



UOHSX0090ROW

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0609/2016/VZ-46036/2016/523/ASo

Brno: 15. listopadu 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 16. 9. 2016 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Revírní bratrská pokladna, zdravotní pojišťovna, IČO 47673036, se sídlem Michálkovická 967/108, 710 15 Ostrava,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při uzavření dodatku č. 11 ze dne 27. 9. 2011 mezi zadavatelem a JUDr. Libuší Šmehlíkovou, advokátkou se sídlem Michálkovická 967/108, 710 00 Ostrava, zapsanou v seznamu ČAK pod ev. č. 8464, IČO 47833505, ke smlouvě o poskytování právní služby ze dne 30. 3. 1999,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Revírní bratrská pokladna, zdravotní pojišťovna, IČO 47673036, se sídlem Michálkovická 967/108, 710 15 Ostrava – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že nezadal plnění, jež tvořilo předmět dodatku č. 11 ze dne 27. 9. 2011 ke smlouvě o poskytování právní služby ze dne 30. 3. 1999 uzavřeného s JUDr. Libuší Šmehlíkovou, advokátkou, se sídlem Michálkovická 967/108, 710 00 Ostrava, zapsanou v seznamu ČAK pod ev. č. 8464, IČO 47833505, v některém z v úvahu přicházejících druhů zadávacího řízení dle § 21 odst. 1 citovaného zákona, ačkoli pro uzavření smlouvy, tj. uvedeného dodatku č. 11 ze dne 27. 9. 2011, bez provedení předchozího

zadávacího řízení nebyly dány důvody, neboť předmětným dodatkem byla paušální odměna advokáta zvýšena na 290 000 Kč bez DPH, tedy 348 000 Kč s DPH měsíčně, a tedy konkrétně o částku 65 000 Kč bez DPH měsíčně oproti smlouvě o poskytování právní služby ze dne 30. 3. 1999 ve znění dodatku č. 10, a současně jím byl rozšířen předmět smlouvy o poskytování právní služby ze dne 30. 3. 1999 vymezený v čl. I. předmětné smlouvy o úkony spojené s převzetím vymáhání náhrad škod v rozsahu 150 hodin měsíčně, kdy zvýšení paušální odměny představovalo dle dodatku č. 11 ze dne 27. 9. 2011 náklady na 1 referenta - právníka, včetně nákladů souvisejících a nájmu, tedy umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o poskytování právní služby ze dne 30. 3. 1999 ve znění dodatku č. 10, přičemž tato změna podstatným způsobem rozšířila předmět veřejné zakázky vymezený smlouvou o poskytování právní služby ze dne 30. 3. 1999, když předpokládaná hodnota plnění vyplývajícího z dodatku č. 11 ze dne 27. 9. 2011 přesahovala finanční limity stanovené v § 12 odst. 2 citovaného zákona, čímž zároveň porušil zásady transparentnosti a zákazu diskriminace zakotvené v ustanovení § 6 citovaného zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a již došlo k uzavření smlouvy.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Revírní bratrská pokladna, zdravotní pojišťovna, IČO 47673036, se sídlem Michálkovická 967/108, 710 15 Ostrava – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění,

pokuta ve výši 20 000,- Kč (dvacet tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Revírní bratrská pokladna, zdravotní pojišťovna, IČO 47673036, se sídlem Michálkovická 967/108, 710 15 Ostrava (dále jen „zadavatel“) – uzavřel dne 30. 3. 1999 s JUDr. Libuší Šmehlíkovou, advokátkou, se sídlem Michálkovická 967/108, 710 00 Ostrava, zapsanou v seznamu ČAK pod ev. č. 8464, IČO 47833505 (dále jen „JUDr. Šmehlíková“), smlouvu o poskytování právní služby na dobu neurčitou (dále jen „smlouva“). Paušální odměna za poskytování právních služeb byla ve smlouvě stanovena ve výši 180 000 Kč bez DPH čtvrtletně, tedy 60 000 Kč bez DPH měsíčně.
2. Dne 3. 1. 2011 uzavřel zadavatel s JUDr. Šmehlíkovou dodatek č. 10 ke smlouvě, v němž byla cena za poskytnutou právní službu stanovena jako paušální odměna ve výši 225 000 Kč bez DPH měsíčně, tedy 270 000 Kč s DPH.
3. Dne 27. 9. 2011 uzavřel zadavatel s JUDr. Šmehlíkovou dodatek č. 11 ke smlouvě (dále jen „dodatek č. 11“), jehož prostřednictvím byla paušální odměna zvýšena na 290 000 Kč bez DPH, tedy 348 000 Kč s DPH měsíčně, neboť byl rozšířen předmět smlouvy vymezený v čl. I. smlouvy o „*[p]řevzetí vymáhání náhrad škod v rozsahu 150 hodin měsíčně. Navýšení objemu sjednané částky o náklady na 1 referenta - právníka, včetně nákladů souvisejících a nájmu, tj. o částku 65 000 Kč*“.

4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele souvisejícího se zadáváním veřejné zakázky. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele vyjádření k podnětu a dále dokumentaci o předmětné veřejné zakázce.
5. Po přezkoumání obsahu dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel postupoval při uzavírání předmětného dodatku v souladu se zákonem. Z těchto důvodů zahájil Úřad správní řízení z moci úřední.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S0609/2016/VZ-38214/2016/523/MKv ze dne 16. 9. 2016, který byl doručen téhož dne; tímto dnem bylo dle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, správní řízení zahájeno. Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0609/2016/VZ-38308/2016/523/MKv z téhož dne stanovil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které byl oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.
7. Zadavatel dopisem ze dne 23. 9. 2016 požádal z důvodu nutnosti obstarání důkazů o prodloužení lhůty k zaslání svého stanoviska a rovněž požádal o nahlédnutí do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0609/2016/VZ.
8. Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0609/2016/VZ-39555/2016/523/MKv ze dne 27. 9. 2016 prodloužil lhůtu, ve které byl zadavatel oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které byl oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko. Tímtéž usnesením Úřad zadavateli rovněž stanovil lhůtu pro předložení dokladů, ze kterých bude vyplývat celková finanční hodnota plnění uskutečněného na základě dodatku č. 11 uzavřeného dne 27. 9. 2011 s JUDr. Šmehlíkovou ke smlouvě o poskytování právní služby ze dne 30. 3. 1999. Stanovisko zadavatele Úřad obdržel dne 7. 10. 2016 (resp. po opravě dne 10. 10. 2016).
9. Dne 29. 9. 2016 bylo Ing. Pavlu Mikulovi na základě plné moci z téhož dne umožněno nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0609/2016/VZ.
10. Usnesením č. j. ÚOHS-S0609/2016/VZ-42824/2016/523/MKv ze dne 20. 10. 2016 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – vysvětlení charakteru, obsahu a rozdílů u činností, které jsou v záznamech o předání spisů k dalšímu řešení JUDr. Šmehlíkové označeny jako „posoudit“, „posoudit a zpracovat“ a „převzít trvale“. Vyjádření zadavatele Úřad obdržel dne 25. 10. 2016.
11. Přípisem č. j. ÚOHS-S0609/2016/VZ-44018/2016/523/ASo ze dne 3. 11. 2016 Úřad zadavateli s poukazem na relevantní ustanovení zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, který nabyl účinnosti dne 1. 10. 2016, sdělil, podle jakých všech relevantních zákonných ustanovení bude jeho jednání posuzováno, když část z nich byla uvedena v oznámení o zahájení správního řízení, aby se mohl ve správním řízení případně relevantním způsobem vyjádřit.

12. Usnesením č. j. ÚOHS-S0609/2016/VZ-44495/2016/523/ASo ze dne 3. 11. 2016 stanovil Úřad zadavateli lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí. Vyjádření navrhovatele obdržel Úřad dne 8. 11. 2016.

Stanovisko zadavatele ze dne 7. 10. 2016

13. Zadavatel předně uvádí, že v době, kdy byl uzavřen dodatek č. 11, tj. ke dni 27. 9. 2011, nebyl, coby zaměstnanecká zdravotní pojišťovna, považován za zadavatele ve smyslu ust. § 2 odst. 2 zákona s tím, že až později ustálená judikatura dovodila, že jsou v případě zaměstnaneckých zdravotních pojišťoven kumulativně splněny podmínky uvedené v § 2 odst. 2 písm. d) a stávají se tak veřejným zadavatelem, přičemž zadavatel poté, dle svého tvrzení, neprodleně své postupy přizpůsobil zákonnému režimu.
14. Dalším argumentem zadavatele obsaženým v jeho vyjádření je skutečnost, že zákaz podstatným způsobem měnit smlouvu byl v zákoně zakotven až novelou, která nabyla účinnosti dne 1. 4. 2012, tj. až po uzavření dodatku č. 11. Zadavatel tedy dle svého tvrzení nemohl spáchat správní delikt, když problematika podstatných změn smluv byla do zákona zakotvena až později.
15. V neposlední řadě zadavatel poukazuje na znění zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, který nabyl účinnosti dne 1. 10. 2016 (dále jen „ZZVZ“), v němž je obsažena obecná výjimka, kdy zadavatel není povinen zadávat veřejnou zakázku v režimu zákona, a to v případě právních služeb, které mj. souvisejí se zastupováním před soudy a přípravou na tato jednání, přičemž právě takové plnění je dle zadavatele předmětem dodatku č. 11. Zadavatel konstatuje, že 100 % smluvně sjednané agendy dle dodatku č. 11 souviselo právě s činnostmi, na kterou se podle aktuálně platné právní úpravy zákonný režim zadávání veřejných zakázek nevztahuje.

Vyjádření zadavatele ze dne 25. 10. 2016

16. V tomto svém vyjádření se zadavatel na žádost Úřadu vyjádřil k charakteru, obsahu a rozdílům u činností, které jsou v záznamech o předání spisů k dalšímu řešení JUDr. Šmehlíkové označeny jako „posoudit“, „posoudit a zpracovat“ a „převzít trvale“.
17. V případě označení spisu „posoudit“ zadavatel uvedl, že „*byl vznášen požadavek k právnímu posouzení, zda je daný případ náhrady škody možné vymáhat, anebo má být odložen, jelikož nejsou splněny předpoklady pro úspěšné vymáhání právní cestou*“.
18. Ke spisům, které byly JUDr. Šmehlíkové předávány s označením „posoudit a zpracovat“ zadavatel uvedl, že „*advokátní kancelář zaujímala závazné právní stanovisko k možnosti náhradu škody vymáhat a zpracovávala pro zadavatele postup pro další vymáhání*“.
19. V případě řešení náhrady škody, kdy byly spisy předávány pod označením „trvale“, zadavatel uvedl, že „*byly advokátkou ve všech případech zpracovány žaloby a platební rozkazy, vedeny soudní spory a následně byly náhrady vymáhány až do úplného uhrazení především zpracováványmi exekučními návrhy*“.
20. Zadavatel uvádí, že veškeré případy řešených náhrad škod naplňují podmínky ustanovení § 29 písm. k) ZZVZ, neboť se výhradně jednalo o poskytnutí právních služeb, které advokátka poskytovala v rámci zastupování klienta.

