



UOHSX009P8R5

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0067/2017/VZ-16222/2017/321/EDo

Brno 29. května 2017

V řízení o rozkladu ze dne 4. 4. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Česká republika - Ministerstvo zdravotnictví**, IČO 00024341, se sídlem Palackého náměstí 375/4, 128 00 Praha 2,

proti výroku II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0731/2016/VZ-09949/2017/523/LSt ze dne 20. 3. 2017 vydanému ve správním řízení vedeném 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 zadávání při zadávání části 2 veřejné zakázky „**Provozování vrtulníků pro leteckou záchrannou službu**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 11. 5. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 5. 2016 pod ev. č. 634188, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 6. 2016 a dne 19. 7. 2016, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 5. 2016 pod ev. č. 2016/S 093-167424, ve znění oprav uveřejněných dne 4. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 107-191373 a dne 23. 7. 2016 pod ev. č. 2016/S 141-255671,

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

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0731/2016/VZ-09949/2017/523/LSt ze dne 20. 3. 2017 podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

### **m ě n í m**

takto:

„Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se zadavateli – Česká republika - Ministerstvo zdravotnictví, IČO 00024341, se sídlem Palackého náměstí 375/4, 128 00 Praha 2 – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

**pokuta ve výši 1 250 000 Kč (jeden milion dvě stě padesát tisíc korun českých).**

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

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“<sup>1</sup>) k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil na základě podnětu dne 2. 12. 2016 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem – Česká republika - Ministerstvo zdravotnictví, IČO 00024341, se sídlem Palackého náměstí 375/4, 128 00 Praha 2 (dále jen „**zadavatel**“) v případě části 2 veřejné zakázky „Provozování vrtulníků pro leteckou záchrannou službu“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 11. 5. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 5. 2016 pod ev. č. 634188, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 6. 2016 a dne 19. 7. 2016, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 5. 2016 pod ev. č. 2016/S 093-167424, ve znění oprav uveřejněných dne 4. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 107-191373 a dne 23. 7. 2016 pod ev. č. 2016/S 141-255671 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Úřad si na základě skutečností uvedených v podnětu vyžádal od zadavatele veškerou dokumentaci související s předmětnou veřejnou zakázkou a jeho vyjádření k obsahu podnětu. Na základě posouzení obsahu podnětu a dokumentace zaslané zadavatelem získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, proto zahájil správní řízení z moci úřední, kde za účastníka označil zadavatele.

---

<sup>1</sup> Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

## II. Napadené rozhodnutí

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 20. 3. 2017 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0731/2016/VZ-09949/2017/523/LSt ze dne 20. 3. 2017 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání části 2 veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 59 odst. 1 zákona, když posoudil kvalifikaci uchazeče – AIR - TRANSPORT EUROPE, spol. s r.o., IČO 00697516, se sídlem Na letisko, Letisko Poprad – Tatry 058 98, Slovenská republika (dále jen „**vybraný uchazeč**“) – dle § 56 odst. 2 písm. h) zákona jako splněnou v situaci, kdy v zadávací dokumentaci zadavatel požadoval prokázat dispozici s vrtulníkem s „*plnou certifikací v kategorii A*“ [dle nařízení Komise (EU) č. 965/2012 ze dne 5. října 2012, kterým se stanoví technické požadavky a správní postupy týkající se letového provozu podle nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 216/2008], zatímco doklady předložené vybraným uchazečem, konkrétně relevantní část letové příručky vrtulníku Agusta A109K2, typové osvědčení vrtulníku a osvědčení výrobce vrtulníku o rovnosti provozu v kategorii A, plnou certifikaci předmětného vrtulníku v kategorii A neprokazují, a vybraný uchazeč tudíž požadovanou kvalifikaci v zadávacím řízení neprokázal, přičemž uvedený postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 8. 11. 2016 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
4. Za výše uvedený správní delikt byla zadavateli výrokem II. uložena pokuta ve výši 3 750 000 Kč.

