

Č. j. S175/2008/VZ-14077/2008/520/AB

V Brně dne 30. října 2008

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení, zahájeném z vlastního podnětu dne 24.6.2008, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Litvínov, IČ 00266027, nám. Míru 11, 436 91 Litvínov, zastoupené Mgr. Milanem Šťovíčkem, starostou,
- vybraný uchazeč – Accor Services CZ s. r. o., IČ 49711962, Na Poříčí 1076/5, 110 00 Praha, za niž jedná André Cantiniaux, jednatel,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v souvislosti s uzavřením smlouvy ze dne 29.2.2008 s výše uvedeným vybraným uchazečem, jejíž předmětem je zajištění prodeje zboží na poukázky pro osoby v hmotné nouzi,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Litvínov, IČ 00266027, nám. Míru 11, 436 91 Litvínov – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že před uzavřením smlouvy, jejíž předmětem jsou služby spojené se zajištěním prodeje zboží na poukázky pro osoby v hmotné nouzi, nedodržel postup stanovený v § 21 citovaného zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – město Litvínov, IČ 00266027, nám. Míru 11, 436 91 Litvínov – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 1750850001.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel dne 22.5.2008 a dne 2.6.2008 podněty, jejichž obsahem je názor pisatelů, že zadavatel – město Litvínov, IČ 00266027, nám. Míru 11, 436 91 Litvínov, zastoupené Mgr. Milanem Šťovíčkem, starostou (dále jen „zadavatel“) – postupoval v rozporu se zákonem, když 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, které byly zaevidovány pod č. j. P304/2008 a P367/2008, Úřad zjistil, že zadavatel uzavřel dne 29.2.2008 smlouvu o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi se společností Accor Services CZ s. r. o., IČ 49711962, Na Poříčí 1076/5, 110 00 Praha, za niž jedná André Cantiniaux, jednatel (dále jen „Accor Services CZ“), 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.

V písemném stanovisku ze dne 2.6.2008 zadavatel uvedl, že měl k dispozici pro účely výběru smluvního partnera dvě nabídky dodavatelů poukázek. S ohledem na zkušenosti v dalších městech, tedy s ohledem na poskytnuté reference, a proto, že plnění nabídnuté dodavatelem Accor Services CZ bylo pro zadavatele výhodnější, vyhodnotil zadavatel jeho nabídku jako nejvhodnější. Podle smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi ze dne 29.2.2008 je město Litvínov povinno hradit pouze tyto částky

- 2000,- Kč za vytvoření sítě vybraných provozoven do maximálně 10 provozoven
- 150,- Kč za vytvoření každé provozovny nad výše sjednaný počet
- 300,- Kč za dodání objednaných poukázek.

Dále zadavatel konstatoval, že nemá žádnou informaci o provizi, kterou by dodavatel Accor Services CZ obdržel od třetích osob.

Po přezkoumání obsahu výše uvedené smlouvy uzavřené s uchazečem Accor Services CZ získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- vybraný uchazeč – Accor Services CZ.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. S175/2008/VZ-12456/2008/520/AB ze dne 19.6.2008, ve kterém účastníky řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi, zejména pochybnostmi o správnosti postupu zadavatele při výběru uchazeče Accor Services CZ bez zadávacího řízení. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. S175/2008/VZ-15457/2008/520/AB ze dne 19.6.2008 stanovil lhůtu, ve které jsou podle § 36 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., oprávněni navrhnout důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 citovaného zákona v návaznosti na § 39 odst. 1 citovaného zákona oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se podle § 36 odst. 3 citovaného zákona v návaznosti na § 39 odst. 1 citovaného zákona mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Tímto usnesením Úřad stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – sdělení předpokládaného počtu osob, kterým je vyplácena pomoc v hmotné nouzi formou poukázek a její celková výše měsíčně a vybranému uchazeči lhůtu k provedení úkonu – sdělení výše provize, kterou má sjednanou s třetími osobami, resp. s provozovny, ve kterých je zabezpečen prodej zboží na poukázky, které jsou předmětem smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi uzavřené se zadavatelem dne 29.2.2008.

