



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a JUDr. Jarmily Ďáskové v právní věci žalobců: **a) Město Litvínov**, se sídlem Litvínov, náměstí Míru 11, zastoupený Mgr. Drahomírou Kouteckou, advokátkou se sídlem Litvínov, náměstí Míru 336, **b) Accor Services CZ s.r.o.**, se sídlem Praha 1, Na Poříčí 1076/5, zastoupený Mgr. Davidem Emrem, advokátem Weinhold Legal, v.o.s., Praha 2, Karlovo náměstí 10, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, o žalobách proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.3.2009, č.j. UOHS-R195,196/2008/02-2881/2009/310/ZČt,

takto:

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.3.2009, č.j. UOHS-R195,196/2008/02-2881/2009/310/ZČt, se **z r u š u j e** a věc se **v r a c í** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný je **p o v i n e n** zaplatit žalobci a) náhradu nákladů řízení ve výši 9 200,- Kč do 3 dnů od právní moci tohoto rozhodnutí k rukám Mgr. Drahomíry Koutecké, advokátky se sídlem Litvínov, náměstí Míru 336.
- III. Žalovaný je **p o v i n e n** zaplatit žalobci b) náhradu nákladů řízení ve výši 9 200,- Kč do 3 dnů od právní moci tohoto rozhodnutí k rukám Mgr. Davida Emra, advokáta Weinhold Legal, v.o.s., Praha 2, Karlovo náměstí 10.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobci a) a b) napadají samostatnými žalobami rozhodnutí žalovaného ze dne 24.3.2009, č.j. UOHS-R195,196/2008/02-2881/2009/310/ZČt, kterým byly zamítnuty rozklady a potvrzeno prvostupňové rozhodnutí žalovaného ze dne 30.10.2008, č.j. S175/2008/VZ-14077/2008/520/AB.

Obě žaloby byly usnesením zdejšího soudu č.j. 62 Ca 25/2009-89, 62 Ca 26/2009-40 ze dne 6.10.2009 spojeny ke společnému projednání pod sp. zn. 62 Ca 25/2009.

I. Podstata věci, napadené závěry žalovaného

Žalovaný dospěl k závěru, že žalobce a) coby zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), tím, že před uzavřením smlouvy se žalobcem b), jejímž předmětem jsou služby spojené se zajištěním prodeje zboží na poukázky pro osoby v hmotné nouzi, nedodržel postup stanovený v § 21 ZVZ, neboť neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Žalobci a) byla uložena pokuta ve výši 30 000,- Kč.

Podle žalovaného vznikl mezi žalobcem a) a žalobcem b) smluvní vztah, kterému mělo předcházet zadávací řízení podle ZVZ, neboť provize, kterou žalobce b) na základě této smlouvy získává od třetích osob, je součástí úplaty za poskytnutí služeb. Tím je podle žalovaného naplněna definice veřejné zakázky, jejímž definičním znakem je mimo jiné úplatnost vztahu.

Ze smlouvy uzavřené mezi žalobcem a) a žalobcem b) dne 29.2.2008 vyplývá, že žalobce a) je povinen hradit žalobci b) částku 2 000,- Kč za vytvoření sítě vybraných provozoven do maximálně 10 provozoven, dále částku 150,- Kč za vytvoření každé provozovny nad tento sjednaný počet a 300,- Kč za dodání objednaných poukázek. Ze vzoru smlouvy o zprostředkování prodeje zboží třetí osobou (objednatele) zákazníkům (držitelům poukázek TICKET SERVICE), kteří jsou označeni jako „klienti zadavatele“ (tj. žalobce a/), v provozovnách, vyplývá, že tato třetí osoba je povinna uhradit žalobci b) provizi ve výši konkrétních procent hodnoty realizovaných poukázek, přičemž výši provize žalobce a) coby zadavatel nemůže nijak ovlivnit. Žalobce b) je tedy na základě smluvního vztahu mezi žalobcem a) a žalobcem b) odměňován převážně třetími osobami, neboť na základě zprostředkování prodeje zboží držitelům poukázek TICKET SERVICE má právo na provizi z hodnoty realizovaných poukázek.

Žalovaný vycházel z výše čerpání rozpočtových prostředků žalobce a) na poukázky – 2,6 mil. Kč měsíčně, tj. 31,2 mil. Kč ročně. Žalovaný konstatoval, že při zaplacení nejnížší i nejvyšší možné provize z maximální výše realizovaných poukázek (tj. z 31,2 mil. Kč), by provize žalobce b) byla ve výši přesahující 1 milion Kč ročně. Na základě toho žalovaný podle § 15 odst. 1 ZVZ a § 14 odst. 1 písm. b) ZVZ stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši cca 4,3 – 6,2 mil. Kč (při zohlednění

nejnižší a nejvyšší možné provize), neboť smlouva byla uzavřena na dobu neurčitou. Podle žalovaného se tedy jednalo o podlimitní veřejnou zakázku, kterou byl žalobce a) povinen zadat v některém ze zadávacích řízení v souladu se ZVZ.

Žalovaný plnění považuje za veřejnou zakázku na služby. Ke znaku úplatnosti se žalovaný v rozhodnutí vyjádřil tak, že byť je úplata zpravidla úplatou hrazenou zadavatelem, nelze vyloučit ani nepřímou úhradu z jiných zdrojů, jako tomu bylo právě v této věci. Žalovaný svůj závěr založil na funkčním pojetí definice veřejné zakázky, podle kterého je do předpokládané hodnoty veřejné zakázky nutné zahrnout i případné příjmy od třetích subjektů. Žalovaný tedy nevycházel pouze z plateb uvedených ve smlouvě, ale i z výše provize, kterou obdrží vybraný uchazeč od třetích osob místo od zadavatele. V této věci si zadavatel zvolil, že bude vybranému uchazeči hradit náklady za vytvoření sítě provozoven, ve kterých lze poukázky realizovat, a náklady dopravy poukázek, s tím, že třetí osoba bude vybranému uchazeči hradit provizi z titulu zvýšení počtu zákazníků z řad držitelů předmětných poukázek. Přestože tedy zadavateli ze smlouvy nevzniká přímý peněžitý závazek vůči vybranému uchazeči, žalovaný konstatoval, že se *de facto* jedná o úplatné poskytování služeb na základě požadavku zadavatele, pouze odměna je konstruována formou provize, kterou za protiplnění zadavatele zaplatí třetí subjekt.

II. Shrnutí žalobních tvrzení

Žalobce a) argumentuje povahou zajišťování poukázek pro osoby v hmotné nouzi a namítá, že předmětem smlouvy uzavřené mezi žalobcem a) a žalobcem b) není dodávka zboží nakupovaného žalobcem a) a nejsou jím ani služby poskytované žalobci a). Žalobce a) prodejcem zboží ani příjemcům dávek pomoci v hmotné nouzi žádné protiplnění, a to ani formou nepřímé úhrady, neposkytuje a od prodejců žádné plnění nepřijímá a opačná úvaha žalovaného postrádá právní základ. Skutečnost, že dodavatel poukázek vytváří pro osoby v hmotné nouzi prostor pro realizaci poukázek na základě smluv o zprostředkování prodeje s třetími osobami za provizi poskytovanou těmito třetími osobami, je pro posuzování smluvního vztahu žalobce a) a dodavatele poukázek irelevantní. Úvaha žalovaného o přímé souvislosti právních vztahů nerespektuje odlišné právní prostředí, v němž tyto vztahy vznikají. Způsob výplaty poukázkou (právě tímto coby jedním z různých způsobů poskytnutí dávek pomoci v hmotné nouzi) určuje plátce dávky proto, že bere v úvahu schopnosti a možnosti osoby v hmotné nouzi hospodařit a využít dávku k účelu, ke kterému je určena, nikoli v úmyslu požadovat obchodní služby a vytvářet zákazníky pro určitý okruh podnikatelů. Úvaha žalovaného o trojstranném právním vztahu mezi žalobcem a), dodavatelem poukázek a příjemcem dávek pomoci v hmotné nouzi i úvaha o účasti žalobce a) při přerozdělování veřejných prostředků vychází z chybného právního základu. Smlouva o zajištění poukázek pro výplatu dávek a smlouva o zprostředkování prodeje nejsou uzavírány v přímé souvislosti. Zajištění poukázek není veřejnou zakázkou a žalobce a) ZVZ neporušil.

Žalobce a) dále zpochybňuje závěr žalovaného, že provize hrazená žalobci b) coby vybranému uchazeči třetí osobou je nedílnou součástí hodnoty veřejné zakázky, neboť o tuto hodnotu jsou sníženy výdaje z veřejného rozpočtu zadavatele. Do

předpokládané hodnoty veřejné zakázky lze zahrnovat nejvýše očekávaný závazek zadavatele, tedy výdaj z veřejných prostředků. Výše plnění poskytovaného třetími osobami žalobci a) zpravidla není a nemůže být známa. I kdyby se o veřejnou zakázku svojí povahou jednalo, předpokládaná hodnota by nepřesáhla hranici 2 000 000,- Kč, a tedy by se nejednalo o veřejnou zakázku podlimitní a žalobce a) by ZVZ neporušil.

Žalovaný podle žalobce a) pochybil i při ukládání samotné sankce, neboť rozhodnutí nezvažuje a nevyhodnocuje závažnost tvrzeného správního deliktu, zejména způsob jeho spáchání, následky a okolnosti, za nichž byl spáchán.

Žalobce b) především zpochybňuje funkční pojetí definice veřejné zakázky, na němž žalovaný svůj závěr založil. Je v rozporu se ZVZ i s komunitárními zadávacími směrnicemi. Podle žalobce b) by muselo jít o smlouvu uzavřenou mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli a nikoli o smlouvu se třetími osobami, které jsou v posuzované věci navíc územně velmi vzdálené bez jakéhokoli přímého vztahu ke konkrétnímu zadavateli – a to i časového. Třetí osoby nejsou v žádném právním vztahu k žalobci a) coby zadavateli, vůči němu nemají žádná práva ani žádné povinnosti. Jejich právní postavení se odvíjí od smluv o zprostředkování, které byly uzavřeny se žalobcem b) a na základě nichž tyto osoby (smluvní partneři žalobce b/) poskytují své služby za provizi dohodnutou ve smlouvách o zprostředkování. Jedná se tedy o poskytování úplatných služeb zprostředkování ze strany žalobce b) a nikoli ze strany žalobce a) coby zadavatele, který nic nezávislým podnikatelům – smluvním partnerům žalobce b) – neposkytuje.

Žalobce b) má za to, že snahy žalovaného dovést, že i výdaje nezávislých podnikatelských subjektů jsou *de facto* výdaji z veřejných prostředků, jsou nepřijatelné. Žalobce b) argumentuje v tom směru, že výdaj buď je anebo není uskutečněn z veřejných prostředků. Konstrukce ohledně výdaje *de facto* z veřejných prostředků je nepřípustná i vzhledem k tomu, že žalovaný sám v napadeném rozhodnutí uvádí, že o provize placené žalobci b) jeho smluvními partnery jsou sníženy výdaje poskytnuté z veřejného rozpočtu žalobce a) coby zadavatele.

Dále žalobce b) zdůrazňuje, že žalobce a) nedodává žádné zákazníky smluvním partnerům žalobce b), ale pouze prostřednictvím poukázek vyplácí dávku pomoci v hmotné nouzi. Žalobce a) coby zadavatel žádným způsobem nezasahuje ani jinak nevstupuje do smluvního vztahu uzavřeného mezi žalobcem b) a prodejci. Tento vztah je nezávislým obchodněprávním vztahem mezi nezávislými podnikateli. Žalobce a) coby zadavatel nijak negarantuje žalobci b) platbu provize ze strany prodejce. Žalobce a) coby zadavatel je vázán pouze závazky ze smlouvy uzavřené se žalobcem b). Potvrzení argumentace žalovaného by mimo jiné znamenalo, že by žalobce b) a případně i prodejci – smluvní partneři žalobce b), kteří mají uzavřený obchodní vztah pouze se žalobcem b) – museli žalobci a) coby zadavateli sdělovat výše provizí a jiné smluvní podmínky, přitom tyto smluvní podmínky by nemohly být po dobu trvání smlouvy uzavřené mezi žalobcem a) a žalobcem b) měněny, neboť by se jednalo o veřejnou zakázku a její jakákoli případná změna by vyvolala nutnost nového zadávacího řízení.

Pořízení vybraného zboží prostřednictvím poukázek nemá žádný vliv na prodejní cenu tohoto zboží, tedy ani držitel poukázky žádným způsobem neplatí cenu zvýšenou o odměny žalobce b). Tato cena zboží je stejná pro jakékoli jiné osoby, které platí v hotovosti nebo prostřednictvím jiných poukázek.

Žalobce b) poukazuje na pravidla pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky obsažená v § 13, § 14 a § 15 ZVZ a dovozuje, že do této hodnoty se započítávají pouze peněžité závazky zadavatele, avšak v posuzované věci jediné peněžité závazky dotýkající se veřejného rozpočtu jsou závazky žalobce a) coby zadavatele vyplývající pouze ze smlouvy uzavřené mezi žalobcem a) a žalobcem b).

Žalobce b) rovněž namítá porušení kontinuity rozhodovací praxe žalovaného, poukazuje na předchozí rozhodnutí žalovaného č.j. S027/2007-03915/2007/530-MČ ze dne 23.2.2007, kde za obdobného skutkového stavu žalovaný dospěl k opačnému závěru. Změnou názoru žalovaného byla porušena zásada legitímního očekávání.

Žalobci a) a b) tedy navrhují, aby zdejší soud napadené rozhodnutí i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Na svém procesním stanovisku žalobci a) a b) setrvali po dobu celého řízení před zdejším soudem, a to i v replikách k vyjádření žalovaného.

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný považuje žaloby za nedůvodné. Popisuje konstrukci vztahů, k jejichž vzniku v posuzované věci dochází, a argumentuje shodně jako v napadeném rozhodnutí.

Mezi oběma žalobci byla uzavřena smlouva o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi. Tento vztah je prvním ze vztahů. Další vztah byl založen mezi žalobcem b) a třetími osobami smlouvami o zprostředkování prodeje zboží třetí osoby zákazníkům. Jedná se tedy o dvě samostatné smlouvy – a o dva vztahy. Oba však vznikají ve vzájemné přímé souvislosti a úzce na sebe navazují; žalobce a) coby zadavatel sice nenavazuje žádný přímý vztah se třetími subjekty, tento vztah však navazuje zprostředkovaně prostřednictvím žalobce b), který inkasuje od třetích osob provizi za zvýšení počtu zákazníků, kterého však žalobce b) nedocílil sám, ale právě ve spolupráci se žalobcem a) coby zadavatelem. Cíle, kterého má být dosaženo, tedy uplatnění poukázek na trhu, nelze dosáhnout bez realizace požadavků žalobce a) coby zadavatele na dodání poukázek (např. zajištění tisku poukázek, distribuce apod.) a jejich realizaci u třetí osoby. Oba vztahy tedy nelze posuzovat izolovaně. Zakázka je tedy realizována na základě smlouvy mezi žalobcem a) a žalobcem b).

