

Magistrát města České Budějovice Kancelář primátora
Došlo: 26. 09. 2012
čj: DP-44/2012/2012



UOHSX004H9TX

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S593/2011/VZ-18002/2012/513/JWe

V Brně dne 25.9.2012

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 moci úřední dne 9. 12. 2011, jehož účastníkem je

- zadavatel – statutární město České Budějovice, IČ 00244732, se sídlem nám. Přemysla Otakara II. č. 1,2, 370 92 České Budějovice, zastoupené Mgr. Jurajem Thomou, primátorem, 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. 2007000422 ze dne 13. 11. 2007 na plnění veřejné zakázky „Outsourcing serverové farmy“, zadané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 7. 9. 2007 a dodatku č. 2 ze dne 15. 6. 2010 k této smlouvě,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Statutární město České Budějovice, IČ 00244732, se sídlem nám. Přemysla Otakara II. č. 1,2, 370 92 České Budějovice, se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 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 dne 13. 11. 2007 smlouvu č. 2007000422 na plnění této veřejné zakázky.

II.

Zadavatel – statutární město České Budějovice, IČ 00244732, se sídlem nám. Přemysla Otakara II. č. 1,2, 370 92 České Budějovice, se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006, Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, 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.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí se zadavateli – statutární město České Budějovice, IČ 00244732, se sídlem nám. Přemysla Otakara II. č. 1,2, 370 92 České Budějovice, ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 1 300 000,- Kč (jeden milion tři sta tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, 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, zastoupené Mgr. Jurajem Thomou, primátorem (dále jen "zadavatel"), v souvislosti s uzavřením smlouvy o dodávce HW zařízení, SW vybavení a o poskytování souvisejících služeb č. 2007000422 dne 13. 11. 2007 na plnění veřejné zakázky „Outsourcing serverové farmy“, zadané v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), na základě výzvy k jednání ze dne 7. 9. 2007 (dále jen „veřejná zakázka“) a v souvislosti s uzavřením dodatku č. 2 k uvedené smlouvě dne 15. 6. 2010 bez zadávacího řízení.

ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

2. Zadavatel zahájil zadávací řízení veřejné zakázky dne 7. 9. 2007 odesláním výzvy k jednání společnosti BIT SERVIS spol. s r. o., IČ 45793972, se sídlem Libušská 144/252, 142 00 Praha 4 (dále jen „dodavatel“).
3. 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.

4. Na základě výsledku hodnocení nabídky uzavřel zadavatel s dodavatelem dne 13. 11. 2007 smlouvu č. 2007000422 o dodávce HW zařízení, SW vybavení a o poskytování souvisejících služeb (dále jen „smlouva“).
5. S odvoláním na čl. VII./7.8 výše uvedené smlouvy uzavřel zadavatel s dodavatelem bez zadávacího řízení dne 15. 6. 2010 dodatek č. 2 k této smlouvě (dále jen „dodatek“).
6. Na základě výše uvedeného podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele příslušnou dokumentaci o předmětné veřejné zakázce a jeho stanovisko ke skutečnostem uvedeným v podnětu. Vzhledem k tomu, že z předložených materiálů získal Úřad pochybnosti, zda byly při uzavření smlouvy splněny všechny podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění a zda bylo možno uzavřít dodatek bez zadávacího řízení, zahájil správní řízení z moci úřední.

PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

7. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je
 - zadavatel.
8. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli pod č. j. ÚOHS-S593/2011/VZ-19659/2011/530/JWe dne 8. 12. 2011, ve kterém jej seznámil s pochybnostmi o zákonnosti jeho postupu při zadávání veřejné zakázky a uzavření dodatku. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S593/2011/VZ-19660/2011/530/JWe ze dne 8. 12. 2011 stanovil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a ve které byl oprávněn vyjádřit své stanovisko v řízení a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.
9. Dne 9. 12. 2011, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 113 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení z moci úřední.
10. Na základě žádosti zadavatele ze dne 22. 12. 2011 Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S593/2011/VZ-20783/2011/530/JWe ze dne 27. 12. 2011 prodloužil zadavateli lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
11. Dne 28. 12. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k zahájení správního řízení, v jehož první části uvádí, že je nesporné, že uzavřel smlouvu dodavatelem po zadávacím řízení, které proběhlo podle zákona formou jednacích řízení bez uveřejnění. Jako důvod pro volbu uvedeného druhu zadávacího řízení zde zadavatel uvádí, že veřejnou zakázku nebylo možno zadat z technických důvodů jinému možnému dodavateli, a že tedy byly podle jeho názoru splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona. V této souvislosti odkazuje na komentář k zákonu z roku 2006, ve kterém je oblast informačních technologií označena za typickou oblast, ve které je možno použít jednacích řízení bez uveřejnění z důvodu kompatibility plánovaného plnění s majetkem, jímž již zadavatel disponuje, pokud je tento požadavek odůvodněn technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší finanční náklady na straně zadavatele nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného majetku. K tomu zadavatel uvádí, že při plnění povinností v oblasti veřejné správy je nepřijatelné jakékoliv riziko výpadků v oblasti počítačových technologií.
12. Dále zde zadavatel uvádí, že před zahájením zadávacího řízení veřejné zakázky si nechal zpracovat od společnosti BDO IT a. s., IČ 25056646, se sídlem Olbrachtova 5/1890, 140 00 Praha, zprávu ve věci posouzení efektivnosti v oblasti outsourcingu informačních služeb

