UOHSX008KXCN

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R376/2015/VZ-46443/2016/323/KKř Brno 22. listopadu 2016

V řízení o rozkladu ze dne 18. 11. 2015, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 19. 11. 2015, jenž podal zadavatel –

- **Statutární město Jablonec nad Nisou**, IČO 00262340, se sídlem Mírové náměstí 3100/19, 466 01 Jablonec nad Nisou,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 5. 11. 2015, č. j. ÚOHS-S0606/2015/VZ-38069/2015/532/ZČa, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše specifikovaným zadavatelem při uzavírání dodatku č. 7 ze dne 2. 1. 2013 k „Mandátní smlouvě č. 13-2000-OF/OMP“ ze dne 28. 1. 2000, který byl uzavřen se společností RIA REALITY a.s., Šrobárova ul. 2182/3, 130 00 Praha 3, a jehož předmětem je vyvíjení činnosti jmenované společnosti směřující k tomu, aby zadavatel měl příležitost uzavřít smlouvy o převodu vlastnictví jednotek v domech, případně smlouvy o převodu vlastnictví k domu, kdy nabyvatelem je bytové družstvo vytvořené z nájemců bytového objektu, když dodatek č. 7 k citované mandátní smlouvě nebyl uzavřen na základě předchozího zadávacího řízení,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0606/2015/VZ-38069/2015/532/ZČa ze dne 5. 11. 2015

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Postup zadavatele a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Statutární město Jablonec nad Nisou, IČO 00262340, se sídlem Mírové náměstí 3100/19, 466 01 Jablonec nad Nisou (dále jen **„zadavatel“**) uzavřelo dne 2. 1. 2013 dodatek č. 7 (dále jen **„dodatek č. 7“**) k „Mandátní smlouvě č. 13-2000-OF/OMP“ ze dne 28. 1. 2000 (dále jen **„mandátní smlouva“**) se společností RIA REALITY a.s., Šrobárova ul. 2182/3, 130 00 Praha 3 (dále jen **„mandatář“**), a to aniž by plnění, které je předmětem dodatku č. 7 a které svým rozsahem přesahuje hodnotu veřejné zakázky malého rozsahu, zadalo v některém z druhů zadávacích řízení podle § 21 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„zákon“**)[1].

2. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen **„Úřad“**) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, získal pochybnost o tom, zda zadavatel neporušil svým postupem zákon, a proto podle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„správní řád“**) zahájil dne 16. 9. 2015 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem.

II. Napadené rozhodnutí

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0606/2015/VZ-38069/2015/532/ZČa ze dne 5. 11. 2015 (dále jen **„napadené rozhodnutí“**), kterým ve výroku I. konstatoval spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem tím, že tento při uzavírání dodatku č. 7 k mandátní smlouvě, který byl uzavřen s mandatářem, a jehož předmětem je vyvíjení činnosti mandatáře směřující k tomu, aby zadavatel měl příležitost uzavřít smlouvy o převodu vlastnictví jednotek v domech, případně smlouvy o převodu vlastnictví k domu, kdy nabyvatelem je bytové družstvo vytvořené z nájemců bytového objektu porušil ustanovení § 21 odst. 1 zákona tím, že služby,

[1] Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

které jsou předmětem dodatku č. 7 nezadal v některém ze zadávacích řízení podle zákona, přestože dodatek č. 7 naplňuje definici veřejné zakázky podle § 7 odst. 1 zákona a plnění poskytnuté ze strany zadavatele za provedené služby přesáhlo hodnotu veřejné zakázky malého rozsahu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 2. 1. 2013 uzavřel zadavatel na předmětné služby dodatek č. 7 k mandátní smlouvě. Výrokem II. byla zadavateli uložena za spáchání shora uvedeného správního deliktu pokuta ve výši 250.000 Kč.

4. Poté, co Úřad konstatoval, že zadavatel je zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) zákona, přistoupil k odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí. Úřad předně vymezil znaky, jejichž kumulativní naplnění definuje veřejnou zakázku ve smyslu zákona, přičemž z relevantních údajů a skutečností dospěl k závěru, že se v daném případě jednalo o veřejnou zakázku ve smyslu § 7 odst. 1 zákona, neboť z dodatku č. 7 je zřejmé, že předmětem plnění je ve smyslu § 10 odst. 1 zákona služba spočívající ve zprostředkovatelské činnosti mandatáře při převodu nemovitostí pro zadavatele, přičemž přímá úplata hrazená zadavatelem za danou službu je stanovena ve formě odměn a prémií. Úřad tedy dovodil, že dodatek č. 7 k mandátní smlouvě splňuje podmínky stanovené v § 7 zákona a z tohoto důvodu naplňuje definici veřejné zakázky.