## III. Námitky rozkladu

5. Dne 4. 4. 2017 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne směřující proti výroku II. napadeného rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 20. 3. 2017, rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
6. Rozklad zadavatele směřuje pouze proti výroku II. napadeného rozhodnutí, tj. výroku o pokutě, kterou považuje za nepřiměřeně vysokou.
7. Zadavatel se domnívá, že v rámci správního uvážení Úřadu o stanovení výše pokuty by měla být zohledněna skutečnost, že celková cena zakázky na základě nabídkové ceny vybraného uchazeče ve výši 142 060 975 Kč a její skladby (20 % z této částky je variabilních jako cena za letové hodiny, kterou nelze dopředu určit) je relativně přesně odhadnutelná. Maximální výše pokuty by tak měla dle názoru zadavatele podléhat korektivu 10 % z ceny zakázky, tudíž její maximální hranice by měla činit 15 000 000 Kč, nikoli 20 000 000 Kč.
8. Zadavatel se vymezuje proti argumentaci Úřadu, že „*si nelze nevšimnout značného rozdílu v nabídkových cenách dodavatelů, kteří disponovali vrtulníkem prokazujícím certifikací v kategorii A a vrtulníkem vybraného uchazeče*“, kterou shledává spekulativní, když Úřad nikterak nedoložil tento tvrzený vztah mezi nabídkovou cenou vybraného uchazeče a skutečností, že jím nabízený vrtulník nedisponuje certifikací kategorie A.
9. Zadavatel má za to, že Úřad neměl jako zásadní přítěžující okolnost zohlednit fakt, že se zadavatel dostatečně nezabýval dopisem vybraného uchazeče obsahujícím upozornění na jeho možné nesplnění kvalifikačního předpokladu požadujícího certifikaci v kategorii A, když zadavatel z dokladů předložených vybraným uchazečem usoudil, že tento uchazeč

prokázal požadovanou kvalifikaci jiným vhodným způsobem rovnocenným s certifikátem osvědčujícím schopnost provozu v kategorii A.

10. Závěrem zadavatel zdůrazňuje, že problematika posuzování kvalitativních a výkonových parametrů vrtulníků je vysoce specifickým a odborně náročným oborem, ve kterém je kvalifikován pouze omezený okruh odborníků v ČR. V tomto ohledu shledává zadavatel svou pozici při stanovení zadávacích podmínek, jejich objasňování a při obsazování členů hodnotící komise jako nestandardním způsobem ztíženou. Zadavatel podotýká, že nemohl čerpat ze zkušeností jiných zadavatelů či obdobných veřejných zakázek, neboť předmět veřejné zakázky je unikátní a obdobné veřejné zakázky nejsou v ČR vypisovány.

#### **Závěr rozkladu**

11. Zadavatel žádá předsedu Úřadu, aby změnil výrok II. napadeného rozhodnutí a přiměřeným způsobem snížil pokutu mu uloženou za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

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

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

13. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal z hlediska uložené pokuty soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
14. Jelikož jsem v průběhu tohoto řízení o rozkladu zjistil, že jsou dány důvody pro změnu výroku II. napadeného rozhodnutí, přistoupil jsem ke změně napadeného rozhodnutí (resp. jeho výroku II.), neboť právní úprava obsažená v § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu dovoluje napadené rozhodnutí změnit, pokud by tím některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, nehrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se. Tuto podmínku považuji za splněnou. Vzhledem k tomu, že zadavatel svým rozkladem požadoval změnu, resp. snížení uložené pokuty, přičemž touto změnou napadeného rozhodnutí nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků řízení, snížil jsem uloženou pokutu tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí o rozkladu.
15. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke snížení uložené pokuty.

#### **V. K rozsahu přezkumu v řízení o rozkladu**

16. Rozklad zadavatele směřuje pouze do výroku II. napadeného rozhodnutí, přičemž výrok I. nebyl rozkladem zadavatele napaden.

17. Dle § 82 odst. 3 správního řádu v případě, že odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. Uvedené ustanovení se dle § 152 odst. 4 správního řádu použije i na řízení o rozkladu, nevylučuje-li to povaha věci.
18. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky postupoval v rozporu s § 59 odst. 1 zákona. Výrokem II. napadeného rozhodnutí, který je napaden rozkladem zadavatele, Úřad zadavateli uložil za spáchání správního deliktu pokutu ve výši 3 750 000,- Kč.
19. Přestože výrok II. napadeného rozhodnutí o uložení pokuty za spáchání správního deliktu zadavatele, jakožto výrok o trestu, neobstojí bez výroku I. napadeného rozhodnutí, který je výsledkem úvah o nedodržení postupu stanoveného zákonem pro uzavření smlouvy zadavatelem, je zřejmé, že výrok I. napadeného rozhodnutí, jakožto výrok o vině, samostatně obstojí. Výrok I. není závislý na výroku II. a z tohoto pohledu s ním tak netvoří nedílný celek. Naplněna je i další podmínka § 82 odst. 3 správního řádu, neboť tím, že rozkladem nenapadený výrok I. napadeného rozhodnutí nabyl samostatně právní moci, nemohla vzniknout újma některému z účastníků správního řízení, když výrokem I. napadeného rozhodnutí bylo rozhodnuto o nedodržení zákona zadavatelem, přičemž zadavatel, jakožto jediný účastník tohoto správního řízení, proti výroku I. napadeného rozhodnutí rozkladem nebrazil a zároveň výslovně uznal své pochybení.
20. Na základě uvedeného konstatuji, že napadené rozhodnutí nebylo co do výroku I. v zákonné lhůtě napadeno rozkladem. Za splnění podmínek stanovených v § 82 odst. 3 správního řádu tedy výrok I. napadeného rozhodnutí nabyl dne 5. 4. 2017 samostatně právní moci. Přezkum napadeného rozhodnutí v rámci řízení o rozkladu je tedy v části týkající se výroku I. napadeného rozhodnutí vyloučen.

#### **VI. Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy**

21. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“).
22. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) 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. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „trestní zákoník“). Toto 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 oblasti správního trestání.
23. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že „[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení

*mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...)* Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...) Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“. K totožnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.

24. Jak bylo výše uvedeno, přezkum výroku I. napadeného rozhodnutí v tomto rozhodnutí je již vyloučen. Co se výroku II. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví vyšší pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ ve stejné výši jako § 120 odst. 2 zákona. Pozdější právní úprava tak ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější. Výše sazby pokuty šetřeného správního deliktu a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle ZZVZ, tak i podle zákona, jak též správně popsal Úřad v bodech 113 a 114 napadeného rozhodnutí.
25. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba postupovat podle právní úpravy účinné v době spáchání správního deliktu, tedy dle zákona.

## **VII. K námitkám rozkladu**

26. V úvodu k odůvodnění pokuty je třeba podotknout, že se stále zpřísnují požadavky soudu na odůvodnění pokuty v rozhodnutích Úřadu, jak je patrné z rozsudků Krajského soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“). Mám přitom za to, že Úřad těmto požadavkům krajského soudu dostal, jak dále odůvodňuji níže.
27. Krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Ca 27/2009 ze dne 28. 4. 2011 konstatoval, že „*správnímu orgánu je při ukládání pokuty dána volnost správního uvážení, avšak současně je vázán základními principy správního uvážení (...)* mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost podle § 3 odst. 4 správního řádu. Správní orgán tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochyby o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu“.
28. Při posuzování uložené pokuty je třeba vycházet z mantinelů, které v tomto směru vymezuje zákon, konkrétně pak § 121 odst. 2, dle něhož hlavním kritériem rozhodným pro určení výměry pokuty je závažnost spáchaného správního deliktu. Demonstrativním výčtem pak zákonodárce v témže ustanovení toto hlavní kritérium definuje, kdy uvádí, že je třeba přihlídnout zejména ke způsobu spáchání správního deliktu, jeho následkům

a k okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán. Dle názoru Nejvyššího správního soudu vysloveného v rozsudku č. j. 6 As 34/2008-54 ze dne 30. 4. 2009 „*obsahuje-li zákonné ustanovení (v případě tohoto rozsudku se jednalo o § 67 odst. 2 zákona č. 185/2001 Sb., o odpadech) pouze příkladný výčet hledisek, ke kterým je správní orgán při stanovení výše pokuty povinen přihlédnout, pak takováto právní úprava váže správní orgán v tom směru, že právě těmito zákonnými hledisky se musí zabývat vždy.*“ Z výše uvedeného tedy jednoznačně vyplývá a tento závěr potvrzuje mimo jiné i další rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 106/2012-45 ze dne 6. 6. 2013, že rozhodnými kritérii pro určení závažnosti správního deliktu, kterými se správní orgán musí v každém případě zabývat, jsou právě tato tři kritéria stanovená zákonem. Správní orgán je přitom samozřejmě oprávněn nad rámec těchto kritérií přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, jak vyplývá z citovaného rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 106/2012-45 ze dne 6. 6. 2013. Případné zohlednění těchto kritérií však spadá do rámce správního uvážení příslušného správního orgánu.