a technologií, z jejichž závěrů vyplynulo jednoznačné doporučení pokračovat v zajišťování posuzovaných služeb formou outsourcingu osvědčeným poskytovatelem i nadále. Důvody pro tento závěr spočívaly v ekonomické výhodnosti outsourcingu oproti zajišťování těchto služeb vlastními pracovníky, v rizicích spočívajících ve změně partnera, spočívajících v neznalosti prostředí z jeho strany, které může systém poškodit či ohrozit jeho chod, v možném podhodnocení nabídkové ceny a z tohoto vyplývajících vícenásledků a dále ve ztrátě odborných zdrojů, ke které by změna partnera vedla. Dalšími negativními důsledky výměny stávajícího partnera může být i náročnost jeho další výměny v případě špatné kvality služeb nebo úpadku a možná nízká úroveň jeho znalostí, které si zadavatel nemůže předem ověřit. S ohledem na výše uvedené zadavatel v závěru této části svého vyjádření konstatuje, že je povinen postupovat s péčí řádného hospodáře a nelze tedy po něm požadovat, aby podstupoval jakákoliv výše uvedená rizika, která by ohrožovala jím prováděný výkon veřejné správy.

13. V další části svého vyjádření zadavatel uvádí, že se stávajícím dodavatelem uzavřel dne 16. 12. 1999 smlouvu č. 103/99, jejímž předmětem bylo poskytnutí serverové farmy, pronájem počítačové techniky a poskytnutí outsourcingových služeb a jejímiž dodatky docházelo k obnově serverové farmy, k pronájmu nové techniky a rozšiřování služeb. Zadavatel zde dále uvádí, že má velmi složitý systém počítačových technologií složený z řady komponent a s ohledem na rostoucí nároky softwarových komponent (dále jen „SW“) musel přizpůsobovat i výkonové a kapacitní možnosti hardwarového vybavení (dále jen „HW“), což kladlo velké nároky na dodavatele a na nutnost detailních znalostí zadavatelova prostředí i jeho informačního systému. Z těchto důvodů byl, podle názoru zadavatele, dodavatel vzhledem k dosavadní spolupráci jedinou v úvahu přicházející společností, neboť beze zbytku splňoval uvedené zásadní podmínky, při jejichž nesplnění či pouze riziku takové možnosti by na straně zadavatele vznikly nedozírné následky.
14. Dále zde zadavatel uvádí, že platnost výše uvedené smlouvy končila dne 31. 12. 2007, bylo nutno zajistit optimální řešení budoucího stavu HW a SW a proto zadavatel zahájil zadávací řízení veřejné zakázky formou jednacímho řízení bez uveřejnění, neboť tato forma byla, podle názoru zadavatele, z technických důvodů jediným možným způsobem, když zadání zakázky jinému uchazeči neznajícímu počítačové prostředí zadavatele a jeho informační systém by přineslo nejen diskontinuitu, nýbrž i vysoké riziko přerušení či odstávky provozu, což by zadavatele zásadním způsobem poškodilo.
15. Dále v této části svého vyjádření zadavatel podrobně uvádí důvody, proč mohl být k plnění veřejné zakázky vybrán pouze stávající dodavatel, přičemž zde zdůrazňuje jeho znalost informačního systému, schopnost zajistit řádný provoz při migraci technologií a implementaci nových částí, zachování technologické jednotnosti systému s kladným vlivem na jeho výkon a spolehlivost, skutečnost, že systém navrhoval a byl nezbytným pomocníkem při řešení mnohých problémů s jeho provozem a bezpečností, skutečnost, že od posledního upgradu serverové farmy, tj. v letech 2004 – 2007 nedošlo k zásadnímu výpadku funkčnosti systému z důvodu selhání technologie, skutečnosti, že dodavatel garantuje vysokou kvalitu a úroveň služeb, snížení celkových nákladů na ICT, přenesení rizik na dodavatele, přičemž se jedná o předcházení krizovým situacím a záruku nepřetržitého provozu, pružnější reakce stávajícího dodavatele na nové požadavky s ohledem na znalost počítačového prostředí, zamezení případných rizik, které by změnou dodavatele technologií a služeb vznikly (výpadky

systemu při upgradu dané neznalostí aplikací, ztráta zkušeností a znalostí z provozu informačního systému, problémy při zajištění migrace, když dosavadní technika byla v majetku stávajícího dodavatele, stanovení rozsahu služeb a hranic mezi systémy spravovanými zadavatelem a dodavatelem a s tím související odpovědnosti, riziko podcenění rozsahu služeb novým uchazečem a tím získání zakázky za cenu nepřiměřeně nízkou, kdy by nový dodavatel nebyl schopen garantovat funkčnost a rozvoj celého systému a následné vícenáklady, které by bylo nutno vynaložit pro zajištění provozu).

