



UOHSX0055CWS

PŘESEDÁ ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R285/2012/VZ-11150/2013/310/RBu

Brno 17. června 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 10. 10. 2012, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném zadavatelem –

- **Statutárním městem České Budějovice**, IČ 00244732, se sídlem nám. Přemysla Otakara II. č. 1, 2, 370 92 České Budějovice

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S593/2011/VZ-18002/2011/513/JWe ze dne 25. 9. 2012,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti s uzavřením smlouvy č. 20070000422 ze dne 13. 11. 2007 na plnění veřejné zakázky „**Outsourcing serverové farmy**“, zadané v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona na základě výzvy k jednání ze dne 7. 9. 2007 a dodatku č. 2 ze dne 15. 6. 2010 k této smlouvě,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S593/2011/VZ-18002/2011/513/JWe ze dne 25. 9. 2012 podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) ¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 11. 8. 2011 podnět k přezkoumání postupu zadavatele - Statutární město České Budějovice, IČ 00244732, se sídlem nám. Přemysla Otakara II č. 1,2, 370 92 České Budějovice (dále jen „**zadavatel**“), v souvislosti s uzavřením smlouvy o dodávce HW zařízení, SW vybavení a o poskytování služeb č. 20070000422 ze dne 13. 11. 2007 (dále jen „**smlouva**“) na plnění veřejné zakázky „Outsourcing serverové farmy“, zadané v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona na základě výzvy k jednání ze dne 7. 9. 2007 (dále jen „**veřejná zakázka**“) a v souvislosti s uzavřením dodatku č. 2 ze dne 15. 6. 2010 k této smlouvě bez zadávacího řízení (dále jen „**dodatek**“).
2. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 25. 10. 2007 vyplývá, že hodnotící komise posuzovala jednu nabídku předloženou dodavatelem dne 15. 10. 2007 a konstatovala, že tato nabídka splňuje požadavky zadavatele jak na cenu, tak na termín provádění požadovaných prací a dodávek. Zadavatel uzavřel s dodavatelem dne 13. 11. 2007 smlouvu a dne 15. 6. 2010 uzavřel s odvoláním na čl. VII.7.8 smlouvy s dodavatelem bez zadávacího řízení dodatek.
3. Úřad na základě podnětu získal pochybnosti, zda byl při zadání veřejné zakázky dodržen zákon, a zahájil dne 9. 12. 2011 správní řízení z moci úřední.

II. Napadené rozhodnutí

4. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění vydal dne 25. 9. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S593/2011/VZ-18002/2011/513/JWe (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jelikož Úřad shledal, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky stanovené v § 23 zákona, přičemž výše uvedený postup zadavatel mohl podstatně

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

ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem – BIT SERVIS spol. s r.o., IČ 45793972, se sídlem Libušská 144/252, 142 00 Praha 4 (dále jen „**vybraný uchazeč**“) – uzavřel zadavatel smlouvu na plnění veřejné zakázky. Úřad napadeným rozhodnutím rovněž rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když uzavřel dne 15. 6. 2010 dodatek ke smlouvě na plnění veřejné zakázky, aniž by dodržel postup stanovený v § 21 zákona ve spojení s § 6 zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za spáchání výše uvedených správních deliktů Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 1 300 000 Kč.

