UOHSX009NXLU

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0151/2017/VZ-17559/2017/543/IKo Brno: 9. června 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 21. 4. 2017, jehož účastníkem je:

- zadavatel – Oborová zdravotní pojišťovna zaměstnanců bank, pojišťoven a stavebnictví, IČO 47114321, se sídlem Roškotova 1225/1, 140 00 Praha 4,

ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) a b) citovaného zákona zadavatelem – Oborová zdravotní pojišťovna zaměstnanců bank, pojišťoven a stavebnictví, IČO 47114321, se sídlem Roškotova 1225/1, 140 00 Praha 4 – v souvislosti s uzavřením

- „Smlouvy o propagaci a administrativní pomoci u služeb poskytovaných veřejnosti zdravotní pojišťovnou v rámci jejího předmětu činnosti“ č. P-003/2012 dne 17. 1. 2012 se společností Clever People s.r.o., IČO 28775708, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice,
- „Smlouvy o propagaci a administrativní pomoci u služeb poskytovaných veřejnosti zdravotní pojišťovnou v rámci jejího předmětu činnosti“ č. P-061/2012 dne 12. 6. 2012 se společností KIWI Agency s.r.o., IČO 28848322, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice,
- „Smlouvy o propagaci a administrativní pomoci u služeb poskytovaných veřejnosti zdravotní pojišťovnou v rámci jejího předmětu činnosti“ č. P-099/2012 dne 7. 11. 2012 se společností Clever People s.r.o., IČO 28775708, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice, ve znění dodatku č. 1 uzavřeného dne 17. 12. 2012,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Oborová zdravotní pojišťovna zaměstnanců bank, pojišťoven a stavebnictví, IČO 47114321, se sídlem Roškotova 1225/1, 140 00 Praha 4 – se **dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že nedodržel postup stanovený v § 13 odst. 3 citovaného zákona, když rozdělil předmět veřejné zakázky na zprostředkování zdravotního pojištění pro rok 2013 v hodnotě 2 490 000 Kč bez daně z přidané hodnoty způsobem, že došlo ke snížení předpokládané hodnoty veřejné zakázky pod finanční limit stanovený v § 12 odst. 2 citovaného zákona, a v důsledku toho nezadal předmět plnění vyplývající ze „Smlouvy o propagaci a administrativní pomoci u služeb poskytovaných veřejnosti zdravotní pojišťovnou v rámci jejího předmětu činnosti“ č. P-061/2012 uzavřené dne 12. 6. 2012 se společností KIWI Agency s.r.o., IČO 28848322, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice, v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 17. 1. 2012 „Smlouvu o propagaci a administrativní pomoci u služeb poskytovaných veřejnosti zdravotní pojišťovnou v rámci jejího předmětu činnosti“ č. P-003/2012 se společností Clever People s.r.o., IČO 28775708, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice, a dne 12. 6. 2012 „Smlouvu o propagaci a administrativní pomoci u služeb poskytovaných veřejnosti zdravotní pojišťovnou v rámci jejího předmětu činnosti“ č. P-061/2012 se společností KIWI Agency s.r.o., IČO 28848322, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice.

II.

Zadavatel – Oborová zdravotní pojišťovna zaměstnanců bank, pojišťoven a stavebnictví, IČO 47114321, se sídlem Roškotova 1225/1, 140 00 Praha 4 – se **dopustil správního deliktu** dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když veřejnou zakázku na zprostředkování zdravotního pojištění pro rok 2014 v hodnotě 3 320 000 Kč bez daně z přidané hodnoty (tzn. podlimitní veřejnou zakázku) nezadal v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 17. 12. 2012 se společností Clever People s.r.o., IČO 28775708, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice, dodatek č. 1 ke „Smlouvě o propagaci a administrativní pomoci u služeb poskytovaných veřejnosti zdravotní pojišťovnou v rámci jejího předmětu činnosti“ č. P-099/2012 uzavřené dne 7. 11. 2012 se společností Clever People s.r.o., IČO 28775708, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice.

III.

Zadavatel – Oborová zdravotní pojišťovna zaměstnanců bank, pojišťoven a stavebnictví, IČO 47114321, se sídlem Roškotova 1225/1, 140 00 Praha 4 – se **dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, když v rozporu s § 147a odst. 1 písm. a) citovaného zákona ve spojení s § 147a odst. 2 citovaného zákona neuveřejnil na profilu zadavatele „Smlouvu o propagaci a administrativní pomoci u služeb poskytovaných veřejnosti zdravotní pojišťovnou v rámci jejího předmětu činnosti“ č. P-061/2012 uzavřenou dne 12. 6. 2012 se společností KIWI Agency s.r.o., IČO 28848322, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice, ve lhůtě do 15 dnů od jejího uzavření, tedy nejpozději do dne 27. 6. 2012, ale až dne 13. 1. 2014.

IV.

Zadavatel – Oborová zdravotní pojišťovna zaměstnanců bank, pojišťoven a stavebnictví, IČO 47114321, se sídlem Roškotova 1225/1, 140 00 Praha 4 – se **dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, když v rozporu s § 147a odst. 1 písm. a) citovaného zákona ve spojení s § 147a odst. 2 citovaného zákona na profilu zadavatele neuveřejnil „Smlouvu o propagaci a administrativní pomoci u služeb poskytovaných veřejnosti zdravotní pojišťovnou v rámci jejího předmětu činnosti“ č. P-099/2012 uzavřenou dne 7. 11. 2012 se společností Clever People s.r.o., IČO 28775708, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice, ve lhůtě do 15 dnů od jejího uzavření, tedy nejpozději do dne 22. 11. 2012, přičemž zadavatel předmětnou smlouvu do okamžiku vydání tohoto rozhodnutí na profilu zadavatele neuveřejnil.

V.

Zadavatel – Oborová zdravotní pojišťovna zaměstnanců bank, pojišťoven a stavebnictví, IČO 47114321, se sídlem Roškotova 1225/1, 140 00 Praha 4 – se **dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, když v rozporu s § 147a odst. 1 písm. a) citovaného zákona ve spojení s § 147a odst. 2 citovaného zákona na profilu zadavatele neuveřejnil dodatek č. 1 uzavřený se společností Clever People s.r.o., IČO 28775708, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice, dne 17. 12. 2012 ke „Smlouvě o propagaci a administrativní pomoci u služeb poskytovaných veřejnosti zdravotní pojišťovnou v rámci jejího předmětu činnosti“ č. P-099/2012 uzavřené dne 7. 11. 2012 se společností Clever People s.r.o., IČO 28775708, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice, ve lhůtě do 15 dnů od jeho uzavření, tedy nejpozději do dne 2. 1. 2013, přičemž zadavatel předmětný dodatek do okamžiku vydání tohoto rozhodnutí na profilu zadavatele neuveřejnil.

VI.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. až V. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Oborová zdravotní pojišťovna zaměstnanců bank, pojišťoven a stavebnictví, IČO 47114321, se sídlem Roškotova 1225/1, 140 00 Praha 4 – podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, **ukládá**

pokuta ve výši 60 000 Kč (šedesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění [dále jen „zákon“, pozn. Úřadu – s ohledem na skutečnost, že uzavírání níže uvedených smluv probíhalo za různých právních úprav a v daném případě nebyla na uzavření smlouvy (či uzavření dodatku) zahájena zadávací řízení, byla ve vztahu k jednotlivým zákonným povinnostem zadavatele aplikována rozhodná právní úprava ke dni uzavření příslušné smlouvy či dodatku], příslušný k dohledu nad dodržováním zákona, obdržel dne 24. 3. 2017 podnět týkající se postupu zadavatele –

Oborová zdravotní pojišťovna zaměstnanců bank, pojišťoven a stavebnictví, IČO 47114321, se sídlem Roškotova 1225/1, 140 00 Praha 4 (dále jen „zadavatel“) – v souvislosti s uzavřením

- „Smlouvy o propagaci a administrativní pomoci u služeb poskytovaných veřejnosti zdravotní pojišťovnou v rámci jejího předmětu činnosti“ č. P-003/2012 dne 17. 1. 2012 se společností Clever People s.r.o., IČO 28775708, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice (dále jen „smlouva č. P-003/2012“),
- „Smlouvy o propagaci a administrativní pomoci u služeb poskytovaných veřejnosti zdravotní pojišťovnou v rámci jejího předmětu činnosti“ č. P-061/2012 dne 12. 6. 2012 se společností KIWI Agency s.r.o., IČO 28848322, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice (dále jen „smlouva č. P-061/2012“),
- „Smlouvy o propagaci a administrativní pomoci u služeb poskytovaných veřejnosti zdravotní pojišťovnou v rámci jejího předmětu činnosti“ č. P-099/2012 dne 7. 11. 2012 se společností Clever People s.r.o., IČO 28775708, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice (dále jen „smlouva č. P-099/2012“) ve znění dodatku č. 1 uzavřeného dne 17. 12. 2012 (dále jen „dodatek č. 1“).

2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal vyjádření k obdrženému podnětu spolu s doložením dokumentace pořízené v souvislosti s předmětnými smlouvami. Po přezkoumání obsahu předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

3. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.

4. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S0151/2017/VZ-12997/2017/543/IKo ze dne 21. 4. 2017, přičemž ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Oznámení o zahájení správního řízení bylo zadavateli doručeno dne 21. 4. 2017 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona v návaznosti na § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, správní řízení zahájeno.

5. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0151/2017/VZ-13106/2017/543/IKo ze dne 25. 4. 2017 stanovil zadavateli lhůtu, v níž mohl navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, přičemž stanovisko zadavatele bylo Úřadu doručeno dne 5. 5. 2017.

Stanovisko zadavatele ze dne 5. 5. 2017

6. Zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že smlouva č. P-061/2012 byla v minulosti na profilu zadavatele uveřejněna.

7. V ostatním odkázal zadavatel na své stanovisko ze dne 7. 4. 2017, jež bylo Úřadu doručeno v rámci šetření podnětu sp. zn. P0254/2017/VZ.

Stanovisko zadavatele k podnětu sp. zn. P0254/2017/VZ ze dne 7. 4. 2017

8. Zadavatel je ohledně pisatelem podnětu namítaného určení hodnoty zakázky na zprostředkování zdravotního pojištění podle § 15 odst. 1 zákona v souvislosti s § 14 odst. 3 písm. b) zákona toho názoru, že uvedená ustanovení se týkají veřejných zakázek, jejichž předmětem jsou opakující se nebo trvající služby. Podle tvrzení zadavatele se však

o opakující se nebo trvající služby v šetřeném případě nejednalo, neboť si objednal služby vedoucí k zajištění konkrétního počtu podepsaných formulářů a dle jeho názoru se tedy předpokládaná hodnota veřejné zakázky na zprostředkování zdravotního pojištění měla určit podle § 13 odst. 8 zákona. S ohledem na uvedené zadavatel konstatuje, že nelze plnění na základě smlouvy č. P-099/2012 zahrnovat do limitu pro zakázky malého rozsahu pro rok 2012, neboť na základě této smlouvy bylo plněno v roce 2013 a k plnění na základě dodatku č. 1 nedošlo vůbec.

9. Ke stanovení předpokládané hodnoty veřejných zakázek, na jejichž plnění byly uzavřeny smlouvy č. P-003/2012 a č. P-061/2012 zadavatel uvádí následující. Smlouva č. P-003/2012 byla uzavřena na základě průzkumu trhu jako veřejná zakázka malého rozsahu, jejíž předpokládanou hodnotu zadavatel stanovil s ohledem na předchozí veřejnou zakázku zadávanou Revírní bratrskou pojišťovnou, zdravotní pojišťovnou na částku ve výši 700 Kč bez DPH za jednu získanou přihlášku pojištěnce (celková předpokládaná hodnota tak tvořila částku maximálně ve výši 1 162 000 Kč bez DPH), přičemž zadavatel dále uvádí, že smlouva byla uzavřena na dobu určitou do 30. 6. 2012, neboť uvedený den byl posledním dnem, kdy bylo možno podávat přihlášky pojištěnce ke dni 1. 1. 2013. Smlouva č. P-061/2012 pak byla dle vyjádření zadavatele uzavřena na základě průzkumu trhu jako veřejná zakázka malého rozsahu, kdy předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena na základě zkušeností zadavatele s uzavíráním smlouvy č. P-003/2012 na částku ve výši 1 000 Kč za jednu získanou přihlášku pojištěnce (celková předpokládaná hodnota tak tvořila částku maximálně ve výši 830 000 Kč bez DPH), přičemž i tato smlouva byla uzavřena na dobu určitou do dne 30. 6. 2012, neboť uvedený den byl posledním možným dnem pro podání přihlášky pojištěnce ke dni 1. 1. 2013. Zadavatel ve svém vyjádření dále uvádí, že jeho postup nebyl chybný *„ani s ohledem na změnu ZVZ, která snížila limit pro zakázku malého rozsahu. V době, kdy byla podepsána smlouva P-061/2012 nebyl limit pro tuto zakázku malého rozsahu porušen a novela nemohla působit retroaktivně k době, kdy byla zahajována zakázka na nábor pojištěnců v Pardubickém kraji (smlouva P-003/2012).“*.

10. Dále zadavatel k souvislosti zakázek s ohledem na majetkovou propojenost a místo sídla dodavatelů, s nimiž byly předmětné smlouvy uzavřeny, uvádí, že vlastnická struktura dodavatelů a místo jejich sídla nemají dostatečnou vypovídací hodnotu pro to, aby bylo možné zakázky označit jako související, neboť na jejich základě nelze činit závazné závěry o tom, který subjekt podniká v jakém oboru či jeho segmentu nebo v jakém regionu dodavatel reálně v rámci své obchodní činnosti působí.

Další průběh správního řízení

11. Dne 11. 5. 2017 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S0151/2017/VZ-14633/2017/543/IKo, v němž stanovil zadavateli lhůtu, v níž byl oprávněn se vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se ve lhůtě stanovené citovaným usnesením, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

12. Dne 12. 5. 2017 byla Úřadu doručena žádost zadavatele o nahlédnutí do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0151/2017/VZ.

