UOHSX003B4P3

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R35-41,43/2010/VZ-18087/2010/310/EKu V Brně dne: 2. února 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 27. 3. 2010 podaném zadavatelem –

- **Správou pražských hřbitovů, p. o.**, IČ 45245801, se sídlem Vinohradská 2807, 130 00 Praha, zast. JUDr. Janem Hrdličkou, advokátem se sídlem Přemyslova 5, 110 00 Praha,

o rozkladu ze dne 6. 4. 2010 podaném zadavatelem –

- **Městskou poliklinikou Praha, p. o.**, IČ 128601, se sídlem Spálená 12, 110 00 Praha, zast. Mgr. Barborou Krásovou, advokátkou se sídlem Spálená 12, 110 00 Praha,

o rozkladech ze dne 8. 4. 2010 podaných zadavateli –

- **Botanickou zahradou hl. m. Prahy, p. o.**, IČ 64572, se sídlem Nádvorní 134, 171 00 Praha,
- **Pohřebním ústavem hl. m. Prahy, p. o.**, IČ 45245819, se sídlem Staroměstské nám. 10, 110 00 Praha,
- **Lesy hl. m. Prahy, p. o.**, IČ 45247650, se sídlem Práčská 1885, 106 00 Praha,
- **Městskou knihovnou v Praze, p. o.**, IČ 64467, se sídlem Mariánské nám. 1, 115 72 Praha,
- **Galerií hl. m. Prahy, p. o.**, IČ 64416, se sídlem Staroměstské nám. 605/13, 110 00 Praha,
- **Hudebním divadlem v Karlíně, p. o.,** IČ 64335, se sídlem Křižíkova 10, 186 00 Praha,

kteří jsou ve správním řízení zastoupeni JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M. (C.J.), advokátem se sídlem AK Weil, Gotshal & Manges s. r. o., Křižovnické nám. 2/193, 110 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S239/2009/VZ-494/2010/540/LZa ze dne 17. 3. 2010 ve věci přezkoumání úkonů výše uvedených zadavatelů v zadávacích řízeních s názvy

- **„Posouzení efektivity činnosti organizace v návaznosti na další subjekty působící na území hl. m. Prahy s obdobným předmětem činnosti včetně posouzení spravování a provozování svěřeného majetku“**, provedeného na základě výzvy k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu ze dne 26. 11. 2007,
- **„Stanovení optimálního způsobu zajištění zdravotní péče pro posluchače vysokých škol se sídlem na území hl. města Prahy“** provedeného na základě výzvy k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu ze dne 30. 11. 2007,
- **„Návrh optimálního počtu pracovníků organizace a návrh optimalizace poskytovaných služeb včetně optimalizace správy a údržby svěřeného majetku“** provedeného na základě výzvy k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu ze dne 4. 12. 2007,
- **„Zpracování personálního a ekonomického auditu příspěvkové organizace Lesy hl. m. Prahy“** provedeného na základě výzvy k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu ze dne 6. 12. 2007,
- **„Návrh optimálního počtu pracovníků organizace a návrh optimálního systému zabezpečení správy a údržby svěřeného majetku“** provedeného na základě výzvy k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu ze dne 19. 12. 2007,
- **„Návrh racionalizace činnosti městské knihovny v Praze včetně návrhu optimálního počtu pracovníků, návrhu standardů úrovně poskytování služeb a hodnocení zaměstnanců zabezpečujících kontakt s klienty“** provedeného na základě výzvy k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu ze dne 21. 12. 2007,
- **„Návrh optimalizace provozování, správy a údržby svěřeného majetku včetně návrhu optimálního počtu pracovníků, návrh standardů úrovně poskytování služeb a hodnocení zaměstnanců se zaměřením na zaměstnance zabezpečující kontakt s klienty“** provedeného na základě výzvy k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu ze dne 16. 1. 2008, a
- **„Návrh racionalizace činnosti, posouzení správy a údržby movitého majetku a návrh optimálního počtu pracovníků Hudebního divadla v Karlíně“** provedeného na základě výzvy k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu ze dne 23. 1. 2008,

jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **BNV consulting, s. r. o.**, IČ 27170241, se sídlem Václavské náměstí 1/846, 110 00 Praha,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, s přihlédnutím k ustanovení § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ÚOHS-S239/2009/VZ-494/2010/540/LZa ze dne 17. 3. 2010

r u š í m

a věc

v r a c í m

k novému projednání Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatelé – Správa pražských hřbitovů, p. o., IČ 45245801, se sídlem Vinohradská 2807, 130 00 Praha (dále též jen „Správa pražských hřbitovů“), Městská poliklinika Praha, p. o., IČ 00128601, se sídlem Spálená 12, 110 00 Praha (dále též jen „Městská poliklinika Praha“), Botanická zahrada hl. m. Prahy, p. o., IČ 00064572, se sídlem Nádvorní 134, 171 00 Praha (dále též jen „Botanická zahrada“), Pohřební ústav hl. m. Prahy, p. o., IČ 45245819, se sídlem Staroměstské nám. 10, 110 00 Praha (dále též jen „Pohřební ústav“), Lesy hl. m. Prahy, p. o., IČ 45247650, se sídlem Práčská 1885, 106 00 Praha (dále též jen „Lesy hl. m. Prahy“), Městská knihovna v Praze, p. o., IČ 00064467, se sídlem Mariánské nám. 1, 115 72 Praha (dále též jen „Městská knihovna“), Galerie hl. m. Prahy, p. o., IČ 00064416, se sídlem Staroměstské nám. 605/13, 110 00 Praha (dále též jen „Galerie hl. m. Prahy“), a Hudební divadlo v Karlíně, p. o., IČ 00064335, se sídlem Křižíkova 10, 186 00 Praha (dále též jen „Hudební divadlo v Karlíně“), učinili výzvy k podání nabídek ve výběrových řízení na uvedené veřejné zakázky malého rozsahu:
   - „Posouzení efektivity činnosti organizace v návaznosti na další subjekty působící na území hl. m. Prahy s obdobným předmětem činnosti včetně posouzení spravování a provozování svěřeného majetku“,
   - „Stanovení optimálního způsobu zajištění zdravotní péče pro posluchače vysokých škol se sídlem na území hl. města Prahy“,
   - „Návrh optimálního počtu pracovníků organizace a návrh optimalizace poskytovaných služeb včetně optimalizace správy a údržby svěřeného majetku“,
   - „Zpracování personálního a ekonomického auditu příspěvkové organizace Lesy hl. m. Prahy“,

- „Návrh optimálního počtu pracovníků organizace a návrh optimálního systému zabezpečení správy a údržby svěřeného majetku“,
- „Návrh racionalizace činnosti městské knihovny v Praze včetně návrhu optimálního počtu pracovníků, návrhu standardů úrovně poskytování služeb a hodnocení zaměstnanců zabezpečujících kontakt s klienty“,
- „Návrh optimalizace provozování, správy a údržby svěřeného majetku včetně návrhu optimálního počtu pracovníků, návrh standardů úrovně poskytování služeb a hodnocení zaměstnanců se zaměřením na zaměstnance zabezpečující kontakt s klienty“ a
- „Návrh racionalizace činnosti, posouzení správy a údržby movitého majetku a návrh optimálního počtu pracovníků Hudebního divadla v Karlíně“,

2. Na základě obdrženého podnětu Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad nebo „orgán dohledu“) zjistil, že usnesením Rady hlavního města Prahy č. 1494 ze dne 2. 10. 2007 (dále jen „usnesení“) bylo odsouhlaseno provedení personálního a organizačního auditu se zaměřením na restrukturalizaci příspěvkových organizací hlavního města Prahy, tj. výše vyjmenovaných zadavatelů. Z předložené dokumentace nabyl Úřad pochybnost, zda zadavatelé s ohledem na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky tím, že provedení personálního a organizačního auditu zadali jako samostatné veřejné zakázky malého rozsahu a že s vybraným uchazečem, společností BNV consulting, s. r. o., IČ 27170241, se sídlem Václavské náměstí 1/846, 110 00 Praha 1 (dále jen „vybraný uchazeč“), uzavřeli smlouvy o dílo a navazující dodatky, splnili povinnost stanovenou v § 13 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), tj. povinnost zadat požadované služby společně (viz § 2 odst. 8 zákona) jako jedinou veřejnou zakázku tak, aby nedošlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v § 12 zákona. Z uvedeného důvodu proto orgán dohledu zahájil z moci úřední správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatelů a za jeho účastníky označil všechny zadavatele a vybraného uchazeče. Pozn.: Pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení. Pokud se dále v textu používá souhrnný pojem „zadavatelé“, rozumí se jím všech osm výše uvedených zadavatelů.