5. Dle zjištění Úřadu částka vyplacená zadavatelem mandatáři nadto hrubě překročila limity hodnot stanovených zákonem pro veřejné zakázky malého rozsahu, a tedy i pro tento důvod zde byla dána povinnost zadat veřejnou zakázku v některém z druhů zadávacích řízení. Na uvedeném pak podle názoru Úřadu nemůže ničehož změnit ani argument zadavatele, že počet prodaných bytů, a tedy i výše odměn vyplacených mandatáři, ovlivnila jím schválená výjimka z metodiky prodeje bytů, neboť zadavatel předmětnou výjimku jednak schválil sám a jednak věděl, jaký počet bytů má být v budoucnu odkoupen, tudíž měl předpokládat, že mohou být případně odkoupeny všechny předmětné byty a tomuto pak přizpůsobit svůj postup. Úřad současně dovodil, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť výběru dodavatele nepředcházelo transparentně provedené zadávací řízení, které by objektivně dokládalo, že mandatář nabízí nejlepší smluvní podmínky.

6. Uloženou pokutu Úřad odůvodnil tak, že při stanovení výše sankce za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem vzal v úvahu závažnost správního deliktu, zejména způsob jeho spáchání a jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán. Z hlediska závažnosti správního deliktu Úřad přihlédl zejména k tomu, že zadavatel svým postupem mimo zákon neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacím řízení a narušil tak závažným způsobem soutěžní prostředí. Následkem postupu zadavatele, který se sám připravil o možnost získat výhodnější nabídku, bylo dle závěru Úřadu de facto vyloučení soutěžního prostředí. Stran polehčujících okolností Úřad zohlednil skutečnost, že zadavatel v celém průběhu správního řízení poskytoval Úřadu řádnou součinnost. Žádné další přitěžující ani polehčující okolnosti v souvislosti se spácháním správního deliktu nebyly Úřadem shledány. Při stanovení výše pokuty Úřad přihlédl, vedle obsahu obou obecných funkcí právní odpovědnosti (tj. represivní a preventivní), také k ekonomické situaci zadavatele, když uložená pokuta ve výši 250.000 Kč není, s ohledem na fakt, že zadavatel počítá dle rozpočtu na rok 2015 s příjmy dosahujícími výše 929.648.000 Kč, ohrožující ekonomickou situaci zadavatele, nadto se pohybuje na spodní hranici zákonné sazby.

III. Námitky rozkladu

7. Dne 19. 11. 2015 obdržel Úřad rozklad zadavatele ze dne 18. 11. 2015. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 6. 11. 2015. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

8. V rozkladu zadavatel předně uvádí, že Úřad při vydání napadeného rozhodnutí vycházel z nesprávného právního posouzení věci, v rozporu s interpretačním výkladem a smyslem zákona a dále že nereflektoval obecnou platnost a účinnost tzv. historických smluv uzavřených před účinností zákona. Následně zadavatel popisuje vývoj úpravy zadávání veřejných zakázek z hlediska limitů, pak rozebírá jednotlivé dodatky uzavřené v průběhu času k mandátní smlouvě. K dodatku č. 7 zadavatel uvádí, že tento toliko upřesňuje některá práva a povinnosti, avšak tyto obsahově nemění, dále deklaratorně potvrzuje výše odměn mandatáři za prodej jedné bytové jednotky (která však koresponduje s výší odměn stanovených v mandátní smlouvě), přičemž jedinou změnou je fixně dohodnutá prémiová složka odměny ve výši 5 % oproti původním 3 až 12 %, což by při striktním výkladu mohlo představovat leda rozpor s § 82 odst. 7 zákona, nikoliv porušení § 21 odst. 1 zákona. Pro úplnost zadavatel dodává, že ostatní ustanovení mandátní smlouvy zůstala zachována.

9. Zadavatel se dle rozkladu domnívá, že Úřad dostatečně nereflektoval kontinuitu právního vztahu vzniklého na základě mandátní smlouvy, která byla po účinnosti dodatku č. 5 ze dne 26. 4. 2004 prolongována na dobu neurčitou a která nebyla dodatkem č. 7 obsahově měněna, přičemž ani dodatek č. 7 nejde nad její rámec. Z tohoto důvodu má zadavatel za to, že činnost mandatáře neměla být posuzována jako nová veřejná zakázka a tedy že zadavatel nebyl povinen zadat předmětné služby v rámci některého z druhů zadávacích řízení. Zadavatel v rozkladu upozornil i na to, že Úřadem podaný výklad by znamenal, že veškeré revizní dodatky k původním (tzv. historickým) smlouvám by byly důvodem pro nové zadání veřejné zakázky, což však odporuje obecným principům práva, právní jistoty a v neposlední řadě i smyslu zákona.

