



UOHSX006XAFY

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R75/2014/VZ-15169/2016/323/PMo

Brno: 12. dubna 2016

V řízení o rozkladu ze dne 7. 3. 2014, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 10. 3. 2014, zadavatelem –

- **Nemocnicí Břeclav**, příspěvkovou organizací, IČO 00390780, se sídlem U Nemocnice 3066/1, 690 02 Břeclav,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S560/2013/VZ-3881/2014/522/ZPr ze dne 20. 2. 2014 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše uvedeným zadavatelem v souvislosti s možným nedodržením závazného postupu zadavatele, kterého se měl dopustit,

- když uzavřel dne 24. 4. 2008 smlouvu označenou jako „**Dodatek č. 2 ke smlouvě o zajištění stravovacích služeb**“ k původní smlouvě o zajištění stravovacích služeb uzavřené dne 29. 6. 2004, která byla uzavřena na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „Zajištění stravovacích služeb v nemocnici Břeclav“ formou obchodní veřejné soutěže uveřejněné na centrální adrese dne 31. 3. 2004, a dále
- když uzavřel dne 29. 2. 2012 smlouvu označenou jako „**Dodatek č. 5 ke smlouvě o zajištění stravovacích služeb**“ k původní smlouvě o zajištění stravovacích služeb uzavřené dne 29. 6. 2004, která byla uzavřena na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „Zajištění stravovacích služeb v nemocnici Břeclav“ formou obchodní veřejné soutěže uveřejněné na centrální adrese dne 31. 3. 2004,

jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

I.

Výrok I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S560/2013/VZ-3881/2014/522/ZPr ze dne 20. 2. 2014 podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a dále ve spojení s § 121 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

r u š í m

a správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném ke dni 24. 4. 2008, zadavatelem – Nemocnicí Břeclav, příspěvkovou organizací, IČO 00390780, se sídlem U Nemocnice 3066/1, 690 02 Břeclav, tím, že dne 24. 4. 2008 uzavřel smlouvu označenou jako „Dodatek č. 2 ke smlouvě o zajištění stravovacích služeb“ k původní smlouvě o zajištění stravovacích služeb ze dne 29. 6. 2004, která byla uzavřena na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Zajištění stravovacích služeb v nemocnici Břeclav“ formou obchodní veřejné soutěže uveřejněné na centrální adrese dne 31. 3. 2004, aniž by tak učinil v některém z druhů zadávacích řízení vyjmenovaných v § 21 odst. 2 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky,

z a s t a v u j i.

II.

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S560/2013/VZ-3881/2014/522/ZPr ze dne 20. 2. 2014 podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona

p o t v r z u j i

a rozklad v tomto rozsahu

z a m í t á m.

III.

Výrok III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S560/2013/VZ-3881/2014/522/ZPr ze dne 20. 2. 2014 podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

r u š í m

a věc v tomto rozsahu

vracím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Nemocnice Břeclav, příspěvková organizace, IČO 00390780, se sídlem U Nemocnice 3066/1, 690 02 Břeclav (dále jen „**zadavatel**“), vyhlásil dne 31. 3. 2004 formou obchodní veřejné soutěže uveřejněné na centrální adrese podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „Zajištění stravovacích služeb v nemocnici Břeclav“ (dále také „**původní veřejná zakázka**“). Zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 29. 6. 2004 smlouvu o zajištění stravovacích služeb (dále jen „**původní smlouva**“) na dobu neurčitou a s cenou díla stanovenou formou dílčích jednotkových cen za jednotlivá jídla. Předmětem původní smlouvy bylo zajištění stravování pro zaměstnance a pacienty zadavatele formou výroby hotových jídel a nápojů, a to za podmínek a způsobem sjednaných v původní smlouvě.
2. V původní smlouvě je v bodu VI.3. uvedeno, že *„Podmínky, při jejichž splnění je možné překročit cenu podle článku VI., odstavce VI.1.1. až VI.1.12. jsou smluvními stranami dohodnuty takto: VI.3.1. Pokud v průběhu provádění díla dojde ke změnám sazeb daně z přidané hodnoty; VI.3.2. V případě, že roční inflace v uplynulém kalendářním roce, ve kterém probíhalo plnění podle uzavřené smlouvy, podle údajů Statistického úřadu překročila 8 % oproti stavu při uzavření smlouvy (v druhém a dalším roce plnění k 1.1. uplynulého kalendářního roku), zvýší se cena v následujícím kalendářním roce o inflační vlivy, avšak maximálně o 5 %.“*
3. Zadavatel k původní smlouvě uzavřel šest dodatků. Dodatkem č. 2 ze dne 24. 4. 2008 (dále jen „**dodatek č. 2**“) byly upraveny ceny jídel v souvislosti s prokazatelným nárůstem cen surovin a režijních nákladů. Dodatkem č. 5 ze dne 29. 2. 2012 (dále jen „**dodatek č. 5**“) byly upraveny ceny jídel v souvislosti s prokazatelným nárůstem cen surovin a režijních nákladů a rovněž v souvislosti s úpravou snížené sazby DPH u nemocničního stravování.
4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) obdržel dne 20. 8. 2012 podnět týkající se postupu zadavatele v souvislosti s uzavíráním dodatků k původní smlouvě. Úřad si od zadavatele vyžádal dokumentaci o původní veřejné zakázce a vyjádření zadavatele k obsahu podnětu. Z předložených materiálů získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když uzavřel dodatek č. 2 a dodatek č. 5 k původní smlouvě v rozporu s právy a povinnostmi vyplývajícími z původní smlouvy, a proto dne 17. 9. 2013 zahájil správní řízení z moci úřední.