5. K použití jednacího řízení bez uveřejnění a ohledně aplikace § 23 odst. 4 písm. a) Úřad uvedl, že je na zadavateli, aby prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. Takové objektivní důvody musí skutečně existovat a podmínky pro aplikaci citovaného ustanovení zákona musí být naplněny fakticky a nestačí pouhý názor zadavatele či předložení listiny nebo zprávy o posouzení stavu. Úřad upozornil na skutečnost, že zadavatel sám uvedl, že si nechal zpracovat dvě obdobné oponentní nabídky na změnu hardware (dále jen „**HW**“) a software (dále je „**SW**“) systému, jejichž nabídkové ceny byly srovnatelné s nabídkou stávajícího dodavatele. Úřad tedy dospěl k tomu, že není vyloučeno, pokud by zadavatel veřejnou zakázku zadával v otevřeném řízení, mohl by obdržet od více uchazečů nabídky splňující všechny jeho technické požadavky s tím, že tyto nabídky mohly být výhodnější než nabídka stávajícího dodavatele.
6. Hlavním důvodem pro zvolení formy jednacího řízení bez uveřejnění byla v případě veřejné zakázky složitost stávajícího ICT systému zadavatele a z toho vyplývající zadavatelovy obavy z toho, že zadání veřejné zakázky jinému, než stávajícímu dodavateli by přineslo nejen diskontinuitu, nýbrž i vysoké riziko přerušení či odstávky provozu a zároveň zadavatel vyzdvihl dobré zkušenosti se stávajícím dodavatelem. K těmto argumentům zadavatele Úřad uvedl, že je považuje za irelevantní, neboť ve své podstatě nejsou technickými důvody a neopravňují tedy zadavatele k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění zejména proto, že zadavatel při přípravě veřejné zakázky oslovil dvě společnosti se žádostí o předložení na plnění předmětu veřejné zakázky a podle jeho vyjádření od nich obdržel dvě nabídky, čímž prokázal, že existují minimálně další dva dodavatelé schopní předmět veřejné zakázky splnit.
7. K uzavření dodatku Úřad dospěl k závěru, že z textu dodatku vyplývá, že jeho uzavřením došlo k podstatné změně v předmětu plnění veřejné zakázky, neboť byly pořízeny nové a modernější komponenty HW zařízení a rovněž nové SW vybavení. Úřad v napadeném rozhodnutí nesdílí názor zadavatele, že se jednalo o obnovu stávajícího systému v rámci stávající smlouvy a že se z právního hlediska nejednalo ani o dodatek ke smlouvě. Úřad má za zřejmé, že ačkoliv se dodatek odvolává na smlouvu, jeho reálným obsahem je nová nadlimitní veřejná zakázka na služby, v jejímž rámci byla uzavřena smlouva (pronájem HW zařízení, SW vybavení a poskytování služeb). Dále Úřad podotknul, že uzavřením dodatku došlo k významné změně poměru jednotlivých částí předmětu plnění a jejich ceny.
8. Úřad konstatoval, že uzavřením dodatku ke smlouvě došlo k vážnému zásahu do zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace v zadávacím řízení, neboť schválením dodatku smlouvy došlo de facto k vyloučení režimu zákona o veřejných zakázkách a zadavatel tak v důsledku neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacím řízení a narušil tím soutěžní prostředí.

III. Námitky rozkladu

9. Dne 10. 10. 2012 obdržel Úřad v zákonné lhůtě od zadavatele rozklad, jímž bylo rozhodnutí Úřadu napadeno v plném rozsahu, a dne 26. 10. 2012 obdržel nedatované doplnění rozkladu. V rozkladu zadavatel nadále setrvává na svých stanoviscích uvedených ve vyjádření v rámci řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a má za to, že zadavatel dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup zadavatele neovlivnil či nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
10. V bodu II. rozkladu zadavatel namítá, že právě poskytování servisních služeb tvoří elementární základ fungování IT systému zadavatele a poskytování těchto služeb bylo rozhodujícím, nejzásadnějším a nejpodstatnějším hlediskem pro zadávání veřejné zakázky, a rovněž pro použití formy zadávacího řízení. Společnost BIT SERVIS za dobu spolupráce se zadavatelem, kdy byla hlavním architektem IT infrastruktury zadavatele, nabyla zcela jedinečné know-how IT prostředí zadavatele, kterým nedisponoval ani nemohl disponovat žádný jiný subjekt, a toto know-how bylo nepřenositelné na žádný jiný subjekt. Zadavatel tvrdí, že takové know-how je beze vší pochybnosti právě oním technickým důvodem a současně i důvodem spadajícím pod ochranu výhradních práv, což zadavateli umožňuje zadat veřejnou zakázku dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
11. Zadavatel namítá, že Úřad bezdůvodně odmítl posoudit skutečnosti prokazované závěry posudku zpracovaného společností BDO IT a.s., a má za to, že závěry v předmětném posudku prokazují jeho tvrzení o tom, že jediným subjektem, kterému mohla být veřejná zakázka zadána, byl právě vybraný uchazeč.
12. Dále v bodu II. rozkladu poukazuje na zavedení nového IT systému centrálního registru vozidel, kdy byl zaveden do provozu nový IT systém, což vedlo k zásadním výpadkům celého systému. Důvodem proč tomu tak bylo, byla dle zadavatele změna dodavatele předmětného IT systému, přičemž zadavatel tvrdí, že nový dodavatel neznal IT prostředí centrálního registru vozidel a ten právě nedisponoval oním know-how. Jako obdobný příklad rovněž uvádí nahrazení původního systému výplaty sociálních dávek novým, který také vykazoval kritické chyby. Zadavatel uvádí, že jeho IT prostředí obsahuje přibližně 8 systémů srovnatelných svým rozsahem a obsahem se systémem centrálního registru vozidel a dalších cca 20 menších agentových systémů, a pokud by jeho IT prostředí začal spravovat zcela nový subjekt bez odpovídajícího know-how, je nepochybné, že s ohledem na složitost IT systému zadavatele by nastaly podstatně větší komplikace než v případě centrálního registru vozidel.
13. Zadavatel dále namítá, že Úřad neprovedl zadavatelem navrhovaný výslech odpovědných pracovníků zadavatele a dodavatele a nadále trvá na tomto výslechu, neboť jejich svědectvím je prokazováno tvrzení zadavatele o existenci technických důvodů a důvodu ochrany výhradních práv, pro které bylo možné zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění.
14. Zadavatel rovněž konstatuje, že napadené rozhodnutí je založeno na důkazech, které se zadáním veřejné zakázky v roce 2007 nesouvisejí, a odůvodnění neodpovídá provedeným důkazům. V napadeném rozhodnutí staví Úřad své závěry na dvou oponentních nabídkách. Dle zadavatele tyto nabídky nebyly vyhotoveny v roce 2007, ale až v roce 2010. Navíc se týkaly pouze cenové nabídky HW zařízení a SW vybavení, nikoli však cenové nabídky servisních služeb. S odůvodněním napadeného rozhodnutí tedy nesouvisejí.