29. Jak je patrné z bodů 123 až 139 napadeného rozhodnutí, Úřad se zabýval danými kritérii závažnosti správního deliktu, když vymezil jeho objekt, okolnosti spáchání a jeho následky. Konkrétně potom, pokud jde o objekt spáchání správního deliktu, Úřad jej v bodě 123 napadeného rozhodnutí vymezil jako zájem na posuzování a hodnocení pouze nabídek dodavatelů, kteří požadované kvalifikační předpoklady prokážou, a v širším slova smyslu rovněž jako zájem na férové hospodářské soutěži o veřejné zakázky, která nemůže probíhat za situace, kdy je některému z dodavatelů umožněno, aby byla jeho nabídka hodnocena (a následně i vybrána jako nejvhodnější), ačkoli nesplňuje zadavatelem předem stanovené kvalifikační předpoklady. Dovětek Úřadu ohledně výrazně nižší nabídkové ceny vybraného uchazeče nedisponujícího certifikátem v kategorii A a cen dalších uchazečů s požadovaným certifikátem nepovažují v této souvislosti za nepřipadný na rozdíl od námítky zadavatele. Jde o zcela legitimní úvahu Úřadu podloženou fakty vyplývajícími z dokumentace o veřejné zakázce, byť lze rovněž připustit, že roli v tvorbě cen v nabídkách jednotlivých uchazečů mohou hrát i jiné ekonomické faktory nesouvisející s náklady na pořízení předmětného certifikátu.
30. Jako následek správního deliktu Úřad v bodě 127 napadeného rozhodnutí správně označil skutečnost, že zadavatel vybral jako nejvhodnější nabídku dodavatele, který v zadávacím řízení neprokázal požadovanou kvalifikaci, a s tím související pochybnost o zajištění řádného a bezproblémového plnění předmětu veřejné zakázky.
31. Ohledně okolností spáchání správního deliktu vzal Úřad v bodech 124 až 126 a 128 napadeného rozhodnutí v potaz skutečnost, že zadavatel sice pochybil v klíčové fázi zadávacího řízení, kdy posoudil kvalifikaci vybraného uchazeče jako splněnou, ačkoli neměl, nicméně zadavatel zcela nerezignoval na posouzení kvalifikace vybraného uchazeče jako takové, neboť zadavatel doklady předložené vybraným uchazečem k prokázání kvalifikace posuzoval, avšak vyvodil z nich nesprávný závěr. Stupeň společenské škodlivosti správního deliktu proto Úřad vyhodnotil jako závažný, nikoli však nejzávažnější, který by spočíval v úplné ignoraci ustanovení zákona a vyloučení soutěžního prostředí jako takového, což v daném případě nenastalo. V této souvislosti mohou dát zčásti za pravdu námítce zadavatele zpochybňující jako zásadní přitěžující okolnost zohlednění faktu, že se zadavatel dostatečně nezabýval dopisem vybraného uchazeče obsahujícím upozornění na jeho možné nesplnění

kvalifikačního předpokladu požadujícího certifikaci v kategorii A, když zadavatel z dokladů předložených vybraným uchazečem usoudil, že tento uchazeč prokázal požadovanou kvalifikaci jiným vhodným způsobem rovnocenným s certifikátem osvědčujícím schopnost provozu v kategorii A. Toto pochybení zadavatele lze přímo přičíst na vrub vyvození nesprávného závěru zadavatele při posouzení kvalifikace vybraného uchazeče. Nutno zároveň zdůraznit, že zadavatel každopádně v rozporu se zákonem pominul fakt, že v zadávací dokumentaci výslovně požadoval prokázání kvalifikace předložením certifikace v kategorii A a žádný jiný ekvivalentní způsob jejího prokázání nepřipustil. Zadavateli přitom v alternativním způsobu stanovení možného splnění daného kvalifikačního předpokladu přímo v zadávací dokumentaci nic nebránilo, a kdyby tak učinil, mohl nejen vybraný uchazeč, ale i další uchazeči volit po právu tento způsob a zadavatel by se tak mohl vyhnout sankcionování za nerovný přístup k uchazečům, který se projevil až při hodnocení splnění jejich kvalifikace.

32. Při posuzování závažnosti správního deliktu Úřad neshledal žádnou polehčující okolnost, přičemž zadavatel namítá, že problematika posuzování kvalitativních a výkonových parametrů vrtulníků je vysoce specifickým a odborně náročným oborem, a tedy že nemohl čerpat ze zkušeností jiných zadavatelů či obdobných veřejných zakázek, neboť předmět veřejné zakázky je unikátní a obdobné veřejné zakázky nejsou v ČR vypisovány. K tomuto argumentu mohu konstatovat, že jej lze jako polehčující okolnost do jisté míry připustit, nicméně nelze vyloučit, že zadavatel mohl využít zkušeností zadavatelů v zahraničí mimo ČR minimálně v rámci členských států EU. Každopádně jej tvrzená „nezkušenost“ v dané oblasti nemůže zbavit odpovědnosti za předmětný správní delikt.
33. I když ohledně své odpovědnosti zadavatel výslovně v rozkladu nic nenamítá, shledávám v návaznosti na výše uvedené vhodným pro úplnost připomenout, že odpovědnost za správní delikty podle zákona je založena na objektivním principu, což znamená, že osoba, která svým jednáním naplnila znaky správního deliktu, odpovídá za škodlivý následek bez ohledu na zavinění. Zavinění coby vnitřní, psychický vztah pachatele k jeho jednání a ke spáchanému následku je tedy pro vznik tohoto druhu odpovědnosti irelevantní okolností. K tomu odkazují např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 As 110/2012 ze dne 4. 9. 2012 nebo např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 23/2012 ze dne 28. 11. 2012, kde je uvedeno, že „zadavatel je ten, kdo nese objektivní odpovědnost, tedy založenou bez ohledu na zavinění (srov. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 26. 1. 2006, č. j. 11 Ca 216/2005-41 a ze dne 23. 3. 2006, č. j. 8 Ca 8/2004-51).“
34. Shodně se k charakteru deliktní odpovědnosti vyjádřil i krajský soud, který ve svém rozsudku č. j. 30 Af 81/2013 – 77 ze dne 7. 12. 2015 uvedl, že „V případě porušení ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se jedná o objektivní odpovědnost. Není proto zapotřebí zkoumat, zda k porušení zákona došlo úmyslně či z nedbalosti“, přičemž tento rozsudek potvrdil Nejvyšší správní soud rozsudkem č. j. 7 As 7/2016 – 47 ze dne 11. 2. 2016, v němž doplnil: „Odpovědnost za správní delikt podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je odpovědností objektivní, a z hlediska znaků skutkové podstaty tohoto správního deliktu proto není vůbec podstatné, zda stěžovatel zamýšlel omezit volnou soutěž a diskriminovat některé uchazeče, či nikoliv (...) Opět je přitom nutno poukázat na to, že se zde jedná o objektivní odpovědnost, a není tudíž podstatné, zda o svém pochybení zadavatel při uzavírání smlouvy skutečně věděl.“ Ať už tedy ke spáchání správních deliktů



zadavatelem došlo „*důsledkem administrativně-technického pochybení konkrétních osob zodpovídajících za administraci zadávacího řízení pramenící z jejich nezkušenosti*“, je odpovědností zadavatele, že postupoval v rozporu se zákonem.