Vyjádření zadavatele ze dne 7. 11. 2016 k podkladům rozhodnutí

21. Zadavatel v rámci svého vyjádření k podkladům rozhodnutí uvedl, že se nadále domnívá, že neprovedl podstatnou změnu smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 zákona a opětovně poukazuje na výjimku obsaženou v ZZVZ, na základě které jsou některé právní služby vyňaty z působnosti zákona.
22. Zadavatel navrhuje, aby bylo správní řízení zastaveno, přičemž pakliže Úřad řízení nezastaví, odkazuje na čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, který hovoří o aplikaci právní úpravy, která je z hlediska trestnosti a ukládání trestu pro pachatele příznivější, a kterou lze vztáhnout rovněž na principy správního trestání. Zadavatel je přesvědčen, že jeho jednání nemůže být postižitelné dle účinné právní úpravy, neboť zanikla trestnost deliktu.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

23. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení veškerých podkladů, zejm. dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nepostupoval při uzavírání dodatku č. 11 v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

24. Úřad se v první řadě zabýval otázkou, zda Revírní bratrská pokladna, zdravotní pojišťovna naplňuje definici veřejného zadavatele, přičemž k zodpovězení této otázky je nutno vycházet z § 2 odst. 2 písm. d) zákona.
25. Podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud (1.) byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a (2.) je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
26. Úřad doplňuje, že k tomu, aby bylo možné konkrétní právnickou osobu považovat za veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona, musí být obě výše popsané podmínky splněny kumulativně.
27. Za účelem zjištění, zda Revírní bratrská pokladna, zdravotní pojišťovna naplňuje znaky veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona, bylo nutné vycházet i z právní úpravy, která se k postavení Revírní bratrské pokladny, zdravotní pojišťovny vztahuje. Úřad tedy vycházel při svém rozhodování zejména z následující právní úpravy:
 - zákon č. 280/1992 Sb., o resortních, oborových, podnikových a dalších zdravotních pojišťovnách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zdravotních pojišťovnách“),
 - zákon č. 592/1992 Sb., o pojistném na všeobecné zdravotní pojištění, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o pojistném“).

28. Současně Úřad vycházel ze Statutu Revírní bratrské pokladny, zdravotní pojišťovny, který byl schválen ve znění dodatku č. 1 Ministerstvem zdravotnictví dne 9. 5. 2001 a ve znění dodatku č. 2 dne 4. 4. 2003 (dále jen „statut“).

Právní osoba založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu

29. Z obchodního rejstříku vyplývá, že Revírní bratrská pokladna, zdravotní pojišťovna byla zřízena Ministerstvem práce a sociálních věcí České republiky ve smyslu § 5 zákona o zdravotních pojišťovnách jako zaměstnanecká zdravotní pojišťovna, která je právníkou osobou, v právních vztazích vystupuje svým jménem a je nositelem veřejného zdravotního pojištění pro pojištěnce, kteří jsou u ní zaregistrováni.

30. Předmětem činnosti Revírní bratrské pokladny, zdravotní pojišťovny je podle obchodního rejstříku:

- provádění veřejného zdravotního pojištění pro své pojištěnce,
- poskytování a zprostředkování dalšího smluvního pojištění a připojištění sjednávaného zejména v návaznosti na pojištění výloh zdravotní péče přesahující rozsah péče hrazené z veřejného zdravotního pojištění,
- výběr pojistného na zdravotní pojištění a kontrola tohoto výběru,
- půjčování zdravotnických prostředků pojištěncům na základě indikace ošetřujícího lékaře v souladu s prováděcími právními předpisy včetně vedení evidence těchto prostředků,
- v souladu s § 11 zákona č. 280/1992 Sb. v platném znění hospodaření s vlastním majetkem a majetkem jí svěřeným,
- kontrola využívání a poskytování služeb hrazených z veřejného zdravotního pojištění v jejich objemu a kvalitě, včetně dodržování cen u smluvních poskytovatelů a pojištěnců,
- zprostředkování úhrad nákladů zdravotních služeb hrazených z veřejného zdravotního pojištění, které byly poskytnuty poskytovateli zdravotních služeb a jinými oprávněnými subjekty v souladu s platnými právními předpisy České republiky, Evropské unie a na základě platně uzavřených a účinných mezinárodních smluv, kterými je Česká republika vázána,
- úhrada částek, přesahující limit pro regulační poplatky a doplatky za léčivé přípravky a potraviny pro zvláštní lékařské účely částečně hrazené z veřejného zdravotního pojištění nebo úhrady podílu na těchto částkách v případě změny zdravotní pojišťovny pojištěncem, za podmínek stanovených zvláštním právním předpisem.

31. V čl. I. § 2 odst. 4 statutu je uvedeno, že Revírní bratrská pokladna, zdravotní pojišťovna „*je ve smyslu platných právních předpisů nositelkou veřejného zdravotního pojištění pro pojištěnce, kteří jsou u ní zaregistrováni.*“

32. Podle čl. II. § 3 statutu je předmětem činnosti Revírní bratrské pokladny, zdravotní pojišťovny:

- „*provádění veřejného zdravotního pojištění pro své pojištěnce.*“

- *poskytování a zprostředkování dalšího smluvního pojištění a připojištění sjednávaného zejména v návaznosti na pojištění výloh zdravotní péče přesahující rozsah péče hrazené z veřejného zdravotního pojištění.*
 - *výběr pojistného na zdravotní pojištění a kontrola tohoto výběru.*
 - *kontrola využívání a poskytování péče hrazené z veřejného zdravotního pojištění v jejím objemu a kvalitě včetně dodržování cen u smluvních zdravotnických zařízení a pojištěnců.*
 - *zprostředkování úhrad za výkony závodní preventivní péče a specifické zdravotní péče o zaměstnance, u nichž charakter vykonávané práce vyžaduje zvýšenou zdravotní péči.*
 - *úhrada nákladů zdravotní péče hrazené z veřejného zdravotního pojištění, která byla poskytnuta zdravotnickými zařízeními na území ČR a zdravotnickými zařízeními na základě mezinárodních smluv.*
 - *půjčování zdravotnických prostředků pojištěncům na základě indikace ošetřujícího lékaře v souladu s prováděcími právními předpisy včetně vedení evidence těchto prostředků.*
 - *v souladu s § 11 zákona č. 280/1992 Sb. v platném znění hospodaření s vlastním majetkem a majetkem jí svěřeným.“*
33. Úřad k pojmu „veřejný zájem“ v obecné rovině uvádí, že je nutno jej chápat jako takový zájem, který by bylo možno označit za obecný zájem či obecně prospěšný zájem.
34. Vzhledem k výše uvedenému je zcela zřejmé, že Revírní bratrská pokladna, zdravotní pojišťovna je právnickou osobou (zaměstnaneckou pojišťovnou), která byla založena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, jelikož provádění veřejného zdravotního pojištění lze jednoznačně označit za uspokojování potřeb veřejného zájmu s ohledem na skutečnost, že zdravotní pojištění slouží k úhradě zdravotní péče a zdraví samo o sobě patří k prioritním hodnotám nejen jednotlivce, ale i rodiny a celé společnosti, a je základním předpokladem jejich sociální a ekonomické úspěšnosti a podmínkou jejich kvality života. Lze tedy najisto postavit, že činnost spočívající v provádění veřejného zdravotního pojištění má těžiště v uspokojování potřeb veřejného zájmu.
35. Úřad konstatuje, že v šetřeném případě je první zákonná podmínka [§ 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona] naplněna, jelikož zadavatel je jinou právnickou osobou, která byla založena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.

Financování státem či jiným veřejným zadavatelem

36. Úřad uvádí, že ze zákona o pojistném vyplývá, že financování Revírní bratrské pokladny, zdravotní pojišťovny je bezprostředně vázáno na přerozdělování veřejného zdravotního pojištění prováděné Všeobecnou zdravotní pojišťovnou České republiky. Právě uvedené vyplývá z následujících ustanovení zákona o pojistném.
37. Podle § 20 odst. 1 zákona o pojistném je Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky povinna zřídit zvláštní účet všeobecného zdravotního pojištění (dále jen „zvláštní

účet“), který slouží k financování hrazených služeb na základě přerozdělování pojistného a dalších příjmů zvláštního účtu podle počtu pojištěnců, jejich věkové struktury, pohlaví a nákladových indexů věkových skupin pojištěnců veřejného zdravotního pojištění.

38. Podle § 20 odst. 4 zákona o pojistném zvláštní účet spravuje Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky (dále jen "správce účtu") a vede odděleně od ostatních účtů (fondů), které spravuje.
39. Z § 21 zákona o pojistném vyplývá, že správce účtu mimo jiné oznamuje všem zdravotním pojišťovnám celkovou částku na ně připadající, přičemž tuto částku tvoří podíl na standardizovaného pojištěnce podle odstavce 3 citovaného ustanovení vynásobený počtem standardizovaných pojištěnců příslušné zdravotní pojišťovny. Podíl na standardizovaného pojištěnce se stanoví tak, že se součet pojistného vybraného všemi zdravotními pojišťovnami, celkové platby státu za pojištěnce, za něž je plátcem, penále, pokut a jiných plnění, která jsou na základě zákona o pojistném nebo na základě zvláštních právních předpisů příjmem zvláštního účtu, a úroků vzniklých na zvláštním účtu, snížený o poplatky za účetní operace a za vedení zvláštního účtu, vydělí celkovým počtem standardizovaných pojištěnců všech zdravotních pojišťoven. Přesahuje-li pojistné vybrané příslušnou zdravotní pojišťovnou celkovou částku, která na ni připadá, odvede tato pojišťovna přebývající finanční prostředky na zvláštní účet a nedosahuje-li toto pojistné celkové částky, správce účtu poukáže příslušné zdravotní pojišťovně chybějící finanční prostředky.
40. Podle § 21a zákona o pojistném slouží zvláštní účet dále k přerozdělování pojistného a dalších příjmů zvláštního účtu podle výskytu pojištěnců, za něž byly příslušnými zdravotními pojišťovnami uhrazeny zvláště nákladné hrazené služby s tím, že příslušná zdravotní pojišťovna má nárok na úhradu 80 % částky, o kterou nákladné hrazené služby překročí částku podle odstavce 2 citovaného ustanovení, pokud správci účtu vyúčtuje a řádně doloží případy nákladné péče.
41. K tomu Úřad dále doplňuje, že aby bylo možné konstatovat, že se v případě Revírní bratrské pokladny, zdravotní pojišťovny jedná o veřejného zadavatele ve smyslu zákona, je nezbytné, aby byl tento subjekt „převážně financován státem či jiným veřejným zadavatelem“. V této souvislosti lze odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 13/2015-147 ze dne 21. 7. 2016, v němž se soud věnoval mj. této problematice a judikoval následující: *„Předně je třeba vyjít z toho, že § 2 odst. 2 písm. d) bod 2. ZVZ neobsahuje žádné přesnější vymezení pojmu ‚převážné financování státem‘. Stejně je tomu v případě čl. 1 odst. 9 písm. c) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES. Ve vztahu k uvedené směrnici přitom Soudní dvůr dovodil, že k tomu, aby podmínka ‚převážného financování státem‘ byla splněna, není požadováno, aby aktivity subjektů (u nichž se zkoumá, zda jsou veřejnými zadavateli či nikoli) byly státem či jiným veřejným subjektem financovány přímo; postačující je tak i jakýkoli nepřímý způsob financování (rozsudek Soudního dvora ze dne 13. 12. 2007 ve věci C- 337/06, ‚Bayerischer Rundfunk‘, především body 34. a 49.). Pak tedy i ve vztahu k § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ je třeba dovodit, že o ‚převážné financování státem‘ jde i tehdy, pokud převažující financování přičitatelné státu je z pohledu státu financováním nepřímým.“*
42. Současně zmíněný soud v témže rozsudku dále judikoval, že *„[v]ýše pojistného, způsob jejího výpočtu i povinnost a způsob odvodu je stanoven zákonem (§ 2, § 3, § 5, § 10 zákona*

č. 592/1992 Sb., o pojistném na všeobecné zdravotní pojištění) a uplatní se závazná pravidla přerozdělování povinně vybraného pojistného (§ 20 a násl. téhož zákona). Platby pojištění jsou povinné, jde o platby do veřejných rozpočtů, z nichž jsou následně přerozdělovány, a tyto platby jsou pod donucovacími prostředky veřejné moci. Platby pojištěnců v postavení zaměstnanců ani platby zaměstnavatelů („za zaměstnance“) tedy nejsou odvozovány od jakéhokoli soukromoprávního ujednání mezi nimi na straně jedné a zdravotními pojišťovnami na straně druhé, jsou povinně hrazeny bez jakéhokoli přímého protiplnění (ve smyslu rozsudku Soudního dvora ze dne 3. 10. 2000 ve věci C-380/98, „Univerzity of Cambridge“, body 23. – 25.) již na základě skutečnosti, že pojištěnci mají povinnost být ze zákona pojištěni a toto pojištění do veřejných rozpočtů v zákonem stanovené výši odvádět (rozsudek Soudního dvora ze dne 13. 12. 2007 ve věci C-337/06, „Bayerischer Rundfunk“, bod 45.). Nositelem všeobecného zdravotního pojištění pro pojištěnce zaregistrované u příslušné zdravotní pojišťovny je právě tato zdravotní pojišťovna (§ 5 odst. 2 zákona č. 280/1992 Sb., o resortních, oborových, podnikových a dalších zdravotních pojišťovnách), která veřejné zdravotní pojištění provádí (§ 8 odst. 1 téhož zákona). Příjmy zdravotní pojišťovny zahrnují platby pojistného od pojištěnců, zaměstnavatelů pojištěnců a státu (§ 12 odst. 1 téhož zákona), výdaji jsou kromě nákladů na samotnou činnost pojišťovny platby za zdravotní péči (§ 13 téhož zákona). (...) z uvedeného je zřejmé, že financování činnosti zdravotních pojišťoven stojí na povinných platbách zdravotního pojištění od pojištěnců a jejich zaměstnavatelů stanovených zákonem, případně (za podmínek stanovených zákonem) na platbách od státu. Prostředky, jež se zdravotním pojišťovnám dostanou, jsou prostředky směřujícími na základě zákonem uložených a vynutitelných pravidel do veřejných rozpočtů, s možností diskrece plátců odvislé pouze od volby pojišťovny, nikoli diskrece ohledně samotné povinnosti platby a její výše. Podmínka „převážného financování státem“, jak byla dovozena pro účely čl. 1 odst. 9 písm. c) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES Soudním dvorem, je tedy splněna i pro účely § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ.“

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

Shrnutí

44. Úřad konstatuje, že Revírní bratrská pokladna, zdravotní pojišťovna je (a v době uzavření předmětného dodatku č. 11 byla) veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona, neboť se jedná o právnickou osobu, která byla zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu a je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem, pročež se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách. Úřad tak z výše uvedených důvodů nemůže přisvědčit námitce zadavatele, že v době uzavření dodatku č. 11 nebyl považován za zadavatele podle zákona. Nelze totiž zaměňovat postavení zadavatele (coby objektivní skutečnost vyplývající z platných právních předpisů) a to, že se Revírní bratrská pokladna, zdravotní pojišťovna, jak zadavatel ve svém vyjádření naznačuje, v době uzavření příslušného dodatku zadavatelem být necítila, resp. jako zadavatel při uzavírání dodatku č. 11 nepostupovala (tedy subjektivní

přesvědčení zadavatele, založené na nesprávném výkladu právních norem, a jeho důsledek spočívající případně v nezákonném postupu), přičemž je třeba akcentovat že (ne)správné posouzení svého postavení jako (ne)zadavatele dle zákona je vždy rizikem zadavatele.

Relevantní ustanovení právních předpisů

45. Podle ust. § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
46. Podle ust. § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy.
47. Podle ust. § 12 odst. 1 zákona se nadlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota podle § 13 bez daně z přidané hodnoty dosáhne nejméně finančního limitu stanoveného prováděcím právním předpisem pro jednotlivé kategorie zadavatelů, oblastí a druhy veřejných zakázek, případně kategorie dodávek nebo služeb. Tento prováděcí právní předpis stanoví rovněž seznam zboží pořizovaného Českou republikou - Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a výši tohoto limitu.
48. Podle ust. § 12 odst. 2 zákona se podlimitní veřejnou zakázkou se rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota činí v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby nejméně 2 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce nejméně 6 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty a nedosáhne finančního limitu podle odstavce 1.
49. Podle ust. § 12 odst. 3 zákona se veřejnou zakázkou malého rozsahu rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota nedosáhne v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby 2 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce 6 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty.
50. Podle ust. § 14 odst. 1 písm. b) zákona se předpokládaná hodnota veřejné zakázky na dodávky stanoví na základě předpokládané výše celkového peněžitého závazku zadavatele za 48 měsíců, má-li být smlouva uzavřena na dobu neurčitou nebo na dobu, jejíž trvání nelze přesně vymežit.
51. Podle ust. § 15 odst. 1 zákona se ustanovení § 14 odst. 1, 3 a 4 pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky na služby použijí obdobně.
52. Podle ust. § 21 odst. 1 zákona upravuje zákon o veřejných zakázkách tyto druhy zadávacích řízení
 - a. otevřené řízení,
 - b. užší řízení,
 - c. jednací řízení s uveřejněním,
 - d. jednací řízení bez uveřejnění,
 - e. soutěžní dialog,

f. zjednodušené podlimitní řízení.

53. Dle ust. § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.
54. Dle ust. § 21 odst. 3 zákona může veřejný zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít za podmínek stanovených v § 24 soutěžní dialog a za podmínek podle § 25 zjednodušené podlimitní řízení.
55. Dle ust. § 29 písm. k) ZZVZ není zadavatel povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, jde-li o právní služby,
1. které poskytuje advokát v rámci zastupování klienta v soudním, rozhodčím, smírčím nebo správním řízení před soudem, tribunálem nebo jiným veřejným orgánem nebo v řízení před mezinárodními orgány pro řešení sporů,
 2. které poskytuje advokát při přípravě na řízení uvedená v bodě 1, nebo pokud okolnosti nasvědčují tomu, že dotčená věc se s vysokou pravděpodobností stane předmětem řízení uvedeného v bodě 1.
56. Podle § 222 odst. 1 ZZVZ, není-li dále stanoveno jinak, platí, že zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona.
57. Podle § 222 odst. 3 ZZVZ platí, že podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je taková změna smluvních podmínek, která by
- a. umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně,
 - b. měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, nebo
 - c. vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.
58. Dle § 222 odst. 4 ZZVZ platí, že se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je
- a. nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a
 - b. nižší než
 1. 10 % původní hodnoty závazku, nebo
 2. 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, která není koncesí.

K uzavření dodatku č. 11

59. Úřad konstatuje, že ve vztahu k postupu zadavatele při uzavření dodatku č. 11 je nutné nejprve zodpovědět otázku, zda jeho uzavřením došlo k podstatné změně smlouvy či nikoli a na základě tohoto zjištění posoudit, zda byl zadavatel povinen plnění, jehož předmět je vymezen dodatkem č. 11, zadat jako veřejnou zakázku v některém z v úvahu přicházejících druhů zadávacího řízení podle zákona či nikoli.
60. Úřad nejprve v obecné rovině konstatuje, že zákon o veřejných zakázkách je pramenem práva smíšené povahy, tedy na pomezí práva veřejného a soukromého, jehož hlavní cíl tkví v zabezpečení co možná nejvíce efektivního vynakládání veřejných prostředků při zabezpečování potřeb veřejného charakteru. Zákon, na rozdíl od soukromoprávních předpisů (typicky na rozdíl od zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů) upravujících kontraktační procesy, neumožňuje subjektům participujícím na zadávacím řízení takovou míru smluvní volnosti, jako je tomu u výše zmíněného pramene soukromého práva. Vzhledem k tomu, že při zadávání veřejných zakázek dochází k vynakládání veřejných prostředků, konstruuje zákonodárce záměrně zadávací řízení jako vysoce formalizovaný proces. Zadavatel je tak povinen v celém průběhu zadávacího řízení postupovat striktně podle požadavků zákona tak, aby byly splněny základní zásady zadávacího řízení vyjádřené v ustanovení § 6 zákona.
61. Úřad dále uvádí, že problematika podstatné změny smlouvy byla v zákoně výslovně upravena až v důsledku přijetí zák. č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tedy tzv. „transparentní novely“ zákona, která nabyla účinnosti dne 1. 4. 2012, a která do zákona nově vložila ustanovení § 82 odst. 7 zákona (k jeho obsahu viz níže bod 65. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Ačkoliv v době před přijetím novely č. 55/2012 Sb. nebyla podstatná změna smlouvy v zákoně explicitně upravena, existovala v otázce podstatných změn podmínek smlouvy ustálená evropská judikatura, a tedy ještě před účinností výše uvedené novely bylo možné z judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“), resp. ze základních zásad zadávacího řízení (§ 6 zákona) dovodit, že zadavatel nemůže měnit podmínky uzavřené smlouvy zcela libovolně.
62. V souvislosti s otázkou tzv. podstatných či nepodstatných změn smluvních ujednání Úřad odkazuje na rozsudek SDEU sp. zn. C-454/06, ze dne 19. 6. 2008, ve věci *Presstext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund)* a další (dále jen „rozsudek Presstext“), ve kterém soud mimo jiné judikoval, že „(...) relevantním kritériem pro určení, zda sjednání nového ustanovení (...) představuje nové zadání zakázky, je, zda musí být toto ustanovení považováno za podstatnou změnu původní smlouvy (...)“, přičemž SDEU zároveň uvedl případy, kdy lze považovat změnu smlouvy za podstatnou: „Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata. Změna původní veřejné zakázky může být rovněž považována za podstatnou, pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány. Změna může být rovněž považována za podstatnou, jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky

předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.“

63. Z výše uvedeného vyplývá, že rozsudek Priesetext, stanovil tři definiční znaky změny smlouvy na veřejnou zakázku, při jejichž naplnění je nutné změnu považovat za podstatnou. Při rozhodování, zda může být plánovaná změna veřejné zakázky provedena bez zahájení nového zadávacího řízení, má zadavatel zhodnotit, zda některý ze znaků podstatné změny je naplněn. Jako podstatnou změnu SDEU v rozsudku Priesetext označil takovou změnu, která:
- by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata,
 - značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány,
 - mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.
64. Citovaný rozsudek Priesetext tedy v obecné rovině konstatuje, že za nové zadání veřejné zakázky je třeba považovat změny smlouvy, které mají podstatně odlišnou povahu než původní zakázka, a v důsledku toho prokazují vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky takové zakázky. Závěry rozsudku Priesetext v části upravující podstatné změny smluv obecně odráží základní principy zadávání veřejných zakázek, v nichž pojetí podstatné změny smlouvy, kdy je tato vnímána jako nová veřejná zakázka, má svůj klíčový význam. Nová veřejná zakázka totiž vyžaduje nové zadávací řízení a v něm nové stanovení a formulaci zadávacích podmínek. V novém zadávacím řízení pak zadavatel může dosáhnout výhodnějších finančních nebo ekonomických podmínek, než při „prostém“ uzavření dodatku, které je fakticky výběrem dodavatele mimo režim zákona, tedy bez uveřejnění veřejné zakázky a podniknutí jakýchkoliv dalších kroků, které zákon zadavateli ukládá, což je zcela v rozporu se zásadami rovného zacházení, nediskriminace a transparentnosti. Jak již bylo uvedeno výše, zákon o veřejných zakázkách je pramenem práva smíšené povahy, který neumožňuje subjektům participujícím na zadávacím řízení takovou míru smluvní volnosti, jako je tomu u pramenů soukromého práva. Smluvní strany tedy nejsou oprávněny při realizaci veřejné zakázky svá práva a povinnosti arbitrárně modifikovat, neboť prostor pro obcházení zásad, na kterých stojí zákon, by byl v takovém případě enormní. Soukromoprávní aspekt veřejných zakázek je tedy alterován aspektem veřejnoprávním. Je-li zadavatel povinen vybírat dodavatele konkrétního plnění postupem dle zákona, tedy na základě vysoce formalizovaného procesu za účelem zachování co možná nejotevřenější hospodářské soutěže, která má zajišťovat hospodárné vynakládání jemu svěřených veřejných financí, nelze připustit, aby byl tento formalizovaný proces následně v podstatě „anulován“ tím, že zadavatel uzavře dodatek ke smlouvě uzavřené na základě zadávacího řízení, jehož důsledkem bude popření předchozího postupu (v extrémním případě by takto zadavatel mohl např. s vybraným uchazečem, který se jím stal na základě nejnižší nabídkové ceny, uzavřít dodatek, který by znamenal, že cena plnění bude nakonec mnohonásobně vyšší než nabídková cena, která byla příčinou jeho vítězství v soutěži). Cestou změny smluv by tak mohly být zásady, na kterých zákon stojí, ohroženy, resp. mohlo by dojít i k úplnému

obcházení zákona, kdy by původní výsledek „zákonně“ provedeného zadávacího řízení byl následně popřen podstatnými změnami smlouvy. Je tedy nepochybné, že již před účinností novely provedené zákonem č. 55/2012 Sb. byl postup zadavatele spočívající v umožnění podstatné změny smlouvy rozporný se zákonem jakožto postup, který zákon a zásady v něm zakotvené obchází.

65. Vzhledem k výše uvedenému Úřad v souladu s důvodovou zprávou k výše citované novele zákona č. 55/2012 Sb., konstatuje, že ustanovení § 82 odst. 7 zákona reflektuje rozhodovací praxi SDEU (např. právě rozsudek *Pressetext*), v níž bylo jasně vymezeno, ve kterých případech nelze měnit smlouvu uzavřenou na základě zadávacího řízení. Předmětné ustanovení zákona vymezuje hranice změny smlouvy tak, aby nedošlo k obcházení zákona (viz předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí). Pod písmeny a) až d) ustanovení § 82 odst. 7 zákona přitom zákon taxativně stanovuje, jaké změny jsou považovány za podstatné. Jedná se o následující změny: rozšíření předmětu veřejné zakázky, tj. předmětu původní zadávané veřejné zakázky (uvedené tak typicky brání tomu, aby zadavatel neoprávněně navyšoval množství stavebních prací, dodávek nebo služeb nad rámec původního předmětu veřejné zakázky, s výjimkou oprávněného použití jednacích řízení dle § 23 odst. 5 písm. b) a § 23 odst. 7 zákona), přičemž toto je odrazem závěrů rozsudku *Pressetext*, dle kterých je podstatnou změnou ta, která značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány; dále změna, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů (například i pokud by došlo k zúžení předmětu veřejné zakázky, které by umožnilo podat nabídku více uchazečům, či ke změně charakteru předmětu veřejné zakázky), přičemž toto je odrazem závěrů rozsudku *Pressetext*, dle kterých je podstatnou změnou ta, která by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata; rovněž změna, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejhodnější nabídky (kupříkladu změna smlouvy týkající se parametrů hodnotících kritérií – např. prodloužení doby realizace veřejné zakázky, pokud byla doba plnění hodnotícím kritériem), přičemž toto je opět odrazem závěrů rozsudku *Pressetext*, dle kterých je podstatnou změnou ta, která by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata; a konečně změna, která by měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče (například změna smluvních podmínek apod.), což je odrazem závěrů rozsudku *Pressetext*, dle kterých je podstatnou změnou ta, která mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána. Je tedy nepochybné, že zadavatel je oprávněn umožnit toliko takové změny smlouvy, které nejsou podstatné, přičemž tento závěr byl obecně platný i v době před nabytím účinnosti zák. č. 55/2012 Sb. (k tomu viz výše).
66. Jak již bylo uvedeno, zadavatel je povinen průběhu celého zadávacího řízení postupovat striktně podle požadavků zákona tak, aby byly splněny základní zásady zadávacího řízení, jež nachází své vyjádření v § 6 zákona. Úřad konstatuje, že zásada transparentnosti, vymezená ve shora citovaném ustanovení zákona, spolu se zásadou zákazu diskriminace, představují základní zásady, které musí být ze strany zadavatele bezvýhradně dodržovány v celém

průběhu zadávacího řízení. Úřad uvádí, že vyvstane-li v průběhu realizace veřejné zakázky potřeba změny smlouvy, pak tato změna nesmí být zadavatelem provedena zcela libovolně, nýbrž případné provedení změny práv a povinností plynoucích ze smlouvy musí být podrobena testu přípustnosti. Úřad přitom opětovně zdůrazňuje, že zásadně přípustná, čili taková, která je způsobilá projít testem přípustnosti, je pouze taková změna, jež nemá charakter změny podstatné (tj. „neznehodnocuje“ shora popsaným způsobem původní zadávací řízení, resp. nepředstavuje obcházení zákona).

67. Jak již Úřad uvedl výše, uzavřel zadavatel s JUDr. Šmehlíkovou smlouvu na dobu neurčitou, přičemž paušální odměna za poskytování právních služeb byla ve smlouvě stanovena ve výši 180 000 Kč čtvrtletně, tedy 60 000 Kč měsíčně. Dále dne 3. 1. 2011 uzavřel zadavatel s JUDr. Šmehlíkovou dodatek č. 10 ke smlouvě, jehož prostřednictvím byla cena za poskytnutou právní službu stanovena jako paušální odměna ve výši 225 000 Kč bez DPH měsíčně, tedy 270 000 Kč s DPH. Dne 27. 9. 2011 uzavřel zadavatel s JUDr. Šmehlíkovou dodatek č. 11, jehož prostřednictvím byla paušální odměna zvýšena na 290 000 Kč bez DPH, tedy 348 000 Kč s DPH měsíčně, neboť byl rozšířen předmět smlouvy vymezený v čl. I. smlouvy o „*[p]řevzetí vymáhání náhrad škod v rozsahu 150 hodin měsíčně. Navýšení objemu sjednané částky o náklady na 1 referenta - právníka, včetně nákladů souvisejících a nájmu, tj. o částku 65 000 Kč*“. Paušální odměna tak byla dodatkem č. 11, jehož uzavření je předmětem tohoto správního řízení, zvýšena o 65 000 Kč bez DPH oproti smlouvě ve znění dodatku č. 10 (tedy o více než 1/3 původní ceny).
68. V posuzovaném případě jsou předmětem plnění dodatku č. 11 právní služby, přičemž Úřad nemá pochybnost, že v souladu s ust. § 7 odst. 1 zákona se jedná o veřejnou zakázku, která je realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem s tím, že jejím předmětem je úplatné poskytnutí služeb. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky na služby se v souladu s ust. § 15 odst. 1 ve spojení s ust. § 14 odst. 1 písm. b) zákona stanoví jako předpokládaná výše celkového peněžitého závazku zadavatele za 48 měsíců, má-li být smlouva uzavřena na dobu neurčitou nebo na dobu, jejíž trvání nelze přesně vymezit. Hodnota plnění, jež je v dodatku č. 11 sjednáno, přitom odpovídá podlimitní veřejné zakázce na služby [k tomu srov. ust. § 2 odst. 2 písm. b) bod 1. nařízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořízovaného Českou republikou - Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu, v rozhodném znění, podle kterého činí finanční limit podle § 12 odst. 1 zákona v případě veřejných zakázek na služby pro zadavatele uvedené v § 2 odst. 2 písm. d) zákona 4 997 000 Kč], neboť při výpočtu předpokládané hodnoty mělo být zohledněno navýšení objemu služeb a zadavatel měl při výpočtu předpokládané hodnoty vycházet z ust. § 15 odst. 1 ve spojení s ust. § 14 odst. 1 písm. b) zákona. Konkrétně je tedy třeba předpokládanou hodnotu veřejné zakázky vymezené předmětem dodatku č. 11 vypočítat tak, že paušální částka sjednaná v dodatku č. 11 (resp. rozdíl mezi paušální částkou sjednanou ve smlouvě ve znění dodatku č. 11 a paušální částkou sjednanou ve smlouvě ve znění dodatku č. 10) se vynásobí počtem měsíců stanoveným v ust. § 14 odst. 1 písm. b) zákona (původní smlouva byla uzavřena na dobu neurčitou, přičemž žádný z dodatků č. 1-10 dobu plnění neměnil a nemění ji ani dodatek č. 11), tj. 65 000,- Kč bez DPH měsíčně x 48 měsíců = 3 120 000,- Kč bez DPH (jakožto předpokládaná výše celkového peněžitého závazku zadavatele za 48 měsíců, má-li být smlouva uzavřena na dobu neurčitou).

69. V kontextu výše uvedeného, zejm. s ohledem na předmět plnění obsažený v dodatku č. 11 (poskytování právních služeb spočívajících ve vymáhání náhrad škod v rozsahu 150 hodin měsíčně) a stanovenou hodnotu odpovídající tomuto plnění (65 000,- Kč bez DPH měsíčně), lze konstatovat, že uzavřením dodatku č. 11 strany smlouvy (tzn. zadavatel a JUDr. Šmehlíková) podstatným způsobem změnili původní smluvní vztah založený smlouvou ve znění dodatku č. 10 (předmět plnění byl podstatným způsobem rozšířen oproti smlouvě ve znění dodatku č. 10 o další služby a paušální odměna za toto rozšíření byla zvýšena o 65 000 Kč bez DPH, tedy o více než 1/3 původní ceny) a v tomto smyslu projevíli vůli znovu sjednat podmínky veřejné zakázky, čímž došlo (ve smyslu výše citovaného rozsudku Priesstext) k zadání nové veřejné zakázky, jejíž předmět plnění odpovídá právě plnění obsaženému v dodatku č. 11.
70. V šetřeném případě tedy zadavatel před uzavřením dodatku č. 11 neprovedl zadávací řízení, ačkoli došlo k rozšíření předmětu stanoveného v čl. I. smlouvy o převzetí vymáhání náhrad škod v rozsahu 150 hodin měsíčně a zároveň předpokládaná hodnota plnění, jež tvoří předmět tohoto dodatku, přesahovala finanční limity uvedené v § 12 odst. 2 zákona, přičemž zadavatel naopak přistoupil k uzavření předmětného dodatku „napřímo“ s JUDr. Šmehlíkovou, která pro něj poskytovala právní služby dle dosavadní smlouvy uzavřené dne 30. 3. 1999 ve znění dodatku č. 10.
71. Úřad na tomto místě zdůrazňuje, že jedním z předpokladů nezbytných k tomu, aby v praxi docházelo k žádoucí efektivní alokaci veřejných prostředků, je obdržení co nejvyššího počtu vzájemně si konkurujících nabídek zadavatelem. Uvedené znamená, že latentní účel zákona spočívá ve vytvoření co možná nejširšího soutěžního prostředí. Úřad podotýká, že bez zajištění prostoru pro soutěž dodavatelů o popotávanou veřejnou zakázku ze strany zadavatele nelze o efektivním vynakládání veřejných prostředků vůbec reálně uvažovat. Postup zadavatele tedy jednoznačně ovlivnil výběr nejhodnější nabídky, neboť zadavatel zcela vyloučil soutěžní prostředí a jiní dodavatelé neměli vůbec možnost se o popotávané plnění ucházet.
72. Úřad v souvislosti s výše uvedeným dodává, že imanentní součástí, jakož i důsledkem, nepoužití příslušného druhu zadávacího řízení, resp. nepoužití zákona jako takového, čemuž se Úřad věnuje výše, je závažné porušení či přesněji absolutní vyloučení zásad transparentnosti a zákazu diskriminace zakotvených v ustanovení § 6 zákona. Výkladem zásady transparentnosti se již podrobně zabýval Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, přičemž uzavřel, že „*podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný*“. Požadavek transparentnosti pak, dle rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 14. 5. 2007 ve věci sp. zn. 31 Ca 166/2005, není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány „*...takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele...*“. S uvedeným výkladem zásady transparentnosti se ztotožnil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 12. 5. 2008, sp. zn. 5 Afs 131/2007. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel nepoužil příslušný druh zadávacího řízení, resp. ignoroval zákon jako takový a veřejnou zakázku zadal zcela mimo režim zákona „napřímo“ JUDr. Šmehlíkové, která poskytovala právní služby dle dosavadní smlouvy uzavřené dne 30. 3. 1999 ve znění dodatku č. 10, byl postup

zadavatele naprosto nekontrolovatelný. Úřad má tedy za prokázané, že zadavatel svým jednáním jednoznačně porušil zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 zákona.

73. Jak uvedeno výše, zadavatel svým postupem absolutně vyloučil též zásadu zákazu diskriminace. Pokud jde o její vymezení, z rozhodovací praxe Úřadu, správních soudů i SDEU vyplývá, že nejčastější formou porušení zákazu diskriminace je situace, kdy zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku, resp. ostatním jednotlivcům (např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 11. 10. 2007, č. j. 62 Ca 9/2007-104). V rozsudku ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007-131, pak Nejvyšší správní soud blíže konstruoval okolnosti porušení zásady zákazu diskriminace. Dle názoru Nejvyššího správního soudu by nesporně porušení zásady zákazu diskriminace nastalo, *„pokud by zadavatel v téže situaci a v týchž otázkách přistupoval k některým uchazečům o veřejnou zakázku procedurálně nebo obsahově jinak než ke zbylým, popř. pokud by v důsledku zadavatelova postupu bylo některým uchazečům objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za nichž se o ni mohou ucházet jiní uchazeči“*. Definice míří na diskriminaci zjevnou, vedle níž existuje i diskriminace skrytá (srov. např. rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152). Neumožnil-li pak zadavatel v šetřené věci přístup k získání předmětné veřejné zakázky žádným jiným, byť potenciálním, uchazečům než JUDr. Šmehlíkové, s níž bez realizace zadávacího řízení, a tedy transparentního výběru rovnou uzavřel smlouvu (rozumí se dodatek č. 11), postupoval zadavatel diskriminačním způsobem, neboť některým, resp. všem ostatním, potenciálním dodavatelům bylo objektivně jednáním zadavatele znemožněno ucházet se o veřejnou zakázku. Úřad má tedy za prokázané, že zadavatel svým jednáním jednoznačně porušil i zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 zákona.
74. Jak bylo popsáno výše, Úřad dospěl k dílčímu závěru, že zadavatel provedl uzavřením dodatku č. 11 podstatnou změnu smlouvy, přičemž předmět plnění dle dodatku č. 11 nezadal v některém z v úvahu přicházejících druhů zadávacího řízení dle § 21 odst. 1 zákona. Ačkoli v době uzavření předmětného dodatku neexistovala v zákoně explicitní právní úprava nedovolených změn smluv, bylo možné pravidla pro změnu smlouvy dovodit ze smyslu právní úpravy a ze zásad, na nichž zákon stojí, s cílem neumožnit obcházení zákona, přičemž tyto principy se pak odrážejí i v judikatuře SDEU, zejména pak v rozsudku Pressetext. Úřad tedy uzavřel, že zadavatel uzavřením dodatku č. 11 provedl podstatnou změnu smlouvy, neboť rozšířil předmět plnění původní smlouvy (k tomu konkrétně viz výše), přestože předpokládaná hodnota předmětného plnění přesahovala finanční limity stanovené v § 12 odst. 2 zákona, a toto plnění proto mělo být zadáváno v souladu se zákonem. Postup zadavatele při uzavírání dodatku č. 11 byl zcela v rozporu se zásadami transparentnosti a zákazu diskriminace zakotvenými v § 6 zákona.

K aplikaci příslušné právní úpravy

75. Na tomto místě je nutné se vypořádat s konkrétním charakterem změny smlouvy, která byla provedena uzavřením dodatku č. 11, resp. s plněním, které tvoří jeho předmět, a to zejména z hlediska právní úpravy obsažené v ust. § 29 písm. k) ZZVZ, jehož aplikaci Úřad v projednávané věci rovněž zvažoval a na kterou ostatně ve svém vyjádření odkazuje i zadavatel.

76. Dle čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“), na který ve svých vyjádřeních odkázal i zadavatel, 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. Předmětné ústavní pravidlo 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 dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v řízeních o sankci za správní delikty.
77. Úřad se vzhledem k nabytí účinnosti ZZVZ k 1. 10. 2016 podrobně zabýval otázkou, zda lze právní úpravu v něm obsaženou [§ 29 písm. k) ZZVZ] pokládat za v daném případě příznivější pro zadavatele či nikoli, resp. zda by byl zadavatel podle nyní účinné právní úpravy oprávněn zadat služby, které jsou předmětem dodatku č. 11, bez provedení zadávacího řízení právě na základě výjimky upravené v § 29 písm. k) ZZVZ. Pokud by totiž tomu tak bylo, bylo by na místě souhlasit s názorem zadavatele, že jej za jeho jednání (které by – viděno optikou ZZVZ – nebylo nezákonné) nelze v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny postihnout. Z dikce ustanovení § 29 písm. k) bodů 1. a 2. ZZVZ vyplývá, že zadavatel není povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, jde-li o právní služby, které poskytuje advokát v rámci zastupování klienta v soudním, rozhodčím, smírčím nebo správním řízení před soudem, tribunálem nebo jiným veřejným orgánem nebo v řízení před mezinárodními orgány pro řešení sporů, či při přípravě na taková řízení, nebo pokud okolnosti nasvědčují tomu, že dotčená věc se s vysokou pravděpodobností stane předmětem takového řízení.
78. Předně je k uvedené argumentaci zadavatele nutné podotknout, že v případě využití předmětné výjimky jde o právo zadavatele a nikoli povinnost. To znamená, že zadavatel i dle ZZVZ může v případě poptávání takového plnění postupovat dle ZZVZ a dodržovat jím stanovená pravidla. Ze záznamů o předání spisů k dalšímu řešení, které předložil zadavatel v rámci doložení náplně činností vymáhání náhrad škod prováděných JUDr. Šmehlíkovou, však vyplývá, že spisy byly JUDr. Šmehlíkové předávány v různých kategoriích. Tyto kategorie jsou v záznamech o předání spisů označeny jako „posoudit“, „posoudit a zpracovat“ a „převzít trvale“. V případě označení spisu „posoudit“ zadavatel uvedl, že vznášel požadavek k právnímu posouzení, zda je možné daný případ náhrady škody vymáhat či zda takový případ pro nemožnost vymáhání odložit. U kategorie „posoudit a zpracovat“ zadavatel uvedl, že v takovém případě advokátní kancelář zaujímal závazné právní stanovisko k možnosti vymáhat náhradu škody a následně zpracovávala postup pro další vymáhání. U spisů, které byly JUDr. Šmehlíkové předávány pod označením „trvale“, zadavatel uvedl, že v takovém případě byly ve všech případech zpracovány žaloby či platební rozkazy, byly vedeny soudní spory a následně byly nároky vyplývající z těchto titulů vymáhány.
79. Úřad uvádí, že pod výjimku obsaženou v § 29 písm. k) bod 1. a 2. ZZVZ nelze podřadit veškeré právní služby poskytované advokátem, ale pouze ty, které jsou zde explicitně uvedeny. Z legální definice pojmu „poskytování právních služeb“ tak, jak je uvedena v § 1 odst. 2 zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů, vyplývá, že jde o „zastupování v řízení před soudy a jinými orgány, obhajobu v trestních věcech, udělování právních porad, sepisování listin, zpracovávání právních rozborů a další formy právní pomoci, jsou-li tyto vykonávány soustavně a za úplatu“. Je na zadavateli, aby již na počátku vzniku potřeby poptávky právních služeb, důsledně konkretizoval, co bude předmětem veřejné zakázky a v návaznosti na to zaujal adekvátní postup, a to buď provedení zadávacího řízení

nebo event. uplatnění výjimky z povinnosti právní služby zadat postupem podle výše uvedeného ustanovení ZZVZ. Obecně je k možnosti aplikace výjimek zakotvených v ZZVZ nutno dodat, že ke všem zákonným výjimkám je nutno zaujmout restriktivní výklad, neboť z povahy věci představují postup výjimečný, poněvadž dodavatel poptávaných plnění není vybírán v jasném procesu, který za účelem transparentnosti, nediskriminace, přiměřeného a rovného zacházení stanovuje zákon. V důsledku aplikace výjimky totiž nemusí být (v ZZVZ výslovně určené) právní služby zadávány postupem podle zákona (tj. v otevřené transparentní hospodářské soutěži, jež je prostředkem k dosažení hospodárného a efektivního vynakládání veřejných prostředků), a proto je třeba uvedenou výjimku interpretovat zužujícím způsobem právě z toho důvodu, aby byla výjimka využívána pouze v explicitně stanoveném zákonném rozsahu. Z restriktivního výkladu výjimek vychází i evropská judikatura, kdy např. k použití jednacího řízení bez uveřejnění (jako jednoho z výjimečných postupů, ke kterému má být přistoupeno pouze v případě, že zakázku nelze zadat v jiném druhu zadávacího řízení) SDEU ve věci C-385/02 ze dne 14. 9. 2004 konstatoval, že ustanovení směrnice o možném použití jednacího řízení bez uveřejnění „*musí 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).*“ Na posledně uvedený rozsudek navazuje i tuzemská judikatura, kdy např. Krajský soud ve věci sp. zn. 62 Af 48/2012 ze dne 3. 10. 2013, dodává: „*Pokud jde o obecnější rovinu, tu lze skutečně použít východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění, jak plyne z rozsudku Soudního dvora 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 (směrnice), 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). Nadto i tuzemská rozhodovací praxe v případech podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění akcentuje potřebu jejich restriktivního výkladu. I 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.). I z takto podaného východiska je tedy důvodu vycházet. Toto východisko, které se stalo základem úvah žalovaného [Úřad], ostatně ani žalobce žádnou konkrétní argumentací nezpochybňuje. Potřebou restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění není tedy třeba se dále podrobněji zabývat; toto obecné východisko žalovaného je oprávněné.“ Z výše uvedeného přehledu je tedy zcela zřejmé, že i výjimku zakotvenou v ust. § 29 písm. k) bod 1. a 2. ZZVZ je nezbytné vykládat restriktivním způsobem.*

80. Úřad s ohledem na výše uvedené nezastírá, že právní služby týkající se spisů, které byly JUDr. Šmehlíkové předávány s označením „převzít trvale“, v rámci nichž probíhalo, jak sdělil zadavatel, aktivní vymáhání nároků z náhrady škody, podřadil pod služby, které by lze podřadit pod výjimku vyplývající z ust. § 29 písm. k) bod 1. a 2. ZZVZ, neboť se jedná o právní služby poskytované advokátem v rámci zastupování zadavatele v řízeních před soudem či při přípravě na taková řízení. Dle názoru Úřadu právní služby týkající se spisů, které byly JUDr. Šmehlíkové předávány s označením „posoudit a zpracovat“, u nichž, jak zadavatel sdělil, advokátní kancelář zaujímal závazné právní stanovisko k možnosti vymáhat náhradu škody a následně zpracovávala postup pro další vymáhání, lze též podřadit pod služby, o nichž hovoří výjimka vyplývající z ust. § 29 písm. k) bod 1. a 2. ZZVZ, neboť se jedná o právní služby poskytované advokátem v rámci zastupování zadavatele v řízeních před soudem či při přípravě na taková řízení, resp. lze konstatovat, že v daném případě skutečně okolnosti nasvědčují tomu, že dotčená věc předávaná zadavatelem v kategorii „posoudit a zpracovat“ se s vysokou pravděpodobností stane předmětem soudního řízení.
81. Zcela jiná je ovšem situace v případě předávání spisů v kategorii „posoudit“. V těchto případech dle vyjádření zadavatele *„byl vznášen požadavek k právnímu posouzení, zda je daný případ náhrady škody možné vymáhat, anebo má být odložen, jelikož nejsou splněny předpoklady pro úspěšné vymáhání právní cestou“*, tj. bylo prováděno posouzení vymahatelnosti nároku zadavatele na náhradu škody, přičemž v případě, že nebyly dány podmínky pro úspěšné vymáhání nároku, byl případ odložen. Dle názoru Úřadu tedy lze konstatovat, že se v tomto případě nejedná o právní služby, které poskytuje advokát v rámci zastupování klienta v soudním řízení, neboť takové řízení nebylo dosud zahájeno. Nejedná se ovšem ani o právní služby, které poskytuje advokát při přípravě na takové soudní řízení, neboť, jak uvedl jasně i sám zadavatel, v řadě případů může dojít k odložení věci z důvodu nevymahatelnosti pohledávky zadavatele. V případě těchto spisů tak není možné konstatovat, že by existovala vysoká pravděpodobnost, že se dotčená věc stane předmětem soudního řízení. Úřad uvádí, že prosté posouzení vymahatelnosti pohledávky je součástí obecného právního poradenství, kdy se advokát např. vyjadřuje k procesním otázkám vymáhání, k možným způsobům vymáhání, výši soudních poplatků, k množství a kvalitě podkladů, na základě kterých má být nárok vymáhan apod. Teprve po takovém obecném posouzení případu může klient pověřit advokáta k podniknutí kroků vedoucích k zahájení vymáhání, případně se (např. pokud by náklady na vymáhání pohledávky přesahovaly výši vymáhaného nároku, či nejsou k dispozici dostatečné důkazní prostředky apod.) rozhodne nárok nevymáhat. Stanovil-li zadavatel, že v rámci řešení této agendy bude probíhat toliko posuzování případů, pak do doby, než je posouzena samotná vymahatelnost nároku, resp. šance na úspěšné vymáhání nároku, není možné hovořit o vysoké pravděpodobnosti, že se dotčená věc stane předmětem soudního řízení, protože v mnoha případech nemusí vůbec k podniknutí kroků vedoucích k zahájení řízení dojít. Kategorie označená zadavatelem jako „posoudit“ tudíž prakticky odpovídá právním poradám poskytovaným advokáty svým klientům.
82. Ke shora uvedenému Úřad doplňuje, že důvodem pro výjimku zakotvenou v ust. § 29 písm. k) bod 1. a 2. ZZVZ je specifická povaha tam uvedených právních služeb, jejichž poskytování je zejména při zastupování v soudním, správním apod. řízení postaveno na důvěře mezi klientem a advokátem, kterou není možné hodnotit na základě objektivních kritérií. U naléhavých případů je navíc zcela nezbytné, aby zadavatel mohl co nejrychleji reagovat

na vzniklou potřebu právního zastoupení, což vysoce formalizovaný postup v zadávacím řízení neumožňuje. Úřad konstatuje, že předmětná výjimka nedopadá na poskytování právních služeb advokátem ve věcech, kde nehrozí vysoká pravděpodobnost, že se dotčená věc stane předmětem soudního či jiného v § 29 písm. k) bod 1. ZZVZ uvedeného řízení. Úřad tedy uzavírá, že část agendy, která byla předávána JUDr. Šmehlíkové v kategorii „posoudit“, nelze z výše uvedených důvodů označit za právní služby, které by nebylo třeba zadávat v zadávacím řízení na základě výjimky dle ust. § 29 písm. k) bod 1. a 2. ZZVZ, a to zejména z důvodu neexistence vysoké pravděpodobnosti, že se tato agenda stane předmětem sporného řízení před soudem (sám zadavatel uvádí, že mnohé případy ani vymáhány nebudou, resp. může dojít k jejich odložení).

83. Úřad uvádí, že dodatkem č. 11 byla paušální odměna JUDr. Šmehlíkové zvýšena na 290 000 Kč bez DPH, tj. 348 000 Kč s DPH měsíčně, a zároveň došlo k rozšíření předmětu smlouvy o převzetí vymáhání náhrad škod v rozsahu 150 hodin měsíčně. V rámci výkonu této činnosti docházelo ze strany zadavatele k předávání různě obsáhlých „balíků“ spisů s různým počtem případů určených k úkonům „posoudit“, „posoudit a zpracovat“ a „převzít trvale“. Přestože Úřad uzavřel, že právní služby související s případy předávanými v kategorii „posoudit a zpracovat“ a „převzít trvale“ je možno podřadit pod služby, na něž by mohla dopadat výjimka dle ust. § 29 písm. k) bod 1. a 2. ZZVZ, zároveň uvedl, že právní služby související se spisy předávanými k úkonu „posoudit“ nelze pod tuto výjimku podřadit. Zároveň je však, vzhledem k charakteru plnění, kdy jsou spisy předávány hromadně, přičemž odměna je bez ohledu na jiné faktory (množství zahájených řízení, množství odložených případů apod.) s výjimkou časové dotace 150 hodin měsíčně účtována každý měsíc paušálně, nemožné určit, jaká konkrétní část plnění, připadá na agendu určenou k úkonu „posoudit“, tj. paušální odměna zůstávala stále stejná, a to nezávisle na poměru spisů v jednotlivých kategoriích „posoudit“, „posoudit a zpracovat“ a „převzít trvale“, přičemž, jak vyplývá ze záznamů o předání spisů k dalšímu řešení, byl poměr agendy „posoudit“, „posoudit a zpracovat“ a „převzít trvale“ v každém měsíci různý. Přitom zadavatel dodal toliko rozdělení agendy na tři shora uvedené kategorie, nikoli na finanční rozložení spadající do těchto jednotlivých agend, a to z pohledu limitu dle zákona. K uvedenému je třeba dodat, že je to právě zadavatel, který tímto způsobem nastavení smluvního vztahu s JUDr. Šmehlíkovou způsobil situaci, kdy objektivně nelze určit, po jakou dobu je ta která činnost na případech v rámci uvedených tří kategorií vykonávána, tedy způsobil, že právní služby, jejichž poskytování je předmětem dodatku č. 11, nelze objektivně rozdělit na právní služby, na které by se výjimka dle ust. § 29 písm. k) bod 1. nebo 2. ZZVZ vztahovala, a na ty, které by musely být i za účinnosti ZZVZ zadávány v zadávacím řízení dle zákona, v tom smyslu, že by bylo možno kvantifikovat objem těchto jednotlivých kategorií právních služeb.
84. Je tedy možno uzavřít, že viděno optikou právní úpravy obsažené v § 29 písm. k) ZZVZ, v sobě předmět dodatku č. 11 zahrnuje jak plnění, které je zadavatel povinen zadat v zadávacím řízení, tak plnění, které by bylo podřaditelné pod uvedenou výjimku. V takovém případě se pak jedná o smíšenou zakázku, kterou je zadavatel povinen zadat postupem podle zákona [k tomu srov. § 32 odst. 1 a 3 ZZVZ]. Zkoumanou veřejnou zakázku tak byl zadavatel povinen zadat v zadávacím řízení jak dle zákona, tak dle ZZVZ. Úprava výjimky v § 29 písm. k) ZZVZ tak sama o sobě neznámá, že by jednání zadavatele nebylo podle nyní účinné právní úpravy správním deliktem.

85. Úřad se tedy dále zabýval tím, zda pro zadavatele není příznivější právní úprava obsažená v § 222 ZZVZ. Předmětné ustanovení upravuje změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Základní ustanovení § 222 odst. 1 a 3 ZZVZ se neliší od úpravy obsažené od 1. 4. 2012 v zákoně [§ 82 odst. 7], resp. již dříve dovozované judikaturou [k tomu srov. shora uvedenou judikaturu SDEU, viz body 62. a 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí]. Sama o sobě proto příznivější právní úpravu nemohou představovat.
86. Ustanovení § 222 ZZVZ však oproti dosavadní právní úpravě definuje i situace, za kterých se změna závazku nepovažuje za podstatnou; jde o § 222 odst. 2, 4, 5, 6 a 7 ZZVZ. Ve stručnosti jde o vyhrazené změny (odst. 2), změny *de minimis* (odst. 4), dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky (odst. 5), nepředvídané stavební práce, služby nebo dodávky (odst. 6) a tzv. záměny v případě stavebních prací (odst. 7). Ve vztahu k šetřenému dodatku č. 11 má smysl uvažovat toliko o aplikaci § 222 odst. 4. Předmětné ustanovení stanoví, že za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a zároveň (v případě veřejné zakázky na služby, jak je tomu v daném případě) nižší než 10 % původní hodnoty závazku. Úřad uvádí, že celková povaha veřejné zakázky, tj. poskytování právních služeb, nebyla dodatkem č. 11 dotčena. V nyní projednávané věci Úřad dovedl (viz bod 68. odůvodnění tohoto rozhodnutí), že rovněž byla naplněna podmínka dle ust. § 222 odst. 4 písm. a) ZZVZ, tj. hodnota plnění je nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku. Jak již Úřad uvedl výše (viz bod 67. odůvodnění tohoto rozhodnutí), byla dodatkem č. 11 paušální odměna (původně stanovená ve výši 180 000 Kč bez DPH zvýšena o 65 000 Kč bez DPH oproti smlouvě ve znění dodatku č. 10 (tedy o více než 1/3 původní ceny). Z povahy věci tak není možné konstatovat, že by hodnota plnění byla nižší než 10 % původní hodnoty závazku, a tedy není možné uplatnit ust. § 222 odst. 4 ZZVZ, když celková hodnota plnění přesahuje 1/3 původního závazku.
87. Se zřetelem ke shora uvedenému je tedy možno učinit dílčí závěr, že jednání zadavatele naplňuje skutkovou podstatu správního deliktu jak dle zákona [§ 120 odst. 1 písm. a) zákona], tak dle ZZVZ [§ 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ]. Za této situace Úřad při zvažování právní úpravy, která bude aplikována na posouzení dané věci, z hlediska její příznivosti pro zadavatele vyšel z výše sankce, kterou je možné za spáchání správního deliktu v šetřené věci uložit. Dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona účinného v době spáchání správního deliktu (tedy v době uzavření dodatku č. 11) se za správní delikt uloží pokuta 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) zákona. Dle § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ se za správní delikt podle odstavce 1, nepoužije-li se postup podle odstavce 3, uloží pokuta do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) až c).
88. Úřad tedy s ohledem na výše uvedené posoudil, že úprava obsažená v ZZVZ není pro pachatele projednávaného deliktu (zadavatele) příznivější než úprava obsažená v zákoně účinném v době spáchání správního deliktu, a to zejména z toho důvodu, že zákon s daným správním deliktem spojuje nižší, konkrétně pak poloviční maximální možnou ukládanou sankci. Úřad tedy aplikoval čl. 40 odst. 6 Listiny a posoudil trestnost činu dle zákona účinného v době jeho spáchání, neboť pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ není pro zadavatele příznivější, neboť jednání zadavatele je trestné podle obou zvažovaných

právních úprav, resp. všech zvažovaných právních úprav (Úřad neodhlédl ani od změn zákona, ke kterým došlo v době od spáchání správního deliktu do doby, než pozbyl platnosti; tyto změny spočívající – ve vztahu k šetřené věci – ve výslovném zakotvení zákazu podstatných změn smlouvy a zdvojnásobení maximální výše sankce však nelze v žádném případě vykládat jako pro zadavatele z hlediska jeho odpovědnosti za správní delikt příznivé). Úřad při posuzování, zda pozdější norma není příznivější pro pachatele správního deliktu (zadavatele) v projednávané věci, nepřehlédl ani další ustanovení pozdější normy jako změny ve lhůtě pro zánik odpovědnosti zadavatele za správní delikt a na tomto místě pro stručnost odkazuje na bod 93. a následující odůvodnění tohoto rozhodnutí.

89. Úřad má tedy na základě výše uvedeného za prokázané, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K uložení pokuty

90. 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.
91. Jak vyplývá z výroku I. a shora uvedeného odůvodnění tohoto rozhodnutí, dopustil se zadavatel správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
92. Podle § 121 odst. 3 zákona – ve znění účinném v době spáchání správního deliktu – odpovědnost právnické osoby 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.
93. Před zahájením správního řízení však došlo s účinností ke dni 6. 3. 2015 ke změně ustanovení § 121 odst. 3 zákona, který (po novelizaci provedené zák. č. 40/2015 Sb.) uváděl, že *„odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm ne zahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán“*. K tomu je třeba dodat, že totožně upravuje dobu, ve které dochází k zániku odpovědnosti za správní delikt, od 1. 10. 2016 i § 270 odst. 3 ZZVZ. Úřad se proto ve vztahu k posouzení, zda nemohlo dojít k zániku odpovědnosti zadavatele za posuzovaný správní delikt, zabýval tím, zda by k němu nedošlo při aplikaci pozdější právní úpravy [která je obecně pro pachatele správních deliktů příznivější, neboť zkrátila dobu, ve které je možno zahájit správní řízení ve věci správního deliktu, a to jak ve vztahu k okamžiku, kdy se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl (z 5 let na 3), tak ve vztahu k době jeho spáchání (z 10 let na 5)].
94. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 8. 8. 2016. K uzavření dodatku č. 11 došlo dne 27. 9. 2011, kdy zároveň došlo ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí. Správní řízení bylo zahájeno dne 16. 9. 2016. Z uvedených údajů tak vyplývá, že odpovědnost zadavatele za tento správní delikt nezanikla, a to ani v případě, byla-li by posuzována podle § 121 odst. 3 zákona ve znění účinném ke dni zahájení správního řízení, resp. dle § 270 odst. 3 ZZVZ, jehož znění je, jak bylo již výše řečeno, totožné.
95. 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 § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d). V daném případě byla smlouva ukončena ke dni

31. 12. 2013 dohodou smluvních stran ze dne 27. 12. 2013. Paušální odměna JUDr. Šmehlíkové byla dodatkem č. 11 s účinností od 1. 9. 2011 zvýšena o 65 000 Kč bez DPH oproti smlouvě ve znění dodatku č. 10. Za rozhodné období, tj. od nabytí účinnosti dodatku č. 11 do doby ukončení smlouvy (tj. za období 28 měsíců) by tedy došlo k navýšení celkového objemu plnění o částku 1 820 000,- Kč bez DPH, tj. 2 191 800 Kč včetně DPH (sazba DPH v roce 2011 a 2012 činila 20 %, tj. v tomto období došlo k navýšení celkového objemu plnění o částku 1 248 000 Kč včetně DPH; sazba DPH v roce 2013 činila 21 %, tj. v tomto roce došlo k navýšení celkového objemu plnění o částku 943 800 Kč včetně DPH), a proto horní hranice možné pokuty (5 % ceny zakázky) činí 109 590 Kč.

96. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
97. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení zákona pro určení výměry pokuty rozhodné, je závažnost správního deliktu. Jedná se 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). 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.
98. Pokud jde o význam neurčitého právního pojmu „závažnost správního deliktu“, Úřad dále uvádí, že stupeň společenské škodlivosti správního deliktu (tedy závažnosti) je dán také konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty deliktu. Při posuzování závažnosti správního deliktu není hlavním kritériem skutková podstata správního deliktu, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly správním deliktem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
99. Co se týče způsobu, resp. okolností za kterých byl správní delikt spáchán, Úřad v tomto rozhodnutí konstatoval, že zadavatel nezadal plnění, jež tvořilo předmět dodatku č. 11, v některém z v úvahu přicházejících druhů zadávacího řízení dle § 21 odst. 1 zákona, ačkoli pro uzavření dodatku č. 11 bez provedení předchozího zadávacího řízení nebyly dány důvody, neboť předmětným dodatkem byla paušální odměna advokáta zvýšena o částku 65 000 Kč bez DPH měsíčně oproti smlouvě a současně jím byl rozšířen předmět smlouvy, tedy umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, přičemž tato změna podstatným způsobem rozšířila předmět veřejné zakázky vymezený smlouvou, když předpokládaná hodnota plnění vyplývajícího z dodatku č. 11 přesahovala finanční limity stanovené v § 12 odst. 2 zákona, čímž zároveň porušil zásady transparentnosti a zákazu diskriminace zakotvené v ustanovení § 6 zákona. Platí, že jedním z hlavních účelů zákona je snaha o efektivní alokaci veřejných prostředků. Aby byl tento cíl zákona naplněn, je snahou zákonodárce, aby byly veřejné zakázky zadávány pokud možno vždy za situace efektivní hospodářské soutěže o danou zakázku (neboť je to právě tato hospodářská soutěž, která zajišťuje hospodárné vynakládání veřejných prostředků). Pokud tedy zadavatel

hospodářskou soutěž o plnění, které je předmětem dodatku č. 11, zcela vyloučil (nikoli např. jen omezil), jedná se z hlediska způsobu spáchání o správní delikt velmi závažný.

100. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. V daném případě měl spáchaný správní delikt za následek, že JUDr. Šmehlíková nebyla při uzavírání dodatku č. 11 vystavena žádné konkurenci, která by mohla vést k výběru ekonomicky výhodnější nabídky. Zadavatel tak nenaplnil elementární účel zákona, kterým je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže.
101. 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 (k tomu srov. bod 101. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti. V posuzovaném případě se tedy jednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější, neboť zadavatel zcela vyloučil soutěžní prostředí tím, že zadal veřejnou zakázku zcela mimo režim zákona „napřímo“ JUDr. Šmehlíkové a jiní dodavatelé neměli vůbec možnost se o poptávané plnění ucházet.
102. Úřad jako výraznou polehčující okolnost zohlednil při stanovení výše pokuty tu skutečnost, že část plnění dle dodatku č. 11, jehož rozsah však není možné určit, je dle ZZVZ možné zadat mimo zadávací řízení na základě výjimky [§ 29 písm. k) bod 1. a 2. ZZVZ], tudíž by ji zadavatel v režimu ZZVZ nebyl povinen zadávat. Pokud jde o rozsah právních služeb, které by dle ZZVZ zadavatel nebyl povinen zadávat, Úřad doplňuje, že byť jej nelze objektivně určit, na základě záznamů o předání spisů k dalšímu řešení je možno usuzovat, že se nejednalo pouze o marginální část předmětu plnění a za takové situace je zcela na místě, být tato skutečnost nemá vliv na naplnění skutkové podstaty správního deliktu, ji zásadním způsobem zohlednit při ukládání sankce.
103. K uložení pokuty za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad dále uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů. Jak již v minulosti dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008-67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.

104. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se ani způsob trestání sbíhajících se správních deliktů. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu.
105. Při aplikaci zásady absorpce je proto nutné vycházet z příslušných ustanovení trestního zákoníku (§ 43 odst. 1 a odst. 2 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů), avšak je zřejmé, že pro důsledné použití pravidel obsažených v daných ustanoveních (např. současné zrušení výroku o trestu uloženém pachateli dřívějším rozhodnutím) chybí dostatečný právní základ. Úřad je však povinen při ukládání sankce za spáchání správního deliktu v souladu se zásadou absorpce přihlídnout k tomu, zda by neměl být – dle pravidel trestního práva – ukládán úhrnný či souhrnný trest a zohlednit tuto skutečnost při stanovení výše pokuty za spáchání správního deliktu.
106. V souladu s již citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad proto posoudil, zda se zadavatel nedopustil právě projednávaného správního deliktu dříve, než bylo vydáno rozhodnutí, jímž mu byla uložena pokuta za spáchání jiného správního deliktu.
107. Ke spáchání právě projednávaného správního deliktu došlo dne 27. 9. 2011, kdy zadavatel uzavřel dodatek č. 11. Z úřední činnosti je Úřadu známo, že dne 5. 9. 2016 vydal ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0590/2016/VZ příkaz z téhož dne, kterým zadavateli uložil pokutu za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, neboť v rozporu s § 147a odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 147a odst. 2 zákona neuveřejnil na profilu zadavatele „Smlouvu o poskytování veřejně dostupné služby elektronických komunikací č. 2014/3485/00038“ uzavřenou dne 19. 12. 2014 s vybraným uchazečem GTS Czech s.r.o., IČO 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, na plnění předmětu veřejné zakázky malého rozsahu „Dodávka hlasových a datových služeb pro RBP“ do 15 dnů od jejího uzavření, tedy nejpozději do 5. 1. 2015, nýbrž až dne 24. 3. 2015, jehož se zadavatel dopustil dne 6. 1. 2015. Za daný správní delikt byla zadavateli dle § 120 odst. 2 písm. b) zákona uložena pokuta ve výši 3 500 Kč.
108. Dne 8. 9. 2016 pak Úřad vydal ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0598/2016/VZ příkaz z téhož dne, kterým zadavateli uložil pokutu za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, neboť v rozporu s § 147a odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 147a odst. 2 zákona neuveřejnil na profilu zadavatele „Smlouvu o dílo č. 2014000422“ uzavřenou dne 22. 8. 2014 s vybraným uchazečem ALUMONT BUILDING a.s., IČO 27826830, se sídlem U Staré elektrárny 291/11, 710 00 Ostrava (dříve Hradní 27/37, 710 00 Ostrava), na plnění předmětu veřejné zakázky malého rozsahu „Oprava na budovách A a B RBP“ do 15 dnů od jejího uzavření, tedy nejpozději do 8. 9. 2014, nýbrž až dne 17. 10. 2014, jehož se zadavatel dopustil dne 9. 9. 2014. Za daný správní delikt byla zadavateli dle § 120 odst. 2 písm. b) zákona uložena pokuta ve výši 1 500 Kč.
109. Dne 15. 9. 2016 vydal Úřad ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0606/2016/VZ příkaz z téhož dne, kterým zadavateli uložil pokutu za spáchání tří správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, neboť

- v rozporu s § 147a odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 147a odst. 2 zákona neuveřejnil na profilu zadavatele „Smlouvu o poskytování právních služeb“ uzavřenou dne 27. 12. 2013 s JUDr. Šmehlíkovou na plnění předmětu veřejné zakázky malého rozsahu „Poskytování právních služeb 2014“, do 15 dnů od jejího uzavření, tedy nejpozději do 13. 1. 2014, nýbrž až dne 17. 8. 2016, přičemž tohoto správního deliktu se zadavatel dopustil dne 14. 1. 2014;
- v rozporu s § 147a odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 147a odst. 2 zákona neuveřejnil na profilu zadavatele „Smlouvu o poskytování právních služeb“ uzavřenou dne 2. 1. 2015 s JUDr. Šmehlíkovou na plnění předmětu veřejné zakázky malého rozsahu „Poskytování právních služeb 2015“, do 15 dnů od jejího uzavření, tedy nejpozději do 19. 1. 2015, nýbrž až dne 16. 8. 2016, přičemž tohoto správního deliktu se zadavatel dopustil dne 20. 1. 2016;
- v rozporu s § 147a odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 147a odst. 2 zákona neuveřejnil na profilu zadavatele dodatek č. 1 uzavřený dne 22. 12. 2015 ke „Smlouvě o poskytování právních služeb“ uzavřené dne 2. 1. 2015 s JUDr. Šmehlíkovou na plnění předmětu veřejné zakázky malého rozsahu „Poskytování právních služeb 2015“, do 15 dnů od jeho uzavření, tedy nejpozději do 6. 1. 2016, nýbrž až dne 16. 8. 2016, přičemž tohoto správního deliktu se zadavatel dopustil dne 7. 1. 2016 s tím, že

za uvedené správní delikty byla zadavateli dle § 120 odst. 2 písm. b) zákona uložena pokuta ve výši 15 000 Kč.

110. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že správní delikty uvedené v bodech 107., 108. a 109. odůvodnění tohoto rozhodnutí a právě projednávaný správní delikt jsou sbíhajícími se správními delikty, za jejichž spáchání by bylo na místě dle principů trestního práva uložit souhrnný trest. Jelikož však (jak již bylo uvedeno výše) k takovému postupu nemá Úřad dostatečnou právní oporu v příslušných právních předpisech (tj. zejména ve správním řádu), Úřad postupoval při aplikaci zásady absorpce per analogiam tak, že přihlédl k již uloženým pokutám a ty zohlednil při ukládání pokuty za právě projednávaný správní delikt.
111. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu zadavatele. Z výroční zprávy zadavatele za rok 2014 (dostupné z <http://www.rbp-zp.cz/o-nas/vyrocní-zpravy/>), přičemž pozdější nebyla zveřejněna) vyplývá, že zadavatel k 31. 12. 2014 disponoval aktivy v celkové výši 3 014 990 000,- Kč. S ohledem na právě uvedené má Úřad za to, že pokutu uloženou ve výši 20 000,- Kč nelze považovat nejen za likvidační (viz výše), ale ani za jeho ekonomickou podstatu nepřiměřeně zasahující (a v tomto smyslu nespravedlivou).
112. V souvislosti s právě uvedeným je třeba mít dále na paměti, že 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, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Má-li pokuta tyto funkce splnit, je zřejmé, že musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocítována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil

i Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním.

113. V tomto smyslu Úřad uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele správního deliktu, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře zadavatele, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce.
114. Při stanovení konkrétní výše sankce dále Úřad zohlednil dobu, která uplynula mezi spácháním deliktu a samotným potrestáním zadavatele za spáchání tohoto správního deliktu. V této souvislosti je nutné poukázat na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 123/2013-85 ze dne 9. 4. 2015, ve kterém Krajský soud uvedl, že *„(...) hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním, je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty, k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má zamezit, aby výše pokuty, jinak řádně stanovena podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. V rámci správního trestání je totiž třeba dostatečně silně vnímat, že časový horizont toho, kdy se účastníkovi řízení (delikventovi) dostává konečného rozhodnutí ve věci, je neoddělitelnou součástí měřítek celkové spravedlnosti řízení, a že čím je tento časový horizont delší, tím více se rozostřují kontury spravedlnosti jak v očích účastníka řízení, tak i v obecném vnímání veřejností a veřejného mínění, což celkově oslabuje důvěryhodnost státní moci. Je nepochybné, že s prodlužujícím se okamžikem potrestání se relativizuje základní vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí a že doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci má i bezprostřední vliv na účel trestu, jehož má být uložení konkrétní sankce dosaženo.“*
115. V šetřeném případě došlo ke spáchání správního deliktu dne 27. 9. 2011, kdy zadavatel uzavřel dodatek č. 11, přičemž správní řízení bylo zahájeno dne 16. 9. 2016. V souvislosti s výše uvedeným Úřad zohlednil časový rozestup téměř pěti let mezi spácháním správního deliktu a okamžikem jeho potrestání, jako okolnost svědčící ve prospěch snížení ukládané pokuty.
116. Úřad považuje výši pokuty s přihlédnutím k okolnostem spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků za dostatečnou a okolnostem případu přiměřenou. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační.

117. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť nápravy již nelze dosáhnout. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
118. Uložená pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710. Jako variabilní symbol zadavatel uvede své identifikační číslo.

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

Revírní bratrská pokladna, zdravotní pojišťovna, Michálkovická 967/108, 710 15 Ostrava

Vypraveno dne

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