15. Zadavatel tvrdí, že Úřad musí prokázat, zda postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Podle názoru zadavatele není přípustné, aby Úřad pouze konstatoval, že taková možnost zde je, aniž by tento závěr byl dostatečně odůvodněn. Zadavateli není známo, na základě jakých skutečností Úřad k tomuto závěru dospěl, aniž by k němu měl dostatečné podklady. Zadavatel navrhuje zpracování znaleckého posudku, který by tuto okolnost osvědčil.
16. V bodu III. rozkladu zadavatel setrvává na svém tvrzení, že předmětný dodatek byl podepsán v intencích dosavadní smlouvy uzavřené dne 13. 11. 2007 a v rámci původního jednacího řízení bez uveřejnění. Dle zadavatele z obsahu smlouvy je patrné, že případná obnova IT systému zadavatele v rámci smlouvy je za podmínek přísně stanovených ve smlouvě možná.
17. Zadavatel se zásadním způsobem ohrazuje proti skutečnostem v napadeném rozhodnutí, kdy Úřad naprosto nepřisluší zabývat se otázkou, zda primátor zadavatele byl oprávněn podepsat předmětný dodatek či nikoli a zda v této souvislosti došlo k porušení zákona, zda dodatek je patrný a zda je takový postup zákonný či nikoli, a to ani s odkazem na princip legality a materiální pravdy. Zároveň tvrdí, že Úřad v podstatě neodůvodnil, na základě jakých skutečností dospěl k závěru, že uzavřením dodatku došlo k porušení zákona.
18. Zadavatel popírá, že došlo k podstatné změně v předmětu plnění veřejné zakázky, a uvádí paralelu s operativním leasingem, kdy je za tři roky technika nahrazena automaticky jiným plněním, a to bez nutnosti uzavírat vždy novou smlouvu. Ve srovnání s příklady operativního leasingu je dle zadavatele oblast IT specifická tím, že k podstatné modernizaci musí vždy objektivně dojít. Dle zadavatele objektivní příčiny tkví v samotném jádru činnosti zadavatele.
19. Zadavatel konstatuje, že provoz informačních technologií zadavatele je zajišťován a založen primárně službou, servisem, správnou sítí. To je dle zadavatele hlavní a nejzásadnější část výše specifikované smlouvy a tato část smlouvy se nemění v principu ani v charakteru vykonávané práce.
20. V bodu IV. rozkladu zadavatel uvádí, že považuje uloženou pokutu za nepřiměřeně vysokou s ohledem na jeho příjmy a zejména nezbytné výdaje s tím, že by mohla citelně a zásadním způsobem ohrozit jeho řádný chod jako subjektu veřejné správy. Zadavatel rovněž uvádí, že podstatnou část jeho plánovaných příjmů tvoří daňové příjmy ze sdílených daní, které se odvíjejí od výkonnosti ekonomiky a že v současné době bude vzhledem k ekonomické situaci nucen hledat úspory na straně výdajů. Dále zadavatel poukazuje, že za výkon činnosti v rámci přeneseného výkonu státní správy je mu propláceno pouze 32,2 % nákladů a že zbytek doplácí z vlastních zdrojů, že je nucen hospodařit se schodkovým rozpočtem a důležité investice financuje z vlastních zdrojů, přičemž zůstatek půjček a úvěrů činí k 31. 12. 2012 840 mil. Kč.
21. V bodu II. doplnění rozkladu je zadavatel přesvědčen, že uzavřením dodatku nedošlo k zadání nové veřejné zakázky, ale ke změnám původní smlouvy, které jsou v původní smlouvě předpokládány a ve smyslu rozsudku Soudního dvora Evropské unie C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 jsou přípustné, neboť jde o změny očekávané a v návrhu smlouvy výslovně upravené, včetně podmínek a okolností provedení takových změn. V důsledku dle zadavatele jsou tyto změny žádané, jdoucí ve prospěch zadavatele, neboť zadavatel obdržel za podmínek předpokládaných v původní smlouvě plnění, které je na technologicky vyšší úrovni.