16. V této části vyjádření zadavatel rovněž navrhuje jako důkaz výpovědi svých odpovědných pracovníků a odpovědných pracovníků dodavatele, kterými chce prokázat zejména komplikovanost a rozsáhlost svého IT systému, množství aplikací, počítačové propojení s řadou státních a veřejných institucí, dosavadní smluvní spolupráci a okolnosti, proč mohla být předmětná zakázka zadána pouze stávajícímu dodavateli.
17. V další části vyjádření zadavatel uvádí, že se podle svého názoru nedopustil správního deliktu ani při uzavření dodatku, neboť smlouva byla uzavřena na dobu neurčitou, což zákon umožňuje, a byla v ní sjednána možnost obnovit po uplynutí tří let od jejího podpisu hardwarové zařízení a softwarové vybavení na co možná nejvyšší úroveň při zachování stávajících cen. Zadavatel zdůrazňuje, že se nejednalo o opci, ale o obnovu stávajícího systému v rámci stávající smlouvy tak, aby co nejlépe vyhovovala požadavkům zadavatele a současné úrovni informačních systémů. Podle názoru zadavatele se tedy z právního hlediska nejednalo ani o dodatek ke smlouvě, neboť změna se fakticky pohybovala v intencích dosavadní smlouvy. Ve smlouvě je přitom sjednáno, že cenová nabídka musí být totožná nebo výhodnější než nabídka, na jejímž základě byla smlouva uzavřena, přičemž za cenově totožnou je považována nabídka navýšená o prokazatelnou inflaci za uplynulých 36 měsíců. Tuto podmínku nabídka dodavatele předložená v roce 2010 splňovala.
18. Zadavatel zde dále uvádí, že si v návaznosti na předloženou nabídku dodavatele nechal z důvodu zajištění co nejvyšší efektivity předložit dvě obdobné oponentní nabídky na změnu HW a SW systému od jiných společností, přičemž obě tyto nabídky byly vyšší než nabídka stávajícího dodavatele ve výši 17 599 466,70 Kč bez DPH, neboť dosahovaly výše 17 757 947,-, resp. 17 904 427,- Kč bez DPH.
19. Zadavatel v této souvislosti podotýká, že s ohledem na zvýšení nároků na techniku došlo v rámci dodatku k navýšení částky na HW a byla snížena částka na SW a stávající služby a dále došlo k rozšíření služeb v oblasti bezpečnosti dat. Zadavatel rovněž uvádí, že dodané HW zařízení má pouze v nájmu, který bude splacen po třech letech, přičemž ve smlouvě není zakotvena povinnost pronajatý HW po ukončení nájmu odkoupit. Záleží pouze na něm, zda bude zařízení dále využívat a hradit pouze poskytované služby, či zda zařízení inovuje opět formou nájmu, což se mu vzhledem k technickému pokroku v oblasti informačních technologií jeví jako vhodné řešení, na rozdíl od jiné možné varianty, kterou je tzv. pronájem výpočetního výkonu, který je finančně náročnější, je vhodný v případě, kdy subjekt, jemuž je služba poskytována, nemá vlastní servery ani vlastní IT oddělení a jsou s ní spojena značná rizika týkající se zabezpečení a ochrany dat.
20. Pro úplnost zadavatel ve svém vyjádření uvádí i to, že si nechal vypracovat externími dodavateli penetrační testy informačního systému, jejichž cílem bylo zjištění, zda je systémové prostředí navrženo, nastaveno a provozováno tak, že se účinně snižuje riziko

možného ohrožení jeho bezpečnosti a rovněž si nechal vypracovat analýzu rizik, týkající se posouzení bezpečnosti informačního systému.

21. V závěru svého vyjádření zadavatel shrnuje, že zvolená forma zadávacího řízení veřejné zakázky byla z technických důvodů jedinečně možná, neboť jiné řešení by mohlo zásadním způsobem ohrozit jeho činnost při plnění úkolů veřejné správy. Z těchto důvodů má zadavatel za to, že postupoval zcela v intencích zákona při zohlednění hledisek co možná nejvyšší hospodárnosti a efektivnosti a že se žádného správního deliktu v souvislosti se šetřenou veřejnou zakázkou nedopustil.
22. Dne 1. 2. 2012 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k podkladům řízení, v němž zadavatel kromě argumentů uvedených v předchozím vyjádření ze dne 28. 12. 2011 dodává, že podle jeho názoru musí Úřad při posouzení, zda jsou v šetřeném zadávacím řízení naplněny technické důvody předpokládané v § 23 odst. 4 zákona, zohlednit konkrétní specifika posuzovaného případu, která jsou dána zejména zvláštností postavení zadavatele v rámci veřejné správy a rozsáhlostí jím spravovaných agend, kterých bylo v době zadávání veřejné zakázky cca 70. Pro zadavatele, jenž vykonává působnost jednak samostatnou, jednak přenesený výkon státní správy, je nezbytný nepřerušovaný a bezporuchový provoz vzájemně provázaných informačních systémů a napojení na řadu různých externích institucí a centrálních aplikací. S ohledem na uvedené má jakýkoliv výpadek serverové farmy fatální dopad na poskytování uvedených služeb veřejnosti a s ohledem na složitost systému by se jednalo o výpadky v délkách hodin či dnů. Znalost různých systémů, jejich vazby a propojení vyžadují důkladnou a detailní znalost, kterou má pouze stávající dodavatel. V této souvislosti zadavatel trvá na podání svědeckých výpovědí navržených svědků, kteří mohou složitost informačního systému osvětlit.

ZÁVĚRY ÚŘADU

23. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace veřejné zakázky předložené zadavatelem, uzavřené smlouvy, dodatku, vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky a dodatku nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K použití jednacího řízení bez uveřejnění v případě veřejné zakázky

24. Zákon upravuje v ustanovení § 21 odst. 1 tyto druhy zadávacích řízení:
 - otevřené řízení,
 - užší řízení,
 - jednací řízení s uveřejněním,
 - jednací řízení bez uveřejnění,
 - soutěžní dialog,
 - zjednodušené podlimitní řízení.
25. 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.

26. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž 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.
27. Jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ust. § 23 zákona. V šetřeném případě směřuje argumentace zadavatele k použití § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. možnosti splnit veřejnou zakázku pouze určitým dodavatelem z technických důvodů.
28. Aplikace uvedeného ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět veřejné zakázky. O použití příslušného druhu zadávacího řízení rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Je na zadavateli, aby prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. V neposlední řadě je zadavatel rovněž povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná. V této souvislosti odkazuje Úřad i na rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SdEu“), např. rozsudek C-385/02 ze dne 14. 9. 2004 (Evropská komise vs. Itálie), ve kterém SdEu konstatoval, že ustanovení, která povolují výjimky z pravidel při zadávání veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává (viz články č. 19 a č. 20 rozsudku).
29. Úřad konstatuje, že prokázání existence důvodů pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) zákona není z obecného hlediska vázáno pouze na názor zadavatele či na předložení listiny ve formě zprávy či posouzení stavu, ale tyto objektivní důvody musí skutečně existovat a podmínky pro aplikaci citovaného ustanovení zákona musí být naplněny fakticky.
30. Z předložené dokumentace a vyjádření zadavatele v šetřeném případě vyplývá, že dne 16. 12. 1999 byla mezi ním a dodavatelem uzavřena smlouva č. 103/99, jejímž předmětem bylo poskytnutí serverové farmy, pronájem počítačové techniky a poskytnutí outsourcingových služeb. Před skončením její platnosti zahájil zadavatel zadávací řízení šetřené veřejné zakázky, jejíž předmět plnění byl totožný s obsahem výše uvedené smlouvy (viz bod 13 a 14 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
31. Na tomto místě Úřad upozorňuje na to, že předmětem jak stávající smlouvy, tak i šetřené veřejné zakázky nebyl nákup, ale pronájem serverové farmy a počítačové techniky a poskytování služeb. Z tohoto důvodu Úřad konstatuje, že zadavatelem uváděný odkaz na část komentáře k zákonu, kterým zadavatel zdůvodňuje použití jednacího řízení bez

- uveřejnění (viz bod 11 tohoto rozhodnutí) není relevantní, neboť při pronájmu uvedených zařízení od jiného dodavatele by nemohlo dojít ke zde uvedeným problémům. Zadavatel totiž nebyl podle svého vyjádření vlastníkem stávajícího HW vybavení a problém možné nekompatibility plánovaného plnění s majetkem, jímž již disponuje či nefunkčnosti již pořízeného majetku zde tedy nemohl nastat, neboť dosud pronajatý majetek by zadavatel přestal používat a pronajal by na základě smlouvy majetek nový.
32. Úřad zde zejména upozorňuje na to, že zadavatel sám uvedl, že si nechal zpracovat dvě obdobné oponentní nabídky na změnu HW a SW systému, jejichž nabídkové ceny byly srovnatelné s nabídkou stávajícího dodavatele (viz bod 18 odůvodnění tohoto rozhodnutí). S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že sám zadavatel věděl o dalších minimálně dvou možných uchazečích, kteří byli schopni podat nabídky. Již z tohoto důvodu nelze akceptovat názor zadavatele, že veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze stávající dodavatel. Zadavatel rovněž ve svém vyjádření neuvádí, že oponentní nabídky nebyly vyhovující po technické stránce, ale pouze konstatuje, že byly méně výhodné cenově.
 33. Z výše uvedeného dále vyplývá, že není vyloučeno, že v případě, že 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.
 34. Ke zprávě, kterou si zadavatel nechal zpracovat ve věci posouzení efektivnosti v oblasti outsourcingu informačních služeb a technologií (viz bod 12 odůvodnění tohoto rozhodnutí), v jejímž závěru je uvedeno doporučení pokračovat v zajišťování posuzovaných služeb formou outsourcingu osvědčeným poskytovatelem Úřad uvádí, že zde nejsou uvedeny žádné konkrétní důvody pro tento závěr, které by se vztahovaly přímo k danému zadavateli a jeho konkrétním podmínkám, ale obsahuje spíše všeobecné údaje týkající se výhod, nevýhod a rizik outsourcingu jako takového, přičemž zde rovněž nejsou uvedeny žádné technické důvody, které by opravňovaly zadavatele k tvrzení, že zadání těchto služeb jinému než stávajícímu dodavateli není možné. Zpráva pouze zmiňuje možná rizika takového převodu, což však neznamená, že by byl z technických důvodů neuskutečnitelný.
 35. Dále Úřad pro úplnost konstatuje, že v úvodu této zprávy je uvedeno, že vznikla na základě žádosti zadavatele o posouzení outsourcingu. V části 2.2. „Účel“ je ve zprávě uvedeno, že jejím účelem je „... vytvoření podkladu (věcné a odborné argumentace, nikoliv právní) pro rozhodování Rady Statutárního města České Budějovice. Rada by měla v souvislosti s končící platností smlouvy (smluv) na zajištění outsourcingu ICT technologií rozhodovat, zda, případně v jaké formě, bude dále provoz ICT technologií zajišťován po uplynutí platnosti této smlouvy (těchto smluv).“
 36. Z výše uvedeného vyplývá, že hlavním účelem zprávy bylo posouzení, zda je stávající způsob provozování ICT technologií formou outsourcingu pro zadavatele výhodný a je vhodné v něm nadále pokračovat. K tomu Úřad konstatuje, že způsob provozování informačního systému zadavatele a jeho výhodnost či nevýhodnost, kterou se zadavatel zabývá i ve svých vyjádřeních, která předložil (viz např. bod 19 tohoto rozhodnutí), není předmětem správního řízení, neboť Úřad zkoumá, zda objektivně existovaly technické důvody pro zadavatelem