13. Dne 17. 5. 2017 bylo Mgr. Lence Duhanové na základě pověření zadavatele ze dne 12. 5. 2017 umožněno nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0151/2017/VZ.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

14. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace pořízené v souvislosti s předmětnými smlouvami, vyjádření předloženého zadavatelem a na základě vlastního zjištění rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích tohoto rozhodnutí. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Posouzení právního postavení zadavatele

15. Úřad se v prvé řadě zabýval otázkou, zda Oborová zdravotní pojišťovna zaměstnanců bank, pojišťoven a stavebnictví (dále v této části odůvodnění jen „OZP“) naplňuje definici veřejného zadavatele, přičemž k zodpovězení této otázky je nutno vycházet z § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

16. Podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud

    1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a

    2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

17. Úřad doplňuje, že k tomu, aby bylo možné konkrétní právnickou osobu považovat za veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona, musí být obě výše popsané podmínky splněny kumulativně.

18. Za účelem zjištění, zda OZP naplňuje znaky veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona, bylo nutné vycházet i z právní úpravy, která se k postavení OZP vztahuje. Úřad tedy vycházel při svém rozhodování zejména z následující právní úpravy:

    - zákon č. 280/1992 Sb., o resortních, oborových, podnikových a dalších zdravotních pojišťovnách, v rozhodném znění (dále jen „zákon o zdravotních pojišťovnách“),
    - zákon č. 592/1992 Sb., o pojistném na všeobecné zdravotní pojištění, v rozhodném znění (dále jen „zákon o pojistném“).

19. Současně Úřad vycházel ze Statutu OZP, který byl schválen Ministerstvem zdravotnictví dne 26. 1. 2010 (dále jen „statut“).

Právnická osoba založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu

20. Z obchodního rejstříku vyplývá, že OZP byla zřízena rozhodnutím Ministerstva práce a sociálních věcí České republiky dne 15. 9. 1992 podle zákona o zdravotních pojišťovnách.

21. Předmětem činnosti OZP dle obchodního rejstříku je mj. *„provádění veřejného zdravotního pojištění v souladu s platnými právními předpisy pro pojištěnce, kteří jsou u ní zaregistrováni“*.

22. Podle části I. „Základní ustanovení“ čl. 2 „Založení, vznik a působnost“ odst. 7 statutu je OZP právnickou osobou.

23. Podle části III. „Rozsah činnosti“ čl. 4 statutu je předmětem činnosti OZP mj. *„provádění veřejného zdravotního pojištění v souladu s platnými právními předpisy pro pojištěnce, kteří jsou u ní zaregistrováni*“.

24. Úřad k pojmu „veřejný zájem“ v obecné rovině uvádí, že je nutno jej chápat jako takový zájem, který by bylo možno označit za obecný zájem (přesahující zájem jednotlivce či určité skupiny jednotlivců) či obecně prospěšný zájem.

25. Vzhledem k výše uvedenému je zcela zřejmé, že OZP je právnickou osobou (zdravotní pojišťovnou), která byla založena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, jelikož provádění veřejného zdravotního pojištění lze jednoznačně označit za uspokojování potřeb veřejného zájmu s ohledem na skutečnost, že zdravotní pojištění slouží k úhradě zdravotní péče a zdraví samo o sobě patří k prioritním hodnotám nejen jednotlivce, ale i rodiny a celé společnosti, a je základním předpokladem jejich sociální a ekonomické úspěšnosti a podmínkou jejich kvality života. Lze tedy najisto postavit, že činnost spočívající v provádění veřejného zdravotního pojištění má těžiště v uspokojování potřeb veřejného zájmu.

26. Úřad konstatuje, že v šetřeném případě je první zákonná podmínka [§ 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona] naplněna, jelikož zadavatel je jinou právnickou osobou, která byla založena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou a s ohledem na způsob jejího financování (viz níže) ani obchodní povahu.

Financování státem či jiným veřejným zadavatelem

27. Úřad uvádí, že ze zákona o pojistném vyplývá, že financování OZP je bezprostředně vázáno na přerozdělování veřejného zdravotního pojištění prováděné Všeobecnou zdravotní pojišťovnou České republiky. Právě uvedené vyplývá z následujících ustanovení zákona o pojistném.

28. Podle § 20 odst. 1 zákona o pojistném je Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky povinna zřídit zvláštní účet všeobecného zdravotního pojištění (dále jen „zvláštní účet“), který slouží k financování hrazených služeb na základě přerozdělování pojistného a dalších příjmů zvláštního účtu podle počtu pojištěnců, jejich věkové struktury, pohlaví a nákladových indexů věkových skupin pojištěnců veřejného zdravotního pojištění.

29. Podle § 20 odst. 4 zákona o pojistném zvláštní účet spravuje Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky (dále jen „správce účtu“) a vede odděleně od ostatních účtů (fondů), které spravuje.

30. Z § 21 zákona o pojistném vyplývá, že správce účtu mimo jiné oznamuje všem zdravotním pojišťovnám celkovou částku na ně připadající, přičemž tuto částku tvoří podíl na standardizovaného pojištěnce podle odstavce 3 citovaného ustanovení vynásobený počtem standardizovaných pojištěnců příslušné zdravotní pojišťovny. Podíl na standardizovaného pojištěnce se stanoví tak, že se součet pojistného vybraného všemi zdravotními pojišťovnami, celkové platby státu za pojištěnce, za něž je plátcem, penále, pokut a jiných plnění, která jsou na základě zákona o pojistném nebo na základě zvláštních právních předpisů příjmem zvláštního účtu, a úroků vzniklých na zvláštním účtu, snížený o poplatky za účetní operace a za vedení zvláštního účtu, vydělí celkovým počtem standardizovaných pojištěnců všech zdravotních pojišťoven. Přesahuje-li pojistné vybrané příslušnou zdravotní pojišťovnou celkovou částku, která na ni připadá, odvede tato

pojišťovna přebývající finanční prostředky na zvláštní účet a nedosahuje-li toto pojistné celkové částky, správce účtu poukáže příslušné zdravotní pojišťovně chybějící finanční prostředky.

31. Podle § 21a zákona o pojistném slouží zvláštní účet dále k přerozdělování pojistného a dalších příjmů zvláštního účtu podle výskytu pojištěnců, za něž byly příslušnými zdravotními pojišťovnami uhrazeny zvlášť nákladné hrazené služby s tím, že příslušná zdravotní pojišťovna má nárok na úhradu 80 % částky, o kterou nákladné hrazené služby překročí částku podle odstavce 2 citovaného ustanovení, pokud správci účtu vyúčtuje a řádně doloží případy nákladné péče.

32. K tomu Úřad dále doplňuje, že aby bylo možné konstatovat, že se v případě OZP jedná o veřejného zadavatele ve smyslu zákona, je nezbytné, aby byl tento subjekt „převážně financován státem či jiným veřejným zadavatelem“. V této souvislosti lze odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 13/2015 – 147 ze dne 21. 7. 2016, v němž se soud věnoval mj. této problematice a judikoval následující: *„Předně je třeba vyjít z toho, že § 2 odst. 2 písm. d) bod 2. ZVZ neobsahuje žádné přesnější vymezení pojmu ‚převážné financování státem‘. Stejně je tomu v případě čl. 1 odst. 9 písm. c) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES. Ve vztahu k uvedené směrnici přitom Soudní dvůr dovodil, že k tomu, aby podmínka ‚převážného financování státem‘ byla splněna, není požadováno, aby aktivity subjektů (u nichž se zkoumá, zda jsou veřejnými zadavateli či nikoli) byly státem či jiným veřejným subjektem financovány přímo; postačující je tak i jakýkoli nepřímý způsob financování (rozsudek Soudního dvora ze dne 13. 12. 2007 ve věci C- 337/06, ‚Bayerischer Rundfunk‘, především body 34. a 49.). Pak tedy i ve vztahu k § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ je třeba dovodit, že o ‚převážné financování státem‘ jde i tehdy, pokud převažující financování přičitatelné státu je z pohledu státu financováním nepřímým.*“.

33. Současně zmíněný soud v témže rozsudku dále judikoval, že *„[v]ýše pojistného, způsob jejího výpočtu i povinnost a způsob odvodu je stanoven zákonem (§ 2, § 3, § 5, § 10 zákona č. 592/1992 Sb., o pojistném na všeobecné zdravotní pojištění) a uplatní se závazná pravidla přerozdělování povinně vybraného pojistného (§ 20 a násl. téhož zákona). Platby pojištění jsou povinné, jde o platby do veřejných rozpočtů, z nichž jsou následně přerozdělovány, a tyto platby jsou pod donucovacími prostředky veřejné moci. Platby pojištěnců v postavení zaměstnanců ani platby zaměstnavatelů (‚za zaměstnance‘) tedy nejsou odvozovány od jakéhokoli soukromoprávního ujednání mezi nimi na straně jedné a zdravotními pojišťovnami na straně druhé, jsou povinně hrazeny bez jakéhokoli přímého protiplnění (ve smyslu rozsudku Soudního dvora ze dne 3. 10. 2000 ve věci C-380/98, ‚Univerzity of Cambridge‘, body 23. – 25.) již na základě skutečnosti, že pojištěnci mají povinnost být ze zákona pojištěni a toto pojištění do veřejných rozpočtů v zákonem stanovené výši odvádět (rozsudek Soudního dvora ze dne 13. 12. 2007 ve věci C-337/06, ‚Bayerischer Rundfunk‘, bod 45.). Nositelem všeobecného zdravotního pojištění pro pojištěnce zaregistrované u příslušné zdravotní pojišťovny je právě tato zdravotní pojišťovna (§ 5 odst. 2 zákona č. 280/1992 Sb., o resortních, oborových, podnikových a dalších zdravotních pojišťovnách), která veřejné zdravotní pojištění provádí (§ 8 odst. 1 téhož zákona). Příjmy zdravotní pojišťovny zahrnují platby pojistného od pojištěnců, zaměstnavatelů pojištěnců a státu (§ 12 odst. 1 téhož zákona), výdaji jsou kromě nákladů na samotnou činnost pojišťovny platby za zdravotní péči (§ 13 téhož zákona). (…) z uvedeného je zřejmé, že financování činnosti*

zdravotních pojišťoven stojí na povinných platbách zdravotního pojištění od pojištěnců a jejich zaměstnavatelů stanovených zákonem, případně (za podmínek stanovených zákonem) na platbách od státu. Prostředky, jež se zdravotním pojišťovnám dostanou, jsou prostředky směřujícími na základě zákonem uložených a vynutitelných pravidel do veřejných rozpočtů, s možností diskrece plátců odvislé pouze od volby pojišťovny, nikoli diskrece ohledně samotné povinnosti platby a její výše. Podmínka ‚převážného financování státem', jak byla dovozena pro účely čl. 1 odst. 9 písm. c) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES Soudním dvorem, je tedy splněna i pro účely § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ.".

34. Úřad dodává, že nepřehlédl, že citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 13/2015 – 147 ze dne 21. 7. 2016 byl zrušen rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 9 As 211/2016 – 110 vydaným dne 16. 2. 2017 (dále jen „rozsudek NSS"), současně však konstatuje, že ze závěrů týkajících se naplnění podmínky převážného financování státem či jiným veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona, které byly v rozsudku Krajského soudu v Brně vysloveny, lze při posouzení postavení zadavatele v nyní šetřeném případě i nadále vycházet. Jak totiž z rozsudku NSS vyplývá, důvodem, proč byl rozsudek Krajského soudu v Brně zrušen, nebyla nesprávnost v něm uvedených věcných závěrů ohledně podmínky převážného financování státem či jiným veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. b) zákona (Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku výslovně konstatoval, že z věcného hlediska naplnění podmínky financování státem nepřezkoumával), ale jiné skutečnosti.

35. S ohledem na způsob financování činnosti zdravotních pojišťoven a výše citovanou judikaturu Úřad konstatuje, že OZP je převážně financována státem či jiným veřejným zadavatelem a v šetřeném případě je tak naplněna i zákonná podmínka stanovená v § 2 odst. 2 písm. d) bod 2. zákona, přičemž v takovém případě je již nadbytečné zabývat se zbývajícími podmínkami uvedenými v dotčeném ustanovení zákona.

36. Úřad tedy uzavírá, že OZP je zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

K výroku I. rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

37. Podle § 7 odst. 2 zákona se veřejné zakázky podle předmětu dělí na veřejné zakázky na dodávky, veřejné zakázky na služby a veřejné zakázky na stavební práce (dále jen „druhy veřejných zakázek").

38. Podle § 7 odst. 3 zákona se veřejné zakázky podle výše jejich předpokládané hodnoty dělí na nadlimitní veřejné zakázky, podlimitní veřejné zakázky a veřejné zakázky malého rozsahu.

39. Podle § 12 odst. 1 zákona se nadlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota podle § 13 zákona bez daně z přidané hodnoty dosáhne nejméně finančního limitu stanoveného prováděcím právním předpisem pro jednotlivé kategorie zadavatelů, oblasti a druhy veřejných zakázek, případně kategorie dodávek nebo služeb. Tento prováděcí právní předpis stanoví rovněž seznam zboží pořizovaného Českou republikou - Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a výši tohoto limitu.

40. Podle § 2 odst. 2 písm. b) bodu 1 nařízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Českou republikou – Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek

stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu, ve znění účinném ke dni uzavření smlouvy č. P-061/2012, činí finanční limit podle § 12 odst. 1 zákona v případě veřejných zakázek na služby 5 010 000 Kč pro zadavatele uvedené v § 2 odst. 2 písm. c) nebo d) zákona.

41. Podle § 12 odst. 2 zákona ve znění účinném ke dni uzavření smlouvy č. P-003/2012 se podlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota činí v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby nejméně 2 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce nejméně 6 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty a nedosáhne finančního limitu podle § 12 odst. 1 zákona.

42. Podle § 12 odst. 2 zákona ve znění účinném ke dni uzavření smlouvy č. P-061/2012 se podlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota činí v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby nejméně 1 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce nejméně 3 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty a nedosáhne finančního limitu podle § 12 odst. 1 zákona.

43. Podle § 12 odst. 3 zákona ve znění účinném ke dni uzavření smlouvy č. P-003/2012 se veřejnou zakázkou malého rozsahu rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota nedosáhne v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby 2 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce 6 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty.

44. Podle § 12 odst. 3 zákona ve znění účinném ke dni uzavření smlouvy č. P-061/2012 se veřejnou zakázkou malého rozsahu rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota nedosáhne v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby 1 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce 3 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty.

45. Podle § 13 odst. 1 zákona se předpokládanou hodnotou veřejné zakázky pro účely tohoto zákona rozumí zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky, který je zadavatel povinen stanovit pro účely postupu v zadávacím řízení před jeho zahájením. Při stanovení předpokládané hodnoty je vždy rozhodná cena bez daně z přidané hodnoty.

46. Podle § 13 odst. 2 zákona stanoví zadavatel předpokládanou hodnotu v souladu s pravidly stanovenými v tomto zákoně a na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění; nemá-li zadavatel k dispozici takové údaje, stanoví předpokládanou hodnotu na základě údajů a informací získaných průzkumem trhu s požadovaným plněním, popřípadě na základě údajů a informací získaných jiným vhodným způsobem. Pro stanovení výše předpokládané hodnoty je rozhodný den odeslání oznámení či výzvy o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění.

47. Podle § 13 odst. 3 zákona zadavatel nesmí rozdělit předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v tomto zákoně.

48. Podle § 13 odst. 8 zákona ve znění účinném ke dni uzavření smlouvy č. P-003/2012 je při stanovení předpokládané hodnoty zadavatel povinen sečíst předpokládané hodnoty

obdobných, spolu souvisejících dodávek či služeb, které hodlá pořídit v průběhu účetního období. To neplatí pro dodávky nebo služby, jejichž jednotková cena je v průběhu účetního období proměnlivá a zadavatel tyto dodávky nebo služby pořizuje opakovaně podle svých aktuálních potřeb; zadavatel je však povinen vždy dodržet zásady podle § 6 zákona.

49. Podle § 13 odst. 8 zákona ve znění účinném ke dni uzavření smlouvy č. P-061/2012 je při stanovení předpokládané hodnoty zadavatel povinen sečíst předpokládané hodnoty obdobných, spolu souvisejících dodávek či služeb, které hodlá pořídit v průběhu účetního období. To neplatí pro dodávky nebo služby, jejichž jednotková cena je v průběhu účetního období proměnlivá a zadavatel tyto dodávky nebo služby pořizuje opakovaně podle svých aktuálních potřeb; zadavatel je však povinen vždy dodržet zásady podle § 6 odst. 1 zákona.

50. Podle § 14 odst. 1 písm. a) zákona se předpokládaná hodnota veřejné zakázky na dodávky stanoví na základě předpokládané výše celkového peněžitého závazku zadavatele za dobu účinnosti smlouvy na dodávky, má-li být smlouva uzavřena na dobu určitou.

51. Podle § 15 odst. 1 zákona se ustanovení § 14 odst. 1, 3 a 4 zákona pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky na služby použijí obdobně.

52. Podle § 21 odst. 1 zákona tento zákon upravuje tyto druhy zadávacích řízení

- otevřené řízení (§ 27 zákona),
- užší řízení (§ 28 zákona),
- jednací řízení s uveřejněním (§ 29 zákona),
- jednací řízení bez uveřejnění (§ 34 zákona),
- soutěžní dialog (§ 35 zákona),
- zjednodušené podlimitní řízení (§ 38 zákona).

53. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

Právní posouzení

54. Úřad k možnému rozdělení předmětu veřejné zakázky nejprve obecně uvádí, že zadavatel má právo vymezit předmět veřejné zakázky podle vlastního uvážení, je však vždy povinen dodržet, mimo jiného, i pravidlo zákazu dělení předmětu veřejné zakázky, obsažené v § 13 odst. 3 zákona, pokud by v důsledku takového postupu došlo ke snížení předpokládané hodnoty veřejné zakázky pod finanční limity stanovené v § 12 zákona. Vzhledem k právě uvedenému je třeba vždy vymezit, co je možné považovat za jedinou veřejnou zakázku. Při posouzení, zda se v konkrétním případě jedná o jednu či více veřejných zakázek, musí Úřad přihlížet zejména k místním, časovým a věcným souvislostem zadavatelem poptávaného plnění, případně ke skutečnosti, zda toto plnění tvoří jeden funkční celek. Vždy je nutné posoudit, zda se v případě zadávaných plnění jedná o dílčí části předmětu plnění jedné veřejné zakázky, či jde o samostatné veřejné zakázky. Platí, že ze strany zadavatele nesmí dojít k obcházení zákona, tedy k záměrnému dělení veřejné zakázky za účelem jejího postupného zadávání méně formálnějšími postupy, či dokonce za účelem úplného vyhnutí se postupu podle zákona.

55. Otázkou, kdy je nutné poptávaný předmět plnění zadat jako jedinou veřejnou zakázku a kdy je naopak možné poptávat plnění ve více veřejných zakázkách, se již ve své judikatorní činnosti opakovaně zabýval jak Krajský soud v Brně, tak i Nejvyšší správní soud. Kupříkladu Krajský soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2011, sp. zn. 62 Ca 44/2009 – 75, uvedl, že: *„Při tomto určování je zapotřebí vycházet z obecného pravidla, racionálně a logicky zdůvodnitelného, podle něhož jde-li o plnění, jež má být ve prospěch zadavatele podle předmětu veřejné zakázky uskutečňováno, svým charakterem totožné či obdobné, pak jde o plnění stejného nebo srovnatelného druhu, a tedy jde o plnění, které je jedinou veřejnou zakázkou. Pravidlo totožnosti či obdobnosti plnění založené na posouzení toho, zda jde o plnění stejného nebo srovnatelného druhu, vyplývalo z § 67 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „první ZVZ“), který hovořil o peněžitém závazku, který zadavateli ze zadání veřejné zakázky „spočívající v plnění stejného nebo srovnatelného druhu“ vznikl. Následné právní úpravy zadávání veřejných zakázek (tedy ZVZ aplikovaný v dané věci ani zákon pozdější, tj. zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách) již tuto otázku výslovně neřeší, avšak nelze ze žádného ustanovení pozdějších právních úprav zadávání veřejných zakázek dovozovat, že by za veřejnou zakázku mělo být považováno co do charakteru jiné plnění, než které za ně bylo považováno prvním ZVZ, tedy že by se mělo ohledně této otázky aplikovat jiné pravidlo, než které bylo podáváno z prvního ZVZ“.* Nejvyšší správní soud pak v rozsudku ze dne 15. 12. 2010, sp. zn. 2 Afs 55/2010-173 (obdobně také v dřívějším rozsudku ze dne 26. 7. 2007, sp. zn. 2 Afs 198/2006 – 69) uvedl, že *„zadáním jedné veřejné zakázky, spočívající v plnění stejného nebo srovnatelného druhu, je nutno rozumět i souhrn jednotlivých zadání určitých relativně samostatných plnění, týkají-li se tato zadání plnění spolu úzce souvisejících zejména z hledisek místních, urbanistických, funkčních, časových nebo technologických.“* V posledně citovaném rozsudku Nejvyšší správní soud dále zobecnil, že *„pro určení, zda konkrétní plnění ve prospěch zadavatele je jedinou veřejnou zakázkou nebo několika jednotlivými veřejnými zakázkami, je (…) rozhodující věcný charakter takového plnění; poptává-li zadavatel plnění svým charakterem totožné či obdobné (plnění stejného nebo srovnatelného druhu uskutečňované pro téhož zadavatele v témže časovém období a za týchž podmínek co do charakteru plnění), pak takové plnění musí zadávat jako jedinou veřejnou zakázku podle zákona o veřejných zakázkách. Není však v případě zadávání takové jediné veřejné zakázky vyloučeno připustit podávání nabídek jen na její jednotlivé části.“.*

56. Úřad z poskytnuté smluvní dokumentace zjistil následující.

57. Dne 17. 1. 2012 uzavřel zadavatel (v textu smlouvy označován jako „OZP“) smlouvu č. P-003/2012 se společností Clever People s.r.o., IČO 28775708, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice (dále jen „společnost Clever People s.r.o.“).

58. Z článku I. smlouvy č. P-003/2012 vyplývá, že předmětem této smlouvy je *„spolupráce při ověřování účinnosti a zájmu občanů o vhodné formy propagace OZP v Pardubickém kraji, poskytnutí komplexních informací o podmínkách pojištění, zdravotních programech a doplňkových službách OZP a administrativní pomoc zájemcům o pojištění u OZP, předávání potřebných informací, formulářů, tiskopisů a poskytnutí pomoci při jejich vyplňování, včetně následné věcné a formální kontroly, a v případě souhlasu těchto zájemců i následné odevzdání vyplněných a podepsaných formulářů do OZP.“*.

59. Podle článku II. odst. 2 smlouvy č. P-003/2012 se společnost Clever People s.r.o. zavazuje u přihlášek podepsaných do 30. 6. 2012 informovat pojištěnce, že ke změně zdravotní pojišťovny dojde od 1. 1. 2013.

60. V článku III. odst. 3 smlouvy č. P-003/2012 je stanovena odměna ve výši 1 000 Kč bez daně z přidané hodnoty (dále jen „DPH“) za práce spojené s vyřízením jednoho formuláře, který bude uznán ze strany Centrálního registru pojištěnců. Dále se smluvní strany v čl. III odst. 5 smlouvy č. P-003/2012 dohodly na maximálním možném počtu přihlášek s nárokem na zaplacení odměny ze strany zadavatele, a to v počtu 1 660 přihlášek.

61. Podle článku V. smlouvy č. P-003/2012 je smlouva uzavřena na dobu určitou, a to do 30. 6. 2012, přičemž smlouva nabývá platnosti a účinnosti dnem podpisu oběma smluvními stranami.

62. Dne 12. 6. 2012 uzavřel zadavatel (v textu smlouvy označován jako „OZP“) smlouvu č. P-061/2012 se společností KIWI Agency s.r.o., IČO 28848322, se sídlem Smilova 391, 530 02 Pardubice (dále jen „společnost KIWI Agency s.r.o“).

63. Podle článku I. smlouvy č. P-061/2012 je předmětem této smlouvy *„spolupráce při ověřování účinnosti a zájmu občanů o vhodné formy propagace OZP v kraji Vysočina, poskytnutí komplexních informací o podmínkách pojištění, zdravotních programech a doplňkových službách OZP a administrativní pomoc zájemcům o pojištění u OZP, předávání potřebných informací, formulářů, tiskopisů a poskytnutí pomoci při jejich vyplňování, včetně následné věcné a formální kontroly, a v případě souhlasu těchto zájemců i následné odevzdání vyplněných a podepsaných formulářů do OZP.“*.

64. Podle článku II. odst. 2 smlouvy č. P-061/2012 se společnost KIWI Agency s.r.o. zavazuje u přihlášek podepsaných do 30. 6. 2012 informovat pojištěnce, že ke změně zdravotní pojišťovny dojde od 1. 1. 2013.

65. V článku III. odst. 3 smlouvy č. P-061/2012 je stanovena odměna ve výši 1 000 Kč bez DPH za práce spojené s vyřízením jednoho formuláře, který bude uznán ze strany Centrálního registru pojištěnců. Dále se smluvní strany v čl. III odst. 5 smlouvy č. P-061/2012 dohodly na maximálním možném počtu přihlášek s nárokem na zaplacení odměny ze strany zadavatele, a to v počtu 830 přihlášek.

66. Podle článku V. smlouvy č. P-061/2012 je smlouva uzavřena na dobu určitou, a to do 30. 6. 2012, přičemž smlouva nabývá platnosti a účinnosti dnem podpisu oběma smluvními stranami.

67. V návaznosti na výše uvedená zjištění vyplývající ze smlouvy č. P-003/2012 a smlouvy č. P-061/2012 se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda v případě plnění vymezeného smlouvou č. P-003/2012 a smlouvou č. P-061/2012 byla naplněna hlediska, která byla Nejvyšším správním soudem judikována jako stěžejní, tj. hledisko místní, časové a věcné (funkční) souvislosti plnění, a zda se tedy jednalo o jednu veřejnou zakázku, jejímž předmětem plnění bylo zprostředkování zdravotního pojištění pro rok 2013. Podle rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 86/2008 ze dne 13. 1. 2011 v případě, kdy funkční hledisko nelze s ohledem na charakter veřejné zakázky aplikovat, přichází namísto něho v úvahu hledisko „věcné“. Úřad pak v souvislosti se shora citovaným rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 55/2010 – 173 pro úplnost podotýká, že urbanistické a technologické hledisko

nelze v daném případě použít s ohledem na věcný charakter plnění šetřených smluv, neboť toto pravidlo Nejvyšší správní soud aplikoval v případě veřejné zakázky na stavební práce.

68. Za účelem hmotněprávního posouzení věci je tedy podstatné objasnit otázku, co je v konkrétních případech jedinou zakázkou a jaká plnění již představují více samostatných veřejných zakázek. V této souvislosti musí být podle ustálené rozhodovací praxe především zohledněn účel a smysl právní úpravy zadávání veřejných zakázek a nesmí být atakovány zásady, na nichž je úprava zadávání veřejných zakázek vystavěna. V rámci objasnění výše položené otázky je zapotřebí vycházet z obecného pravidla, racionálně a logicky zdůvodnitelného, podle něhož jde-li o plnění, jež má být uskutečněno ve prospěch zadavatele, svým charakterem totožné, obdobné či založené společnými jednotícími souvislostmi, pak jde o plnění, které je jedinou veřejnou zakázkou.