Závěr rozkladu

10. S ohledem na skutečnosti uváděné v rozkladu zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil, a pokud neshledá důvody pro zastavení správního řízení, aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

11. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu, a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

12. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu zadavatele a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

13. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výrocích, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

14. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

15. Nejprve konstatuji, že rozklad nepřináší žádnou novou právní argumentaci, na základě níž by bylo možné dospět k odlišnému posouzení věci samé, neboť obsahuje převážně argumenty, které již byly vzneseny ve správním řízení prvního stupně, přičemž Úřad se s nimi vyčerpávajícím, srozumitelným a jasným způsobem vypořádal v napadeném rozhodnutí. Přesto jsem napadené rozhodnutí přezkoumal z hlediska věcné správnosti a zákonnosti výroku i samotného postupu Úřadu.

16. Při posouzení dodatku č. 7 vzal Úřad v úvahu definici veřejné zakázky podávanou v § 7 odst. 1 zákona, z níž Úřad dovodil jednotlivé znaky, které ukazují na existenci samostatné veřejné zakázky. Veřejnou zakázku tedy obecně charakterizuje to, že se jedná o pořízení dodávek, služeb nebo stavebních prací, toto plnění pořizuje (veřejný, sektorový, dotovaný) zadavatel, a to na základě smlouvy a za úplatu poskytovanou dodavateli. *„Pojem veřejná zakázka v sobě tedy zahrnuje několik pojmových znaků, které musí být kumulativně naplněny, aby se skutečně jednalo o veřejnou zakázku tak, jak ji definuje zákon“*, jak uvedl ve svém rozsudku Krajský soud v Brně č. j. 31 Af 54/2012 – 443 ze dne 9. 4. 2013 a v němž dodal, že *„[z]ákladním pojmovým znakem je, že každá veřejná zakázka musí být realizována na podkladě smluvního vztahu. Smluvními stranami tohoto vztahu jsou vždy zadavatel (…) na straně jedné a dodavatel na straně druhé, kteří mezi sebou uzavřou smlouvu, jejímž předmětem musí být poskytnutí určitých dodávek, služeb či stavebních prací“*. Smluvní vztah je přitom třeba (v souladu s obecnými právními zásadami) posuzovat z hlediska jeho materiálního obsahu, nikoliv pouze podle jeho formálního označení. Proto nemohlo být v právě projednávané věci pro věcné a právní závěry Úřadu rozhodné, že závazek zadavatele a dodavatele byl těmito smluvními stranami formálně označen jako dodatek č. 7 k mandátní smlouvě. Lze říci, že dodatek č. 7 materiálně zachycuje úplatný vztah mezi zadavatelem a dodavatelem, jehož předmětem je poskytování služeb souvisejících s mandátní činností, a to při zachování práv a povinností smluvních stran, jak jsou tyto upraveny v dodatku č. 7, který s ohledem na své obsahové náležitosti může obstát jako samostatný smluvní vztah na plnění předmětu veřejné zakázky.

17. Z hlediska ostatních znaků veřejné zakázky lze říci, že dodatek č. 7 vykazuje všechny znaky veřejné zakázky tak, jak byly zachyceny v bodu 30. odůvodnění napadeného rozhodnutí a jak je jmenuji výše v tomto rozhodnutí. Tedy zadavatel, jakožto územní samosprávný celek, je podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona ve spojení s § 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů veřejným zadavatelem, který na základě dodatku č. 7 pořizuje služby spočívající ve vyvíjení činnosti mandatáře směřující k tomu, aby zadavatel měl příležitost uzavřít smlouvy o převodu vlastnictví jednotek v domech, případně smlouvy o převodu vlastnictví k domu, kdy nabyvatelem je bytové družstvo vytvořené z nájemců bytového objektu, přičemž předmětné služby jsou mandatářem zadavateli poskytovány za úplatu, a to když dle článku II bodu 1 dodatku č. 7 mandatáři za jeho činnost náleží odměna za prodej jedné jednotky v domech sídlištní výstavby panelového

a obdobného typu ve výši 5092 Kč a za prodej jedné jednotky v domech ostatních ve výši 5756 Kč, a dále podle článku II bodu 6 dodatku č. 7 mandatáři přísluší prémie za úspěšné zprostředkování prodeje určitého počtu bytových jednotek v daném časovém období.

18. Zadavatel ostatně v rozkladu nerozporuje, že by nebyly naplněny jednotlivé znaky veřejné zakázky, tedy neuvádí, že by nebyl zadavatelem ve smyslu zákona či že by nepořizoval předmětné služby za úplatu. Uvádí pouze tolik, že tyto služby nepoptával nově či samostatně, ale v kontinuitě dřívějšího smluvního vztahu založeného mandátní smlouvou, kterou označuje za historickou smlouvu. Pojem „historická smlouva" platné právo nezná, avšak o smyslu, jak o něm uvažuje zadavatel, není pochyb. K tomu je třeba říci, že v obecné rovině není a priori vyloučena platnost a účinnost smluv uzavřených na základě odpovídajícího zadávacího řízení poplatného době, v němž bylo zahájeno, a to ani jde-li o smlouvy dodatkované. Podstatné však je, nakolik je do původní smlouvy „revizními dodatky" zasahováno z hlediska změny původního závazku a zda-li v takovém postupu již nelze shledat snahu zadavatele vyhnout se zahájení zadávacího řízení na novou veřejnou zakázku, ve vztahu k právě řešenému případu je stěžejní i otázka, jestli skutečně byla zachována kontinuita smluvního vztahu.

