22. 8. 2014

Vezměte, prosíme, na vědomí, že text článku odpovídá platné právní úpravě ke dni publikace.

Rozdělení předmětu veřejné zakázky na právní a telekomunikační služby z pohledu rozhodovací praxe ÚOHS; kdy je zadavatel povinen rozdělit veřejnou zakázku na části?

Ačkoliv existuje k dělení předmětu veřejné zakázky bohatá judikatura, zadavatelé se neoprávněným rozdělením předmětu veřejné zakázky stále vystavují sankcím ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže („ÚOHS“). Téma rozdělení předmětu veřejné zakázky pod stanovené limity vám tento článek představuje z pohledu veřejných zakázek na služby, zejména právní služby a telekomunikační služby.

Dělení předmětu veřejné zakázky v ZVZ a v judikatuře soudů

Podle ustanovení § 13 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů („ZVZ“), nesmí zadavatel rozdělit předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v ZVZ. Zadavatel stanovuje předpokládanou hodnotu podle pravidel uvedených v ZVZ a na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění příp. průzkumem trhu nebo jiným vhodným způsobem (viz § 13 odst. 2 ZVZ).

Při stanovení předpokládané hodnoty je 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 (viz § 13 odst. 8 ZVZ).

Odhlédnuto od toho, o jaký druh veřejné zakázky se jedná, měla by být skutečnost, zda se jedná o jednu veřejnou zakázku, posuzována z hlediska toho, zda předměty veřejných zakázek nevykazují znaky místní, časové, věcné, funkční, urbanistické, technologické či ekonomické souvislosti. Zadavatel musí při stanovování předpokládané hodnoty veřejné zakázky vzít v potaz všechna výše uvedená hlediska a rovněž objem všech pořizovaných obdobných dodávek, služeb či stavebních prací.

Jak totiž judikoval Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 62 Af 54/2010 ze dne 6. 12. 2011: *„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 (např. 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 ZVZ, není však v případě zadávání takové jediné veřejné zakázky vyloučeno připustit podávání nabídek jen na její jednotlivé části."

Dělení předmětu veřejné zakázky na služby

V souvislosti s věcným charakterem veřejných zakázek, u nichž se posuzují výše uvedené aspekty ve vztahu k možnému neoprávněnému rozdělení předmětu veřejné zakázky, lze nalézt jistá specifika. Zatímco v případě veřejných zakázek na stavební práce vstupují do úvah kromě základních hledisek místní, časové a věcné souvislosti i hlediska urbanistická, funkční či technologická, v případě veřejných zakázek, jejichž předmětem je poskytování služeb, se bude povětšinou jednat vyjma základní místní, věcné a časové souvislosti o hledisko nikoliv urbanistické či technologické, ale například o hledisko společného účelu.

Častou chybou, která se ve vztahu k rozdělení předmětu veřejné zakázky v rozporu se ZVZ vyskytuje, je rozdělení předmětu veřejné zakázky na poskytování příkladně analytických služeb, služeb koordinátora, právních služeb, různých druhů telekomunikačních služeb či zprostředkovatelských služeb apod., kdy zadavatelé zadávají jednotlivé veřejné zakázky zcela mimo režim zákona jako veřejné zakázky malého rozsahu s odůvodněním, že budou například poskytovány v rozdílných regionech, pro různé organizační jednotky zadavatele či, že se jedná o služby odlišného charakteru (specializace). Jak ale uvedl ÚOHS v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S157/2012/VZ-16886/2012/513/RNi ze dne 7. 9. 2012, které se mj. týkalo rozdělení předmětu veřejné zakázky na právní služby: „*…v případě všech smluvních jednotek měla být realizována po totéž časové období srovnatelná činnost, jejíž podstatou bylo poskytování právní pomoci zadavateli, konkrétně se jednalo o právní audit, který spočívá v udílení právních rad, zpracování právních rozborů, sepisování smluv a jiných listin, organizaci zadávacích řízení na výběr dodavatelů a uzavírání běžné smluvní agendy v rámci zajištění provozu zadavatele jako zdravotnického zařízení a k poskytování právní pomoci v ostatních oblastech a záležitostech souvisejících s provozem zadavatele. O tom, že se jedná o činnosti vzájemně srovnatelné či provázané, svědčí i skutečnost, že všechny tyto činnosti měl vykonávat jeden tentýž dodavatel…v obou případech uzavřených smluv se jedná o srovnatelnou činnost, která bude realizována v rámci předmětu plnění, neboť v obou případech se jedná o běžné právní služby*".