Dne 24.6.2008, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno účastníkům řízení, bylo podle § 113 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení z moci úřední.

Dne 1.7.2008 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření k oznámení o zahájení správního řízení, ve kterém zadavatel uvádí, že měsíčně je formou poukázek vypláceno 1196 klientům 2,6 mil. Kč. Zadavatel zastává názor, že postupoval v souladu se zákonem, když zadal předmětnou zakázku jako zakázku malého rozsahu, do jejíž hodnoty nezapočítal nominální hodnotu poukázek, ani hodnotu provizi, které měl údajně obdržet dodavatel. Zadavatel odkazuje na předchozí rozhodnutí Úřadu a to rozhodnutí č. S159/2007 ze dne 23.7.2007 a č. j. R163/2007/02-03863/2008/310-Hr. Současně zadavatel namítá, že mu nebylo známo, zda dodavatel obdrží od třetích osob provizi a v jaké výši. Zadavatel dále argumentuje, že předmětná provize, hrazená třetími osobami není provizí, která by byla placena z veřejných finančních prostředků, a proto navrhuje zastavení předmětného správního řízení.

Vybraný uchazeč Accor Services CZ zaslal Úřadu vyjádření, které Úřad obdržel dne 1.7.2008, jímž sdělil, že v předmětné věci se jedná o poukázky, které lze uplatnit po celém území ČR, nikoliv jen v Litvínově. Současně předkládá seznam smluvních partnerů, u nichž připadá v úvahu použití předmětných poukázek TICKET SERVICE včetně výše jejich provize. Uchazeč poukazuje na skutečnost, že zadavatel nemá možnost ovlivnit obsah smluvního vztahu vzniklého mezi uchazečem a těmito třetími osobami, které jsou samostatnými obchodními subjekty, na základě smlouvy o zprostředkování, jejíž vzor předkládá. Podle sdělení uchazeče je uvedena provize výdajem těchto samostatných obchodních subjektů a nikoliv výdajem zadavatele. Platba, kterou od zadavatele uchazeč podle smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi obdrží, je platba za rozšíření sítě smluvních subjektů, která je v této smlouvě uvedena. Uchazeč argumentuje, že v podobné věci Úřad vydal dne 23. února 2007 rozhodnutí S027/2007-

03915/2007/530/MČ, kdy Úřad dospěl k závěru, že se nejednalo o veřejnou zakázku, jestliže uchazeči požadovaná provize vůči zadavateli činila 0 %. Zahrnutí výše provize mezi samostatnými obchodními subjekty do hodnoty zakázky mezi uchazečem a zadavatelem je, podle názoru uchazeče, v rozporu s gramatickým výkladem právní normy a legitimním očekáváním při její aplikaci.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména obsahu smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi uzavřené dne 29.2.2008 mezi zadavatelem a uchazečem a obsahu na ni navazující vzorové smlouvy mezi uchazečem a třetí osobou, vyjádření předložených zadavatelem a uchazečem a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, a proto rozhodl o uložení pokuty. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Podle § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou 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. Podle § 7 odst. 3 zákona se veřejné zakázky podle výše předpokládané hodnoty dělí na nadlimitní veřejné zakázky, podlimitní veřejné zakázky a veřejné zakázky malého rozsahu.

Podle smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi ze dne 29.2.2008 je zadavatel povinen hradit uchazeči tyto částky

- 2000,- Kč za vytvoření sítě vybraných provozoven do maximálně 10 provozoven
- 150,- Kč za vytvoření každé provozovny nad výše sjednaný počet
- 300,- Kč za dodání objednaných poukázek.

Podle předloženého vzoru smlouvy o zprostředkování prodeje zboží třetí osoby, (objednatele) zákazníkům (držitelům poukázek TICKET SERVICE, klientům zadavatele) v provozovnách je tato třetí osoba povinna uhradit uchazeči provizi, jejíž výše je v případě v úvahu připadajících smluvních partnerů, u nichž se uplatní poukázky TICKET SERVICE distribuované zadavatelem, 3,5 – 5 % z hodnoty realizovaných poukázek (viz Příloha – Požadovaná výše provizí). Jedná se o vyšší provize, kterou zadavatel nemůže nijak ovlivnit.