- zvolenou formu zadávacího řízení při zadavatelem zvoleném způsobu provozování ICT technologií, tedy zda byly naplněny podmínky pro použití ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
37. Z výše uvedeného důvodu Úřad nepřistoupil k provedení zadavatelem navrhovaného důkazu formou výpovědi jeho odpovědných pracovníků a odpovědných pracovníků dodavatele (viz body 16 a 22 tohoto rozhodnutí), neboť navrhované svědectví mělo prokázat složitost IT systému zadavatele a průběh dosavadní spolupráce, přičemž tyto skutečnosti Úřad nikterak nezpochybňuje ani nehodnotí. Úřad však k této věci konstatuje, že složitost systému sama o sobě nemůže být podkladem pro tvrzení, že jiný dodavatel není schopen tento, či jiný srovnatelný systém provozovat, stejně jako dosavadní dobrá spolupráce není zákonným důvodem pro zadání veřejné zakázky stávajícímu dodavateli.
38. Z vyjádření, která zadavatel předložil v průběhu zadávacího řízení, a jejichž obsah je uveden výše, vyplývá, že hlavním důvodem pro zvolení formy jednacího řízení bez uveřejnění byla v případě šetřené veřejné zakázky složitost stávajícího ICT systému zadavatele a z toho vyplývající zadatelovy obavy z toho, že zadání zakázky jinému uchazeči než stávajícímu dodavateli, by přineslo nejen diskontinuitu, nýbrž i vysoké riziko přerušení či odstávky provozu (viz body 14 a 15 tohoto rozhodnutí) a zároveň zadavatel vyzdvihuje dobré zkušenosti, které má se stávajícím dodavatelem při plnění smlouvy, řešení mnohých problémů s provozem a bezpečností systému (viz bod 15 tohoto rozhodnutí).
39. K výše uvedenému Úřad konstatuje, že důvody pro zadání veřejné zakázky stávajícímu dodavateli uvedené ve vyjádřeních zadavatele a shrnuté v předchozím bodu jsou jistě z hlediska zadavatele významné, avšak z hlediska možného použití formy jednacího řízení bez uveřejnění při zadávání veřejné zakázky je nelze uplatňovat. Zákon umožňuje zadat veřejnou zakázku tímto způsobem pouze v případě, že jsou naplněny podmínky uvedené v cit. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, v šetřeném případě tedy to, že z technických důvodů není možné, aby zakázka byla zadána jinému dodavateli než stávajícímu. Důvody uváděné zadavatelem tuto podmínku zjevně nesplňují, neboť ani nižší cena proti oponentním nabídkám, ani stávající dobré zkušenosti se stávajícím dodavatelem, ani rizika spojená s pronájmem technických zařízení od jiného dodavatele a migrací systému neznamenají, že objektivně neexistuje další dodavatel, který by byl schopen předmět veřejné zakázky plnit. Zde Úřad opětovně upozorňuje na to, že zadavatel na svou žádost obdržel dvě obdobné oponentní nabídky, u nichž konstatoval vyšší ceny, ale nikoliv to, že byly technicky nevyhovující, přičemž pouze existence technických důvodů, které by všem ostatním uchazečům objektivně zabraňovaly plnit předmět veřejné zakázky, by zadavatele opravňovala k použití jednacího řízení bez uveřejnění a uzavření smlouvy se stávajícím dodavatelem.
40. K argumentům zadavatele týkajícím se možných rizik spojených se zadáním veřejné zakázky jinému dodavateli (podhodnocená nabídková cena, neznalost systému, problémy při migraci, výpadky provozu atd.) Úřad konstatuje, že je věcí zadavatele, aby tato rizika, která však nejsou technického rázu, minimalizoval v rámci zákona tím, že v zadávací dokumentaci (§ 44 a násl. zákona) řádně a jednoznačně uvede předmět veřejné zakázky, umožní uchazečům, aby se seznámili s provozovaným IT systémem, stanoví své požadavky na kvalifikaci uchazečů včetně referencí (§ 50 a násl. zákona), stanoví odpovídající hodnotící kritéria (§ 78 zákona), provede řádně posouzení a hodnocení nabídek včetně posouzení, zda nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu (§ 77 zákona) a provede hodnocení nabídek podle

hodnotících kritérií (§ 79 zákona) s cílem vybrat nejvýhodnější nabídku, která bude splňovat všechny jeho požadavky.

41. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že důvody, jimiž argumentuje zadavatel, Úřad považuje za irelevantní, neboť ve své podstatě nejsou technické 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 nabídky na plnění předmětu veřejné zakázky a podle jeho vlastního vyjádření od nich obdržel dvě nabídky. Tímto postupem zadavatel prokázal, že existují minimálně dva další dodavatelé schopní předmět veřejné zakázky splnit. Přesto zadavatel použil jednacím řízení bez uveřejnění, jehož se tyto dvě společnosti ani žádné jiné neměly možnost zúčastnit.
42. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku na dodávku HW zařízení, SW vybavení a poskytování souvisejících služeb zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 zákona, a na tuto veřejnou zakázku uzavřel s dodavatelem smlouvu specifikovanou v bodu 11 odůvodnění tohoto rozhodnutí, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem, mohl obdržet nabídky i od jiných dodavatelů, kteří by nabídli pro zadavatele výhodnější podmínky. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K uzavření dodatku

43. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
44. 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.
45. Podle § 7 odst. 2 zákona se veřejné zakázky dělí podle předmětu na veřejné zakázky na dodávky, veřejné zakázky na služby a veřejné zakázky na stavební práce.
46. Podle § 7 odst. 3 zákona se veřejné zakázky podle výše jejich předpokládané hodnoty dělí na nadlimitní veřejné zakázky, podlimitní veřejné zakázky a veřejné zakázky malého rozsahu.
47. Podle § 10 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou na služby veřejná zakázka, která není veřejnou zakázkou na dodávky nebo veřejnou zakázkou na stavební práce.
48. Podle § 12 odst. 3 zákona se veřejnou zakázkou malého rozsahu rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota nedosáhne v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby 2 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce 6 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty.
49. Podle § 13 odst. 1 zákona se předpokládanou hodnotou veřejné zakázky pro účely tohoto zákona 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. Podle odstavce 2 citovaného ustanovení zákona stanoví zadavatel

předpokládanou hodnotu v souladu s pravidly stanovenými v tomto zákoně a na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění.

50. Ustanovení § 21 odst. 2 a 3 zákona pak zadavateli umožňuje, aby pro zadání veřejné zakázky použil otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v ust. § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění. Veřejný zadavatel je dále oprávněn pro zadání veřejné zakázky použít za podmínek stanovených v ustanovení § 24 zákona soutěžní dialog a za podmínek podle ust. § 25 zákona zjednodušené podlimitní řízení.
51. Z čl. I. dodatku vyplývá, že byl uzavřen ke smlouvě za účelem dalšího provozování systému, který je tvořen HW zařízením, SW vybavením a licenčními právy, která byla předmětem smlouvy a že je vhodné, a v některých částech nezbytné, realizovat modernizaci některých komponentů v závislosti na technologickém vývoji s tím, že dodatečné dodávky v rámci této nesmí narušit stávající systém.
52. V čl. II. dodatku je uvedeno, že zadavatel uděluje dodavateli souhlas, aby na své náklady pořídil nové HW zařízení a SW vybavení uvedené v dodavatelské nabídce s tím, že se nové HW zařízení stane předmětem nájmu a nově pořízené SW vybavení bude implementováno dodavatelem na nově pořízené HW zařízení.
53. V čl. III/D. dodatku je uvedeno, že se nahrazuje text v čl. IV./4.1. smlouvy novým textem tak, že dodavatel prohlašuje, že bude po dobu platnosti a účinnosti smlouvy výlučným vlastníkem movitých věcí – HW zařízení a SW vybavení, jehož specifikace je uvedena v příloze dodatku.
54. Dále je v příloze B/2010 dodatku stanoven splátkový kalendář na tři roky, podle kterého činí měsíční částka splátky s DPH celkem 1 033 714,61 Kč, přičemž podle přílohy č. 2 původní smlouvy činila tato částka celkem 947 198,44 Kč.
55. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, 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. Z uvedeného důvodu nelze souhlasit s tvrzením zadavatele uvedeným v jeho vyjádření ze dne 28. 12. 2011, že se jednalo o obnovu stávajícího systému v rámci stávající smlouvy a že se z právního hlediska nejednalo ani o dodatek ke smlouvě (blíže viz bod 17 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z výše uvedených bodů dodatku je totiž zřejmé, že ačkoliv se 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). Uzavřením dodatku došlo k významné změně poměru jednotlivých částí předmětu plnění a jejich ceny, když měsíční splátka za HW zařízení činila podle smlouvy 400 108,43 Kč a podle dodatku 553 250,42 Kč, za SW vybavení činila podle smlouvy 98 623,07 Kč a podle dodatku 33 38,47 Kč a za služby činila podle smlouvy 448 466,94 Kč a podle dodatku 447 064,72 Kč.
56. Z výše uvedeného vyplývá, 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 dodavatelem nabídnuty lepší podmínky.

57. Úřad má za prokázané, dbaje především zásady legality a materiální pravdy¹ jako základních zásad správního řádu, nemůže rovněž odhlédnout od skutečnosti, že uzavření dodatku zadavatelem bylo v rozporu s § 41 odst. 1 a 2 zákona č. 128/2000 Sb. o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o obcích“). Dle odstavce prvního jmenovaného ustanovení zákona o obcích „...podmiňuje-li zákon platnost právního úkonu obce předchozím zveřejněním, schválením nebo souhlasem, opatří se listina osvědčující tento právní úkon doložkou, jíž bude potvrzeno, že tyto podmínky jsou splněny...“. Dle odstavce druhého téhož paragrafu „...právní úkony, které vyžadují schválení zastupitelstva obce, popřípadě rady obce, jsou bez tohoto schválení od počátku neplatné...“. Nedodržení postupu předvídaného ustanovením § 41 zákona o obcích, přičemž primátor města České Budějovice uzavřel dodatek bez souhlasu či schválení rady města, dává Úřad do příčinné souvislosti s následným nezákonným postupem zadavatele spočívajícím v porušení zákona o veřejných zakázkách. Jak uvádí komentář k zákonu o obcích: „...Obecní zřízení požaduje schválení nebo souhlas u těch právních úkonů, o kterých rozhoduje zastupitelstvo, rada nebo starosta. Podle systematického výkladu tak půjde o právní úkony obce při nakládání s majetkem. To je podstatná část právních úkonů obce v samostatné působnosti...“².
58. Úřad, dbaje zásady legality, konstatuje, že si je vědom skutečnosti, že by z mezí zásady legality vybočil, pokud by rozhodoval o jednání primátora města České Budějovice, které spočívalo v nedodržení jmenovaného ustanovení zákona o obcích. Úřad rovněž nezkoumal skutečnost, zda skutkový stav, který má v daném případě za prokázaný, způsobuje či nezpůsobuje absolutní neplatnost právního úkonu – uzavření dodatku. Takové případné rozhodnutí přísluší pouze soudu.
59. Úřad je však povinen přihlídnout k příčinné souvislosti, která beze vší pochybnosti nedodržením ustanovení § 41 zákona o obcích měla za následek nezákonný postup zadavatele dle zákona o veřejných zakázkách, konkrétně porušení § 21 zákona ve spojitosti s § 6 zákona, neboť zadavatel nezadal dodatek v některém ze zákonem předvídaných druhů zadávacího řízení. Právě zmiňovaná příčinná souvislost ve spojení s § 112 odst. 1 písm. b) zákona je skutečností, která dává postup Úřadu v soulad se zásadou legality a materiální pravdy. Následkem uvedeného jednání zadavatele došlo k vážnému zásahu do zásad transparentnosti rovného zacházení a diskriminace v zadávacím řízení, neboť schválením dodatku smlouvy primátorem došlo k de facto vyloučení režimu zákona o veřejných zakázkách, tím spíše režimu výše jmenovaných zásad zakotvených v § 6 zákona. Zadavatel v důsledku neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacím řízení a narušil tím soutěžní prostředí.
60. Úřad konstatuje, že smluvní vztah zadavatele a dodavatele, vzniklý na základě dodatku ke smlouvě, jednoznačně vykazuje znaky veřejné zakázky na služby podle § 10 odst. 1 zákona, přičemž za rozhodující pro určení, zda v šetřeném případě byla naplněna definice veřejné zakázky podle zákona a zda se jednalo konkrétně o veřejnou zakázku podle § 10 zákona, Úřad považoval skutečnost, že plnění, které zadavatel obdržel v rámci dodatku, se podstatně

¹ k tomu srov.: Skulová, S. a kol.: Správní právo procesní, Praha 2005, Eurolex Bohemia, 280 s., ISBN 80-86861-53-8, s.46 a 38 – 40.

² Vedral, J., Váňa, L., Břeň, J., Pšenička, S.: Zákon o obcích (obecní zřízení). Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, 876 s., ISBN 978-80-7179-597-1, s. 244

odlišovalo od plnění ze smlouvy, neboť došlo k modernizaci HW zařízení a nákupu nového SW vybavení (viz body 51 – 53 odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž z dodatku vyplývá celková předpokládaná výše finančních prostředků, které zadavatel hodlal vynaložit v daném časovém úseku za realizaci plnění předmětné veřejné zakázky.

61. Jak je patrné z dosud uvedených skutečností i ze stanoviska zadavatele, zadavatel před uzavřením dodatku ke smlouvě nepostupoval v souladu se zákonem, neboť uvedenou veřejnou zakázku nezadal v žádném zákonem stanoveném zadávacím řízení. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 8 Afs 60/2009 – 78 ze dne 31. 5. 2010 konstatoval, že účelem právní regulace veřejných zakázek je mj. zajištění transparentnosti, efektivnosti, účelnosti a hospodárnosti při vynakládání veřejných prostředků. Musejí být vytvářeny takové předpoklady, aby smluvní vztahy, při nichž dochází k plnění z veřejných prostředků, zadavatelé uzavírali při zajištění řádně fungujícího soutěžního prostředí a při dodržení principů rovného zacházení, zákazu diskriminace a zásady transparentního nakládání s veřejnými prostředky. Výběru dodavatele před uzavřením dodatku nepředcházelo žádné transparentně provedené zadávací řízení, které by objektivně dokládalo, že smluvní vztah s tímto dodavatelem vznikl při zajištění řádně fungujícího soutěžního prostředí a při dodržení principů rovného zacházení, zákazu diskriminace a zásady transparentního nakládání s veřejnými prostředky. Zadavatel přistoupil k uzavření dodatku ke smlouvě bez realizace zadávacího řízení, i když se jednalo o veřejnou zakázku podle § 7 odst. 1 zákona, a to konkrétně o veřejnou zakázku na služby podle § 10 odst. 1 zákona, a nesplnil tak svou povinnost stanovenou v ustanovení § 21 zákona tím, že předmětnou veřejnou zakázku nezadal v některém ze zadávacích řízení, přestože je veřejným zadavatelem, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel dodatek ke smlouvě s vybraným uchazečem.
62. Úřad tak vzhledem k uvedeným skutečnostem konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem, když dodatek ke smlouvě nezadal v některém ze zadávacích řízení uvedených v § 21 odst. 1 zákona tak, jak Úřad uvedl ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K uložení pokuty

63. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že 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 zákona.
64. Jak vyplývá z výše uvedeného, nedodržel zadavatel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, neboť veřejnou zakázku, jejímž předmětem je dodávka HW zařízení, SW vybavení a poskytování souvisejících služeb, zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 zákona, aniž by k tomu byly splněny zákonné podmínky, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
65. K nedodržení zákonem stanoveného postupu Úřad konstatuje, že použití výjimečného způsobu zadání veřejné zakázky přímo určitému dodavateli zákon spojuje se striktním splněním zákonných podmínek, kdy předmět veřejné zakázky není možné zadat v řádném, soutěži otevřeném, zadávacím řízení. Zadavatel při rozhodování o takovém způsobu zadání veřejné zakázky musí vždy spolehlivě prokázat a doložit, že zákonné podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění jsou objektivně splněny. To se však v šetřeném případě

nestalo. Neoprávněné použití jednacímho řízení bez uveřejnění vedlo k podání jediné nabídky, přičemž nelze vyloučit skutečnost, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a veřejnou zakázku zadal v jiném druhu zadávacímho řízení, podali by nabídky na plnění veřejné zakázky i další uchazeči, kteří mohli zadavateli nabídnout výhodnější podmínky.