Zároveň je podle žalovaného naplněn i znak úplatnosti. Trojstranný právní vztah žalobců a třetích osob, doplněný o vztah s osobami v hmotné nouzi, nic nemění na skutečnosti, že část finančních prostředků (provize) náleží žalobci a), který poskytuje protiplnění ve formě „dodání“ zákazníkům, tedy svých klientů. Tyto prostředky jsou tedy poskytovány z jeho veřejného rozpočtu. Odměna za zprostředkování prodeje zboží je pak další částí provize. Jedná se o poskytování služeb na základě požadavků žalobce a) coby zadavatele, v jeho zájmu a na jeho objednávku,

ten však nevyužil možnosti stanovit výši provize, neboť tu stanovil žalobce b) ve smlouvě o zprostředkování prodeje zboží třetí osoby zákazníkům.

Žalovaný se rovněž vyjadřuje k porušení kontinuity své rozhodovací praxe. Podle žalovaného existují i opačná rozhodnutí žalovaného, která v minulosti vydal a na která odkazoval již ve svých rozhodnutích v této věci. S ohledem na složitost problematiky je podle žalovaného legitimní, že dochází k vývoji právního názoru žalovaného.

Žalovaný tedy setrvává na závěrech i argumentaci obsažených v napadeném rozhodnutí, na napadené rozhodnutí i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí odkazuje a žaloby navrhuje jako nedůvodné zamítnout. I žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před zdejší soudem.

IV. Posouzení věci

Žaloby byly podány včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů – dále jen „s.ř.s.“) osobami oprávněnými (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloby jsou přípustné (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.). Rozsah přezkumu soudu byl ve vztahu k napadenému rozhodnutí žalovaného podle § 75 odst. 2 věty první s.ř.s. zásadně vymezen v žalobách uplatněnými žalobními body.

Soud hodlal v rámci přezkumu napadeného rozhodnutí postupovat tak, že nejprve se hodlal zabývat závěrem, k němuž žalovaný v napadeném rozhodnutí dospěl, a pokud by připustil správnost tohoto závěru žalovaného, hodlal se zabývat namítaným odklonem od předchozí rozhodovací praxe a porušením zásady legitimního očekávání. Již v rámci přezkumu závěrů, k nimž žalovaný dospěl, zdejší soud shledal žaloby důvodnými, a tedy žalobními tvrzeními směřujícími do odklonu od předchozí rozhodovací praxe se již nezabýval.

Podle § 7 odst. 1 ZVZ je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací.

Podle § 13 odst. 1 ZVZ se předpokládanou hodnotou veřejné zakázky 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.

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

Podle § 15 odst. 1 ZVZ se § 14 odst. 1 ZVZ pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky na služby použije obdobně.

Je-li tedy žalobně zpochybňováno, že by se v posuzované věci mohlo vůbec jednat o veřejnou zakázku, a pokud ano, že do předpokládané hodnoty veřejné zakázky mělo být zahrnuto pouze plnění z veřejných prostředků, ke kterému se zavázal žalobce a) coby zadavatel ve smlouvě uzavřené se žalobcem b), pak je zapotřebí nejprve vyjít ze základních znaků veřejné zakázky uvedených v § 7 odst. 1 ZVZ. Aby se jednalo o veřejnou zakázku, muselo by se jednat o smluvní vztah mezi zadavatelem (který je vymezen v ust. § 2 ZVZ) a dodavatelem, popř. více dodavateli (1. podmínka), musely by předmětem veřejné zakázky být dodávky, služby nebo stavební práce (2. podmínka), zadavatel by musel požadovat získání plnění veřejné zakázky (3. podmínka), plnění by mu musel poskytovat dodavatel (4. podmínka), dodavatel by požadoval za své plnění úplatu (5. podmínka) a úplatu by poskytoval zadavatel (6. podmínka).

Povahu kontrahovaného smluvního vztahu z pohledu ZVZ, v právě posuzované věci tedy konkrétně to, zda se jedná o veřejnou zakázku či nikoli, nelze posuzovat podle formy, která je k uspokojení požadavku zadavatele po konkrétním plnění zvolena, nýbrž podle materiálního obsahu zadavatelova požadavku a faktické povahy a obsahu jednotlivých úkonů, prostřednictvím kterých má být zadavatelův požadavek uspokojen. Z pohledu naplnění shora uvedených šesti podmínek (znaků veřejné zakázky) tedy není podstatné, jakým kontrakčním procesem je dosaženo uspokojení zadavatelova požadavku, nýbrž co je oním požadavkem, v čem má spočívat plnění ve prospěch zadavatele a v čem má spočívat protiplnění ze strany zadavatele. Není rozhodné, jaké smluvní typy mají být pro realizaci zadavatelova požadavku použity, ani není rozhodné, nakolik kombinovaná struktura jednotlivých smluvních vztahů, které mají sloužit k uspokojení zadavatelova požadavku, je využita, kolik subjektů do takových vztahů vstupuje a nakolik jsou jednotlivé vztahy atomizovány. Stejně jako může být zadavatelův požadavek realizován prostřednictvím formálně jednoduchého dvoustranného vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem, přichází v úvahu i realizace zadavatelova požadavku prostřednictvím komplikovaného, kombinovaného několikastranného vztahu, v němž se vyskytují i jiné subjekty než jen zadavatel a dodavatel.

Jestliže tedy žalovaný založil svůj závěr, že co do základního principu může jít o veřejnou zakázku, na tom, že ze smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi ze dne 29.2.2008 je zřejmé, že zadavatel požadoval zajistit činnosti spojené s prodejem zboží za poukázky (str. 5 prvostupňového rozhodnutí, druhý odstavec zdola), pak jde sice o konstatování stručné, avšak odpovídající zjištěnému stavu věci a podle zdejšího soudu i správné. Potud zdejší soud se žalovaným souhlasí. Podstatou smluvního vztahu založeného smlouvou ze dne 29.2.2008 (bod I. smlouvy) je skutečně požadavek žalobce a) coby zadavatele, aby byl zabezpečen prodej zboží, a to potravin (vyjma alkoholických nápojů a tabákových výrobků), oděvů, obuvi a základních hygienických prostředků pro osoby v hmotné nouzi, a aby byly zadavateli dodávány poukázky za jejich nominální hodnotu. To měl podle bodu I. smlouvy zajišťovat dodavatel (žalobce b/). Podle bodu II. smlouvy lze poukázky uplatnit v provozovnách, jejichž síť má být vytvořena v úzké spolupráci dodavatele (žalobce b/) a odběratele (žalobce a/ coby zadavatel). Podstatou dodavatelova plnění je tedy zajištění poukázek a prodeje zboží za tyto poukázky. Mezi uvedenými subjekty je tak

prokázána existence vztahu, v němž žalobce a) požaduje určité plnění po žalobci b) a toto plnění má zajišťovat žalobce b) pro žalobce a). Nejde o dodávky (§ 8 ZVZ) ani o stavební práce (§ 9 ZVZ). Jde podle § 10 odst. 1 ZVZ o „služby“ coby zbytkovou kategorii plnění, které nespadá pod vymezení dodávek ani stavebních prací. Zdejší soud se tedy v této otázce ztotožňuje se žalovaným a shora uvedené podmínky 1. – 4. pokládá za splněné.

Samostatnou otázkou je otázka úplatnosti předmětu plnění – tedy naplnění podmínek 5. a 6.

Konkrétní plnění (zakázka) nabývá charakteru veřejné zakázky podle ZVZ tehdy, pokud plnění veřejné zakázky, které naplňuje znaky jednotlivých druhů veřejných zakázek vymezených podle předmětu v souladu s § 8 až 10 ZVZ, poptává zadavatel, pokud plnění veřejné zakázky se zavazuje poskytnout zadavateli dodavatel a zároveň pokud zadavatel za poskytnuté plnění veřejné zakázky zaplatí dodavateli úplatu. Zjednodušeně to obecně znamená, že fakticky „*ve směru od zadavatele pro dodavatele plyne úplata*“ a „*ve směru od dodavatele pro zadavatele plyne plnění veřejné zakázky*“. Znakem veřejné zakázky je tedy její úplatnost, avšak s ohledem na konkrétní předmět veřejné zakázky, povahu a způsob uskutečňování plnění, jež má být pro zadavatele realizováno, nemusí být vždy ze strany zadavatele plněno přímo. Pokud jde tedy o podmínku „*úplaty ze strany zadavatele*“, pak tuto podmínku je třeba vykládat tak, že se nemusí vždy jednat výlučně o zadavatelův přímý peněžitý závazek; celkovým peněžitým závazkem zadavatele (slovy § 14 odst. 1 ZVZ aplikovatelného podle § 15 odst. 1 ZVZ i na veřejné zakázky na služby) je tedy zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky (slovy § 13 odst. 1 ZVZ), jež vyplývá ze zadavatelem (na straně objednatele, kupujícího, odběratele atd.) uzavřené smlouvy. I v tomto ohledu se tedy zdejší soud ztotožňuje s výkladem zastávaným žalovaným.

Přestože tedy obecně platí, že výše úhrady za splnění veřejné zakázky (tedy „*úplata ve směru od zadavatele k dodavateli*“) je zásadně shodná s cenou obsaženou v nabídce vítězného uchazeče, která se zpravidla vyjadřuje v penězích, a že platba ve směru od zadavatele k dodavateli je uskutečňována přímo zadavatelem a k jeho tíži, neznamená to, že je-li úhrada plnění „*ve prospěch zadavatele*“ podle zadavatelem uzavřené smlouvy uskutečněna na základě jiného mechanismu (byť i fakticky jinými subjekty, plyne-li pro ně povinnost k této úhradě ze zadavatelem uzavřené smlouvy, tedy musí-li tyto subjekty, od zadavatele odlišné, dodavateli úplatu hradit namísto zadavatele), nemělo by takové plnění být veřejnou zakázkou pro nesplnění podmínky „*úplaty ze strany zadavatele*“. Je-li podle zdejšího soudu plnění, přímo odvislé od uzavřené smlouvy mezi zadavatelem (tu žalobcem a/) a dodavatelem (tu vybraným uchazečem, tj. žalobcem b/), plněním z veřejných prostředků, pak musí být vytvořeny všechny předpoklady, aby smluvní vztah, je-li jeho důsledkem plnění z veřejných prostředků, byl ze strany zadavatele uzavřen při zajištění řádně fungujícího soutěžního prostředí a při dodržení pravidel vyplývajících ze ZVZ. Stejně jako nelze povahu kontrahovaného smluvního vztahu z pohledu ZVZ posuzovat podle formálního podřazení uzavřené smlouvy pod konkrétní smluvní typ (k tomu se Nejvyšší správní soud vyjádřil v rozsudku ze dne 31.5.2010, sp. zn. 8 Afs 60/2009, www.nssoud.cz),

nelze ji posuzovat ani podle toho, zda plnění z veřejných prostředků související s předmětem smlouvy a s dodržením práv a povinností podle této smlouvy jejími smluvními stranami má být fakticky realizováno pouze těmito jejími smluvními stranami nebo subjekty jinými. Přestože jsou zřejmě obecně častější situace, kdy plnění z veřejných prostředků realizuje sám zadavatel (z „jemu svěřených“ veřejných prostředků), nelze naplnění znaků veřejné zakázky omezovat pouze na tyto případy.

Ze shora uvedeného tedy plyne, že do celkové předpokládané hodnoty veřejné zakázky je zapotřebí zahrnout veškeré plnění, kterého se má podle uzavřené smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem dostat dodavateli z veřejných prostředků.

Za tohoto stavu nemůže obstát žalobní argumentace vycházející z takového výkladu § 13 odst. 1 a § 14 odst. 1 na základě § 15 odst. 1 ZVZ, podle něhož předpokládanou hodnotou veřejné zakázky je zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku, který vyplývá z plnění veřejné zakázky výlučně (vždy pouze) pro zadavatele. Takto izolovaně jazykový výklad založený fakticky na použití slov „...výše celkového peněžitého závazku zadavatele ...“ v § 14 odst. 1 ZVZ (§ 13 odst. 1 ZVZ se o tom, že by muselo výlučně jít o přímý závazek zadavatele, nezmiňuje) by podle zdejšího soudu mohl nesprávně vyloučit aplikaci ZVZ na případy specifických kontraktů, v nichž zadavatel sice objednává plnění a nese za jeho objednání a realizaci, typicky v rámci svých úkolů uvnitř veřejné správy, plnou odpovědnost, nicméně protiplnění nejde zjím spravovaných rozpočtových prostředků, nýbrž z veřejných prostředků spravovaných jinými subjekty (jež ovšem také mohou být v postavení zadavatelů). Z pohledu výkladu jak § 7 odst. 1, tak § 13 odst. 1 a navazujícího § 14 odst. 1 za použití § 15 odst. 1 ZVZ, je podle zdejšího soudu klíčové přiznat zásadní význam posouzení skutečnosti, zda se vybranému uchazeči na základě smlouvy uzavřené v rámci výkonu úkolů uvnitř veřejné správy mezi žalobcem a), jenž je zadavatelem, a vybraným uchazečem (žalobcem b/) dostalo protiplnění z veřejných prostředků.

Zdejší soud tedy nesouhlasí se žalobní argumentací potud, že podle pravidel pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky obsažených v § 13, § 14 a § 15 ZVZ by se do předpokládané hodnoty veřejné zakázky měly zahrnovat pouze peněžité závazky samotného zadavatele, souhlasí s ní však v té části, kde je argumentováno, že by předpokládaná hodnota měla zahrnovat pouze závazky mající dopady na veřejné prostředky.

Se žalovaným pak zdejší soud souhlasí potud, že znak úplatnosti může být splněn i v případě plnění, které nerealizuje sám zadavatel, a tedy že nelze vyloučit ani nepřímou úhradu z jiných zdrojů, pokud povinnost této úhrady vyplývá ze smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a dodavatelem. Musí se však jednat o zdroje veřejné – a tedy taková „nepřímá úhrada“ musí jít k tíži veřejných prostředků.

Celkovým peněžitým závazkem zadavatele (§ 14 odst. 1 ZVZ) je tedy souhrn veškerého plnění z veřejných prostředků vyjádřitelného v penězích směřujícího proti plnění veřejné zakázky dodavatelem. Pokud stěžejním argumentem žalovaného, o který opřel svůj závěr o porušení ZVZ žalobcem a), je argument, podle něhož

provize, kterou žalobce b) na základě této smlouvy získává od třetích osob, je součástí úplaty za poskytnutí služeb, a pokud tento argument žalobci zpochybňují, pak sporu je mezi žalobci a žalovaným ohledně toho, jaké plnění, jež směřuje proti plnění dodavatele, lze považovat za plnění z veřejných prostředků.

Jestliže žalovaný považuje za součást předpokládané hodnoty veřejné zakázky i provize hrazené třetími osobami z titulu zvýšení počtu zákazníků z řad držitelů poukázek, pak s touto argumentací se zdejší soud neztotožňuje. Pokud totiž žalovaný v napadeném rozhodnutí uvádí, že o provize placené žalobci b) jeho smluvními partnery jsou sníženy výdaje poskytnuté z veřejného rozpočtu žalobce a) coby zadavatele (souhrnně v bodu 29. napadeného rozhodnutí), pak sám žalovaný vychází z toho, že nejde o plnění, které by šlo k tíži zadavatelových veřejných prostředků (resp. veřejných prostředků svěřených zadavateli). Zároveň ovšem žalovaný nevysvětluje, z jakých jiných veřejných prostředků by platba provize měla pocházet, resp. jakých veřejných prostředků by se provize měly dotýkat a zkracovat je. Argument žalovaného (bod 29. napadeného rozhodnutí), podle něhož „...*Provize hrazená vybranému uchazeči třetí osobou je tedy nedílnou součástí ceny veřejné zakázky, neboť právě o tuto hodnotu jsou sníženy výdaje poskytnuté z veřejného rozpočtu na realizaci veřejné zakázky...*“, tedy za situace, kdy žalovaný nezmiňuje jiné veřejné prostředky než zadavatelovy, z nichž by byla provize placena, popř. do nichž by se v důsledku vztahu mezi žalobcem a) a žalobcem b) nemělo dostat prostředků, které by se do nich dostaly bez takového vztahu, tak nevznívá logicky a závěr žalovaného nijak nepodporuje. Pokud žalovaný nepřímou úhradu z veřejných prostředků (tedy *de facto* plnění z veřejných prostředků) v případě placení provizí dává do souvislosti s tím, že žalobce a) coby zadavatel „dodává zákazníky“ (srov. v bodu 29. napadeného rozhodnutí: „*Odměna vybraného uchazeče je pak konstruována jako forma provize, kterou sice zaplatí třetí osoba, ale za protiplnění zadavatele, kterým je „dodání zákazníků“, a za zprostředkovatelské služby vybraného uchazeče.*“), pak z ničeho nevyplývá ani to, že by žalobce a) coby zadavatel smluvním partnerům žalobce „dodával zákazníky“, nehledě k tomu, že není nijak vysvětlen myšlenkový pochod žalovaného, proč „dodání zákazníků“ je formou platby z veřejných prostředků. Aniž by bylo podle zdejšího soudu zapotřebí hlouběji popisovat právní úpravu pro výplatu dávek pomoci v hmotné nouzi, platí, že jestliže žalobce a) využívá poukázek, pak „nedodává zákazníky“ jednotlivým dodavatelům zboží v principu o nic víc, než by jim je „dodával“ v případě, že by dávky pomoci v hmotné nouzi vyplácel v penězích.

Žalovaný tedy konstruuje stav, kdy provize ve prospěch žalobce b) coby dodavatele jsou „nepřímou úhradou“, avšak z napadeného rozhodnutí nevyplývá důvod, pro který by tato úhrada měla být považována za úhradu z veřejných prostředků. Pokud žalovaný dovozuje, že je tomu tak z toho důvodu, že plnění namísto žalobce a) coby zadavatele poskytuje žalobci b) coby dodavateli kupující (souhrnně v bodu 28. napadeného rozhodnutí), pak není zřejmé, v čem je plnění od kupujícího (platba poukázkou) ve skutečnosti plněním „za zadavatele“; ten totiž od dodavatele nic, co je „placeno poukázkou“, neodebírá, navíc ani neurčuje, od koho má kupující plnění odebírat a komu tedy má „poukázkou platit“, nadto nelze ani dovozovat, že nebýt odběrů ze strany kupujících (tj. těch, kteří jsou držiteli poukázek), musel by tyto odběry realizovat, a tedy za ně také platit, sám zadavatel. Žalovaný neprokázal, že by

žalobce a) coby zadavatel jakkoli zasahoval do smluvního vztahu uzavřeného mezi žalobcem b) a jednotlivými prodejci – jeho smluvními partnery. Rovněž žalovaný neprokázal to, že by žalobce a) coby zadavatel garantoval žalobci b) platbu provize ze strany prodejce – konkrétního smluvního partnera. Smlouva uzavřená mezi žalobcem a) a žalobcem b) dne 29.2.2008 neupravuje ani výši, ani podmínky provize. Žalovaný dále neprokázal, že by pořízení vybraného zboží prostřednictvím poukázek mělo vliv na prodejní cenu tohoto zboží; dovozuje-li žalovaný, že kupující platí provizi „za zadavatele“, pak tato konstrukce by, s přistoupením dalších okolností, měla smyslu nejvýše za situace, pokud by kupující platil cenu zboží, která by byla navýšena o provizi, která by se nakonec dostala žalobci b). V posuzované věci však není prokázáno, že by držitel poukázky coby kupující platil cenu zboží zvýšenou o provizi. Nebylo prokázáno a žalovaný tak ani neargumentuje, že by cena zboží byla jiná pro jiné osoby, které totéž zboží platí v hotovosti nebo prostřednictvím jiných poukázek.