II. Napadené rozhodnutí

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 20. 2. 2014 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S560/2013/VZ-3881/2014/522/ZPr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona účinného ke dni 24. 4. 2008

(dále jen „zákon“)¹, když uzavřel dodatek č. 2 k původní smlouvě, aniž by tak učinil v některém z druhů zadávacích řízení dle § 21 odst. 2 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

6. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když uzavřel dne 29. 2. 2012 dodatek č. 5 k původní smlouvě, aniž by tak učinil v některém z druhů zadávacích řízení dle § 21 odst. 2 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
7. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli za spáchání těchto správních deliktů dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 100 000 Kč.
8. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad předně uvedl, že zadavatel naplnil podmínku úplatnosti dle § 7 zákona tím, že v rámci plnění představujícího zajištění stravování jak pro pacienty, tak také pro zaměstnance, uzavřel za stanovené jednotkové ceny dne 29. 6. 2004 původní smlouvu a k ní dodatek č. 2 a dodatek č. 5 a následně sám hradil cenu realizovaného plnění, přičemž peněžní tok za úhradu plnění předmětu veřejné zakázky směřoval od zadavatele k vybranému uchazeči. Dle Úřadu se tak jednalo o veřejnou zakázku ve smyslu zákona, která tedy přísluší jeho přezkumu v celém rozsahu.
9. K dodatku č. 2, který byl uzavřen dne 24. 4. 2008, Úřad uvedl, že tímto dodatkem došlo k překročení 5% hranice ceny u některých jednotlivých položek, ačkoli bylo předmětné zvýšení v rozporu s původně stanovenými smluvními podmínkami. I uzavřením dodatku č. 5 dne 29. 2. 2012 dle Úřadu došlo k více než 5% zvýšení cen, a to u stravy charakterizované v položkách VI.1.9.; VI.1.11.; VI.1.12., přičemž zadavatel uvedené zvýšení odůvodnil také nárůstem cen surovin.
10. K výše uvedenému učinil Úřad závěr, že zadavatel předmětnými dodatky umožnil podstatnou změnu původní smlouvy, neboť v rozporu s pevně stanovenými podmínkami uvedenými v původní smlouvě zadavatel předmětnými dodatky zvyšoval jednotkovou cenu některých položek nad maximálně povolených 5%. Úřad k tomu uvedl, že stanovení způsobu nepřekročitelnosti ceny je pro dodavatele velmi podstatným aspektem při tvorbě nabídkové ceny, přičemž se může projevit i v rozhodnutí dodavatele o neúčasti v zadávacím řízení. Zadavatel tedy uzavřel s vybraným uchazečem předmětné dodatky k původní smlouvě, aniž by tak učinil v některém z druhů zadávacích řízení dle § 21 odst. 2 zákona, přestože předmětnými dodatky podstatným způsobem změnil podmínky vyplývající z původní smlouvy, což mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
11. V odůvodnění výroku III. napadeného rozhodnutí Úřad mj. uvedl, že pokuta je v souladu se zásadou absorpce ukládána za správní delikt, jehož se zadavatel dopustil uzavřením dodatku č. 2 k původní smlouvě.

III. Námitky rozkladu

12. Dne 10. 3. 2014 obdržel Úřad v zákonem stanovené lhůtě rozklad zadavatele ze dne 7. 3. 2014 proti napadenému rozhodnutí.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se o znění účinné ke dni zahájení zadávacího řízení původní veřejné zakázky či ke dni uzavření dodatků č. 2 a č. 5. Bude-li nutné znění zákona výslovně specifikovat, bude tak v textu rozhodnutí uvedeno.

13. Zadavatel v rozkladu v prvé řadě odkazuje na vyjádření zasláná Úřadu, kde mimo jiné uvedl, že uzavřením dodatku č. 2 ze dne 24. 4. 2008 a uzavřením dodatku č. 5 ze dne 29. 2. 2012 došlo ke zvýšení jednotkových cen z důvodu prokazatelného nárůstu cen surovin, neboť zadavatel je odpovědný za výživu svých pacientů, a proto musí být dodržovány nutriční hodnoty pokrmů, jejichž cenová hodnota se vlivem prokazatelného nárůstu cen surovin zvyšuje. Namítá tedy, že Úřad v napadeném rozhodnutí tuto zadavatelem uváděnou skutečnost nijak nezohlednil.
14. Zadavatel dále uvádí, že v rámci správního řízení navrhl jako důkaz Zprávy o činnosti příspěvkových organizací – jednotlivých nemocnic zřizovaných Jihomoravským krajem, kterými mělo být prokázáno, že ceny stravného v ostatních nemocnicích Jihomoravského kraje jsou minimálně srovnatelné. Z napadeného rozhodnutí podle zadavatele nevyplývá, že by Úřad v souvislosti s předmětným důkazem šetřil cenu stravného tak, aby byla prokázána minimálně zásada 3E, zejména zásada efektivity a hospodárnosti v rámci zajišťování nemocničního stravování a jeho výše.
15. Následně zadavatel poukazuje na skutečnost, že s ohledem na dodržení léčebného standardu v oblasti stravy vynaložil veškeré úsilí tak, aby neporušil své právní povinnosti při uzavírání předmětných dodatků, přičemž v letech 2008 a 2012 a v daném místě se ceny za poskytování stravy pohybovaly ve stejné cenové relaci, ve které jsou nyní nastaveny se společností ARAMARK, IČO 45794707, se sídlem Jemnická 1138, 140 00 Praha 4 – Michle (dále jen „**vybraný uchazeč**“). V souvislosti s výše uvedeným zadavatel dodává, že pokud by realizoval řádné zadávací řízení, nelze uvažovat o tom, že by ceny stravného byly ostatními uchazeči stanoveny v nižší výši. Z toho důvodu má za to, že jeho postup při uzavírání předmětných dodatků neměl vliv na výběr nejhodnější nabídky, tak jak Úřad uvedl v napadeném rozhodnutí.
16. Zadavatel dále podotýká, že Úřad má při svém rozhodování o výměře pokuty přihlídnout k závažnosti správních deliktů, zejména ke způsobu jejich spáchání a jejich následkům a okolnostem, za nichž byly spáchány tak, jak stanovuje § 121 odst. 2 zákona. Podle zadavatele proto nyní nelze uvažovat o určité závažnosti správního deliktu, neboť předmětné dodatky byly uzavřeny v letech 2008 a 2012 a nejedná se tedy o aktuální porušení zákona. Zadavatel dodává, že také v ostatních nemocnicích Jihomoravského kraje je cena stravného v daném čase minimálně totožná, a proto má za to, že pokud by vypsál řádné zadávací řízení na předmětné plnění, nelze usuzovat, že by byly ceny stravného stanoveny ostatními uchazeči v nižší výši.

Závěr rozkladu

17. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu podanému rozkladu plně vyhověl a napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

18. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

19. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
20. V důsledku toho, že v souladu s pozdější právní úpravou došlo k zániku odpovědnosti za správní delikt konstatovaný ve výroku I. napadeného rozhodnutí, přičemž tato právní úprava je pro zadavatele příznivější, konstatuji, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zrušení výroku I. napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení v této věci. V odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou dále uvedeny důvody, které mne vedly ke zrušení výroku I. napadeného rozhodnutí a k zastavení správního řízení v této věci.
21. Dále Úřad tím, že ve výroku II. napadeného rozhodnutí konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když uzavřel dne 29. 2. 2012 dodatek č. 5 k původní smlouvě, aniž by tak učinil v některém z druhů zadávacích řízení dle § 21 odst. 2 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně výroku II. napadeného rozhodnutí.
22. Vzhledem k tomu, že pokuta uložená výrokem III. napadeného rozhodnutí za spáchání správních deliktů konstatovaných ve výroci I. a II. napadeného rozhodnutí byla v souladu se zásadou absorpce určena podle správního deliktu vymezeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí, jenž byl výrokem I. tohoto rozhodnutí zrušen a správní řízení v této věci zastaveno, je nezbytné zrušit rovněž výrok III. napadeného rozhodnutí a věc v tomto rozsahu vrátit Úřadu k novému projednání a ke stanovení nové výše sankce, a to za správní delikt jediný – konstatovaný ve výroku II. napadeného rozhodnutí.

V. K důvodům zrušení výroku I. napadeného rozhodnutí a zastavení řízení v této věci

23. Podle čl. 10 Ústavy, vyhlášené mezinárodní smlouvy, k jejichž ratifikaci dal Parlament souhlas a jimiž je Česká republika vázána, jsou součástí právního řádu; stanoví-li mezinárodní smlouva něco jiného než zákon, použije se mezinárodní smlouva.
24. Na mezinárodní úrovni lze poukázat na čl. 15 odst. 1 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech (dále jen „**Mezinárodní pakt**“), jímž je Česká republika vázána, kde je uvedeno, že nikdo nesmí být potrestán za čin, který nebyl trestný podle zákona v době, kdy byl spáchán. Pachateli nelze uložit vyšší trest, než dovoluje uložit zákon účinný v době, kdy byl trestný čin spáchán. Nový zákon má zpětnou působnost pouze tehdy, jestliže je pro pachatele příznivější. Na vnitrostátní úrovni úpravy ochrany základních lidských práv je nutno upozornit na čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (dále jen „**Listina**“), kde je stanoveno, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější.
25. V Listině uvedený pojem „trestnost“ činu se v doktríně českého trestního práva vykládá jako souhrn všech podmínek, které jsou trestněprávně relevantní pro výrok o vině a trestu. Mezi takové podmínky patří například okolnosti vylučující protiprávnost či podmínky promlčení

trestného činu (Jelínek, J. a kol.: Trestní právo hmotné. 2. Vydání. Praha: Leges, 2010, 912 s., s. 61). Byť se ve správním právu obvykle neužívá pojem trestnost, lze dovodit, že ustanovení výše uvedených lidskoprávních pramenů dopadají přímo i na úpravu odpovědnosti za správní delikty.

26. *„Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod v čl. 6 odst. 1 větě první uvádí, že každý má právo na to, aby jeho záležitost byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem, zřízeným zákonem, který rozhodne o jeho občanských právech a závazcích nebo o oprávněnosti jakéhokoli trestního obvinění proti němu. Zároveň z judikatury Evropského soudu pro lidská práva vyplývá, že pod pojem „trestní obvinění“ nelze zařadit pouze taková jednání, která jsou trestným činem ve smyslu vnitrostátní právní úpravy. Trestním obviněním, které projednává a rozhodne o něm soud v plné jurisdikci, jsou i jednání, která jsou podle vnitrostátní úpravy přestupkem. Plnou jurisdikci je podle judikatury Evropského soudu pro lidská práva třeba chápat tak, že čl. 6 odst. 1 nerozlišuje skutkové okolnosti a právní otázky; stejně jako právní otázky mají i skutkové okolnosti význam pro výsledek řízení. Právo na soud a na jurisdikční řešení sporu platí jak pro právní, tak i pro skutkové otázky (Rozsudek ve věci Le Compte et al. z roku 1961)“.* Výše uvedené je uvedeno v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 57/2004-42 ze dne 15. 12. 2005 a podstatný je pro nyní šetřenou věc závěr, že pokud se hovoří o trestním obvinění, lze pod tento pojem podřadit i přestupky. Pokud lze pod pojem trestního obvinění podřadit přestupky, tím spíše pod tento pojem bude možno podřadit i tzv. jiné správní delikty, potažmo správní delikty podle § 120 a násl. zákona.
27. *Ve stejném duchu se vyslovil Nejvyšší správní soud i ve svém rozsudku ze dne 13. 6. 2008 č. j. 2 As 9/2008-88, kde konstatoval, že „jakkoliv totiž Listina výslovně hovoří pouze o trestných činech, stejně jako český překlad Mezinárodního paktu, podle ustálené judikatury českých soudů a mezinárodních soudních orgánů, stejně jako podle převažujících doktrinárních názorů, lze aplikovat zásady trestního práva i pro účely správního práva trestního. V současné doktríně sice existují i názory odmítající použití analogie v případech norem správního práva trestního v otázce posuzování viny a trestu, nicméně většina autorů se na přípustnosti takového použití analogie (za předpokladu, že jde o analogii ve prospěch pachatele) shodne. Toto stanovisko potvrzuje i judikatura Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu (viz např. nálezy Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 611/01 a II. ÚS 192/05 nebo rozsudky Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 A 126/2002, 2 A 1018/2002-OL-29 a 2 As 69/2003)“.*
28. *Z časového hlediska je nutné v rámci správního trestání považovat za stěžejní pravidlo, že trestnost správního deliktu se posuzuje podle zákona účinného v době, kdy byl spáchán; podle pozdějšího zákona se posuzuje pouze tehdy, jestliže je to pro pachatele příznivější, jak vyplývá z výše uvedených lidskoprávních pramenů práva.*
29. *Důvodem uplatňování pravidla použití pozdější právní úpravy v případě, že je pro pachatele (v tomto správním řízení pro zadavatele) správního deliktu výhodnější, je závazek České republiky vyplývající z Mezinárodního paktu o občanských a politických právech, a tomu odpovídající základní právo pachatele dle Listiny, řídit se v případě, že pozdější právní úprava hodnotí správní delikt příznivěji než úprava dřívější, právě touto pozdější právní úpravou, a nikoli trvat na předchozím přísnějším posouzení. Úřad je tedy nejprve povinen čin zadavatele subsumovat pod relevantní ustanovení zákona a zjistit, zda nedošlo k jejich*

změně či zrušení. Pokud došlo ke změně právní úpravy, je třeba porovnat, která úprava je pro zadavatele příznivější. Příznivější pro zadavatele bude vždy ta právní úprava, která stanoví kratší dobu pro zánik odpovědnosti za správní delikt, přičemž je třeba vzít v úvahu délku lhůty pro zánik odpovědnosti za správní delikt.

30. Podle § 121 odst. 3 zákona, ve znění účinném v době uzavření dodatků č. 2 a č. 5 (dále jen „**dřívější právní úprava**“), odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, 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.
31. Dne 6. 3. 2015 vešla v účinnost novela zákona č. 40/2015 Sb., která mimo jiné změnila délky lhůt u odpovědnosti za správní delikt v § 121 odst. 3 zákona.
32. Podle § 121 odst. 3 zákona, ve znění účinném ke dni vydání tohoto rozhodnutí (dále jen „**pozdější právní úprava**“), 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.
33. Zákon v případě dřívější i pozdější úpravy rozlišuje tzv. subjektivní a objektivní lhůtu pro zánik odpovědnosti právnické osoby za správní delikt. Dle ustálené rozhodovací praxe národních soudů jsou prekluzivní lhůty pro uložení správní sankce považovány za lhůty hmotněprávní (viz např. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 9. 2012, č. j. 7 Afs 14/2011 - 115). Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 9. 2013, č. j. 7 As 95/2011-108 „[n]estanoví-li zákon něco jiného o běhu a počítání hmotněprávní prekluzivní lhůty pro uložení sankce za jiný správní delikt, nelze aplikovat předpis upravující běh lhůt procesních [zde ust. § 40 odst. 1 písm. a) a c) správního řádu]. Z judikatury Ústavního soudu lze sice dovodit možnou aplikovatelnost § 40 odst. 1 správního řádu i na běh lhůt hmotněprávních (srovnej např. nálezy Ústavního soudu ze dne 25. 9. 1998, sp. zn. IV. ÚS 365/97), nicméně v daném případě je podle Nejvyššího správního soudu třeba se v souladu se zásadou *in dubio mitius* přiklonit k výkladu, který lhůtu neprodlužuje, tj. k výkladu příznivějšímu pro sankcionovaný subjekt. Běh předmětné lhůty je tedy třeba počítat podle přirozeného běhu času (*a momento ad momentum*), proto se neposouvá okamžik jejího počátku ani se tato lhůta neprodlužuje, připadá-li její poslední den na sobotu, neděli či státní svátek (srovnej rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 30. 8. 1998, č. j. 6 A 69/96 - 34, publikován pod č. 939/2002 SJS).“
34. Jelikož podle pozdější (současné) právní úpravy je subjektivní lhůta pro zánik deliktní odpovědnosti zkrácena z 5 let na 3 roky a objektivní lhůta z 10 let na 5 let, konstatují, že za úpravu pro zadavatele příznivější je nutno považovat úpravu pozdější, jež vešla v účinnost během tohoto nyní vedeného řízení o rozkladu. Při její aplikaci totiž nemůže být ani Úřadem rozhodnuto o spáchání správního deliktu, ani uložena pokuta. Je tedy nepochybně pro eventuálního pachatele příznivější.
35. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí podle dřívější právní úpravy konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že dne 24. 4. 2008 uzavřel dodatek č. 2 k původní smlouvě, aniž by tak učinil v některém z druhů zadávacích řízení dle § 21 odst. 2 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

36. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad podle dřívější právní úpravy konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když uzavřel dne 29. 2. 2012 dodatek č. 5 k původní smlouvě, aniž by tak učinil v některém z druhů zadávacích řízení dle § 21 odst. 2 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
37. Z pohledu přezkumné činnosti Úřadu je okamžikem spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona okamžik uzavření smlouvy, přičemž objektivní lhůta, po jejímž uplynutí zanikne odpovědnost za správní delikt, jestliže Úřad o něm nezhájil v této lhůtě řízení, začíná běžet dnem uzavření smlouvy. V nyní šetřené věci se nicméně dle výroků I. a II. napadeného rozhodnutí zadavatel dopustil správních deliktů tím, že postupně uzavřel dodatek č. 2 k původní smlouvě a následně dodatek č. 5 k původní smlouvě, aniž by tak učinil v některém z druhů zadávacích řízení podle § 21 odst. 2 zákona. Je tedy třeba posoudit, zda neuběhla některá z lhůt, po jejichž uplynutí zaniká odpovědnost zadavatele za správní delikt. Pro toto zjištění je stěžejní stanovení začátku a konce běhu těchto lhůt.
38. Dle obecného pravidla počítání času určeného podle týdnů, měsíců nebo let končí lhůta uplynutím toho dne, který se svým označením shoduje se dnem, kdy došlo ke skutečnosti určující její počátek.
39. V případě dodatku č. 2 je za den určující počátek běhu objektivní lhůty považován den 24. 4. 2008, tedy den uzavření tohoto dodatku, přičemž tento den lze označit za nejpozději možný den spáchání předmětného správního deliktu. Podle pozdější právní úpravy tedy objektivní lhůta, v souladu se zásadou *a momento ad momentum*, skončila uplynutím dne 24. 4. 2013.
40. V případě dodatku č. 5 je za den určující počátek běhu objektivní lhůty považován den 29. 2. 2012, tedy den uzavření dodatku, přičemž tento den lze označit za nejpozději možný den spáchání předmětného správního deliktu. Podle pozdější právní úpravy tedy objektivní lhůta, v souladu se zásadou *a momento ad momentum*, dosud neuplynula.
41. Ze správního spisu vyplývá, že Úřad se o možném spáchání správních deliktů zadavatelem mohl dozvědět nejdříve dne 20. 8. 2012, kdy mu byl doručen podnět k zahájení správního řízení z moci úřední, fakticky však až později dnem doručení dokumentace o veřejné zakázce, resp. seznámením se s podstatnou částí dokumentace vztahující se k přezkoumávanému deliktnímu jednání, tj. více než čtyři roky od uzavření dodatku č. 2. Následné správní řízení z moci úřední Úřad zahájil dne 17. 9. 2013, tj. více než pět let od uzavření dodatku č. 2, avšak méně než pět let od uzavření dodatku č. 5.
42. Z výše uvedeného vyplývá, že podle dřívější právní úpravy Úřad zahájil správní řízení správně ve lhůtě pro zánik odpovědnosti za správní delikt. Podle pozdější právní úpravy, která vešla v účinnost formou novely zákona č. 40/2015 Sb. během řízení o rozkladu, však již odpovědnost zadavatele za správní delikt vymezený ve výroku I. napadeného rozhodnutí zanikla, neboť Úřad podle ní nezhájil správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele do 5 let ode dne, kdy byl spáchán. Jako jedna z podmínek zániku odpovědnosti podle výše uvedeného ustanovení je tedy uplynutí subjektivní či objektivní lhůty. S ohledem na výše uvedené prokazatelně uplynula objektivní pětiletá lhůta, neboť za jejího běhu nebylo zahájeno správní řízení ve vztahu k deliktu definovanému ve výroku I. napadeného rozhodnutí.

43. Podle pozdější právní úpravy mohl Úřad zahájit správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při uzavírání dodatku č. 2 do dne 24. 4. 2013, přičemž po uplynutí této lhůty již zanikla odpovědnost zadavatele za správní delikt vymezený ve výroku I. napadeného rozhodnutí. V duchu zásad *nullum crimen sine lege* a *nulla poena sine lege* tak nelze konstatovat vinu a uložit trest za správní delikt vymezený ve výroku I. napadeného rozhodnutí, který již uplynutím lhůty pozbyl podle zákona trestnosti, neboť takové rozhodnutí by bylo nezákonné a v rozporu se základními zásadami legality a právního státu. Nezbyvá tedy než konstatovat, že jelikož uplynula lhůta uvedená v § 121 odst. 3 zákona, zanikla odpovědnost zadavatele za správní delikt vymezený ve výroku I. napadeného rozhodnutí v důsledku právní úpravy pro zadavatele příznivější a výrok I. napadeného rozhodnutí je proto třeba zrušit a správní řízení v tomto rozsahu zastavit podle § 90 odst. 4 správního řádu.
44. Z povahy věci nemůže být předmětem tohoto rozhodnutí přezkum toho, zda se zadavatel dopustil či nedopustil správního deliktu při uzavírání dodatku č. 2 k původní smlouvě, jelikož odpovědnost za tento správní delikt zanikla. Jednání zadavatele tedy nelze posuzovat z hlediska jeho trestnosti, protože spáchání deliktu, i kdyby se ho zadavatel dopustil, již Úřad nemůže konstatovat, ani za něj uložit pokutu, právě kvůli zániku odpovědnosti z důvodu uplynutí objektivní lhůty stanovené v § 121 odst. 3 zákona, ve znění účinném od 6. 3. 2015.
45. Důsledkem zániku odpovědnosti za výše uvedený správní delikt je skutečnost, že Úřad již nemůže zahájit správní řízení a rozhodnout o tom, zda se zadavatel dopustil tohoto správního deliktu, tudíž je vyloučeno i uložení případné pokuty. Za takové situace je jednoznačné, že pozdější právní úprava je příznivější pro zadavatele, zároveň Úřad je k zániku odpovědnosti za správní delikt povinen přihlížet z moci úřední, proto je v nyní šetřené věci jeho povinností aplikovat právní úpravu pozdější z důvodu zachování zásady, že pozdějšího právního předpisu se použije, jestliže je to pro pachatele (zadavatele) příznivější.
46. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 24/2011-79 ze dne 7. 4. 2011 vyplývá, že „*narozdíl od občanského soudního řádu (§ 154 odst. 1) a soudního řádu správního (§ 75 odst. 1) neobsahuje správní řád konkrétní ustanovení, jež by zakotvovala zásadu, že pro rozhodování správního orgánu je rozhodující skutkový a právní stav v době vydání rozhodnutí...Rozhodování správního orgánu podle skutkového stavu v době vydání rozhodnutí tedy vyplývá přímo z povahy správního řízení, které směřuje k vydání konstitutivního správního rozhodnutí. Teprve právní mocí takového rozhodnutí vzniká, mění se či zaniká právo a povinnost. Tento postup je brán jako samozřejmý a zavedený v historii správního řízení*“. Změna právní úpravy je relevantní v době rozhodování Úřadu v prvním stupni i ve správním řízení o rozkladu, protože správní řízení tvoří jeden celek a správní orgán je povinen rozhodovat podle právního předpisu účinného v době svého rozhodování. Úřad je zároveň povinen až do vydání pravomocného rozhodnutí ve věci z moci úřední zkoumat, zda nenastaly okolnosti vylučující protiprávnost, mezi které mimo jiné patří i zánik odpovědnosti za správní delikt.
47. Pro komplexní posouzení daného případu je třeba přihlídnout i k rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 12. 2011 č. j. 5 As 92/2011-89, kde je uvedeno, že „*ze znění § 182 odst. 3 stavebního zákona* (přičemž v § 182 odst. 3 zákona č. 183/2006 Sb., stavební zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**stavební zákon**“) je doslovně uvedeno, že odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže stavební úřad o něm nezahájil

řízení do 1 roku ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 3 let ode dne, kdy byl spáchán) *je zřejmé, že prekluzivní lhůta upravená v tomto ustanovení je lhůtou pro zahájení řízení a nikoliv, jak chybně dovozuje stěžovatel, pro nabytí právní moci rozhodnutí o správním deliktu*“. Přestože se výše uvedené týká zániku odpovědnosti za správní delikt podle stavebního zákona, lze závěry učiněné Nejvyšším správním soudem aplikovat i na nyní šetřenou věc, neboť právní úprava zániku odpovědnosti za správní delikt podle stavebního zákona je téměř identická právní úpravě téhož v zákoně. Zásadní však v dané souvislosti je, že lhůta pro zánik odpovědnosti za správní delikt se váže k zahájení správního řízení ze strany správního orgánu a nikoliv k nabytí právní moci rozhodnutí prvního stupně. Důsledkem toho je skutečnost, že v nyní šetřené věci lze konstatovat, že zanikla odpovědnost zadavatele za předmětný správní delikt, jelikož uplynula objektivní lhůta stanovená v § 121 odst. 3 zákona, ve znění účinném od 6. 3. 2015.

48. Dle § 90 odst. 4 správního řádu jestliže odvolací správní orgán zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího zruší napadené rozhodnutí a řízení zastaví, ledaže jiné rozhodnutí o odvolání může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků.
49. Výše předestřená argumentace mne tedy vede k závěru, že odpovědnost zadavatele za správní delikt, jehož se měl zadavatel dopustit uzavřením dodatku č. 2 k původní smlouvě, a za který byl zadavatel v napadeném rozhodnutí potrestán pokutou, v důsledku účinnosti pozdějšího znění § 121 odst. 3 zákona, které je pro zadavatele příznivější, zanikla. Z tohoto důvodu jsem povinen výrok I. napadeného rozhodnutí bez dalšího zrušit a správní řízení v této věci zastavit, což vylučuje věcný přezkum výroku I. napadeného rozhodnutí.

VI. K důvodům potvrzení výroku II. napadeného rozhodnutí – k námitkám rozkladu

50. Pokud se jedná o správní delikt vymezený ve výroku II. napadeného rozhodnutí, uvádím následující. Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí podle dřívější právní úpravy konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že uzavřel dodatek č. 5 k původní smlouvě, aniž by tak učinil v některém z druhů zadávacích řízení dle § 21 odst. 2 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.
51. V případě tohoto dodatku začala běžet objektivní lhůta pro zánik odpovědnosti za správní delikt dne 29. 2. 2012, tedy dnem uzavření předmětného dodatku. Jak již bylo uvedeno, Úřad zahájil správní řízení z moci úřední dne 17. 9. 2013 na základě podnětu, který obdržel dne 20. 8. 2012. Úřad v návaznosti na § 121 odst. 3 zákona před uložením pokuty v daném případě správně ověřil, zda jsou naplněny zákonné podmínky pro zánik odpovědnosti zadavatele. Podle dřívější právní úpravy zcela správně zahájil správní řízení ve vztahu ke správnímu deliktu definovanému ve výroku II. napadeného rozhodnutí.
52. Z výše uvedeného vyplývá, že v případě správního deliktu vymezeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí dosud neuplynula objektivní pětiletá lhůta pro zánik odpovědnosti zadavatele za spáchání předmětného správního deliktu, neboť dané správní řízení bylo Úřadem zahájeno před jejím uplynutím. Nenastaly tedy důvody pro zrušení výroku II. napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení ve vztahu ke správnímu deliktu vymezenému ve výroku II. napadeného rozhodnutí, jelikož nezanikla odpovědnost

za spáchání tohoto správního deliktu ve smyslu § 121 odst. 3 zákona. Z toho důvodu jsem níže pristoupil k vypořádání námitek rozkladu zadavatele týkajících se správního deliktu vymezeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí.

53. Pokud se jedná o problematiku podstatné změny původní smlouvy, je třeba akcentovat, že zadavatel prokazatelně změnil smluvní podmínky vztahující se k překročitelnosti nabídkové ceny, když uzavřením dodatku č. 5 k původní smlouvě došlo k více než 5% zvýšení cen, a to konkrétně u stravy specifikované v položkách VI.1.9., VI.1.11. a VI.1.12 původní smlouvy. Předmětným dodatkem došlo mimo jiné k navýšení cen některých jednotlivých položek z důvodu zvýšení míry inflace. U tohoto důvodu byl však zadavatel limitován podmínkami stanovenými v článku VI.3.2. původní smlouvy, tedy že cena položky nesmí být navýšena o více než 5 %, což zadavatel nade vší pochybnost nedodržel. V daném případě tedy došlo ke zvýšení cen některých položek způsobeného inflačními vlivy a předmětné zvýšení cen zároveň přesahovalo 5 % ve vztahu k ceně stanovené v původní smlouvě. V důsledku uzavření dodatku č. 5 k původní smlouvě proto došlo k podstatné změně původní smlouvy. Nadto, Úřad při stanovení míry procentuálního překročení limitu navýšení jednotkových cen správně vycházel při svých výpočtech z jednotkových cen v částkách bez DPH uvedených v původní smlouvě, s tím, že provedený výpočet byl očištěn o změnu sazby DPH. Zvýšení cen u těchto položek tak nemohlo být ovlivněno změnou sazby DPH.
54. Zadavatel v rozkladu v první řadě odkazuje na vyjádření zaslaná Úřadu, kde mimo jiné uvedl, že uzavřením dodatku č. 5 k původní smlouvě došlo ke zvýšení jednotkových cen z důvodu prokazatelného nárůstu cen surovin, neboť zadavatel je odpovědný za výživu svých pacientů, a proto musí být dodržovány nutriční hodnoty pokrmů, jejichž cenová hodnota se vlivem prokazatelného nárůstu cen surovin zvyšuje. Namítá tedy, že Úřad v napadeném rozhodnutí tuto zadavatelem uváděnou skutečnost nijak nezohlednil.
55. Ve vztahu k výše uvedené námitce uvádím, že i samotný zadavatel v průběhu správního řízení připustil, že *„při uzavírání dodatků č. 2 a č. 5 došlo k minimálnímu překročení procentní hranice jednotkových cen potravin, kdy nemocnice musí zejména s odkazem na výše uvedené dodržet i léčebný standard v oblasti stravy“*, přičemž *„logicky tak došlo k odchýlení od původních hodnot nastavených ve veřejné zakázce“*, viz vyjádření zadavatele ze dne 23. 9. 2013. V této souvislosti jsem dospěl k závěru, že důkazy provedené v rámci správního řízení Úřadem, zejména vyjádření zadavatele ze dne 19. 6. 2013 a ze dne 23. 9. 2013, včetně přiložených příloh (zpráv o činnosti za rok 2012 v případě Nemocnice Tišnov, p. o., Nemocnice Vyškov, p. o., Nemocnice Znojmo, p. o., Nemocnice Kyjov, p. o., Nemocnice TGM Hodonín, p. o., a Nemocnice Ivančice, p. o. – majících zdokumentovat náklady na stravování v jednotlivých nemocnicích Jihomoravského kraje), tvoří souhrnný celek a vedou k jednoznačnému závěru, že zadavatel nedostál své zákonné povinnosti, kterou měl před uzavřením dodatku č. 5 k původní smlouvě splnit, a sice s ohledem na zvýšení cen některých položek, přesahující hranici 5 % ve vztahu k ceně stanovené v původní smlouvě, zahájit nové zadávací řízení ve smyslu § 21 odst. 2 zákona tak, aby se mohli do nového zadávacího řízení přihlásit i jiní dodavatelé.
56. Nelze zpochybnit skutečnost, že zadavatel je coby nemocnice odpovědný za výživu svých pacientů a musí dodržovat příslušné nutriční hodnoty pokrmů, jejichž cenová hodnota se vlivem nárůstu cen surovin může zvyšovat. Nelze však dovodit, že jedna povinnost vylučuje či omezuje povinnost druhou. Povinnost zadavatele zajistit stravu pro pacienty jej nezbavuje

povinnosti postupovat při vynakládání veřejných prostředků v souladu se zákonem. V takovém případě (tedy za situace, kdy dojde ke zvýšení ceny potravin) musí zadavatel posoudit, zda mu zákon jím zvolený postup (uzavření dodatku) umožňuje. V opačném případě je zadavatel povinen zahájit nové zadávací řízení ve smyslu relevantních ustanovení zákona na předmět plnění a umožnit tak řádnou soutěž mezi dodavateli. Jedině tak je zadavatel schopen svým postupem naplnit účel zákona, tedy zajistit dodržení hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Tohoto cíle je dosahováno především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy hrazené z veřejných prostředků byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.

57. Jak jsem již uvedl výše, Úřad v bodě 49. odůvodnění napadeného rozhodnutí správně konstatoval, že předmětné zadatelovy „*důkazy a tvrzení neopravňovaly zadavatele ke změně smluvních podmínek, neboť nespádaly do povolené výjimky v rámci uzavřené smlouvy*“, byť k určitému nárůstu cen v provozní činnosti, mimo jiné i v oblasti stravování, u zadavatele skutečně došlo. Předmětná námitka vznesená zadavatelem v rozkladu proto nemůže obstát.
58. Nadto neobstojí ani argumentace zadavatele, v rámci které poukazuje na to, že Úřad nešetřil cenu stravného tak, aby byla prokázána zásada 3E (tedy hospodárnost, účelnost a efektivnost), v rámci zajišťování nemocničního stravování a jeho výše. Předmětem správního řízení bylo posouzení toho, zda zadavatel při uzavření předmětných dodatků k původní smlouvě postupoval podle zákona. Jak bylo uvedeno již výše, zadavatel byl před uzavřením dodatku č. 5 k původní smlouvě povinen provést nové zadávací řízení. Zásadu 3E nelze bez dalšího stavět nad povinnosti vyplývající pro zadavatele přímo z relevantních ustanovení zákona. Nadto je zřejmé, že pokud by se vybraný uchazeč účastnil nového zadávacího řízení, a pokud by jeho nabídka byla nejvhodnější, mohl být opětovně vybrán. Zdůrazňuji tedy, že v daném případě Úřad nebyl povinen detailně šetřit cenu stravného za účelem prokázání dodržení zásady 3E v rámci nemocničního stravování, jelikož posuzování této otázky by bylo s ohledem na vymezený předmět správního řízení zcela bezpředmětné. Předmětný požadavek zadavatele obsažený v rozkladu je proto třeba označit za nedůvodný.
59. Zadavatel podle jeho názoru s ohledem na dodržení léčebného standardu v oblasti stravy vynaložil veškeré úsilí, které na něm bylo možno požadovat, aby neporušil své právní povinnosti při uzavírání předmětného dodatku. K tomuto uvádím, že porušení zákonné povinnosti zadavatele dle zákona je založeno na tzv. objektivní odpovědnosti. V případě objektivní odpovědnosti tedy platí, že subjekt, který svým jednáním naplnil znaky správního deliktu, odpovídá za škodlivý následek bez ohledu na zavinění. Pro posouzení toho, zda se zadavatel dopustil správního deliktu, je tedy rozhodující pouze to, zda objektivně nastal stav, jenž je v rozporu se zákonem. K tomu je třeba odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 As 71/2009 – 67 ze dne 10. 6. 2010, kde se uvádí, že „*v oblasti veřejného práva je, na rozdíl od oblasti práva soukromého, odpovědnost právnických a podnikajících fyzických osob koncipována převážně na principu objektivní odpovědnosti, ve většině případů tedy zákon pro vznik odpovědnosti nevyžaduje zavinění subjektu. Ke vzniku odpovědnosti za správní delikt tedy postačuje, jsou-li naplněny znaky deliktu stanovené zákonem bez ohledu na to, zda lze v daném případě přičíst odpovědnému subjektu jednu z forem zavinění, či nikoliv.*“

60. Pro úplnost dále zdůrazňuji, že objektivní odpovědnost zadavatele má své limity. Z konstrukce ustanovení § 121 odst. 1 zákona vyplývá, že břemeno tvrzení a břemeno důkazní leží na tom, kdo se zmírnění tvrdosti zákona dovolává. Jinými slovy (i přes působení zásady vyšetřovací při dokazování) není vzhledem k § 121 odst. 1 zákona povinností Úřadu, aby aktivně vyhledával důvody, pro které by měl být zadavatel zproštěn své odpovědnosti nebo aby aktivně zajišťoval důkazy prokazující tvrzenou existenci liberačních důvodů.
61. Pokud se tedy jedná o námitku zadavatele, v rámci které poukazuje na existenci liberačních důvodů, shrnuji následující. Aby předmětný správní delikt v případě, že došlo k naplnění všech znaků jeho skutkové podstaty, nebyl přičítán k odpovědnosti zadavateli, musí tento prokázat, že na jeho straně existují liberační důvody, spočívající v tom, že vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil. Konstatuji, že úsilím zadavatele ve smyslu § 121 odst. 1 zákona rozumím aktivní jednání, zaměřené na zabránění porušení právní povinnosti. Zadavatel však ve svém vyjádření ani v celém průběhu správního řízení konkrétní kroky, které by měly směřovat k předejití (zabránění) porušení § 21 odst. 2 zákona, neprokázal, byť v rozkladu tvrdí, že, cit.: „*[N]emocnice dle svého názoru vynaložila veškeré úsilí, aby neporušila své právní povinnosti a aby dodržela základní léčebný standard*“. Zadavatel tedy sice tvrdil, že jsou zde dány liberační důvody, neuvedl však žádné konkrétní kroky, které učinil, aby zabránil porušení dané právní povinnosti, a rovněž k tomuto obecnému tvrzení nepředložil žádné důkazy. Zadavatel tedy ve vztahu k liberačním důvodům neunesl ani břemeno tvrzení, ani břemeno důkazní.
62. Zadavatel v rozkladu doplňuje, že pokud by realizoval řádné zadávací řízení, nelze uvažovat o tom, že by ceny stravného byly ostatními uchazeči stanoveny v nižší výši. Z toho důvodu má za to, že jeho postup při uzavírání předmětného dodatku neměl vliv na výběr nejvhodnější nabídky tak, jak Úřad uvedl v napadeném rozhodnutí. Zdůrazňuji, že zadavatel před uzavřením dodatku č. 5 k původní smlouvě nepostupoval podle zákona, i když se jednalo o samostatnou 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 daného dodatku. Za situace, kdy zadavatel zjistil, že bude muset navýšit ceny některých položek, měl posoudit, zda mu zákon a podmínky stanovené v článku VI.3.2. původní smlouvy jím zvolený postup (uzavření dodatku) umožňují. Uzavřením výše uvedeného dodatku zadavatel zvýšil některé jednotkové ceny, ačkoli to bylo v rozporu s původně stanovenými smluvními podmínkami, když předmětné zvýšení cen přesahovalo 5 % ve vztahu k ceně stanovené v původní smlouvě. V důsledku tohoto postupu zadavatele došlo k podstatné změně podmínek stanovených v původní smlouvě. Zadavatel měl vypsát nové zadávací řízení ve smyslu § 21 odst. 2 zákona tak, aby se do nového zadávacího řízení mohli přihlásit i jiní dodavatelé, neboť, jak z povahy věci vyplývá, jednalo se o zcela novou veřejnou zakázku. To však zadavatel neučinil a tím zapříčinil situaci, že jeho nezákonný postup mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť za situace, kdy žádná soutěž neproběhla, nelze spolehlivě prokázat, že by ceny stravného nabídnuté ostatními uchazeči byly při zadání nové veřejné zakázky vyšší, jak tvrdí zadavatel.
63. K výše uvedenému shrnuji, že zadavatel svým postupem, kdy před uzavřením dodatku č. 5 k původní smlouvě nepostupoval podle zákona, neumožnil účast dalších možných

dodavatelů v zadávacím řízení a narušil tak soutěžní prostředí. Nezákonně omezení, resp. vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z vůbec nejzávažnějších porušení zákona. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout nižší cenu požadovaného plnění. Není vyloučeno, že zadavatel mohl obdržet na poptávaný předmět plnění i jiné, cenově výhodnější nabídky ostatních uchazečů, pokud by na příslušný předmět plnění vypsál nové zadávací řízení. Ani tato námitka vznesená zadavatelem v rozkladu proto jako nedůvodná neobstojí.

VII. K důvodům zrušení výroku III. napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

64. Jak vyplývá z výše uvedeného (body 39. a 40. odůvodnění tohoto rozhodnutí), v případě správního deliktu vymezeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí bylo dané správní řízení Úřadem zahájeno před uplynutím lhůty pro zánik deliktovní odpovědnosti. Nenastaly tak důvody pro zrušení výroku II. napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení v této věci podle § 90 odst. 4 správního řádu, tak jako v případě výroku I. napadeného rozhodnutí.
65. Úřad při určení výměry pokuty za oba původně konstatované správní delikty aplikoval zásadu absorpce, která se uplatňuje při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb. Jelikož jsem však výrokem I. tohoto rozhodnutí zrušil výrok I. napadeného rozhodnutí, kterým Úřad rozhodl o spáchání správního deliktu, ve vztahu k němuž – s ohledem na pozdější právní úpravu, která je pro zadavatele příznivější – zanikla odpovědnost zadavatele za jeho spáchání, neobstojí výrok III. napadeného rozhodnutí, neboť Úřad v souladu se zásadou absorpce uložil pokutu za přísněji trestný správní delikt, kterým byl dle ceny veřejné zakázky právě správní delikt spáchaný zadavatelem při uzavření dodatku č. 2 k původní smlouvě. Je přípustné, aby byl výrok o vině potvrzen a výrok o sankci zrušen a vrácen Úřadu k novému projednání, jelikož od výroku o vině je výrok o trestu oddělitelný.
66. Z výše uvedených důvodů jsem přistoupil ke zrušení výroku III. napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.
67. Vzhledem k tomu, že bude třeba znovu posoudit závažnost v tomto případě již jen jednoho správního deliktu, mám za to, že by bylo výrazně omezeno právo zadavatele bránit se ve správním řízení proti stanovené pokutě, pokud by o ní bylo rozhodnuto v řízení o rozkladu. Je tedy třeba dodržet zásadu dvojinstančnosti správního řízení, která, jak judikoval NSS mj. v rozsudku č. j. 2 As 22/2008-151 ze dne 29. 5. 2009, „... v praxi znamená, že řízení a rozhodnutí správního orgánu prvního stupně podléhá kontrole odvolacího orgánu...“. Proto jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí, přičemž při novém projednání věci se Úřad bude zabývat již jen otázkou „trestu“ za spáchaný správní delikt.

VIII. Závěr

68. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které je nutno výrok I. napadeného rozhodnutí zrušit a správní řízení v této věci zastavit, dále výrok II. napadeného rozhodnutí potvrdit a rozklad v tomto rozsahu zamítnout, a zrušit výrok III. napadeného rozhodnutí a věc v tomto rozsahu vrátit Úřadu k novému projednání, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výrocích tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Nemocnice Břeclav, příspěvková organizace, U Nemocnice 3066/1, 690 02 Břeclav

Vypraveno dne:

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