22. V bodu III. doplnění rozkladu zadavatel namítá, že výroky I. a II. napadeného rozhodnutí považuje za neurčité, a tudíž nepřezkoumatelné, neboť v nich je nedostatečně identifikován skutek, kterého se měl zadavatel podle názoru Úřadu dopustit. Na podporu svých tvrzení odkazuje zadavatel na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 1. 2008 č. j. 2 As 34/2006 – 73 a také na rozsudek krajského soudu v Brně ze dne 19. 7. 2012 sp. zn. 62 Af 14/2011.
23. V bodu IV. doplnění rozkladu má zadavatel uloženou pokutu oproti rozkladu navíc také za likvidační. Dále zadavatel odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 4. 2010 č. j. 1 As 9/2008 – 133, rovněž odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S398/2010/VZ-16684/2010/520/NGI ze dne 14. 2. 2011 a rozhodnutí ÚOHS-R47/2009/VZ-1114/2010/310/JSI ze dne 1. 2. 2010.
24. Závěrem zadavatel uvádí, že Úřad se při odůvodnění uložené pokuty omezuje na pouhé konstatování závažnosti porušení zákona, bez řádného přihlédnutí k okolnostem šetřeného případu, což je v rozporu s § 121 odst. 2 zákona. Dle zadavatele, když Úřad popisuje jako přitěžující okolnost, že došlo k uzavření smlouvy mimo rámec zákona, nejedná se o přitěžující okolnost, nýbrž o vlastní popis skutkové podstaty správního deliktu. Vzhledem k tomu, že Úřad jiné přitěžující okolnosti v napadeném rozhodnutí neuvádí, považuje zadavatel při nebývalé vysoké výši uložené pokuty absenci odůvodnění její výše za flagrantní porušení zákona.

Závěr rozkladu

25. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil. Dále neshledá-li důvody pro zastavení správního řízení, aby napadené rozhodnutí zrušil pro nepřezkoumatelnost, pokud jde o výrok o vině a výši uložené sankce, a věc vrátil k novému projednání. Závěrem navrhuje, neshledá-li předseda Úřadu důvody pro vrácení k novému projednání, aby ve smyslu § 90 odst. 1 písm. c) ve spojení s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), napadené rozhodnutí změnil tak, že zruší výrok o uložené pokutě, případně sníží uloženou pokutu na symbolickou částku.

IV. Řízení o rozkladu

26. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc správnímu orgánu rozhodujícím o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

27. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
28. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S593/2011/VZ-18002/2011/530/JWe ze dne 25. 9. 2012 rozhodl, tak jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí, rozhodl správně

