



UOHSX0014MLM

Č. j.: UOHS-R195,196/2008/02-2881/2009/310/ZČt

V Brně dne 24. března 2009

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 18.11.2008 zadavatelem

- **městem Litvínov, IČ 00266027, se sídlem nám. Míru 11, 436 91 Litvínov,**  
zast. starostou Mgr. Milanem Šťovíčkem,

a o rozkladu doručeném téhož dne společností

- **Accor Services CZ s. r. o., IČ 49711962, se sídlem Na Poříčí 1076/5, 110 00 Praha,**  
zast. jednatelem André Cantiniauxem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30.10.2008, č. j. S175/2008/VZ-14077/2008/520/AB, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – města Litvínov, nám. Míru 11, 436 91 Litvínov – učiněných v souvislosti s uzavřením smlouvy ze dne 29.2.2008, jejímž předmětem je **zajištění prodeje zboží na poukázky pro osoby v hmotné nouzi**, jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30.10.2008 č. j. S175/2008/VZ-14077/2008/520/AB

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## O d ů v o d n ě n í

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 22.5.2008 a dne 2.6.2008 podněty, podle kterých zadavatel – město Litvínov, IČ 00266027, se sídlem nám. Míru 11, 436 91 Litvínov, zast. starostou Mgr. Milanem Šťovičkem (dále jen „zadavatel“), postupoval v rozporu se zákonem, když uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu o zajištění prodeje zboží na poukázky pro osoby v hmotné nouzi a při výběru tohoto dodavatele nepostupoval postupem platným pro zadání veřejné zakázky na služby podle zákona. V rámci šetření podnětů Úřad zjistil, že zadavatel dne 29.2.2008 uzavřel se společností Accor Services CZ s. r. o., IČ 49711962, se sídlem Na Poříčí 1076/5, 110 00 Praha, zast. jednatelem André Cantiniauxem (dále jen „vybraný uchazeč“), smlouvu o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi, za účelem zajištění prodeje potravin (vyjma alkoholických nápojů a tabákových výrobků) oděvů, obuvi a základních hygienických prostředků pro osoby v hmotné nouzi ve vybraných provozovnách.
2. Protože po přezkoumání výše uvedené smlouvy získal Úřad pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele, zahájil ve věci správní řízení z moci úřední, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a vybraného uchazeče. Oznámení o zahájení správního řízení obdrželi účastníci řízení dne 24.6.2008 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

### Napadené rozhodnutí

3. Dne 30. října 2008 vydal Úřad rozhodnutí č. j. S175/2008/VZ-14077/2008/520/AB, kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že před uzavřením výše uvedené smlouvy nedodržel postup stanovený v § 21 zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za tento správní delikt uložil Úřad zadavateli v souladu s § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 30 000,- Kč.
4. V odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad uvedl, že si za účelem ověření správnosti postupu zadavatele od něj a od vybraného účastníka vyžádal příslušné podklady pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Podle smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi ze dne 29.2.2008 (dále jen „smlouva“), je zadavatel povinen hradit vybranému uchazeči 2 000,- Kč za vytvoření sítě vybraných provozoven do maximálně 10 provozoven, dále 150,- Kč za vytvoření každé provozovny nad výše sjednaný počet a 300,- Kč za dodání objednaných poukázek. Z předloženého vzoru smlouvy o zprostředkování prodeje zboží třetí osoby (objednatele) zákazníkům (držitelům poukázek TICKET SERVICE, klientům zadavatele) v provozovnách, Úřad dále zjistil, že tato třetí osoba je povinna uhradit vybranému uchazeči provizi (v případě smluvních partnerů, u kterých se uplatní poukázky TICKET SERVICE distribuované zadavatelem) ve výši 3,5-5 % hodnoty realizovaných poukázek, přičemž výši provize nemůže zadavatel nijak ovlivnit. Vybraný uchazeč je tedy odměňován převážně třetími osobami, neboť za každé zprostředkování prodeje zboží držitelům poukázek TICKET SERVICE má právo na provizi z hodnoty realizovaných poukázek. Výše čerpání

rozpočtových prostředků zadavatele na poukázky činí 2,6 mil. Kč měsíčně, tedy 31,2 mil. za rok.

5. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatoval, že při zaplacení nejnižší možné provize uvedené vybraným uchazečem v Příloze – Požadovaná výše provize, tedy 3, 5 % z maximální výše realizovaných poukázek (tedy z 31,2 mil Kč), by provize vybraného uchazeče byla ve výši 1, 092 mil Kč za rok. Při zaplacení nejvyšší možné uváděné provize (ve výši 5%) by pak roční provize činila 1,56 mil. Kč. V souladu s ustanovením § 15 odst. 1 zákona v návaznosti na § 14 odst. 1 písm. b) zákona byla předpokládaná hodnota veřejné zakázky na základě výše uvedených skutečností vyčíslena na 4,368 – 6,24 mil. Kč, neboť se jedná o smlouvu uzavřenou na dobu neurčitou. Jedná se tedy o podlimitní veřejnou zakázku, kterou je zadavatel povinen zadat v některém ze zadávacích řízení v souladu se zákonem.
6. V souladu s § 7 zákona byly jako předmět této veřejné zakázky na základě uzavřených smluv identifikovány služby. Ke znaku úplatnosti Úřad uvádí, že byť se zpravidla jedná o úplatu hrazenou zadavatelem, nelze vyloučit ani „nepřímou“ úhradu z jiných zdrojů, jako je tomu v šetřeném případě. Úřad zde vychází z funkčního pojetí definice veřejné zakázky, podle kterého je do předpokládané ceny veřejné zakázky nutné zahrnout i případné příjmy od třetích subjektů. Při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky tedy Úřad nevychází pouze z plateb uvedených ve smlouvě, ale i z výše provize, kterou obdrží vybraný uchazeč od třetích osob místo od zadavatele. V tomto případě si zadavatel zvolil, že bude vybranému uchazeči hradit náklady za vytvoření sítě provozoven (ve kterých lze poukázky realizovat) a náklady dopravy poukázek, s tím, že třetí osoba bude hradit vybranému uchazeči provizi z titulu zvýšení počtu zákazníků z řad držitelů předmětných poukázek. Přestože tedy zadavateli ze smlouvy nevzniká přímý peněžitý závazek vůči vybranému uchazeči, Úřad konstatoval, že se de facto jedná o úplatné poskytování služeb na základě požadavku zadavatele, pouze odměna je konstruována formou provize, kterou za protiplnění zadavatele zaplatí třetí subjekt. Úřad v této souvislosti uvedl demonstrativní výčet rozhodnutí, která vychází z funkčního pojetí definice veřejné zakázky, konkrétně pak rozhodnutí č. j. S159/2007/VZ-13474/2007/540/MČ ze dne 23. července 2007 a rozhodnutí č. j. S121/2008/VZ-12420/2008/510/Od ze dne 23. června 2008, obě potvrzena příslušným druhoinstančním rozhodnutím předsedy Úřadu.
7. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatoval, že tím, že zadavatel před uzavřením předmětných smluv na služby neprovedl příslušné zadávací řízení, mohl jeho postup podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by v rámci transparentního zadávacího řízení obdržel i jiné, pro něj výhodnější nabídky na požadované služby.
8. Za výše uvedené porušení zákona Úřad zadavateli stanovil pokutu ve výši 30 000,- Kč. Při stanovení výše pokuty Úřad přihlédl k právní složitosti řešené problematiky, stejně jako ke skutečnosti, že zadavatel před uzavřením předmětné smlouvy uskutečnil průzkum trhu v předmětné věci.

## II. Námitky rozkladu

### Rozklad zadavatele

9. Proti shora uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 18.11.2008 rozklad, ve kterém uvádí, že Úřad v napadeném rozhodnutí vycházel ze závěru, že zadavatel při zajišťování dávek pomoci v hmotné nouzi vykonával tuto činnost v rámci výkonu samostatné působnosti. K tomuto zadavatel uvádí, že orgánem pomoci v hmotné nouzi je Městský úřad Litvínov, který poskytuje prostřednictvím dávek pomoci v hmotné nouzi pomoc k zajištění základních životních podmínek fyzickým osobám, které se v hmotné nouzi nacházejí. Zadavatel pak v samostatné působnosti pro účely fungujícího výkonu přenesené působnosti Městského úřadu Litvínov zajišťuje ve smluvním vztahu dodávku potřebných poukázek. Další činnost je dle zadavatele vykonávána již v přenesené působnosti.
10. Dále zadavatel namítá, že předpokládanou hodnotou veřejné zakázky je pouze cena za dodávku poukázek k nákupu zboží a nelze do nich zahrnout ani nominální hodnotu poukázek, ani provizi poskytovanou třetí osobou, protože nejde o výdaj z veřejných prostředků. Na poskytnutí provize třetí osobou nenavazuje dle zadavatele žádný smluvní vztah s jeho subjektem a údaje o provizi mu nejsou a nemusí být známy.
11. K obsahu rozhodnutí č. j. S159/2007/VZ-13474/2007/540-MČ ze dne 23.7.2007, na které odkazuje napadené rozhodnutí, zadavatel uvádí, že odkaz na toto rozhodnutí není dle něj přílehlavý, neboť problematika případu řešeného výše zmíněným rozhodnutím předpokládá, že osoba, která provizi poskytuje se stane účastníkem smluvního vztahu se zadavatelem. V tomto případě však zadavatel do smluvního vztahu s účastníkem nevstupuje.
12. V závěru rozkladu zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

### Rozklad vybraného uchazeče

13. Dne 18.11.2008 podal proti předmětnému rozhodnutí rozklad také vybraný uchazeč, který uvádí, že rozhodnutí Úřadu ze dne 30.10.2008 č. j. S175/2008/VZ-14077/2008/520/AB považuje za nezákonné. Dle vybraného uchazeče Úřad při své rozhodovací činnosti porušil zejména ustanovení § 7, § 13, § 14 a § 15 zákona a to zejména tím, že nesprávným, extenzivním a protizákonným způsobem pojal samotnou definici veřejné zakázky a dále nesprávným a protizákonným způsobem určil předpokládanou výši peněžitého závazku vyplývajícího z plnění veřejné zakázky.
14. Dle názoru vybraného uchazeče z definice veřejné zakázky zakotvené v § 7 zákona jednoznačně vyplývá, že jednou z podmínek existence veřejné zakázky je smlouva mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli a ne smlouva vybraného uchazeče se třetími osobami, se kterými zadavatel není v žádném právním vztahu. Vybraný uchazeč akcentuje skutečnost, že v tomto případě došlo k uzavření dvou samostatných smluv – mezi zadavatelem a vybraným uchazečem a mezi vybraným uchazečem a třetí osobou neboli prodejcem. Smlouvu o zprostředkování, na základě které je vybranému uchazeči třetí osobou hrazena provize, uzavřel s touto třetí osobou právě vybraný uchazeč a ne zadavatel a jedná se tedy o právní vztah mezi dvěma nezávislými podnikateli.

Sjednanou provizi tak nelze do předpokládané ceny veřejné zakázky zahrnovat, neboť se dle vybraného uchazeče nejedná o výdej veřejných prostředků na straně zadavatele, ale o výdej prostředků jeho vlastních.

15. Vybraný uchazeč ve svém rozkladu rovněž nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky je zásadní výše provize, kterou vybraný uchazeč obdrží od třetí osoby nebo od zadavatele, na jehož náklady zprostředkování prodeje zboží, eventuelně služeb, realizuje, spolu s platbami, které obdrží přímo od zadavatele. Tento postup nemá dle vybraného uchazeče oporu v zákoně, neboť se vždy musí jednat o peněžitý závazek zadavatele. V daném případě však jediné peněžité závazky, které zadavateli v souvislosti se zabezpečením poukázek pro osoby v hmotné nouzi plynou, jsou závazky vyplývající ze smlouvy ze dne 29.2.2008. Ze zprostředkovatelských smluv však dle vybraného uchazeče zadavateli žádné peněžité závazky nevznikají a nejedná se tedy o veřejnou zakázku.
16. Podle názoru vybraného uchazeče pak Úřad při určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky neurčitě a nepřesně vychází z neurčitého pojmu „v úvahu připadajících smluvních partnerů“, u kterých se uplatní poukázky TICKET SERVICE, přičemž tyto poukázky lze uplatnit na území celé České republiky u jakéhokoli smluvního partnera navrhovatele a to při proměnlivé výši provize. Opětovně však vybraný uchazeč konstatuje svůj nesouhlas se započítáváním těchto provizí do předpokládané hodnoty veřejné zakázky, které dle jeho názoru odporuje smyslu i účelu zákona.
17. Vybraný uchazeč dále zmiňuje rozhodnutí Úřadu č. j. S027/2007/03915/2007/530-MČ ze dne 23.2.2007, které se týkalo obdobného případu, kdy právní konstrukce a typy uzavíraných smluv byly dle vybraného uchazeče zcela obdobné šetřenému případu, včetně základních finančních toků, a jedinou odlišností byl jiný typ použité poukázky pro zprostředkování jiného zboží a služeb. Úřad ve výše uvedeném rozhodnutí došel k závěru, že jestliže uchazeči požadovaná provize vůči zadavateli činila 0%, nejednalo se o veřejnou zakázku, a řízení zastavil. Napadené rozhodnutí je pak dle vybraného uchazeče v přímém rozporu s výše zmíněným rozhodnutím. Existence dvou protichůdných rozhodnutí při nezměněném stavu zákona pak dle vybraného uchazeče svědčí o nepřípustném posunu v rozhodovací praxi Úřadu v pojetí definice veřejné zakázky. Dle vybraného uchazeče tento nepřípustně extenzivní výklad zákona ze strany Úřadu ohrožuje právní jistotu účastníků řízení a současně porušuje ústavní zásadu právního státu, dle které je možné státní moc uplatňovat jen v případech, mezích a způsoby, které stanoví zákon.
18. Dle vybraného uchazeče je odkaz Úřadu na další existující prvostupňová rozhodnutí (dále potvrzená navazujícími rozhodnutími druhého stupně), ve kterých bylo konstatováno, že do předpokládané ceny je nutné zahrnout i případné příjmy od třetích subjektů, irelevantní. Dle svého vyjádření nebyl vybraný uchazeč schopný rozhodnutí č. j. S159/2007/VZ-13474/2007/540/MČ ze dne 23.7.2007 dohledat na internetových stránkách Úřadu a z tohoto důvodu se k němu ani nemůže vyjádřit a ani je eventuelně nemohl při svém postupu zohlednit. Rozhodnutí č. j. S121/2008/VZ-12420/2008/510/Od pak dle vybraného uchazeče vychází ze zcela odlišné skutkové podstaty, než šetřený případ, a nemohlo tedy ovlivnit jeho legitimní očekávání ve vztahu k pojetí veřejné zakázky, konkrétně znaku úplatnosti veřejné zakázky, ze strany Úřadu.

19. Závěrem vybraný uchazeč shrnuje, že napadené rozhodnutí je dle jeho názoru v přímém rozporu s ustanovením § 7, § 13, § 14 a § 15 zákona a jako takové tedy porušuje zásadu právní jistoty adresátů normy a je v rozporu s jejich legitimním očekáváním kontinuity rozhodovací praxe Úřadu při nezměněném právním stavu. Z výše uvedených důvodů vybraný uchazeč navrhuje předsedovi Úřadu, aby napadené rozhodnutí zrušil.

### **III. Řízení o rozkladu**

#### **Vyjádření k rozkladu**

20. Dne 26.11.2008 Úřad obdržel k rozkladu zadavatele vyjádření vybraného uchazeče, který se s veškerými námitkami zadavatele plně ztotožnil.
21. Dne 1.12.2008 Úřad obdržel k rozkladu vybraného uchazeče vyjádření zadavatele, který se rovněž plně ztotožnil s právní argumentací vybraného uchazeče, stejně jako s jeho závěry o právní povaze veřejné zakázky a jejím smyslu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

22. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
23. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k níže uvedenému závěru.
24. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 30.10.2008 č. j. S175/2008/VZ-14077/2008/520/AB konstatoval správní delikt zadavatele podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za což zadavateli uložil pokutu ve výši 30 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

### **IV. K námitkám rozkladu**

#### **K definici veřejné zakázky**

25. Zásadní námitkou obou rozkladů a současně klíčovou otázkou pro posouzení případu je problematika naplnění definice veřejné zakázky, konkrétně znaku úplatnosti veřejné zakázky. Jak zadavatel, tak vybraný uchazeč ve svých rozkladech nesouhlasí s funkčním pojetím definice veřejné zakázky, podle které je zapotřebí do předpokládané ceny veřejné zakázky zahrnout i případné příjmy vybraného uchazeče od třetích subjektů a to i v případě, kdy zadavatel není s těmito třetími subjekty v žádném přímém právním vztahu. Podle názoru obou účastníků řízení nelze k provizi poskytované vybranému uchazeči třetí osobou při stanovení výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky přihlížet, neboť se nejedná o výdej veřejných prostředků zadavatele, zejména pak v případě, kdy zadavatel s touto třetí osobou nemá uzavřenu žádnou smlouvu.

26. K tomuto uvádím následující. Veřejná zakázka jako taková je definována v § 7 zákona jako 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. Jak bylo již podrobně rozebráno v prvostupňovém rozhodnutí, zadavatel v šetřeném případě uzavřel s vybraným uchazečem dne 29.2.2008 smlouvu, ze které vyplývá, že jejím předmětem jsou služby, čímž je naplněna podmínka týkající se předmětu veřejné zakázky.
27. Další podmínkou pro existenci veřejné zakázky je smlouva mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, na základě které k úplatnému poskytování dodávek či služeb nebo úplatnému provedení stavebních prací (v tomto případě tedy k úplatnému poskytování služeb) dochází. V šetřeném případě došlo dne 29.2.2008 k uzavření smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi. Právní vztah mezi vybraným uchazečem a třetími osobami je založen na smlouvě o zprostředkování prodeje zboží třetí osoby zákazníkům v provozovnách. Jak tedy uvádí oba účastníci řízení, došlo k uzavření dvou samostatných smluv a to smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem a smlouvy mezi vybraným uchazečem a třetí osobou. Na základě smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem je zadavatel povinen hradit vybranému uchazeči částky 2 000,- Kč za vytvoření sítě vybraných provozoven do maximálně 10 provozoven, 150,- Kč za vytvoření každé provozovny nad výše sjednaný počet a 300,-Kč za dodání objednaných poukázek. Ze smlouvy o zprostředkování prodeje zboží třetí osoby zákazníkům v provozovnách vyplývá povinnost třetí osoby odvádět vybranému uchazeči provizi ve výši 3,5-5 % z hodnoty realizovaných poukázek. Jedná se skutečně o dvě samostatné smlouvy, jak uvádějí účastníci řízení. Je však potřeba zdůraznit, že tyto smlouvy jsou uzavřeny v přímé souvislosti.
28. Výše uvedené poskytnutí dodávek, služeb nebo provedení prací na základě smlouvy pak musí být za úplatu. Zákon v ustanovení § 7 doslova hovoří o úplatném poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatném provedení stavebních prací na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli. Zákon však dále nerozlišuje formu plnění poskytovaného zadavatelem dodavateli. Toto má nejčastěji formu přímého peněžitého plnění, ale současně může mít formu tzv. „nepřímé“ úhrady, kdy plnění (peněžité nebo nepeněžité) dodavateli neposkytuje přímo zadavatel, ale jiný subjekt. Podle počtu subjektů, kteří do právního vztahu vstupují, vznikají různé možnosti financování veřejné zakázky. V případě tří subjektů – např. zadavatele, dodavatele a kupujícího – není podstatné, zda kupující tuto částku zaplatí zadavateli, tato se stane příjmem rozpočtu zadavatele a ten ji pak odvede dodavateli jako výdaj z veřejného rozpočtu (tedy jako veřejný prostředek), či zda ji kupující hradí přímo dodavateli. Stále se jedná o prostředky, které fakticky náleží zadavateli a jsou tedy poskytovány z veřejného rozpočtu, byť ne formou přímé úhrady. Přestože konstrukce úhrady za služby spojené se zajištěním činností spojených s prodejem zboží za poukázky pořízené z finančních prostředků zadavatele je méně zjevná, než ve výše uvedeném případě, rozdíl je čistě formální.
29. V šetřeném případě se na přerozdělování veřejných prostředků podílí subjektů více – konkrétně zadavatel, vybraný uchazeč, třetí osoba (prodejce) a osoby v hmotné nouzi (kupující). Proces přerozdělování je zde založen na vztahu zadavatele a osob v hmotné nouzi, pro které tuto službu zajišťuje, zadavatele a vybraného uchazeče (na základě smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi), vybraného uchazeče a třetí osoby (na základě smlouvy o zprostředkování prodeje zboží třetí osoby

zákazníkům v provozovnách), třetí osoby a osoby v hmotné nouzi (na základě kupní smlouvy) a je uzavřen zprostředkovaně přes vybraného uchazeče i vztahem zadavatele a třetí osoby. Odměna vybraného uchazeče je pak konstruována jako forma provize, kterou sice zaplatí třetí osoba, ale za protiplnění zadavatele, kterým je „dodání zákazníkům“, a za zprostředkovací služby vybraného uchazeče. Jedná se tedy o úplatné poskytování služeb na základě požadavku zadavatele, přičemž vybraný uchazeč ze získané provize hradí své náklady na zprostředkování. Rozdíl mezi provizí a těmito náklady pak činí jeho zisk. Provize hrazená vybranému uchazeči třetí osobou je tedy nedílnou součástí ceny veřejné zakázky, neboť právě o tuto hodnotu jsou sníženy výdaje poskytnuté z veřejného rozpočtu zadavatele na realizaci veřejné zakázky. Skutečnost, zda v tomto případě výši provize stanoví direktivně zadavatel, či následně vybraný uchazeč, není podstatná. V šetřeném případě zadavatel nevyužil možnosti stanovit výši provize a stanovil ji až následně vybraný uchazeč ve smlouvě o zprostředkování prodeje zboží třetí osoby zákazníkům v provozovnách. Ačkoli tedy zadavatel sjednanou výši provize přímo neovlivnil, učinit tak mohl a předmětná veřejná zakázka mohla být realizována za stejných či dokonce pro něj výhodnějších podmínek.

30. Opětovně se nyní vrátím k pojmu veřejné zakázky. Existence veřejné zakázky tedy vyžaduje na straně veřejného zadavatele požadavek na dodávky, služby či provedení stavebních prací. V tomto případě zadavatel požaduje zajištění činností spojených s prodejem zboží za poukázky pořízené z jeho finančních prostředků (které v případě poukázek pro osoby v hmotné nouzi činí 31,2 mil Kč ročně). Další podmínkou existence veřejné zakázky je poskytnutí těchto dodávek, služeb či provedení stavebních prací. V šetřeném případě služby poskytuje vybraný uchazeč na základě smlouvy uzavřené se zadavatelem a smlouvy uzavřené se třetí osobou. I když se jedná o dvě samostatné smlouvy, zdůrazňuji, že jsou uzavřeny ve vzájemné souvislosti a společně umožňují realizaci požadavku zadavatele. Poslední podmínkou je znak úplatnosti veřejné zakázky. Jak bylo uvedeno výše, je možné zvolit více modelů úhrady veřejné zakázky, jejichž rozdíl je čistě formální, ne však věcný. Liší se pouze způsob konstrukce úhrady, přičemž ekonomická podstata věci zůstává stále stejná. Volbou určitého modelu se však nelze vyhnout postupu podle zákona.
31. Shrnuji tedy, že provize poskytovaná třetími osobami je fakticky platbou za službu, která je poskytována v zájmu a na objednávku zadavatele a spočívá ve zprostředkování poskytování pomoci v hmotné nouzi. Skutečnost, že právní prostředí, ve kterém je tato služba poskytována, je poměrně nepřehledné, respektive že se tak děje na základě několika vzájemně souvisejících právních vztahů, nemění vlastní charakter této služby a nemůže být tedy důvodem k jejímu vynětí z režimu zákona. Jinými slovy lze konstatovat, že se zadavatel nemůže vyhnout postupu podle zákona tím, že část svých vlastních rozhodovacích pravomocí (např. stanovení výše provize) přenesl na své smluvní partnery a přistoupil na jejich konstrukci obchodně-právních vztahů. Na druhé straně je v této souvislosti zřejmé, že předmětný systém výměny zboží za poukázky funguje v daném oboru již dlouhodobě a na území celé ČR, tedy nebyl vytvořen ad hoc pro tuto veřejnou zakázku, a proto se může zdát, že zadavatel neměl jinou možnost postupu. K tomu uvádím, že jakkoli si je Úřad vědom této skutečnosti a respektuje vyšší náročnost řádného a zákonného zadání veřejné zakázky, nezbyvá než znovu konstatovat, že právní a organizační obtíže při zadání veřejné zakázky nemohou zdůvodnit postup mimo režim zákona.



32. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem a ke správné kalkulaci předpokládané hodnoty veřejné zakázky v napadeném rozhodnutí, uzavírám, že se v tomto případě jednalo o podlimitní veřejnou zakázku, kterou je zadavatel povinen zadat v některém zadávacím řízení.

### **K dalším námitkám účastníků řízení**

33. K námitce zadavatele, že Úřad v napadeném rozhodnutí vycházel ze závěru, že zadavatel při zajišťování dávek pomoci v hmotné nouzi vykonával tuto činnost v rámci výkonu samostatné působnosti, uvádím, že zákon nerozlišuje mezi zadáváním veřejné zakázky v „samostatné“ a v „přenesené působnosti“. Tato námitka je tedy bezpředmětná.
34. Zadavatel dále v rozkladu namítá, že odkaz v odůvodnění napadeného rozhodnutí na rozhodnutí č. j. S159/2007/VZ-13474/2007/540-Mč nepovažuje za přílehlavý, neboť problematika tohoto případu předpokládá, že osoba, která provizi poskytuje, se stane účastníkem smluvního vztahu se zadavatelem, zatímco on s vybraným účastníkem v šetřeném případě do smluvního vztahu nevstupuje. K tomuto uvádím, že konstrukce právních vztahů v šetřeném případě je více členitá, a přestože mezi zadavatelem a vybraným uchazečem nedošlo k uzavření smlouvy, na základě které by byla poskytována vybranému uchazeči provize, tato je mu poskytována v přímé souvislosti s touto smlouvou na základě smlouvy mezi vybraným uchazečem a třetí osobou. Blíže byla problematika financování veřejné zakázky rozebrána výše.
35. K námitce vybraného uchazeče, že Úřad při určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky neurčitě a nepřesně vychází z neurčitého pojmu „v úvahu přicházejících smluvních partnerů“, u kterých se uplatní poukázky TICKET SERVICE, přičemž tyto poukázky lze uplatnit na území celé České republiky u jakéhokoli smluvního partnera navrhovatele a při proměnlivé výši provize, uvádím následující. V souladu se článkem II. smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi bude síť vybraných provozoven vytvořena v úzké spolupráci dodavatele s odběratelem. Současně podle článku III. smlouvy bude v případě požadavku odběratele na rozšíření počtu vybraných provozoven nad 10 za každou další provozovnu účtován jednorázový poplatek ve výši 150,- Kč. Lze tedy očekávat, že se nejedná o jakoukoli provozovnu na území České republiky, ale o provozovnu, která je stanovena ve spolupráci dodavatele se zadavatelem. Ve vztahu k výši provizí vycházel Úřad ze sdělení vybraného uchazeče ze dne 30.6.2008, které uvádí požadovanou výši provize v provozovnách TICKET SERVICE, které připadají v úvahu. I pokud by poukázky byly uplatněny v jiných, než v uvedených prodejnách a při nižší provizi (až o jednu třetinu), předpokládaná hodnota veřejné zakázky by překročila hranici pro veřejnou zakázku malého rozsahu stanovenou v § 12 odst. 3 zákona a bylo by nutné ji zadat v některém ze zákonem stanovených druhů zadávacího řízení.
36. K námitce vybraného uchazeče, že v rozhodovací praxi Úřadu došlo k nepřipustnému posunu v pojetí definice veřejné zakázky, uvádím následující. V případě řešeném rozhodnutím č. j. S027/2007/03915/2007/530-MČ ze dne 23.2.2007 došel Úřad k závěru, že se nejednalo o veřejnou zakázku, jestliže uchazeči požadovaná provize vůči zadavateli činila 0% a řízení zastavil. Jak uvádí napadené rozhodnutí, v následujících rozhodnutích již Úřad konstatoval, že do předpokládané hodnoty veřejné zakázky je nutné zahrnout i případné příjmy od třetích subjektů. K tomuto uvádím, že každý případ

je projednáván samostatně, v závislosti na konkrétním skutkovém stavu věci a s ohledem na specifické a ojedinělé okolnosti toho kterého případu. Spolu s rozvíjející se problematikou jednotlivých případů pak logicky dochází i k vývoji právního stanoviska Úřadu. Právě skutečnost, že předmětné rozhodnutí a jeho právní problematika spadá do oblasti, která je právně složitá a teprve v relativně nedávné době došlo k profilaci konečného stanoviska Úřadu, stejně jako skutečnost, že zadavatel byl vzhledem k dosavadnímu výkladu zákona přesvědčen o zákonnosti svého postupu, byla zohledněna ve prospěch zadavatele při stanovení výše pokuty. V této souvislosti považuji za významné zdůraznit, že chronologicky mladší rozhodnutí, vycházející z funkčního pojetí veřejné zakázky byla následně potvrzena i ve druhém stupni a jsou běžně dostupná na webových stránkách Úřadu a tedy k plné dispozici široké veřejnosti. V důsledku výše uvedeného nepovažuji napadené rozhodnutí za rozhodnutí vydané v rozporu se zásadou legitimního očekávání či jinak nepřípustně překračující pravomoci Úřadu při výkladu a aplikaci zákona.

37. Vybraný uchazeč dále namítá, že se nemohl seznámit se zněním rozhodnutí č. j. S159/2007/VZ-13474/2007/540/MČ ze dne 23.7.2007, neboť není přístupné na internetových stránkách Úřadu a objektivně tedy ani nemohlo jakýmkoli způsobem ovlivnit jeho legitimní očekávání ve vztahu ke kontinuitě dosavadního rozhodování ve smyslu zachování základních zásad dobré správy. K tomuto uvádím, že toto rozhodnutí se na internetových stránkách Úřadu nalézá. O přístupnosti tohoto rozhodnutí svědčí i rozklad zadavatele, který se k němu vyjadřuje. Tato námitka vybraného uchazeče je tedy bezpředmětná.
38. K námitce zadavatele i vybraného uchazeče o nevhodnosti odkazu Úřadu na rozhodnutí č. j. S121/2008/VZ-12420/2008/510/Od, které dle nich vychází z jiné skutkové podstaty, uvádím následující. Toto rozhodnutí řeší prakticky totožný případ s jiným počtem subjektů, které do právních vztahů vstupují. Skutečnost, zda zadavatel využil možnosti stanovit výši provize, či zda tato byla určena až následně vybraným uchazečem, není podstatná. Tato problematika je blíže řešena v části věnované definici veřejné zakázky.
39. K sankci a její výši uvádím, že jsem setrval na závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nevhodnější nabídky, a nejsou tedy dány podmínky pro snížení pokuty nebo upuštění od ní. Při stanovení výše pokuty odkazuji na odůvodnění napadeného rozhodnutí, přičemž opětovně uvádím, že při stanovení výše pokuty Úřad zohlednil právní složitost řešené problematiky a současně vzal v úvahu skutečnost, že zadavatel před uzavřením dotčené smlouvy prováděl v předmětné věci průzkum trhu.

## V. Závěr

40. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
41. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

## **P o u č e n í**

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

Ing. Martin Pecina, MBA  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### Obdrží:

1. Město Litvínov, nám. Míru 11, 436 91 Litvínov
2. Accor Services CZ s.r.o., Na Poříčí 1076/5, 110 00 Praha
3. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce