



UOHSX008VOKB

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0823/2014/VZ-44764/2016/512/VNv

Brno: 4. listopadu 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 9. 10. 2014 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel - Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, IČO 00064165, se sídlem U Nemocnice 499/2, 128 00, Praha 2,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při uzavírání smlouvy na veřejnou zakázku „Pronájem komunikačního systému Hicom/Hipath“, zadávanou v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 8. 3. 2010 a uveřejněno dne 12. 3. 2010 pod ev. č. 60042732,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel - Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, IČO 00064165, se sídlem U Nemocnice 499/2, 128 00, Praha 2 – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 citovaného zákona, když veřejnou zakázku „Pronájem komunikačního systému Hicom/Hipath“, zadávanou v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném dne 9. 2. 2010 odesláním písemné výzvy k jednání ze dne 9. 2. 2010 a jejíž oznámení o zadání zakázky bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 8. 3. 2010 a uveřejněno dne 12. 3. 2010 pod ev. č. 60042732, zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) a § 23 odst. 5 písm. b) citovaného zákona, přičemž tento postup

mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 15. 2. 2010 uzavřel s dodavatelem Siemens Enterprise Communications s.r.o., IČO 27599523, se sídlem Průmyslová 1306/7, 102 00 Praha10, nyní Unify s.r.o., který byl dle obchodního rejstříku s účinností od 15. 10. 2013 přejmenován, smlouvu na plnění veřejné zakázky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli - Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, IČO 00064165, se sídlem U Nemocnice 499/2, 128 00, Praha 2 – ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 200 000 Kč (dvě stě tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel - Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, U Nemocnice 499/2, 128 00, Praha 2 (dále jen „zadavatel“), dne 15. 2. 2010 uzavřel nájemní smlouvu, jejíž plnění probíhalo v období 1. 1. 2001 – 14. 2. 2010 se společností Siemens Enterprise Communications s.r.o., IČO 27599523, se sídlem Průmyslová 1306/7, 102 00 Praha10, nyní Unify s.r.o., dle obchodního rejstříku byla společnost s účinností od 15. 10. 2013 přejmenována (dále jen „vybraný uchazeč“).
2. Před ukončením výše uvedeného pronájmu zahájil zadavatel zadávací řízení na veřejnou zakázku „Pronájem komunikačního systému Hicom/Hipath“, zadávanou v jednacím řízení bez uveřejnění, jehož oznámení o zadání zakázky bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 8. 3. 2010 a uveřejněno dne 12. 3. 2010 pod ev. č. 60042732 (dále jen „veřejná zakázka“).
3. Předmětem veřejné zakázky je náhrada části již pronajatého komunikačního systému novou řídicí ústřednou typu Siemens HiPath 4000 V5 a následné rozšíření pronajatého systému o centralizovaný systém hlasové pošty a o systém CTI konektivity a vytáčení z PC.
4. Zadavatel na základě „Výzvy k jednání“ ze dne 15. 2. 2010, oslovil jediného zájemce, a to vybraného uchazeče za účelem uzavření navazující nájemní smlouvy. Následně dne 15. 2. 2010 bylo stran nabídky vybraného uchazeče konstatováno, že splňuje veškeré zákonné požadavky i požadavky zadavatele uvedené v zadávací dokumentaci.
5. Na základě „Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky“ ze dne 15. 2. 2010 zadavatel rozhodl, že nejvhodnější nabídkou je nabídka výše uvedeného uchazeče. Veřejná zakázka tak byla přidělena uchazeči, který byl podle § 23 odst. 4 písm. a) a ustanovením § 34 odst. 1 až 3 zákona jako jediný vyzván k jednání v rámci jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel konstatoval, že vybraný uchazeč předložil úplnou nabídku vyhovující všem zákonným požadavkům i požadavkům zadavatele.

6. Dne 15. 2. 2010 zadavatel uzavřel Smlouvu č. M111 187a o pronájmu komunikačního systému Siemens Hicom/HiPath na plnění předmětu veřejné zakázky s vybraným uchazečem (dále jen „smlouva“).
7. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal příslušnou dokumentaci.
8. Po posouzení předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, když zadal veřejnou zakázku prostřednictvím jednacímho řízení bez uveřejnění a Úřad zahájil správní řízení z moci úřední.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

9. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je:
 - zadavatel.
10. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkovi řízení dopisem č.j. ÚOHS-S823/2014/VZ-21263/2014/512/PMu ze dne 8. 10. 2014, ve kterém účastníka správního řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí.
11. Účastník správního řízení obdržel oznámení o zahájení správního řízení dne 9. 10. 2014 a tímto dnem bylo dle ustanovení § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) správní řízení zahájeno.
12. Úřad vydal dne 9. 10. 2014 usnesení č.j. ÚOHS-S823/2014/VZ-21322/2014/512/PMu, kterým byla účastníku řízení stanovena lhůta, ve které byl oprávněn navrhopat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
13. Úřad vydal dne 24. 10. 2014 usnesení č. j. ÚOHS-S823/2014/VZ-22566/2014/512/PMu, ve kterém stanovil účastníku řízení lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí.
14. K výše uvedeným přípisům vydaných Úřadem se zadavatel vyjádřil dne 15. 10. 2014, když uvedl, že odkazuje na svá předešlá vyjádření ze dne 21. 7. 2014 a ze dne 22. 9. 2014 učiněná již v rámci šetření podnětu vedeného pod sp. zn. P554/2014/VZ.

Vyjádření zadavatele ze dne 21. 7. 2014

15. Dne 22. 7. 2014 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k obdrženému podnětu, ve kterém uvedl, že druh řízení – jednacím řízení bez uveřejnění – použil, neboť z technických důvodů nemohl zakázku splnit nikdo jiný než vybraný uchazeč.
16. Zadavatel dále uvedl, že plnění jiným dodavatelem je z technického hlediska možné, nicméně by to přineslo nepoměrně vyšší finanční náklady a odkázal tím na zásadu hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků.
17. V předmětném vyjádření dále uvedl, že tímto způsobem postupoval také proto, aby byly zachovány stávající investice a dodržena současná jednotná technologie.
18. Zadavatel dále uvedl, že realizovaným řešením také eliminoval náklady na restrukturalizaci a obnovu datové sítě a vybudování nové strukturované kabeláže.

Vyjádření zadavatele ze dne 22. 9. 2014

19. Dne 23. 9. 2014 bylo Úřadu doručeno doplnění vyjádření zadavatele k vyjádření ze dne 21. 7. 2014.
20. Zadavatel ve svém vyjádření konstatuje, že vzhledem k rozsahu telefonních služeb v rámci celého areálu nemocnice nelze bez zásadního ohrožení provozu celé nemocnice zajistit bezproblémové přepojení provozu ze stávajících telefonních ústředen na jiné, od jiného dodavatele.
21. Dále zadavatel uvádí, že v době, kdy došlo k prodloužení původní smlouvy na veřejnou zakázku, nedisponoval žádnou relevantní informací o tom, zda je na trhu v České republice k dispozici jiné, technicky a finančně výhodnější řešení od jiného dodavatele.
22. Zadavatel ve svém vyjádření dále uvedl varianty možných řešení, které byly zvažovány před uzavřením smlouvy v jednacím řízení bez uveřejnění, a sice ukončení původní smlouvy a nahrazení všech pronajímaných technologií jinou od jiného dodavatele ve stejném technickém a funkčním rozsahu, ukončení původní smlouvy a nahrazení všech pronajímaných technologií jinou od jiného dodavatele na platformě IP telefonie a ukončení původní smlouvy a nahrazení všech pronajímaných technologií mobilními telefony.
23. Pro komplikace a ekonomickou nevýhodnost byla jednotlivá řešení odmítnuta a možnost postupu prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění a uzavření smlouvy se stávajícím pronajímatelem, vybraným uchazečem byla shledána jako jediná možná.
24. Zadavatel se dále odkazuje na ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) a uvádí, že předmětnou veřejnou zakázku lze také chápat jako dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž již byla uzavřena smlouva, které jsou určeny jako částečná náhrada původní dodávky nebo jako rozšíření stávajícího rozsahu dodávky.
25. Závěrem zadavatel uvádí, že podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění byly splněny.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 6. 1. 2015 a řízení o rozkladu proti němu

26. Dne 6. 1. 2015 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S823/2014/VZ-337/2015/512/PMu (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 15. 2. 2010 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu. Výrokem II. Úřad uložil pokutu ve výši 600 000 Kč.
27. Proti výše uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 21. 1. 2015 rozklad ze dne 20. 1. 2015. Zadavatel obdržel napadené rozhodnutí dne 7. 1. 2015, rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
28. V námitkách rozkladu se zadavatel zabýval samotným správním deliktem a uloženou pokutou. Dle zadavatele podmínka požadovaná zákonem pro tento typ zadávacího řízení byla splněna, neboť veřejnou zakázku nemohl v danou chvíli zejména z technických důvodů splnit nikdo jiný než oslovený zájemce. Zadavatel uvádí, že poskytnutí plnění jiným dodavatelem než dodavatelem původního plnění by bylo z technického hlediska sice

teoreticky možné, nicméně by to přineslo nepoměrně vyšší finanční náklady, než kdyby plnění bylo dodáno původním dodavatelem, což je v rozporu se zásadou hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků. Zadavatel takto postupoval také proto, aby byly zachovány stávající investice a dodržena současná jednotná technologie. Zadavatel poukazuje na to, že perfektní fungování komunikační sítě je zcela nezastupitelné a jakékoli její výpadky a nefunkčnost mohou způsobit nedozírné škody zejména na životě a zdraví léčených pacientů. Zadavatel uvádí, že kromě realizované varianty zvažoval ještě další možné varianty řešení. Zadavatel konstatuje, že v jeho postupu nelze shledat žádnou účelovost nebo úmysl obejítí zákona při zadávání návazných veřejných zakázek. Původní veřejná zakázka byla zadána zcela prokazatelně a stav exkluzivity dosavadního dodavatele nebyl vytvořen zadavatelem a nevznikl samoučelně, ale byl přirozenou součástí předmětu plnění. Zadavatel se domnívá, že důkazem k prokázání jím tvrzených skutečností je především zadávací dokumentace. Zadavatel dále odkazuje na rozsudky Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013 a sp. zn. 1 As 136/2012 ze dne 27. 11. 2012 (veškerá citovaná rozhodovací praxe Nejvyššího správního soudu dostupná na www.nssoud.cz). Závěrem této části rozkladu poukazuje zadavatel na zásadu správního řízení, dle které správní orgán dbá, aby přijaté řešení odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly.

29. Z hlediska uložené pokuty zadavatel konstatuje, že Úřad nepostupoval správně, když v odůvodnění výše pokuty v podstatě pouze citoval ustanovení zákona, na základě kterých pokutu ukládal, konstatoval maximální výši pokuty, zmínil obecnou funkci pokuty, uvedl, že vzal v úvahu skutečnost, že zadavatel naprosto vyloučil vzájemnou konkurenci dodavatelů, jinak neshledal žádné polehčující ani přitěžující okolnosti, za kterých byl správní delikt spáchán a uvedl, že pokuta není likvidační. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na judikaturu Nejvyššího správního soudu. Zadavatel má za to, že Úřad zcela nesprávně a nedostatečně posoudil závažnost tvrzeného správního deliktu, když se v podstatě vůbec nezabýval způsobem jeho spáchání a jeho následky a ani okolnostmi, za nichž byl údajný správní delikt spáchán. Úřad se podle názoru zadavatele opomenul zabývat jeho tvrzeními opakovaně uváděnými ve vyjádřeních. Zadavatel dále konstatuje, že Úřad žádným způsobem nezohlednil skutečnost, že od realizace zadávacího řízení a projednání správního deliktu uplynulo téměř 5 let, přičemž v této souvislosti odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Afs 55/2013. Zadavatel rovněž nesouhlasí se závěrem Úřadu, že pokuta není likvidační. Zadavatel je přesvědčen, že vyčíslená sankce bude mít na jeho hospodaření zásadní vliv. Druhou část rozkladu zadavatel uzavírá tím, že podle jeho názoru je napadené rozhodnutí v části týkající se uložené sankce nepřezkoumatelné, neboť z něj nejsou zřejmé žádné konkrétní úvahy, které vedly Úřad k uložení pokuty v příslušné výši.
30. Závěrem rozkladu zadavatel rozporuje usnesení Úřadu ze dne 9. 10. 2014. Zadavatel dále navrhuje, aby Úřad ustanovil znalce k odbornému posouzení, zda bylo v předmětné veřejné zakázce zachování stejného dodavatele nezbytné.
31. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc správnímu orgánu rozhodujícím o rozkladu.

Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 2. 9. 2016

32. Po projednání rozkladu předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R27/2015/VZ-36585/2016/321/MMI ze dne 2. 9. 2016, které nabylo právní moci dne 5. 9. 2016 (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu“) zrušil podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 správního řádu, prvostupňové rozhodnutí č. j. ÚOHS-S823/2014/VZ-337/2015/512/PMu ze dne 6. 1. 2015 a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
33. V odůvodnění svého rozhodnutí předseda Úřadu mj. uvedl následující:

„Důvodem, pro který jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí, je jeho nepřezkoumatelnost, spočívající v nedostatku odůvodnění závěrů, na jejichž základě Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky.

Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí nejprve uvedl obecné pojednání a obecné závěry k jednacím řízení bez uveřejnění, následně Úřad s odkazem na vyjádření zadavatele ze dne 21. 7. 2014 a s odkazem na § 23 zákona uzavřel, že „Zadavatelem nebyly naplněny podmínky žádného ustanovení obsaženého v ustanovení § 23 zákona a nemohou být svévolně rozšiřovány, naopak je toto ustanovení třeba vykládat restriktivně.“ V dalším odstavci Úřad opětovně odkázal na vyjádření zadavatele tentokrát ze dne 22. 9. 2014 a uzavřel, že „Z výše uvedeného tak lze dovodit, že zadavatel nenaplnil podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona...“.

Nepovažuji postup Úřadu, kdy z odůvodnění napadeného rozhodnutí nejsou seznatelné úvahy, jakými se Úřad řídil při hodnocení podkladů napadeného rozhodnutí a při výkladu právních předpisů a jak je vyhodnotil, za souladný se správním řádem. Pokud tedy Úřad výše uvedeným způsobem „dovodil“, že zadavatel spáchal správní delikt, pak takový závěr, bez podrobného rozvedení důvodů, které Úřad k tomuto závěru vedly, neodpovídá ust. § 68 odst. 3 správního řádu, neboť není zřejmé, jakými úvahami se Úřad řídil při hodnocení podkladů pro vydání rozhodnutí.

Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, může zadavatel veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem. V daném případě se zadavatel odvolával na důvody technického charakteru, pro které bylo podle jeho názoru možné veřejnou zakázku zadat pouze určitému dodavateli. Z napadeného rozhodnutí však není seznatelné, že by Úřad zkoumal, zda zadavatel nejen tvrdil, ale také prokázal, zda jsou podmínky požadované zákonem splněny či nikoli. Úřad se tedy nezabýval tím, zda zadavatel prokázal tvrzené technické důvody ani se nezabýval tím, zda zadavatel doložil, že v daném případě existuje pouze určitý dodavatel, který by mohl splnit předmět veřejné zakázky. Úřad pouze konstatoval, že zadavatel podmínky stanovené § 23 odst. 4 písm. a) zákona nenaplnil, ale z napadeného rozhodnutí nejsou seznatelné důvody a podklady, na základě kterých k tomuto Úřad dospěl.

Na základě výše uvedeného uzavírám a zavazuji Úřad k tomu, aby posoudil, zda důvody technického charakteru pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel pouze tvrdil nebo je i prokázal, a dále zda prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel předmětu veřejné zakázky. Úřad nechť dále uvede, z jakých podkladů vycházel a na základě jakých úvah ke svým závěrům dospěl.

Co se týče odůvodnění napadeného rozhodnutí ve vztahu k výši uložené pokuty, ani v této části napadené rozhodnutí nelze shledat přezkoumatelným a splňujícím požadavky vyplývající ze zákona a judikatury správních soudů, a to zejména když Úřad uložil sankci v horní polovině maximální možné sazby pouze s odkazem na charakter správního deliktu.

S ohledem na závěry vyslovené v odůvodnění napadeného rozhodnutí mám za to, že Úřad nepostupoval zcela v souladu s ust. § 121 odst. 2 zákona. Úřad správně v odůvodnění napadeného rozhodnutí týkající se uložení pokuty uvedl cenu veřejné zakázky a z ní vypočetl horní hranici možné pokuty, dále Úřad ověřil, zda nezanikla odpovědnost zadavatele za spáchaný správní delikt a přihlédl k ekonomické situaci zadavatele. Dále Úřad konstatoval, že „při určení výše pokuty za spáchaný správní delikt přihlédne k závažnosti spáchaného správního deliktu, jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Z hlediska přiměřenosti ukládané sankce vzal Úřad v úvahu následující skutečnosti.“ Z dalšího textu pak srozumitelným a přezkoumatelným způsobem nevyplývá jaké skutečnosti a jak Úřad posoudil. Úřad sice uvedl, že dospěl k závěru, že se jedná o závažné porušení zákona avšak pouze na základě toho, že zadavatel nenaplnil podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, což samo o sobě nevyjadřuje závažnost správního deliktu, když nesplnění zákonných podmínek pro jednacím řízení bez uveřejnění, respektive nedodržení postupu podle zákona je jedním ze znaků skutkové podstaty správního deliktu. V bodu 59 napadeného rozhodnutí Úřad uvedl: „Zadavatel předmětnou zakázku zadal jedinému oslovenému dodavateli, vzájemná konkurence jednotlivých uchazečů tak byla zcela omezena. Celkové provinění zadavatele tak dosáhlo takové intenzity, aby Úřad mohl konstatovat naprosté vyloučení vzájemné konkurence dodavatelů ucházejících se o veřejnou zakázku. Zadavatelův postup proto představuje popření jednoho ze základních principů zákona o veřejných zakázkách – tedy podpora hospodářské soutěže o veřejnou zakázku.“ V tomto odstavci Úřad tedy popsal pouze pojmový znak správního deliktu. Při použití jednacím řízení bez uveřejnění ze své podstaty dochází k vyloučení hospodářské soutěže mezi dodavateli, když je předmět veřejné zakázky zadán přímo určitému dodavateli. Tyto závěry Úřadu tak nevypovídají ničeho jak o závažnosti, tak o následcích či okolnostech předmětného správního deliktu, jinými slovy Úřad v odůvodnění výše pokuty neuvedl, jaká byla závažnost a následky v tomto konkrétním případě. Tuto část odůvodnění pak Úřad uzavřel s tím, že „s ohledem na výše uvedený charakter správního deliktu se Úřad rozhodl udělit v horní polovině maximální možné sazby.“

Nelze tedy konstatovat, že by Úřad řádně a v souladu se zákonem odůvodnil výši uložené pokuty. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí neuvedl srozumitelným a přezkoumatelným způsobem své závěry, tedy nedostál svým povinnostem zakotveným v § 121 odst. 2 zákona, kdy při určení výše pokuty za spáchaný správní delikt by měl Úřad přihlédnout k závažnosti spáchaného správního deliktu, jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán a následně by měl tyto skutečnosti při samotném určení výše pokuty zohlednit. Zároveň nepovažuji za přezkoumatelné závěry ve vztahu k odůvodnění uložení

sankce v horní polovině maximální možné zákonné výše spočívající pouze v konstatování „s ohledem na výše uvedený charakter správního deliktu“.

K tomuto uvádím, že rozhodnutí o uložení pokuty je nepřezkoumatelné, je-li její výše odůvodněna pouhým zopakováním skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty či funkcí pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda, a jakým způsobem byla tato kritéria správním orgánem hodnocena. Z judikatury Nejvyššího správního soudu vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudek NSS č. j. 8 As 5/2005-53 ze dne 29. 6. 2005). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost. Úřad tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochybnosti o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu. Z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že odůvodnění výše pokuty uložené v tomto případě uvedeným požadavkům nevyhovuje.

Pokračování správního řízení

34. Úřad poté, co mu byla věc vrácena k novému projednání, přípisem č. j. ÚOHS-S823/2014/VZ-37269/2016/512/VNv ze dne 7. 9. 2016 oznámil účastníkovi správního řízení pokračování řízení.
35. Usnesením č. j. ÚOHS-S823/2014/VZ-37740/2016/512/VNv ze dne 16. 9. 2016 určil Úřad účastníkovi správního řízení lhůtu, ve které mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.

Vyjádření zadavatele ze dne 26. 9. 2016

36. Dne 26. 9. 2016 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele. Zadavatel ve svém vyjádření navrhuje, aby Úřad ustanovil znalce k vypracování písemného znaleckého posudku ve věci odborného posouzení, zda bylo v napadené veřejné zakázce nezbytné, s ohledem na technické důvody a ochranu výhradních práv dodavatel původního systému, zachování stejného dodavatele. Dále zadavatel uvádí, že mezi poskytovateli zdravotní péče má specifické postavení, což dokládá odkazy na veřejně přístupné registry a webové stránky Ministerstva zdravotnictví a zadavatele.

Další postup ve správním řízení

37. Usnesením č. j. ÚOHS-S823/2014/VZ-39105/2016/512/VNv ze dne 27. 9. 2016 určil Úřad účastníkovi správního řízení lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele ze dne 7. 10. 2016

38. Dne 7. 10. 2016 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí. Ve svém vyjádření zadavatel uvádí, že závěr Úřadu o ukončení dokazování je v přímém rozporu se závěry a odůvodněním Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 2. 9. 2016 č.j. ÚOHS-R27/2015/VZ-36585/2016/321/MMI a příslušnými ustanoveními správního řádu a má tedy za to, že Úřad měl vyhovět návrhu zadavatele na doplnění dokazování ustanovením znalce.

39. Zadavatel rovněž předložil rozbor ekonomického úseku zadavatele ze dne 7. 10. 2016 k aktuální ekonomické situaci zadavatele a tím i k možnému ekonomickému dopadu uložené pokuty na hospodaření zadavatele. Z předložené zprávy vyplývá, že s ohledem na výrazné ekonomické problémy, se kterými se v letošním roce zadavatel potýká, by jakékoli navýšení výdajové stránky prohloubilo existenční problémy nemocnice, která již momentálně není schopná hradit závazky vůči svým dodavatelům včas.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

40. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o šetřeném zadávacím řízení, vyjádření účastníka řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, konkrétně ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, když veřejnou zakázku zadal jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a již došlo k uzavření smlouvy. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

41. Podle § 2 odst. 2 písm. b) zákona je veřejným zadavatelem státní příspěvková organizace.
42. Úřad uvádí, že z Výroční zprávy za rok 2015 uveřejněné na webových stránkách zadavatele (<http://www.vfn.cz/priloha/4d00b337cb232/vfn-vyrocní-zprava-2015.pdf>) vyplývá, že zadavatel je samostatnou příspěvkovou organizací v přímé řídicí působnosti Ministerstva zdravotnictví České republiky.
43. Úřad proto konstatuje, že má vzhledem k výše citované skutečnosti za prokázané, že došlo k naplnění podmínky uvedené v ustanovení § 2 odst. 2 písm. b) zákona, a pohlíží proto na Všeobecnou fakultní nemocnici v Praze jako na veřejného zadavatele.

Relevantní ustanovení zákona

44. Podle § 21 odst. 2 zákona může být jednacím řízení bez uveřejnění použito pouze za podmínek stanovených v § 23 zákona.
45. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
46. Podle § 23 odst. 5 písm. b) v jednacím řízení bez uveřejnění může být veřejná zakázka na dodávky zadána, jestliže jde o dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž již byla uzavřena smlouva, které jsou určeny jako částečná náhrada původní dodávky nebo jako rozšíření stávajícího rozsahu dodávky, a to za předpokladu, že by změna dodavatele nutila zadavatele pořizovat zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původní dodávkou nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě původní dodávky; celková doba trvání původní smlouvy, včetně doby trvání smlouvy na dodatečné dodávky podle tohoto ustanovení, nesmí v případě veřejného zadavatele přesáhnout dobu 3 let, pokud to není odůvodněno zvláštními okolnostmi.

47. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
48. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

49. Zadavatel „Výzvou k jednání“ ze dne 9. 2. 2010 vyzval vybraného uchazeče k jednání v rámci jednacího řízení bez uveřejnění ve věci veřejné zakázky.
50. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že se jednalo o veřejnou zakázku, jejíž předpokládaná hodnota bez DPH dosahovala výše 19 000 000,- Kč, dále pak vyplývá, že zadavatel její zadání učinil prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
51. Z „Protokolu o posouzení nabídky“ ze dne 15. 2. 2010 vyplývá, že bylo stran nabídky vybraného uchazeče konstatováno, že splňuje veškeré zákonné požadavky i požadavky zadavatele uvedené v zadávací dokumentaci.
52. Na základě „Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky“ ze dne 15. 2. 2010 zadavatel rozhodl, že nejvhodnější nabídkou je nabídka výše vybraného uchazeče. Veřejná zakázka tak byla přidělena uchazeči, který byl v souladu s § 23 odst. 4 písm. a) a ustanovením § 34 odst. 1 až 3 zákona jako jediný vyzván k jednání v rámci jednacího řízení bez uveřejnění. Zadavatel konstatoval, že uchazeč předložil úplnou nabídku vyhovující všem zákonným požadavkům i požadavkům zadavatele.
53. Na základě výše uvedeného uzavřel dne 15. 2. 2010 zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu č. M 111 187a o pronájmu komunikačního systému Siemens Hicom/HiPath.

Právní posouzení

54. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce předložené zadavatelem a uzavřené smlouvy, vyjádření účastníka řízení, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
55. Úřad v obecné rovině uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění je výjimečný způsob zadávání veřejné zakázky, kdy je veřejná zakázka zadána v zadávacím řízení podle zákona, avšak vzhledem k povaze tohoto řízení je omezena hospodářská soutěž. Proto by mělo být využíváno pouze subsidiárně, nejde-li veřejnou zakázku zadat prostřednictvím jiného druhu zadávacího řízení.
56. Úřad k výše uvedenému dodává, že se však jedná o takové omezení hospodářské soutěže, které je zákonodárcem předvídané. Je tomu tak proto, že jsou v zákoně pro užití jednacího řízení bez uveřejnění uvedeny konkrétní důvody a aplikaci tohoto druhu zadávacího řízení z jiných než stanovených důvodů nemůže zadavatel ve vztahu k dodržení zákona prokázat.

57. Úřad dále uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěží o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ustanovení § 23 zákona.

K aplikaci ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona

58. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 21. 7. 2014 uvedl, že pro předmětnou veřejnou zakázku zvolil jednací řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť veřejnou zakázku nemohl v danou chvíli z technických důvodů splnit nikdo jiný než oslovený zájemce.
59. O použití příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. V šetřeném případě směřuje argumentace zadavatele k použití § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. možnosti splnit veřejnou zakázku pouze určitým dodavatelem z důvodu technické náročnosti změny dodavatele.
60. Jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona je zadavatel oprávněn využít tehdy, pokud příslušná veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů, z uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
61. Aplikace ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. Je na zadavateli, aby prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky, přičemž tuto skutečnost musí být zadavatel dále schopen prokázat v rámci případného přezkumu jeho postupu ze strany Úřadu. Pouze tak může zadavatel naplnit požadavek na přezkoumatelnost jeho postupu v zadávacím řízení, který plyne ze zásady transparentnosti stanovené v ust. § 6 odst. 1 zákona (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 5. 2007 ve věci sp. zn. 31 Ca 166/2005 či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, sp. zn. 5 Afs 131/2007, veškerá citovaná rozhodovací praxe Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu jsou dostupná online na www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/soudni-prezkum-rozhodnuti).
62. Již v rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ve věci C-385/02, Komise v. Itálie, ECLI:EU:C:2004:522, ze dne 14. 9. 2004 (veškerá rozhodovací praxe SDEU dostupná na <http://curia.europa.eu>), bylo konstatováno, že ustanovení směrnice o možném použití jednacího řízení bez uveřejnění „[m]usí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 18. května 1995, Komise v. Itálie, C-57/94, Recueil, s. I-1249, bod 23, a ze dne 28. března 1996, Komise v. Německo, C-318/94, Recueil, s. I-1949, bod 13).“

63. Z uvedeného rozhodnutí vychází např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 95/2013-74 ze dne 13. 1. 2015, potvrzený rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015, kde Krajský soud v Brně k použití jednacího řízení bez uveřejnění uvádí, že „[s]právnost výkladu žalovaného plyne již z východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění, jak plyne z jeho rozsudku ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02 (Komise proti Itálii). Přestože se v této věci Soudní dvůr nevyjadřoval ke stavu skutkově totožnému, jaký je ve věci právě posuzované, plyne z něj, že ustanovení (směrnic), která umožňují výjimky z pravidel zadávání veřejných zakázek (a za takovou výjimku v dané věci Soudní dvůr považoval právě „odklon“ od přísnějšího postupu formou jednání bez uveřejnění), musí být vykládána restriktivně, přitom důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává (tj. zadavatel). Obdobně restriktivní pojetí prokázání podmínek pro aplikaci výjimky plynulo i z dřívější rozhodovací praxe Soudního dvora – z rozsudku ze dne 10. 3. 1987 ve věci C-199/85 (Komise proti Itálii) a z rozsudku ze dne 17. 11. 1993 ve věci C-71/92 (Komise proti Španělsku); takové pojetí lze tedy pokládat již za konstantní. Ostatně i tuzemská rozhodovací praxe v případech podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění akcentuje potřebu jejich restriktivního výkladu. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 28. 11. 2012 ve věci 1 Afs 23/2012 z tohoto pojetí vycházel, když konstatoval, že z druhů zadávacích řízení, které upravuje § 21 ZVZ, je jednací řízení bez uveřejnění, v porovnání s ostatními postupy, bezesporu postupem nejméně formalizovaným a nejméně kontrolovatelným (jedním z důvodů je např. skutečnost, že zadavatel v rámci tohoto postupu přímo oslovuje konkrétního zájemce bez jakkoliv formalizovaného výběru; dále je zadavatel oprávněn dohodnout s vyzvanými zájemci i jiné podmínky plnění veřejné zakázky, než které byly uvedeny ve výzvě k jednání či v zadávací dokumentaci apod.)“. (Ačkoli výše uvedené rozhodnutí bylo vydáno až po zahájení zadávání šetřené veřejné zakázky, obsahuje obecně platné závěry, které lze aplikovat i na daný případ).
64. Z výše uvedeného vyplývá, že důkazní břemeno leží zcela na zadavateli, jehož povinností je, aby doložil, že jednací řízení bez uveřejnění bylo v okamžiku zahájení zadávání veřejné zakázky jedinou možnou variantou, a že předmět takto zadané zakázky nemohl být zadán v jiném druhu zadávacího řízení, které je oproti jednacímu řízení bez uveřejnění z podstaty transparentnější. Dochází tak k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě správních deliktů leží na správním orgánu, který musí zjistit stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení, tedy na zadavatele. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě zadavatel, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem.
65. Pokud zadavatel argumentuje tak, že je to Úřad, který je povinen zjistit skutkový stav, o kterém nejsou důvodné pochybnosti, uvádí k tomu Úřad, že tato povinnost Úřadu se však vztahuje s ohledem na obrácené důkazní břemeno pouze na zjištění, zda zadavatel toto důkazní břemeno unesl. Úřad tedy tím, že posoudil, zda zadavatel unesl důkazní břemeno a prokazatelně tvrdil a prokázal naplnění důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, nerezignoval na svoji povinnost zjistit úplný skutkový stav věci. Tato zjištění se však vztahují k přezkumu splnění povinnosti zadavatele.

66. Ke stejným závěrům dospěl Nejvyšší správní soud i v rozsudku sp. zn. 8 As 149/2014 ze dne 31. 8. 2015, kdy zadavatel rovněž zadal plnění veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, nicméně, jak Nejvyšší správní soud konstatoval, „[v] posuzované věci ale stěžovatel [zadavatel] důkazní břemeno neunesl“ a rovněž, že „[p]ro posuzovanou věc bylo podstatné, zda splnění těchto podmínek v nyní posuzovaném správním řízení prokázal stěžovatel [zadavatel]. Nejvyšší správní soud souhlasil s žalovaným i krajským soudem, že nikoliv.“ I v tomto případě tedy dospěl soud k závěru, že je jen a pouze na zadavateli, aby prokázal, že veřejná zakázka nemohla být zadána v jiném druhu zadávacího řízení (ačkoli výše uvedená rozhodnutí byla vydána až po zahájení zadávání šetřené veřejné zakázky, obsahují obecně platné závěry, které lze aplikovat i na daný případ). Úřad pak nemůže tuto povinnost zadavatele jakkoliv splňovat.
67. V rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 As 256/2015 – 95 ze dne 12. 5. 2016 Nejvyšší správní soud dovozuje: „Ustanovení § 23 odst. 4 zákona, které upravuje podmínky pro jednací řízení bez uveřejnění, je transpozicí evropských směrnic o veřejných zakázkách. Podle důvodové zprávy k zákonu transponuje mj. směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby. V souvislosti s citovanou komunitární úpravou veřejných zakázek Soudní dvůr ve své judikatuře opakovaně konstatoval, že jednací řízení bez uveřejnění by mělo být používáno ve zcela výjimečných případech, neboť je to jediný způsob, jak zabránit zneužití ze strany zadavatelů a zohlednit cíl sledovaný směrnicí v oblasti veřejných zakázek, a sice rozvoj hospodářské soutěže. Zásadní je v tomto ohledu rozsudek ve věci C-199/85, Komise v. Itálie, ve kterém Soudní dvůr dovodil přísně restriktivní charakter všech podmínek použití tohoto řízení, jakož i existenci důkazního břemene k ospravedlnění podmínek použití na straně subjektu, který se na tyto podmínky odvolává (rozsudek ze dne 10. března 1987, Komise v. Itálie, 199/85, Recueil, s. 1039, bod 14; obdobně rovněž rozsudek ze dne 28. března 1996, Komise v. Německo, C-318/94, Recueil, s. I-1949, bod 13).“ V této souvislosti Nejvyšší správní soud odkazuje na novou koordinační směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, a to s účinkem k 18. dubnu 2016, kde je v odstavci 50 mj. uvedeno, že „[p]okud k situaci výlučnosti došlo z technických důvodů, měly by být tyto důvody v každém jednotlivém případě pečlivě vymezeny a odůvodněny. Tyto důvody by mohly například zahrnovat faktickou technickou neschopnost jiného hospodářského subjektu provést požadovaný výkon či nezbytnost použít specifické know-how, nástroje či prostředky, které má k dispozici pouze jeden hospodářský subjekt. Technické důvody mohou rovněž vyplývat ze specifických požadavků na interoperabilitu, jež musí být splněny, aby byl zajištěn průběh stavebních prací, dodávek nebo služeb, jež mají být obstarány.“ (Ačkoli výše uvedené rozhodnutí bylo vydáno až po zahájení zadávání šetřené veřejné zakázky, obsahuje obecně platné závěry, které lze aplikovat i na daný případ).
68. Úřad se proto dále zabýval otázkou, zda byly v přezkoumávaném případě kumulativně naplněny zákonem vyžadované předpoklady pro možnost využití postupu podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, respektive zda zadavatel splnění těchto podmínek prokázal.
69. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 22. 9. 2014 uvádí, že v době uzavření smlouvy s vybraným uchazečem nedisponoval žádnou relevantní informací o jiném vhodném dodavateli. K tomu Úřad uvádí, že takové tvrzení není způsobilé opodstatnit použití

jednacího řízení bez uveřejnění, neboť dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona je nezbytné, aby byla existence jediného dodavatele schopného splnit danou veřejnou zakázku zcela prokazatelná. Zadavatel je povinen nade vší pochybnost prokázat objektivní existenci jediného dodavatele schopného plnit. Zadavatel však ve svém tvrzení hovoří o dodavateli, jenž by byl vhodný na základě faktorů (jako například ekonomická výhodnost), které však, jak bude Úřadem uvedeno dále, nejsou důvodem pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Zadavatel naopak ve svých vyjádřeních nikdy neuvedl důvody technické povahy, jež by vedly k faktické nemožnosti plnění veřejné zakázky jiným dodavatelem, než vybraným uchazečem. Pokud zadavatel argumentuje výhodností a efektivností plnění veřejné zakázky (o čemž bude pojednáno dále), nejedná se o totožné důvody, jako nemožnost plnění jiným dodavatelem z technických důvodů, jež zákon uvádí jako jediné pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a). Navíc zadavatel musí v řízení před Úřadem prokázat, že z hlediska technického opravdu neexistoval v době zadání veřejné zakázky jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky. Zadavatel však žádné takové důkazy v řízení před Úřadem nepředložil, pouze konstatoval, že o jiném vhodném dodavateli nevěděl.

70. S ohledem na zadavatelem předložené důkazy Úřad zjistil, že zadavatel nedoložil, že by před zahájením zadávacího řízení provedl technickou analýzu možnosti plnění předmětu veřejné zakázky pouze jedním dodavatelem (vybraným uchazečem) a nedisponoval dostatečnými informacemi o tom, zda existují takové technické důvody, pro které je nezbytné zadávat předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel jako důvod pro svůj postup uvádí, že veřejnou zakázku nemohl v danou chvíli z technických důvodů splnit nikdo jiný než oslovený zájemce. Tyto argumenty zadavatele jsou však dle názoru Úřadu nepodložené a v určitých bodech si dokonce odporující, když zadavatel současně tvrdí, že v danou chvíli nemohl veřejnou zakázku splnit nikdo jiný než oslovený zájemce, a to z technických důvodů, a současně dle vyjádření ze dne 21. 7. 2014 tvrdí, že *„poskytnutí plnění jiným dodavatelem než dodavatelem původního plnění je z technického hlediska sice možné, nicméně by toto přineslo nepoměrně vyšší finanční náklady, než kdyby plnění bylo dodáno původním dodavatelem (...)“*.
71. V námitkách rozkladu ze dne 21. 1. 2015 i ve vyjádření ze dne 26. 9. 2016 zadavatel požaduje, aby Úřad stanovil znalce k vypracování písemného znaleckého posudku ve věci odborného posouzení, zda bylo v napadené veřejné zakázce nezbytné, s ohledem na technické důvody a ochranu výhradních práv dodavatele původního systému, zachování stejného dodavatele a zda objektivně, v době vypsání veřejné zakázky, neexistovala možnost realizace předmětu veřejné zakázky jiným dodavatelem. K tomu Úřad uvádí, že takový požadavek zadavatele je nedůvodný. Vzhledem k závěrům, které Úřad učinil ve vztahu k nositeli důkazního břemene k prokázání oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, kterým je zadavatel, není možné po Úřadu požadovat zajištění podkladů o oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, když takovými podklady měl zadavatel disponovat již před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Úřad uvádí, že zadavatelem navrhovaný znalecký posudek, pokud by bylo jeho výsledkem opravdu konstatování znalce, že s ohledem na technické podmínky veřejné zakázky ji může splnit pouze jediný dodavatel (vybraný uchazeč), by za určitých okolností mohl sloužit jako jeden z podkladů pro posouzení oprávněnosti postupu v jednacím řízení bez uveřejnění. Tímto (či jakýmkoliv jiným podkladem prokazujícím totéž) podkladem však měl zadavatel disponovat již v době zadávání veřejné zakázky, nikoliv požadovat jeho vypracování až

následně s ohledem na přezkum jeho jednání ze strany Úřadu jako orgánu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek. Úřad nemůže v rámci přezkumného řízení doplňovat povinnosti zadavatele, které zadavatel měl v době zadání veřejné zakázky, v tomto případě povinnost prokázat objektivní nemožnost plnění předmětu veřejné zakázky jiným dodavatelem, než vybraným uchazečem. Úřad proto s ohledem na výše uvedené navrhovaný důkaz znaleckým posudkem neprovedl, jelikož jeho provedení by nemělo žádný dopad na zjištěný skutkový stav věci, neboť jak Úřad uvedl v předchozí části odůvodnění tohoto rozhodnutí, je to zadavatel, jež nese důkazní břemeno v případě prokazování oprávněnosti svého postupu podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona a zadavatel toto důkazní břemeno v projednávané věci neunesl.

72. Úřad tak dospěl k závěru, že technické důvody pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění nebyly zadavatelem doloženy ani v průběhu zadávacího řízení, ani před zahájením či v průběhu správního řízení a zadavatel tak neunesl důkazní břemeno ohledně existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacím řízení bez uveřejnění, když pouze odkazuje na údajnou existenci těchto práv, aniž by jejich existenci jakkoliv doložil, přičemž právě zadavatel je nositelem tohoto důkazního břemene.

K aplikaci ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona

73. Zadavatel se ve vyjádření ze dne 22. 9. 2014 odkazuje na ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona a uvádí, že předmětnou veřejnou zakázku lze také chápat jako dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž již byla uzavřena smlouva, které jsou určeny jako částečná náhrada původní dodávky nebo jako rozšíření stávajícího rozsahu dodávky a to za předpokladu, že by změna dodavatele nutila zadavatele pořizovat zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě.
74. Podle § 23 odst. 5 písm. b) v jednacím řízení bez uveřejnění může být veřejná zakázka na dodávky zadána, jestliže jde o dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž již byla uzavřena smlouva, které jsou určeny jako částečná náhrada původní dodávky nebo jako rozšíření stávajícího rozsahu dodávky, a to za předpokladu, že by změna dodavatele nutila zadavatele pořizovat zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původní dodávkou nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě původní dodávky; celková doba trvání původní smlouvy, včetně doby trvání smlouvy na dodatečné dodávky podle tohoto ustanovení, nesmí v případě veřejného zadavatele přesáhnout dobu 3 let, pokud to není odůvodněno zvláštními okolnostmi.
75. Ze znění výše uvedeného ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona vyplývá, že pro jeho použití musí být kumulativně splněny následující podmínky:
- a) musí se jednat o plnění, které je dodávkou,
 - b) musí jít o dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž byla uzavřena předchozí smlouva,
 - c) dodávky představují částečnou náhradu původní dodávky nebo jsou rozšířením stávajícího rozsahu dodávky,

d) změna dodavatele by pro zadavatele znamenala pořízení zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původní dodávkou nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě původní dodávky, a

e) celková doba trvání původní smlouvy, včetně doby trvání smlouvy na dodatečné dodávky, nesmí v případě veřejného zadavatele přesáhnout dobu 3 let, pokud to není odůvodněno zvláštními okolnostmi.

76. Úřad se proto zabýval tím, zda jsou podmínky aplikace zadavatelem uvedeného ustanovení splněny a dospěl k následujícím závěrům. V daném případě se jedná o nájemní smlouvu, tj. smlouvu, jejímž předmětem jsou převážně služby a nikoli dodávky (což ostatně vyplývá i z ustanovení článku 5.10. smlouvy, dle kterého „*[p]ředmětný systém zůstává po celé období pronájmu (...) vlastnictvím pronajímatele a nájemci nejsou oprávněni svévolně nakládat jinak, než k účelu a dle podmínek této smlouvy (...)*“). Původní smlouva byla uzavřena na období od 15. 2. 2001 do 15. 2. 2010. Nově uzavřená smlouva byla uzavřena na dobu určitou od 16. 2. 2010 do 15. 2. 2018. Z uvedeného vyplývá, že celková doba trvání původní smlouvy včetně doby trvání smlouvy nové, byla delší než 3 roky, přičemž zadavatel neodůvodnil její dobu trvání zvláštními okolnostmi.
77. K argumentaci zadavatele ze dne 22. 9. 2014 o použití ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona Úřad nad rámec výše uvedeného uvádí, že zadavatel v dokumentaci k veřejné zakázce odůvodnil použití jednacímho řízení bez uveřejnění aplikací ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona a nikoli ustanovením § 23 odst. 5 písm. b) zákona.
78. Úřad tedy má za to, že zadavateli neshvědčily ani důvody pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona, neboť nebyly splněny zákonné požadavky pro jeho použití.

K ostatním námitkám zadavatele

79. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 21. 7. 2014 uvádí, že plnění veřejné zakázky jiným dodavatelem by bylo nepoměrně ztížené a ekonomicky náročnější s poukazem na zásadu hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků. V této věci Úřad odkazuje na ustanovení § 23 zákona, které obsahuje taxativní výčet podmínek, za jejichž splnění je zadavatel oprávněn použít jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatelem nemohou být svévolně rozšiřovány podmínky obsažené v ustanovení § 23 zákona, naopak je toto ustanovení třeba vykládat restriktivně. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 95/2013-74 ze dne 13. 1. 2015, potvrzený rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015, ve kterém je uvedeno: „*[o]bstát nemůže ani argument ohledně ekonomické výhodnosti žalobcem zvoleného postupu. Jednak sama zásada hospodárnosti, jak byla judikována zdejším soudem v rozsudcích ze dne 26.4.2012 ve věcech sp. zn. 62 Af 61/2010 a sp. zn. 62 Af 62/2010 a Nejvyšším správním soudem v na ně navazujících rozsudcích ze dne 11.1.2013 ve věcech sp. zn. 5 Afs 42/2012 a sp. zn. 5 Afs 43/2012, nemůže mít aplikační přednost před přesně stanovenými podmínkami pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění.*“ Rovněž Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015 ve vztahu k předchozí judikatuře své i Krajského soudu v Brně, dle které i v případě přezkumu zadávacímho řízení je třeba chování zadavatele posuzovat z hlediska hospodárnosti, efektivity a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, poukázal na to, že i zde platí, že důkazní břemeno, pokud jde o prokázání naplnění podmínek podle

§ 23 odst. 4 písm. a) zákona, svědčí zadavateli, proto nelze důvodně požadovat po Úřadu, aby se nad rámec podkladů předložených zadavatelem zabýval „*porovnáním ekonomických výdajů zadavatele na pořízení programového vybavení*“. Nejvyšší správní soud v uvedeném rozsudku zdůraznil, že se ztotožňuje se závěry Krajského soudu v Brně v tom, že zásada hospodárnosti nemůže mít automaticky aplikační přednost před splněním striktních zákonných podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a to zvláště tehdy, pokud stěžovatel nemá k dispozici důkladný ekonomický rozbor svědčící takové výhodnosti. Úřad v této souvislosti konstatuje, že zadavatelem nebyl předložen žádný ekonomický rozbor, ze kterého by vyplývalo, že zadavatelem zvolené řešení je ekonomicky nejvýhodnější, ačkoliv sám zadavatel na ekonomické důvody ve svých vyjádřeních odkazuje.

80. K zadatelově argumentaci zásadou efektivního hospodaření s veřejnými prostředky (zásada efektivního vynakládání veřejných prostředků) dále Úřad nad rámec výše uvedeného uvádí, že smyslem zákona je především vytváření podmínek pro to, aby smlouvy hrazené z veřejných prostředků byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. V případě aplikace jednacního řízení bez uveřejnění dochází k narušení soutěžního prostředí a uvedený typ řízení tak lze považovat jako výjimku z pravidel při zadávání veřejných zakázek, která musí být vykládána restriktivně. Tedy jeho aplikaci nelze ospravedlnit pouze zásadou efektivnosti hospodaření s veřejnými prostředky, ale jeho použití musí proběhnout za podmínek předvídaných zákonem.
81. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 22. 9. 2014 poukazuje na různé varianty řešení, přičemž výsledkem je, že plnění veřejné zakázky bylo nejhospodárnější vybraným uchazečem. Úřad uvádí, že k tomuto závěru měl zadavatel dospět prostřednictvím otevřeného řízení a soutěže jednotlivých nabídek, neboť zadavatel nemůže předem předvídat, zda by mu nebyla jiným dodavatelem nabídnuta v rámci realizace zadávacího řízení podle zákona cena výhodnější. Pokud je cena vybraného uchazeče skutečně v konkurenčním tržním prostředí nejvýhodnější, vyhrál by i otevřenou soutěž na veřejnou zakázku. Postup zadavatele, který zcela vyloučil hospodářskou soutěž mezi dodavateli, mohl mít za následek, že dodavatel, který nebyl ohrožen konkurencí, si mohl cenu plnění určit téměř libovolně a způsobit tak zadavateli násobně vyšší náklady, než jaké by zadavatel měl v případě nahrazení všech pronajímaných technologií v rámci komunikačního systému. Úřad navíc dodává, že předestření těchto variant zadavatelem pak zcela jasně prokazuje, že existovala i jiná technická řešení, která mohli poskytnout i jiní účastníci, než vybraný uchazeč. Tvzení zadavatele ve vyjádření ze dne 22. 9. 2014 jsou tak zcela v rozporu s tvrzením zadavatele, že v době jejího zadání existovaly důvody pro použití jednacního řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
82. K námitkám rozkladu, ve kterých zadavatel odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013 s poukazem na základní zásadu správního řízení, dle které správní orgán dbá na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly, Úřad uvádí, že částí argumentace, která je předmětem uvedeného rozsudku Nejvyššího správního soudu, se zabýval v bodě 69. odůvodnění tohoto rozhodnutí v rámci odůvodnění nepřipustnosti zadatelovy argumentace v otázce zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky (zásada hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků). Úřad má v souvislosti s uvedeným rozsudkem za to, že v daném případě nevznikly nedůvodné rozdíly v posuzování

obdobného případu, jak tvrdí zadavatel, když je nutno odlišit, zda zadavatel unesl důkazní břemeno a předložil argumenty, proč byl oprávněn použít jednací řízení bez uveřejnění, či nikoli. V uvedeném rozsudku Nejvyššího správního soudu je z hlediska výše konstatovaného uvedeno: „V projednávané věci není sporu o tom, že specifická a odbornost předmětu veřejné zakázky vyžadovala odborné znalecké posouzení. Zadavatel musel důkladně a objektivně osvědčit, že jsou dány důvody aplikace jednacího řízení bez uveřejnění, a to např. posudkem z oboru IT a oboru práva, tak jak to zadavatel učinil. Zadavatel byl povinen před rozhodnutím, zda lze využít jednací řízení bez uveřejnění, důkladně právně posoudit předchozí zakázku, na kterou se má navazovat, z hlediska autorského práva, povahy licence a technického hlediska.“ Závěry Úřadu v projednávané věci jsou s tímto konstatováním Nejvyššího správního soudu zcela v souladu, jelikož soud povinnost provést znalecký posudek jednoznačně klade na zadavatele před zadáním zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, což zadavatel v projednávaném případě neučinil.

83. Zadavatel v rozkladu dále rozporuje usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S823/2014/VZ-21322/2014/512/PMu ze dne 9. 10. 2014, kterým byla účastníku řízení určena lhůta k navrhování důkazů a činění jiných návrhů podle § 36 odst. 1 správního řádu a k vyjádření stanoviska dle ustanovení § 36 odst. 2 správního řádu. V odůvodnění usnesení bylo odkázáno na ustanovení § 82 odst. 4 správního řádu, v němž je pro případy podání rozkladu stanoveno, že k novým skutečnostem a k návrhům na provedení nových důkazů uvedeným v odvolání (rozkladu) nebo v průběhu odvolacího řízení (řízení o rozkladu) se přihlédně jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti nebo důkazy, které účastník řízení nemohl uplatnit dříve. K tomu zadavatel uvádí rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 As 136/2012 – 23 ze dne 27. 11. 2012. Úřad se ve výše uvedeném ztotožňuje s názorem zadavatele a konstatuje, že v řízeních o správním deliktu plně respektuje zásadu, že obviněný v tomto řízení může uplatňovat nové skutečnosti a navrhopvat nové důkazy i v odvolání (rozkladu). Úřad vzal za podklad pro vydání rozhodnutí ve věci všechna vyjádření a důkazy, které zadavatel Úřadu předložil. Jestliže Úřad některý návrh na provedení důkazu odmítl (konkrétně důkaz znaleckým posudkem), vždy svůj postup náležitě odůvodnil v odůvodnění tohoto rozhodnutí.
84. Z výše uvedených závěrů lze dovodit, že zadavatel nenaplnil podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, když neunesl důkazní břemeno a neprokázal, že předmětnou veřejnou zakázku byl schopen plnit pouze jediný dodavatel a současně se v případě projednávané veřejné zakázky nejednalo ani o dodatečné dodávky ve smyslu zákona. Zadavatel tak nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, dle kterého může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění pouze za splnění podmínek uvedených v § 22 a § 23 zákona.
85. Úřad uzavírá, že dovodil naplnění první části skutkové podstaty správního deliktu zadavatele podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tedy že zadavatel nedodržel postup stanovený tímto zákonem při zadávání veřejné zakázky.
86. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť použitím jednacího řízení bez uveřejnění zadavatel nedůvodně omezil okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacího řízení zúčastnit, resp. zcela vyřadil možnost účasti jakéhokoliv jiného uchazeče než vybraného uchazeče. Nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří mohli nabídnout výhodnější plnění než vybraný uchazeč.

87. Jak konstatoval Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012, „[p]ro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou. [...] K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.“ Zadavatel svým jednáním tak naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu. Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že „v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „...nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.““ Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že „pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a)] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.“
88. Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „z dikce ‚podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit‘ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu [...]. Již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.“
89. Se shora uvedeným závěrem Krajského soudu v Brně vyslovil souhlas i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 4 As 61/2016-38 ze dne 28. 6. 2016, když konstatoval, že v případě, kdy správní orgán (Úřad) shledá, že „se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu (...) Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem (...), že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“ Úřad proto s ohledem na výše uvedené uzavírá, že v projednávaném případě byl naplněn i tento znak skutkové podstaty správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

90. Úřad ke třetímu znaku správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tedy uzavření smlouvy na veřejnou zakázku konstatuje, že zadavatel dne 15. 2. 2010 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
91. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavírá, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky.
92. Úřad závěrem opakuje, že dle bodu 34. Rozhodnutí předsedy Úřadu „[p]ři novém projednání věci tak Úřad vezme v úvahu námitky podaného rozkladu a náležitě je vypořádá. Ve smyslu závazného právního názoru podle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu Úřad v odůvodnění nově vydaného rozhodnutí ve věci uvede úvahy, kterými se řídil při hodnocení podkladů pro vydání rozhodnutí a své závěry přezkoumatelným způsobem odůvodní s tím, že jeho posouzení bude v souladu se zákonem a příslušnými právními předpisy. Totéž pak učiní i ve vztahu k výši ukládané sankce.“ Úřad konstatuje, že výše náležitě vypořádal všechny úvahy, které ho vedly k výroku I. rozhodnutí a vypořádal také všechna tvrzení zadavatele, která tento předložil Úřadu v průběhu správního řízení. V následující části pak Úřad náležitě odůvodní i výši uložené pokuty.
93. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak se uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K uložení pokuty

94. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona.
95. Zadavatel se při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu s ustanovením § 23 odst. 4 písm. a) zákona uzavřel smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku, aniž by tento postup řádně odůvodnil. Výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvýhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem na realizaci veřejné zakázky.
96. Jelikož zadavatel uzavřel dne 15. 2. 2010 smlouvu s vybraným uchazečem aniž by dodržel postup stanovený pro zadávání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
97. Podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5% ceny zakázky, nebo do 10 000 000,- Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle ustanovení odstavce 1 písm. a).
98. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 19 000 000,- Kč včetně DPH. Horní hranici možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částka ve výši 950 000,- Kč.
99. Podle ustanovení § 121 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb. účinného v době spáchání správního deliktu odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm ne zahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
100. Úřad dodává, že předmětné ustanovení bylo s účinností ode dne 6. 3. 2015 novelizováno, tudíž podle § 121 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb. účinného v době vydání tohoto rozhodnutí

odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil správní řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.

101. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona a konstatuje následující. Podle ustanovení čl. 40 odst. 6 Listiny se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Ústavní pravidlo zakotvené v ustanovení čl. 40 odst. 6 Listiny, tak zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se podle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v řízeních o sankci za správní delikty.
102. V šetřené věci došlo v průběhu vedeného správního řízení s účinností od 6. 3. 2015 ke změně ustanovení § 121 odst. 3 zákona, a proto Úřad v šetřeném případě aplikoval výjimku zakotvenou v ustanovení čl. 40 odst. 6 Listiny a posoudil případ podle pozdějšího znění zákona, neboť došel k závěru, že je pro zadavatele příznivější. Při posuzování příznivosti právní úpravy vycházel Úřad zejména ze skutečnosti, že zákon účinný v době zahájení zadávacího řízení umožňoval oproti stávající právní úpravě zahájit správní řízení s delším časovým odstupem od okamžiku spáchání správního deliktu či od okamžiku, kdy se o něm Úřad dozvěděl.
103. V návaznosti na § 121 odst. 3 zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v citovaném ustanovení zákona. V daném případě došlo ke spáchání správního deliktu uzavřením smlouvy s vybraným uchazečem dne 15. 2. 2010, přičemž se Úřad o jeho spáchání dověděl z podnětu, obdrženého dne 3. 7. 2014 a správní řízení bylo zahájeno dne 9. 10. 2014. Z výše uvedeného plyne, že subjektivní ani objektivní lhůta pro zánik odpovědnosti za správní delikt v tomto případě neuplynula a odpovědnost tedy nezanikla.
104. Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
105. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná, nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. S požadavky soudu na řádné odůvodnění pokuty, obsaženými ve výše citovaném rozsudku a současně s námitkami rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 2. 9. 2016, se Úřad vypořádává následujícím způsobem.
106. Hlavním kritériem, které je podle výše citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím

k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Při zvažování závažnosti správního deliktu Úřad zohlednil následující skutečnosti. Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlídnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.

107. Úřad při stanovení výše pokuty vzal v první řadě v úvahu závažnost správního deliktu, za který ukládá sankci, a jeho následky. Podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť tento postup vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti. Úřad však konstatuje, že zadavatel v projednávané věci zákon zcela neignoroval, avšak chybně aplikoval některá jeho ustanovení, což vedlo k porušení zákona, které naplnilo další znaky správního deliktu.
108. Podstata správního deliktu zadavatele spočívá v nedodržení postupu, stanoveného zákonem, pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž takový typ řízení představuje výjimečný prostředek pro zadání veřejné zakázky, neboť jeho použitím dochází k negaci hospodářské soutěže. Následkem tohoto deliktu je tak situace, kdy dochází k vynakládání veřejných prostředků mimo rámec otevřené soutěže relevantních dodavatelů, přičemž dle Úřadu tím dochází k negaci jednoho ze základních účelů zákona, tj. zajištění efektivního vynakládání veřejných prostředků.
109. Úřad, vycházející z uvedeného zkoumal, nakolik konkrétní správní delikt, který je předmětem tohoto rozhodnutí, zasáhl do soutěže dodavatelů o předmětnou veřejnou zakázku. K tomuto konstatuje Úřad následující.
110. Z hlediska dalších následků zadavatelova postupu Úřad konstatuje, že zadavatel předmětnou zakázku zadal jedinému oslovenému dodavateli, aniž pro to byl dán zákonný důvod, čímž vzájemná konkurence jednotlivých uchazečů byla zcela omezena. Celkové provinění zadavatele tak dosáhlo takové intenzity, aby Úřad mohl konstatovat naprosté vyloučení vzájemné konkurence dodavatelů ucházejících se o veřejnou zakázku. Následkem jednání tedy došlo k popření jednoho ze základních principů zákona o veřejných zakázkách – tedy podpory hospodářské soutěže o veřejnou zakázku. S ohledem na dílčí závěr, že zadavatel v posuzovaném případě nesplnil podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, konstatuje Úřad, že zadavatel zadal veřejnou zakázku bez použití některého z v úvahu připadajících druhů zadávacích řízení, které jsou uvedeny v ustanovení § 21 citovaného zákona, přičemž výše uhrazeného plnění za předmět veřejné zakázky činila dle smlouvy na její plnění 15 200 000,- Kč bez DPH, a s ohledem na fakt, že se v posuzovaném případě jedná o veřejnou zakázku na služby (viz bod 72. odůvodnění tohoto rozhodnutí), konstatuje Úřad, že cena veřejné zakázky převyšovala horní finanční limit stanovený v § 12 odst. 3 zákona pro veřejnou zakázku malého rozsahu. Zadavatel by tak v případě, že by postupoval v souladu se zákonem, byl povinen zadat zakázku v některém z odpovídajících druhů zadávacího řízení.