a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

29. Zadavatel v zásadě opakuje své postoje obsažené ve stanovisku účastníka řízení ke správnímu řízení a ve vyjádření zadavatele v rámci řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, přičemž nesouhlasí s některými závěry, ke kterým Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl při jejich vypořádání, a považuje je za nesprávné. K tomu lze konstatovat, že napadené rozhodnutí se dostatečně vypořádalo se všemi námitkami návrhu, a to způsobem, ze kterého je plně srozumitelné a seznatelné, jakými skutečnostmi a úvahami se správní orgán prvního stupně při svém rozhodování řídil. Jak vyplývá z podaného rozkladu, zadavatel trvá na tom, že dodržel postup stanovený zákonem a nedopustil se žádného porušení zákona.
30. Námitka, ve které zadavatel namítá oprávněnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, je nedůvodná. Jednací řízení bez uveřejnění je jeden ze zvláštních způsobů zadání veřejné zakázky upravených v § 21 odst. 1 zákona, respektive v § 23 a 34 zákona. Zákon připouští použití tohoto zadávacího řízení pouze ve výjimečných případech za předpokladu, že jsou splněny všechny podmínky stanovené zákonem. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zadavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem. Jednací řízení lze tedy použít za situace, kdy zadavatel prokáže, že existuje pouze jediný dodavatel, který je z výše uvedených zákonem stanovených důvodů schopen plnit předmět veřejné zakázky. Existence jediného dodavatele však nelze vztáhnout pouze na území České republiky. Zároveň tyto důvody musí být objektivního charakteru a musí skutečně existovat, k prokázání nestačí pouhé konstatování či předložení listiny ve formě zprávy nebo posouzení stavu. V souvislostech tohoto případu a s ohledem na předmět veřejné zakázky zadavatel neprokázal, že existuje pouze jeden dodavatel schopný plnit předmět veřejné zakázky. Podotýkám, že v napadeném rozhodnutí Úřad nepopírá skutečnost, že vybraný uchazeč má jako jediný konkrétní a podrobné znalosti IT systému zadavatele. Tato skutečnost však není důvodem dle § 23 odst. 4 zákona, jež by opravňovala zadavatele použít jednací řízení bez uveřejnění.
31. Pokud bych přijal argumenty zadavatele, ve výsledku by bylo možné použít jednací řízení bez uveřejnění v podstatě kdykoli, pokud by zadavatel dlouhodobě spolupracoval s konkrétním dodavatelem. Takový však není účel zákona a ani jeho výkladem k takovému závěru nelze dojít.
32. Pod technickými důvody uvedenými v § 23 odst. 4 písm. a) si lze s ohledem na řešený případ představit např. dodávky SW, který je vytvářen na míru pro zadavatele. Zadavatelé v takovém případě často využívají jednacího řízení bez uveřejnění právě z důvodu autorské ochrany práv k takto vytvořenému SW. I v takovém případě však musí být splněny podmínky stanovené zákonem. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je nájem HW zřízení, zajištění licencí k SW vybavení, přičemž však jde o produkty jiných SW výrobců, nejde o SW, který by byl duševním vlastnictvím vybraného uchazeče

a poslední částí předmětu plnění je poskytování servisních služeb zadavateli. Z takto stanoveného předmětu plnění veřejné zakázky nelze v žádném případě dovodit, že by zde byly technické důvody, pro které by nebylo možné zadat veřejnou zakázku v řádném zadávacím řízení. Jde o plnění, které je zadavateli běžně poptáváno a zadavatel nijak neprokázal, že by takové plnění byl schopen dodat pouze vybraný uchazeč.

33. Rovněž nesouhlasím s námitkou zadavatele, že vybraným uchazečem nabyté „know-how“ je i důvodem spadajícím pod ochranu výhradních práv. Takovým důvodem může být v případě, kdy předmět veřejné zakázky je chráněn právem z průmyslového či jiného duševního vlastnictví, a to např. patentem, užitným vzorem, ochrannou známkou, právem označení původu, autorským právem (avšak v souladu s § 44 odst. 10 zákona). I zde musí být tyto důvody objektivní a zadavatel musí prokázat, že neexistuje žádné obdobné řešení, které by sloužilo stejnému či srovnatelnému účelu. Zadavatelem uváděné know-how spočívá v nabytých zkušenostech a znalostech IT prostředí zadavatele, které však lze získat v rámci zadávacího řízení veřejné zakázky, pokud uchazeč či dodavatel bude mít k dispozici přehled požadavků zadavatele a strukturu jeho IT prostředí. Protože zadavatel tuto skutečnost namítá až v rozkladu, není třeba k této námitce dle § 82 odst. 4 správního řádu přihlížet. I přes tento fakt jsem námitku vypořádal.
34. Ohledně posudku zpracovaného společností BDO IT a.s., IČ 25056646 se sídlem Olbrachtova 5/1980, 140 00 Praha 4 (dále je „**BDO IT a.s.**“), uvádím, že se Úřad otázkou, zda jím bylo prokázáno, zda objektivně existovaly podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, zabýval podrobně v odstavcích 34 – 36 napadeného rozhodnutí. Úřad posoudil zmiňovanou zprávu správně, když dospěl k závěru, že neprokazuje objektivní existenci technických důvodů opravňujících zadavatele použít na veřejnou zakázku jednací řízení bez uveřejnění. Důvody, které vedly Úřad k předmětným závěrům, jsou z odvodnění jasně patrné a zadavatel neuvedl v rozkladu žádnou konkrétní námitku, kterou by závěry zpochybnil, pouze konstatoval, že se se závěrem Úřadu neztotožňuje.
35. Co se týče zavedení nového IT systému centrálního registru vozidel, kdy byl zaveden do provozu nový IT systém, což vedlo k zásadním výpadkům celého systému, konstatuji, že Úřad nedisponuje potřebnými znalostmi, z jakých důvodů měly zadavatelem poukazované systémy výpadky. Nemohu tedy vycházet z tvrzení zadavatele, že důvodem těchto výpadků byla skutečnost, že dle zadavatele nový dodavatel nedisponoval znalostí IT prostředí, neboť takovými zjištěními Úřad nedisponuje a nelze hodnotit v tomto správním řízení postup zadavatele v zadávacím řízení jiném. Mohu pouze uvést, že výpadky mohly být způsobeny různými důvody a skutečnosti, že IT systémy v jiných veřejných zakázkách vykazovaly po novém zavedení nefunkčnost, a komplikovanost dosavadního systému zadavatele, neopravňuje zadavatele zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, jelikož taková skutečnost nespadá pod zákonem stanovené podmínky v § 23. Z obecně známých informací mohu pouze konstatovat, že centrální systém registru vozidel byl SW systémem, vytvářeným „na míru“ a jak již bylo uvedeno, Úřadu není známo, zda k výpadkům docházelo z důvodů na straně SW či na straně HW. K tomu opětovně dodávám, že v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku lze získat potřebné znalosti k zavedení nového systému, pokud uchazeč či dodavatel bude mít k dispozici přehled požadavků zadavatele a strukturu jeho IT prostředí. Rovněž nelze konstatovat, že na základě komplikovanosti dosavadního systému zadavatele nastanou automaticky po změně dodavatele komplikace jako v případech, které

