



UOHSX009MJLX

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0053/2017/VZ-16246/2017/323/KKř

Brno 29. května 2017

V řízení o rozkladu ze dne 15. 3. 2017, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jež podal zadavatel –

- **Městská nemocnice Ostrava, příspěvková organizace**, IČO 00635162, se sídlem Nemocniční 898/20a, 702 00 Ostrava-Moravská Ostrava, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 8. 2. 2017 Mgr. Magdalénou Poncza, advokátkou, č. osv. ČAK 8698, IČO 69600317, se sídlem Českobratrská 1403/2, 702 00 Ostrava-Moravská Ostrava,

proti výroku II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27. 2. 2017, č. j. ÚOHS-S0031/2017/VZ-07299/2017/533/HKu, 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, výše specifikovaným zadavatelem při uzavření „Smlouvy o zřízení a provozování konsignačního skladu“ ze dne 14. 11. 2013 (evidenční č. smlouvy: PR/405/2013) s dodavatelem MARTEK MEDICAL a.s. (od 1. 8. 2015 Perfect Distribution a.s.), IČO 47675934, se sídlem U Spalovny 4582/17, 796 01 Prostějov,

jsem podle § 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 podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0031/2017/VZ-07299/2017/533/HKu ze dne 27. 2. 2017 ve výroku II.

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Městská nemocnice Ostrava, příspěvková organizace, IČO 00635162, se sídlem Nemocniční 898/20a, 702 00 Ostrava-Moravská Ostrava (dále jen „**zadavatel**“), uzavřela dne 14. 11. 2013 „Smlouvu o zřízení a provozování konsignačního skladu“ pod evidenčním č. smlouvy: PR/405/2013 (dále jen „**smlouva**“), a to s dodavatelem MARTEK MEDICAL a.s. (od 1. 8. 2015 Perfect Distribution a.s.), IČO 47675934, se sídlem U Spalovny 4582/17, 796 01 Prostějov (dále jen „**dodavatel**“).
2. Obecně je předmětem smlouvy dohoda zadavatele a dodavatele (dále také jako „**smluvní strany**“) na zřízení a provozování konsignačního skladu zboží dodavatele na dohodnutém místě u provozovatele konsignačního skladu a dále dohoda smluvních stran na vymezení základních práv a povinností smluvních stran při odběru/prodeji zboží uloženého na konsignačním skladu. Smlouvu smluvní strany mezi sebou uzavřely na dobu neurčitou.
3. 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, získal (na základě podnětu) pochybnost o tom, zda zadavatel neporušil svým postupem při uzavírání smlouvy mimo jakékoliv zadávací řízení zákon, a proto zahájil dne 20. 1. 2017 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem.

### **II. Napadené rozhodnutí**

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0031/2017/VZ-07299/2017/533/HKu ze dne 27. 2. 2017 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem tím, že tento nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 1 zákona, když veřejnou zakázku s předmětem plnění spočívajícím v dodávce stentů „Astron“ a „Pulsar“ prostřednictvím konsignačního skladu, na jejíž plnění uzavřel s dodavatelem smlouvu,

---

<sup>1</sup> Pokud je v 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.

nezadal v některém z druhů zadávacího řízení podle zákona, ačkoliv byl zadavatel povinen předmětnou veřejnou zakázku zadat v některém z druhů zadávacích řízení, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Výrokem II. byla zadavateli uložena za spáchání shora uvedeného správního deliktu pokuta ve výši 80.000 Kč.

5. V napadeném rozhodnutí se Úřad nejdříve obecně vyjádřil k postavení zadavatele, jakožto veřejného zadavatele a dále k otázce významu určení předpokládané hodnoty ve vztahu k výběru odpovídajícího druhu zadávacího řízení. Následně se Úřad zabýval zjištěním předpokládané hodnoty plnění poskytnutého na základě smlouvy. S ohledem na to, že byla smlouva uzavřena na dobu neurčitou, vycházel Úřad při ocenění předpokládané hodnoty z ustanovení § 14 odst. 1 písm. b) zákona a dále z údajů uvedených v příloze č. 1 smlouvy dotýkajících se počátečního stavu zboží na konsignačním skladu, přičemž dospěl k závěru, že pokud by v rámci jednoho roku bylo odebráno jen zboží odpovídající počátečnímu stavu zboží na konsignačním skladu, pak by předpokládaná hodnota musela činit nejméně 3.516.497,92 Kč bez DPH (tj. 4 x 879.124,48 Kč bez DPH), což je částka překračující limit pro veřejnou zakázku malého rozsahu, pročež tedy měl být předmět plnění poptáván v některém z druhů zadávacích řízení. Tuto svou úvahu pak Úřad doplnil propočtem skutečně vynaložených nákladů na poptávku stentů „Astron“ a „Pulsar“, když se ukázalo, že na reálné plnění byla vynaložena dokonce částka 6.406.753,95 Kč. Postup zadavatele, který s dodavatelem uzavřel smlouvu, aniž by její předmět poptával v některém z druhů zadávacích řízení (když se nejednalo o veřejnou zakázku malého rozsahu) dle Úřadu mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by zadavatel v případě, že by dodržel zákonný postup, obdržel i jiné a výhodnější nabídky.
6. Uloženou pokutu Úřad poté, co zjistil, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla, odůvodnil tak, že při stanovení výše sankce za spáchání předmětného správního deliktu vzal v úvahu jeho závažnost, zejména způsob jeho spáchání, a dále následky a okolnosti, za nichž byl delikt spáchán. Co se týče otázky závažnosti, Úřad zohlednil fakt, že zadavatel uzavřel smlouvu s dodavatelem „přímo“, a to aniž by před jejím uzavřením provedl zadávací řízení, což představuje jedno z nejzávažnějších možných porušení zákona, neboť takovým postupem zadavatel omezuje, resp. vylučuje soutěžní prostředí. Z hlediska způsobu spáchání správního deliktu Úřad přihlédl zejména k tomu, že v důsledku nezákonného jednání zadavatele bylo podstatným způsobem narušeno soutěžní prostředí, a to když zadavatel neumožnil svým jednáním účast dalších dodavatelů ve výběrovém řízení na předmět plnění. Následkem postupu zadavatele bylo dle závěru Úřadu vyloučení možnosti získat výhodnější podmínky pro realizaci předmětného plnění. Stran polehčujících okolností Úřad zohlednil skutečnost, že zadavatel poskytoval plnou součinnost, a dále že byl veden snahou o rozšíření portfolia plnění souvisejícího s již dříve vysoutěženým plněním v otevřeném řízení tak, aby byl schopen poskytovat co nejkvalitnější zdravotní péči, stejně jako délku doby uplynulou od spáchání správního deliktu. Jako přitěžující okolnost pak Úřad zohlednil fakt, že na základě smlouvy je doposud plněno a že zadavatel neučinil žádné opatření, prostřednictvím něhož by plnění ze smlouvy zastavil. Žádné další přitěžující ani polehčující okolnosti v souvislosti se spácháním správního deliktu nebyly Úřadem shledány, avšak Úřad v souladu s odkazovanou judikaturou přistoupil k uplatnění institutu souhrnného trestu, když při výměře pokuty zohlednil další delikty spáchané s předmětným správním deliktem v souběhu. Při stanovení výše pokuty Úřad přihlédl, vedle obsahu obou obecných funkcí právní odpovědnosti (tj. represivní a preventivní), také k ekonomické situaci zadavatele,

když uloženou pokutu ve výši 80.000 Kč neshledal, s ohledem na fakt, že zadavatel ročně hospodaří s finančními prostředky v řádech desítek milionů, za likvidační.

### III. Námitky rozkladu

7. Dne 15. 3. 2017 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 28. 2. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
8. Zadavatel podává rozklad jen do výroku II. napadeného rozhodnutí, přičemž jej odůvodňuje nedostatečným zohledněním všech polehčujících okolností ovlivňujících výši ukládané pokuty, což má za následek uložení nepřiměřeně vysoké sankce. K tomu zadavatel uvádí, že nesouhlasí s Úřadem, že by neučinil žádné opatření, prostřednictvím něž by plnění ze smlouvy ukončil, když naopak dne 26. 10. 2015 zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „Dodávka zdravotnických prostředků pro intervenční radiologii“ totožného předmětu plnění, nicméně jmenované zadávací řízení musel pro důvody hodné zvláštního zřetele zrušit. Dále zadavatel zahájil dne 1. 6. 2016 nové otevřené zadávací řízení nadlimitní veřejné zakázky pod názvem „Dodávka zdravotnických prostředků pro intervenční radiologii II“ na dodávky (mimo jiné předmětných) zdravotnických prostředků, přičemž toto zadávací řízení již úspěšně ukončil, avšak je pravdou, že s ohledem na složitost zadávacího řízení (tj. rozdělení předmětu veřejné zakázky na 32 částí s 10 vítěznými uchazeči) k plnění na základě smlouvy docházelo ještě v únoru 2017. Přesto je navrhovatel toho názoru, že by tato skutečnost měla být zohledněna ve výši uložené pokuty, neboť již z jeho strany došlo ke zjednání nápravy.
9. V rozkladu zadavatel upozorňuje i na svou nepříznivou finanční situaci, což dokládá výkazem zisků a ztrát za rok 2016, podle něž jeho výsledek hospodaření běžného účetního období činí u hlavní činnosti – 30.232.726,34 Kč a u hospodářské činnosti +1.474.254,21 Kč. I v tomto světle se zadavateli jeví uložená pokuta jako nepřiměřeně vysoká.

#### Závěr rozkladu

10. S ohledem na skutečnosti uváděné v rozkladu zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu postupem podle § 152 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) změnil výrok II. napadeného rozhodnutí a výši uložené pokuty ve prospěch zadavatele snížil.

### IV. Řízení o rozkladu

11. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

#### K rozsahu přezkumu v řízení o rozkladu

12. Rozklad zadavatele směřuje pouze do výroku II. napadeného rozhodnutí a jeho výrok I. nebyl rozkladem zadavatele napaden. 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.

13. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 1 zákona. Výrokem II. napadeného rozhodnutí, který je napaden rozkladem zadavatele, Úřad zadavateli uložil za spáchání správního deliktu pokutu ve výši 80.000 Kč.
14. Přestože výrok o uložení pokuty za spáchání správního deliktu zadavatele neobstojí bez výroku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, který je výsledkem úvah o dodržení postupu stanoveného zákonem pro zadávání veřejné zakázky zadavatelem a následné uložení pokuty, je zřejmé, že výrok podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona samostatně obstojí. Výrok I. tedy 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 nenapadený výrok napadeného rozhodnutí nabude samostatně právní moci, nemůže vzniknout újma některému z účastníků správního řízení, když výrokem I. napadeného rozhodnutí bylo konstatováno nedodržení zákona zadavatelem, přičemž zadavatel proti tomuto výroku napadeného rozhodnutí rozkladem nebrojil, čímž uznal své pochybení.
15. Na základě uvedeného konstatuji, že napadené rozhodnutí, které bylo zadavateli doručeno dne 28. 2. 2017, ve výroku I. nebylo v zákonné lhůtě napadeno rozkladem. Za splnění podmínek stanovených v § 82 odst. 3 správního řádu tedy výrok I. napadeného rozhodnutí nabyl dne 16. 3. 2017 samostatně právní moci a přezkum napadeného rozhodnutí v rámci řízení o rozkladu je tedy v této části vyloučen.

#### **V. K námitkám rozkladu**

16. Zadavatel podaným rozkladem napadal pouze výrok II. napadeného rozhodnutí, kterým Úřad rozhodl o výši uložené pokuty za spáchaný správní delikt. Zadavatel tedy v podaném rozkladu vznášel námitky pouze proti výši uložené pokuty, neboť má za to, že Úřad nedostatečně zohlednil všechny polehčující okolnosti ovlivňující výši ukládané pokuty a jeho finanční situaci, pročež nyní žádá, aby předseda Úřadu uloženou pokutu přiměřeně snížil.
17. K tomu mohu nejdříve v obecné rovině uvést následující. Podle ustanovení § 121 odst. 2 zákona platí, že je Úřad při určení výše výměry pokuty za spáchaný správní delikt povinen přihlédnout k závažnosti deliktu, jeho následkům a okolnostem, za kterých byl zadavatelem spáchán. To tedy, jinými slovy řečeno, znamená, že do úvahy Úřadu ohledně výše ukládané pokuty za konkrétní deliktní jednání se musí vždy promítnout závažnost spáchaného správního deliktu, která je určena zejména způsobem jeho spáchání, jeho následky a okolnostmi, za nichž došlo k jeho spáchání. Především s přihlédnutím k těmto kritériím Úřad uvažuje o výši peněžitě pokuty, kterou lze zadavateli v rozmezí určeném podle § 120 odst. 2 zákona uložit. Úřad však vedle toho přihlíží dále také k ekonomické situaci zadavatele, a to rovněž při zohlednění své dřívější rozhodovací praxe, přičemž dbá na to, aby uložená pokuta plnila obě funkce právní odpovědnosti, tedy funkci preventivní a represivní. Při zohlednění judikatury správních soudů se Úřad zabývá i otázkou, zda správní delikt zadavatele, za nějž je tento sankcionován, není v souběhu s dalšími správními delikty téhož zadavatele, a zda tedy při stanovení výše pokuty není nutné postupovat v souladu s (trestněprávní) zásadou absorpce.

18. Úřad zdůvodnil výši uložené sankce v bodech 62. až 87. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde nejdříve obecně uvedl, na základě čeho (jakých ustanovení zákona) a za co je zadavateli peněžitá pokuta ukládána. Následně Úřad jasným, dostatečně podrobným a přezkoumatelným způsobem uvedl, co vzal při posuzování výše ukládané sankce v úvahu. S ohledem na jeho závěry mohu konstatovat, že při přezkoumání napadeného rozhodnutí ve výroku II. jsem neshledal důvody pro to, aby bylo požadavkům zadavatele vyhověno.
19. Zadavatel je toho názoru, že výše uložené pokuty je, s ohledem na jeho stávající nepříznivou finanční situaci (viz bod 9. odůvodnění tohoto rozhodnutí), nepřiměřeně vysoká. K této námitce konstatuji, že se jedná o relativní pojem, kdy přiměřenost sankce je vnímána každým subjektem individuálně. Sankce by vždy měla mít dopad do majetkové sféry subjektu, jemuž je ukládána, což odráží samotný smysl ukládané sankce. V daném případě jsem přezkoumal, zda Úřad při správním uvážení aplikovaném při ukládání pokuty postupoval v mezích zákona a dospěl jsem k závěru, že Úřad postupoval zcela v souladu se zákonem. Jak vyplývá z napadeného rozhodnutí, zadavatel při sjednání smlouvy uzavřené s dodavatelem za účelem obstarání stentů „Aston“ a „Pulsar“ prostřednictvím konsignačního skladu nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 1 zákona, tedy že nesplnil povinnost zadat veřejnou zakázku v některém z druhů zadávacích řízení, přestože se svým obsahem jednalo o novou veřejnou zakázku, čímž mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za toto pochybení mu byla uložena pokuta na samé dolní hranici možné výše, když s ohledem na to, že smlouva byla uzavřena na dobu neurčitou a pro účely placení a fakturace byly ve smlouvě použity jednotkové ceny, nebylo možné zjistit celkovou cenu veřejné zakázky, činila horní hranice možné pokuty 20.000.000 Kč, zatímco výše uložené pokuty toliko 80.000 Kč. Výši peněžitě sankce jsem tedy shledal jako přiměřenou všem okolnostem případu, neboť nezákonné omezení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona.
20. V této souvislosti zdůrazňuji, že rozhodnutí o uložení pokuty je nepřezkoumatelné, je-li její výše odůvodněna pouhým zopakováním skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty či funkcí pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda, a jakým způsobem byla tato kritéria správním orgánem hodnocena. Z judikatury Nejvyššího správního soudu vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudek NSS č. j. 8 As 5/2005 – 53 ze dne 29. 6. 2005). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost. Úřad tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochybnosti o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu. Z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že výše pokuty uložená v tomto případě uvedeným požadavkům vyhovuje, jelikož Úřad nejen že zohlednil kritéria, v jejichž světle se dle § 121 odst. 2 zákona posuzuje závažnost správního deliktu, ale přihlédl také k samotné ekonomické situaci zadavatele.
21. Úřad zohlednil jak způsob spáchání správního deliktu, kterýžto je svou povahou jedním z nejzávažnějších deliktů vůbec, když ve svém důsledku omezuje, resp. vylučuje soutěžní

prostředí (které je mimo jiné základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků), tak následky takového postupu, spočívající v neumožnění účasti dalších dodavatelů v zadávacím řízení, kteří by popřípadě byli schopni nabídnout výhodnější podmínky pro realizaci plnění veřejné zakázky, a stejně tak okolnosti, za nichž byl delikt spáchán. Těmito okolnostmi je pak skutečnost, že od spáchání správního deliktu uplynuly více než 3 roky, a dále fakt, že zadavatel v průběhu šetření předmětné veřejné zakázky poskytoval Úřadu řádnou součinnost a že byl veden pochopitelnou snahou o rozšíření portfolia plnění souvisejícího s již dříve vysoutěženým plněním v otevřeném řízení tak, aby byl schopen svým pacientům poskytnout co nejkvalitnější zdravotní péči. Ve prospěch zadavatele Úřad zohlednil rovněž předchozí uložené pokuty za jiné jím spáchané delikty, jež jsou s nyní sankcionovaným správním deliktem v souběhu. Naopak v neprospěch zadavatele Úřad posoudil jako přitěžující okolnost tu skutečnost, že – a to vyplývá z vyjádření zadavatele ze dne 20. 2. 2017 – v době rozhodné pro vydání napadeného rozhodnutí bylo stále na základě smlouvy plněno, potažmo že zadavatel neučinil žádné opatření, prostřednictvím něhož by plnění ze smlouvy zastavil.

22. V tomto kontextu je třeba zmínit, že zadavatel brojí právě proti své údajné nečinnosti v otázce přijetí nějakého opatření, kterým by docílil ukončení smlouvy. K tomu zadavatel uvádí, že dne 26. 10. 2015 zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „Dodávka zdravotnických prostředků pro intervenční radiologii“ totožného předmětu plnění, nicméně jmenované zadávací řízení musel pro důvody hodné zvláštního zřetele zrušit. Byť zde lze shledat určitou snahu zadavatele dodatečně zmírnit závadný stav tím, že do budoucna tento zajistí předmětné služby prostřednictvím smlouvy uzavřené na základě zadávacího řízení provedeného v souladu se zákonem v některém z druhů zadávacích řízení jmenovaných v § 21 odst. 1 zákona, toto „úsilí“, které nadto bylo ze strany zadavatele vynaloženo až téměř dva roky po uzavření smlouvy, nebylo úspěšně završeno, nýbrž závadný stav nadále přetrvával a trval i v době, kdy zadavatel dne 1. 6. 2016 opětovně zahájil nové otevřené zadávací řízení nadlimitní veřejné zakázky pod názvem „Dodávka zdravotnických prostředků pro intervenční radiologii II“ na dodávky (mimo jiné předmětných) zdravotnických prostředků. Z tohoto pohledu je tedy možno přisvědčit zadavateli, že určitou snahu napravit svůj předchozí nesprávný postup v průběhu trvání smlouvy vyvinul, avšak tato snaha ještě v době vydání napadeného rozhodnutí nepřinesla žádný pozitivní výsledek, k němuž by mohlo být přihlédnuto jako k polehčující okolnosti. Jinými slovy řečeno, v daném případě lze shledat vůli zadavatele i přes platnost a účinnost smlouvy zajistit (mimo jiné) dodávku stentů „Aston“ a „Pulsar“ v rámci nové zakázky zadané dle zákona, avšak na druhou stranu jednak na tuto okolnost nelze nahlížet jako na zcela narovnávající původní závažné pochybení zadavatele, ke kterému jednoznačně a prokazatelně došlo (tj. od 14. 11. 2013 byly vynakládány nemalé finanční prostředky z veřejných zdrojů na plnění žádané zadavatelem bez toho, aniž by předmětné plnění bylo poptáváno v rámci odpovídajícího zadávacího řízení) a jednak zadavatel skutečně neučinil žádné účinné opatření, jehož výsledkem by bylo zastavení plnění ze smlouvy v době, kdy tato skutečnost byla Úřadem hodnocena. Na tomto místě je dále třeba říci, že pro posouzení všech relevantních okolností vážících se k šetřenému případu, které mají vliv na výši ukládané pokuty, je nutno rozlišovat případnou snahu zadavatele své pochybení napříště napravit od účinných opatření fakticky vedoucích k zastavení plnění ze smlouvy, a to v době, kdy je o deliktu a sankci za něj ze strany Úřadu rozhodováno. Fakt, že po vydání napadeného rozhodnutí zadavatel dle

svého sdělení již dospěl do fáze uzavírání nových smluv na plnění předmětu veřejné zakázky zahrnující i dodávku materiálů poskytovaných na základě smlouvy, nemůže mít vliv na posouzení přiměřenosti uložené pokuty, neboť do ní nelze následně promítat všechny budoucí postupy zadavatele, byť tyto mají nepopiratelný význam pro řádné zajištění dodávek v rámci soutěže mezi dodavateli.

23. S ohledem na časovou posloupnost – tedy vydání napadeného rozhodnutí, jež předcházelo ukončení plnění ze smlouvy, není možné na skutečnost, že zadavatel poptával dodávky stentů „Aston“ a „Pulsar“ v rámci nové zakázky zadané v mezích zákona, nahlížet jako na ryze polehčující. Přestože snaha zadavatele má nepopiratelný význam a nechci ji tímto žádným způsobem zlehčovat, je třeba si uvědomit, že tato nemohla zhojit dlouhodobé odebrání stentů „Aston“ a „Pulsar“ z konsignačního skladu na základě smlouvy uzavřené mimo jakékoliv zadávací řízení, ani nebyla v rozhodné době pro vydání napadeného rozhodnutí završena reálným opatřením, prostřednictvím něhož by zadavatel zastavil plnění ze smlouvy. Proto se domnívám, že Úřad tuto otázku posoudil správně, a to když odlišil jakousi snahu zadavatele od skutečných „výsledků“ takové snahy, které by popřípadě měly význam pro výši ukládané pokuty. Na základě uvedeného jsem tedy toho názoru, že všechny relevantní polehčující okolnosti Úřad v napadeném rozhodnutí zohlednil, a to dostatečně.
24. Nadto upozorňuji, že i když zadavatel zahájil zadávací řízení na předmět veřejné zakázky sestávající mimo jiné i z dodávky předmětných zdravotnických materiálů, není to důvodem pro to, aby byla sankce zcela minimalizována, neboť stále platí, že se zadavatel pochybení vůči zákonu dopustil, přičemž stav navozený právě pochybením zadavatele trval poměrně dlouhou dobu, aniž by se jej zadavatel pokusil zmírnit či jinak účinně zakročil. Z tohoto důvodu tedy nelze zcela odhlédnout od reparačního charakteru sankce, který má alespoň v omezené míře odčinit následek porušení zákona a který pro pachatele vždy znamená určitou majetkovou újmu nebo omezení jeho práva. Sankce, má-li mít smysl, musí působit výchovně a preventivně. Pokud na uloženou pokutu nazírám i touto optikou, pak se domnívám, že sankce splňuje obě tyto funkce. Zároveň mám za to, že represivní funkce, tedy postih za porušení zákonem stanovené povinnosti, byla uplatněna přiměřeně, když při maximální možné pokutě 20.000.000 Kč byla tato uložena při úplné spodní hranici možné výše.
25. K právě uvedenému odkazuji též na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 14/2013 ze dne 23. 10. 2014, kde je uvedeno, že *„[s]oud zde považuje za nutné zdůraznit též funkci postihu; konkrétní forma postihu (pokuta) a jeho výše musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí žalobci, zároveň musí být postih dostatečně znatelný v žalobcově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro žalobce likvidačním. V opačném případě by totiž postih delikventa smysl postrádal.“*
26. Nedomnívám se však, že by pokuta uložená zadavateli za shora popsany správní delikt měla být likvidační, a to i přes namítanou nepříznivou finanční situaci zadavatele. Z výkazu zisků a ztrát sestaveného ke dni 31. 12. 2016, který předložil zadavatel, jakožto přílohu k rozkladu, sice vyplývá, že výsledek hospodaření zadavatele dosahuje záporných čísel (tj. výsledek hospodaření běžného účetního období činí u hlavní činnosti – 30.232.726,34 Kč a u hospodářské činnosti +1.474.254,21 Kč), avšak nelze tvrdit, že povinnost uhradit pokutu ve výši 80.000 Kč, jenž je jen zlomkem vykazovaných záporných hospodářských výsledků,



by měla zásadní negativní dopady na hospodaření zadavatele. Pouhé zjištění, že se zadavatel nachází v nepříznivé nebo ztrátové finanční situaci nepostačí k rozhodnutí o snížení pokuty za situace, že pokuta uložená v předmětné výši evidentně a zcela jistě nepovede k nezvratnému ohrožení ekonomické „životaschopnosti“ zadavatele.

27. V této souvislosti je třeba upozornit na skutečnost, že likvidační výši pokuty nelze dovozovat pouze ze subjektivně chápané špatné finanční situace. „*Samotný záporný výsledek hospodaření však není překážkou pro uložení pokuty a neznamená ani, že uložená pokuta je likvidační*“, jak opakovaně dovodil Nejvyšší správní soud příkladmo v rozsudku č. j. 4 As 53/2015 – 26 ze dne 18. 6. 2015, kde zároveň dodal, „*že je třeba hodnotit celkovou situaci stěžovatelky jakožto podnikající právnické osoby (její celkový příjem a hmotný majetek)*“. Byť se citované rozhodnutí Nejvyššího správního soudu vztahuje k podnikatelskému subjektu, je přiléhavé obdobné závěry aplikovat též na zadavatele, jakožto příspěvkovou organizaci Statutárního města Ostrava, které je zřizovatelem zadavatele a tedy ze svého rozpočtu (vedle vlastních výnosů zadavatele z jeho hlavní činnosti) poskytuje zadavateli příspěvek na provoz. Povinností zadavatele, který je právnickou osobou veřejného práva zřízenou k plnění úkolů ve veřejném zájmu, není a priori tvorba zisku, nýbrž poskytování služeb či činností, za jejichž účelem byl zřízen. Proto ve svém výsledku mohou být finanční dopady uložení pokuty na zadavatele de facto „mírnější“, než na podnikající právnickou, popřípadě podnikající fyzickou osobu, u níž i přesto bylo dovozeno výše citované. Nahlíženo na danou věc touto optikou, mám za odůvodněné, proč je třeba i v tomto případě aplikovat závěry Nejvyššího správního soudu, tedy že překážkou uložení pokuty v odpovídající výši není sám o sobě záporný výsledek hospodaření, ani že taková pokuta může představovat faktický likvidační zásah ze strany orgánu dohledu.
28. Vzhledem ke všemu uvedenému mohu uzavřít, že stanovená pokuta představuje pouze marginální část z možných výnosů zadavatele, to znamená, že není bezúčelnou (tj. směřující pouze k úhradě uložené pokuty po značné časové období – k tomu viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 9/2008 – 133 ze dne 20. 4. 2010), a to tím spíše, když je provoz u zadavatele z velké části financován z rozpočtu jeho zřizovatele, popřípadě z jiných veřejných finančních zdrojů. S ohledem na výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého hospodaření disponuje, jsem toho názoru, že uložená pokuta nepředstavuje takový zásah do majetkové základny zadavatele, jež by měl likvidační charakter.
29. Po přezkoumání správnosti napadeného rozhodnutí ve výroku II. jsem tedy dospěl k jednoznačnému závěru, že Úřad v napadeném rozhodnutí zcela srozumitelně a správně uvedl, z čeho při stanovení výše pokuty vycházel, přičemž nepřekročil meze správního uvážení, které mu náleží. S ohledem na výši uložené pokuty poukazují zejména na skutečnost, že Úřad mohl za spáchaný správní delikt zadavateli uložit pokutu až do částky 20.000.000 Kč, když v daném případě uložil pokutu ve výši 80.000 Kč, což vyjádřeno v procentech nedosahuje ani 0,5 % z maximální možné sankce. Mám tedy za to, že Úřad s ohledem na § 120 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s § 121 odst. 2 zákona stanovil výši pokuty zcela v souladu se zákonem. Za takového stavu jsem neshledal důvody pro změnu napadeného rozhodnutí Úřadu ve výroku, kterým za spáchaný správní delikt byla uložena pokuta.

30. V daném případě jsem z hlediska námitek obsažených v rozkladu zadavatele přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve výroku II. i zákonnost postupu Úřadu a jeho věcnou správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, když napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným.

#### **Závěr**

31. 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 výroku II. napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
32. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno výrok II. napadeného rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

### **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

#### **Obdrží:**

Mgr. Magdaléna Poncza, advokátka, Českobratrská 1403/2, 702 00 Ostrava-Moravská Ostrava

#### **Vypraveno dne:**

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