19. Přestože je mi známo, že podle § 64b zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen **„starý zákon"**)[2] byl zadavatel povinen archivovat dokumentaci o zadání, a to včetně nabídek podaných uchazeči, pouze po dobu 5 let s výjimkou vzorků nebo ukázek, aniž by se tato doba s každým novým dodatkem prodlužovala tak, jak nyní předpokládá § 155 odst. 1 zákona a dále že přiléhavá judikatura správních soudů (viz zejména rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 80/2008 – 352 ze dne 26. 6. 2009) zapovídá přezkumnou činnost orgánu dohledu mimo prekluzivní časový rámec, byť by posouzení tam spadajících událostí bylo nutné pro rozhodnutí o úkonech učiněných později, které je orgán dohledu dosud oprávněn zkoumat, je třeba říci, že zadavatel fakticky jednotlivými dodatky, stejně jako mandátní smlouvou, disponuje. Aniž bych předmětné dodatky, potažmo samotnou mandátní smlouvu, jakkoliv přezkoumával, a to včetně procesu či řízení, v rámci nějž byly uzavírány, je třeba říci, že je z nich zcela patrné, že zadavatelem namítaná kontinuita zachována nebyla. Mandátní smlouva ve znění dodatku č. 4 ze dne 8. 6. 2003 byla uzavřena na dobu určitou do 31. 12. 2003. Číselně navazující dodatek (tj. dodatek č. 5 k mandátní smlouvě) však byl uzavřen až dne 26. 4. 2004, a to se zpětnou účinností ke dni 1. 1. 2004. I přesto, že judikatura explicitně v oblasti občanského práva obecně připouští smluvní retroaktivitu (k tomu viz například rozsudek Nejvyššího soudu České republiky sp. zn. 23 Cdo 5457/2014 ze dne 25. 6. 2015), je třeba říci, že v oblasti zadávání veřejných zakázek se princip zpětné účinnosti neuplatní. Je tomu tak proto, že smluvní retroaktivita jako taková je ve své podstatě důsledek autonomie vůle smluvních stran, avšak tato je v oblasti veřejných zakázek do jisté míry omezena v zájmu zachování účinné hospodářské soutěže a nutné kontroly při vynakládání veřejných finančních prostředků ze strany zadavatelů. Ostatně judikatura, hovoří-li o smluvní retroaktivitě, vztahuje ji vždy pouze k oblasti soukromého práva, přičemž i v takových případech počítá s omezujícími okolnostmi (například „překážku" vyplývající ze zákona, jenž může podmiňovat

[2] Úřad v bodě 26. odůvodnění napadeného rozhodnutí v souvislosti s uchováním dokumentace nesprávně odkázal na ustanovení § 155 odst. 1 zákona, podle nějž se povinnost zadavatele archivovat dokumentaci neposuzuje. Toto pochybení však nemá vliv na správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí jakožto celku.