vedl zadavatel. K zajištění kvalifikovaného dodavatele, který je schopen zajistit řádné plnění takové zakázky má zadavatel využít nastavení takových kvalifikačních předpokladů, které mu zajistí, že dodavatel bude disponovat znalostmi a zkušenostmi (např. na základě předchozího plnění obdobných zakázek), aby měl zadavatel jistotu, že bude zajištěno řádné splnění veřejné zakázky. Důvod, proč Úřad neprovedl zadavatelem navrhaný výslech odpovědných pracovníků zadavatele a dodavatele, čímž měla být prokázána komplikovanost systému zadavatele, uvedl zcela dostačujícím způsobem v odstavci 37 napadeného rozhodnutí.

36. Zadavateli lze dát za pravdu, pokud konstatuje, že v odstavcích 32 a 39 napadeného rozhodnutí uváděné oponentní nabídky nebyly vyhotoveny v roce 2007, ale až v roce 2010. Nicméně k tomu uvádím, že odůvodnění napadeného rozhodnutí, ve kterém je rozhodnuto o spáchání správního deliktu při zadávání veřejné zakázky, se opírá o to, že zadavatel neoprávněně použil jednací řízení bez uveřejnění z technických důvodů, když zcela nepochybně v době zahájení zadávacího řízení existovalo více dodavatelů, kteří byli schopni dodat zadavatelem požadovaný HW a SW a rovněž byli schopni zajistit nutné servisní služby, neboť obdobné dodávky na služby byly požadovány a provozovány i jinými veřejnými zadavateli od centrální úrovně státní správy až po místní zastupitelské orgány, přičemž zadavatel neprokázal, že dodavatel těchto služeb existuje pouze jeden. Jsem toho názoru, že dané oponentní nabídky se však vztahují k otázce ohledně uzavření dodatku a skutečnost, že byly uvedeny v části, která se týká použití jednacího řízení bez uveřejnění v případě veřejné zakázky, nezakládá nesprávnost napadeného rozhodnutí. V této souvislosti odkazují na judikaturu Nejvyššího správního soudu, který ve svém rozhodnutí ze dne 26. 1. 2011, č. j. 2 Afs 132/2009-275 uvedl, že rozhodnutí prvního stupně a rozhodnutí o rozkladu podaném proti takovému rozhodnutí tvoří jeden celek. Odůvodnění Úřadu, které je uvedeno v rozhodnutí prvního stupně a odůvodnění tohoto druhostupňového rozhodnutí ve stejné souvislosti je tedy nutno posuzovat komplexně a ve vzájemné, širší souvislosti.
37. K tvrzení zadavatele, že Úřad musí prokázat, zda postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, uvádím následující. Pokud Úřad dospěl k závěru, že zadavatel neoprávněně použil jednací řízení bez uveřejnění a vzhledem k povaze tohoto řízení, kdy je omezena hospodářská soutěž o veřejnou zakázku, fakticky neumožnil dalším uchazečům podat nabídku v zadávacím řízení, musel zároveň konstatovat, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, což vyplývá již ze samotné povahy věci. K návrhu zadavatele na zpracování znaleckého posudku ohledně této otázky mám s ohledem na obsah rozhodnutí, vyjádření a dalších listinných dokumentů, které byly ve správním řízení předloženy účastníkem řízení, za to, že provedení navrhaného důkazu jde nad rámec skutečností nezbytných pro posouzení věci.
38. Námitka zadavatele obsažená v bodu III. rozkladu je nedůvodná. Se skutečností, zda byl předmětný dodatek podepsán v intencích dosavadní smlouvy uzavřené dne 13. 11. 2007 a v rámci původního jednacího řízení bez uveřejnění se Úřad vypořádal zejména v odstavcích 51 – 56 napadeného rozhodnutí. Úřad dospěl ke správnému závěru, že zadavatel obdržel v rámci dodatku oproti smlouvě výrazně větší plnění v části HW zařízení na úkor SW vybavení a není vyloučeno, že v případě řádného zadání veřejné zakázky v odpovídajícím zadávacím řízení podle zákona by mu byly jiným uchazečem nabídnuty lepší podmínky. Tuto námitku v doplnění rozkladu v bodu II. zadavatel rozšiřuje tak, že odkazuje na rozsudek Soudního

dvora Evropské unie C-454/06 ze dne 19. 6. 2008, a tvrdí, že uzavřením dodatku nedošlo k zadání nové veřejné zakázky, ale ke změnám původní smlouvy, které jsou v původní smlouvě předpokládány. Dodatkem k původní smlouvě byl podstatně změněn rozsah a obsah plnění smlouvy původní, a to jednak v cenách jednotlivých plnění a jednak i v poměru těchto plnění. Jelikož zde dochází i ke změnám v ceně plnění, nelze chápat předmětný dodatek jako pouhou změnu smlouvy. Předmětem dodatku je poskytnutí dodávek HW a SW, který nebyl předmětem původní smlouvy a zároveň dochází ke změnám v cenách poskytovaného plnění. Jde o úplatné plnění, o další vynakládání veřejných prostředků, s čímž je spojena povinnost zadavatele postupovat podle zákona.

39. Co se týče námitky, ve které zadavatel tvrdí, že Úřadu naprosto nepřísluší zabývat se otázkou, zda primátor zadavatele byl oprávněn podepsat předmětný dodatek či nikoli, uvádím následující. Úřad tyto skutečnosti uvádí v odstavcích 57 – 59 napadeného rozhodnutí, z kterých jednoznačně vyplývá, že Úřad nezkoumal skutečnost, zda skutkový stav, který má v daném případě za prokázaný, způsobuje či nezpůsobuje absolutní neplatnost právního úkonu, a to uzavření dodatku. Rovněž je v odstavci 58 napadeného rozhodnutí výslovně uvedeno, že takové rozhodnutí přísluší pouze soudu. V tomto kontextu jde tedy pouze o popis dané skutečnosti ohledně podpisu dodatku. K tomu uzavírám, že Úřad nevybočil z mezí své rozhodovací pravomoci.
40. K námitkám ohledně výše uložené pokuty, zejména že výše pokuty stanovená Úřadem v napadeném rozhodnutí svou nepřiměřenou výší může ohrozit řádný chod zadavatele jako subjektu veřejné správy, podotýkám, že Úřad postupoval zcela správně, když při stanovení výše pokuty zohlednil ekonomickou situaci zadavatele s poukazem na judikaturu Ústavního soudu (odstavec 80 napadeného rozhodnutí), dle níž nelze připustit uložení takové pokuty (byť i v minimální výši), která by pro delikventa měla likvidační účinek, případně by vedla ke ztrátě jakéhokoli smyslu jeho podnikatelské činnosti po značné časové období. Nelze zpochybnit skutečnost, že podle tohoto nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další činnost – nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. K tomuto je ovšem nutno dodat, že při určování výměry pokuty právnícké osobě se v souladu s ustanovením § 121 odst. 2 zákona přihlédne v první řadě k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání, jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán. Z uvedeného vyplývá, že ekonomická situace zadavatele je zohledňujícím parametrem pro určení výše pokuty pouze do té míry, do jaké by mohla působit na podnikatelský subjekt likvidačně. Při respektování tohoto pravidla je pak jedině správné postupovat dle kritérií uvedených výše. Závěrem sděluji, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí při stanovení konkrétní výše pokuty i přes to, že vycházel z horní hranice pokuty, dostatečně zhodnotil způsob spáchání předmětného správního deliktu a rovněž i okolnosti, za nichž byl delikt spáchán. Úřad v odstavcích 71 – 73 napadeného rozhodnutí uplatnil zásadu absorpce, dále v odst. 76 přihlédl k závažnosti spáchání správního deliktu, konkrétně k tomu, že zadavatel nezákonně omezil hospodářskou soutěž a v odst. 77 uvedl jako přitěžující okolnost opětovné narušení soutěže, a to uzavřením dodatku. Co se pak týče konkrétní výše pokuty, mám za to, že tato byla Úřadem dostatečně odůvodněna, poněvadž z odůvodnění napadeného rozhodnutí je jednoznačně patrné, k čemu Úřad přihlédl a jakou váhu danému zákonnému kritériu přiznal, v neposlední řadě pak i to, že postupoval v souladu s § 121 odst. 2 zákona, dle něhož 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.

41. Co se týče námitek ohledně nedostatečné identifikace skutku, nejprve uvádím výroky napadeného rozhodnutí, které zní:
- *Zadavatel – Statutární město České Budějovice, IČ 00244732, se sídlem nám. Přemysla Otakara II. 1,2, 370 92 České Budějovice - se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona ač. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 tohoto zákona, když veřejnou zakázku „Outsourcing serverové farmy“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky stanovené v § 23 citovaného zákona, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem - BIT SERVIS spol. s r.o., IČ 45793972, se sídlem Libušská 144/252, 142 00 Praha 4, uzavřel zadavatel smlouvu na plnění veřejné zakázky.*
 - *Zadavatel – Statutární město České Budějovice, IČ 00244732, se sídlem nám. Přemysla Otakara II. 1,2, 370 92 České Budějovice - se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, když uzavřel dne 15. 6. 2010 dodatek č. 2 ke smlouvě č 2007000422 na plnění veřejné zakázky „Outsourcing serverové farmy“, aniž by dodržel postup stanovený v § 21 citovaného zákona ve spojení s § 6 citovaného zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.*
42. Z výroku I. je patrné, za jaké konkrétní jednání je zadavatel postižen, a to tak, že je jednoznačně identifikován subjekt a veřejná zakázka, dále jsou konkrétně označeny dotčené paragrafy zákona a výslovně uveden způsob spáchání. K námitce, že ve výroku I. napadeného rozhodnutí není uvedeno, které konkrétní podmínky upravené v § 23 zákona nebyly dodrženy, uvádím, že ustanovení § 23 zákona o podmínkách použití jednacím řízení bez uveřejnění je koncipováno tak, že taxativně vypočítává důvody, pro které je zadavatel oprávněn využít jednacím řízení bez uveřejnění. Pokud v předmětné veřejné zakázce není splněna ani jedna z uvedených podmínek, pak není možno zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění zadat. Z toho vyplývá, že zadavateli nespovědčila ani jedna z podmínek, pro kterou by byl oprávněn předmětnou veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění. Výrok I. mám za dostatečně konkrétní, že v něm uvedený skutek nemůže zaměněn s jiným skutkem.
43. Obdobně platí výše uvedené i ohledně výroku II. Z výroku II. je opět patrné, za jaké konkrétní jednání je zadavatel postižen, a to tak, že je jednoznačně identifikován subjekt a veřejná zakázka, dále jsou konkrétně označeny dotčené paragrafy zákona, které zadavatel nedodržel a výslovně uveden způsob spáchání. I zde s ohledem tento případ nelze ve výroku uvést, že zadavatel nepostupoval podle konkrétního písm. § 21 odst. 1 zákona, jelikož správní delikt je spáchán tehdy, když je povinností zadavatele zahájit zadávací řízení v některém z režimů a přitom zadavatel nevyužije žádný z druhů zadávacího řízení dle § 21 odst. 1 zákona. Výrok II. mám za dostatečně konkrétní, že v něm uvedený skutek nemůže zaměněn s jiným skutkem.

44. Závěrem konstatuji, že oba výroky napadeného rozhodnutí jsou v souladu se závěrem, ke kterému dospěl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 15. 1. 2008 č. j. 2 As 34/2006 – 73, na který odkazuje zadavatel. K rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 19. 7. 2012 sp. zn. 62 Af 14/2011, nelze přihlížet, neboť ustanovení § 74 odst. 4 zákona je rozdílné povahy než ustanovení § 21, resp. 23 zákona.
45. Námitka zadavatele, ve které uvádí paralelu s operativním leasingem, je zcela irelevantní. Institut operativního leasingu nikterak nesouvisí se zadáváním veřejných zakázek v režimu zákona.

VI. Závěr

46. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
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 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Statutární město České Budějovice, se sídlem nám. Přemysla Otakara II č. 1,2, 370 92 České Budějovice

Vypraveno dne

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