K místní souvislosti plnění

69. Úřad nejprve uvádí, že otázka místní příslušnosti byla rovněž již v minulosti judikována soudy České republiky. K určení místní souvislosti mezi veřejnými zakázkami se vyjádřil mimo jiné i Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí ze dne 15. 12. 2010 č. j. 2 Afs 55/2010 – 173, které se týkalo zadání 159 veřejných zakázek zadavatelem Lesy České republiky, s.p., na „provádění lesnických činností s prodejem dříví při pni od 01. 01. 2008“, v němž Nejvyšší správní soud zdůraznil, že *„ve všech případech měly být uzavírány totožné smlouvy o dílo a ve všech případech také plnění z těchto smluv plynoucí mělo probíhat ve stejné době. Spor se tak zužuje na to, zda spolu plnění úzce souvisejí z hlediska místního. Zadavatel zcela administrativně rozdělil území, na němž měly být lesnické práce vykonávány, do celkem 159 územních jednotek, a tím rozdělil i veřejnou zakázku do 159 zakázek samostatných. Z ničeho ovšem nelze seznat, proč zvolil zadavatel právě takový počet územních jednotek, ani to, jak se od sebe vzájemně jednotlivé územní jednotky liší (tj. zda existuje nějaký kvalitativní rozdíl mezi jednotlivými jednotkami). Rozdělení území, na němž měly být práce prováděny, tak bylo stanoveno uměle, přičemž ani stěžovatel ani osoba zúčastněná na řízení nepodávají vysvětlení, v čem je jednotící rys různých územních jednotek, či co je navzájem odlišuje. Pokud stěžovatel uvádí, že na daném územně vymezeném trhu nelze prakticky předpokládat existenci menších homogenních jednotek, pak fakticky argumentuje ve prospěch závěrů soudu krajského i zdejšího, že jde o jedinou veřejnou zakázku. Jakási jednota místa z hlediska předmětu veřejné zakázky totiž může být nastolena v některých situacích i v případě, že je místem plnění např. celé území České republiky. Absurdita předestřeného účelového parcelování území vynikne při srovnání rozdělení veřejné zakázky také co do hlediska časového. V logice zadavatele tak mohlo např. území zůstat nerozděleno, ale veřejná zakázka by mohla být rozdělena např. do 159 různých časových úseků dle zcela administrativních kritérií bez jakékoliv vnitřní logické vazby (např. na každý den v týdnu by bylo vyhlášeno samostatné zadávací řízení). Takový závěr je samozřejmě absurdní a důsledek je jediný: snížení kontroly zadávacího procesu ze strany dodavatelů-uchazečů. Krajský soud ve svém rozsudku správně nabízí přípustný postup způsobilý nahradit postup zadavatele, který rozdělil fakticky jedinou veřejnou zakázku do 159 samostatných veřejných zakázek (s odůvodněním, že je třeba dát příležitost i regionálním dodavatelům). Takovým přípustným postupem je rozdělení veřejné zakázky na části dle § 98 zákona o veřejných zakázkách. Tento postup umožní přístup různým (např. právě regionálním) dodavatelům (budou-li úspěšní) k různým částem veřejné zakázky s tím, že stále půjde o jedinou veřejnou zakázku (…) Nabízí-li se*

přitom dva postupy (shora shrnuté), pak zadavatel musí zvolit jedině ten výklad, který bude více vyhovovat zásadě transparentnosti.“.

70. K místní souvislosti plnění se dále vyjádřil Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí ze dne 19. 1. 2012 č. j. 7 Afs 24/2011 – 497, které se týkalo zadání 80 veřejných zakázek malého rozsahu na „Provedení těžebních činností“ zadavatelem Lesy České republiky, s.p., v němž uvedl, že *„otázka charakteru plnění a jeho posouzení úzce souvisí s tím, jak byl vymezen předmět veřejné zakázky v zadávací dokumentaci. Posouzení místních odlišností smluvních územních jednotek souvisí v případě výběru typu zadávacího řízení zejména s charakterem požadovaného plnění tak, že jej tyto místní odlišnosti nějakým způsobem v rámci jednotlivých míst mohou diferencovat natolik, že budou důvodem pro zadání veřejné zakázky pro každé místo zvlášť, nebo naopak nemají podstatný vliv na charakter poptávaného plnění. Kritéria zadání zakázky pak musí umožnit objektivní vyhodnocení a porovnání nabídek, a tento proces musí být zadavatelem zdokumentován způsobem umožňujícím správní a soudní přezkum jeho postupu, a to s ohledem na dodržení zákonnosti a zejména respektování základních zásad stanovených v ust. § 6 zákona o veřejných zakázkách.“*. V citovaném rozhodnutí dále Nejvyšší správní soud uvedl, že *„se ztotožňuje se závěrem krajského soudu, že smluvní územní jednotky představují administrativní jednotky správce lesních porostů České republiky. Stěžovatel B) nevysvětlil, v čem jsou jím stanovené smluvní územní jednotky ve vymezených hranicích od sebe natolik jiné, že požadovaná těžební činnost bude významně odlišná. Lze si např. představit, že činnost v národním parku či chráněné krajinné oblasti bude vyžadovat jiný přístup a jinou formu činnosti, a s ohledem na to by byla formulována i zadávací dokumentace. V dané věci však zadání zakázek v podstatě jen kopírovalo již dříve stěžovatelem B) administrativně vymezené jednotky. Tento přístup ale neodpovídá smyslu a účelu zákona o veřejných zakázkách. Ratione legis ust. § 6 ve spojení s § 13 zákona o veřejných zakázkách je, že v případě shodnosti charakteristik poptávaného plnění se jedná o jedinou veřejnou zakázku, ledaže by se vyskytovaly takové místní či časové odlišnosti, že by nešlo poptávané plnění takto charakterizovat. Vzhledem k tomu, že se v případě veřejných zakázek jedná o vynakládání veřejných prostředků, je třeba důsledně dbát, aby zakázka, jež je materiálně zakázkou na jediné plnění, byla i takto formálně a procedurálně zadavatelem zpracována. Stěžovatelé neuvedli žádné významné kriterium místní odlišnosti, jež by mělo vliv na povahu poptávaného plnění. Navíc, jak už bylo zdůrazněno, ze zadávací dokumentace žádná taková diferenciace neplyne.“*.

71. Jak plyne z uvedených citovaných rozhodnutí, musí být v případě místní diferenciace veřejných zakázek zřejmé, na základě jakých hledisek bylo místo plnění zakázek stanoveno. Místní souvislost má tedy smysl zkoumat tam, kde z výsledku takového zkoumání mohou vyplynout smysluplné výsledky.

72. Z veřejně přístupných informací na internetových stránkách zadavatele (dostupné z www.ozp.cz) Úřad zjistil, že činnost zadavatele je zaměřena na celou Českou republiku, a nikoliv pouze regionálně. Úřad dále uvádí, že místem plnění byl v případě smlouvy č. P-003/2012 určen Pardubický kraj a v případě smlouvy č. P-061/2012 byl místem plnění určen kraj Vysočina. Z dostupné dokumentace ani z vyjádření zadavatele však nevyplývá žádná místní odlišnost plnění smlouvy č. P-003/2012 a smlouvy č. P-061/2012, z níž by bylo možno dovodit věcnou odlišnost požadovaného plnění. Z dostupné

dokumentace naopak vyplývá, že předmět plnění je u uvedených smluv totožný (viz bod 58 a bod 63 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

73. S ohledem výše na uvedené došel Úřad k závěru, že v případě místní souvislosti veřejných zakázek neexistuje relevantní důvod pro jejich odlišení na základě plnění v jednotlivých krajích České republiky, neboť ani zadavatelem nebyly v dostupné dokumentaci či v jeho vyjádření nijak vysvětleny odlišnosti mezi Pardubickým krajem a krajem Vysočina ve vztahu k předmětu plnění smluv č. P-003/2012 a č. P-061/2012 (zprostředkování zdravotního pojištění pro rok 2013), tj. v jaké míře místní specifika jednotlivých krajů ovlivní či odliší požadovaná plnění.

74. Úřad pro úplnost uvádí, že se ztotožňuje s vyjádřením zadavatele ze dne 7. 4. 2017, dle kterého nelze souvislost mezi jednotlivými zakázkami dovozovat pouze z vlastnické struktury společností, s nimiž byly uzavřeny smlouvy č. P-003/2012 a č. P-061/2012, či z jejich místa sídla. Zároveň však dodává, že ačkoli nelze ze shodných míst sídel společnosti Clever People s.r.o. a společnosti KIWI Agency s.r.o., s nimiž byly uzavřeny předmětné smlouvy, automaticky dovodit místní souvislost mezi jednotlivými veřejnými zakázkami, lze v kontextu dalších skutečností uvedených výše konstatovat, že tato skutečnost může být podpůrným argumentem ve prospěch závěru, že charakter jednotlivých plnění nebyl odlišný a místo plnění smluv č. P-003/2012 a č. P-061/2012 tedy není natolik specifické, že by toto plnění nemohl poskytovat i dodavatel s místem sídla v jiném kraji než je místo plnění předmětných smluv.

75. S ohledem na shora uvedené skutečnosti tak má Úřad za to, že v šetřeném případě byla prokázána místní souvislost mezi šetřenými zakázkami, neboť nelze dovodit, že by zprostředkování zdravotního pojištění pro rok 2013 v jednom kraji bylo pro místní odlišnost zcela jiného charakteru než v druhém kraji.

K časové souvislosti plnění

76. Jak vyplývá ze soudní judikatury (např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 198/2006 ze dne 27. 6. 2007), je zadáním jedné veřejné zakázky, spočívající v plnění stejného nebo srovnatelného druhu, nutno rozumět i souhrn jednotlivých zadání určitých relativně samostatných plnění, týkají-li se tato zadání *„…plnění spolu úzce souvisejících zejména z hledisek místních, urbanistických, funkčních, časových nebo technologických…“*. Při posuzování časového hlediska se z podstaty věci jeví jako účelné prošetřit časový okamžik uzavření smlouvy č. P-003/2012 a smlouvy č. P-061/2012 a termíny realizace veřejných zakázek.

77. K časové souvislosti mezi šetřenými veřejnými zakázkami z hlediska doby uzavření předmětných smluv Úřad opětovně uvádí, že v šetřeném případě byla smlouva č. P-003/2012 uzavřena dne 17. 1. 2012 a smlouva č. P-061/2012 byla uzavřena dne 12. 6. 2012. Na základě uvedeného je zřejmé, že uvedené šetřené smlouvy byly uzavřeny v totožném kalendářním (účetním) roce, a to v roce 2012 (konkrétně v průběhu 6 měsíců, a to leden – červen příslušného roku).

78. K časové souvislosti mezi šetřenými zakázkami z hlediska doby realizace předmětu plnění těchto veřejných zakázek Úřad uvádí, že předmětné smlouvy byly shodně uzavřeny za účelem zprostředkování zdravotního pojištění pro rok 2013, přičemž smlouva

č. P-003/2012 byla uzavřena na dobu určitou do 30. 6. 2012 a smlouva č. P-061/2012 byla rovněž uzavřena na dobu určitou do 30. 6. 2012. Z právě uvedeného je tudíž zřejmé, že obě plnění byla poskytována souběžně.

79. S ohledem na shora uvedené skutečnosti, kdy zadavatel předmětné zakázky realizoval v rámci jednoho účetního období, kdy smlouvy č. P-003/2012 a č. P-061/2012 byly uzavřeny v časovém rozmezí přibližně 6 měsíců, shodně do 30. 6. 2012 a za účelem zprostředkování zdravotního pojištění na totožný rok, tj. na rok 2013, má Úřad za to, že v šetřeném případě byla jednoznačně prokázána i časová souvislost mezi jednotlivými veřejnými zakázkami, resp. bylo prokázáno časové hledisko.

K věcné souvislosti plnění

80. Pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele je při rozdělení předmětu veřejné zakázky v šetřeném případě klíčové rovněž věcné hledisko předmětu plnění veřejné zakázky. Jak vyplývá ze shora uvedené judikatury Nejvyššího správního soudu, rozhodující pro zjištění, zda konkrétní plnění ve prospěch zadavatele je jedinou veřejnou zakázkou, nebo několika jednotlivými veřejnými zakázkami, je také věcný charakter plnění. Jinými slovy řečeno, aby se v praxi jednalo o jedinou veřejnou zakázku, musí předmět plnění, byť zadavatelem rozdělený do více veřejných zakázek, vykazovat znaky totožnosti, či alespoň obdobnosti.

81. Jak již Úřad výše uvedl, z článku I. smlouvy č. P-003/2012 vyplývá, že předmětem této smlouvy je *„spolupráce při ověřování účinnosti a zájmu občanů o vhodné formy propagace OZP v Pardubickém kraji, poskytnutí komplexních informací o podmínkách pojištění, zdravotních programech a doplňkových službách OZP a administrativní pomoc zájemcům o pojištění u OZP, předávání potřebných informací, formulářů, tiskopisů a poskytnutí pomoci při jejich vyplňování, včetně následné věcné a formální kontroly, a v případě souhlasu těchto zájemců i následné odevzdání vyplněných a podepsaných formulářů do OZP*.“.

82. Dále Úřad opětovně uvádí, že podle článku I. smlouvy č. P-061/2012 je předmětem této smlouvy *„spolupráce při ověřování účinnosti a zájmu občanů o vhodné formy propagace OZP v kraji Vysočina, poskytnutí komplexních informací o podmínkách pojištění, zdravotních programech a doplňkových službách OZP a administrativní pomoc zájemcům o pojištění u OZP, předávání potřebných informací, formulářů, tiskopisů a poskytnutí pomoci při jejich vyplňování, včetně následné věcné a formální kontroly, a v případě souhlasu těchto zájemců i následné odevzdání vyplněných a podepsaných formulářů do OZP.*“.

83. V návaznosti na výše uvedené tedy Úřad konstatuje, že z článku I. smlouvy č. P-003/2012 a z článku I. smlouvy č. P-061/2012 shodně vyplývá, že předmět plnění uvedených smluv spočíval ve zprostředkování zdravotního pojištění pro rok 2013. Vzhledem k tomu, že vymezení plnění je v šetřených smlouvách zcela identické (s výjimkou určení místa plnění), Úřad konstatuje, že z citovaných ustanovení předmětných smluv jednoznačně vyplývá, že předmět plnění obou šetřených smluv byl vymezen zcela totožným způsobem. Úřad proto konstatuje, že mezi plněním vyplývajícím ze smlouvy č. P-003/2012 a plněním vyplývajícím ze smlouvy č. P-061/2012 existuje věcná souvislost.

84. Na základě shora uvedeného Úřad uvádí, že výše uvedená poptávaná plnění, která jsou předmětem šetřených smluv, tvoří předmět jedné veřejné zakázky, neboť vykazují vzájemnou souvislost, a proto byl zadavatel povinen sečíst předpokládanou hodnotu

poptávaných plnění pro účely stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, na jejímž základě byl povinen provést odpovídající zadávací řízení. Při zjišťování celkové předpokládané hodnoty veřejné zakázky vycházel Úřad z údaje maximální možné hodnoty plnění uvedené v šetřených smlouvách č. P-003/2012 a č. P-061/2012. Maximální možná hodnota plnění ve smlouvě č. P-003/2012 byla stanovena na 1 660 000 Kč bez DPH, kdy odměna za vyřízení jednoho formuláře činí 1 000 Kč bez DPH a maximální počet vyplněných formulářů byl stanoven v počtu 1 660 kusů (viz bod 60 tohoto odůvodnění). Maximální možná hodnota plnění ve smlouvě č. P-061/2012 byla stanovena na 830 000 Kč bez DPH, kdy odměna za vyřízení jednoho formuláře činí 1 000 Kč a maximální možný počet vyplněných formulářů byl stanoven v počtu 830 kusů (viz bod 65 tohoto odůvodnění). Celková předpokládaná hodnota plnění tedy v součtu činila 2 490 000 Kč. Z dikce ustanovení § 12 odst. 2 zákona vyplývá, že při takové výši předpokládané hodnoty se jedná o podlimitní veřejnou zakázku, kdy je veřejný zadavatel povinen při zadávání takové veřejné zakázky postupovat podle zákona. Úřad tudíž uvádí, že zadavatel byl povinen předmětnou veřejnou zakázku zadat v odpovídajícím druhu zákonem upravených zadávacích řízení (§ 21 odst. 1 zákona, pozn. Úřadu).

85. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 7. 4. 2017 argumentuje, že v době, kdy byla podepsána smlouva č. P-061/2012 *„nebyl limit pro tuto zakázku malého rozsahu porušen a novela nemohla působit retroaktivně k době, kdy byla zahajována zakázka na nábor pojištěnců v Pardubickém kraji (smlouva P-003/2012).“*. K tomuto Úřad uvádí, že nepřehlédl skutečnost, že účinností zákona č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tj. ode dne 1. 4. 2012, a tedy před uzavřením smlouvy č. P-061/2012, byl limit pro podlimitní veřejné zakázky na služby snížen z 2 000 000 Kč bez DPH na 1 000 000 Kč bez DPH, avšak tato skutečnost nemá na posouzení šetřené věci vliv, neboť celková hodnota plnění smluv č. P-003/2012 a č. P-061/2012 převyšuje částku 2 000 000 Kč bez DPH. Uvedená změna limitu pro podlimitní veřejnou zakázku na služby tudíž na posouzení šetřené věci ničeho nemění, neboť z výše uvedeného je patrné, že předpokládaná hodnota uměle rozdělené veřejné zakázky překročila hodnotu 2 000 000 Kč, což ji i při posouzení příznivější právní úpravy řadilo do kategorie podlimitních veřejných zakázek.

86. Ohledně časového okamžiku spáchání správního deliktu pak Úřad odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0034/2016/VZ-44307/2016/321/IPs/EDo ze dne 4. 11. 2016, ve kterém je mimo jiné uvedeno, že *„pokud Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že rozdělil předmět veřejné zakázky takovým způsobem, že došlo ke snížení předpokládané hodnoty veřejné zakázky pod finanční limit stanovený v § 12 odst. 2 zákona, pak k dokonání jednání, kterým je předmětné porušení zákona, dojde až v okamžiku, kdy je uzavřena druhá veřejná zakázka, neboť v okamžiku, kdy je uzavřena zakázka první, se zadavatel správního deliktu ještě nedopouští. K tomu dochází až v okamžiku, kdy uzavře smlouvu na druhou veřejnou zakázku, která časově, místně a věcně souvisí s první veřejnou zakázkou, a když současně naplní předpoklad, že při součtu hodnot obou veřejných zakázek dojde k překročení limitu dle zákona, podle kterého by již byl zadavatel povinen postupovat podle přísnějšího režimu zákona*.“. Z uvedeného tudíž vyplývá, že správní delikt byl v právě přezkoumávaném případě spáchán uzavřením smlouvy č. P-061/2012 dne 12. 6. 2012, přičemž i při posouzení příznivější právní úpravy nemá výše

uvedená změna limitů pro podlimitní veřejnou zakázku na služby vliv na posouzení šetřeného případu.

87. Úřad tedy konstatuje, že předmětná veřejná zakázka tvořila jeden celek, zadavatel však její předmět rozdělil a tím výši předpokládané hodnoty veřejné zakázky snížil pod finanční limit stanovený v § 12 odst. 2 zákona, což je v rozporu s § 13 odst. 3 zákona. Následně zadavatel nezadal veřejnou zakázku v příslušném druhu zadávacího řízení ve smyslu § 21 zákona, jelikož uzavřel smlouvy na předmět plnění (jediné) veřejné zakázky mimo zadávací řízení, jakoby se jednalo o veřejné zakázky malého rozsahu.

88. S ohledem na výše uvedené Úřad dále konstatuje, že postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Nelze totiž zcela vyloučit možnost, že pokud by zadavatel řádně provedl zadávací řízení podle zákona a uveřejnil svůj záměr v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky od dalších dodavatelů, kteří mohli nabídnout výhodnější podmínky plnění pro zadavatele, než tomu bylo v šetřeném případě.

89. K potencialitě vlivu, jakožto znaku skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, Úřad uvádí, že jak již uvedl předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014, zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Jak rovněž konstatoval Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 *„Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbývá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou (…) K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat“*. Zadavatel svým jednáním tak naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu. Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že *„v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: ‚…nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku‘.“*. V rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009 již předseda konstatoval, že *„Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. (…) k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění“*. Je tedy zřejmé, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí „pouhá“ eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že *„pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení* [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a)] *(a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že*

zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, ‚nebezpečnější' porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky". Úřad dále odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 6. 2016 č. j. 4 As 61/2016-34, ve kterém se uvádí, že *„skutková podstata předmětného správního deliktu zahrnuje jak poruchový, tak i ohrožovací delikt. V případě, že správní orgán, tedy stěžovatel, shledá, že se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat*".

90. Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že *„z dikce ‚podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit' vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu (…) již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách*".

91. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 13 odst. 3 zákona, když rozdělil předmět veřejné zakázky na zprostředkování zdravotního pojištění pro rok 2013 v hodnotě 2 490 000 Kč bez daně z přidané hodnoty způsobem, že došlo ke snížení předpokládané hodnoty veřejné zakázky pod finanční limit stanovený v § 12 odst. 2 zákona, a v důsledku toho nezadal předmět plnění vyplývající ze smlouvy č. P-061/2012 v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 17. 1. 2012 smlouvu č. P-003/2012 a dne 12. 6. 2012 smlouvu č. P-061/2012, a proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

92. Podle § 6 odst. 1 zákona ve znění účinném ke dni uzavření smlouvy č. P-099/2012 ve znění dodatku č. 1 je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

93. Podle § 7 odst. 1 zákona se veřejnou zakázkou rozumí 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. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy.

94. Podle § 12 odst. 1 zákona se nadlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota podle § 13 zákona bez daně z přidané hodnoty dosáhne nejméně finančního limitu stanoveného prováděcím právním předpisem pro jednotlivé kategorie

zadavatelů, oblasti a druhy veřejných zakázek, případně kategorie dodávek nebo služeb. Tento prováděcí právní předpis stanoví rovněž seznam zboží pořizovaného Českou republikou - Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a výši tohoto limitu.

95. Podle § 2 odst. 2 písm. b) bodu 1 nařízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Českou republikou — Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu, ve znění účinném ke dni uzavření smlouvy č. P-099/2012 ve znění dodatku č. 1, činí finanční limit podle § 12 odst. 1 zákona v případě veřejných zakázek na služby 5 010 000 Kč pro zadavatele uvedené v § 2 odst. 2 písm. c) nebo d) zákona.

96. Podle § 12 odst. 2 zákona ve znění účinném ke dni uzavření smlouvy č. P-099/2012 ve znění dodatku č. 1 se podlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota činí v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby nejméně 1 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce nejméně 3 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty a nedosáhne finančního limitu podle § 12 odst. 1 zákona.

97. Podle § 12 odst. 3 zákona ve znění účinném ke dni uzavření smlouvy č. P-099/2012 ve znění dodatku č. 1 se veřejnou zakázkou malého rozsahu rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota nedosáhne v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby 1 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce 3 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty.

98. Podle § 21 odst. 1 zákona tento zákon upravuje tyto druhy zadávacích řízení

- otevřené řízení (§ 27 zákona),
- užší řízení (§ 28 zákona),
- jednací řízení s uveřejněním (§ 29 zákona),
- jednací řízení bez uveřejnění (§ 34 zákona),
- soutěžní dialog (§ 35 zákona),
- zjednodušené podlimitní řízení (§ 38 zákona).

99. Podle § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.

100. Podle § 21 odst. 3 zákona může veřejný zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít za podmínek stanovených v § 24 zákona soutěžní dialog a za podmínek podle § 25 zákona zjednodušené podlimitní řízení.

101. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

Právní posouzení

102. Zadavatel se společností Clever People s.r.o. uzavřel dne 7. 11. 2012 smlouvu č. P-099/2012 na zprostředkování zdravotního pojištění pro rok 2014 s maximálním možným počtem 830 přihlášek s nárokem na zaplacení odměny 1 000 Kč bez DPH. Následně zadavatel se společností Clever People s.r.o. uzavřel dne 17. 12. 2012 dodatek č. 1 ke smlouvě č. P-099/2012, jímž navýšil maximální možný počet přihlášek s nárokem na zaplacení odměny 1 000 Kč bez DPH na počet 3 320 přihlášek.

103. Úřad konstatuje, že ve vztahu k postupu zadavatele při uzavření dodatku č. 1 je nutné nejprve zodpovědět otázku, zda jeho uzavřením došlo k podstatné změně smlouvy či nikoli a na základě tohoto zjištění posoudit, zda byl zadavatel povinen plnění, jehož předmět je vymezen dodatkem č. 1, zadat jako veřejnou zakázku v některém z v úvahu přicházejících druhů zadávacího řízení podle zákona či nikoli.

104. Úřad nejprve v obecné rovině konstatuje, že zákon o veřejných zakázkách je pramenem práva smíšené povahy, tedy na pomezí práva veřejného a soukromého, jehož hlavní cíl tkví v zabezpečení co možná nejvíce efektivního vynakládání veřejných prostředků při zabezpečování potřeb veřejného charakteru. Zákon, na rozdíl od soukromoprávních předpisů (typicky na rozdíl od zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů) upravujících kontraktační procesy, neumožňuje subjektům participujícím na zadávacím řízení takovou míru smluvní volnosti, jako je tomu u výše zmíněného pramene soukromého práva. Vzhledem k tomu, že při zadávání veřejných zakázek dochází k vynakládání veřejných prostředků, konstruuje zákonodárce záměrně zadávací řízení jako vysoce formalizovaný proces. Zadavatel je tak povinen v celém průběhu zadávacího řízení postupovat striktně podle požadavků zákona tak, aby byly splněny základní zásady zadávacího řízení vyjádřené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona.

105. Úřad dále uvádí, že problematika podstatné změny smlouvy byla v zákoně výslovně upravena až v důsledku přijetí zák. č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tedy tzv. „transparentní novely“ zákona, která nabyla účinnosti dne 1. 4. 2012, a která do zákona nově vložila ustanovení § 82 odst. 7 zákona. Ačkoliv v době před přijetím novely č. 55/2012 Sb. nebyla podstatná změna smlouvy v zákoně explicitně upravena, existovala v otázce podstatných změn podmínek smlouvy ustálená evropská judikatura, a tedy ještě před účinností výše uvedené novely bylo možné z judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“), resp. ze základních zásad zadávacího řízení (§ 6 zákona) dovodit, že zadavatel nemůže měnit podmínky uzavřené smlouvy zcela libovolně. Úřad dále uvádí, že lze aplikovat níže uvedené závěry SDEU i za situace, kdy je použití ustanovení § 82 odst. 7 zákona vyloučeno, neboť původní smlouva nebyla a ani být nemusela zadána v některém z v úvahu přicházejících zadávacích řízení dle zákona.

106. V souvislosti s otázkou tzv. podstatných či nepodstatných změn smluvních ujednání Úřad odkazuje na rozsudek SDEU sp. zn. C-454/06, ze dne 19. 6. 2008, ve věci Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund) a další (dále jen „rozsudek Pressetext“), ve kterém soud mimo jiné judikoval, že *„(…) relevantním kritériem pro určení, zda sjednání nového ustanovení (…) představuje nové zadání zakázky, je, zda musí být toto ustanovení považováno za podstatnou změnu původní smlouvy (…)“*, přičemž SDEU zároveň uvedl případy, kdy lze považovat změnu smlouvy za podstatnou: *„Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by*

umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata. Změna původní veřejné zakázky může být rovněž považována za podstatnou, pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány. Změna může být rovněž považována za podstatnou, jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.".

107. Z výše uvedeného vyplývá, že rozsudek Pressetext, stanovil tři definiční znaky změny smlouvy na veřejnou zakázku, při jejichž naplnění je nutné změnu považovat za podstatnou. Při rozhodování, zda může být plánovaná změna veřejné zakázky provedena bez zahájení nového zadávacího řízení, má zadavatel zhodnotit, zda některý ze znaků podstatné změny je naplněn. Jako podstatnou změnu SDEU v rozsudku Pressetext označil takovou změnu, která:

   - by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata,
   - značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány,
   - mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.

108. Soudní dvůr Evropské unie, jak je výše uvedeno, v rozsudku Pressetext zavedl pojem tzv. „podstatné změny smlouvy". Podstatnou změnu lze, zjednodušeně řečeno, definovat jako takovou změnu původně sjednané smlouvy, která vykazuje záměr smluvních stran stanovit nové smluvní podmínky a tudíž fakticky uzavřít novou smlouvu. Podstatná změna je přitom bez zahájení nového zadávacího řízení způsobilá narušit konkurenční prostředí mezi potenciálními dodavateli a tím negativně ovlivnit efektivní a hospodárné vynakládání veřejných prostředků.

109. V rozsudku Pressetext bylo současně judikováno, že jednu z nejdůležitějších podmínek veřejné zakázky představuje její cena. Změna původně sjednané ceny v průběhu „života" veřejné zakázky, typicky v průběhu její realizace, může být reálně způsobilá narušit zásadu transparentnosti procesu zadávání veřejných zakázek. Změna ceny se přitom může projevit ve dvou podobách: buďto v jejím navýšení, nebo naopak v jejím snížení. Úřad v dalším uvádí, že jeden z hlavních účelů zákona tkví v zájmu zákonodárce na co možná nejhospodárnějším vynakládání veřejných prostředků. Jestliže proto během „života" konkrétní veřejné zakázky dojde k navýšení původně sjednané ceny za její plnění, mohou být dány předpoklady k tomu, aby byla změněna (narušena) hospodářská rovnováha smlouvy na veřejnou zakázku ve prospěch poskytovatele, tzn. ve prospěch uchazeče, jemuž byla veřejná zakázka zadána, což lze, ve světle závěrů obsažených v rozsudku Pressetext, označit za tzv. podstatnou změnu smlouvy, tedy za změnu nežádoucí a tudíž zakázanou.