66. Jelikož zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu a nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
67. Jelikož zadavatel uzavřel dodatek ke smlouvě bez provedení zadávacímho řízení, nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky a naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
68. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm ne zahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
69. 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 správních deliktů dozvěděl z podnětu, jenž Úřad obdržel dne 11. 8. 2011. Ke spáchání správních deliktů pak došlo dne 13. 11. 2007, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s dodavatelem a dne 15. 6. 2010, kdy zadavatel uzavřel dodatek ke smlouvě s dodavatelem. Úřad dne 9. 12. 2011 zahájil správní řízení z moci úřední. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikty nezanikla.
70. 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 § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
71. Cena veřejné zakázky, na jejíž plnění byla dne 13. 11. 2007 zadavatelem uzavřena smlouva a při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, činí podle bodů 4.5., 5.2., 6.4. a přílohy č. 2 uzavřené smlouvy 34 099 143,52 Kč včetně DPH za období od 1. 2. 2008 do 1. 1. 2011. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) činí částku ve výši 1 704 957,18 Kč.
72. Cena veřejné zakázky, na jejíž plnění byl dne 15. 6. 2010 zadavatelem uzavřen dodatek ke smlouvě a při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, činí podle článků E., J. M. a přílohy B/2010 uzavřeného dodatku ke smlouvě 20 674 292,20 Kč včetně DPH za období od 1. 2. 2011 ke dni vydání tohoto rozhodnutí. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) činí částku ve výši 1 033 714,61 Kč.
73. V souladu se zásadou absorpce, která se uplatňuje v rámci správněprávního trestání, Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu. Proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, jaký delikt je v šetřeném případě nejzávažnější, tj. za který je možno uložit nejprísnejší sankci (nejvyšší pokutu).
74. Vzhledem k uplatňování absorpční zásady při stanovení výše pokuty za spáchání sbíhajících se deliktů, tj. uložení úhrnného trestu za nejzávažnější z těchto deliktů, je výchozí hodnotou pro určení nejvyšší možné pokuty v tomto případě cena veřejné zakázky, kterou zadavatel zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 zákona, aniž by k tomu byly splněny

zákonné podmínky. Horní hranice možné pokuty (viz bod 71 odůvodnění tohoto rozhodnutí) tedy činí částku ve výši 1 704 957,18 Kč.

75. Podle § 121 odst. 2 zákona přihlédne Úřad při určení výměry pokuty zadavateli k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
76. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacím řízení a narušil tím soutěžní prostředí. Dodavatel tak nebyl v souvislosti s předmětem veřejné zakázky zadané v jednacím řízení bez uveřejnění vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhly žádné soutěže o cenu nebo ekonomickou výhodnost jeho nabídky. Úřad konstatuje, že nezákonné omezení, resp. vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, jehož hlavním cílem je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Ve vztahu k šetřenému případu nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky požadovaného plnění. Z hlediska přiměřenosti sankce Úřad uvádí, že co se týče závažnosti spáchaného deliktu, je nezákonné vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, jedno z vůbec nejzávažnějších porušení zákona.
77. Jako přitěžující okolnost vzal Úřad v úvahu skutečnost, že zadavatel uzavřel s dodavatelem dodatek ke smlouvě mimo rámec zákona, přestože se v tomto případě jednalo vzhledem k charakteru plnění o novou nadlimitní veřejnou zakázku, čímž opětovně narušil soutěžní prostředí obdobným způsobem, jako v případě původní veřejné zakázky.
78. Další přitěžující okolností, ke které Úřad zvažoval přihlédnout, je skutečnost, že zadavatel nedodržel postup předvídaný § 41 odst. 1 zákona o obcích, když primátor uzavřel dodatek bez souhlasu či schválení rady města, což lze klást do příčinné souvislosti s následným závažným porušením zákona (srov. body 57. až 59. rozhodnutí). Jmenovaná okolnost se však týkala uzavření dodatku. Jmenovaný deliktní postup zadavatele byl tak absorbován deliktem závažnějším (srov. bod 74. rozhodnutí), a proto Úřad, ctě zásadu absorpce, k uvedené skutečnosti nepřihlédl při ukládání úhrnného trestu za spáchaný právní delikt.
79. Úřad ve správním řízení nezjistil takové polehčující okolnosti, které by bylo možno vzít v úvahu při stanovení výše pokuty.
80. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nálezy Ústavního soudu Pl. ÚS 3/02 ze dne 13. 8. 2002. Dle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. S ohledem na skutečnost, že zadavatel je územní samosprávný celek, který nevykonává podnikatelskou činnost a hospodář s rozpočtovými prostředky, nemůže mít jemu uložená pokuta charakter zásahu do vlastnických práv, jak je tomu uváděno v předmětném nálezu, a proto Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze v tomto ohledu považovat za likvidační. Z rozpočtu zadavatele na rok 2012 schváleného dne 15. 12. 2011 Úřad zjistil, že plánované příjmy města mají činit 1 620 253 tis. Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že

stanovenou výši pokuty nelze ani z důvodu nedostatku finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

81. V souvislosti s následky spáchání správních deliktů Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl ke skutečnosti, že jednání zadavatele vyloučilo princip soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, a dále zohlednil, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout nižší cenu požadovaného plnění.
82. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocítována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
83. Pokuta uložená zadavatelům 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, když ji uložil cca ve třech čtvrtinách možné výše. Výše uložené pokuty naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.
84. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu a nápravy tedy nelze dosáhnout. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

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.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Statutární město České Budějovice, 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