35. Této objektivní odpovědnosti se může zadavatel zprostit pouze z důvodů uvedených v § 121 odst. 1 zákona, který uvádí tzv. liberační důvody, a dle něhož právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. Zadavatel však neprokázal a ani netvrdil, že by takové liberační důvody existovaly.
36. K námitce zadavatele, že měl Úřad zohlednit fakt, že celková cena zakázky na základě nabídkové ceny vybraného uchazeče ve výši 142 060 975 Kč a její skladby (20 % z této částky je variabilních jako cena za letové hodiny, kterou nelze dopředu určit) je relativně přesně odhadnutelná, a tedy maximální výše pokuty měla podléhat korektivu 10 % z ceny zakázky, tudíž její maximální hranice by měla činit 15 000 000 Kč, nikoli 20 000 000 Kč, uvádím, že se s ní neztotožňuji. Úřad v bodě 119 napadeného rozhodnutí správně konstatoval, že celkovou cenu veřejné zakázky nelze v posuzovaném případě zjistit (už jen z toho důvodu, že nelze určit množství hodin letu, které budou zadavatelem v průběhu plnění smlouvy hrazeny), a proto horní hranice možné pokuty činí v souladu s § 120 odst. 2 písm. a) zákona částku ve výši 20 000 000 Kč. Zadavatelem zmiňovaná předpokládaná hodnota veřejné zakázky je tak pouze orientační.
37. I při stanovení maximální hranice pokuty ve výši 20 000 000 Kč, však musím přisvědčit námitce zadavatele týkající se nepřiměřené výše pokuty v přezkoumávaném případě. Úřad v bodě 137 napadeného rozhodnutí uvedl, 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. V bodě 139 napadeného rozhodnutí Úřad navázal tvrzením, že považuje výši pokuty s přihlédnutím k okolnostem spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků za dostatečnou a okolnostem případu přiměřenou, přičemž akcentuje, že byť by se na první pohled mohlo jednat o pokutu nominálně vysokou, stále nedosahuje ani 20 % maximální výše, v jaké mohla být dle zákona uložena. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatoval, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační.
38. Jsem toho názoru, že nominální pokuta uložená Úřadem je ve vztahu k běžně ukládaným pokutám příliš vysoká, a to jak v její absolutní částce, tak i v procentuálním podílu vztaheným k její maximální hranici. Uložení takto vysoké pokuty by bylo adekvátní pouze v případě porušení zákona dosahujícího stupně maximální závažnosti ve smyslu nedodržení těch nejzákladnějších povinností požadovaných zákonem po zadavateli, či závažných přitěžujících okolnostech, případně pokud by přitěžujících okolností bylo více, což v daném případě nenastalo. Nezpochybňuji, že by bylo možné v určitých případech možné uložit i pokutu procentuálně vyšší, ale odůvodnění uložené pokuty tomu v přezkoumávaném případě nenasvědčuje. Jinak jsem také posoudil závažnost daného správního deliktu oproti tomu, jak ji posoudil Úřad, který zadavateli k tíži jako přitěžující okolnost přiřkl v bodě 126 napadeného rozhodnutí fakt, že se údajně dostatečně nezabýval dopisem vybraného uchazeče obsahujícím upozornění na jeho možné nesplnění kvalifikačního předpokladu požadujícího

certifikaci v kategorii A, kterýžto závěr Úřadu neshledávám případným. Naopak z bodu 71 napadeného rozhodnutí je zřejmé, že zadavatel tuto záležitost při posuzování kvalifikace vybraného uchazeče řešil a v protokolu z jednání hodnotící komise č. 2 – posouzení kvalifikace pro část 2 veřejné zakázky se k ní i podrobněji vyjádřil, když mimo jiné výslovně uvedl, že „se členové hodnotící komise zabývali otázkou splnění technických kvalifikačních předpokladů uchazeče, a to v kontextu podnětu společnosti DSA a.s. ze dne 22. 8. 2016 a splnění požadavku na schopnost provozu v 1. třídě výkonnosti a pln[é] certifikaci v kategorii A včetně schválené letové způsobilosti. Předseda hodnotící komise byl ze strany odborníků z řad členů hodnotící komise a přizvaných poradců (doc. Ing. Vladimír Němec, Ph.D) ujištěn v tom smyslu, že uchazeče není nutné vyzývat k objasnění, když uchazeč technické kvalifikační předpoklady plní, a to v souladu se zadavatelem publikovanými dodatečnými informacemi č. II potvrzujícími, že zadavatel požaduje, ty relevantní části letové příručky, ze kterých může ověřit, že daný vrtulník svými výkony tyto požadavky plní, je při provozu, který odpovídá 1. třídě výkonnosti a kategorii A, a je letově způsobilý. Hodnotící komise po tomto ujištění konstatovala, že uchazeč plní technické kvalifikační předpoklady“. Zadavatel se tedy upozorněním vybraného uchazeče ohledně jeho možného nesplnění kvalifikace zabýval dostatečně, pouze z jemu předestřených skutečností učinil nesprávný závěr. Za těchto okolností není adekvátní zadavateli jeho chybný úsudek, který nepochybně vedl ke spáchání předmětného správního deliktu, přičíst ještě jako přitěžující okolnost, když se zadavatel daným faktem prokazatelně zabýval a pouze se mylně spolehl na ujištění odborníků, aniž by do jejich závěrů promítl svůj jednoznačný požadavek pro splnění řečené kvalifikace týkající se předložení certifikátu v kategorii A, který její alternativní splnění v zadávací dokumentaci v tomto aspektu nepřipouštěl. Z tohoto důvodu je třeba posoudit závažnost protizákonného postupu zadavatele mírněji, tudíž též snížit pokutu, aby s touto nižší závažností správního deliktu taktéž korespondovala.

39. V návaznosti na výše uvedené konstatuji, že v přezkoumávaném případě není dána taková míra závažnosti správního deliktu, která by byla způsobilá odůvodnit uložení pokuty téměř v 1/5 její horní hranice, Úřad tak v daném případě neodůvodněně výrazně upřednostnil funkci represivní před obvykle zdůrazňovanou funkcí preventivní. Jsem přesvědčen, že preventivní i represivní funkci právní odpovědnosti bezesporu splní i nižší pokuta, která lépe vypovídá o okolnostech daného případu, když i sám Úřad připouští, že porušení zákona zadavatelem nedosahuje intenzity nejzávažnějšího stupně, když zadavatel neignoroval zákonná ustanovení, pouze je v dílčí oblasti posouzení kvalifikačních předpokladů nesprávně interpretoval, z čehož Úřad navíc ne zcela opodstatněně vyvodil výše zmíněnou přitěžující okolnost, aniž by ve prospěch zadavatele připustil rovněž okolnost polehčující, které může nasvědčovat jedinečnost a složitost dané veřejné zakázky.
40. Z judikatury Nejvyššího správního soudu vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudek NSS č. j. 8 As 5/2005-53 ze dne 29. 6. 2005). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost. Úřad tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být

v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochybnosti o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu.

41. V návaznosti na výše uvedené jsem dospěl k závěru, že Úřadem v napadeném rozhodnutí zadavateli uložená pokuta je nepřiměřeně vysoká, jelikož není dána taková míra závažnosti správního deliktu, která by byla způsobilá odůvodnit uložení pokuty ve výši téměř 20 % její horní hranice, a že je dán důvod pro snížení uložené pokuty tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.
42. Podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část změnit; změnu nelze provést, pokud by tím některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se.
43. Jak bylo zmíněno výše, pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, tedy funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností a uvážení všech argumentů jsem při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a nově stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující, neboť pokuta ve výši 1 250 000 Kč naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.
44. Tuto výměru pokuty v tomto správním řízení považuji za adekvátnější z hlediska vyvážení současně působící preventivní a represivní funkce postihu za spáchání správních deliktů zadavatelem. Úřad při určení výměry ukládané pokuty zadavateli sice usiloval, aby byly uplatněny obě funkce pokuty, přesto, s ohledem na skutečnosti uvedené v části tohoto rozhodnutí vztahující se k pokutě, považuji Úřadem určenou výměru pokuty za natolik represivní, že neodpovídá okolnostem spáchání správního deliktu a smyslu a účelu zákona.
45. Změnu výroku II. napadeného rozhodnutí lze provést, jelikož zadavateli není ukládána žádná nová povinnost, toliko se v odvolacím řízení mění výměra pokuty a podle § 36 odst. 3 správního řádu se v tomto řízení o rozkladu nepostupuje, jelikož podklady rozhodnutí odvolacím správním orgánem nově pořizovány nebyly.

#### **VIII. Závěr**

46. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že odpovědnost zadavatele za spáchání správního deliktu je dána, avšak pokuta uložená výrokem II. napadeného rozhodnutí byla v daném případě nepřiměřeně vysoká, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu výroku II. napadeného rozhodnutí, tedy pro snížení pokuty.
47. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

## **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží:**

Česká republika - Ministerstvo zdravotnictví, Palackého náměstí 375/4, 128 00 Praha 2

### **Vypraveno dne:**

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