110. Citovaný rozsudek Pressetext tedy v obecné rovině konstatuje, že za nové zadání veřejné zakázky je třeba považovat změny smlouvy, které mají podstatně odlišnou povahu než

původní zakázka, a v důsledku toho prokazují vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky takové zakázky. Závěry rozsudku Pressetext v části upravující podstatné změny smluv obecně odráží základní principy zadávání veřejných zakázek, v nichž pojetí podstatné změny smlouvy, kdy je tato vnímána jako nová veřejná zakázka, má svůj klíčový význam. Nová veřejná zakázka totiž vyžaduje nové zadávací řízení a v něm nové stanovení a formulaci zadávacích podmínek. V novém zadávacím řízení pak zadavatel může dosáhnout výhodnějších finančních nebo ekonomických podmínek než při „prostém“ uzavření dodatku, které je fakticky výběrem dodavatele mimo režim zákona, tedy bez uveřejnění veřejné zakázky a podniknutí jakýchkoliv dalších kroků, které zákon zadavateli ukládá, což je zcela v rozporu se zásadami rovného zacházení, nediskriminace a transparentnosti. Jak již bylo uvedeno výše, zákon o veřejných zakázkách je pramenem práva smíšené povahy, který neumožňuje subjektům participujícím na zadávacím řízení takovou míru smluvní volnosti, jako je tomu u pramenů soukromého práva. Smluvní strany tedy nejsou oprávněny při realizaci veřejné zakázky svá práva a povinnosti arbitrárně modifikovat, neboť prostor pro obcházení zásad, na kterých stojí zákon, by byl v takovém případě enormní. Soukromoprávní aspekt veřejných zakázek je tedy alterován aspektem veřejnoprávním. Je-li zadavatel povinen vybírat dodavatele konkrétního plnění postupem dle zákona, tedy na základě vysoce formalizovaného procesu za účelem zachování co možná nejotevřenější hospodářské soutěže, která má zajišťovat hospodárné vynakládání jemu svěřených veřejných financí, nelze připustit, aby byl tento formalizovaný proces následně v podstatě „anulován“ tím, že zadavatel uzavře dodatek ke smlouvě uzavřené na základě zadávacího řízení, jehož důsledkem bude popření předchozího postupu. Stejně tak nelze připustit takový postup ani v případě, kdy původní smlouva, ke které je uzavírán dodatek, nebyla v souladu se zákonem zadávána na základě zadávacího řízení dle zákona. V extrémních případech by totiž mohl zadavatel uzavřít smlouvu na základě kontraktačního procesu v režimu veřejné zakázky malého rozsahu, při jejímž uzavírání by tudíž nemusel postupovat podle zákona a vést formalizované zadávací řízení, a následně uzavřít k této smlouvě dodatek, který by mnohonásobně zvýšil cenu plnění, jež byla sjednaná v původní smlouvě. Cestou uvedené změny smluv by tak mohly být zásady, na kterých zákon stojí, ohroženy, resp. mohlo by dojít i k úplnému obcházení zákona, kdy by zadavatelé uzavírali smlouvy s dodavateli v režimu zakázek malého rozsahu a následně by uzavřeli dodatek k takové smlouvě, jež by tuto smlouvu podstatně změnil, přičemž, jestliže by byla smlouva uzavřena již ve znění dodatku, měl by zadavatel povinnost smlouvu uzavřít podle zákona. Je tedy nepochybné, že i v takových případech by byl postup zadavatele spočívající v umožnění podstatné změny smlouvy rozporný se zákonem jakožto postup, který zákon a zásady v něm zakotvené obchází.

111. Jak již bylo uvedeno, zadavatel je povinen postupovat striktně podle požadavků zákona tak, aby byly splněny základní zásady zadávacího řízení, jež nachází své vyjádření v § 6 odst. 1 zákona. Úřad konstatuje, že zásada zákazu diskriminace představuje jednu ze základních zásad, které musí být ze strany zadavatele bezvýhradně dodržovány i v případě, že zadavatel není povinen zadávat veřejnou zakázku v režimu zákona. Úřad uvádí, že vyvstane-li v průběhu realizace veřejné zakázky potřeba změny smlouvy, pak tato změna nesmí být zadavatelem provedena zcela libovolně, nýbrž případné provedení změny práv a povinností plynoucích ze smlouvy musí být podrobeno testu přípustnosti. Úřad přitom opětovně zdůrazňuje, že zásadně přípustná, čili taková, která je způsobilá projít testem přípustnosti, je

pouze taková změna, jež nemá charakter změny podstatné (tj. nepředstavuje shora popsané obcházení zákona).

112. Z poskytnuté smluvní dokumentace vyplývá následující.

113. Dne 7. 11. 2012 uzavřel zadavatel (v textu smlouvy označen jako „OZP“) smlouvu č. P-099/2012 se společností Clever People s.r.o.

114. Podle článku I. smlouvy č. P-099/2012 je předmětem této smlouvy *„spolupráce při ověřování účinnosti a zájmu občanů o vhodné formy propagace OZP ve Zlínském kraji, poskytnutí komplexních informací o podmínkách pojištění, zdravotních programech a doplňkových službách OZP a administrativní pomoc zájemcům o pojištění u OZP, předávání potřebných informací, formulářů, tiskopisů a poskytnutí pomoci při jejich vyplňování, včetně následné věcné a formální kontroly, a v případě souhlasu těchto zájemců i následné odevzdání vyplněných a podepsaných formulářů do OZP.“*.

115. Podle článku II. odst. 2 smlouvy č. P-099/2012 se společnost Clever People s.r.o. zavazuje u přihlášek podepsaných do 30. 6. 2013 informovat pojištěnce, že ke změně zdravotní pojišťovny dojde od 1. 1. 2014.

116. V článku III. odst. 3 smlouvy č. P-099/2012 je stanovena odměna ve výši 1 000 Kč bez DPH za práce spojené s vyřízením jednoho formuláře, který bude uznán ze strany Centrálního registru pojištěnců. Dále se smluvní strany v čl. III odst. 5 smlouvy č. P-099/2012 dohodly na maximálním možném počtu přihlášek s nárokem na zaplacení odměny ze strany zadavatele, a to v počtu 830 přihlášek.

117. Podle článku V. smlouvy č. P-099/2012 je smlouva uzavřena na dobu určitou, a to do 30. 6. 2013, přičemž smlouva nabývá platnosti a účinnosti dnem podpisu oběma smluvními stranami.

118. Dne 17. 12. 2012 uzavřel zadavatel se společností Clever People s.r.o. dodatek č. 1.

119. Předmětem dodatku č. 1 je změna čl. III. odst. 5 smlouvy č. P-099/2012, kdy byl navýšen maximální možný počet přihlášek s nárokem na zaplacení odměny ze strany zadavatele, a to na počet 3 320 přihlášek.

120. Dříve, než se Úřad vyjádří k tomu, zda dodatek č. 1 představoval tzv. podstatnou změnu smlouvy č. P-099/2012 či nikoliv, jeví se žádoucím, aby se Úřad vyjádřil k otázce, zda v šetřeném případě byla vůbec dána existence veřejné zakázky ve smyslu zákona.

121. Úřad uvádí, že obecně je z hlediska povinnosti zadávat určitou veřejnou zakázku podle zákona nutné, aby tato veřejná zakázka byla schopna být veřejnou zakázkou podle zákona. Aby se v konkrétním případě skutečně jednalo o veřejnou zakázku ve smyslu definice veřejné zakázky uvedené v § 7 odst. 1 zákona, musí být kumulativně naplněny všechny její pojmové znaky, kterými jsou smluvní vztah mezi zadavatelem a dodavatelem, úplatnost a předmět plnění. Všechny tyto pojmové znaky shrnul Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 21. října 2011, sp. zn. 62 Ca 32/2009-140, když konstatoval: *„Konkrétní plnění (zakázka) nabývá charakteru veřejné zakázky podle zákona tehdy, pokud plnění veřejné zakázky, které naplňuje znaky jednotlivých druhů veřejných zakázek vymezených podle předmětu v souladu s § 8 až 10 zákona, poptává zadavatel, pokud se plnění veřejné zakázky zavazuje poskytnout*

zadavateli dodavatel a zároveň pokud zadavatel za poskytnuté plnění veřejné zakázky zaplatí dodavateli úplatu.“.

122. Jak bylo řečeno již výše, smlouva č. P-099/2012, která byla měněna dodatkem č. 1, byla mezi zadavatelem a společností Clever People s.r.o. uzavřena dne 7. 11. 2012. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že první z pojmových znaků, jež charakterizují veřejnou zakázku, a sice smluvní vztah mezi zadavatelem a dodavatelem, je v šetřeném případě zcela evidentně naplněn.

123. Platí, že veřejné zakázky se dle jejich předmětu plnění dělí na veřejné zakázky na služby, veřejné zakázky na dodávky a veřejné zakázky na stavební práce. Z čl. I. a II. smlouvy č. P-099/2012 ve znění dodatku č. 1 vyplývá, že jejím předmětem plnění je zprostředkování zdravotního pojištění pro rok 2014. Z uvedeného je tudíž zřejmé, že předmět plnění smlouvy č. P-099/2012 spočívá v zajištění konkrétních služeb, jež se týkají zprostředkování zdravotního pojištění. Úřad proto dovozuje, že v šetřeném případě je splněn i další z pojmových znaků veřejných zakázek, a to existence předmětu plnění. S ohledem na výše řečené Úřad shrnuje, že smlouvu č. P-099/2012 lze, co se týče jejího předmětu plnění, považovat za veřejnou zakázku na služby.

124. Pokud jde o poslední z pojmových znaků veřejných zakázek, a to jejich úplatnost, pak Úřad uvádí, že i tento pojmový znak je zachován, jak vyplývá ze znění čl. III. smlouvy č. P-099/2012 ve znění dodatku č. 1, v němž byla sjednána odměna náležející společnosti Clever People s.r.o., čili, jinými slovy, cena veřejné zakázky.

125. Jestliže bylo Úřadem výše postaveno najisto, že smlouva č. P-099/2012 naplňuje pojmové znaky, které charakterizující veřejnou zakázku, může se Úřad vypořádat s otázkou, zda postup zadavatele při uzavírání dodatku č. 1 byl souladný se zákonem, či nikoliv. K tomuto Úřad konstatuje následující.

126. Jak již Úřad uvedl výše, maximální možná hodnota plnění ve smlouvě č. P-099/2012 byla stanovena ve výši 830 000 Kč bez DPH, kdy odměna za vyřízení jednoho formuláře činí 1 000 Kč bez DPH a maximální počet vyplněných formulářů byl stanoven v počtu 830 kusů. Maximální možná hodnota plnění ve smlouvě č. P-099/2012 byla následně změněna uzavřením dodatku č. 1 na výši 3 320 000 Kč bez DPH, kdy odměna za vyřízení jednoho formuláře činí 1 000 Kč bez DPH a maximální počet vyplněných formulářů byl zvýšen na počet 3 320 kusů.

127. Úřad s ohledem na uvedené konstatuje, že hodnota plnění ze smlouvy č. P-099/2012 byla uzavřením dodatku č. 1 zvýšena o 2 490 000 Kč, tj. hodnota plnění se oproti původní hodnotě obsažené ve smlouvě č. P-099/2012 zvýšila uzavřením dodatku č. 1 trojnásobně.

128. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky na služby se v souladu s § 15 odst. 1 ve spojení s § 14 odst. 1 písm. a) zákona stanoví jako předpokládaná výše celkového peněžitého závazku zadavatele za dobu účinnosti smlouvy, má-li být smlouva uzavřena na dobu určitou. Hodnota plnění, jež je v dodatku č. 1 sjednána, přitom odpovídá podlimitní veřejné zakázce na služby [k tomu srov. ust. § 2 odst. 2 písm. b) bod 1. nařízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Českou republikou - Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou

měnu, v rozhodném znění, podle kterého činí finanční limit podle § 12 odst. 1 zákona v případě veřejných zakázek na služby pro zadavatele uvedené v § 2 odst. 2 písm. d) zákona 5 010 000 Kč], neboť zadavatel měl při výpočtu předpokládané hodnoty vyjít z § 15 odst. 1 ve spojení s § 14 odst. 1 písm. a) zákona. Konkrétně tedy předpokládaná hodnota plnění, které bylo předmětem dodatku č. 1, činí 3 320 000 Kč bez DPH.

129. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že dodatkem č. 1 byla změněna původní veřejná zakázka – smlouva č. P-099/2012, přičemž tato změna je změnou podstatnou, kdy původní hodnota smlouvy č. P-099/2012 (tj. cena veřejné zakázky jakožto jedna z nejdůležitějších podmínek veřejné zakázky) byla uzavřením dodatku zvýšena oproti původní hodnotě trojnásobně. Lze tedy konstatovat, že uzavřením dodatku č. 1 strany smlouvy (tzn. zadavatel a společnost Clever People s.r.o.) podstatným způsobem změnily původní smluvní vztah založený smlouvou č. P-099/2012 a v tomto smyslu projevily vůli znovu sjednat podmínky veřejné zakázky, čímž došlo (ve smyslu výše citovaného rozsudku Pressetext) k zadání nové veřejné zakázky, jejíž předmět plnění odpovídá právě plnění obsaženému v dodatku č. 1 a která měla být vzhledem k výši předpokládaného plnění zadána v některém z v úvahu připadajících zadávacích řízení.

130. Z výše uvedených skutečností je tedy zřejmé, že zadavatel před uzavřením dodatku č. 1 nepostupoval podle zákona, když se jednalo o novou veřejnou zakázku ve smyslu § 7 zákona, na kterou mělo být vypsáno řádné zadávací řízení. Výběru dodavatele nepředcházelo žádné transparentně provedené zadávací řízení, které by objektivně dokládalo, že právě vybraný uchazeč nabízí nejlepší smluvní podmínky a zadavatel naopak přistoupil přímo k uzavření dodatku č. 1.

131. V návaznosti na výše uvedené Úřad pro úplnost uvádí, že pro spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona není relevantní, zda bylo z dodatku č. 1 plněno v celém rozsahu, či nikoli (jak uvádí ve svém vyjádření ze dne 7. 4. 2017 zadavatel). Úřad uvádí, že ani případné prokázání této skutečnosti by nemělo vliv na posouzení formální stránky spáchání správního deliktu, neboť k naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona došlo již v okamžiku uzavření dodatku č. 1 bez ohledu na to, zda z dodatku č. 1 následně bylo plněno či plněno nebylo.

132. Úřad na tomto místě zdůrazňuje, že jedním z předpokladů nezbytných k tomu, aby v praxi docházelo k žádoucí efektivní alokaci veřejných prostředků, je obdržení co nejvyššího počtu vzájemně si konkurujících nabídek zadavatelem. Uvedené znamená, že latentní účel zákona spočívá ve vytvoření co možná nejširšího soutěžního prostředí. Úřad podotýká, že bez zajištění prostoru pro soutěž dodavatelů o poptávanou veřejnou zakázku ze strany zadavatele nelze o efektivním vynakládání veřejných prostředků vůbec reálně uvažovat. Postup zadavatele tedy jednoznačně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel zcela vyloučil soutěžní prostředí a jiní dodavatelé neměli vůbec možnost se o poptávané plnění ucházet.

133. Dále Úřad opětovně zdůrazňuje, že zákaz diskriminace, vyjádřený v § 6 odst. 1 zákona, je vedle zásady transparentnosti a zásady rovného zacházení jednou ze základních zásad, jež musí být ze strany zadavatele bezvýhradně dodržována v celém průběhu zadávacího řízení. Zákaz diskriminace znamená, že zadavatel při zadávání zakázky nesmí zvýhodňovat některé

dodavatele na úkor ostatních bez předem jasně stanovených pravidel a bez toho, aby to odpovídalo předmětu a charakteru veřejné zakázky.

134. Úřad v souvislosti s výše uvedeným dodává, že imanentní součástí, jakož i důsledkem, nepoužití příslušného druhu zadávacího řízení, resp. nepoužití zákona jako takového, čemuž se Úřad věnuje výše, je závažné porušení či přesněji absolutní vyloučení zásady zákazu diskriminace zakotvené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona.

135. Pokud jde o vymezení zásady zákazu diskriminace, z rozhodovací praxe Úřadu, správních soudů i SDEU vyplývá, že nejčastější formou porušení zákazu diskriminace je situace, kdy zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku, resp. ostatním jednotlivcům (např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 11. 10. 2007, č. j. 62 Ca 9/2007-104). V rozsudku ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007-131, pak Nejvyšší správní soud blíže konstruoval okolnosti porušení zásady zákazu diskriminace. Dle názoru Nejvyššího správního soudu by nesporně porušení zásady zákazu diskriminace nastalo, *„pokud by zadavatel v téže situaci a v týchž otázkách přistupoval k některým uchazečům o veřejnou zakázku procedurálně nebo obsahově jinak než ke zbylým, popř. pokud by v důsledku zadavatelova postupu bylo některým uchazečům objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za nichž se o ni mohou ucházet jiní uchazeči“*. Definice míří na diskriminaci zjevnou, vedle níž existuje i diskriminace skrytá (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152). Neumožnil-li pak zadavatel v šetřené věci přístup k získání předmětné veřejné zakázky žádným jiným, byť potenciálním, uchazečům než společnosti Clever People s.r.o., s níž bez realizace zadávacího řízení rovnou uzavřel smlouvu (rozumí se dodatek č. 1), postupoval zadavatel diskriminačním způsobem, neboť některým, resp. všem ostatním, potenciálním dodavatelům bylo objektivně jednáním zadavatele znemožněno ucházet se o veřejnou zakázku. Úřad má tedy za prokázané, že zadavatel svým jednáním jednoznačně porušil zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona.

136. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když veřejnou zakázku na zprostředkování zdravotního pojištění pro rok 2014 v hodnotě 3 320 000 Kč bez daně z přidané hodnoty (tzn. podlimitní veřejnou zakázku) nezadal v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel dodatek č. 1 dne 17. 12. 2012 se společností Clever People s.r.o., jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K výrokům III. až V. rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

137. Podle § 147a odst. 1 zákona ve znění účinném ke dni uzavření smlouvy č. P-061/2012 a smlouvy č. P-099/2012 ve znění dodatku č. 1 uveřejní veřejný zadavatel na profilu zadavatele

a) smlouvu uzavřenou na veřejnou zakázku včetně všech jejích změn a dodatků,

b) výši skutečně uhrazené ceny za plnění veřejné zakázky,

c) seznam subdodavatelů dodavatele veřejné zakázky.

138. Podle § 147a odst. 2 zákona ve znění účinném ke dni uzavření smlouvy č. P-061/2012 a smlouvy č. P-099/2012 ve znění dodatku č. 1 uveřejní veřejný zadavatel podle § 147a odst. 1 písm. a) zákona celé znění smlouvy nebo rámcové smlouvy do 15 dnů od jejího uzavření. Pokud veřejný zadavatel postupoval podle § 89 odst. 3 věty druhé zákona, uveřejní přílohy rámcové smlouvy do 15 dnů od skončení účinnosti rámcové smlouvy. Veřejný zadavatel neuveřejnění informace, u kterých to vyžaduje ochrana informací a údajů podle zvláštních právních předpisů. Povinnost podle § 147a odst. 1 písm. a) zákona se nevztahuje na

   - smlouvy na veřejné zakázky malého rozsahu, jejichž cena nepřesáhne 500 000 Kč bez DPH,
   - smlouvy na veřejné zakázky, u nichž veřejný zadavatel postupoval v souladu s § 18 odst. 1 písm. a), odst. 2 písm. a) a c), odst. 3 písm. e) a odst. 4 písm. d) zákona.

139. Podle § 17 písm. x) zákona je profilem zadavatele elektronický nástroj, prostřednictvím kterého zadavatel podle tohoto zákona uveřejňuje informace a dokumenty ke svým veřejným zakázkám způsobem, který umožňuje neomezený a přímý dálkový přístup, a jehož internetová adresa je uveřejněna ve Věstníku veřejných zakázek; požadavky na náležitosti profilu zadavatele stanoví prováděcí právní předpis.

140. Podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona ve znění účinném ke dni uzavření smlouvy č. P-061/2012 a smlouvy č. P-099/2012 ve znění dodatku č. 1 se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo nedodrží způsob uveřejnění stanovený tímto zákonem.

Právní posouzení

141. Úřad předně uvádí, že povinnost uveřejnit na profilu zadavatele smlouvu uzavřenou na veřejnou zakázku včetně všech jejích dodatků byla do zákona zakotvena tzv. transparentní novelou, tj. zákonem č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, s účinností od 1. 4. 2012, přičemž povinnosti stanovené zadavatelům v § 147a zákona, včetně povinnosti uveřejnit na profilu zadavatele kompletní znění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku včetně všech jejích dodatků, mají za cíl posílit princip transparentnosti průběhu a výsledku zadávání veřejné zakázky (v tomto případě prostřednictvím seznámení se ze strany široké veřejnosti s obsahem uzavřené smlouvy a jejích dodatků) a umožnit veřejný dohled nad hospodárností při nakládání s veřejnými prostředky.

142. U veřejných zakázek malého rozsahu (v případě, že je uzavřena smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky s cenou vyšší než 500 000 Kč bez DPH), které nejsou s odkazem na obecnou výjimku v § 18 odst. 5 zákona v jeho režimu zadávány, je uveřejnění konečného znění uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku včetně všech jejích dodatků na profilu zadavatele (přičemž tato povinnost je v případě veřejných zakázek malého rozsahu jedinou zákonnou povinností týkající se uveřejňování) pro výkon kontroly nad postupem zadavatele širokou veřejností a příp. též k tomu příslušnými orgány stěžejní.

143. Pro naplnění požadavků § 147a odst. 1 a 2 zákona je pak nezbytné kumulativní splnění několika podmínek, a to jednak podmínky samotného uveřejnění smlouvy na veřejnou zakázku (případně její změny či dodatku), jednak podmínky uveřejnění celého znění smlouvy

(případně její změny či dodatku), dále její uveřejnění na místě k tomu určeném, tedy na profilu zadavatele, a v poslední řadě její uveřejnění ve lhůtě do 15 dnů od uzavření smlouvy (případně uzavření změny či dodatku smlouvy). Pokud zadavatel veškeré uvedené podmínky nesplní, tak nedodrží povinnost stanovenou v § 147a odst. 2 zákona v návaznosti na § 147a odst. 1 písm. a) zákona. Z právě uvedeného tedy vyplývá, že i nedodržení zákonem stanovené lhůty má za následek porušení zákona. K tomu Úřad dodává, že důležitost uveřejňování je dána již samotným zakotvením dané povinnosti v zákoně, přičemž zákonodárce její význam zdůraznil tím, že nesplnění povinnosti uveřejnění vymezil samo o sobě jako deliktní jednání s možností udělení sankce, aniž by nesplnění předmětné povinnosti muselo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Zákon jako znak skutkové podstaty předmětného správního deliktu nevymezuje vliv na výběr nejvhodnější nabídky či „omezení práv dodavatelů“, a to s ohledem na skutečnost, že účelem zakotvení uveřejňovací povinnosti v zákoně je právě umožnění veřejné kontroly zadavatele ze strany nejširší veřejnosti (viz výše).

K neuveřejnění smlouvy č. P-061/2012

144. Úřad nejprve uvádí, že dne 12. 6. 2012 uzavřel zadavatel smlouvu č. P-061/2012 se společností KIWI Agency s.r.o. s hodnotou plnění 830 000 Kč bez DPH.

145. V souladu s §147a odst. 1 zákona je zadavatel povinen uveřejnit smlouvu uzavřenou na veřejnou zakázku. Úřad konstatuje, že na smlouvu č. P-061/2012 nelze aplikovat žádnou z výjimek uvedených v § 147a odst. 2 zákona, na jejichž základě by se zadavatel mohl zprostit povinnosti uveřejnit uvedenou smlouvu, a proto byl zadavatel povinen tuto smlouvu uveřejnit na profilu zadavatele do 15 dnů od jejího uzavření, tj. do dne 27. 6. 2012.

146. Z údajů zveřejněných na profilu zadavatele však vyplývá, že smlouva č. P-061/2012 byla na profilu zadavatele uveřejněna dne 13. 1. 2014, tj. přibližně rok a půl po jejím uzavření.

147. Jelikož byl zadavatel v šetřeném případě povinen uveřejnit na svém profilu celé znění smlouvy č. P-061/2012 do 15 dnů od jejího uzavření dne 12. 6. 2012, tedy do dne 27. 6. 2012, avšak učinil tak až dne 13. 1. 2014 (po uplynutí zákonné lhůty), porušil tak ustanovení § 147a odst. 1 písm. a) zákona a ustanovení § 147a odst. 2 zákona, když neuveřejnil smlouvu č. P-061/2012 na profilu zadavatele do 15 dnů od data jejího uzavření, ale až dne 13. 1. 2014.

148. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, když v rozporu s § 147a odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 147a odst. 2 zákona neuveřejnil na profilu zadavatele smlouvu č. P-061/2012 uzavřenou dne 12. 6. 2012 ve lhůtě do 15 dnů od jejího uzavření, tedy nejpozději do dne 27. 6. 2012, ale až dne 13. 1. 2014, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

K neuveřejnění smlouvy č. P-099/2012 a dodatku č. 1

149. Dne 7. 11. 2012 uzavřel zadavatel smlouvu č. P-099/2012 se společností Clever People, s.r.o. s hodnotou plnění 830 000 Kč bez DPH.

150. Dne 17. 12. 2012 uzavřel zadavatel se společností Clever People, s.r.o. dodatek č. 1.

151. Z profilu zadavatele uveřejnění smlouvy č. P-099/2012 a dodatku č. 1 nevyplývá.

152. V souladu s §147a odst. 1 zákona byl zadavatel povinen uveřejnit smlouvu uzavřenou na veřejnou zakázku včetně všech jejích dodatků. Úřad konstatuje, že na smlouvu č. P-099/2012, ani na dodatek č. 1 nelze aplikovat žádnou z výjimek uvedených v § 147a odst. 2 zákona, na jejichž základě by se zadavatel mohl zprostit povinnosti uveřejnit uvedenou smlouvu včetně dodatku č. 1, a proto byl zadavatel povinen uveřejnit smlouvu č. P-099/2012 včetně dodatku č. 1 na svém profilu zadavatele v souladu s ust. § 147a odst. 1 a 2 zákona do 15 dnů od jejich uzavření, tj. v případě smlouvy č. P-099/2012 do dne 22. 11. 2012 a v případě dodatku č. 1 do dne 2. 1. 2013, což však zadavatel ke dni vydání tohoto rozhodnutí neučinil.

153. S odkazem na výše uvedené skutečnosti tak Úřad konstatuje, že zadavatel v rozporu s § 147a odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 147a odst. 2 zákona neuveřejnil na svém profilu smlouvu č. P-099/2012 do 15 dnů od jejího uveřejnění a neučinil tak ani po marném uplynutí zákonné lhůty, a dále neuveřejnil na svém profilu dodatek č. 1 do 15 dnů od jeho uzavření a neučinil tak ani po marném uplynutí zákonné lhůty.

154. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, když v rozporu s § 147a odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 147a odst. 2 zákona neuveřejnil na profilu zadavatele smlouvu č. P-099/2012 uzavřenou dne 7. 11. 2012 ve lhůtě do 15 dnů od jejího uzavření, tedy nejpozději do dne 22. 11. 2012, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí, a když v rozporu s § 147a odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 147a odst. 2 zákona na profilu zadavatele neuveřejnil dodatek č. 1 uzavřený dne 17. 12. 2012 ve lhůtě do 15 dnů od jeho uzavření, tedy do dne 2. 1. 2013, jak je uvedeno ve výroku V. tohoto rozhodnutí.

K uložení pokuty

155. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

156. Ve výroku I. Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 13 odst. 3 zákona, když rozdělil předmět veřejné zakázky na zprostředkování zdravotního pojištění pro rok 2013 v hodnotě 2 490 000 Kč bez daně z přidané hodnoty způsobem, že došlo ke snížení předpokládané hodnoty veřejné zakázky pod finanční limit stanovený v § 12 odst. 2 zákona, a v důsledku toho nezadal předmět plnění vyplývající ze smlouvy č. P-061/2012 v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 17. 1. 2012 smlouvu č. P-003/2012 a dne 12. 6. 2012 smlouvu č. P-061/2012.

157. Ve výroku II. Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když veřejnou zakázku na zprostředkování zdravotního pojištění pro rok 2014 v hodnotě 3 320 000 Kč bez daně z přidané hodnoty (tzn. podlimitní veřejnou zakázku) nezadal v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 17. 12. 2012 dodatek č. 1.

158. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.

159. Podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo nedodrží způsob uveřejnění stanovený tímto zákonem.

160. Ve výroku III. Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, když v rozporu s § 147a odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 147a odst. 2 zákona neuveřejnil na profilu zadavatele smlouvu č. P-061/2012 uzavřenou dne 12. 6. 2012 ve lhůtě do 15 dnů od jejího uzavření, tedy nejpozději do dne 27. 6. 2012, ale až dne 13. 1. 2014.