V případě veřejných zakázek na služby je tak třeba pečlivě zvážit, zda poptávané služby, byť např. pro jednotlivé organizační jednotky zadavatele, nenaplňují zejména věcnou souvislost, tedy, zda se jedná o jeden druh plnění (služby), které nemusí být v jednotlivostech nutně totožné. Příkladem zde budiž právě veřejné zakázky na právní služby, kde mohou být poptávány s ohledem na četnost oblastí práva, různorodé právní služby, které jednotlivě vykazují odlišnosti, avšak stále se jedná o jeden druh služeb, a to právních (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 8 Afs 31/2011-257 ze dne 30. 9. 2011), které je nutné zadávat společně. S případným argumentem, že vzhledem k nutnosti zadávání veřejných zakázek na právní služby společně pro různá právní odvětví bude zadavateli znemožněno vybrat erudovaného odborníka na konkrétní právní odvětví, se soud v citovaném rozsudku vypořádal následovně: „*…je zcela v dispozici zadavatele stanovit kritéria hodnocení nabídek, mezi něž lze zahrnout i příslušnou odbornost. Znovu je však třeba zdůraznit, že odborností uchazeče nemůže být vymezen předmět veřejné zakázky, jak se pokoušel dovodit stěžovatel, ale hodnotící kritéria pro výběr vítězného uchazeče*." Zadavateli tak předkládá judikatura východisko v podobě volby hodnotících kritérií, která zohlední erudovanost dodavatele v konkrétním právním odvětví. Vzhledem k tomu, že se tento příspěvek zabývá primárně dělením předmětu veřejné zakázky, nebudeme vstupovat do polemiky, nakolik je takové hodnocení ošidné z pohledu samotného stanovení hodnotících kritérií a následného vyhodnocování s ohledem na základní zásady ZVZ (§ 6) a případného přezkumu ze strany ÚOHS.

Jak je ale uvedeno v rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 8 Afs 31/2011 ze dne 30. 9. 2011, soud by akceptoval, pokud by zadavatel omezil veřejnou zakázku nikoliv předmětem, ale časovým obdobím: *„Krajský soud dospěl ke správnému závěru, že poskytování právních služeb představuje jediný komplexní druh plnění, který, ač sjednán v několika smlouvách, tvoří předmět jediné veřejné zakázky. Limity veřejné zakázky tedy nelze hledat v předmětu plnění (z hlediska konkrétní náplně právních služeb), ale např. v ohraničení plnění rámcem časovým (jak navrhoval krajský soud např. obdobím jednoho roku).*"

Co se týká dělení předmětu veřejné zakázky na telekomunikační služby, resp. věcné souvislosti, vodítko dává zadavatelům rovněž rozhodovací praxe ÚOHS, která se vyslovuje v tom smyslu, že: *„Vyvrácení věcné souvislosti mezi jednotlivými předměty veřejných zakázek nemůže být založeno na rozdílech, které svojí podstatou nemění původní účel jejich užití*" (rozhodnutí č. j. ÚOHS-S309/2013/VZ-1954/2014/512/JMa ze dne 28. 1. 2014). Jakkoliv se může v případě např. mobilních (datových a hlasových) služeb jednat o rozdílná technologická řešení, zadavatel by ani v tomto případě neměl rozdělit předmět takové veřejné zakázky pod limity stanovené ZVZ. ÚOHS v uvedeném rozhodnutí upozornil zadavatele na možnost rozdělení veřejné zakázky na části, pakliže to umožňuje povaha plnění (§ 98 zákona), přičemž právě v případě poskytování mobilních telekomunikačních služeb (hlasových a datových) možnost rozdělení veřejné zakázky doporučil.

V případě veřejných zakázek, jejichž předmětem je poskytování služeb pevných i mobilních telekomunikačních sítí obvykle naopak proti spojení těchto dvou služeb (pevné a mobilní) brojí dodavatelé, kteří nemají přístup k mobilním sítím, tj. nevlastní mobilní síť, ale pouze pevnou infrastrukturu. ÚOHS v těchto případech zaujímá stanovisko (opírající se předně o rozsudky Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008 a sp. zn. 2 Afs 198/2006 ze dne 27. 6. 2007), že v případě spojení služeb pevných a mobilních sítí do jednoho předmětu veřejné zakázky se jedná o spojení oprávněné – rozhodnutí č. j. ÚOHS-S549/2012/VZ-7511/2013/511/MFl ze dne 24. 4. 2013: *„Úřad zastává názor, že poptávané plnění, jak jej zadavatel vymezil, je oprávněně poptáváno v rámci jednoho zadávacího řízení (tj. jako jedna veřejná zakázka). Svým charakterem (poskytování telekomunikačních služeb) se jedná o plnění obdobná*" – a navíc, že jde o takové služby, které ani nelze zadávat rozdělené na části postupem podle § 98 ZVZ. ÚOHS sice připouští, že situace na trhu mobilních operátorů je pro společnosti nedisponující mobilní sítí nepříznivá, neboť *„…v oblasti pevných komunikací je zaručeno, že své služby může nabízet i poskytovatel nedisponující vlastní rozsáhlou infrastrukturou (v tom smyslu, že může využít minimálně infrastruktury operátora s významnou tržní silou, který je její zpřístupnění povinen umožnit), zatímco v oblasti mobilních komunikací je možnost poskytovatele nabízet své služby bez vlastní infrastruktury podmíněna uzavřením standardní obchodní smlouvy s vlastníkem takové infrastruktury (přičemž zásadní rozdíl spočívá v tom, že na rozdíl od oblasti pevných komunikací není vlastník infrastruktury k uzavření takové dohody ničím nucen)*", ale na druhou stranu uzavírá, že ani tato konkurenční nevýhoda není pro dodavatele nedisponující mobilní sítí „fatální", neboť není vyloučeno uzavření obchodní smlouvy s majitelem mobilní sítě (rozhodnutí č. j. ÚOHS-S549/2012/VZ-7511/2013/511/MFl ze dne 24. 4. 2013, potvrzené rozhodnutím č. j. ÚOHS-R139/2013/VZ-21818/2013/310/MŠe ze dne 8. 11. 2013 a obdobně rozhodnutí č. j. ÚOHS-S256/2012/VZ-9327/2013/510/ASh ze dne 21. 5. 2013 potvrzené rozhodnutím č. j. ÚOHS-R158/2013/VZ-2219/2014/310/DBa/MMl ze dne 31. 1. 2014).

Výše uvedeným rozhodnutím ÚOHS předcházel rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 57/2011 ze dne 1. 11. 2012 rušící rozhodnutí ÚOHS, který se v prvním i druhém stupni vyjádřil v tom smyslu, že zadavatel má právo na vymezení předmětu veřejné zakázky podle svého uvážení. Soud však ve zmiňovaném rozsudku uvedl, že *„…není namístě argumentovat tím, že vymezení předmětu veřejné zakázky je primárně věcí zadavatele, a tedy že tato otázka snad přesahuje pravomoc žalovaného… Pokud žalobce…namítal, že poptávka v té formě, jak ji učinil zadavatel, fakticky vedla k vyřazení dodavatelů působících v jednom ze dvou segmentů telekomunikačních služeb (pevných a*

mobilních),…pak bylo na žalovaném, aby se objektivně zabýval podmínkami na trhu, konkrétně tím, zda soutěžní prostředí ve vztahu k soutěži o tuto konkrétní veřejnou zakázku nebylo vymezením předmětu veřejné zakázky, k němuž bylo lze podávat pouze jedinou nabídku jako k celku, narušeno nebo dokonce vyloučeno".

K diskriminaci uchazečů prostřednictvím vymezení předmětu veřejné zakázky se vyslovil rovněž předseda ÚOHS v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R139/2013/VZ-21818/2013/310/MŠe ze dne 8. 11. 2013 (které bylo vydáno po rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 57/2011 ze dne 1. 11. 2012), kde uvedl: „*Vzhledem k podmínkám, které na trhu v oblasti mobilních telekomunikací panují, je nutno konstatovat, že omezené konkurenční prostředí je faktický stav, který je dán postavením mobilních operátorů na trhu a nemůže být důsledkem postupu zadavatele… Pokud zadavatel podle svého uvážení potřebuje a v zadávacím řízení poptává plnění v oblasti mobilních a pevných komunikačních sítí a z legitimních důvodů požaduje, aby toto vzájemně provázané plnění bylo poskytováno společně jediným dodavatelem (pokud požadavek na toto společné plnění není zjevně bezdůvodný), dostává se do situace, kdy sice musí postupovat v souladu se zásadou zákazu diskriminace, ale může tak činit jen v takové míře, v jaké mu to umožní situace na trhu. Zadavatel je povinen jednat v souladu se zásadou zákazu diskriminace, nelze po něm však požadovat, aby v rámci zadávacího řízení uměle a v rozporu s požadavkem na zajištění hospodárnosti, vytvářel rovnocenné podmínky pro všechny i v těch oblastech trhu, kde omezení konkurenčního prostředí je faktickým stavem, který není v rozporu s právními předpisy.*"

Omezení soutěžního prostředí tak podle předsedy ÚOHS nezpůsobil v tomto případě zadavatel vymezením předmětu veřejné zakázky, ale jedná se objektivní skutečnost způsobenou situací na trhu mobilních operátorů.

Ať už se jedná o telekomunikační služby mobilních sítí (datové a hlasové) nebo služby pevných a mobilních sítí, je judikatura konstantní v tom smyslu, že by se měly tyto služby zadávat společně, tedy, že tvoří jeden předmět veřejné zakázky. Rozdíl potom rozhodovací praxe nachází v možném (povinném) rozdělení takové veřejné zakázky na části.

Kdy má zadavatel povinnost rozdělit veřejnou zakázku na části?

ZVZ sice konstruuje ustanovení § 98 jako fakultativní, nicméně s ohledem na zásadu zákazu skryté diskriminace se Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 62 Af 7/2010 ze dne 2. 3. 2010 vyslovil tak, že „*…pokud by pak povaha předmětu veřejné zakázky rozdělení připouštěla a zároveň rozdělení nebránil ani § 13 odst. 3 ZVZ, bylo by podle názoru soudu na místě, aby zadavatel institutu rozdělení veřejné zakázky na části využil, a to bez ohledu na to, že ZVZ jeho použití výslovně neukládá…pokud ZVZ zakazuje při zadávání veřejných zakázek diskriminaci (a to jak zjevnou, tak skrytou), je třeba dovodit, že zadavatel je povinen postupovat tak, aby tento zákaz respektoval a v zadávacím řízení se diskriminace nedopouštěl*" (srov. s obdobným založením povinnosti s odkazem na § 6 ZVZ v rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 50/2010 ze dne 6. 11. 2011 týkajícím se aplikace § 76 odst. 3 ZVZ a institutu vysvětlení nabídky).

I Krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Af 57/2011 ze dne 1. 11. 2012 uvedl, že „*…pokud je předmět veřejné zakázky vymezen příliš široce (lze-li plnění v něm zahrnuté dodávat samostatně a děje-li se tak v praxi) a v důsledku toho podává nabídku méně dodavatelů než v situaci, kdy by byla plnění poptávána samostatně, vede to k diskriminaci těch dodavatelů, kteří by byli schopni podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna, bez ohledu na jejich možnost zajistit si subdodávky nebo podávat společnou nabídku; tím se totiž diskriminační účinek s vlivem na efektivní soutěžní prostředí, v němž se dodavatelé o veřejnou zakázku mají nacházet, nikterak neeliminuje.*"

Pokud by tedy mělo v důsledku nerozdělení veřejné zakázky na části dojít k diskriminaci uchazečů, zadavatel je povinen rozdělit veřejnou zakázku na části podle § 98 ZVZ, za předpokladu, že to povaha předmětu umožňuje, tedy nejde-li o služby propojené a úzce navazující. Jestliže se v případě spojení služeb jedná o navazující, provázané příp. vzájemně podmíněné služby nebo z hlediska obchodně-právního o služby, u nichž není možné, aby byly realizovány dvěma dodavateli, pak může zadavatel zadávat takové služby společně, aniž by musel dělit veřejnou zakázku na části a riskovat tak nekompatibilitu v poskytování služeb prostřednictvím dvou dodavatelů, nebo jiné spory vzniklé z obchodně-právních vztahů mezi dodavateli, které mohou mít dopad na poskytované služby.

Soud se v citovaném rozsudku (sp. zn. 62 Af 7/2010) vyslovil k rozdělení veřejné zakázky na části i v tom smyslu, že zásadně lze k rozdělení na části přistoupit tehdy, pokud *„…je důvod předpokládat, že za plnění po částech bude zadavatel platit v součtu nižší cenu. Tak tomu zpravidla může být právě v situaci, kdy rozdělení veřejné zakázky na části může přinést více nabídek a tedy i větší soutěž konkurujících si dodavatelů a z toho vyplývající nižší nabídkovou cenu*."

Při rozhodování, zda rozdělit veřejnou zakázku na části se tedy může zadavatel opřít i o „ekonomické" dopady rozdělení či nerozdělení veřejné zakázky na části (neměly by ale být jediným či prvotním důvodem dělení veřejné zakázky na části). Opačným výkladem lze tedy dospět k závěru, že v případě, kdy zadavatel sezná, že by rozdělení předmětu veřejné zakázky na části neústilo v podání v součtu levnějších nabídek, rozdělení na části neaplikuje (jestliže jsou splněny i ostatní podmínky pro nerozdělení veřejné zakázky na části).

Na základě dosavadní rozhodovací praxe ÚOHS a judikatury soudů lze na závěr konstatovat, že plnění spočívající v poskytování telekomunikačních služeb (pevných a mobilních sítí i datových a hlasových služeb) tvoří jeden předmět veřejné zakázky; v případě posuzování rozdělení takové veřejné zakázky na části by měl zadavatel předně zohlednit provázanost, návaznost, či vzájemnou podmíněnost služeb apod., dále dopad sloučení plnění spočívající v poskytování telekomunikačních služeb do jedné veřejné zakázky (bez rozdělení takové veřejné zakázky na části) na porušení zásady zákazu diskriminace potenciálních uchazečů a rovněž ekonomické dopady rozdělení veřejné zakázky na části ve vztahu k možnosti obdržet v součtu levnější nabídky.

Ing. Eva Marečková,
analytik veřejných zakázek

Mgr. David Říčný,
analytik veřejných zakázek

Hirst, a. s.

Samaritská 199/16
301 00 Plzeň

Tel.: +420 727 817 132
e-mail: info@hirst.cz

© EPRAVO.CZ – Sbírka zákonů, judikatura, právo | www.epravo.cz

Další články:

- Využívání holdingových struktur a na co si dát pozor
- Pluralita vedoucích odštěpného závodu
- „Těžko na cvičišti, lehko na bojišti“, aneb proč je kvalitní prodejní dokumentace klíčová (nejen) v automotive segmentu
- Územní plán jako klíčový faktor při oceňování pozemků
- Výpis z německého živnostenského rejstříku – kdy ho můžete potřebovat a kde a jak jej získat
- Aktuality ze světa nekalé soutěže
- Podíly pro zaměstnance v obchodních společnostech
- Evidence skutečných majitelů se uzavírá veřejnosti
- Transfer Pricing: Na co si dát pozor s blížícím se koncem roku
- Byznys a paragrafy, díl 24.: Digitalizace korporátního práva: EU cílí na snížení administrativy při přeshraničním podnikání
- Oceňování ochranných známek