111. Ve vztahu k závažnosti spáchaného správnímu deliktu tak nelze než uvést, že se jedná o delikt závažný, neboť postupem zadavatele došlo k eliminaci základního účelu zadávacího řízení, kterým je zajištění spravedlivé soutěže v souladu se základními principy vyplývajícími z ustanovení § 6 zákona, což je nutné považovat za přitěžující okolnost v postupu zadavatele.
112. Z hlediska následků vzal Úřad při stanovení výše pokuty v úvahu také tu skutečnost, že zadavatel svým postupem mohl znemožnit účast dalších případných dodavatelů a výrazně tak narušil soutěžní prostředí. Zadavatel nedostal elementárnímu účelu zákona, kterým je zajištění efektivního vynakládání veřejných prostředků prostřednictvím otevřené soutěže mezi dodavateli.
113. Jak vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 9. 4. 2015, č. j. 62 Af 123/2013, je třeba při posouzení následku správního trestání zohlednit dobu, která uplynula mezi spáchaním správního deliktu a jeho potrestáním. Čím je tento časový horizont delší, tím více se relativizuje vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí. Doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci pak má bezprostřední vliv na účel trestu. V daném případě ke spáchaní správního deliktu zadavatelem došlo dne 15. 2. 2010, tj. od doby spáchaní deliktu k jeho potrestání uplynula doba více než 6 let. Tuto poměrně dlouhou dobu, jež uplynula od spáchaní správního deliktu, vzal Úřad v úvahu ve prospěch zadavatele jako polehčující okolnost při stanovení výše pokuty.
114. K okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán, Úřad uvádí, že v projednávaném případě z obdržení vyjádření zadavatele vyplývá, že při rozhodování o použití jednacích řízení bez uveřejnění zadavatel jednal s úmyslem zabezpečit chod nemocnice bez zásadnějších výpadků komunikační sítě, které by dle zadavatele mohly „způsobit nedozírné škody zejména na životě a zdraví léčených pacientů.“ Tuto okolnost Úřad posoudil jako polehčující.
115. Za polehčující lze rovněž považovat skutečnost, že zadavatel jednal s úmyslem hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků, zachování stávajících investic a dodržení současné jednotné technologie. I vzhledem k těmto okolnostem však postup zadavatele nebyl v souladu se zákonem, přičemž pochybení zadavatele mělo důsledek v omezení soutěžního prostředí, které je považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek. Úřad proto k uvedeným polehčujícím okolnostem uvádí, že je nelze považovat za okolnosti, které by zhojily uvedené porušení zákona.
116. Při uložení výše pokuty Úřad rovněž přihlédl k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť stanovená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Nepřípustné jsou pokuty, jež mají likvidační charakter a pokuty, které by mohly nepřiměřeným způsobem negativně ovlivnit činnost zadavatele. Z údajů obsažených ve Výroční zprávě za rok 2015 (dostupné online na <http://www.vfn.cz/priloha/4d00b337cb232/vfn-vyrocní-zprava-2015.pdf>), vyplývá, že zadavatel měl v tomto roce kladný výsledek hospodaření ve výši 1 414 tis. Kč. Z vyjádření zadavatele ze dne 7. 10. 2016, ve kterém zadavatel hodnotí ekonomické dopady uložené sankce v případě, že by byla uložena v původní výši uložené napadeným rozhodnutím, vyplývá, že by její zaplacení mělo značný vliv na hospodaření zadavatele s odůvodněním, že se v letošním roce zadavatel potýká s výraznými ekonomickými problémy, kdy „je cash flow Všeobecné fakultní nemocnice v Praze enormně zatíženo díky snížení příjmů a navýšení výdajů v roce 2016. Jakékoli navýšení výdajové stránky prohloubí ještě více existenční

problémy nemocnice, která již momentálně není schopná hradit závazky vůči svým dodavatelům včas.“

117. S ohledem na výše uvedený charakter správního deliktu, na uvedené polehčující i přitěžující okolnosti a ekonomickou situaci zadavatele Úřad konstatuje, že stanovil výši pokuty ve spodní polovině zákonné sazby. Vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, má Úřad současně za to, že nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Úřad k uvedenému podotýká, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Současně je Úřad toho názoru, že uložená pokuta nemůže nepřiměřeným způsobem negativně ovlivnit činnost zadavatele.
118. Úřad se dále zabýval skutečností, zda delikt, za který je zadavateli nyní ukládán trest, není v souběhu s dalším deliktem zadavatele. Tento postup Úřadu vychází z konstantní rozhodovací praxe správních soudů, kdy je možné uvést rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 6. 2009, č. j. 1 As 28/2009 – 62 (publikován ve Sb. NSS 2248/2011), popřípadě rozsudek NSS ze dne 16. 9. 2016 č. j. 6 As 245/2015 – 33. V prvně uvedeném rozhodnutí Nejvyšší správní soud konstatoval, že *»soud dovodil, že při trestání správních deliktů týmž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat tento trestněprávní institut vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva ve správním trestání všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. K této zásadě se již Nejvyšší správní soud vyslovil např. ve svém rozsudku ze dne 16. 4. 2008, č. j. 1 As 27/2008 - 67, dle něhož „použití analogie ve správním trestání je přípustné, a to v omezeném rozsahu, pouze tam, kdy to, co má být aplikováno, určitou otázku vůbec neřeší, nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem.“«* Soud dále pokračuje tak, že *»[t]restněprávní doktrína uvádí, že souběh „je dán tehdy, jestliže se pachatel dopustil dvou nebo více trestných činů dříve, než byl pro některý z nich vyhlášen soudem prvního stupně odsuzující rozsudek za podmínky, že tento rozsudek později nabyl právní moci a že o něm neplatí fikce neodsouzení“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. C. H. Beck, Praha, 2004, str. 26).«*
119. Úřad konstatuje, že v právě projednávaném případě je delikt zadavatele v souběhu s delikty, o kterých bylo rozhodnuto ve výroku I. rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S47/2012/VZ-3940/2012/540/PVé ze dne 18. 5. 2012 (který byl spáchán dne 9. 11. 2010) a výroku I. až III. rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S93/2015/VZ-9161/2015/533/PSd ze dne 13. 4. 2015 (které byly spáchány 18. 8. 2011 v případě deliktu ve výroku I., 5. 10. 2011 v případě deliktu ve výroku II., 29. 4. 2011 v případě deliktu ve výroku III.) (veškerá rozhodnutí Úřadu dostupná online na <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti.html>).
120. S ohledem na výše uvedené Úřad přikročil k uplatnění institutu souhrnného trestu způsobem, který se Úřadu jeví v oblasti správního práva jako jediný možný, kdy nevzniká riziko, že by se Úřad jako správní orgán dopustil nedodržení zásady legality zakotvené v článku 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.

121. Měl-li by Úřad uložit zadavateli pokutu za všechny uvedené delikty a nemá-li zároveň v tomto správním řízení zákonné zmocnění zrušit předcházející „výrok o trestu“ (tj. výrok II. rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S47/2012/VZ-3940/2012/540/PVé ze dne 18. 5. 2012 a výrok V. rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S93/2015/VZ-9161/2015/533/PSd ze dne 13. 4. 2015), lze absorpční zásadu ve formě uplatnění pravidel pro ukládání souhrnného trestu aplikovat pouze tím způsobem, že Úřad v rámci uložení sankce za projednávaný správní delikt zohlední předchozí uložené pokuty za delikty, jež jsou s projednávaným deliktem v souběhu, tj. pokutu uloženou rozhodnutím č.j. ÚOHS-S47/2012/VZ-3940/2012/540/PVé ze dne 18. 5. 2012 a pokutu uloženou rozhodnutím Úřadu č.j. ÚOHS-S93/2015/VZ-9161/2015/533/PSd ze dne 13. 4. 2015 za spáchání správního deliktu.
122. S ohledem na výše uvedené Úřad rekapituluje, že zadavateli uložil za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí pokutu ve výši 200 000 Kč, a to při respektování absorpční zásady ve formě analogického použití institutu souhrnného trestu.
123. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, i funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující, neboť naplňuje obě funkce právní odpovědnosti.
124. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel při uzavření smlouvy s vybraným uchazečem porušil zákon, rozhodl Úřad tak, jak vyplývá z výroku II. tohoto rozhodnutí, neboť nápravy protiprávního stavu nelze dosáhnout v daném případě jiným způsobem než uložením sankce.
125. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, U Nemocnice 499/2, 128 00, Praha 2

Vypraveno dne

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