161. Ve výrocích IV. a V. Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, když v rozporu s § 147a odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 147a odst. 2 zákona neuveřejnil na profilu zadavatele smlouvu č. P 099/2012 uzavřenou dne 7. 11. 2012 ve lhůtě do 15 dnů od jejího uzavření, tedy nejpozději do dne 22. 11. 2012, a když v rozporu s § 147a odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 147a odst. 2 zákona na profilu zadavatele neuveřejnil dodatek č. 1 uzavřený dne 17. 12. 2012 ve lhůtě do 15 dnů od jeho uzavření, tedy do dne 2. 1. 2013.

162. Podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 20 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. b), e), f) nebo g) zákona.

163. Podle § 121 odst. 3 zákona (ve znění zákona účinného do 5. 3. 2015) odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

164. Podle § 121 odst. 3 zákona (účinného od 6. 3. 2015) odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán. K tomu je třeba dodat, že totožně upravuje dobu, ve které dochází k zániku odpovědnosti za správní delikt, od 1. 10. 2016 i § 270 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, který nabyl účinnosti dne 1. 10. 2016 (dále jen „ZZVZ“).

165. V návaznosti na čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod Úřad konstatuje, že v případě správního trestání je nutné zohlednit příznivější právní úpravu pro zadavatele. Z tohoto důvodu Úřad vycházel při posuzování odpovědnosti zadavatele za všechny správní delikty z ustanovení zákona ve znění zákona č. 40/2015 Sb., tedy z právní úpravy pro zadavatele příznivější.

166. V návaznosti na výše citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona ve znění pozdějších předpisů. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správních deliktů dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 24. 3. 2017, přičemž správní řízení sp. zn. S0151/2017/VZ bylo zahájeno dne 21. 4. 2017, kdy zadavatel obdržel oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S0151/2017/VZ-12997/2017/543/IKo ze dne 21. 4. 2017. V daném případě došlo ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí uzavřením smlouvy č. P-061/2012, tj. dne 12. 6. 2012. Ke spáchání správní deliktu uvedeného ve výroku

II. tohoto rozhodnutí došlo uzavřením dodatku č. 1, tj. dne 17. 12. 2012. Ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku III. tohoto rozhodnutí došlo dne 28. 6. 2012, tj. první den po marném uplynutí zákonné lhůty k uveřejnění smlouvy č. P-061/2012 na profilu zadavatele do 15 dnů od jejího uzavření, tedy nejpozději do dne 27. 6. 2012. Ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku IV. tohoto rozhodnutí došlo dne 23. 11. 2012, tj. první den po marném uplynutí zákonné lhůty k uveřejnění smlouvy č. P-099/2012 na profilu zadavatele do 15 dnů od jejího uzavření, tedy nejpozději do dne 22. 11. 2012. Ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku V. tohoto rozhodnutí došlo dne 3. 1. 2013, tj. první den po marném uplynutí zákonné lhůty k uveřejnění dodatku č. 1 na profilu zadavatele do 15 dnů od jeho uzavření, tedy nejpozději do dne 2. 1. 2013. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřených případech odpovědnost zadavatele za jednotlivé správní delikty nezanikla, a to ani v případě, byla-li by posuzována podle § 121 odst. 3 zákona ve znění účinném ke dni zahájení správního řízení, resp. dle § 270 odst. 3 ZZVZ, jehož znění je, jak bylo již výše řečeno, totožné.

167. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. až V. tohoto rozhodnutí Úřad dále uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (poena maior absorbet minorem – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již několikráte dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů týmž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomocí analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.

168. V souladu se zásadou absorpce při správním trestání tedy Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu. Zbylé delikty zohlední jako přitěžující okolnost při výměře výše pokuty. Proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, za který delikt je v šetřeném případě možno uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).

169. V daném případě se zadavatel dopustil dvou správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona (viz výroky I. a II. tohoto rozhodnutí), za které lze v souladu s § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.

170. Cena zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí, a za kterou mu může být uložena pokuta, činí 2 988 000 Kč včetně DPH (součet hodnoty plnění ze smlouvy č. P-003/2012 a smlouvy č. P-061/2012). Horní hranice možné pokuty (10% z ceny veřejné zakázky) činí částku 298 800 Kč včetně DPH.

171. Cena zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí, a za kterou mu může být uložena pokuta, činí 3 984 000 Kč včetně DPH (hodnota plnění dodatku č. 1). Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) činí částku 398 400 Kč včetně DPH.

172. Dále se v daném případě zadavatel dopustil třech správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona (viz výroky III. až V. tohoto rozhodnutí), za které lze v souladu s § 120 odst. 2 písm. b) zákona uložit pokutu do 20 000 000 Kč.

173. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatelem spáchané správní delikty podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona (viz výroky III. až V. tohoto rozhodnutí) jsou z pohledu nejvyšší možné výše sankce stejně závažné, neboť horní hranice možné pokuty, kterou lze zadavateli za spáchání předmětných správních deliktů uložit, činí 20 000 000 Kč.

174. Úřad považuje správní delikty spáchané podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, jež jsou uvedeny ve výrocích III. až V. tohoto rozhodnutí za závažnější než delikty spáchané podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jež jsou uvedeny ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí, neboť v případě spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona je horní hranice možné pokuty vyšší než v případě spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona (tj. 20 000 000 Kč za správní delikty uvedené ve výrocích III. až V. tohoto rozhodnutí oproti 298 800 Kč za správní delikt uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí a 398 400 Kč za správní delikt uvedený ve výroku II. tohoto rozhodnutí).

175. V předmětném případě je nutné uložit pokutu pouze za jeden ze spáchaných správních deliktů a k dalším přihlédnout v rámci přitěžujících okolností. Úřad tedy přistoupil k uložení pokuty za spáchání správního deliktu, jehož se zadavatel dopustil jednáním popsaným ve výroku IV. tohoto rozhodnutí (neuveřejnění smlouvy č. P-099/2012 na profilu zadavatele), neboť patří ke správním deliktům, u nichž nedošlo ze strany zadavatele k uveřejnění předmětného dokumentu ani po marném uplynutí zákonné lhůty, jednalo se o neuveřejnění informací, které mají pro širokou veřejnost značný význam, neboť smlouvu lze pokládat za jednu z nejzásadnějších listin uveřejňovanou v souvislosti s veřejnou zakázkou.

176. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

177. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011 – 78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná a nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. Ve stejném rozsudku je dále uvedeno, že *„úvaha Úřadu musí vést k hodnocení individuální povahy protiprávního jednání, přičemž zvažované okolnosti je třeba rozlišovat na přitěžující a polehčující a vždy je posuzovat z hlediska konkrétního dopadu na danou věc.“*.

178. Požadavky na odůvodnění výše pokuty byly rovněž uvedeny v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 51/2007-68 ze dne 27. 3. 2008, kde soud konstatoval, že *„řádné odůvodnění*

ukládané sankce v případě správního trestání je základním předpokladem pro přezkoumatelnost úvahy, kterou byl správní orgán při svém rozhodování veden. Zohledněním všech hledisek, jež lze v konkrétní *věci považovat za relevantní, pak určuje míru zákonnosti stanoveného postihu.“.*

179. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení § 121 odst. 2 zákona rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Při zvažování závažnosti správního deliktu Úřad zohlednil následující skutečnosti.

180. Pokud jde o způsob spáchání správního deliktu, Úřad především uvádí, že v daném případě došlo postupem zadavatele k porušení uveřejňovací povinnosti zadavatele, jež je projevem zásady transparentnosti, tedy základního principu provázejícího postup zadavatele. K povinnosti stanovené zadavatelům v § 147a zákona Úřad opětovně uvádí, že se jedná o povinnost, která byla do zákona inkorporována v rámci tzv. transparentní novely zákona provedené zákonem č. 55/2012 Sb., jejímž cílem bylo posílit princip veřejné publicity výsledků zadávacích řízení a umožnit veřejný dohled nad hospodárností nakládání s veřejnými prostředky. Zadavatel tak v šetřeném případě tím, že ve lhůtě stanovené zákonem neuveřejnil na profilu zadavatele smlouvu č. P-099/2012, ignoroval existenci zákona ve vztahu k povinnosti uveřejnění smlouvy, na jejímž základě došlo k výdeji veřejných prostředků v souvislosti s realizací jejího předmětu plnění, což lze z hlediska intenzity považovat za jedno z nejzávažnějších porušení uveřejňovacích povinností zadavatele ve smyslu ustanovení § 120 odst. 1 písm. b) zákona.

181. Úřad dále při zvažování výše pokuty přihlédl k následkům spáchání správního deliktu. Tím, že zadavatel v daném případě neuveřejnil na svém profilu v zákonné lhůtě smlouvu č. P-099/2012, byla způsobena situace, kdy byla zcela zásadním způsobem ztížena možnost kontroly (ať už širší veřejností či k tomu příslušnými orgány) postupu zadavatele mimo jiné z hlediska dodržování principu hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti při nakládání s veřejnými zdroji. Jak již bylo akcentováno v předchozím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí, nelze přitom odhlédnout od skutečnosti, že právě smlouva uzavřená na veřejnou zakázku je jedním z vůbec nejdůležitějších uveřejňovaných dokumentů, neboť veřejnosti [jejíž zájem na kontrole vynakládání veřejných prostředků je primárním objektem správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona] poskytuje informaci nejen o hodnotě vynakládaných veřejných prostředků, ale též o předmětu (proti)plnění a podmínkách, za kterých jsou dané veřejné prostředky vynakládány.

182. Jako přitěžující okolnost vzal Úřad v úvahu spáchání dalších správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) a b) zákona uvedených ve výrocích I. až III. a V. tohoto rozhodnutí.

183. Současně lze uvést, že v rámci posouzení závažnosti správního deliktu Úřad vychází z úvahy, že se v šetřeném případě jedná o veřejnou zakázku s předpokládanou hodnotou ve výši 3 320 000 Kč bez DPH. V této souvislosti Úřad zohledňuje, že zájem veřejnosti na kontrole vynakládání veřejných prostředků stoupá zejména ve vztahu k hodnotě dané veřejné zakázky (čím vyšší je její hodnota, tím vyšší je zájem veřejnosti na veřejné kontrole). Po zvážení všech

okolností šetřeného případu, Úřad posoudil stupeň závažnosti správního deliktu v šetřeném případě jako méně závažný.

184. Při stanovení konkrétní výše sankce Úřad rovněž zohlednil dobu, která uplynula mezi spácháním správního deliktu specifikovaného ve výroku V. tohoto rozhodnutí a samotným potrestáním zadavatele za spáchání tohoto správního deliktu. V této souvislosti Úřad poukazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 123/2013-85 ze dne 9. 4. 2015, ve kterém Krajský soud uvedl, že: *„(…) hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním, je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty, k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má zamezit, aby výše pokuty, jinak řádně stanovena podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. V rámci správního trestání je totiž třeba dostatečně silně vnímat, že časový horizont toho, kdy se účastníkovi řízení (delikventovi) dostává konečného rozhodnutí ve věci, je neoddělitelnou součástí měřítek celkové spravedlnosti řízení, a že čím je tento časový horizont delší, tím více se rozostřují kontury spravedlnosti jak v očích účastníka řízení, tak i v obecném vnímání veřejností a veřejného mínění, což celkově oslabuje důvěryhodnost státní moci. Je nepochybné, že s prodlužujícím se okamžikem potrestání se relativizuje základní vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí a že doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci má i bezprostřední vliv na účel trestu, jehož má být uložením konkrétní sankce dosaženo.*“.

185. V šetřeném případě došlo ke spáchání správního deliktu specifikovaného ve výroku V. tohoto rozhodnutí dne 3. 1. 2013 (tj. první den po marném uplynutí zákonné lhůty pro uveřejnění dodatku č. 1 podle § 147a odst. 2 zákona dne 2. 1. 2013), přičemž správní řízení bylo zahájeno dne 21. 4. 2017. V souvislosti s výše uvedeným Úřad zohlednil ve prospěch zadavatele časový rozestup mezi spácháním správního deliktu a okamžikem jeho potrestání, tedy více než čtyři roky, jako okolnost svědčící ve prospěch snížení ukládané pokuty.

186. Při určení výše pokuty vzal Úřad v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Z výroční zprávy zadavatele za rok 2015 (dostupné na adrese http://www.ozp.cz/files/tiskove_centrum/vz_ozp_2015_working.pdf) mimo jiné vyplývá, že zadavatel ve sledovaném období hospodařil s finančními prostředky v řádu milionů Kč. S ohledem na uvedenou skutečnost nelze považovat uloženou pokutu za likvidační, popř. v tomto smyslu nespravedlivou.

187. V této souvislosti Úřad dále poznamenává, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má plnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků má Úřad za to, že nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pociťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu,

tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 6/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam.

188. Po zvážení všech okolností případu Úřad při určení výměry uložené pokuty dospěl k závěru, že výše pokuty v hodnotě 60 000 Kč (tj. při samé spodní hranici zákonné sazby, která činí 20 000 000 Kč), jakkoliv se může jevit jako relativně nízká v poměru k maximálně možné výši pokuty, kterou by Úřad mohl uložit, naplňuje vzhledem k okolnostem případu obě shora uvedené funkce právní odpovědnosti. Úřad nad rámec právě řečeného dodává, že při uvažování o výši uložené pokuty jsou Úřadem zohledňovány ty okolnosti, jež vyplývají přímo ze zákona, případně okolnosti, které tvoří základní postuláty, na nichž je zákon vystavěn. Úřad je tudíž v rámci své činnosti při přezkumu zadávání veřejných zakázek vázán zákonem, a tedy přezkoumává postupy zadavatelů (a případně za zjištěné pochybení ukládá pokutu) v intencích zákona. Úřad podotýká, že výše uložené pokuty v žádném případě nedosahuje zákonem připuštěné maximální výše, je naopak třeba konstatovat, že uložená pokuta se pohybuje při spodní hranici zákonné sazby a plní tak výrazně preventivní funkci.

189. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a vzhledem ke zjištěným správním deliktům zadavatele přistoupil k uložení pokuty. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující.

190. Vzhledem k tomu, že zadavatel v šetřeném případě porušil zákon, rozhodl Úřad tak, jak vyplývá z výroku VI. tohoto rozhodnutí, neboť nápravy protiprávního stavu nelze dosáhnout jinak.

191. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží
Oborová zdravotní pojišťovna zaměstnanců bank, pojišťoven a stavebnictví, Roškotova 1225/1, 140 00 Praha 4

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