



UOHSX00AEG LX

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č.j.: ÚOHS-R0100/2017/VZ-24073/2017/321/EDy/ZSř

Brno 21. srpna 2017

V řízení o rozkladu ze dne 14. 6. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném zadavatelem –

- **Ústav hematologie a krevní transfuze**, IČO 00023736, se sídlem U Nemocnice 2094/1, 128 20 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0130/2017/VZ-16454/2017/553/JDI ze dne 30. 5. 2017, ve znění opravného rozhodnutí č.j. ÚOHS-S0130/2017/VZ-21987/2017/544/MPr ze dne 31. 7. 2017, ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů při zadávání veřejné zakázky, na kterou byla dne 30. 6. 2016 uzavřena „Rámcová kupní smlouva“ se společností Baxalta Czech spol. s r. o., IČO 03866696, se sídlem Karla Engliše 3201/6, 150 00 Praha 5,

jsem podle § 152 odst. 6 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-S0130/2017/VZ-16454/2017/553/JDI ze dne 30. 5. 2017, ve znění opravného rozhodnutí č.j. ÚOHS-S0130/2017/VZ-21987/2017/544/MPr ze dne 31. 7. 2017

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 před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele - Ústavu hematologie a krevní transfuze, IČO 00023736, se sídlem U Nemocnice 2094/1, 128 20 Praha (dále jen „**zadavatel**“) - při zadávání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, na kterou byla dne 30. 6. 2016 uzavřena „Rámcová kupní smlouva“ (dále jen „**rámcová smlouva**“) mezi zadavatelem, který byl v rámcové smlouvě označen jako kupující, a společností Baxalta Czech spol. s r. o., IČO 03866696, se sídlem Karla Engliše 3201/6, 150 00 Praha 5, která byla v rámcové smlouvě označena jako prodávající (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
2. Předmětem rámcové smlouvy byla rámcová úprava vzájemných práv a povinností smluvních stran v souvislosti s realizací budoucích dodávek zboží na základě dílčích objednávek zadavatele a dle aktuální nabídky vybraného uchazeče (dále též jen „**veřejná zakázka**“). Z listin předložených ve správním řízení zadavatelem a z přehledu fakturace vztahující se k dodávanému plnění vyplývá, že na základě rámcové smlouvy vybraný uchazeč zadavateli průběžně dodával celkem 5 léčivých přípravků, konkrétně produkty s názvy „FEIBA“, „IMMUNATE“, „IMMUNINE“, „PROTHROMLEX“ a „KIOVIG“ (společně dále jen „**léky**“). Přehled dílčích dodávek léků je podrobně popsán v bodech 13. až 14. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
3. Úřad získal na základě vyžádaných podkladů pochybnosti, zda se zadavatel nedopustil uvedeným jednáním správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 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 § 273 odst. 1 tohoto zákona.

postup stanovený v § 21 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku na dodávku léků nezadal v některém z druhů zadávacího řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a na plnění veřejné zakázky byla uzavřena rámcová smlouva. V návaznosti na zjištěné pochybnosti Úřad zahájil v této věci správní řízení z moci úřední.

II. Napadené rozhodnutí

4. Na základě posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 30. 5. 2017 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0130/2017/VZ-16454/2017/553/JDI (dále jen „**prvostupňové rozhodnutí**“). Dne 31. 7. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0130/2017/VZ-21987/2017/544/MPr (dále jen „**opravné rozhodnutí**“), jímž odstranil zjevné nesprávnosti ve výroku I. prvostupňového rozhodnutí, spočívající v chybném označení datace některých objednávek realizovaných na základě rámcové smlouvy (prvostupňové rozhodnutí ve znění opravného rozhodnutí dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
5. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nepostupoval v souladu s § 21 zákona, když veřejnou zakázku, resp. plnění, které bylo předmětem rámcové smlouvy a navazujících objednávek, nezadal v zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel na plnění veřejné zakázky rámcovou smlouvu. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli za spáchání zjištěného správního deliktu pokutu ve výši 200 000 Kč.
6. V napadeném rozhodnutí se Úřad nejprve vypořádal s právním postavením zadavatele, když dospěl k závěru, že zadavatel je státní příspěvkovou organizací, a tedy veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. b) zákona. Ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí a argumentaci zadavatele Úřad uvedl, že výjimku dle věty druhé ustanovení § 13 odst. 8 zákona, dle které není zadavatel povinen sečíst předpokládané hodnoty obdobných souvisejících dodávek, které hodlá pořídit v průběhu účetního období v případě dodávek, jejichž jednotková cena je v průběhu účetního období proměnlivá a zadavatel tyto dodávky pořizuje opakovaně podle svých aktuálních potřeb a zadavatel dodrží zásady podle § 6 zákona (dále též jen „**výjimka nescítat**“), je však třeba aplikovat toliko v souladu s jejím smyslem, jímž je „*umožnění úsporného vynakládání finančních prostředků, neboť se předpokládá, že u takových dodávek bude zadavatel vybírat z aktuálních cenových nabídek jednotlivých dodavatelů a díky tomu bude dosahovat výhodnějších podmínek plnění*“ (bod 68. odůvodnění).
7. Na základě posouzení individuálních okolností případu však Úřad dospěl k závěru, že podmínky uplatnění uvedené výjimky nebyly naplněny, neboť zadavatel neprováděl výběr zboží dle aktuálních cen a nabídek dodavatelů působících na relevantním trhu, ale pouze poptával zboží od vybraného uchazeče jako předem zvoleného dodavatele, přičemž předpokládaná hodnota šetřené veřejné zakázky přesahovala limit dle § 12 odst. 3 zákona a zadavatel tak byl povinen veřejnou zakázku v některém z druhů zadávacího řízení podle § 21 zákona. Úřad konstatoval, že zadavateli zadat rámcovou smlouvu v zadávacím řízení dle zákona nic nebránilo a že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel provedl řádné zadávací řízení, mohl obdržet i nabídky dalších dodavatelů s výhodnějšími podmínkami.

8. Ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad nejprve konstatoval, že celkovou cenu veřejné zakázky nelze určit, a proto vycházel z horní hranice možné pokuty ve smyslu § 120 odst. 2 písm. a) zákona ve výši 20 000 000 Kč. Ve vztahu k závažnosti správního deliktu Úřad uvedl, že zadání veřejné zakázky mimo režim zadávacího řízení představuje faktické obcházení zákona, které dosahuje velmi vysokého stupně závažnosti, spojeného s narušením soutěžního prostředí. Úřad dále přihlédl k velkému rozsahu veřejné zakázky, kdy rámcová smlouva byla současně uzavřena na dobu neurčitou, přičemž se jedná o dodávky v řádu desítek milionů Kč ročně. V rámci polehčujících okolností pak Úřad zohlednil vyjádřenou snahu zadavatele zajistit průběžnou dodávku léků. Úřad pro vyloučení likvidačního účinku přihlédl též k ekonomické situaci zadavatele a konstatoval, že pokuta v uložené výši bude dostatečná pro naplnění preventivní i represivní funkce správního trestání.

III. Rozklad zadavatele

9. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 30. 5. 2017. Dne 14. 6. 2017 podal zadavatel proti napadenému rozhodnutí rozklad. Pro úplnost dodávám, že opravné rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 31. 7. 2017. Proti opravnému rozhodnutí zadavatel v zákonné lhůtě rozklad nepodal. V rámci včas podaného rozkladu uplatnil zadavatel dále uvedené námitky.
10. Zadavatel věcně namítá nezákonnost napadeného rozhodnutí spočívající v nesprávném právním posouzení věci. Zadavatel je přesvědčen o správnosti svého postupu při aplikaci výjimky nesčítat, k čemuž odkazuje na metodiku zadávání veřejných zakázek vypracovanou v prosinci 2015 Ministerstvem pro místní rozvoj (dále jen „**metodika**“) a komentářovou literaturu, jmenovitě komentář Jurčík, R.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015 (dále jen „**komentář Jurčík**“), s. 175, které nákup léčiv jako příklad pro aplikaci výjimky nesčítat výslovně zmiňují.
11. K tomu zadavatel uvádí, že dodávka léků představuje opakovaně pořizované plnění v průběhu účetního období, které je také průběžně spotřebováváno, přičemž spotřebu léků nelze předvídat. Zadavatel doplňuje, že cena léků nebyla pevně stanovena a dle rámcové smlouvy se řídila vždy aktuálním ceníkem vybraného uchazeče, a že tedy i podmínka proměnlivé ceny byla naplněna. Ke specifitě léků jako předmětu plnění zadavatel dodává, že nahodilost dodávek je dána četností pacientů s příslušnou indikací, druhovou rozmanitostí léčiv, expirační dobou léků a exkluzivitou některých dodavatelů.
12. Zadavatel má proto za to, že uzavření rámcové smlouvy není v rozporu s použitím výjimky podle § 13 odst. 8 zákona, k čemuž dodává, že ji uzavřel pouze z důvodu zajištění závazku vybraného uchazeče za účelem jistoty rychlého dodání objednaných léků v případě urgentní potřeby, bez nutnosti konat poptávkové řízení u jiných dodavatelů. Z rámcové smlouvy přitom nevyplývá přesný počet odebíraných léků, pouze závazek dodavatele dodat léky v případě urgentní potřeby zadavatele. Zadavatel připomíná, že je vysoce specializovaným ústavem poskytující specifické a podpůrné služby ostatním poskytovatelům zdravotních služeb, s variabilní spotřebou léků.

13. S přihlédnutím k zásadám „3E“ zadavatel poukazuje, že v případě monopolně nabízených léků by zvýšená soutěž stejně neproběhla a zadávací řízení by tak *de facto* vedlo pouze k navýšení administrativních nákladů, což zásadám efektivity, účelnosti a hospodárnosti naopak odporuje.
14. Výrok o správním deliktu má pak zadavatel za právně vadný, neboť zákon nestanoví explicitní povinnost zadávat veřejnou zakázku některým druhem zadávacího řízení, proto je zadavatel přesvědčen, že nemohl porušit § 21 zákona, který je pouhým výčtem druhů zadávacího řízení, nestanovující zadavateli žádná práva ani povinnosti.
15. K výroku II. napadeného rozhodnutí o uložení pokuty pak zadavatel namítá její nepřiměřenou výši, což odůvodňuje účelovým určením prostředků na špičkovou léčbu pacientů.

Závěr rozkladu

16. Na základě uvedených skutečností zadavatel navrhuje předsedovi Úřadu, aby napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

17. 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

18. 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.
19. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí a uložil zadavateli výrokem II. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 200 000 Kč. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu.

V. K námitkám rozkladu

K aplikaci výjimky nesčítat

20. Zadavatel v první řadě napadá nesprávné právní posouzení věci Úřadem, kdy s ohledem na výklad § 13 odst. 8 zákona i nadále trvá na zákonnosti svého postupu a dovozuje, že výjimka nesčítat se vztahuje i na nákup léků. Stěžejní pro posouzení věci je tedy výklad ustanovení § 13 odst. 8 zákona.

21. Dle § 13 odst. 8 zákona při stanovení předpokládané hodnoty je zadavatel povinen sečíst předpokládané hodnoty obdobných, spolu souvisejících dodávek či služeb, které hodlá pořídit v průběhu účetního období. To neplatí pro dodávky nebo služby, jejichž jednotková cena je v průběhu účetního období proměnlivá a zadavatel tyto dodávky nebo služby pořizuje opakovaně podle svých aktuálních potřeb; zadavatel je však povinen vždy dodržet zásady podle § 6 odst. 1. Dle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
22. Metodika, na kterou odkazuje zadavatel, v návaznosti na zákonnou formulaci výjimky nesčítat uvádí, že *„povinnost ke sčítání obdobných, spolu souvisejících dodávek (nikoliv služeb) za účetní období neplatí pro dodávky nebo služby, jejichž jednotková cena je v průběhu účetního období proměnlivá a zadavatel tyto dodávky nebo služby pořizuje opakovaně podle svých aktuálních potřeb; zadavatel je však povinen vždy dodržet zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.“*
23. Označené předpoklady pak metodika vysvětluje následovně: *„Při vymezení toho, jaké obdobné, spolu související dodávky či služby hodlá zadavatel pořídit v průběhu účetního období, je třeba vyjít zejména z příslušného rozpočtu nebo plánu zadavatele a rovněž z předvídatelnosti pořizování těchto dodávek či služeb v účetním období. Toto vymezení rovněž souvisí s vymezením, co je jedinou veřejnou zakázkou. (...) Zadavatel rovněž není povinen sčítat předpokládané hodnoty dodávek, které budou pořizovány ‚nahodile‘ dle zcela aktuálních potřeb zadavatele, jejichž hodnota je v průběhu účetního období proměnlivá, a které nelze objektivně dopředu vůbec předvídat. Příkladem může být pořizování potravin, jízdenek či letenek, pohonných hmot nebo léků.“*
24. Z citované metodiky vyplývá, že pro aplikaci výjimky nesčítat v souladu se zákonem je třeba, aby se jednalo o opakovaně pořizované dodávky, jejichž jednotková cena je proměnlivá, aby byly dodrženy zásady postupu zadavatele podle § 6 zákona a dále, v závislosti na dalších okolnostech, musí jít o nahodilá plnění aktuální potřeby, která nelze dopředu objektivně předvídat.
25. Obdobný obecný výklad lze ostatně nalézt i v další komentářové literatuře (srov. např. RAUS, D., NERUDA, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 1. vydání. Praha: Linde Praha a.s., 2007; dále jen „**komentář Raus**“). V této souvislosti dále odkazují na publikaci Jurčík, R.: Veřejné zakázky a koncese 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 198-199, v níž autor uvedl, že *„zadavatel je povinen veřejné zakázky plánovat v rámci svého rozpočtu; z tohoto pohledu lze nahlížet na zákon o veřejných zakázkách jako na konkretizované vynakládání a vyprazdňování zejména veřejných rozpočtů. Výjimkou jsou veřejné zakázky zadávané dle aktuální potřeby, které nelze naplánovat vzhledem k jejich menší hodnotě a k aktuálním okolnostem. Podle § 13 odst. 8 druhé věty ZVZ se nesčítají veřejné zakázky na dodávky nebo služby, jejichž jednotková cena je v průběhu účetního období proměnlivá a zadavatel tyto dodávky nebo služby pořizuje opakovaně podle svých aktuálních potřeb; zadavatel je však povinen vždy dodržet zásady podle § 6 odst. 1 ZVZ. Jde o veřejné zakázky, které nelze předvídat a které vyžadují bezprostřední realizaci. Jde povětšinou o veřejné zakázky menšího až bagatelního rozsahu a pro jejich realizaci je nutné prokázat existenci aktuální potřeby. Může jít např. o jednorázovou poradenskou a expertní službu, přepravní služby, služby taxi na pracovní cestě a ubytování, nákup jízdenky MHD na služební cestě, nákup počítače a křesla pracovníka v případě nepředvídatelného poškození, apod.“*

26. Z citovaného příspěvku nad rámec metodikou citovaného výkladu vyplývá, že autor předpokládá použití výjimky nesčítat typicky pro případ veřejných zakázek nízké až zanedbatelné hodnoty, které nelze předem naplánovat, neboť nelze předem s jistotou předvídat, kdy, popřípadě zda vůbec vznikne potřeba jejich pořízení, a které současně předpokládají bezprostřední spotřebu a realizaci.
27. Pro úplnost pak odkazuji též na výklad § 13 odst. 8 zákona v komentáři Jurčík, z něhož zadavatel dle svého vyjádření vycházel a v němž se k dané problematice výslovně podává následující: *„Podle odst. 8 [§ 13 odst. 8 zákona; pozn. předsedy Úřadu] je zadavatel povinen sečíst předpokládané hodnoty stejných nebo souvisejících veřejných zakázek na služby a dodávky minimálně za jedno účetní období, tedy v zásadě od 1. 1. do 31. 12. příslušného roku, což je zároveň i rozpočtovým obdobím zadavatele. Pokud by však smlouva na předmět veřejné zakázky byla uzavřena na delší časové období než je jedno účetní období, je zadavatel povinen brát do úvahy předpokládanou hodnotu v závislosti na době trvání smlouvy (k tomu srov. výklad k § 14 a § 15).“*
28. K vlastní výjimce nesčítat pak komentář Jurčík dodává: *„Z uvedeného pravidla platí jedna výjimka, a to pokud jde o takové specifické dodávky nebo služby, jejichž jednotková cena je proměnlivá a současně platí, že zadavatel pořizuje takové dodávky dle své potřeby, čili do spotřeby (musí být splněny současně obě uvedené podmínky), pak se neuplatní sčítací pravidlo, ale každá dodávka nebo služba se bere jako samostatný předmět veřejné zakázky ve vztahu k limitům podle zákona. Příkladem takové dodávky je natankování pohonných hmot (benzínů či nafty) pracovníkem zadavatele, nákup potravin ve stravovacím či prodejním zařízení zadavatele, nákup léků zadavatelem, nemocnicí, apod. Každé natankování je nutné brát jako samostatnou veřejnou zakázku. Ve vztahu ke službám, v rámci kterých je možné použít ‚sčítací výjimku‘, lze zmínit kupř. pořízení letenek (přepravní služby) s tím, že každý nákup přepravy letadlem je samostatnou veřejnou zakázkou za předpokladu nákupů konkrétní přepravy. Pokud by zadavatel uzavřel přepravní smlouvu kupř. na 3 měsíce, nejsou naplněny podmínky výjimky vymezené v § 13 odst. 8. Zákonodárce, ale výslovně v odst. 8 uvádí, že je nutné dodržet i u takových specifických dodávek nebo služeb základní zásady zadávacího řízení uvedené v § 6. Tento odkaz je ale nadbytečný, vzhledem k tomu, že i při jeho absenci by zadavatel takovou povinnost měl. Zdůraznění respektování § 6 znamená, že i při zadávání specifických předmětů veřejných zakázek by zadavatel měl postupovat podle druhé věty odst. 8, jen je-li to nezbytné a jen, pokud to jinak nelze.“*
29. Autor v komentáři Jurčík dále doplňuje, že při posuzování nahodilosti plnění a aplikovatelnosti výjimky nesčítat je třeba zohlednit též povahu provozu a potřeb zadavatele, k jejichž zajištění mají dodávky směřovat. Autor v rámci komentáře k § 13 odst. 8 zákona dále výslovně doplňuje: *„Vztaženo k námi uvedenému příkladu, natankování pohonných hmot to znamená, že pokud zadavatel, dopravní podnik, policie odebírá pohonné hmoty do svých cisteren a z nich pak tankují jejich dopravní prostředky a osobní automobily, měl by zadavatel v takovém případě postupovat standardním zadávacím řízením a stanovit předpokládanou cenu nikoliv podle druhé věty odst. 8, ale podle první věty odst. 8, tedy sečíst veškeré dodávky minimálně za jedno účetní období a takovou veřejnou zakázku zadat kupř. otevřeným řízením (zde by bylo vhodné doporučit uzavření rámcové smlouvy). Pak jsou zadavatelem dodrženy základní zásady obsažené v § 6.“*

30. K výše citovaným výkladům shrnuji, že aplikace výjimky nesčítat připadá v úvahu zásadně v situaci, kdy se jedná o aktuální potřebu, kterou nebylo možno objektivně předvídat ani naplánovat, k okamžité spotřebě a nikoliv do zásoby a kdy se jedná o plnění nižší hodnoty, jehož jednotková cena je proměnlivá. Výše citované příklady pak ukazují spíše na nahodilé provozní výdaje, nikoliv standardní výdaje nezbytné k zajištění činnosti zadavatele v souladu s jeho účelovým zaměřením. V každém případě je pak zadavatel povinován dodržet zásady dle § 6 zákona.
31. K aplikaci výjimky nesčítat dále akcentuji, že by se mělo jednat o právní institut výjimečný, který z povahy věci umožňuje flexibilnější a praktičtější řešení potřeb zadavatele tam, kde by sverpé lpění na sčítání hodnot dílčích plnění činilo zadavateli neúměrné potíže, aniž by tím byl dotčen smysl zadávání veřejných zakázek a zásady postupu zadavatele, tj. zásada rovného zacházení, transparentnosti a zákazu diskriminace.
32. V nyní přezkoumávané věci zadavatel uzavřel rámcovou smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by tuto zadal v jednom z druhů zadávacího řízení a následně už jednotlivé kupní smlouvy na dodávku léků uzavíral na základě této rámcové smlouvy pouze s vybraným uchazečem. Tedy předem bez jakékoliv soutěže omezil okruh potenciálních dodavatelů na jediného, u kterého následně objednával jednotlivá plnění. Takový postup však nenaplnňuje smysl a účel dané výjimky. Nejen, že se musí jednat o proměnlivou poptávku z hlediska množství, ale zadavatel je povinen poptávat zboží na relevantním trhu, nikoli předem omezit dodávky na jediného dodavatele. Současně nebyla naplněna ani podmínka, že potřebu zadavatele nebylo možné dopředu předvídat nebo plánovat, neboť zadavatel věděl, že bude potřebovat průběžně doplňovat stavy léků, pouze nevěděl v jakém množství v dané konkrétní době.
33. Na základě posouzení okolností případu konstatuji, že jsem dospěl k závěru, že na dodávku léků v rozsahu rámcové smlouvy nelze výjimku nesčítat aplikovat, neboť nedošlo k naplnění její hypotézy, přičemž zadavatel nepostupoval ani v souladu se zásadami zadávacího řízení. K uplatněným rozkladovým námitkám zadavatele dále uvádím svá stanoviska.
34. Zadavatel namítá, že jím zmiňované odborné zdroje uvádějí jako příklad pro aplikaci výjimky nesčítat právě nákup léků, a že se v případě dodávek léků jedná o opakované plnění, které je průběžně spotřebováno, přičemž konkrétní spotřebu léků nelze předem jednoznačně stanovit. K uvedené námitce ve shodě se shora naznačeným výkladem konstatuji, že je třeba rozlišit situaci, kdy se jedná o pořizování skutečně „nahodilých“ dodávek a kdy o průběžné zajišťování obvyklého, opakujícího se plnění, za daných okolností odpovídajícího zajištění provozní spotřeby léků.
35. Skutečnost, že zadavatel nemohl přesně odhadnout objem dodávek, které bude potřebovat, tedy ještě neznamená možnost zcela obejít zákon pořizováním dílčích dodávek pod hranicí limitu podle § 12 odst. 3 zákona. V tomto směru nelze přehlédnout, že objednával léky v nemalých objemech (viz bod 14. odůvodnění napadeného rozhodnutí) na základě uzavřené rámcové smlouvy i několikrát měsíčně, kdy uvedená provozní spotřeba léků nepochybně nesevídčí pro „nahodilost“ plnění předvídanou pro aplikaci výjimky nesčítat. Jakkoliv lze rozumět tvrzené snaze zadavatele o operativní zajištění dodávky léků, za daných okolností musím konstatovat, že nepostupoval v souladu se zákonem, když účelově vykládá výjimku nesčítat ve svůj prospěch.

36. K účelu stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky ve smyslu § 13 a 14 zákona sdělují, že se jedná o hodnotu hypotetickou, aproximativní, jejímž smyslem není jistotně stanovit skutečnou cenu, která bude za plnění odpovídající veřejné zakázce stanovena. Její výše tedy nemusí v závěru přesně odpovídat uzavřené smlouvě, ale slouží primárně k určení režimu, ve kterém bude veřejná zakázka zadávána.
37. K tomu odkazují na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 54/2010 ze dne 6. 12. 2011, v němž označený soud k pojetí předpokládané hodnoty jako jistotných dodávek uvedl následující: *„Takto zužující výklad § 13 odst. 1 z. v. z. by nutně mohl vést např. k aprobaci až natolik absurdního postupu, kdy by (v možné modelové situaci) zadavatel každý měsíc v roce "objevoval" aktuální potřebu opakovaného pořizování zboží téhož charakteru a k nim by přiřazoval "právě volné" finanční prostředky v částce 1 999 999 Kč bez DPH, což by vedlo k celkovým dvanácti nákupům, každému ve výši splňující limit veřejné zakázky malého rozsahu, celkově ovšem v celoročním součtu v částce dosahující limitu veřejné zakázky nadlimitní.“*
38. Ke smyslu předmětné právní úpravy pak soud v tomtéž citovaném rozsudku doplnil tento právní názor: *„Má-li být zákon o veřejných zakázkách aplikován smysluplně, pak je i při výkladu § 13 odst. 1 z. v. z. zapotřebí vycházet ze základního cíle zákonné úpravy předepisující postupy zadavatelů při nakládání s veřejnými prostředky, kterým je především jejich úspora, kdy je v soutěži vybrána nejvhodnější nabídka - tj. buď nabídka nejlevnější, nebo nabídka jinak nejvýhodnější, tj. nabídka, která nejlépe vyhovuje stanoveným požadavkům zadavatele dle jím stanovených kritérií hodnocení nabídek. Tím, že o veřejnou zakázku probíhá soutěž mezi více subjekty, jsou uchazeči o veřejnou zakázku nepřímou nuceni počínat si jako v každém jiném obchodněprávním vztahu a nabídnout co nejlepší kvalitu poptávaného plnění za cenu pro zadavatele nejvýhodnější, a tím jsou i zadavatelé nuceni počínat si jako v případě, kdy by plnění poptávali nikoli za prostředky veřejné, nýbrž za prostředky své soukromé.“*
39. Námitku zadavatele, že vycházel z odborné literatury k výjimce nesčítat, která nákup léků zmiňuje jako příklad její aplikace, sdělují, že takové marginální poukázání nelze přejímat bez posouzení dalších okolností, zejména objemu poptávaných dodávek a četnosti jim odpovídajících objednávek. Koupí léků by bylo možné považovat za nahodilou zejm. v okamžiku, kdy nastane neočekávaná situace, při které vyvstane zvýšená potřeba specifických léků (zvýšené riziko žloutenky při povodních, epidemie ptáčích chřipky apod.). Přitom je však podstatné, že se pak takový lék poptává u různých dodavatelů s cílem získat jej za co nejnižší nabídkovou cenu. Takovou podmínku však zadavatel nesplnil, když objednával u jediného dodavatele. Zadavatel tedy, jak bylo ostatně dovozeno výše, postupoval i v rozporu se závěry vyplývajícími z odborné literatury. Naproti tomu Úřad v napadeném rozhodnutí vycházel z posouzení individuálních okolností případu a své právní závěry učinil na základě dostatečně zjištěného skutkového stavu a zcela v souladu se zákonem. Námitku mám tedy za neopodstatněnou.
40. Dále konstatuji, že obcházení zákona, kdy zadavatel neoprávněně zadá veřejnou zakázku mimo režim zadávacího řízení, představuje vždy porušení zásad podle § 6 zákona. V nyní přezkoumávané věci zadavatel uzavřel rámcovou smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by tuto zadal v jednom z druhů zadávacího řízení a následně už jednotlivé kupní smlouvy na dodávku léků uzavíral na základě této rámcové smlouvy pouze s vybraným uchazečem.

41. Zadavatel tímto postupem nejen takřka vyloučil veřejnou kontrolu vynakládání prostředků z veřejných rozpočtů, která je spojena zejména se zásadou transparentnosti, ale především předem vyloučil jakoukoliv soutěž o veřejnou zakázku, jejíž ochrana je prostřednictvím zákona a zásad rovného zacházení a zakazu diskriminace zajišťována. Zadavatel tedy předem bez jakékoliv soutěže omezil okruh potenciálních dodavatelů na jediného, u kterého následně poptával jednotlivá plnění.
42. Pokud jde o rozhodnutí zadavatele uzavřít rámcovou smlouvu, pak takový postup se jeví s ohledem na zadavatelem tvrzené potřeby jako relevantní a zákonem dovolený. Zadavatel byl však k takovému postupu oprávněn pouze za předpokladu, že uzavření rámcové smlouvy bude předcházet řádné zadávací řízení ve smyslu § 21 zákona. Pokud by zadavatel daným způsobem postupoval, umožnil by tím i ostatním dodavatelům na relevantním trhu ucházet se o veřejnou zakázku a zajistil by tak konkurenční prostředí v soutěži o veřejnou zakázku.
43. Jsou to právě základní zásady zadávacího řízení, které mají zajistit efektivní soutěž o veřejnou zakázku, jak ostatně vyplývá z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 30/2010 - 182 ze dne 16. 11. 2010, v němž označený soud konstatoval, že: „[s]mysl zmíněné zásady rovného zacházení a její opačné polohy v podobě zakazu diskriminace, k němuž se v oblasti veřejných zakázek blíže vyjadřoval i zdejší soud v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, publ. pod č. 1771/2009 Sb. NSS, www.nssoud.cz, spočívá souhrnně řečeno v zajištění konkurence mezi dodavateli, umožnění hospodářské soutěže a tím také dosáhnutí efektivního nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů. Zadavatelé většinou nehosponaří s vlastními finančními zdroji a nemají tedy v obecné rovině žádnou motivaci k tomu, aby postupovali nanejvýš hospodárně. Při zadávání veřejných zakázek je tedy nutno zajistit, aby veřejné rozpočty byly spotřebovávány řádně a efektivně, na základě seriózního hodnocení nabídek a bez jakéhokoliv druhu zvýhodňování nebo protihodnoty finanční nebo politické. Konkurence nutí uchazeče o veřejnou zakázku, aby si počínali jako v každém jiném obchodně právním vztahu, tj. nabídli kvalitní výkon za odpovídající cenu. Veškeré úkony zadavatele by proto měly být činěny takovým způsobem, aby zadávání veřejných zakázek bylo transparentní a byly při něm dodržovány zásady stejného zacházení a nediskriminace zájemců a uchazečů o veřejné zakázky“.
44. Argument zadavatele, že poptával léky na základě svých aktuálních potřeb a z toho důvodu byl oprávněn aplikovat výjimku nesčítat je lichý za situace, kdy zadavatel od počátku omezil soutěž o veřejnou zakázku na jediného dodavatele. Zadavatel totiž léky „nepoptával“ u různých dodavatelů s cílem využít aktuálně nejnižších cen daných výrobků na relevantním trhu, ale pouze objednával takové množství léků, jaké považoval za potřebné u jednoho dodavatele. Pojem „poptávat“ totiž znamená v tomto případě hledat nejnižší nabídku pro daný výrobek dle aktuálního stavu trhu, nikoliv se dopředu zavázat k odběru u jednoho dodavatele.
45. K dané problematice poukazují rovněž na rozhodovací činnost Úřadu, který v rozhodnutí č. j. S201/2007/VZ-17317/2007/530/Va ze dne 25. 9. 2007 citovaném zadavatelem uvedl následující: „Obecně lze k problematice nákupů zdravotního materiálu uvést, že zadavatel má v zásadě dvě možnosti, jakým způsobem zajišťovat pořizování těchto dodávek. V případě, že se rozhodne řešit své potřeby operativně v průběhu roku, nemusí jednotlivé nákupy tohoto zboží vždy sčítat, jestliže jednotlivé nákupy reagují na aktuální potřeby zadavatele a věcně a časově spolu bezprostředně nesouvisí, a pak tedy zadavatel může postupovat podle § 13

*odst. 8 zákona. Pokud zadavatel při nákupu léků a zdravotního materiálu postupuje v souladu s § 13 odst. 8 zákona, musí provádět dílčí výběry tohoto zboží podle aktuálních cen, (...). Jestliže pak tyto jednotlivé nákupy nepřekročí 2 mil. Kč, jednalo by se o veřejné zakázky rozsahu ve smyslu § 12 odst. 6 zákona. Při tomto postupu musí zadavatel u každého nákupu pouze zajistit dodržení základních zásad (viz § 6 zákona) a zabezpečit, aby cena za plnění odpovídala tržní ceně (hospodárné vynakládání veřejných prostředků). **V takovém případě pak zadavatel realizuje nákupy vždy od dodavatele nabízejícího aktuálně nejlepší smluvní podmínky (zejm. cena a kvalita).** [zvýraznění přidáno; pozn. předsedy Úřadu] Druhou možností zadavatele je zvážit své potřeby, stanovit předpokládanou cenu požadovaného plnění a na dodávky zdravotního materiálu v určitém období vyhlásit zadávací řízení podle zákona. V takovém případě pak zadavatel jednotlivé nákupy může bez dalšího realizovat od jediného dodavatele, vybraného v konkurenčním výběrovém řízení.“*

46. Z uvedeného opět vyplývá nutnost dodržení základních zásad zadávacího řízení. Rovněž je zde vysvětleno, jaké možnosti postupu dává zadavatelům toto ustanovení tak, aby byly dodrženy základní zásady zadávacího řízení. Tedy buď možnost zadavatele postupovat tak, že bude poptávat plnění dle aktuální potřeby u různých dodavatelů na relevantním trhu, přičemž následně vybere v souladu se zásadami „3E“ dodavatele dle aktuálně nejvýhodnějších smluvních podmínek, nebo stanoví předpokládanou hodnotu v souladu s § 14 zákona na základě zkušeností z předchozích let a zadá veřejnou zakázku v jednom z druhů zadávacího řízení dle § 21 zákona.
47. Zadavatel však nejenom „minul“ obě naznačené možnosti, ale též aplikoval výjimku nescítat zcela proti jejímu smyslu, jímž je v závislosti na proměnlivých cenách možnost dynamicky měnit dodavatele v závislosti na výhodnosti podmínek. Tento charakteristický aspekt pak nijak nemůže vyvážit zadavatelem tvrzená skutečnost, že vybraný uchazeč může změnit svůj ceník a proměnlivost cen pro účely naplnění předpokladů výjimky nescítat je tak zajištěna.
48. Za nedůvodný mám i argument dodavatele o jistotě rychlého dodání léků, které mělo být jedním z důvodů pro uzavření rámcové smlouvy, když v rámcové smlouvě má vybraný uchazeč v čl. 2.4 vyhrazeno právo objednávku zadavatele zcela nebo zčásti odmítnout, a to až do okamžiku dodání zboží zadavateli. Podmínky rámcové smlouvy tedy včasné a řádné dodání objednaného plnění ani dostatečně negarantují. Pokud měl zadavatel v úmyslu zajistit si prostřednictvím rámcové smlouvy rychlé dodání léků, pak mu ničeho nebránilo tuto uzavřít, avšak postupem souladným se zákonem, tj. uzavřít ji v některém z druhů zadávacího řízení, jak je ostatně popsáno např. v komentáři Jurčík, s. 871.
49. S ohledem na uvedené neobstojí argumentace zadavatele o správnosti postupu při nákupu léků, kdy jsem dospěl k závěru, že zadavatel obešel zákon, čímž naplnil znaky skutkové podstaty správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jak konstatoval Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí. K námitce zadavatele, že § 21 zákona neobsahuje výslovnou normu, která by jej zavazovala zadat veřejnou zakázku v některém z druhů zadávacího řízení, sděluji, že povinnost zadavatele řídit se zákonem, tedy aplikovat jeho relevantní ustanovení vyplývá z obecné působnosti zákona, a to zejména osobní, ve vztahu k osobě a povaze zadavatele a věcné co do okruhu upravených právních vztahů. V případě, že jsou naplněny znaky veřejné zakázky, musí zadavatel postupovat v některém z druhů zadávacího řízení, pokud nesplní výjimky. Pro úplnost poukazuji, že povinnost dodržovat zákony se pojí se

zásadou zákonnosti a vyplývá z obecných principů právního státu. Námitku nesprávné formulace mám tedy rovněž za nedůvodnou.

50. Ve vztahu k zásadám hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti sděluji, že těmto nemůže ustoupit povinnost zadavatele postupovat podle zákona (srov. k tomu např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 13. 1. 2015, č. j. 62 Af 95/2013 - 74). Námitka zadavatele tedy neobstojí ani za situace, kdy půjde o monopolně dodávané léky. Nadto konstatuji, že s předmětnou námitkou se již Úřad vypořádal v bodech 74. - 75. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde poukázal, že tvrzená výlučnost vybraného uchazeče k dodání léku s názvem „FEIBA“ se týkala pouze části plnění a zadání veřejné zakázky mimo režim zadávacího řízení tak jako tak neodůvodňuje.
51. Vzhledem k výše uvedenému shrnuji, že jsem žádnou ze zadavatelem uplatněných námitek proti výroku I. napadeného rozhodnutí neshledal důvodnou a v ostatním odkazuji na odůvodnění napadeného rozhodnutí.

K přiměřenosti výše uložené pokuty

52. Zadavatel rozporuje též výši uložené pokuty dle výroku II. napadeného rozhodnutí, kterou má za nepřiměřenou, s možnými „rdousícími“ účinky, což odůvodňuje svým závazkem k zajištění špičkové péče o pacienty. S uvedenou námitkou se nemohu ztotožnit, k čemuž konstatuji následující.
53. Dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
54. Předně je třeba zmínit, že Úřad dospěl k závěru, že horní hranici zákonné sazby dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona nelze určit na základě ceny veřejné zakázky, a proto horní hranice činila ve smyslu označeného ustanovení 20 000 000 Kč. Nutno rovněž podotknout, že nemožností stanovit cenu veřejné zakázky nebyl zadavatel patrně nijak poškozen, neboť s přihlédnutím k cenám realizovaných dodávek léků za období červenec 2016 - leden 2017 (bod 14. odůvodnění napadeného rozhodnutí) a skutečnosti, že rámcová smlouva byla uzavřena na dobu neurčitou, by skutečná cena veřejné zakázky při zachování stejné průměrné spotřeby léků za 48 měsíců činila přibližně částku 198 200 000 Kč, čímž by se horní hranice sazby pokuty stanovené dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona (10 % ceny zakázky) povážlivě přiblížila právě podpůrně použité hodnotě.
55. Ve vztahu k horní hranici zákonné sazby pak Úřad uložil zadavateli pokutu při samé dolní hranici její maximální výše. V této souvislosti zejména akcentuji, že každá peněžité sankce představuje nepříznivý zásah do majetkové i jiné sféry povinného, který je nezbytný pro naplnění represivní i preventivní funkce správního trestání. Při určení výměry pokuty Úřad přihlédl v souladu s § 121 odst. 2 zákona k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
56. K závažnosti předmětného správního deliktu uvádím, že Úřad při ukládání výše sankce vycházel správně zejména z toho, že zadavatel svým postupem fakticky obešel zákon a zadal veřejnou zakázku zcela mimo režim zákona a znemožnil tak účast dalších potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení, čímž *de facto* vyloučil hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku. Na principu soutěže je přitom zadávání veřejných zakázek založeno, proto je jeho

nezákonné narušení považováno za hrubé porušení zákona. V daném případě nelze vyloučit, že v případě zákonného postupu mohl zadavatel obdržet i nabídky jiných dodavatelů s výhodnějšími podmínkami. Úřad přihlédl též ke skutečnosti, že zadavatel uzavřel rámcovou smlouvu na dobu neurčitou, kdy v rámci každého roku byly činěny dodávky o objemu v řádech desítek miliónů Kč. Při úvahách o výši uložené pokuty Úřad zohlednil též zjištěné polehčující okolnosti, zejména snahu zadavatele zajistit průběžnou dodávku léků s ohledem na proměnlivost potřeby.

57. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu, jímž je narušení soutěžního prostředí, které je ustáleně považováno za porušení závažného charakteru, a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze výši sankčního postihu zcela minimalizovat. V tomto případě tak Úřad použil správní uvážení při stanovení výše pokuty zcela v mezích zákona. Výši uložené pokuty mám současně za dostatečně odůvodněnou a odůvodnění za zákonné a přezkoumatelné. Úřad neopomněl ani uvážit, zda vyměřená pokuta není pro zadavatele likvidační.

Obecně k zákonnosti napadeného rozhodnutí

58. Z hlediska námitek obsažených v rozkladu jsem přezkoumal věcnou správnost napadeného rozhodnutí ve výroku I. a II. napadeného rozhodnutí ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu, když s ohledem na výše uvedené uvádím, že napadené rozhodnutí jsem shledal věcně správným. Zadavatel v napadeném rozkladu nevznesl takovou námitku, která by vzbuzovala pochybnosti o správnosti napadeného rozhodnutí.
59. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem kromě věcné správnosti výroku I. a II. napadeného rozhodnutí přezkoumal i jeho zákonnost a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu v řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, když napadené rozhodnutí jsem shledal rovněž zákonným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil správního deliktu. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly naplněny všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu, přičemž na zjištěný skutkový stav aplikoval relevantní ustanovení zákona. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.
60. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzení zadavatele, že napadené rozhodnutí je nesprávné z důvodu nesprávného posouzení věci. Závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí, jsou dostatečně odůvodněny a jsou vnitřně logicky uspořádané, vycházející z řádně zjištěného skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a rovněž vycházející ze smyslu a účelu zákona. Závěrem tedy shrnuji, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když konstatoval, že se zadavatel dopustil ve výroku I. napadeného rozhodnutí uvedeného správního deliktu, za nějž zadavateli uložil výrokiem II. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 200 000 Kč.

Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy

61. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“).

62. 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. 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.
63. 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.
64. K pozdější právní úpravě konstatuji, že ZZVZ v § 268 odst. 1 písm. a) obsahuje obdobnou úpravu správního deliktu zadavatele, který spočívá v tom, že zadavatel *„nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou“*. Ustanovení § 2 odst. 3 ZZVZ pak zakotvuje povinnost zadavatele zadat, s výjimkou případů ZZVZ výslovně označených, veřejnou zakázku v zadávacím řízení. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná ve výroku I. napadeného rozhodnutí se opírá o závěr Úřadu, že v daném případě zadavatel nepostupoval v souladu s § 21 zákona, když nezadal veřejnou zakázku v zadávacím řízení, přičemž i podle ZZVZ by byl zadavatel povinen veřejnou zakázku zadat v některém z druhů zadávacího řízení podle § 3 ZZVZ.
65. Pro úplnost poukazuji, že stanovení předpokládané hodnoty veřejných zakázek pravidelné povahy nově upravuje § 19 ZZVZ, který ve třetím odstavci obsahuje i analogickou výjimku k výjimce nesčítat. Smysl a účel předmětné výjimky však zůstal zachován. K tomu odkazuji na komentářovou literaturu k ZZVZ (Podešva, V., Sommer, L., Votrubec, J., Flaškár, M., Harnach, J., Měkota, J., Janoušek, M. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv - komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR a.s., 2016) se k aplikaci výjimky podle § 19 odst. 3 ZZVZ staví zcela analogicky k původní právní úpravě: *„Smyslem výjimky je pak primárně umožnit zadavateli flexibilně reagovat na proměnlivost cen pořizovaných dodávek nebo služeb ve svůj prospěch, tedy nezatěžovat zadavatele formálními povinnostmi*

vyplývajícími z přísnějšího režimu zadávacího řízení v situaci, kdy by tyto povinnosti (např. předepsané lhůty) mohly pro zadavatele zmařit možnost pořídit plnění za výhodných podmínek daných aktuálním cenovým vývojem.“

66. Co se výroku II. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že ZZVZ v § 268 odst. 2 písm. a) 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.
67. 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 naplňuje stejné znaky skutkové podstaty, přičemž i výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle § 268 a 270 ZZVZ, tak i podle zákona.

VI. Závěr

68. 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.
69. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Ústav hematologie a krevní transfuze, U Nemocnice 2094/1, 128 20 Praha

Vypraveno dne:

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