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 17. 3. 2010 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S239/2009/VZ-494/2010/540/LZa (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že se zadavatelé ve výše zmíněných výběrových řízeních dopustili správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při uzavírání smluv nedodrželi postup uvedený v § 13 odst. 3 zákona, když rozdělili předmět veřejné zakázky tak, že tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v § 12 zákona, v důsledku čehož nedodrželi postup stanovený v § 21 zákona a neprovedli zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za uvedený správní delikt Úřad uložil každému zadavateli pokutu ve výši 30 000 Kč (v součtu tedy 240 000,- Kč), všechny splatné do dvou měsíců ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

4. Orgán dohledu se v odůvodnění citovaného rozhodnutí poté, co shrnul obsah ustanovení § 7 odst. 1, § 12 odst. 5 a § 13 odst. 1 zákona a obsah usnesení rady hlavního města Prahy č. 1494 ze dne 2. 10. 2007 (dále též jen "usnesení"), uvedl, že posouzení, zda se v přezkoumávaném případě jedná o jedinou veřejnou zakázku, jejíž předmět byl rozdělen na části, závisí na prokázání věcné, časové a místní souvislosti dílčích zakázek. Z bodů 2.1. všech uzavřených smluv vyplývá, že plnění všech smluv spolu z věcného hlediska souvisí, neboť vybraný uchazeč zpracovával analýzy činnosti s cílem dosáhnout racionalizace a optimalizace organizační struktury, zjistit vývoj počtu pracovních míst, vyhodnotit způsob správy a údržby majetku, navrhnout optimální způsob poskytování služeb, optimální způsob nákupu služeb a zvýšit efektivitu vykonávaných činností s důrazem na dosažení úspory nákladů. Součástí smlouvy je podmínka, že veškerá vyhodnocení, posouzení a doporučení budou provedena s ohledem na činnost dalších příspěvkových organizací hl. města Prahy. Shodný je také postup stanovený vybranému uchazeči pro zpracování analýz (viz bod 2.4. smluv), a harmonogram projektu (viz bod 3.3. smluv). Na základě smluv i usnesení Úřad dovodil, že vybrané příspěvkové organizace jsou součástí jednoho záměru, který však byl realizován jako osm samostatných veřejných zakázek malého rozsahu. Z předložených dokumentací je zřejmé, že smlouvy byly uzavřeny v úzké časové návaznosti (s odstupem tří měsíců), navíc na služby stejného charakteru a rozsahu, kdy výsledkem analýz a auditů jsou podobná doporučení a opatření, přičemž uvedení zadavatelé při zadání vzájemně spolupracovali, a orgán dohledu tedy neměl pochyb ani o souvislosti věcné. Služby byly navíc prováděny u příspěvkových organizací zřízených a financovaných hlavním městem Praha, čímž byla prokázána i souvislost místní. Z výše uvedených důvodů Úřad neakceptoval tvrzení zadavatelů, že zadali veřejné zakázky samostatně, neboť předpokládali, že spolu nesouvisí, protože jejich výstupem jsou odlišná doporučení a opatření.

5. S odkazem na § 13 odst. 3 zákona Úřad zadavatele upozornil, že je třeba při rozdělování zakázek dbát omezujících opatření tak, aby rozdělení veřejných zakázek nevedlo k vyhnutí se povinným zákonným postupům. Zadavatelé však zákaz uvedený v § 13 odst. 3 zákona porušili, čímž došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod zákonem stanovený finanční limit pro podlimitní veřejnou zakázku. Uvedeným postupem zadavatelé způsobili, že předmět veřejné zakázky byl rozdělen na veřejné zakázky malého rozsahu, které zadavatel není povinen zadávat postupem podle zákona. Dále Úřad, s poukazem na § 2 odst. 8 zákona, uvedl, že se pro účely zákona za zadavatele považuje i několik zadavatelů, pokud se spojí nebo sdruží pro účely společného postupu směřujícího k zadání veřejné zakázky; v takovém případě jsou zadavatelé povinni před zahájením zadávacího řízení uzavřít písemnou smlouvu, ve které si upraví vzájemná práva a povinnosti související se zadáním veřejné zakázky. Skutečnost, že zadavatelé této možnosti nevyužili, neznamená, že se sdružit nemohli, resp. že veřejnou zakázku společně zadat neměli. Současně Úřad odkázal na § 98 zákona, který rozdělení veřejné zakázky na části za určitých podmínek umožňuje. Dále Úřad uvedl, že Hlavní město Praha jakožto zřizovatel všech osmi příspěvkových organizací (zadavatelů) taktéž mohlo zadat veřejnou zakázku na provedení personálního a organizačního auditu v jednom zadávacím řízení pro všechny jmenované příspěvkové organizace (zadavatele), namísto toho, aby jim ukládalo provedení výběrových řízení usnesením. Pro úplnost Úřad poukázal na své dřívější rozhodnutí č. j. S321/2008/VZ-1071/2009/540/PVé ze dne

17. 2. 2009, v němž konstatoval, že pro posouzení věcné, místní a časové souvislosti není podstatný způsob financování, a na rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. 10. 2000 ve věci C-16/98 Komise Evropských Společenství v. Francouzská republika, podle kterého vyplývá povinnost zadavatelů zadat veškerá spolu související plnění jako jednu veřejnou zakázku, bez ohledu na počet participujících subjektů.

6. Úřad uzavřel, že v konečném důsledku došlo k porušení § 21 odst. 2 zákona, podle kterého je zadavatel povinen pro zadání veřejné zakázky použít otevřené nebo užší řízení. Za podmínek uvedených v § 22 a § 23 může zadavatel použít rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo bez uveřejnění, případně soutěžní dialog (§ 24 zákona) nebo zjednodušené podlimitní řízení (§ 25 zákona). Hodlají-li zadavatelé předmět veřejné zakázky rozdělit, musí brát na zřetel, že rozdělením předmětu veřejné zakázky nesmí předpokládaná hodnota klesnout pod limity stanovené pro jednotlivé druhy veřejných zakázek nebo limity umožňující použití méně standardních druhů zadávacích řízení. Účelem těchto omezení je zabránit tomu, aby se zadavatelé vyhýbali zákonným postupům. Vzhledem k tomu, že zadavatelé podle zákona nepostupovali (porušili zákaz stanovený v § 13 odst. 3 zákona a v jeho důsledku nezadali veřejnou zakázku postupem podle § 21 zákona), výběru dodavatele nepředcházelo žádné transparentně provedené zadávací řízení, které by objektivně dokládalo, že právě vybraný uchazeč nabízí nejlepší smluvní podmínky.

7. Pokud jde o uloženou pokutu, poté, co orgán dohledu odkázal na § 121 odst. 2 zákona, a poté, co ověřil, že jsou splněny podmínky pro její uložení, uvedl, že při stanovení výše pokuty přihlédl k tomu, že zadavatelé v rámci veřejných zakázek malého rozsahu provedli výběrová řízení a že veřejné zakázky nezadali přímo, tj. zcela s vyloučením konkurence. Nemohl však odhlédnout od skutečnosti, že výběrová řízení neproběhla podle pravidel stanovených zákonem, což znemožnilo účast dalších případných dodavatelů a omezilo soutěžní prostředí. Nelze tedy vyloučit, že pokud by podle zákona postupovali, obdrželi by zadavatelé nabídky od dodavatelů, kteří by nabídli výhodnější podmínky. Pokuty byly vyměřeny s ohledem na skutečnost, že rozdíl ve finančním objemu za poskytování služeb dle uzavřených smluv je řádově stejný a že rozpočet příspěvkových organizací (zadavatelů) je závislý na rozpočtu zřizovatele – hl. města Prahy. Při stanovení výše pokuty Úřad přihlédl také ke skutečnosti, že záměr rozdělit veřejnou zakázku na osm veřejných zakázek, které následně zadali zadavatelé samostatně jako veřejné zakázky malého rozsahu, vzešel ze záměru hlavního města Prahy (viz usnesení č. 1494 ze dne 2. 10. 2010), na základě kterého uložilo hlavní město Praha zadavatelům provést personální a organizační audit se zaměřením na restrukturalizaci zadavatelů. Vzhledem ke skutečnosti, že hlavní město Praha plní funkci zřizovatele příspěvkových organizací, fakticky tím příspěvkové organizace ovládá, může ovlivňovat rozhodování příspěvkových organizací v ekonomických a personálních záležitostech. Zadavatelé postupovali ve veřejných zakázkách podle pokynů zřizovatele hlavního města Prahy bez ohledu na skutečnost, zda postup uložený v usnesení je v souladu se zákonem či nikoliv. Hlavní město Praha také poskytovalo zadavatelům metodickou a odbornou pomoc při zajišťování výběrových řízení a zpracování zadávací dokumentace. Dále Úřad přihlédl k ustálené rozhodovací praxi a k ekonomické situaci všech zadavatelů a dospěl k závěru, že uloženou pokutu nelze v případě žádného z nich považovat za

likvidační. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů nicméně Úřad akcentoval preventivní funkci uložených pokut.

III. Námitky rozkladů

Rozklady zadavatelů Botanická zahrada, Pohřební ústav, Lesy hl. m. Prahy, Městská knihovna v Praze, Galerie hl. m. Prahy, Hudební divadlo v Karlíně

8. Výše uvedení zadavatelé se pro účely podání rozkladu proti rozhodnutí Úřadu nechali na základě plných mocí zastoupit advokátem JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M. (C.J.). Vzhledem ke skutečnosti, že rozklady výše uvedených zadavatelů jsou z obsahového hlediska totožné, jsou jednotlivé rozklady shrnuty do jednoho celku.

9. Zadavatelé napadenému rozhodnutí v prvé řadě vytýkají, že Úřad nesprávně interpretoval a následně aplikoval § 7 zákona, když dovodil povinnost více zadavatelů se sdružit k zadání jedné veřejné zakázky. Tímto postupem Úřad porušil zásadu legality stanovenou v § 2 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád"). Napadené rozhodnutí je z uvedeného důvodu nezákonné. Zadavatelé uvádí, že jsou veřejnými zadavateli ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) zákona. Podle § 18 odst. 3 zákona nemají zadavatelé povinnost zadávat v zadávacím řízení veřejné zakázky malého rozsahu. Zakázky, za jejichž zadání mimo zadávací řízení byly napadeným rozhodnutím zadavatelům uloženy sankce, přitom zakázkami malého rozsahu jsou. Zadavatelé trvají na tom, že jsou příspěvkovými organizacemi zřízenými hl. m. Prahou a jsou samostatnými právnickými osobami ve smyslu rozpočtových pravidel územních rozpočtů, přičemž zákon výslovně označuje příspěvkové organizace za samostatné zadavatele. Dále zadavatelé s odkazem na § 7 zákona upozorňují, že uvedené ustanovení definuje veřejnou zakázku jako zakázku realizovanou na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli. Z textu této definice jednoznačně vyplývá, že ve smluvním vztahu na straně dodavatelů může existovat více subjektů, na straně zadavatele však může být pouze subjekt jediný. Výjimku z tohoto pravidla stanoví § 2 odst. 8 zákona, podle kterého se na sdružení zadavatelů pohlíží jako na zadavatele jediného. Uvedené ustanovení je třeba vykládat tak, že pouze umožňuje, aby se zadavatelé sdružili pro účely zadání veřejné zakázky, nikoli tak, že ukládá povinnost více zadavatelům sdružit se pro účely zadání jedné veřejné zakázky. Úřad se podle zadavatelů pouští do spekulací, kdo by mohl či nemohl být podle jeho názoru ideálním zadavatelem šetřených veřejných zakázek a označuje za něj subjekt, který ani není účastníkem správního řízení (hl. město Praha). Za chování tohoto subjektu pak Úřad sankcionuje zadavatele, což je zcela v rozporu se základními principy správního trestání. Zadavatelé konstatují, že ze strany Úřadu se jedná o nepřípustné použití rozšiřujícího výkladu v oblasti správního trestání v neprospěch zadavatelů coby subjektů obviněných ze spáchání správního deliktu. Údajné porušení zákona je Úřadem dovozováno pouze z extenzivního výkladu § 2 odst. 8 zákona. Zadavatelé totiž nemohli smlouvu o sdružení za účelem společného zadání veřejné zakázky platně uzavřít, neboť by tím došlo k porušení § 33a zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění účinném k okamžiku zadání šetřených zakázek (dále jen „rozpočtová pravidla“). Dle tohoto ustanovení mohla příspěvková organizace uzavřít smlouvu o sdružení, s výjimkou pořízení hmotného majetku, pouze za účelem zabezpečení

činností podle ustanovení § 33 rozpočtových pravidel, které upravuje fond kulturních a sociálních potřeb. Tento zákaz uzavření smlouvy o sdružení není omezen (mimo stanovené výjimky) pouze na smlouvy o sdružení jako smluvní typ podle § 829 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, ale na jakákoliv sdružení či spojení uskutečněná byť i na základě inominátní smlouvy. Úřad v napadeném rozhodnutí de facto nutí zadavatele k protiprávnímu jednání.

10. Jak dále zadavatelé namítají, proces zadávání každé veřejné zakázky byl zcela nezávislý na procesech zadávání veřejných zakázek ostatních zadavatelů. Zadavatelé samostatně rozhodovali o zadání své příslušné zakázky, průběhu výběrového řízení a výběru vítězného uchazeče. Hl. m. Praha neurčovalo, jakým způsobem mají zadavatelé zadat své zakázky, ani neovlivňovalo rozhodnutí těchto zadavatelů o vítězném dodavateli. Hl. m. Praha bylo připraveno k poskytnutí případné metodické a odborné podpory na úrovni právního poradenství a dozorovalo rozpočtovou kázeň příspěvkových organizací. Pokud Úřad hodnotil důkazy založené ve správním spise jinak, pak jsou jeho skutkové závěry z toho vyvozené nesprávné, řízení předcházející vydání napadeného rozhodnutí je stiženo vadami spočívajícími v nesprávně zjištěném skutkovém stavu v rozporu s § 3 a § 50 odst. 4 správního řádu. Rovněž z hlediska věcného jsou šetřené zakázky samostatné a nezávislé na ostatních. Veřejné zakázky zadávané jednotlivými zadavateli byly specifické a vyžadovaly úzkou spolupráci mezi zadavateli a dodavatelem vybraným na základě výběrového řízení. Zadavatelé tudíž nemohli, vzhledem k vysoké specifičnosti, zadat výběrová řízení, která se týkala činnosti i ostatních příspěvkových organizací. Z napadeného rozhodnutí jednoznačně vyplývá, že výběrová řízení zadávaná jednotlivými zadavateli probíhala nezávisle na sobě, což je zřejmé jak z různého počtu dodavatelů oslovených jednotlivými příspěvkovými organizacemi, tak i z různého počtu podaných nabídek a různých dat pořádání výběrových řízení. Zadavatelé dále nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že o souvislosti jednotlivých plnění svědčí mimo jiné i skutečnost, že ve všech výběrových řízeních realizuje personální a organizační audit stejný dodavatel, neboť, jak byl Úřad již upozorněn ve stanovisku ke správnímu řízení, ne ve všech takových řízeních zvítězil vybraný uchazeč. Ve výběrovém řízení pořádaném příspěvkovou organizací Správa pražských hřbitovů zvítězil uchazeč CENTRA a. s., který však následně oznámil svou neschopnost zakázku splnit.