vznik a účinnost smlouvy určitou skutečností, kupříkladu předchozím souhlasem věcně příslušného správního orgánu zainteresovaného na té které konkrétní věci). Pokud tedy i v oblasti soukromoprávních vztahů je možno smluvní retroaktivitu omezit (zpravidla ve prospěch veřejného práva), pak není pochyb, že v případě uzavírání smluv na plnění, které má být poptáváno v rámci zadávacího řízení, jakožto vysoce formalizovaného postupu, je smluvní retroaktivita vyloučena. Právě formulovaný závěr nepřímo vyplývá též z následujících skutečností. Ustanovení § 7 odst. 1 zákona vedle znaků veřejné zakázky zakotvuje ve větě druhé jmenovaného ustanovení rovněž povinnost realizovat veřejnou zakázku, kterou je zadavatel povinen zadat podle zákona, na základě písemné smlouvy. Dále podle § 114 odst. 2 zákona lze po uzavření smlouvy podat návrh jen proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení, přičemž navrhovatel se tímto návrhem může domáhat toliko uložení zákazu plnění smlouvy. Předmětný návrh pak v souladu s § 114 odst. 4 zákona může být Úřadu doručen do 30 kalendářních dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o uzavření smlouvy způsobem podle § 147 zákona s uvedením důvodu pro zadání veřejné zakázky bez uveřejnění oznámení zadávacího řízení, nejpozději však do 6 měsíců od uzavření smlouvy. Pokud by však byla umožněna smluvní retroaktivita, bylo by de facto nemožné domoci se uložení zákazu plnění ze smlouvy, neboť veřejnost ani Úřad by neměli možnost zjistit, že k nějakému plnění ve prospěch zadavatele fakticky dochází i bez jeho smluvního (písemného) zachycení, přičemž při pozdějším zesmluvnění takového vztahu by již mohlo být reálně splněno či téměř splněno, čímž by byl zmařen účel zákazu plnění ze smlouvy, jímž je právě zamezení plnění poskytovaného dodavatelem zadavateli. Jinými slovy řečeno, pokud by byla umožněna smluvní retroaktivita i v oblasti zadávání veřejných zakázek, došlo by k významnému okleštění možností obrany proti nezákonnému postupu zadavatele a zároveň k umožnění obcházení zákona ze strany zadavatele, který by svým jednáním vyloučil možnost přezkumu svého postupu před uzavřením smlouvy a, byť by se vystavil možnému postihu za případné deliktní jednání, mohl by zároveň vyloučit či znesnadnit i samotné uložení zákazu plnění ze smlouvy, jakožto jediného možného nápravného opatření, které může Úřad ke zhojení závadného stavu podle § 114 odst. 2 zákona uložit. Mohu tedy i ve světle právě řešeného uzavřít, že smluvní retroaktivita nemá v oblasti zadávání veřejných zakázek své místo, a to zároveň nejen při prvotním kontraktačním jednání, ale ve vztahu k právě projednávané věci i při uzavírání jednotlivých dodatků k původní smlouvě.

20. Platí-li uvedené, tedy že vzhledem k nemožnosti uzavřít smlouvu, resp. dodatek ke smlouvě se zpětnou účinností, došlo k „přetržení“ kontinuity mandátní smlouvy ve znění dodatku č. 4 s následujícími dodatky, pak lze hovořit o tom, že i z tohoto pohledu je nutno na následující dodatky (to je mimo jiné i na dodatek č. 7) pohlížet jako na nové veřejné zakázky. V této souvislosti pro úplnost dodávám, že se nedomnívám, že by předmětné zjištění učiněné ze zadavatelem poskytnuté mandátní smlouvy a všech jejích dodatků odporovalo výše zmiňovanému pravidlu judikovanému například v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 6. 2009, č. j. 9 Afs 80/2008 – 352, podle nějž správní orgán nemůže po uplynutí prekluzivní lhůty k přezkumné činnosti podrobit své pravomoci skutečnosti spadající mimo její časový rámec. Mandátní smlouva ani její dodatky, vyjma dodatku č. 7, nebyly posuzovány z hlediska procesu, v jehož rámci byly uzavírány, nýbrž došlo toliko ke zjištění zjevné skutečnosti, k níž bylo v rámci správního řízení vedeného o právě posuzované věci přihlédnuto.

21. V tomto kontextu považuji za nezbytné vyjádřit se rovněž k Úřadem zmíněnému zániku deliktní odpovědnosti zadavatele za možné spáchání správního deliktu v souvislosti s uzavřením mandátní smlouvy a jejích dodatků č. 1 až č. 6. Jak Úřad správně dovodil, deliktní odpovědnost zadavatele za případná pochybení učiněná v souvislosti s kontraktací a uzavíráním dodatků č. 1 až č. 6 zanikla dávno před tím, než bylo ve věci u Úřadu zahájeno správní řízení. Jinými slovy řečeno, subjektivní i objektivní lhůta pro zánik odpovědnosti právnické osoby za správní delikt marně uplynula, pročež nebylo možné přezkoumat postup zadavatele z hlediska toho, zda byl učiněn v souladu s relevantním zákonem. Deliktní odpovědnost zadavatele však nezanikla vůči dodatku č. 7, který byl uzavřen až dne 2. 1. 2013 (tj. den rozhodný pro spáchání deliktu), přičemž správní řízení o dané věci bylo zahájeno dnem 16. 9. 2015. V době spáchání správního deliktu, jak je tento shora popsán, byla u deliktní odpovědnosti zadavatele stanovena prekluzivní lhůta subjektivního rázu 5 let ode dne, kdy se Úřad o možném pochybení dozvěděl a objektivní lhůta 10 let ode dne, kdy byl delikt spáchán. Přesto v souladu s článkem 40 odst. 6 usnesení č. 2/1993 Sb., o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky (dále jen „**Listina**“) se v daném případě aplikuje příznivější právní úprava, a to když v průběhu správního řízení došlo ke zkrácení subjektivní lhůty pro zánik deliktní odpovědnosti z 5 let na 3 roky a objektivní lhůty z 10 let na 5 let. Tato skutečnost však nic nemění na závěru, že předmětné lhůty neuplynuly, pročež mohl Úřad o spáchání či nespáchání správního deliktu a o případném uložení sankce rozhodovat. Avšak, jak již bylo řečeno, mohl tak učinit pouze ve vztahu k dodatku č. 7, neboť deliktní odpovědnost zadavatele za postup při uzavírání předcházejících dodatků a ostatně i samotné mandátní smlouvy již dávno zanikla, jelikož tyto skutky zadavatele spadají mimo zákonodárcem vymezený časový rámec, v němž je možné zadavatele za případný postup contra legem potrestat.

22. Vzhledem k uvedenému, tedy že nebyla zachována spojitost mandátní smlouvy s dodatky č. 5, č. 6 a č. 7, když není přípustná smluvní retroaktivitaje třeba pouze říci, že zadavatel měl v reakci na vzniklou situaci poptávat služby, jež jsou předmětem mandátní smlouvy, v některém z druhů zadávacích řízení, a to prvotně již tehdy, když pozbyla mandátní smlouva ve znění dodatku č. 4 platnosti a účinnosti. Jelikož se tak nestalo a dále pro jednotlivé náležitosti dodatku č. 7, který mimo jiné upravuje práva a povinnosti smluvních stran při zajišťování služeb spočívajících ve vytváření příležitosti uzavřít smlouvy o převodu vlastnictví jednotek v domech za úplatu poskytovanou ze strany zadavatele, je možno na dodatek č. 7 nazírat jako na „novou smlouvu“, uzavřenou však mimo jakékoliv zadávací řízení, přestože její předmět měl být dle zákona poptáván v některém z druhů zadávacích řízení. Dodatek č. 7 k mandátní smlouvě, vůči němuž je Úřad příslušný vykonávat dohledovou pravomoc, neboť deliktní odpovědnost zadavatele v tomto případě nezanikla, tak kumulativně pojímá veškeré definiční znaky veřejné zakázky, jak je vymezuje zákon v § 7 odst. 1, a jak jsou tyto ostatně již dovozeny v napadeném rozhodnutí a výše v tomto rozhodnutí (zejména v bodech 16. A 17. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

23. Ve světle již řečeného se jeví námitka zadavatele, že dodatek č. 7 nepřináší žádné výrazné změny, když toliko upřesňuje některá práva a povinnosti smluvních stran, jako zcela irelevantní. Je tomu tak proto, že Úřad nepřezkoumává postup zadavatele podle § 82 odst. 7 zákona, jak sám deklaruje v napadeném rozhodnutí, a to z toho důvodu, že zde není smlouvy, kterou by byl zadavatel dodatkem č. 7 s to měnit, ať už podstatně či nepodstatně. Z tohoto důvodu, kdy nebylo platně a účinně smluvně zachyceno plnění, které vymezuje

dodatek č. 7, mělo namísto jeho uzavření přímým zadáním mandatáři dojít k zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku s žádaným předmětem plnění. Mám tedy za to, že zadavatel skutečně porušil ustanovení § 21 odst. 1 zákona tím, že služby, které jsou předmětem dodatku č. 7, nezadal v některém druhu zadávacího řízení podle zákona, přestože dodatek č. 7 naplňuje definici veřejné zakázky podle § 7 odst. 1 zákona, a to současně zakázky, která přesahuje hodnotu veřejné zakázky malého rozsahu. Vzhledem k tomu, že tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, když byla vyloučena soutěž o plnění předmětu dodatku č. 7, byla naplněna též materiální stránka správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

24. Zadavatel ve svém rozkladu dále rozporuje právní posouzení učiněné Úřadem, které dle jeho názoru nereflektuje interpretační výklad a smysl zákona. Účelem či cílem zákona je (při zohlednění důvodové zprávy k zákonu) zejména zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Tohoto cíle je dosahováno především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy hrazené z veřejných prostředků byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Primárním smyslem a účelem zákona je tedy především hospodárné, efektivní a účelné vynakládání veřejných prostředků tak, aby byla dosažena jejich úspora a nebyly vynakládány nehospodárně či zbytečně. Pokud tedy zadavatel uzavřel dodatek č. 7 k mandátní smlouvě, aniž by (resp. namísto toho) poptával předmět plnění v některém v úvahu přicházejících druhů zadávacího řízení při zachování soutěžního prostředí, pak je nepochybné, že smysl a účel zákona takovým jednáním naplněn být nemohl. Nejen že tedy zadavatel vyloučil soutěž mezi dodavateli, ale zároveň se sám připravil o možnost získat pro sebe výhodnější nabídku od potenciálního uchazeče. Proto i tato námitka zadavatele nemůže obstát, neboť je nedůvodná.