Jestliže tedy nebylo prokázáno, že by byly provize ve prospěch žalobce b) coby dodavatele hrazeny z veřejných prostředků, s nimiž hospodaří žalobce a) coby zadavatel, ani že by pocházely z veřejných prostředků, s nimiž by hospodařily jiné subjekty, jestliže nebylo prokázáno, že by právo na provize žalobce a) coby zadavatel žalobci b) coby dodavateli jakkoli garantoval, a jestliže nebylo prokázáno, že by jakákoli zadavatelova povinnost plnit ve prospěch žalobce b) coby dodavatele byla přenesena na jiné subjekty a ty by ji pak byť i nepřímou k tíži veřejných prostředků musely fakticky hradit, pak v právě posuzované věci zdejší soud ve vztahu k platbě provizi neshledává naplnění podmínek uvedených shora pod body 5. a 6., tedy že by dodavatel požadoval za své plnění úplatu, kterou by, byť i nepřímou, poskytoval zadavatel. Přestože zdejší soud obecně připouští konstrukci tzv. funkčního pojetí veřejné zakázky, za shora popsáního skutkového stavu nelze souhlasit se závěry žalovaného, že provize je plněním, které by mělo být součástí předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

V právě uvedené otázce jsou žaloby důvodné a zdejší soud napadené rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s.ř.s. z důvodu nezákonnosti založené na nesprávném právním výkladu § 7 ZVZ zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Za tohoto stavu, není-li najisto postaveno splnění podmínek, na jejichž základě žalovaný dospěl k závěru, že žalobce a) měl postupovat podle ZVZ, nelze posuzovat, zda a nakolik se žalovaný odklonil od svého předchozího právního názoru, a pokud ano, nakolik se jednalo o změnu právního názoru odůvodněnou a legitimní – a tedy přípustnou. Touto otázkou se tedy zdejší soud již nezabýval. Stejně tak se soud nezabýval otázkou sankce uložené žalobci a).

V dalším řízení se tedy žalovaný, vázán právním názorem zdejšího soudu podle § 78 odst. 5 s.ř.s., bude znovu zabývat tím, jaké plnění, k němuž by ze smlouvy uzavřené mezi žalobcem a) a žalobcem b) vyplývala pro kohokoli povinnost, je plněním ve prospěch žalobce b) coby dodavatele, jež by bylo zároveň plněním k tíži veřejných prostředků, byť nikoli pouze těch veřejných prostředků, které jsou svěřeny žalobci a) coby zadavateli. Necht' žalovaný z tohoto pohledu především vyhodnotí povinnost žalobce a) coby zadavatele vyplývající z bodu III. smlouvy o zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi uzavřené dne 29.1.2008 k platbám jednorázových

poplatků, z bodu IV. téže smlouvy k platbám za dodání poukázek a z bodu I. téže smlouvy k platbám poukázek za jejich nominální hodnotu. Bude-li žalovaný považovat ještě jiné plnění za plnění z veřejných prostředků, nechť takové plnění i příslušné veřejné prostředky jasně konkretizuje. Poté, co žalovaný vymezí veškeré takové plnění, bude se zabývat otázkou předpokládané hodnoty veřejné zakázky a znovu posoudí, zda žalobce a) měl v právě posuzované věci postupovat podle ZVZ či nikoli - a na základě tohoto opakovaného posouzení znovu ve věci rozhodne.

Případné zrušení prvostupňového rozhodnutí v průběhu dalšího řízení je na rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nutně navazujícího na výsledek posouzení v rámci shora popsaného dalšího postupu ve správním řízení.

V. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobci byli ve věci úspěšnými, a proto jim náleží právo na náhradu nákladů řízení proti žalovanému. Každému ze žalobců zdejší soud přiznal náhradu nákladů za zaplacený soudní poplatek ve výši 2 000,- Kč a za právní zastoupení ve výši 7 200,- Kč (3 úkony právní služby po 2 100,- Kč společně se třemi režijními paušály po 300,- Kč – převzetí a příprava, žaloba, replika, to vše podle § 11 odst. 1 písm. a/ a d/ a § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu), celkem tedy ve výši 9 200,- Kč. K zaplacení stanovil zdejší soud žalovanému přiměřenou lhůtu.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí je přípustná kasační stížnost za podmínek § 102 a násl. s.ř.s., kterou lze podat do dvou týdnů po jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu prostřednictvím Krajského soudu v Brně. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s.ř.s.).

V Brně dne 2.2.2011

David Raus, v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Lucie Gazdová