



UOHSX009C4IV

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0305/2016/VZ-07889/2017/323/ZSř

Brno 3. března 2017

V řízení o rozkladu ze dne 16. 12. 2016, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném zadavatelem -

- **Zdravotnický holding Královéhradeckého kraje a.s.**, IČO 25997556, se sídlem Pospíšilova 365/9, 500 03 Hradec Králové, ve správním řízení právně zastoupen JUDr. Jindřichem Vítkem, Ph.D., advokátem advokátní kanceláře ERHARTOVÁ VÍTEK & PARTNERS, zapsaným v seznamu advokátů vedeném ČAK pod ev. č. 9459, se sídlem Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha 2,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0639/2016/VZ-47912/2016/553/VDy ze dne 2. 12. 2016, 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, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Logistické služby**“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, jehož formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 15. 9. 2016 pod evidenčním číslem zakázky 645984,

jsem dle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0639/2016/VZ-47912/2016/553/VDy ze dne 2. 12. 2016

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel - Zdravotnický holding Královéhradeckého kraje a.s., IČO 25997556, se sídlem Pospíšilova 365/9, 500 03 Hradec Králové (dále jen „**zadavatel**“), jako centrální zadavatel ve smyslu § 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, činný na základě uzavřené Smlouvy o centralizovaném zadávání ze dne 21. 7. 2015 pro osm zdravotnických zařízení v Královéhradeckém kraji, jmenovitě pro subjekty:

- Oblastní nemocnice Trutnov a. s., IČO 260 00 237, se sídlem M. Gorkého 77, 541 01 Trutnov,
- Oblastní nemocnice Náchod a. s., IČO: 260 00 202, se sídlem Purkyňova 446, 547 01 Náchod,
- Oblastní nemocnice Jičín a. s., IČO 260 01 551, se sídlem Bolzanova 512, 506 01 Jičín,
- Městská nemocnice, a. s., IČO 252 62 238, se sídlem Vrchlického 1504, 544 01 Dvůr Králové nad Labem,
- Léčebna pro dlouhodobě nemocné Hradec Králové, IČO 001 80 092, se sídlem Pospíšilova tř. 351/14, 500 03 Hradec Králové,
- Léčebna dlouhodobě nemocných Opočno, IČO 001 91 744, se sídlem Nádražní 521, 517 73 Opočno,
- Sdružení ozdravoven a léčeben okresu Trutnov, IČO 001 952 01, se sídlem Procházkova 818, 541 01 Trutnov a
- Zdravotnická záchranná služba Královéhradeckého kraje, IČO 481 45 122, se sídlem Hradecká 1690, 500 12 Hradec Králové

¹ 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.

(dále společně jen „**pověřující zadavatelé**“), odeslal dne 31. 7. 2015 do Věstníku veřejných zakázek (dále jen „**Věstník**“) formulář „Oznámení předběžných informací o veřejné zakázce“, které bylo ve Věstníku uveřejněn dne 3. 8. 2015, pod evidenčním číslem 519424.

2. Předmětem budoucí veřejné zakázky dle předchozího odstavce, zadávané v otevřeném řízení, měla být dle bodu II. 4 označeného oznámení „*správa dodávek zdravotnických výrobků určených pro jednotlivé veřejné zadavatele*“.

Otevřené řízení

3. Dne 26. 2. 2016 odeslal zadavatel do Věstníku formulář „Oznámení o zakázce“, který byl uveřejněn dne 29. 2. 2016, pod evidenčním číslem zakázky 519424, čímž zahájil otevřené zadávací řízení na nadlimitní veřejnou zakázku s názvem „Logistické služby“ (dále jen „**otevřené řízení**“). Předmětem dané veřejné zakázky mělo být zajištění logistických služeb pro pověřující zadavatele v rámci rozsahu správy dodávek zdravotnického materiálu dle příloh, zajištění kapacity a správy konsignačního skladu a související administrativy (dále jen „**hlavní veřejná zakázka**“). Předpokládaná hodnota hlavní veřejné zakázky na služby měla činit částku 47 600 000 Kč za 48 měsíců a byla koncipována jako maximální přípustná a současně jako 8 % z předpokládané hodnoty dodávaného spotřebního materiálu, která byla stanovena částkou 595 000 000 Kč za 48 měsíců. Lhůta pro podání nabídek byla v bodu IV. 3.4) označeného oznámení stanovena do 20. 4. 2016.
4. V reakci na žádost dodavatele a vlastní zjištění uveřejnil zadavatel na svém profilu dodatečné informace k zadávací dokumentaci na hlavní veřejnou zakázku (dále jen „**ZD**“) č. 1-7, datované dnem 15. 4. 2016. V rámci dodatečné informace č. 6 zadavatel sdělil, že skladování ani přeprava nebezpečných látek (Accord Dangereuses Route, dále jen „**položky ADR**“) předmětem hlavní veřejné zakázky není. V dodatečné informaci č. 7 zadavatel uvedl, že zjistil možné nepřesnosti v příloze č. 7 („Seznam zdravotnického materiálu“) k ZD a že je „*nucen provést zevrubnou revizi údajů o požadavcích na spotřební materiál*“ ze strany pověřujících zadavatelů. Z uvedeného důvodu prodloužil zadavatel lhůtu pro podání nabídek do 11. 5. 2016.
5. Dne 28. 4. 2016 uveřejnil zadavatel, v návaznosti na deklarovanou revizi ZD dodatečnou informaci č. 8, v níž uvedl, že vlastní činností zjistil nepřesnosti v údajích o hodnotě dodávaného spotřebního materiálu, neboť při postupných úpravách ZD před zahájením zadávacího řízení došlo z rozhodnutí pověřujících zadavatelů k vyjmutí umělých kloubních náhrad ze systému centralizovaného zásobování (dále jen „**vyřazené položky I**“), což nebylo zohledněno ve finančních předpokladech hlavní veřejné zakázky. Zadavatel proto změnil ZD tak, že snížil předpokládanou hodnotu (a současně maximální přípustnou nabídkovou cenu) hlavní veřejné zakázky na částku 39 767 000 Kč za 48 měsíců, tj. maximálně 9,5 % z předpokládané ceny spotřebního materiálu, snížené na hodnotu 418 600 000 Kč. Lhůta pro podávání nabídek byla s ohledem na provedené změny prodloužena do 21. 6. 2016.
6. Dne 17. 6. 2016 uveřejnil zadavatel na svém profilu dodatečné informace č. 9-19. K opětovnému dotazu na výskyt položek ADR zadavatel prostřednictvím dodatečné informace č. 10 sdělil, že setrvává na svém stanovisku, že součástí zajišťovaného spotřebního materiálu nejsou, nicméně tuto informaci ještě prověří, a z toho důvodu prodlužuje lhůtu pro podání nabídek do 12. 7. 2016. V rámci dodatečných informací č. 20-28 ze dne 1. 7. 2016 zadavatel k problematice položek ADR sdělil, že pokud zjistí jejich výskyt, bude nutné

podstatně změnit zadávací podmínky a v takovém případě bude lhůta pro podávání nabídek opětovně prodloužena tak, aby opět činila celou původní délku.

7. Dne 7. 7. 2016 uveřejnil zadavatel na svém profilu „Rozhodnutí zadavatele o změně zadávací dokumentace - úpravě zadávacích podmínek“ z téhož dne, jímž vypustil ze ZD pro některá místa plnění (Oblastní nemocnice Jičín a.s., Oblastní nemocnice Trutnov a.s., Oblastní nemocnice Náchod a.s.) další položky - materiál pro dialýzu (dále jen „**vyřazené položky II**“), čímž došlo k dalšímu poměrnému snížení předpokládané hodnoty zajišťovaného spotřebního materiálu na hodnotu 379 498 000 Kč za 48 měsíců a předpokládané hodnoty hlavní veřejné zakázky za stejné období na částku 36 052 310 Kč. Na základě učiněného závěru o změně ZD, která by mohla vést k rozšíření okruhu možných dodavatelů, prodloužil zadavatel též lhůtu pro podání nabídek, a to do 29. 8. 2016.
8. Dne 25. 8. 2016 uveřejnil zadavatel na svém profilu další dodatečné informace č. 29-35, přičemž prvními dvěma deklaroval, že součástí zajišťovaného plnění jsou též ADR položky a lhůtu pro podání nabídek prodloužil do 14. 10. 2016. Zadavatel současně připomněl, že v důsledku již provedených změn poklesl počet zajišťovaných položek spotřebního materiálu z původního počtu cca 22 500 na stávající cca 10 000 položek.

Jednací řízení bez uveřejnění

9. Dne 28. 6. 2016 odeslal zadavatel společnosti NemLog a. s., IČO 276 42 241, se sídlem Jakubská 647/2, 110 00 Praha (dále jen „**vybraný uchazeč**“), výzvu k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „**JŘBU**“) na veřejnou zakázku s názvem „Logistické služby“ s obdobným předmětem a zadávacími podmínkami jako hlavní veřejná zakázka, avšak v časově limitovaném rozsahu a v předpokládané hodnotě 4 970 875 Kč, tj. 9,5 % předpokládaného objemu zajišťovaného spotřebního materiálu (dále jen „**překlenovací veřejná zakázka**“).
10. Dne 1. 8. 2016 uzavřeli pověřující zadavatelé s vybraným uchazečem (jako jediným osloveným v JŘBU), v souladu se zněním Smlouvy o centralizovaném zadávání ze dne 21. 7. 2015 uzavřené se zadavatelem, na plnění překlenovací veřejné zakázky smlouvu. Formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku uveřejněn dne 15. 9. 2016, pod evidenčním číslem zakázky 645984. Nabídková cena vybraného uchazeče a následná smluvní cena překlenovací veřejné zakázky činila 7,5 % předpokládané ceny zajišťovaného spotřebního materiálu, tj. částku 3 924 375 Kč, smlouva byla uzavřena na dobu od 1. 8. 2016 do 31. 12. 2016, s možností dřívější výpovědi.
11. Použití JŘBU odůvodnil zadavatel v písemné zprávě ze dne 14. 9. 2016 odkazem na § 23 odst. 4 písm. b) zákona, tj. že překlenovací veřejnou zakázku na předmětné logistické služby bylo nezbytné zadat v krajně naléhavém případě, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat a z časových důvodů nebylo možné zadat (překlenovací) veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení. Zadavatel doplnil, že na řádném fungování systému dodávek spotřebního zdravotnického materiálu závisí řádný provoz pověřujících zadavatelů a jimi poskytovaných služeb a že probíhající otevřené řízení na veřejnou zakázku dosud nebylo ukončeno z důvodu změn v ZD, které zadavatel nepředpokládal.

Správní řízení

12. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušný podle § 112 zákona, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky, na jehož základě si od zadavatele vyžádal vyjádření a dokumentaci o veřejné zakázce.
13. Po přezkoumání obsahu uvedených podkladů získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, a dne 5. 10. 2016 zahájil, dle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), doručením oznámení o zahájení správního řízení ze dne 30. 9. 2016 zadavateli, v uvedené věci správní řízení z moci úřední.
14. Ve správním řízení zadavatel podal k výzvě Úřadu své obsáhlé vyjádření v rámci přípisu „Vyjádření k podkladům rozhodnutí“ ze dne 27. 10. 2016 a v přípisu nadepsaném „Důkazní návrhy zadavatele“ ze dne 21. 10. 2016. V druhém jmenovaném dokumentu odůvodnil zadavatel svůj postup již s ohledem na odložené zahájení otevřeného řízení mj. tak, že: *„Právě zpoždění se zadáváním veřejné zakázky v probíhajícím otevřeném zadávacím řízení vedlo k nutnosti zajistit logistické služby po přechodnou dobu formou jednacího řízení bez uveřejnění.“*
15. Ve vztahu k příčinám jednotlivých změn ZD zadavatel v témže označeném přípisu uvedl, že v případě položek ADR vycházel z informací poskytnutých dodavateli a změnu vyplývající z vyřazených položek I měl způsobit jeden z pověřujících zadavatelů, který snížení rozsahu hlavní veřejné zakázky nepromítl do její předpokládané hodnoty. Potřebu změny ve vztahu k vyřazeným položkám II pak zadavatel odůvodnil tím, že tato měla vyplynout ze změny zadávacích podmínek v jiném zadávacím řízení, na veřejnou zakázku s názvem „Dodávka spotřebního materiálu pro provádění hemodialýzy a on-line hemodiafiltrace včetně obnovy hemodialyzačních monitorů“, zadávanou jiným zadavatelem - společností Centrální zdravotnická zadavatelská s.r.o., IČO 28181662, se sídlem Luční 460, 500 03 Hradec Králové (dále jen „**související zadavatel**“), avšak se zadavatelem shodným na profilu uveřejněným kontaktním místem AK ERHARTOVÁ VÍTEK & PARTNERS, Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha, JUDr. Libor Pikna, jejíž oznámení bylo do Věstníku odesláno dne 25. 1. 2016 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 29. 6. 2016, pod evidenčním číslem zakázky 630691 (dále jen „**související veřejná zakázka**“).
16. Jako důkaz k odůvodnění změny ZD v návaznosti na vyřazené položky II, zadavatel označil dodatečnou informaci č. 15 k zadávacím podmínkám na související veřejnou zakázku, uveřejněnou na profilu souvisejícího zadavatele dne 28. 6. 2016. V předmětné dodatečné informaci č. 15 související zadavatel uvedl, že tuto podává v návaznosti na dodatečnou informaci č. 14 uveřejněnou na profilu dne 22. 6. 2016 a že *„reaguje na změnu způsobu zajištění dodávek spotřebního zdravotnického materiálu pro jednotlivé pověřující zadavatele“*, a proto *„nově nebude spotřební zdravotnický materiál dodáván prostřednictvím konsignačního skladu“*, přičemž současně dojde k vypuštění logistického poplatku z nabídkové ceny.
17. Zmíněná dodatečná informace č. 14 pak obsahovala následující sdělení: *„V současné době dochází k úpravě zadávacích podmínek pro veřejnou zakázku s názvem Logistické služby, která byla vyhlášena zadavatelem Zdravotnický holding Královéhradeckého kraje a.s.*

pod ev. č. zakázky 519424. Jelikož jsou obě tyto veřejné zakázky částečně provázány, rozhodl se zadavatel prodloužit lhůtu pro podání nabídek prozatím do 30. 6. 2016. Během této doby zadavatel vyhodnotí dopady změn zadávacích podmínek v související veřejné zakázce a zváží případnou úpravu zadávacích podmínek v této veřejné zakázce. O veškerých změnách budou uchazeči informováni.“

II. Napadené rozhodnutí

18. Dne 2. 12. 2016 vydal Úřad na základě podkladů ve věci rozhodnutí č.j. ÚOHS-S0639/2016/VZ-47912/2016/553/VDy (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
19. Úřad rozhodl ve výroku I. napadeného rozhodnutí o tom, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když překlenovací veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by zadavatel vznik krajně naléhavého případu svým jednáním nezpůsobil a aniž by jej nemohl předvídat, tudíž nebyly splněny všechny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. b) zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 1. 8. 2016 byla s vybraným uchazečem uzavřena na veřejnou zakázku smlouva.
20. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí pak Úřad uložil zadavateli pokutu za zjištěný správní delikt dle výroku I. ve výši 95 000 Kč.
21. K výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad předeslal, že podmínky pro použití JŘBU ve smyslu § 23 odst. 4 písm. b) zákona je třeba ve světle ustálené judikatury vykládat restriktivně a jako takové je třeba je splnit kumulativně, přičemž odpovědnost za zvolený druh zadávacího řízení a důkazní břemeno ve vztahu k naplnění předpokladů pro použití JŘBU nese vždy zadavatel. Úřad se v této souvislosti ztotožnil s tvrzením zadavatele ohledně existence *krajní naléhavosti případu* jako naplnění jedné z podmínek pro zadání veřejné zakázky v JŘBU (body 108. - 112. odůvodnění napadeného rozhodnutí). S tvrzením zadavatele, že krajní naléhavost případu nezpůsobil a ani ji nemohl předvídat, jakožto dalších podmínek JŘBU, se však již Úřad, v intencích odpovědnosti zadavatele za řádný průběh zadávacího řízení, neztotožnil a vyhodnotil, že podmínky pro použití JŘBU pro překlenovací veřejnou zakázku splněny nebyly.
22. Úřad se v této souvislosti podrobně zabýval jednotlivými okolnostmi, které vedly k prodlužování otevřeného řízení, přičemž shledal, že ve vztahu k vyřazeným položkám I měl zadavatel podklady pro úpravu ZD k dispozici již dne 19. 1. 2016, tj. ještě před zahájením otevřeného řízení. Úřad doplnil, že zadavatel byl povinen si podklady od pověřujících dodavatelů zkontrolovat, ověřit a zapracovat do ZD již před zahájením otevřeného řízení (body 118. - 120. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Zadavatel tedy vnitřní rozpory v zadávacích podmínkách nejen neodstranil, ale začal je řešit až v průběhu otevřeného řízení, nadto v době končících lhůt, což ve svém důsledku znamenalo již ke dni 28. 4. 2016 prodloužení lhůty pro podání nabídek o dalších 62 dnů oproti původní lhůtě, tj. do 21. 6. 2016.
23. Pochybení zadavatele shledal Úřad dále též ve vztahu k položkám ADR, které měly být správně kvalifikovány již při sestavování zadávacích podmínek, neboť pokud by tak zadavatel učinil, nepodával by opakovaně zavádějící dodatečné informace a nemuselo by dojít k navazujícím změnám ZD a prodlužování souvisejících lhůt, tj. v daném případě

do 12. 7. 2016 a následně do 14. 10. 2016 (body 121. - 126. odůvodnění napadeného rozhodnutí).

24. Ve vztahu k vyřazeným položkám II a následnému prodloužení lhůty pro podání nabídek do 29. 8. 2016 Úřad (v bodech 128. - 132. odůvodnění napadeného rozhodnutí) připustil, že zadavatel nemohl vzhledem k odlišné osobě souvisejícího zadavatele ovlivnit průběh zadávacího řízení na související veřejnou zakázku, v němž došlo v návaznosti na změny požadavků ze strany některých pověřujících dodavatelů ke změně dodávek části spotřebního materiálu namísto do centrálního konsignačního skladu přímo do konkrétních zdravotnických zařízení. Taková okolnost však již dle názoru Úřadu neměla rozhodný vliv na stav *krajní naléhavosti případu*, který byl způsoben předcházejícími pochybeními zadavatele, spočívajícími v od počátku chybném nastavení zadávacích podmínek.
25. Ve vztahu k výši uložené pokuty ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad přihlédl, v souladu s § 121 odst. 2 zákona, zejména k závažnosti správního deliktu, ke způsobu jeho spáchání, jakož i k jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Úřad především konstatoval, že se zadavatel dopustil typově závažného správního deliktu, neboť použitím JŘBU mimo rámec zákonných předpokladů došlo k faktickému vyloučení soutěžního prostředí. Současně však Úřad uvedl, že zvláštní přitěžující okolnosti neshledal a jako polehčující okolnosti zohlednil snahu zadavatele zadat veřejnou zakázku v otevřeném řízení, zadání zakázky v JŘBU pouze na překlenovací období 5 měsíců s možností dřívější výpovědi, jakož i vliv časového tlaku ve vztahu k potřebě zajistit plnění předmětu veřejné zakázky.

III. Námitky rozkladu

26. Dne 16. 12. 2016 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad zadavatele datovaný tímž dnem. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě, neboť jak vyplývá ze správního spisu, napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 2. 12. 2016.
27. Rozkladem napadá zadavatel napadené rozhodnutí v celém rozsahu z důvodu tvrzené nesprávnosti. V první části věcného odůvodnění rozkladu zadavatel připomíná své již dříve vyjádřené stanovisko, že k zadání veřejné zakázky v JŘBU přistoupil výlučně z důvodu nemožnosti včasného dokončení otevřeného řízení na nadlimitní veřejnou zakázku shodného názvu, a to pouze na dobu nezbytně nutnou, když má za to, že uvedený důvod vyvstal nepředvídatelně a zadavatel již nemohl postupovat jiným způsobem.
28. V rámci rekapitulace vývoje zadávacího řízení zadavatel dále sděluje, že své námitky nestaví na polemice se závěry Úřadu ve vztahu k důvodům jednotlivých změn ZD, když odlišně od závěrů Úřadu pouze poukazuje, že změnu ZD v návaznosti na vyřazené položky I vyvolalo pochybení jednoho z jeho pověřujících zadavatelů, k čemuž sám doplňuje, že se mu tuto okolnost ve správním řízení nepodařilo prokázat.
29. Jako stěžejní rozkladovou námitku pak zadavatel uvádí, že Úřad nesprávně posoudil (především v bodě 130. odůvodnění napadeného rozhodnutí) příčinnou souvislost mezi jednotlivými změnami zadávacích podmínek a *krajně naléhavou situací*, která vyvolala potřebu zadání překlenovací veřejné zakázky v JŘBU.
30. Zadavatel k uvedené námitce sděluje, že posouzení věci je třeba důsledně vztahovat k existenci krajně naléhavé situace z hlediska věcného i časového a že stav krajní naléhavosti vznikl „*ke konci července 2016*“ u jednoho z pověřujících zadavatelů, který zadavatele

informoval, že od 1. 8. 2016 nebude schopen si logistické služby sám smluvně zajistit. Zadavatel má pro posuzování naplnění podmínek dle § 23 odst. 4 písm. b) zákona za podstatné, že jednal jako zadavatel centrální, k čemuž poukazuje, že od 1. 1. 2016 si pověřující dodavatelé zajišťovali logistické služby v mezích finančního limitu pro veřejnou zakázku malého rozsahu sami a zadavatel neměl jako centrální zadavatel o stavu daného limitu u jednotlivých pověřujících zadavatelů přehled.

31. Dále zadavatel namítá, že předcházející změny ZD neměly na vznik krajně naléhavé situace vliv, neboť zohlednění vyřazených položek I stále ještě umožňovalo včasné a řádné dokončení otevřeného řízení a změna ZD v návaznosti na identifikaci položek ADR proběhla až po zadání překlenovací veřejné zakázky v JŘBU. Zadavatel doplňuje, že: *„V okamžiku, kdy zadavatel rozhodoval o zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, si ještě existence této chyby v zadávacích podmínkách nebyl vědom a zjistil ji až později. Z pohledu příčinné souvislosti je pak lhostejné, že zadavatel si měl být chyby související s nezohledněním ADR položek vědom dříve, stejně jako fakt, že se jednalo o chybu, která si později vynutila změnu zadávacích podmínek.“*
32. Zadavatel ve vztahu k nesprávnosti výroku I. napadeného rozhodnutí uzavírá, že skutečnost, že k nepředvídatelné okolnosti (změna v souvisejícím zadávacím řízení) došlo v zadavatelem stanovené prodloužené lhůtě, mu nemůže být kladeno k tíži ve vztahu ke konstrukci příčinné souvislosti a zjištěnému správnímu deliktu.
33. K výši uložené pokuty zadavatel sděluje, že ji považuje s ohledem na rozhodovací praxi Úřadu a specifické (polehčující) okolnosti případu za nepřiměřeně vysokou, k čemuž odkazuje na rozhodnutí Úřadu ve věcech vedených pod sp. zn. ÚOHS-S519/2014/VZ, ÚOHS-S199/2013/VZ a ÚOHS-S0582/2016/VZ.

Závěr rozkladu

34. Zadavatel vzhledem k uplatněným rozkladovým námitkám předsedovi Úřadu navrhuje, aby napadené rozhodnutí změnil tak, že se správní řízení zastavuje, popřípadě, aby jej změnil snížením uložené pokuty.

IV. Řízení o rozkladu

35. 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 spolu se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

36. 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 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.

37. Úřad tím, že ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl o tom, že se zadavatel při stanovení zadávacích podmínek na veřejnou zakázku dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a za zjištěný správní delikt uložil zadavateli ve výroku II. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 95 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

38. Zadavatel v podaném rozkladu v zásadě setrvává na svém stanovisku, že byly naplněny zákonné podmínky pro použití JŘBU, neboť stav krajně naléhavého případu, jehož existence nebyla zpochybněna ani v rámci napadeného rozhodnutí, nezavinil, ani nemohl předvídat a dále rozporuje výši uložené pokuty. K rozkladové argumentaci zadavatele níže připojuji svá stanoviska.

K naplnění podmínek pro použití JŘBU

39. Podstatu nyní projednávané věci představuje posouzení otázky, zda byly v zadávacím řízení na překlenovací veřejnou zakázku splněny podmínky pro použití JŘBU v souladu se zákonem. JŘBU představuje specifický typ zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho nebo omezený okruh možných dodavatelů za účelem zadání veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že jeho použitím dochází ke značnému omezení, potažmo vyloučení soutěže o veřejnou zakázku, váže zákon jeho přípustnost na splnění omezujících podmínek, taxativně vyjmenovaných v § 23 zákona.
40. Ve vztahu k výjimečnosti aplikace § 23 zákona a zadání veřejné zakázky v JŘBU lze dále odkázat na ustálenou rozhodovací činnost Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“), například na rozhodnutí sp. zn. C-385/02 ze dne 14. 9. 2004 (Komise proti Itálii), v němž SDEU uvedl, že ustanovení, která připouští výjimky z pravidel při zadávání veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ve vztahu k prokázání naplnění předpokladů těchto výjimek musí nést ten, kdo se jich dovolává. Uvedený právní názor se konstantně objevuje i v judikatuře českých soudů.
41. V šetřeném případě zadavatel odůvodnil použití JŘBU aplikací § 23 odst. 4 písm. b) zákona, který výslovně připouští zadání veřejné zakázky v JŘBU v případě, že „*veřejnou zakázku je nezbytné zadat v krajně naléhavém případě, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, a z časových důvodů není možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení*“. V nyní projednávané věci byl tedy zadavatel povinen prokázat kumulativní naplnění všech čtyř podmínek pro použití JŘBU ve smyslu citovaného ustanovení, tj. jak existenci krajně naléhavého případu, tak skutečnosti svědčící pro učinění závěru, že zadavatel krajně naléhavost případu svým jednáním nezpůsobil, ani jej nemohl předvídat, a dále okolnosti determinující, že veřejnou zakázku není možné z časových důvodů zadat v jiném druhu zadávacího řízení.
42. Úřad se v napadeném rozhodnutí ztotožnil s tvrzením zadavatele ohledně naplnění první podmínky, tj. existence *krajně naléhavého případu*, který měl spočívat v tom, že předmětem překlenovací veřejné zakázky byly logistické služby za účelem skladování a kontinuálního zásobování zdravotnických zařízení spotřebním zdravotnickým materiálem, nezbytným pro řádný provoz pověřujících zadavatelů, přičemž s přihlédnutím

k systému zásobování a využití centrálního skladu by výpadek těchto služeb, s ohledem na dosud neukončené otevřené řízení, mohl vyvolat negativní dopady na způsob poskytování zdravotní péče pověřujícími zadavateli, přičemž od 1. 8. 2016 již nebyl pověřující zadavatel Oblastní nemocnice Náchod a.s. (následovaný později dalšími pověřujícími zadavateli) schopen si zásobování zajistit vlastními silami (body 108. - 112. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Příslušná zjištění Úřadu ve vztahu k existenci krajně naléhavého případu zadavatel nerozporuje a tato nejsou předmětem jeho rozkladové argumentace.

43. Právní názor Úřadu vyjádřený v napadeném rozhodnutí a názor zadavatele se však rozchází v náhledu na splnění druhé zákonem předvídané podmínky, tj. v posouzení příčinné souvislosti ve vztahu k důvodům vzniku předmětného krajně naléhavého případu, respektive v posouzení otázky, zda byl vznik *krajně naléhavého případu způsoben zadavatelem*. Úřad dospěl v napadeném rozhodnutí (zejména v bodech 113. - 133. odůvodnění napadeného rozhodnutí) na základě provedeného dokazování k závěru, že krajně naléhavý případ způsobil sám zadavatel, neboť se v ZD dopustil takových chyb, které si vyžádaly opakované prodlužování lhůt pro podání nabídek v otevřeném řízení, což mělo za následek setrvalé oddalování zadání hlavní veřejné zakázky v otevřeném řízení, v důsledku čehož nebylo možné uzavřít smlouvu na hlavní veřejnou zakázku včas a vyvstala potřeba bezprostředního zadání části hlavní veřejné zakázky ve formě překlenovací veřejné zakázky v JŘBU.
44. Zadavatel naproti tomu namítá, že jediná bezprostřední příčina krajně naléhavé situace tkví ve změně zadávacích podmínek v zadávacím řízení na související veřejnou zakázku, kterou nezpůsobil a nemohl předvídat, přičemž jiné okolnosti neměly mít na volbu JŘBU zadavatelem rozhodný vliv. Zadavatel rozkladem znovu připomíná, že první změna ZD, uveřejněná v návaznosti na identifikaci vyřazených položek I dne 28. 4. 2016, která vedla k prodloužení lhůty pro podání nabídek do 21. 6. 2016, byla vyvolána pochybením pověřujícího zadavatele Oblastní nemocnice Trutnov a.s. Zadavatel však současně sám připouští, že tuto okolnost se mu ve správním řízení nepodařilo prokázat.
45. K připomínce vyřazených položek I odkazují ve shodě se zadavatelem na body 116. - 120. odůvodnění napadeného rozhodnutí a konstatují, že v průběhu správního řízení vyšlo najevo a ze správního spisu (ze zadavatelem doložené emailové korespondence) vyplývá, že zadavatel vyzval dne 14. 1. 2016 některé pověřující zadavatele ke kontrole upravených podkladů s žádostí o odstranění nepožadovaných položek, na což reagoval pověřující zadavatel Oblastní nemocnice Trutnov a.s. dne 19. 1. 2016 zasláním emailové zprávy s upraveným souborem označeným jako data_provozovny_mj.xls a s informací, že došlo k odstranění „TEP“ (vyjmutí kloubních náhrad). Zadavatel měl tedy relevantní údaje o rozsahu veřejné zakázky ještě před zahájením otevřeného řízení.
46. Ani z dotčené emailové korespondence ani ze Smlouvy o centralizovaném zadávání ze dne 21. 7. 2015 pak nevyplývá, že by pověřující zadavatel Oblastní nemocnice Trutnov a.s. byl povinen upravený rozsah požadavků současně zohlednit též do kalkulované předpokládané hodnoty hlavní veřejné zakázky, odvozené od kalkulované předpokládané hodnoty zajišťovaného spotřebního materiálu, popřípadě, že by deklaroval, že tak učinil. Pokud tak tedy neučinil, pak tuto okolnost ještě bez dalšího (s ohledem na osobu a zmocnění centrálního zadavatele) nelze vykládat jako odpovědnost tohoto pověřujícího zadavatele.

47. V této souvislosti nemohu než souhlasit s již vyjádřeným závěrem Úřadu, že kontrolu údajů poskytnutých pověřujícími zadavateli a verifikaci vnitřní bezrozpornosti všech zadávacích podmínek na hlavní veřejnou zakázku je nutno, s ohledem na odpovědnost zadavatele za správnost a úplnost zadávací dokumentace a řádný průběh zadávacího řízení, zařadit mezi naprosto elementární a klíčové povinnosti zadavatele, a to i zadavatele centrálního ve smyslu § 3 zákona. Pokud zadavatel uvedenou povinnost zanedbal, jsem nucen učinit jednoznačný závěr, že zadavatel za pozdější změnu ZD (vyřazené položky I), provedenou na základě údajů, dostupných ještě před zahájením zadávacího řízení na hlavní veřejnou zakázku, odpovídá v plném rozsahu. Prodloužení lhůty pro podání nabídek na hlavní veřejnou zakázku v návaznosti na plné zohlednění vyřazených položek I tedy shledávám plně přičitatelným zadavateli.
48. Lze přisvědčit zadavateli, že samotné prodloužení lhůty pro podání nabídek v zadávacím řízení do 21. 6. 2016 stále ještě přinejmenším teoreticky umožňovalo řádné dokončení otevřeného řízení a uzavření smluv na plnění hlavní veřejné zakázky. Nelze ovšem opomenout, že zde již při zahájení zadávacího řízení na hlavní veřejnou zakázku, stejně jako po celou dobu jeho trvání až do zahájení JŘBU, přetrvávaly další okolnosti, které řádnému dokončení otevřeného řízení, s ohledem na absenci řešení ze strany zadavatele, bránily. Přestože byl zadavatel v průběhu zadávacího řízení na hlavní veřejnou zakázku vícekrát dotazován na výskyt ADR položek v zajišťovaném spotřebním materiálu, namísto řádného prověření této okolnosti jen opakovaně sděloval, že zajišťovaný spotřební materiál položky ADR nezahrnuje, popřípadě později upřesnil, že tuto okolnost prověří.
49. Prověřit uvedenou skutečnost se však zadavatel zavázal až v rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 17. 6. 2016, s deklarací dalšího prodloužení lhůty dne 1. 7. 2016. Z uvedeného je zřejmé, že již při odesílání výzvy vybranému uchazeči k jednání v JŘBU zadavatel přinejmenším měl vědět, že logistické služby se týkají též položek ADR a že bude nutné lhůtu pro podání nabídek opětovně prodloužit. Následnou změnu stanoviska, že ADR položky součástí zajišťovaného plnění jsou, uveřejnil zadavatel až v rámci dodatečných informací uveřejněných dne 25. 8. 2016.
50. Zadavatel v této souvislosti staví svoji obranu na tvrzení, že si této chyby v ZD (neoznačené ADR položky) nebyl a nemohl být vědom, neboť se šetřením výskytu ADR položek v zajišťovaném zdravotnickém spotřebním materiálu začal zabývat až později. Uvedenou argumentací zadavatel *de facto* usiluje o pro něj příznivější posouzení věci z důvodu významného zanedbání svých povinností jako zadavatele, neboť ve vztahu k ADR položkám nejenže nesprávně nastavil zadávací podmínky, ale tyto nenapravit ani přes opakovaná upozornění v podobě žádostí o dodatečné informace ze strany potenciálních dodavatelů, kdy výskyt ADR položek v ZD neřešil a deklaroval jejich absenci. Popsané jednání zadavatele pak zakládá jednoznačný rozpor s § 44 odst. 1 zákona a se zásadou transparentnosti dle § 6 zákona.
51. V této souvislosti je třeba zdůraznit, že ke dni 21. 6. 2016, tj. k poslednímu dni lhůty pro podání nabídek před zahájením JŘBU, prodloužené z jiných důvodů, zde byly v důsledku neoznačení ADR položek, z příčin na straně zadavatele dány objektivní překážky k řádnému dokončení otevřeného řízení. Skutečnost, že zadavatel prošetření výskytu ADR položek „odsunul“ a „vyčkal“ uzavření smlouvy na překlenovací veřejnou zakázku v JŘBU dne 1. 8. 2016, když výskyt ADR položek v zajišťovaném plnění, spojený s prodloužením lhůty

pro podání nabídek do 14. 10. 2016, oznámil až dne 25. 8. 2016, představuje zásadní zanedbání povinností zadavatele, nikoliv liberační důvod, neboť předmětné opomenutí je třeba již s ohledem na konstrukci objektivní odpovědnosti dle zákona zadavateli naopak přičítat k tíži.

52. V tomto smyslu lze podpůrně odkázat na odst. 50 nové koordinační směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, a to s účinkem ke dni 18. 4. 2016, který výslovně uvádí: *„S ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. (...) Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení.“*
53. Vzhledem k výše uvedenému tedy konstatuji, že se nemohu ztotožnit s názorem zadavatele ohledně tvrzené příčinné souvislosti mezi krajně naléhavým případem a souvisejícím zadávacím řízením, neboť i bez změn související veřejné zakázky ve vazbě na vyřazené položky II by nebylo možno otevřené řízení dokončit a hlavní veřejnou zakázku zadat včas a tedy by muselo dojít k zadání překlenovací veřejné zakázky v JŘBU, jak se tomu stalo v nyní projednávané věci, popřípadě by bylo třeba prozatímní plnění zajistit jiným způsobem.
54. Pro úplnost akcentuji, že odpovědnost zadavatele za porušení zákona stojí též v postavení centrálního zadavatele na principech odpovědnosti objektivní. Za těchto okolností je lhostejno, zda k chybám v ZD došlo vědomým či nevědomým jednáním zadavatele, tj. zda o nedostacích ZD věděl či nevěděl, přičemž nelze přehlédnout, že přinejmenším od poskytnutí dodatečné informace č. 6 dne 15. 4. 2016, kdy se k výskytu položek ADR vyjadřoval, „měl vědět“ a zjištěné nesrovnalosti napravit. Úmyslné ani nedbalostní odsouzení řešení a „předstírání nevědomosti“ pak liberačním důvodem být nemůže. Námitku nesprávného posouzení příčinné souvislosti Úřadem jsem tedy nucen odmítnout jako nedůvodnou.
55. Pokud jde o další zadavatelem uplatněné námitky, zejména tvrzení, že k zadání překlenovací veřejné zakázky přistoupil výlučně pro nemožnost včas dokončit otevřené řízení na hlavní veřejnou zakázku, pak tato má za daných okolností relevanci toliko ve vztahu k posouzení subjektivního vztahu zadavatele ke způsobenému následku a jako taková může být a byla zohledněna při úvahách o výši ukládané sankce. K tvrzené pohnutce zadavatele, dle které zadavatel jednal při zadání překlenovací veřejné zakázky ve snaze odvrátit výpadek zásobování zdravotnickým materiálem, Úřad přihlédl v bodě 159. odůvodnění napadeného rozhodnutí, když deklarovanou snahu zadavatele shledal jako polehčující okolnost.
56. Jako právně nevýznamné jsem nucen shledat též opakované zmínky zadavatele o tom, že hlavní veřejnou zakázku zadával jako zadavatel centrální, neboť tato skutečnost se nikterak nedotýká povinnosti zadavatele postupovat v souladu se zákonem. I v postavení

centrálního zadavatele byl tedy zadavatel zavázán k úplné a správné formulaci zadávacích podmínek, včetně správného stanovení předpokládané hodnoty hlavní veřejné zakázky a ZD dle § 44 odst. 1 zákona a k dodržení zásady transparentnosti dle § 6 zákona. Způsob komunikace mezi zadavatelem a jednotlivými pověřujícími zadavateli, například ve vztahu k poskytování informací o limitech vlastního zajištění logistických služeb a spotřebního materiálu, včetně možného vypořádání vzájemných nároků, pak primárně podléhá režimu jejich soukromoprávního vztahu, podloženého obligatorní písemnou smlouvou.

57. K tomu doplňuji, že za nepřiléhavou by bylo nutno za dané situace označit též případnou aplikaci ustanovení § 3 odst. 3 zákona, dle kterého v případě porušení zákona při centralizovaném zadávání *„odpovídá za porušení zákona centrální zadavatel, ledaže k takovému porušení zákona došlo jednáním či opomenutím zadavatele, pro něhož či na jehož účet je centralizované zadávání prováděno“*, neboť ani uvažované opomenutí pověřujícího zadavatele ve vztahu k zohlednění sníženého rozsahu poptávaného plnění ve finančních předpokladech hlavní veřejné zakázky, které je z povahy věci povinen konstruovat a kontrolovat zadavatel, ještě samo k porušení zákona nevedlo a nedotýká se sféry odpovědnosti zadavatele, kterou je nutno, též dle komentářové literatury, vnímat jako *„výlučnou, nedílnou a objektivní“*, která umožňuje liberaci jen ve zcela výjimečných případech (RAUS, D., NERUDA, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 1. vydání. Praha: Linde Praha a.s., 2007, s. 46).
58. K výše uvedenému shrnuji, že zadavatel nebyl oprávněn zadat překlenovací veřejnou zakázku v JŘBU, neboť v rozporu se zákonem předvídanými podmínkami dle § 23 odst. 4 písm. b) zákona svým jednáním, potažmo opomenutím stav krajně naléhavého případu, který vedl k potřebě urychleného zadání veřejné zakázky v JŘBU, způsobil, přičemž nadto mohl vznik krajně naléhavého případu též předvídat.
59. Vzhledem ke skutečnosti, že žádnou z rozkladových námitek zadavatele proti výroku I. napadeného rozhodnutí nebylo možno shledat opodstatněnou, odmítám tyto souhrnně jako nedůvodné.

K výši uložené pokuty a k zákonnosti napadeného rozhodnutí

60. Ve vztahu k výši uložené pokuty zadavatel, s vědomím sankce uložené ve spodní čtvrtině zákonné sazby a nad rámec ztotožnění se s typovou závažností správního deliktu, poukazuje na Úřadem zjištěné polehčující okolnosti a absenci okolností přitěžujících (v bodech 157. - 160. odůvodnění napadeného rozhodnutí), na jejichž základě a ve srovnání s rozhodovací praxí Úřadu (rozhodnutí ve věcech vedených Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S519/2014/VZ, ÚOHS-S199/2013/VZ a ÚOHS-S582/2016/VZ) má za to, že by měla být uložena sankce výrazně nižší.
61. K námitce zadavatele jsem přezkoumal též výši sankce uložené výrokem II. napadeného rozhodnutí, k čemuž konstatuji, že výši uložené pokuty shledávám zcela přiměřenou okolnostem případu a v rámci napadeného rozhodnutí řádně a přezkoumatelným způsobem odůvodněnou, přičemž mám za to, že Úřad postupoval zcela v intencích svého správního uvážení. Úřad při úvaze o výši uložené pokuty zohlednil v intencích § 121 odst. 2 zákona zejména závažnost správního deliktu, způsob jeho spáchání, jakož i intenzitu jeho následků a další okolnosti.

62. Ve vztahu k závažnosti správního deliktu Úřad shledal, že se jedná o delikt závažný, neboť jeho spácháním došlo k eliminaci základního účelu zadávacího řízení, reprezentovaného zabezpečením spravedlivé soutěže o veřejnou zakázku a dodržení zásad dle zákona, zejména zásady zákazu diskriminace, neboť vybraný uchazeč nebyl při uzavírání smlouvy na překlenovací veřejnou zakázku vystaven žádné konkurenci a kontrola hospodárného využití veřejných prostředků tak nebyla zajištěna. Ve vztahu ke způsobu spáchání správního deliktu a k okolnostem, za nichž byl spáchán, pak Úřad zohlednil především předchozí snahu zadavatele zadat hlavní veřejnou zakázku v otevřeném řízení, jednání pod časovým tlakem, sjednání překlenovací veřejné zakázky jen na dobu nezbytně nutnou a snahu zadavatele řešit použitím JŘBU prokazatelný stav krajně naléhavého případu, který by mohl vyústit v ohrožení poskytování zdravotnické péče pověřujícími zadavateli. Úřad současně neshledal zvláštní přitěžující okolnosti.
63. Přestože Úřad zvláštní přitěžující okolnosti neshledal, nelze přehlédnout, že v projednávané věci oslovil písemnou výzvou k jednání v JŘBU pouze jednoho možného zájemce, ačkoliv i v tomto (krajně naléhavém) případě měl možnost ve smyslu § 34 zákona oslovit (v mezích omezeného počtu) více zájemců a dále skutečnost, že zadavatel sám stav krajně naléhavého případu způsobil, přičemž jeho existenci sám odůvodňoval riziky ohrožení zdravotní péče na celém území Královéhradeckého kraje. Ani v zadavatelem zmiňovaných odkazech na rozhodovací činnost Úřadu nemohu shledat důvod pro příznivější posouzení věci, potažmo snížení uložené pokuty, neboť označená rozhodnutí nezakládají významné rozdíly, které by bylo možné vnímat jako odklon od rozhodovací praxe nebo které by mohly vést k učinění závěru o porušení legitimního očekávání zadavatele a uložení nepřiměřené pokuty, když tyto mám (s přihlédnutím k individuálním okolnostem případu) za srovnatelné.
64. Při úvahách o výši uložené sankce Úřad přihlédl pro vyloučení likvidačního účinku též k ekonomické situaci zadavatele, přičemž shledal, že pokutu nelze považovat za likvidační. Ve vztahu k výši uložené pokuty doplňuji, že peněžitá sankce musí vždy představovat určitý nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele, neboť jinak by jejím prostřednictvím nemohlo být efektivně dosahováno zajištění preventivní a represivní funkce správního trestání. V tomto smyslu lze odkázat například na rozsudek č. j. 10 Ca 250/2003 - 48 ze dne 16. 11. 2004, v němž Městský soud v Praze konstatoval, že: *„Preventivní úloha postihu nespočívá jen v účinku vůči žalobci. Postih musí mít sílu odradit od nezákonného postupu i jiné nositele stejných zákonných povinností; tento účinek pak může vyvolat jen postih odpovídající významu chráněného zájmu, včas a věcně správně vyvozený. Jde-li o finanční postih, musí být znatelný v majetkové sféře delikventa, tedy být nikoli pro něho zanedbatelný, a nutně tak musí v sobě obsahovat i represivní složku. V opačném případě by totiž postih delikventa smysl postrádal.“*
65. K tomu uzavírám, že nižší sankce by již s ohledem na objem vynakládaných prostředků z veřejných prostředků a význam zadavatelem tvrzených rizik nemusela být způsobilá dostatečně plnit obě své funkce. Rovněž námitky zadavatele proti výši uložené pokuty mám za nedůvodné a uzavírám, že důvody pro snížení výše uložené pokuty jsem neshledal.
66. K zákonnosti napadeného rozhodnutí a postupu Úřadu v řízení, které mu předcházelo, konstatuji, že jsem v tomto kontextu především přezkoumal, zda Úřad před vydáním rozhodnutí v dostatečném rozsahu zjistil skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, zda na takto zjištěný skutkový stav aplikoval relevantní ustanovení právních předpisů a zda

v průběhu správního řízení nedošlo k takovému procesnímu pochybení, které by mohlo mít za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.

67. Na základě zhodnocení výše uvedeného sděluji, že jsem shledal napadené rozhodnutí plně v souladu se zákonem a správním řádem. Úřad současně všechny podklady pro vydání napadeného rozhodnutí řádně označil, uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a na jejichž základě dospěl k závěru, že zadavatel naplnil skutkovou podstatu předmětného správního deliktu. Úřad rovněž uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval, řádně odůvodnil jejich použití a výsledné napadené rozhodnutí mám za srozumitelné, vnitřně bezrozporné a přezkoumatelné. Uzavírám, že jsem v projednávaném případě nezjistil procesní vadu, která by mohla mít za následek nezákonnost rozhodnutí.

Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy

68. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“).
69. 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.
70. 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.
71. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu poukazuji na § 63 odst. 5 ZZVZ, který speciální podmínku pro použití JŘBU upravuje obdobným způsobem: *„Zadavatel může použít jednací řízení bez uveřejnění také, pokud je to nezbytné v důsledku krajně naléhavé okolnosti, kterou zadavatel nezpůsobil, a nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednací řízení s uveřejněním“*. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se zadavatel dopustil správního deliktu, a to podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, neboť by zadáním překlenovací veřejné zakázky v JŘBU, ačkoliv k tomu

nebyly splněny zákonné podmínky, předvídané § 63 odst. 5 ZZVZ, z důvodu, že stav krajně naléhavé okolnosti vedoucí k potřebě použití JŘBU svým jednáním, potažmo opomenutím způsobil, nedodržel pravidla stanovená ZZVZ, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele.

72. Co se výroku II. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví výši pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ ve stejné výši jako § 120 odst. 2 zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.
73. 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 správní delikt posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona. Šetřený správní delikt zadavatele tedy naplňuje obdobné znaky skutkové podstaty, přičemž výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle ZZVZ, tak i podle zákona.

VI. Závěr

74. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
75. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem 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:

JUDr. Jindřich Vítek, Ph.D., advokát, advokátní kancelář ERHARTOVÁ VÍTEK & PARTNERS,
Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha 2

Vypraveno dne:

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