25. Jak již bylo řečeno výše, Úřad v obecné rovině nerozporuje platnost a účinnost smluv uzavřených za účinnosti dřívějších zákonů upravujících materii zadávání veřejných zakázek (v rozkladu označených jako historických), avšak to pouze za situace, kdy je zachována kontinuita smluvního vztahu a kdy případné dodatky nemění původní závazek smluvních stran v rozporu s § 82 odst. 7 zákona. V daném případě nebylo s ohledem na prekludování možnosti Úřadu posuzovat jednotlivá znění dodatků vůči původní mandátní smlouvě relevantní, jaké změny (podstatné či nepodstatné) byly v jednotlivých dodatcích ukotveny, ale bylo důležité zjištění, že zadavatelem tvrzená kontinuita smluvního vztahu nebyla zachována, jak dovozeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí. Proto tedy nelze dát zadavateli za pravdu a posoudit dodatek č. 7 jako návazný na původní mandátní smlouvu, neboť zde nebyla nutná spojitost předmětných smluvních závazků zachována. Nazíráno na danou věc touto optikou, pak zadavatel měl poptávat předmět plnění dodatku č. 7 v některém z druhů zadávacích řízení, neboť dodatek č. 7 představoval novou veřejnou zakázku, což však zadavatel neučinil, čímž se dopustil spáchání správního deliktu, jak správně dovodil Úřad v napadeném rozhodnutí. Na uvedeném ničehož nemůže změnit ani námitka zadavatele, že výklad provedený Úřadem by znamenal, že veškeré revizní dodatky k původním smlouvám by byly důvodem pro nové zadání veřejné zakázky, což však odporuje obecným principům práva, právní jistoty a v neposlední řadě i smyslu zákona. Úřad, jakožto orgán dohledu, dbá na to, aby byl v zadávacích řízení prováděných jednotlivými zadavateli dodržen zákon včetně základních zásad podávaných v § 6 odst. 1 zákona, což a priori nevylučuje možnost trvání „historických smluv“ a jejich dodatkování. Je však zásadně třeba

zachovat kontinuitu smluvního vztahu a (bez významu pro právě šetřený případ) obsahově podstatně neměnit původní smluvní závazek (viz rozsudek Soudního dvora Evropské unie, dříve Evropského soudního dvora sp. zn. C-454/06 ze dne 19. 6. 2008, ve věci Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund) a další). V ostatním odkazuji na závěry již uvedené výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí.

26. Přestože zadavatel ve svém rozkladu nerozporuje výši uložené pokuty, přezkoumal jsem i ji z hlediska zákonnosti a přiměřenosti, stejně tak jako postup Úřadu při jejím stanovení, přičemž mohu konstatovat, že Úřad při určení výše pokuty přihlédl k závažnosti spáchaného správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl zadavatelem spáchán (viz body 64. až 69. odůvodnění napadeného rozhodnutí) tak, jak mu ukládá zákon. Rovněž byla Úřadem výše pokuty řádně posuzována tak, aby tato byla úměrná finančním poměrům zadavatele a neměla vůči němu likvidační charakter, když Úřad vzal v úvahu schválený rozpočet zadavatele na rok 2015. Z něj pak učinil závěr, že s ohledem na fakt, že zadavatel počítal na straně příjmů s částkou ve výši 929.648.000 Kč, nemůže mít uložená pokuta likvidační potenciál. Zároveň nemůže být uloženou pokutou ohrožena činnost, resp. ekonomickou situaci zadavatele, jakožto významného statutárního města. Úřad při stanovení výše pokuty tedy přezkoumal mimo jiné i majetkové poměry zadavatele a mohu tedy konstatovat, že tím naplnil svou zákonnou povinnost, rozvedenou pak například v rozsudku Nejvyššího správního soudu pod č. j. 1 As 9/2008-133 ze dne 20. 4. 2010 (byť se v citovaném rozsudku, odlišně od zadavatele, jednalo o fyzickou osobu), který říká, že *„[s]právní orgán ukládající pokutu za jiný správní delikt je povinen přihlédnout k osobním a majetkovým poměrům pachatele tehdy, pokud je podle osoby pachatele a výše pokuty, kterou lze uložit, zřejmé, že by pokuta mohla mít likvidační charakter, a to i v případech, kdy příslušný zákon osobní a majetkové poměry pachatele v taxativním výčtu hledisek rozhodných pro určení výše pokuty neuvádí.“*

27. Stran polehčujících a přitěžujících okolností se přikláním k názoru Úřadu, který v dané věci neshledal žádné přitěžující okolnosti a jako polehčující shledal pouze fakt, že zadavatel v celém průběhu správního řízení poskytoval Úřadu řádnou součinnost. Mám za to, že Úřad v daném případě dospěl ke správnému závěru, když za předmětný správní delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uložil pokutu ve výši 250.000 Kč. Zohlednil tak skutečnost, že pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pociťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by tato neplnila svou funkci, tj. sankce za protiprávní jednání a preventivní působení pro příští postup zadavatele při jiném zadávacím řízení. Krajský soud v Brně se ve svém rozsudku č. j. 62 Ca 33/2008 – 57 ze dne 18. 6. 2009 k této problematice vyjádřil následovně: *„konkrétní forma postihu a jeho výše musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí žalobci (zadavateli), zároveň musí být postih dostatečně znatelný v materiální sféře žalobce (zadavatele), aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro žalobce (zadavatele) likvidačním“*. Závažnost porušení zákona spatřuji především ve skutečnosti, že postupem zadavatele byla narušena, resp. zcela vyloučena soutěž mezi relevantními dodavateli poptávaných služeb, což představuje úplné popření smyslu zákona. Výše pokuty uložená Úřadem je nadto stanovena při samé dolní hranici zákonné sazby, proto ji lze označit za zcela přiměřenou porušení zákona a zohledňující obě základní funkce právní odpovědnosti, s důrazem však na prevenci při příštím jednání zadavatele (viz bod 71. odůvodnění napadeného rozhodnutí).

28. Připomínám v této souvislosti, že každá peněžitá sankce představuje nepříznivý zásah do majetkové i jiné sféry povinného, a proto negativně dopadá na jeho další činnost, a tedy i na jeho rozvoj (viz rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 16. 11. 2004, č. j. 10 Ca 250/2003-48). S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu, a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze výši sankčního postihu zcela minimalizovat.

29. Mohu tedy uzavřít, že postup Úřadu při stanovení výše pokuty shledávám na jedné straně konformní se zněním § 120 odst. 2 písm. a) zákona a § 121 zákona, na straně druhé plně přiléhavý specifikům daného případu. S ohledem na výše uvedené lze postup Úřadu považovat za souladný s pravidly logického usuzování, když předpoklady takového úsudku byly zjištěny zákonným procesním postupem. Úřad při stanovení výše pokuty nevybočil ze zákonem stanovených mezí správního uvážení při současném respektování základních zásad správního trestání. Proto shledávám postup Úřadu při uložení sankce a stanovení její výše za zákonný.

30. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí v jeho výrocích a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení zákona. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly splněny podmínky pro uložení sankce za spáchaný správní delikt zadavatelem, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzení zadavatele, že napadené rozhodnutí je nesprávné z důvodu nesprávného právního posouzení věci.

Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy

31. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen **„zákon o zadávání veřejných zakázek“**).

32. Podle čl. 40 odst. 6 Listiny se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.

33. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že „[t]*restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními*

principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (…) Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (…). Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání". K totožnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.

34. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím se opírá o závěr Úřadu, že v daném případě došlo k uzavření dodatku č. 7, který byl uzavřen s mandatářem, a jehož předmětem bylo vyvíjení činnosti mandatáře směřující k tomu, aby zadavatel měl příležitost uzavřít smlouvy o převodu vlastnictví jednotek v domech, případně smlouvy o převodu vlastnictví k domu, kdy nabyvatelem je bytové družstvo vytvořené z nájemců bytového objektu, čímž zadavatel porušil § 21 odst. 1 zákona, když služby, které jsou předmětem dodatku č. 7, nezadal v některém ze zadávacích řízení podle zákona, přestože dodatek č. 7 naplňuje definici veřejné zakázky podle § 7 odst. 1 zákona a plnění poskytnuté ze strany zadavatele za provedené služby přesáhlo hodnotu veřejné zakázky malého rozsahu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 2. 1. 2013 uzavřel zadavatel na předmětné služby dodatek č. 7 k mandátní smlouvě. Vzhledem k tomu, že i zákon o zadávání veřejných zakázek předpokládá provedení zadávacího řízení před uzavřením smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky, je zřejmé, že i při aplikaci zákona o zadávání veřejných zakázek by se jednalo o porušení § 21 odst. 1 zákona, resp. § 3 zákona o zadávání veřejných zakázek.

35. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle zákona o zadávání veřejných zakázek není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikt posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona. Šetřený správní delikt zadavatele naplňuje stejné znaky skutkové podstaty, přičemž i výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle zákona o zadávání veřejných zakázek, tak i podle zákona.

36. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikt dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek, podle nějž zadavatel porušil § 3 zákona o zadávání veřejných zakázek, když nezadal předmět plnění podle dodatku č. 7 k mandátní smlouvě v některém v úvahu přicházejícím druhu zadávacího řízení a tím obešel povinnosti stanovené zákonem o zadávání veřejných zakázek, přičemž tímto postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele.

37. Co se výroku II. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že zákon o zadávání veřejných zakázek v § 268 odst. 2 stanoví výši pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek ve stejné výši jako § 120 odst. 2 zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.

Závěr

38. 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.

39. 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 tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:
Statutární město Jablonec nad Nisou, Mírové náměstí 3100/19, 466 01 Jablonec nad Nisou

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy