



Č. j.: R203/2008/02-4472/2009/310-JVa

V Brně dne 14. dubna 2009

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 15. 12. 2008 zadavatelem

- **Českou republikou – Ministerstvem vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7, zast. MUDr. Mgr. Ivanem Langerem, ministrem,**

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28. 11. 2008, č. j. S239/2008/VZ-24107/2008/530/Ra, ve věci přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele

učiněných v souvislosti s uzavřením **smlouvy o poskytování služeb provedením elektronické aukce č. 014/2008 ze dne 5. 6. 2008**, s vybraným uchazečem

- **společnost Clanroy Sales a. s., IČ 26426927, se sídlem Šmilovského 1264/5, 120 00 Praha 2, za niž jedná Ing. Přemysl Jirák, člen představenstva,**

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 28. 11. 2008, č. j. S239/2008/VZ-24107/2008/530/Ra

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, v platném znění (dále jen „zákon“), k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek zahájil z moci úřední dne 3. 9. 2008 správní řízení za účelem přezkoumání úkonů zadavatele – České

republiky – Ministerstva vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7, zast. MUDr. Mgr. Ivanem Langerem, ministrem, učiněných v souvislosti s uzavřením smlouvy o poskytování služeb provedením elektronické aukce č. 014/2008 ze dne 5. 6. 2008 s vybraným uchazečem – společností Clanroy Sales a. s., IČ 26426927, se sídlem Šmilovského 1264/5, 120 00 Praha 2, za niž jedná Ing. Přemysl Jiráček, člen představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“), který je rovněž účastníkem správního řízení.

2. Správní řízení Úřad zahájil z moci úřední po přezkoumání postupu zadavatele na základě podnětu, který Úřad obdržel dne 14. 7. 2008 a v němž jeho pisatel zejména uvedl, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, když uzavřel smlouvu o poskytování služeb provedením elektronické aukce za účelem prodeje nemovitostí, neboť nedodržel postup platný pro zadání veřejné zakázky na služby ve smyslu tohoto zákona.
3. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům dopisem č. j. S239/2008/VZ-17823/2008/530/Ra ze dne 29. 8. 2008. Současně Úřad usnesením č. j. S239/2008/VZ-17824/2008/530/Ra z téhož dne stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které byli oprávněni navrhnout důkazy a činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům k rozhodnutí. Dne 3. 9. 2008 bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno účastníkům řízení a tímto dnem bylo také správní řízení zahájeno.

Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 28. 11. 2008 rozhodnutí č. j. S239/2008/VZ-24107/2008/530/Ra, kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že před uzavřením šetřené smlouvy nedodržel postup stanovený zákonem a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za spáchání uvedeného deliktu uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 50.000,- Kč.
5. V odůvodnění rozhodnutí Úřad uvedl, že přezkoumal obsah smlouvy o poskytování služeb provedením elektronické aukce č. 014/2008 ze dne 5. 6. 2008 a dále i obsah kupní smlouvy uzavřené na základě provedené aukce dne 4. 7. 2008 mezi zadavatelem a společností IFM GROUP a. s., IČ 25527517, se sídlem Cejl 879/66, 602 00 Brno.
6. Následně se Úřad zabýval problematikou naplnění pojmových znaků veřejné zakázky, přičemž dospěl k závěru, že základní pojmové znaky veřejné zakázky stanovené v § 7 zákona jsou naplněny, neboť ze smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem je zřejmé, že zadavatel požaduje poskytnutí služeb spočívající v zajištění elektronické aukce a související činnosti za účelem prodeje nemovitostí. Pokud jde o naplnění znaku úplatnosti veřejné zakázky, k tomu Úřad mimo jiné uvedl, že si v šetřeném případě zadavatel zvolil jinou konstrukci úhrady veřejné zakázky než přímou platbu, a to tak, že stanovil jako podmínku prodeje nemovitostí povinnost kupujícího uhradit náklady prodeje přímo vybranému uchazeči.
7. Z odůvodnění rozhodnutí dále vyplývá, že zadavatel svým postupem porušil zákon, neboť smlouvu o poskytování služeb elektronické aukce neuzavřel na základě postupu v řádném zákonem stanoveném zadávacím řízení.

8. K uložení pokuty Úřad uvedl, že se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 zákona, neboť danou veřejnou zakázku na služby nezadal v zadávacím řízení, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, protože nelze vyloučit, že by zadavatel při dodržení postupu dle zákona neobdržel nabídky od dalších dodavatelů, kteří by nabídli ještě výhodnější podmínky požadovaných služeb. Z tohoto důvodu Úřad přistoupil k uložení pokuty.

II. Námitky rozkladu

9. Dne 15. 12. 2008 obdržel Úřad od zadavatele rozklad v němž uvádí, že s napadeným rozhodnutím nesouhlasí a má za to, že je toto rozhodnutí založeno na nesprávném právním posouzení věci. Dle názoru zadavatele staví Úřad své rozhodnutí na právním názoru, že se o veřejnou zakázku dle § 7 zákona jedná i v případě, pokud je uzavřená smlouva pro zadavatele zcela bezplatná. Přitom však Úřad nezpochybnuje skutečnost, že smlouva o aukci nezavazovala zadavatele vůči dodavateli k jakékoli úplatě.
10. Zadavatel dále uvádí, že názor Úřadu nemá oporu v zákoně a upozorňuje, že z hlediska možného vydání veřejných prostředků nemohlo být v daném případě dosaženo výhodnější nabídky, neboť nemůže být výhodnější nabídka než ta, která nabízí požadované služby bezplatně. Provize hrazená jedním soukromým subjektem druhému pak dle názoru zadavatele nemůže být považována za výdaj veřejných prostředků.
11. Zadavatel má dále za to, že pro jeho názor svědčí i rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 29/2004 ze dne 29. 3. 2005, odborná právní literatura (např. zákon s komentářem z nakladatelství C. H. Beck, Praha 2006), či zadávací směrnice. V návaznosti na skutečnosti uvedené ve zmiňovaných pramenech má zadavatel za to, že úplatností smlouvy se myslí výdaje veřejných peněžitých prostředků, přičemž na této skutečnosti nic nemění ani fakt, že např. citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně byl vydán ve vztahu k zákonu č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. Stejně tak je zadavatel přesvědčen, že pokud Úřad odkazuje ve svém rozhodnutí na svou dřívější rozhodovací praxi (viz rozhodnutí S121/2008/VZ-12420/510/Od, rozhodnutí R163/2007-03863/2008/310-Hr), je tento odkaz nepřijatelný, neboť se obě uvedené rozhodnutí týkají situace, kdy uzavřené smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem zavazovaly zadavatele k plnění alespoň v potencionální rovině. Smlouva o aukci uzavřená mezi zadavatelem a vybraným uchazečem však v šetřeném případě nezavazovala zadavatele k žádnému výdaji veřejných prostředků, vyjma situace, kdy by nedošlo k realizaci aukce z důvodů na straně zadavatele – pak by měl vybraný uchazeč nárok na úhradu účelně vynaložených nákladů na zabezpečení aukce.
12. Závěrem svého rozkladu zadavatel uvádí, že postupoval v souladu s dosud přijímaným pojetím úplatnosti veřejné zakázky a že rozhodnutí je v obou výrocích nesprávné.

Závěr rozkladu

13. Z výše uvedených důvodů zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

Doplnění rozkladu

14. Úřad dne 3. 3. 2009 obdržel od zadavatele doplnění rozkladu, v němž především žádá, aby Úřad zvážil možnost upuštění od pokuty nebo přistoupil k jejímu snížení na zcela minimální částku a svou žádost odůvodňuje zejména tím, že zadavatel postupoval v souladu s publikovanou judikaturou, během správního řízení plně spolupracoval s Úřadem, přičemž již neměl možnost zrušit uzavřenou smlouvu a dále má za to, že samotné správní řízení mělo výrazně preventivní funkci.

III. Řízení o rozkladu

Vyjádření vybraného uchazeče k rozkladu

15. K podanému rozkladu se dne 29. 12. 2008 vyjádřil vybraný uchazeč, který uvedl, že zadavateli za poskytnutou službu nevzniklo žádné peněžité plnění vůči vybranému uchazeči a dále uvedl, že „naše společnost nevnímá žádné pochybení na naší straně“.

Stanovisko předsedy Úřadu

16. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
17. 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 dospěl k následujícímu závěru.
18. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 28. 11. 2008, č. j. S239/2008/VZ-24107/2008/530/Ra konstatoval spáchání správního deliktu, kterého se zadavatel dopustil tím, že před uzavřením smlouvy č. 014/2008 ze dne 5. 6. 2008, jejímž předmětem je poskytování služeb zajištěním elektronické aukce a souvisejících služeb, nedodržel postup stanovení v § 21 zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Stejně tak je správné rozhodnutí Úřadu o uložení pokuty ve výši 50 000,- Kč. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí či k upuštění od uložení pokuty či k jejímu snížení.

IV. K námitkám rozkladu

K definici veřejné zakázky

19. V daném případě bylo předmětem veřejné zakázky poskytnutí služeb zajištěním elektronické aukce a souvisejících služeb za účelem prodeje nemovitostí. Z předložených písemných materiálů pak vyplývá, že předpokládaná kupní cena nemovitosti činí nejméně 115.000.000,- Kč, přičemž ze smlouvy o elektronické aukci vyplývá, že je sjednána provize z vydražené kupní ceny prodávané nemovitosti ve výši

5 % z této ceny. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky pak dosahuje celkové částky nejméně 5.750.000,- Kč. Jedná se tedy o nadlimitní veřejnou zakázku ve smyslu § 12 odst. 1 zákona, kterou je zadavatel povinen zadat v některém ze zadávacích řízení v souladu s § 21 zákona.

20. Ze skutečností zjištěných v průběhu správního řízení i ze stanovisek zadavatele zcela jasně vyplývá, že zadavatel před uzavřením smlouvy o službách nepostupoval dle zákona, neboť předmětnou veřejnou zakázku nezadal v některém zákonem stanoveném zadávacím řízení dle § 21 zákona. Přestože se jednalo o veřejnou zakázku ve smyslu § 7 zákona, zadavatel „přímo“ přistoupil k uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, přičemž výběru dodavatele nepředcházelo žádné transparentně provedené zadávací řízení.
21. K naplnění jednoho z pojmových znaků veřejné zakázky, a to úplatnosti, dále uvádím, že zadavatel v šetřeném případě zvolil jinou konstrukci úhrady předmětu plnění veřejné zakázky než „přímo“ platbu dodavateli služeb. I když měl zadavatel možnost případnou provizi a náklady spojené s převodem nemovitosti započíst do kupní ceny hrazené kupujícím a následně pak tuto cenu služeb spojených s prodejem nemovitostí uhradit vybranému uchazeči, zadavatel si zvolil jiný způsob úhrady, když jako podmínku prodeje stanovil povinnost kupujícího uhradit náklady prodeje přímo vybranému uchazeči. I když zvolený způsob úhrady není v rozporu se zákonem a zadavatel může v konkrétních případech zvolit i tuto „skrytou nepřímou“ platbu, tento postup však nemůže mít za následek vyhnutí se postupu podle zákona a odůvodnit jím skutečnost, že zadavatel neprovedl před uzavřením smlouvy řádné zadávací řízení.
22. K argumentu zadavatele, že v daném případě nemohl obdržet výhodnější nabídku než nabídku poskytnutí požadovaných služeb bezúplatně, uvádím následující. Jak je zřejmé z předchozího odstavce, nejednalo se o bezúplatné poskytnutí požadovaných služeb, ale pouze o jinou konstrukci způsobu jejich úhrady. Pokud by pak zadavatel postupoval v souladu se zákonem a provedl řádné zadávací řízení, mohl kromě nabídky vybraného uchazeče obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří by při stejném způsobu úhrady mohli zadavateli nabídnout např. nižší provize nebo rozsáhlejší obsah poskytovaných služeb souvisejících s prodejem nemovitostí.
23. Zcela se proto ztotožňuji s konstatováním napadeného rozhodnutí, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 21 zákona, když před uzavřením smlouvy ze dne 5. 6. 2008, jejímž předmětem je zajištění elektronické aukce a souvisejících služeb za účelem prodeje nemovitostí, neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

K odkazům zadavatele na rozsudek Krajského soudu a odbornou právní literaturu

24. Pokud se týká odkazu zadavatele na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 29/2004 ze dne 29. 3. 2005, jedná se o názor soudu vyslovený ve vztahu k zákonu č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, přičemž dle současné právní úpravy by se v soudem projednávaném případě jednalo o koncesi, neboť se oproti citovanému zákonu právní úprava značně změnila a změnily se tedy i související definice některých pojmů. Nezávisle na této skutečnosti však musím konstatovat, že závěr soudu citovaný v rozkladu není nikterak v rozporu se závěry

napadeného rozhodnutí, neboť dle rozsudku soudu se úplatností smlouvy rozumí výdej veřejných peněžitých prostředků, přičemž i v šetřeném případě bylo prokázáno, že podmínka úplatnosti smlouvy byla také splněna. Stejně tak k odkazu zadavatele na odbornou literaturu – resp. na Zákon o veřejných zakázkách, komentář, nakladatelství C. H. Beck, Praha 2006, uvádím, že zadavatelem citovaný text, v němž je mimo jiné uvedeno, že „veřejnou zakázkou je pouze výdej prostředků na straně zadavatele“ není v rozporu s názorem Úřadu vyjádřeným v prvostupňovém rozhodnutí, neboť jak bylo již uvedeno, v šetřeném případě podmínka úplatnosti smlouvy byla splněna a ze strany zadavatele se jednalo o „nepřímý“ výdej veřejných peněžitých prostředků.

25. Zadavatel dále napadá ve svém rozkladu postup Úřadu, kdy odkazuje v napadeném rozhodnutí na již vydané rozhodnutí v obdobné věci, konkrétně odkazuje na rozhodnutí č. j. S121/2008/VZ-12420/510/Od ze dne 23. 6. 2008. K tomu uvádím, že i přes určité konkrétní odlišnosti dané konkrétním zadávacím řízením, v obou případech se zadavatelé zavázali při splnění určitých podmínek k úhradě z veřejných prostředků. V případě uvedeného rozhodnutí S121/2008 se jednalo o smluvní pokutu stanovenou ve výši provize, kterou je zadavatel povinen uhradit, pokud poruší smluvní ujednání, za která je smlouvou stanovena smluvní pokuta. V případě smlouvy o poskytování služeb provedením elektronické aukce je rovněž uvedeno, že pokud nedojde k realizaci aukce nebo pokud nebude z důvodů na straně zadavatele uzavřena kupní smlouva (viz čl. VI, body 8. a 9. této smlouvy), zadavatel uhradí náklady prokazatelně účelně vynaložené na materiální a organizační zabezpečení aukce. K tomu dále podotýkám, že uvedené sjednané úhrady ze strany zadavatele nejsou hlavním předmětem smluv, ale pouze součástí vedlejšího smluvního ujednání stran a nemohou zásadně změnit posouzení šetřeného smluvního vztahu jako veřejné zakázky na služby.

K možnosti upuštění od uložení pokuty či jejího snížení

26. K doplnění rozkladu, v němž zadavatel žádá o upuštění od uložení pokuty či o její snížení, uvádím následující. Ze správního řízení jednoznačně vyplývá, že zadavatel nepostupoval v souladu s příslušnými ustanoveními zákona a dopustil se jednoho z nejzávažnějších porušení tohoto zákona. Vzhledem k tomu, že možná horní hranice pokuty by činila v daném případě částku 342.158,- Kč, uloženou pokutu ve výši 50.000,- Kč považuji ve vztahu k míře porušení zákona za dostatečnou a neshledal jsem tak důvody pro upouštění od jejího uložení či pro její snížení. Pro úplnost v této souvislosti konstatuji, že v návaznosti na § 121 odst. 1 zákona neodpovídá zadavatel, který je právnickou osobou, za správní delikt pouze jestliže prokáže, že vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil. V šetřeném případě nebylo prokázáno, že by zadavatel vynaložil veškeré úsilí k zabránění porušení právní povinnosti.

V. Závěr

27. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když v postupu zadavatele konstatoval spáchání správního deliktu, a uložil zadavateli pokutu ve výši 50.000,- Kč, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

28. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit či zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u ě 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. Česká republika – Ministerstvo vnitra, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7
2. Clanroy Sales a. s., se sídlem Šmilovského 1264/5, 120 00 Praha 2
3. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce