v napadeném rozhodnutí vycházel ze závěru, že zadavatel při zajišťování dávek pomoci v hmotné nouzi vykonával tuto činnost v rámci výkonu samostatné působnosti, uvádím, že zákon nerozlišuje mezi zadáváním veřejné zakázky v „samostatné“ a v „přenesené působnosti“. Tato námitka je tedy bezpředmětná.
40. Zadavatel dále v rozkladu namítá, že odkaz v odůvodnění napadeného rozhodnutí na rozhodnutí č. j. S159/2007/VZ-13474/2007/540-Mč nepovažuje za přílehlavý, neboť problematika tohoto případu předpokládá, že osoba, která provizi poskytuje, se stane účastníkem smluvního vztahu se zadavatelem. K tomuto uvádím, že konstrukce právních vztahů v šetřeném případě je více členitá, a přestože mezi zadavatelem a vybraným uchazečem nedošlo k uzavření smlouvy, na základě které by byla poskytována vybranému uchazeči provize, tato je mu poskytována v přímé souvislosti s touto smlouvou na základě smlouvy mezi vybraným uchazečem a třetí osobou. Blíže byla problematika financování veřejné zakázky rozebrána výše.
41. K námitce vybraného uchazeče, že Úřad při určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky neurčitě a nepřesně vychází z neurčitého pojmu „v úvahu přicházejících smluvních partnerů, u kterých se uplatní poukázky TICKET SERVICE“, přičemž tyto poukázky lze uplatnit na území celé České republiky u jakéhokoli smluvního partnera navrhovatele a při proměnlivé výši provize, uvádím následující. V souladu se článkem II. smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi bude síť vybraných provozoven vytvořena v úzké spolupráci dodavatele s odběratelem. Současně podle článku III. smlouvy bude v případě požadavku odběratele na rozšíření počtu vybraných provozoven nad 10 za každou další provozovnu účtován jednorázový poplatek ve výši 150 Kč. Lze tedy očekávat, že se nejedná o jakoukoli provozovnu na území České republiky, ale o provozovnu, která je stanovena ve spolupráci dodavatele se zadavatelem. Ve vztahu k výši provizí vycházel Úřad ze sdělení vybraného uchazeče ze dne 30. 6. 2008, které uvádí požadovanou výši provize v provozovnách TICKET SERVICE, které připadají v úvahu. I pokud by poukázky byly uplatněny v jiných, než v uvedených prodejnách a při nižší provizi (až o jednu třetinu), předpokládaná hodnota veřejné zakázky by překročila hranici pro veřejnou zakázku malého rozsahu stanovenou

v § 12 odst. 3 zákona a bylo by nutné ji zadat v některém ze zákonem stanovených druhů zadávacího řízení.

42. K námitce vybraného uchazeče, že v rozhodovací praxi Úřadu došlo k nepřipustnému posunu v pojetí definice veřejné zakázky, uvádím následující. V případě řešeném rozhodnutím ze dne 23. 2. 2007, č. j. S027/2007/03915/2007/530-MČ, došel Úřad k závěru, že se nejednalo o veřejnou zakázku, neboť uchazeči požadovaná provize vůči zadavateli činila 0%, a proto Úřad řízení zastavil. Jak uvádí napadené rozhodnutí, v následujících rozhodnutích již Úřad konstatoval, že do předpokládané hodnoty veřejné zakázky je nutné zahrnout i případné příjmy od třetích subjektů. K tomuto uvádím, že každý případ je projednáván samostatně, v závislosti na konkrétním skutkovém stavu věci a s ohledem na specifické a ojedinělé okolnosti toho kterého případu. Spolu s rozvíjející se problematikou jednotlivých případů pak logicky dochází i k vývoji právního stanoviska Úřadu. Právě skutečnost, že předmětné rozhodnutí a jeho právní problematika spadá do oblasti, která je právně složitá a teprve v relativně nedávné době došlo k profilaci konečného stanoviska Úřadu (s přihlédnutím k aktuálnímu vývoji judikatury ESD), stejně jako skutečnost, že zadavatel byl vzhledem k dosavadnímu výkladu zákona přesvědčen o zákonnosti svého postupu, byla zohledněna ve prospěch zadavatele při stanovení výše pokuty. V této souvislosti považuji za významné zdůraznit, že chronologicky mladší rozhodnutí, vycházející z funkčního pojetí veřejné zakázky, byla následně potvrzena i ve druhém stupni a jsou běžně dostupná na webových stránkách Úřadu, a tedy jsou k plné dispozici široké veřejnosti. V důsledku výše uvedeného nepovažuji napadené rozhodnutí za rozhodnutí vydané v rozporu se zásadou legitimního očekávání či jinak nepřipustně překračující pravomoci Úřadu při výkladu a aplikaci zákona.
43. Vybraný uchazeč dále namítá, že se nemohl seznámit se zněním rozhodnutí Úřadu ze dne 23. 7. 2007, č. j. S159/2007/VZ-13474/2007/540/MČ, neboť není přístupné na internetových stránkách Úřadu a objektivně tedy ani nemohlo jakýmkoli způsobem ovlivnit jeho legitimní očekávání ve vztahu ke kontinuitě dosavadního rozhodování ve smyslu zachování základních zásad dobré správy. K tomuto uvádím, že se toto rozhodnutí na internetových stránkách Úřadu nalézá. O přístupnosti tohoto rozhodnutí svědčí i rozklad zadavatele, který se k němu vyjadřuje. Tato námitka vybraného uchazeče je tedy bezpředmětná.
44. K námitce zadavatele i vybraného uchazeče o nevhodnosti odkazu Úřadu na rozhodnutí č. j. S121/2008/VZ-12420/2008/510/Od, které dle nich vychází z jiné skutkové podstaty, uvádím, že toto rozhodnutí řeší prakticky totožný případ s jiným počtem subjektů, které do právních vztahů vstupují. Skutečnost, zda zadavatel využil možnosti stanovit výši provize, či zda tato byla určena až následně vybraným uchazečem, není podstatná. Tato problematika je blíže řešena v části věnované definici veřejné zakázky.
45. K sankci a její výši uvádím, že jsem setrval na závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a nejsou tedy dány podmínky pro snížení pokuty nebo upuštění od ní. Při stanovení výše pokuty odkazují na odůvodnění napadeného rozhodnutí, přičemž opětovně uvádím, že při stanovení výše pokuty Úřad zohlednil mimořádnou právní složitost řešené problematiky

a současně vzal v úvahu skutečnost, že zadavatel před uzavřením dotčené smlouvy prováděl v předmětné věci průzkum trhu.

VI. Závěr

46. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uvedených v rozkladech.
47. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu ve spojení s § 152 odst. 4 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Město Litvínov, nám. Míru 11, 436 91 Litvínov
2. Edenred CZ, s. r. o. Na Poříčí 1076/5, 110 00 Praha

Vypraveno dne:

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