11. Zadavatelé dále uvádějí, že předpokládanou hodnotu všech šetřených veřejných zakázek není možné navzájem sečíst a tyto zakázky tedy netvoří zakázku jedinou, což podle jejich názoru jednoznačně vyplývá z rozsudku Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“) v případě C-16/98 Komise v. Francie ze dne 5. října 2000 (dále jen „rozhodnutí Sydev“). Rozhodnutí Sydev se vztahovalo k výkladu čl. 14(10) a 14(13) Směrnice Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (dále jen „směrnice“) ohledně definice zakázky a zákazu obcházení této směrnice rozdělením veřejné zakázky na dílčí části. V rozhodnutí Sydev ESD stanovil, že klíčové pro posouzení, zda se v případě více zakázek jedná z hlediska zadávacích směrnic o veřejnou zakázku jedinou, je jejich společná ekonomická a technická využitelnost. ESD zde uvedl, že pro posouzení, že jde o zakázku jedinou, svědčí to, že výzvy k podání nabídek jsou učiněny ve stejný okamžik, zahájení a koordinace výběru dodavatele provádí jediný subjekt a že mezi zadávacími dokumentacemi

existují shody. ESD dále usoudil, že klíčovým hlediskem pro závěr, že dotčené zakázky jsou samostatné, je jejich vzájemná nezávislost (odst. 69 rozhodnutí Sydev). Na základě těchto kritérií ESD v rozhodnutí Sydev v daném případě posoudil odlišně zakázky týkající se elektrifikačních prací a zakázky na osvětlování ulic zadávané více municipalitami, avšak prostřednictvím jediného subjektu. V případě elektrifikačních prací ESD usoudil, že se jedná v podstatě o jediný komplexní projekt elektrifikace. Pro podporu tohoto argumentu svědčil fakt, že odpovědnost za elektrifikaci nesl jediný subjekt sdružující jednotlivé zadavatele. Naopak v případě zakázek na osvětlování ulic ESD konstatoval, že tyto zakázky nejsou vzájemně závislé a mezi jednotlivými zakázkami není žádný vztah, jako tomu bylo u elektrifikačních prací. ESD uzavřel, že ačkoliv ekonomické a technické využití každé jednotlivé zakázky je stejné jako u ostatních (osvětlení ulic), nemají takové jednotlivé zakázky společnou ekonomickou a technickou využitelnost ve svém souhrnu (odst. 70 rozhodnutí Sydev), a proto v případě zakázek na osvětlení ulic mohou jednotliví zadavatelé zvolit rozdílný přístup, co se týče rozsahu konkrétních požadavků na osvětlení. Proto není možné souhrn zakázek na osvětlování ulic považovat za zakázku jedinou. Úřad však z celého rozhodnutí Sydev pouze účelově vyjímá větu z první třetiny odůvodnění (zřejmě z odst. 42 rozhodnutí Sydev), kterou pak dále dezinterpretuje.

12. Co se týče citovaného rozhodnutí č. j. S321/2008/VZ-1071/2009/540/PVé ze dne 17. 2. 2009, Úřad v daném případě usoudil, že se jednalo o projekt výstavby jediné silnice projektované jako celek, pouze uměle rozdělené na dvě zakázky. Tyto zakázky však byly vzájemně provázané a tvořily společný funkční celek. V případě citovaného rozhodnutí by totiž město Zásmuky těžko zadalo vybudování chodníků, pokud by tyto chodníky neměly vést kolem silnice zároveň budované dle zakázky zadané Ředitelstvím silnic a dálnic. Oproti výše citovanému rozhodnutí Úřadu však byly v případě napadeného rozhodnutí výsledky jednotlivých výběrových řízení samostatně využitelné a výsledek plnění dodavatele v rámci jedné veřejné zakázky nemá žádný význam pro jakéhokoliv jiného zadavatele, než pro toho, který předmětnou veřejnou zakázku zadal. Zadavatelé pro úplnost uvádějí, že citované rozhodnutí, a ani jiná rozhodnutí Úřadu, navíc nemůže Úřad v žádném případě použít jako podklad pro argumentaci odůvodnění napadeného rozhodnutí. Zadavatelé nebyli účastníkem předmětných řízení, ani neměli možnost přezkoumat správnost citovaných rozhodnutí. Správní rozhodnutí ostatně ani nemůže sloužit jako obecně závazný pramen práva. Z rozhodnutí Sydev a rozhodovací praxe Úřadu vyplývají následující závěry pro posouzení šetřených zakázek: Nejde o „jednotný projekt“, jako by tomu bylo v případě výstavby silnice či elektrifikačních prací u rozhodnutí Sydev. Veřejné zakázky identifikované v napadeném rozhodnutí nejsou věcně a místně provázány. Každá ze zakázek totiž slouží dané organizaci a mezi jejich provedením není vzájemná souvislost. Smlouvy mezi jednotlivými zadavateli a dodavateli byly uzavírány v časovém období od 10. ledna 2008 až do 16. dubna 2008, tj. v období dlouhém více jak čtvrt roku. Nelze proto hovořit ani o úzké časové provázanosti jednotlivých plnění. Pokud by se kterýkoliv z ostatních zadavatelů rozhodl neprovést jím zadávané výběrové řízení, nemělo by to žádný vliv na postup ostatních zadavatelů.

13. Jako další námitku rozkladu poukazují zadavatelé na procesní pochybení, která spočívají v porušení § 36 odst. 3 správního řádu, neboť zadavatelům nebyla dána možnost vyjádřit se

k podkladům pro vydání napadeného rozhodnutí. Oznámení o zahájení řízení ani usnesení Úřadu, která byla zadavatelům zaslána po zahájení správního řízení, totiž nesplňují zmíněný zákonný účel. Uvedeným usnesením Úřad vyzval zadavatele, aby zaslali svá stanoviska ke správnímu řízení, a zároveň jim stanovil lhůtu, do které se mohli seznámit s podklady pro napadené rozhodnutí. Z tohoto usnesení je ovšem patrno, že ke dni jeho odeslání doposud nebylo skončeno dokazování a že nové důkazy do spisu teprve přibudou. Tím, že je stanovena lhůta k vyjádření k podkladům do 6. 11. 2009, a navíc po jejím prodloužení na 15. 11. 2009, není již zřejmé, ke kterému dni Úřad fakticky skončí dokazování, a tedy, zda poté, co se účastníci správního řízení seznámí s podklady, nepřibudou podklady nové. Zadavatelé neměli jistotu, že případné podklady, ke kterým by se vyjadřovali, byly kompletní. Nesprávnost a protizákonnost takového postupu již byla v minulosti Úřadu několikráte vytýkána v soudních řízení před Krajským soudem v Brně, a to např. v rozhodnutí č. j. 62 Ca 14/2008-163 ze dne 18. 12. 2008. Zadavatelé dále uvádějí, že některé z dokumentů a důkazů použitých ve správním řízení ve správním spise v době stanovení lhůt zcela chyběly, neboť ze správního spisu vyplývá, že po odeslání usnesení Úřadu ohledně možnosti seznámit se s podklady řízení bylo dále dokazováno. Úřadu tak byly doručovány další podklady, ze kterých Úřad vycházel při vydání napadeného rozhodnutí (viz bod 19. napadeného rozhodnutí) až do 27. listopadu 2009. Zadavatel při nahlížení do správního spisu pro účely rozkladu dne 31. března 2010 zjistil, že v něm nebyla obsažena žádná vyjádření účastníků správního řízení, s výjimkou vyjádření Správy pražských hřbitovů ze dne 5. listopadu 2009. Ze správního spisu ostatně ani nebylo možné zjistit, které důkazy (dokumenty) jsou jeho obsahem, neboť spis nebyl očíslován a ani nezahrnoval obsah nebo jakýkoliv jiný seznam obsažených dokumentů. Takové vedení spisu je v zásadním rozporu s § 17 odst. 1 správního řádu, dle kterého správní spis musí obsahovat soupis všech svých součástí, včetně příloh, s určením data, kdy byly do spisu vloženy. Dále zadavatelé namítají, že dokazování listinami provedl Úřad v rozporu s ustanovením § 53 odst. 6 správního řádu, podle kterého je povinen o provedení důkazu listinou učinit záznam do spisu. Úřad zjevně dokazování listinami prováděl, a to zejména co se týče smluv uzavřených mezi jednotlivými účastníky správního řízení. Správní spis o této skutečnosti však neobsahuje žádné záznamy. Řízení předcházející vydání napadeného rozhodnutí je proto stiženo vadami a napadené rozhodnutí vydané na základě takového řízení je nezákonné.

14. Zadavatelé opakují, že při zadání jednotlivých veřejných zakázek dodrželi pravidla rovného zacházení, transparentnosti a nediskriminace. Vzhledem k finančnímu rozsahu šetřených veřejných zakázek proto zadavatelé zvolili nejvhodnější a nejekonomičtější možnou formu pro jejich zadání, a to ve výběrovém řízení s oslovením dostatečného počtu dodavatelů, u nichž zadavatelé předpokládali schopnost veřejnou zakázku splnit. Vzhledem k povaze šetřených veřejných zakázek, která se týká poradenských služeb, mohou být dodavateli také menší specializované poradenské společnosti. Pokud by zadavatelé zadali zakázky spolu společně, takto uměle spojená veřejná zakázka by nabyla takového rozsahu, že by ji byl schopen splnit pouze omezený okruh větších dodavatelů. Z tohoto důvodu zadavatelé trvají na tom, že jimi zvolený postup zaručil dostatečnou soutěž mezi dodavateli a že byl z hlediska veřejných prostředků nejúspornější.

15. Zadavatelé dále uvádějí, že Úřad zásadním způsobem porušil zásady správního trestání, když trestá zadavatele za veřejné zakázky zadávané jinými účastníky správního řízení a uplatňuje kolektivní odpovědnost vůči několika zadavatelům, ačkoliv zákon o veřejných zakázkách takový postup neumožňuje. Úřad v napadeném rozhodnutí naznačuje, že zakázky dle výběrových řízení ostatních příspěvkových organizací identifikovaných v napadeném rozhodnutí jsou jedinou veřejnou zakázkou. Za porušení domnělé povinnosti zadat takovouto agregovanou veřejnou zakázku pak Úřad nicméně sankcionuje všech osm zadavatelů. Tento postup je zcela v rozporu se zásadami správního trestání a také v rozporu s § 120 a násl. zákona. Pokud Úřad indikuje, že šetřené veřejné zakázky mělo zadat hl. m. Praha, není jasné, proč potom sankcionuje zadavatele. Úřad zde tedy uplatnil princip kolektivní odpovědnosti, resp. princip odpovědnosti zadavatelů za postup hl. m. Prahy, jehož aplikaci ovšem zákon o veřejných zakázkách ani správní řád neumožňují.

16. Napadené rozhodnutí je dále nepřezkoumatelné z důvodu nesrozumitelnosti a z důvodu nedostatku důvodů rozhodnutí, když se Úřad v rozporu s ustanovením § 68 odst. 3 správního řádu zcela nevypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí. V rámci svého vyjádření v průběhu správního řízení podali zadavatelé řadu námitek proti domnělému porušení zákona při zadání šetřených veřejných zakázek. Část námitek Úřad v rozporu se zákonem odmítl a částí námitek se však Úřad vůbec nezabýval anebo je odmítl bez jakéhokoliv věcného odůvodnění. Existenci některých námitek Úřad dokonce ani nezohlednil v textu odůvodnění napadeného rozhodnutí, natož aby se s nimi vypořádal.

17. Z důvodu procesní opatrnosti zadavatelé uvádějí, že pro případ, že by předseda Úřadu v rozkladovém řízení dospěl přes výše uvedenou argumentaci zadavatelů k závěru, že Úřad v napadeném rozhodnutí správně a v souladu se zákonem vyhodnotil objektivní stránku údajného správního deliktu, zadavatelé uvádí, že Úřad nesprávně a nezákonně rozhodl ve smyslu § 121 zákona o uložení pokuty a o její výši, a to zejména z níže uvedených důvodů. Úřad při uložení pokuty nepřihlédl k závažnosti domnělého porušení zákona. V případě zakázky jako domněle protiprávního skutku popsaného v napadeném rozhodnutí by se totiž jednalo o veřejnou zakázku s velmi malou hodnotou (10 060 000 Kč bez DPH) a nešlo by tudíž materiálně o nijak závažné porušení zákona. Úřad dále v napadeném rozhodnutí uvádí, že „Současně však nelze odhlédnout od skutečnosti, že zadavatelé uzavřeli smlouvy s vybraným uchazečem, aniž by před uzavřením smluv provedli zadávací řízení postupem podle zákona…“. Úřad tedy jako přitěžující okolnost hodnotil skutečnost, která již sloužila pro posouzení naplnění skutkové podstaty správního deliktu, což je v teorii trestního práva (dle ustálené judikatury Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu použitelné i v oblasti správního trestání) považováno za nepřijatelné. Úřad dále postupoval v rozporu se zásadou legality stanovenou v § 2 odst. 1 správního řádu, když při uložení pokuty přihlédl k tomu, že „(…) záměr rozdělit veřejnou zakázku na osm veřejných zakázek, které následně zadali zadavatelé samostatně, jako veřejné zakázky malého rozsahu, vzešel ze záměru hlavního města Prahy (…)“. Není ale jasné, zda toto přihlédnutí znamenalo polehčující či přitěžující okolnost. Skutečnost, že Úřad při ukládání pokuty přihlíží (jako k přitěžující okolnosti) k jednání třetí osoby, je zcela v rozporu se zásadami správního trestání. Úřad tak nesprávným způsobem užil uvážení při určení výše pokuty. Při použití volné úvahy si Úřad nemůže počínat

libovolně, ale musí vyjít ze všech hledisek, které mohou být relevantní pro vyvození závěru v daném konkrétním případě. Zadavatelé proto v závěru svých rozkladů navrhují, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

Rozklad zadavatele – Městské polikliniky Praha

18. Zadavatel má za to, že napadené rozhodnutí je v rozporu s platnými právními předpisy, a to konkrétně s § 2 odst. 1, 3 a 4 správního řádu, neboť dle jeho názoru při vydání napadeného rozhodnutí Úřad nešetřil oprávněné zájmy účastníka a rozhodnutí není v souladu s veřejným zájmem. Úřad napadené rozhodnutí založil na závěru, že jednotliví zadavatelé neoprávněně rozdělili veřejnou zakázku ve smyslu § 13 odst. 3 zákona a následně nedodrželi postup stanovený v § 21 zákona a neprovedli zadávací řízení. K tomuto závěru se Úřad přiklonil pravděpodobně díky aplikaci ustanovení § 2 odst. 8 zákona. Z dikce tohoto ustanovení vyplývá, že se musí jednat o určité vědomé konání všech účastníků. Nemůže se jednat o úkony třetí osoby, např. zřizovatele účastníků, již jen z toho důvodu, že zákon hovoří o více zadavatelích, kteří se sdružili, tedy o osobách s právní subjektivitou, které učinily určitý právní úkon bez ohledu na jeho formu. Navíc § 2 odst. 8 zákona a ani na jiném místě neukládá zadavatelům a tedy ani účastníkům povinnost se při zadání veřejné zakázky sdružit či jinak spojit. Musí se tedy jednat o konání založené na svobodné vůli účastníků. Jestliže tedy Úřad považoval účastníky za jednoho zadavatele a jejich veřejné zakázky za jednu veřejnou zakázku neoprávněně rozdělenou, byl povinen zjistit a doložit vznik určitého sdružení či spojení vzniklého dobrovolným vědomým konáním všech účastníků. Úřad však v rozporu s tímto otázku vzniku sdružení či spojení a úkonů účastníků směřujících k jeho vzniku nijak nezkoumal, naopak dokonce v bodě 52. napadeného rozhodnutí připustil, že účastníci nevyužili zákonné možnosti vyplývající z § 2 odst. 8 zákona. Úřad tak v rozporu se zákonem stanovil účastníkům povinnost zadávat zakázku společně, i když se nejedná o jediného zadavatele. Tím dle názoru účastníka Úřad nepostupoval v souladu s právními předpisy ve smyslu § 2 odst. 1 správního řádu.

19. Za nejzávažnější nedostatek napadeného rozhodnutí považuje zadavatel logické mezery v odůvodnění napadeného rozhodnutí, kdy Úřad v jinak na první pohled pečlivém odůvodnění opakovaně konstatuje dílčí závěry, které nemají oporu v provedeném dokazování. V okamžiku, kdy je třeba odůvodnit dílčí závěr v poloze konkrétní situace posuzovaného případu, odůvodnění chybí. Na neodůvodněných dílčích závěrech pak Úřad staví napadené rozhodnutí, že se účastník dopustil deliktu podle § 120 odst. l písm. a) zákona. Takový postup Úřadu je dle názoru zadavatele zjevnou nesprávností a porušením § 67 odst. 2 správního řádu. Jedná se zejména o závěr Úřadu, že šetřené veřejné zakázky tvoří jeden funkční celek. Veřejná zakázka zadavatele nebyla žádným způsobem navázána na zakázky dalších zadavatelů a zadavatel s nimi při zadávání veřejné zakázky žádným způsobem nespolupracoval. O výsledcích jimi zadávaných veřejných zakázek se zadavatel dozvěděl až v rámci řízení před Úřadem při nahlédnutí do spisu. Šetřené veřejné zakázky netvořily jeden celek ani z hlediska ekonomického a ani z hlediska technické funkce. Výsledkem šetřených veřejných zakázek bylo osm „personálních auditů“, každý zaměřený na konkrétní příspěvkovou organizaci, bez návaznosti na jakékoliv jiné příspěvkové organizace hl. m. Prahy. Vytvoření jednoho celku pak dle názoru účastníka nemůže být způsobeno tím, že

provedení „personálních auditů“ uložil účastníkovi a dalším účastníkům zřizovatel, který je ve vztahu ke všem účastníkům shodný, a že se o výsledky „personálního auditu“ tento zřizovatel zajímá. Zmiňovaná koordinace prostřednictvím ředitele Magistrátu hl. m. Prahy byla ve vztahu k zadavatelům omezena na metodickou a právní pomoc. Ředitel Magistrátu hl. m. Prahy nezasahoval účastníkovi řízení do zadávání veřejné zakázky, volby osob, které budou v rámci zadávání veřejné zakázky osloveny, a ani do výběru nejvhodnějšího uchazeče a pouze sledoval průběh zadávání veřejné zakázky a k žádosti účastníka poskytoval rady, jak nejlépe postupovat, aby nedošlo k porušení zákona. Zadavatel se zásadně ohrazuje proti tvrzení Úřadu uvedenému v bodě 43. napadeného rozhodnutí, že smlouva, která byla výsledkem veřejné zakázky zadávané účastníkem, byla podmíněna tím, že veškerá vyhodnocení, posouzení a doporučení budou vybraným uchazečem provedena s ohledem na činnost dalších příspěvkových organizací hl. m. Prahy. Taková podmínka nebyla zadavatelem nikdy ústně a ani písemně stanovena. Naopak všechny šetřené veřejné zakázky byly výslovně zaměřeny na potřeby každého zadavatele samostatně. Výstup veřejné zakázky pak byl použitelný pouze pro zadavatele, neboť řešil nedostatky v jeho organizaci práce a jemu doporučoval konkrétní opatření. Ze samotné logiky personálních auditů, které mají za cíl prověřit organizační strukturu a organizaci provádění práce v rámci konkrétního subjektu, je zjevné, že výsledky budou využitelné výhradně vždy pro zkoumaný subjekt a s ohledem na rozdílnost vykonávané činnosti nebude možné tyto použít pro jiný subjekt.

20. Za další nesprávnost napadeného rozhodnutí považuje zadavatel odůvodnění věcné, časové a místní souvislosti veřejné zakázky. Předně Úřad ve svém rozhodnutí zcela volně zaměňuje typ služby požadované v rámci veřejné zakázky zadavateli a věcnou souvislost veřejných zakázek. Dle názoru zadavatele nelze ze skutečnosti, že poskytované služby jsou svou povahou shodné se službami poskytovanými dalším zadavatelům, zjednodušeně označené jako „personální audit“, dovodit jejich věcnou souvislost. V této souvislosti se účastník ohrazuje proti ničím nepodloženému závěru Úřadu, že výsledek analýz je pouze v minimálním rozsahu zaměřen na navržení opatření specifických pro konkrétního zadavatele. Tento závěr Úřad učinil, aniž jednotlivé analýzy, které byly výsledkem uzavřených smluv mezi účastníky a vybraným uchazečem, byly jako důkaz v rámci řízení prováděny, a tedy aniž by se s nimi Úřad v rámci řízení jakkoliv seznámil. V dané situaci však naopak analýzy jsou zcela výlučně zaměřeny na navržení opatření specifických pro konkrétního zadavatele. Ani časová souvislost není dle názoru zadavatele v daném případě určující. Úřad v bodě 44. napadeného rozhodnutí poukazuje na skutečnost, že šetřené veřejné zakázky byly zadávány, resp. smlouvy, které byly výsledkem veřejných zakázek, byly uzavírány v rozmezí tří měsíců, přičemž tuto dobu považuje za dostatečně krátkou, aby tím odůvodnil časovou souvislost. Úřad však již ve svém odůvodnění nezmínil další skutečnosti, a to např. že plnění dle smlouvy uzavřené mezi účastníkem a vybraným uchazečem bylo poskytnuto účastníkovi dříve, než vůbec došlo k uzavření smlouvy mezi účastníkem Městskou knihovnou v Praze a vybraným uchazečem. Z hlediska místní souvislosti pak dle názoru zadavatele není možné jako hodnotící kriterium stanovit území jedné obce. Takové pravidlo není dáno žádným právním předpisem a jedná se tedy čistě o volnou úvahu Úřadu. Na území hl. m. Prahy je s ohledem na rozlohu města daleko větší množství subjektů, které jsou vázány zákonem, než na území dvou sousedních obcí, které k sobě mohou mít daleko blíže. Vymezení místní souvislosti územím obce se proto jeví jako neopodstatněné. Místní souvislost je třeba chápat

v daleko užším smyslu, např. tak jako v případě rozhodnutí ESD ve věci Sydev. Tam je místní souvislost vymezena tak, že práce mohou být prováděny, a dokonce z hlediska ekonomického se to jeví jako výhodnější, společně (konkrétně výkopové a další práce při stavbě elektrifikační sítě a sítě veřejného osvětlení mohou být prováděny společně). V daném případě by pak místní souvislost mohla být dána, pokud by se činnosti všech účastníků prolínaly a průzkumná část „personálního auditu“ by mohla být vykonána v jednom místě pro všechny účastníky. Tak tomu však v tomto případě není a vybraný uchazeč byl nucen provést v návaznosti na smlouvu uzavřenou s každým uchazečem samostatné šetření, samostatné zjištění i samostatná doporučení.

21. Za další nesprávnost považuje zadavatel aplikaci a interpretaci rozhodnutí Sydev učiněné Úřadem v rámci napadeného rozhodnutí. Úřad vysvětluje rozhodnutí, které zadavatelé citovali, ve svůj prospěch přesně opačným způsobem a pomíjí přitom významné odlišnosti od případu posuzovaného Úřadem, které ESD označil za podstatné pro určení, zda se jedná o jednu zakázku či nikoliv. Úřad tak naprosto pominul, že se v případě Sydev jednalo o liniovou stavbu, která již z logiky věci musí tvořit jeden funkční celek, a to jak z pohledu funkčního, tak i ekonomického, že na straně zadavatele byl ve všech 6 případech uzavřených smluv shodný subjekt na rozdíl od případu posuzovaného Úřadem a že výsledek dílčí části veřejné zakázky, zadané jako samostatná veřejná zakázka, neměl v případě posuzovaném Evropským soudním dvorem z hlediska využitelnosti význam. V daném případě se pak proto jeví jako podstatný zejména závěr ESD, že samotné ekonomické a technické využití zakázek, i když je shodné, ještě nezakládá společnou ekonomickou a technickou využitelnost, a proto pouze z důvodu shodného předmětu veřejných zakázek není možné veřejné zakázky považovat za zakázku jedinou, který však Úřad nijak nevysvětlil.

22. Za procesní pochybení považuje zadavatel hromadné shrnutí vyjádření účastníků řízení provedené Úřadem, který se v odůvodnění napadeného rozhodnutí nezabýval vyjádřeními účastníků jednotlivě, ale společně s tím, že odlišnosti měl dle svého vyjádření v textu uvést. Ani po pečlivém prostudování napadeného odůvodnění se však zadavateli nepodařilo dohledat jakékoliv ze strany Úřadem zmíněné odlišnosti. Naopak účastník zjistil, že se Úřad zdaleka nevypořádal se všemi námitkami zadavatele obsaženými v jeho vyjádření. Zobecnění vyjádření zadavatele do společného popisu vyjádření všech zadavatelů se tak jeví jako nepřesné a hlavně umožňuje Úřadu vypustit některé námitky zadavatele, které by mohly zpochybnit závěry ÚOHS uvedené v napadeném rozhodnutí.

23. Dále zadavatel uvádí, že při dokazování před Úřadem došlo zcela zjevně k několika nesprávnostem. Zadavatel namítá, že nebyl proveden zadavatelem navržený důkaz e-mailovými zprávami ze dne 15. 1. 2008 a 16. 1. 2008, které dokládají rozsah koordinace ředitele Magistrátu hl. m. Prahy. Provedení tohoto důkazu a jeho zhodnocení v napadeném rozhodnutí proto účastník považuje za velmi důležité pro předmětné řízení. Další skutečností je odkaz na vlastní zjištění Úřadu, aniž by však tato zjištění byla jakkoliv konkretizována a popsána (viz např. bod 27. napadeného rozhodnutí). Takový postup zadavateli znemožňuje vyjádřit se k závěrům Úřadu. Úřad tak dle názoru účastníka porušil § 4 odst. 4 správního řádu, dle kterého je správní orgán povinen umožnit dotčeným osobám uplatňovat jejich práva a oprávněné zájmy.

24. Zadavatel rovněž trvá na námitce ohledně vad řízení uvedené již ve vyjádření ze dne 19. 11. 2009, a to že Úřad nedostatečně popsal v oznámení o zahájení řízení, v čem spatřuje ve vztahu k účastníkovi řízení porušení § 13 odst. 3 zákona. Takový postup je dle názoru účastníka v rozporu s § 48 správního řádu, neboť dle tohoto ustanovení musí oznámení o zahájení řízení z moci úřední obsahovat předmět řízení. Za předmět řízení pak rozhodně nelze považovat pouze název správního deliktu označením paragrafu příslušného zákona, který měl být porušen, ale náležitý popis skutku s označením, v čem správní orgán porušení zákona spatřuje. Toto platí o to více, jestliže Úřad, jako správní orgán, rozhodl podle § 49 správního řádu, že nebude nařízeno ústní jednání. Zadavatel tak byl v důsledku absence řádného popisu předmětu řízení zbaven možnosti náležitě se vyjádřit dle § 36 odst. 2 správního řádu. S ohledem na vše shora uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí Úřadu změnil tak, že se zahájené správní řízení zastavuje.

Rozklad zadavatele – Správy pražských hřbitovů

25. Podle zadavatele z definice § 2 zákona vyplývá, že na straně zadavatele může být pouze jediný subjekt. Výjimku z tohoto pravidla stanoví § 2 odst. 8 zákona, podle kterého se na sdružení zadavatelů pohlíží jako na zadavatele jediného. Uvedené ustanovení umožňuje, aby se zadavatelé sdružili pro účely zadání veřejné zakázky. Zákonem danou možnost sdružit se pro účely zadání veřejné zakázky tak Úřad nesprávně vykládá jako povinnost. Zadavatel provedl podle pokynu zřizovatele – hl. města Prahy – výběrové řízení na zajištění auditů, přičemž zadavatel nebyl s odkazem na výše uvedené povinen se pro zadání uvedeného výběrového řízení sdružovat s jinými subjekty. Z tohoto důvodu se nemohl dopustit nezákonného rozdělení předmětu veřejné zakázky, jak v napadeném rozhodnutí konstatoval Úřad. Zadavatel dále uvádí, že jako nejvýhodnější vybral nabídku uchazeče Centra, a. s. Avšak uvedený uchazeč z kapacitních důvodů odmítl předmět veřejné zakázky realizovat, a z tohoto důvodu uzavřel zadavatel smlouvu s vybraným uchazečem, který se umístil jako druhý v pořadí. Pro úplnost zadavatel podotýká, že v souvislosti s výše uvedenými skutečnostmi na šetřený případ nedopadají rozhodnutí citovaná v bodě 75. napadeného rozhodnutí ani rozsudek ESD citovaný v bodě 54. napadeného rozhodnutí, neboť o eurokonformní výklad může požádat ESD pouze soud, což Úřad ve svém rozhodnutí nezohlednil. S odkazem na uvedené skutečnosti zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil

IV. Řízení o rozkladech

26. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S239/2009/VZ-5342/2010/540/LZa ze dne 15. 4. 2010 ostatním účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. Úřad ve stanovené lhůtě obdržel vyjádření vybraného uchazeče, ve kterém tento uvádí, že se zcela ztotožňuje se závěry účastníků správního řízení uvedenými v podaných rozkladech a domnívá se, že je v šetřeném případě nezbytné, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření neuvádí žádné nové skutečnosti. Úřadu bylo dále doručeno vyjádření zadavatelů – Botanické zahrady hl. m. Prahy, Pohřebního ústavu hl. m. Prahy, Lesů hl. m. Prahy, Městské knihovny v Praze, Galerie hlavního města Prahy, Hudebního divadla v Karlíně, ve kterých uvádějí, že k podaným

rozkladům nemají připomínek a odkazují na své rozklady. Úřad obdržel taktéž vyjádření zadavatele – Správy pražských hřbitovů, ve kterém zadavatel uvádí, že odkazuje na obsah svého rozkladu, a dále dodává, že souhlasí s obsahem rozkladů podaných zadavateli – Botanickou zahradou hl. m. Prahy, Pohřebním ústavem hl. m. Prahy, Lesy hl. m. Prahy, Městskou knihovnou v Praze, Galerií hlavního města Prahy, Hudebním divadlem v Karlíně a připojuje se k námitkám v těchto rozkladech uvedených. Ve svém vyjádření zadavatel neuvádí žádné nové skutečnosti. Konečně Úřad obdržel i vyjádření zadavatele – Městské polikliniky Praha, ve kterém uvádí, že souhlasí s námitkami jednotlivých účastníků správního řízení uvedených v podaných rozkladech. Ve svém vyjádření zadavatel neuvádí žádné nové skutečnosti.

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

28. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

29. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S239/2009/VZ-494/2010/540/LZa ze dne 17. 3. 2010 rozhodl, že se zadavatelé ve výše zmíněných výběrových řízeních dopustili správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při uzavírání smluv nedodrželi postup uvedený v § 13 odst. 3 zákona, když rozdělili předmět veřejné zakázky tak, že tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v § 12 zákona, v důsledku čehož nedodrželi postup stanovený v § 21 zákona a neprovedli zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, za což každému z nich uložil pokutu ve výši 30 000 Kč (v součtu 240 000 Kč), nerozhodl správně a v souladu se zákonem. Z důvodu nedostatečného odůvodnění, které zatěžuje napadené rozhodnutí vadou nepřezkoumatelnosti, bylo třeba toto rozhodnutí zrušit. Nepřezkoumatelnost totiž představuje vadu natolik závažnou, že musí být odstraněna v řízení v prvním stupni, neboť chybí-li podstatná část odůvodnění rozhodnutí, není, co by v řízení o rozkladu bylo možné přezkoumat. V odůvodnění tohoto rozhodnutí současně vyslovuji právní názor, jímž je Úřad při novém projednání věci vázán.

V. K námitkám rozkladů

30. K důvodům pro zrušení napadeného rozhodnutí předně uvádím, že se Úřad v napadeném rozhodnutí poměrně podrobně zabýval otázkou věcné, místní a časové souvislosti všech osmi veřejných zakázek, přičemž dospěl k závěru, že tato souvislost byla ve všech směrech dána. Na podporu své argumentace stručně odkázal i na ustálenou judikaturu Evropského soudního dvora. Co se však týče tohoto odkazu, postrádám podrobnější rozbor, v čem se přezkoumávaný případ shoduje (případně liší) od případu C-16/98 Komise ES v. Francouzská republika (v tomto rozhodnutí kráceno na „rozhodnutí Sydev“). Citovaný rozsudek jednak vyjmenovává v rámci testu posouzení, zda se jedná o zakázku jedinou, konkrétní kritéria,

k jejichž naplnění musí dojít (kromě společné technické a ekonomické využitelnosti musí být výzvy k podání nabídek učiněny v tentýž okamžik a zahájení a koordinaci výběru dodavatele musí provádět na podkladě shodné zadávací dokumentace jediný subjekt), jednak v něm Evropský soudní dvůr na konkrétních případech demonstroval, kdy k naplnění výše uvedených kritérií dochází a kdy nikoli. Napadené rozhodnutí použilo pouze část argumentace uvedené v citovaném rozsudku, avšak s ohledem na skutečnost, že souvislost všech tří přezkoumávaných veřejných zakázek je hlavním sporným bodem celého správního řízení, zasloužil by si odkaz na judikaturu Evropského soudního dvora podrobnější rozbor, a to zejména pokud jde o naplnění podmínky společné technické a ekonomické využitelnosti přezkoumávaných veřejných zakázek, tj. využitelnosti výsledků všech výběrových řízení pro zúčastněné zadavatele.

31. V napadeném rozhodnutí dále orgán dohledu dospívá k závěru, že zadavatelům nic nebránilo se za účelem zadání všech tří veřejných zakázek sdružit ve smyslu § 2 odst. 8 zákona na základě písemné smlouvy. V tomto „doporučení“ však Úřad zcela odhlédl od existence právní úpravy upravující hospodaření právnických osob zřízených územně samosprávnými celky a kontrolu tohoto hospodaření v návaznosti na rozpočtová pravidla. Ustanovení § 33a rozpočtových pravidel (ve znění účinném do 31. 3. 2009) připouští uzavření smlouvy o sdružení pouze za účelem zabezpečení činností podle § 33 rozpočtových pravidel, který se týká fondu kulturních a sociálních potřeb. Dále z rozpočtových pravidel vyplývá, že územní samosprávný celek sice vykonává kontrolu jím zřízených nebo založených právnických osob (§ 15 odst. 2 rozpočtových pravidel) a že provádí kontrolu hospodaření příspěvkových organizací (§ 27 odst. 9 rozpočtových pravidel), avšak vzhledem k tomu, že jinak hospodaří příspěvková organizace se svěřeným majetkem sama, a to výhradně v souladu se zřizovací listinou (§ 27 odst. 3 rozpočtových pravidel), je zřejmé, že se jedná o kontrolu následnou a nikoli o kontrolu ve smyslu „ovládání a řízení činnosti příspěvkové organizace“. S ohledem na citovaná ustanovení rozpočtových pravidel je tak vysoce sporné, zda územně samosprávný celek (zde Hlavní město Praha) může autoritativně svým příspěvkovým organizacím ukládat zadání konkrétních veřejných zakázek, stejně jako je sporné, zda by příspěvkové organizace, resp. zřizovatel a jeho příspěvkové organizace, s ohledem na zákaz uvedený v § 33a rozpočtových pravidel, mohli vstoupit do sdružení zadavatelů ve smyslu § 2 odst. 8 zákona. Podal-li tedy Úřad v napadeném rozhodnutí návod, jak by měli zadavatelé při zadání veřejných zakázek postupovat, měl rovněž zkoumat, zda je jím navržené řešení s ohledem na jiné právní předpisy právně průchodné. Uvedené části odůvodnění tedy musí být po vrácení věci k novému projednání opětovně věnována pozornost tak, aby byly vyřešeny všechny nastíněné otázky a nejasnosti.

32. Pro úplnost ke sdružení zadavatelů podle § 2 odst. 8 zákona dále dodávám, že z konstrukce citovaného ustanovení není pochyb o dobrovolnosti sdružení zadavatelů za účelem zadání veřejné zakázky. Případné správní rozhodnutí, jímž by Úřad (i třeba jen nepřímo) zadavatelům zakládal povinnost se za účelem zadání veřejné zakázky sdružit, by překračovalo rámec zákona a v případném soudním přezkumu by z hlediska zákonnosti stěží obstálo. V novém rozhodnutí by však měla být akcentována úvaha, zda dobrovolnost zadavatelů vstoupit do sdružení podle § 2 odst. 8 zákona něčeho mění na povinnosti zadavatelů přihlédnout při zadání veřejné zakázky k omezení uvedenému v § 13 odst. 4 zákona, jež brání

dělení větších veřejných zakázek na veřejné zakázky menší, které v režimu zákona jako veřejné zakázky malého rozsahu vůbec zadány být nemusí. Jinými slovy, je třeba s určitostí konstatovat, zda by zadavateli vznikla povinnost vzít při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky v úvahu hodnoty všech dalších veřejných zakázek, které svým předmětem, dobou zadání a místem plnění souvisejí, i tehdy, kdy tyto související veřejné zakázky zadávají jiní zadavatelé.

33. Co se týče části odůvodnění napadeného rozhodnutí týkající se uložené sankce, nabyl jsem pochybnosti o tom, zda Úřad nezaměnil přitěžující okolnosti a znaky skutkové podstaty správního deliktu, když uvedl, že: „Současně však nelze odhlédnout od skutečnosti, že zadavatelé uzavřeli smlouvy s vybraným uchazečem, aniž by před uzavřením smluv provedli zadávací řízení postupem podle zákona.“. Vzhledem ale k tomu, že se napadené rozhodnutí ruší a vrací orgánu dohledu k novému projednání a rozhodnutí, je bezpředmětné se podrobněji touto námitkou dále zabývat, když nelze předjímat, k jakým závěrům na základě výše uvedených skutečností Úřad při novém projednání věci dospěje.

34. K namítaným procesním pochybením uvádím, že bylo-li výše uvedeno, že se orgánu dohledu po vrácení věci k novému projednání otevírá možnost se znovu pečlivě věnovat všem skutečnostem a argumentům, které byly dosud v obou stupních správního řízení ze strany zadavatelů zmíněny, platí totéž o všech namítaných procesních pochybeních. Úřad tedy po vrácení věci provede nezbytné procesní úkony znovu a řádně tak, jak mu ukládají příslušná ustanovení správního řádu. V této souvislosti upozorňuji, že v návětí výroku napadeného rozhodnutí není jako jeden z účastníků řízení uveden vybraný uchazeč. V otázce popisu skutku v usnesení o zahájení správního řízení odkazuji např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 60/2008-111 ze dne 31. 7. 2009, z něhož vyplývá, že zásady ovládající trestní řízení jsou analogicky aplikovatelné i na řízení správní. Pro úplnost konečně uvádím, že námitky směřující proti souhrnnému shrnutí vyjádření všech zadavatelů (vůči němuž nelze bez dalšího ničeho namítat) jsou v podaném rozkladu vzneseny pouze v obecné rovině a není blíže rozvedeno, které konkrétní dílčí námitky a argumenty měly být ze strany Úřadu opomenuty.

VI. Závěr

35. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí bylo zatíženo vadami majícími vliv na jeho zákonnost a přezkoumatelnost, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro jeho zrušení a pro vrácení věci k novému projednání orgánu dohledu.

36. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit a vrátit věc Úřadu k novému projednání, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Karel Muzikář, LL.M. (C.J.), advokát, Křižovnické nám. 2/193, 110 00 Praha
2. Mgr. Barbora Krásová, advokátka, Spálená 12, 110 00 Praha
3. JUDr. Jan Hrdlička, advokát, Přemyslova 5, 110 00 Praha
4. BNV consulting, s. r. o., Václavské náměstí 1/846, 110 00 Praha

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