Z výše uvedené smlouvy tedy vyplývá, že uchazeč je odměňován převážně třetími osobami, tzn. že za každý případ zprostředkování prodeje zboží držitelům poukázky TICKET SERVICE (klientovi zadavatele) má právo na provizi z hodnoty realizovaných poukázek.

Současně uchazeč předložil vzor obchodní smlouvy, kterou aplikuje v jiných případech, jejíž předmětem je uchazečem zajištěné zprostředkování poskytnutí služeb v síti tělovýchovných, sportovních, kulturních, vzdělávacích, zdravotnických, předškolních a rekreačních zařízení a dodání příslušných poukázek pro uplatnění těchto služeb za provizi, jejíž výše se vypočítá procentním podílem (nespecifikované výše) z hodnoty objednaných poukázek. Plátcem této provize podle této smlouvy je odběratel příslušných poukázek.

K otázce úplatnosti služeb spočívajících v zabezpečení poukázek pro zadavatele Úřad uvádí, že zadavateli ze smlouvy sice nemusí vzniknout přímý peněžitý závazek zadavatele

vůči uchazeči, avšak de facto se jedná o úplatné poskytování služeb na základě požadavku zadavatele, pouze odměna je konstruována formou provize, kterou sice zaplatí třetí subjekt, ale za protiplnění zadavatele, tj. „dodání“ zákazníků, držitelů poukázek. Pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky je tedy určující výše provize, kterou uchazeč obdrží od třetího subjektu nebo od zadavatele, na jehož náklady se zprostředkování prodeje zboží (event. služeb) realizuje, spolu s platbami, které obdrží přímo od zadavatele.

Za účelem ověření správnosti postupu zadavatele si Úřad od zadavatele vyžádal podklady pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a zjistil, že výše čerpání rozpočtových prostředků zadavatele na poukázky činí 2,6 mil. Kč měsíčně, tj. 31,2 mil. Kč ročně. Při zaplacení nejnižší možné provize uvedené uchazečem v příloze – Požadovaná výše provizí smlouvě, tj. 3,5 % z maximální výše realizovaných poukázek (tedy z 31,2 mil Kč), by provize uchazeče byla ve výši 1,092 mil Kč za rok. Při zaplacení nejvyšší možné provize uvedené v cit. příloze, tj. 5% z maximální výše realizovaných poukázek (tedy z 31,2 mil Kč), by provize uchazeče činila 1,56 mil Kč za rok.

Podle § 15 odst. 1 zákona se předpokládaná hodnota veřejné zakázky na služby stanoví obdobně jako předpokládaná hodnota veřejné zakázky na dodávky, což v šetřeném případě znamená, že se podle § 14 odst. 1 písm. b) zákona předpokládaná hodnota veřejné zakázky na služby stanoví z předpokládané výše celkového peněžitého závazku zadavatele za 48 měsíců, má-li být smlouva uzavřena na dobu neurčitou.

Smlouva o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi ze dne 29.2.2008 je uzavřena na dobu neurčitou. Z výše uvedeného vyplývá, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky bude za 48 měsíců přibližně 4,368 mil - 6,24 mil Kč, tudíž se jedná o veřejnou zakázku, kterou musí zadavatel zadat v jednom ze zákonem stanovených druhů zadávacího řízení.

K otázce naplnění pojmových znaků dané veřejné zakázky Úřad uvádí, že základními pojmovými znaky veřejné zakázky vyplývajícími z definice uvedené v § 7 zákona jsou předmět a úplatnost. Předmětem veřejné zakázky se rozumí dodávky, služby nebo stavební práce, které slouží k naplnění záměrů zadavatele.

Ze smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi ze dne 29.2.2008 je zřejmé, že zadavatel požadoval zajistit činnosti spojené s prodejem zboží za poukázky pořízené z jeho finančních prostředků. Z uvedeného vyplývá, že předmětem uzavřených smluv jsou služby, čímž byla naplněna podmínka týkající se předmětu veřejné zakázky.

V případě dalšího pojmového znaku veřejné zakázky – úplatnosti – se jedná o úplatu zpravidla hrazenou zadavatelem, avšak nelze vyloučit ani „nepřímou“ úhradu z jiných zdrojů, jako je tomu v šetřeném případě. Zadavatel měl možnost hradit náklady spojené s pořízením poukázek a zajištěním jejich realizace v rámci provize hrazené uchazeči tak, jak je tato konstrukce například uvedena ve vzoru obchodní smlouvy o zprostředkování poskytnutí služeb v síti tělovýchovných, sportovních, kulturních, vzdělávacích, zdravotnických, předškolních a rekreačních zařízeních a dodání příslušných poukázek pro uplatnění těchto služeb. Místo toho volil jinou konstrukci úhrad, tj. úhradu nákladů dopravy poukázek a nákladů za vytvoření sítě provozoven, v nichž lze poukázky realizovat, s tím, že třetí osobou bude uchazeči uhrazena provize z titulu zvýšení počtu zákazníků z řad držitelů poukázek v hodnotě 31,2 mil. Kč ročně. Lze si představit model, kdy by třetí osoba platila odměnu či provizi za zvýšení počtu svých zákazníků přímo zadavateli a zadavatel by hradil uchazeči

náklady pořízení a distribuce poukázek a odměnu uchazeči za zprostředkování třetích osob v jejichž provozovnách budou poukázky realizovány, přičemž není důvod, proč by o náklady pořízení (tisk), distribuci poukázek a odměnu uchazeči za zprostředkování třetích osob, v jejichž provozovnách budou poukázky realizovány, neměla proběhnout soutěž podle zákona o veřejných zakázkách. Postup zadavatele v šetřeném případě ovšem nemůže mít za následek to, že by se zadavatel při objednávání zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi mohl vyhnout postupu podle zákona jen proto, že budou uzavřeny dvě samostatné smlouvy, jedna mezi zadavatelem a uchazečem a jedna mezi uchazečem a třetí osobou, prodejcem. Je tedy zřejmé, že i v šetřeném případě jde o plnění služeb požadovaných zadavatelem, přičemž poskytování těchto služeb se děje za úplaty, a proto je nutno považovat tyto služby za veřejnou zakázku, přestože část úplaty hradí jiné třetí osoby.

Úřad vycházel z funkčního pojetí definice veřejné zakázky, nikoliv z formálního, tj. užšího pojetí, podle které by definici veřejné zakázky nespatořoval v žádném vztahu, u kterého nedojde k přímým výdajům z rozpočtu zadavatele. Úřad sice vydal dne 23. února 2007 rozhodnutí S027/2007-03915/2007/530/MČ, kdy dospěl k závěru, že se nejednalo o veřejnou zakázku, jestliže uchazeči požadovaná provize vůči zadavateli činila 0 %, a řízení ve věci zastavil. Mezitím vydal již několik rozhodnutí, v nichž konstatoval, že do předpokládané ceny je nutné zahrnout i případné příjmy od třetích subjektů, a to např. rozhodnutí č.j. S159/2007/VZ-13474/2007/540/MČ ze dne 23. července 2007, které bylo potvrzeno druhoinstančním rozhodnutím předsedy ÚOHS č.j. R163/2007/02-03863/2008/310-Hr ze dne 15. února 2008 a rozhodnutí č.j. S121/2008/VZ-12420/2008/510/Od ze dne 23. června 2008, které bylo potvrzeno druhoinstančním rozhodnutím předsedy ÚOHS č.j. R127/2008/02-20513/2008/310-Hr ze dne 13. října 2008. Úřad proto nepovažuje toto rozhodnutí za rozhodnutí vydané v rozporu se zásadou legitimního očekávání.

Úřad se zabýval rovněž otázkou, zda předmětný smluvní vztah nelze považovat za koncesní smlouvu ve smyslu § 16 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“), tj. zda nenaplní znaky koncesní smlouvy uvedené v § 16 odst. 1 a 2 tohoto zákona.

Koncesní zákon v ust. § 16 odst. 1 uvádí, že koncesní smlouvou se koncesionář zavazuje poskytovat služby nebo i provést dílo a zadavatel se zavazuje umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích.

Z výše uvedených ustanovení vyplývá, že předmětem koncesní smlouvy jsou služby nebo stavební práce, tedy obdobně jako předmět veřejné zakázky, s tím rozdílem, že předmětem koncesní smlouvy nemohou být dodávky. Rovněž způsob úhrady může být obdobný, neboť koncesní zákon připouští, že braní užitků může mít vzhledem k výše uvedenému formu úplaty poskytovanou koncesionáři třetími osobami.

Rozdíl v definicích veřejné zakázky a koncesní smlouvy lze nalézt v ust. § 16 odst. 2 koncesního zákona, podle něhož podstatnou část rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář; rozdělení ostatních rizik mezi zadavatele a koncesionáře stanoví koncesní smlouva.

Úřad v rámci provedeného šetření neshledal podstatnou část rizik na straně vybraného uchazeče, neboť riziko „nerealizace“ poukázek pro osoby v hmotné nouzi je nízké, protože držitelé poukázek nemají možnost nevyužít předmětné poukázky, mají pouze možnost zvolit

určitý druh zboží či provozovnu, ve které poukázky realizují. Vybraný uchazeč má možnost ovlivnit výši odměny získané od třetí osoby, nese určité náklady spojené s poskytovanou službou, ale část těchto nákladů je kompenzována přímo zadavatelem. Z toho důvodu Úřad posoudil, že riziko uchazeče není podstatné. Proto Úřad vyloučil s odkazem na ust. § 16 odst. 2 zákona možnost, že se v daném případě jedná o koncesní smlouvu a konstatuje, že se v šetřeném případě smlouvy na zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi jedná o veřejnou zakázku.

Přestože platba za pořízení poukázek nebyla ve smlouvě o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi ze dne 29.2.2008 uvedena, musel Úřad při stanovení hodnoty veřejné zakázky vycházet nejen z plateb uvedených ve smlouvě o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi ze dne 29.2.2008, ale i z výše provize, kterou obdrží uchazeč od třetích osob místo zadavatele.

Podle § 13 odst. zákona se předpokládanou hodnotou veřejné zakázky rozumí zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky, který je zadavatel povinen stanovit pro účely postupu v zadávacím řízení před jeho zahájením. Při stanovení předpokládané hodnoty je vždy rozhodná cena bez daně z přidané hodnoty.

Z příslušného ustanovení smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi ze dne 29.2.2008 vyplývá, že předpokládaným peněžitým závazkem vyplývajícím z plnění veřejné zakázky je v šetřeném případě poplatek 2 000,- Kč za vytvoření sítě vybraných provozoven do maximálně 10 provozoven, 150,- Kč za vytvoření každé provozovny nad výše sjednaný počet tj. za 11 provozoven navíc 150,- Kč x 11 = 1650,- Kč a 300,- Kč za dodání objednaných poukázek tj. za 12 měsíců x 4 roky = 14 400,- Kč, tedy celkem 2 000 + 1650 + 14 400 = 20 050,- Kč. Ze smluv o zprostředkování mezi uchazečem a třetími subjekty činí provize nejméně 4 368 000,- Kč. Nejnižší předpokládaná výše veřejné zakázky za 4 roky činí tedy 4 388 050,-Kč. Tudíž se jedná o podlimitní veřejnou zakázku ve smyslu § 12 odst. 5 zákona, kterou je zadavatel povinen zadat v některém ze zadávacích řízení v souladu se zákonem.

Zákon upravuje v ustanovení § 21 odst. 1 zákona druhy zadávacích řízení, a to otevřené řízení, užší řízení, jednací řízení s uveřejněním, jednací řízení bez uveřejnění, soutěžní dialog, zjednodušené podlimitní řízení. Podle § 21 odst. 2 zákona zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění.

Z výše uvedených skutečností i ze stanovisek zadavatele je zcela zřejmé, že zadavatel před uzavřením smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi ze dne 29.2.2008 nepostupoval podle zákona, neboť veřejnou zakázku na uvedené služby nezadal v některém zákonem stanoveném zadávacím řízení uvedeném v § 21 zákona, tj. v otevřeném nebo užším řízení. Výběru dodavatele nepředcházelo žádné transparentně provedené zadávací řízení, které by objektivně dokládalo, že právě vybraný uchazeč nabízí nejlepší smluvní podmínky, naopak, zadavatel v šetřeném případě „přímo“ přistoupil k uzavření smlouvy, i když se jednalo o veřejnou zakázku ve smyslu § 7 zákona, a to o veřejnou zakázku na služby podle § 10 zákona. Protože zadavatel před uzavřením předmětných smluv na služby neprovedl zadávací řízení ve smyslu zákona, jeho postup mohl podstatně ovlivnit i výběr nejhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by v rámci transparentně uskutečněného zadávacího řízení obdržel i jiné, pro něj výhodnější, nabídky na požadované služby.

S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 21 zákona, když uzavřel šetřenou smlouvu bez předchozího provedení zadávacího řízení, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Uložení pokuty

- Podle § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že
- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82,
 - b) zruší zadávací řízení, aniž byly splněny podmínky podle § 84,
 - c) nepořídí nebo neuchová dokumentaci o veřejné zakázce podle § 109 a 155, nebo
 - d) nesplní povinnost stanovenou v § 146 a v 147 pro uveřejňování.

V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že veřejnou zakázku na služby nezadal v některém ze zadávacích řízení uvedených v § 21 zákona. Uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a provedl by zadávací řízení podle zákona, nelze vyloučit, že by zadavatel obdržel nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky požadovaných služeb, než jím přímo vybraný uchazeč, se kterým uzavřel zadavatel smlouvu.

Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlídně k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Podle § 121 odst. 3 zákona ve znění pozdějších předpisů odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 22.5.2008. Ke spáchání správního deliktu pak došlo uzavřením smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi dne 29.2.2008. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.

Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí prokazatelně nejméně 4 388 050,- Kč jak uvedeno výše. Horní hranice možné pokuty 5 % z ceny veřejné zakázky tedy činí po zaokrouhlení činí 219 402,- Kč.

Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu rovněž tu skutečnost, že zadavatel prováděl průzkum trhu v předmětné věci.

Úřad dále zohlednil při stanovení výše pokuty ve prospěch zadavatele právní složitost řešené problematiky, která byla v minulém období předmětem rozhodnutí Úřadu, který při svém rozhodování nepřihlížel k provizi získané uchazečem od třetích osob a přihlédl k tomu, že zadavatel byl vzhledem k dosavadnímu výkladu zákona přesvědčen o zákonnosti svého postupu, a proto rozhodl uložení sankce ve výši 30 000,- Kč.

Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující.

Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť předmětné smlouva byla již uzavřena.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Pavel Herman
ředitel sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Město Litvínov, IČ 00266027, nám. Míru 11, 436 91 Litvínov
Accor Services CZ s. r. o., IČ 49711962, Na Poříčí 1076/5, 110 00 Praha

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce

Zadavatel nemá možnost ovlivnit výši cen zboží v jednotlivých provozovnách, ve kterých se budou z jeho prostředků pořízené předmětné poukázky realizovat, a proto je z ekonomického hlediska zřejmé, že provize, kterou místo zadavatele (viz vzor obchodní smlouvy, jejíž předmětem je uchazečem zajištěné zprostředkování poskytnutí služeb v síti tělovýchovných, sportovních, kulturních, vzdělávacích, zdravotnických, předškolních a rekreačních zařízení a dodání příslušných poukázek pro uplatnění těchto služeb) uhradí třetí subjekt, bude součástí nákladů prodejce zboží, takže není vyloučeno, že se odrazí i ve zvýšené ceně tohoto zboží.

Přestože platba za pořízení poukázek nebyla ve smlouvě o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi ze dne 29.2.2008 uvedena, musel Úřad při stanovení hodnoty veřejné zakázky vycházet nejen z plateb uvedených ve smlouvě o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi ze dne 29.2.2008, ale i z výše provize, kterou obdrží uchazeč od třetích osob místo zadavatele. neboť se jedná o skrytý zápočet příjmu zadavatele za zvýšení počtu zákazníků a jeho výdaje za pořízení poukázek (tisk).