



UOHSX00CJ45Q

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0101/2019/VZ-22207/2019/321/EDo

Brno 12. srpen 2019

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 30. 5. 2019 (doručeném téhož dne Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže) podaném obviněným -

- **Česká republika – Ministerstvo obrany**, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0111/2019/VZ-13831/2019/513/JLÍ ze dne 21. 5. 2019, ve věci možného spáchání přestupku při zadávání veřejné zakázky „**Nákup munice 2017/I – Ruční útočné granáty 2**“ zadávané v užším řízení zahájeném dne 19. 6. 2017 odesláním oznámení o zakázce v oblasti obrany a bezpečnosti do Věstníku veřejných zakázek uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 6. 2017 pod ev. č. zakázky 747212, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 118-238312, na kterou byla uzavřena dne 22. 12. 2017 smlouva,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0111/2019/VZ-13831/2019/513/JLÍ ze dne 21. 5. 2019

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. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**zákon**“¹) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem, zahájil z vlastního podnětu dne 14. 3. 2019 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona obviněným – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6, (dále jen „**obviněný**“ či „**zadavatel**“) v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Nákup munice 2017/I – Ruční útočné granáty 2“ v užším řízení zahájeném dne 19. 6. 2017 odesláním oznámení o zakázce v oblasti obrany a bezpečnosti do Věstníku veřejných zakázek uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 6. 2017 pod ev. č. zakázky 747212, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 118-238312, na kterou byla uzavřena dne 22. 12. 2017 smlouva, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle bodu II. 1.5) oznámení o zakázce „*Nákup ručních útočných granátů ve verzích ostrá, cvičná a školní, nákup školních pomůcek – řez a tabla granátů*“. Jako kritérium pro zadání zakázky zadavatel stanovil nejnižší nabídkovou cenu.
3. Ze seznamu doručených žádostí o účast ze dne 3. 8. 2017 vyplývá, že zadavatel obdržel čtyři žádosti o účast. Výzvou k podání nabídky ze dne 3. 8. 2017 zadavatel vyzval všechny zájemce, kteří podali žádost o účast, k podání nabídek. Ve stanovené lhůtě zadavatel obdržel čtyři nabídky.
4. Z rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 1. 12. 2017 vyplývá, že nejvhodnější nabídku předložil dodavatel – Česká zbrojovka a.s., IČO 46345965, se sídlem Svat. Čecha 1283, 688 01 Uherský Brod (dále jen „**vybraný dodavatel**“ nebo „**Česká zbrojovka a.s.**“). Tuto skutečnost zadavatel oznámil pouze vybranému dodavateli Česká zbrojovka a.s. dopisem elektronicky podepsaným dne 1. 12. 2017 označeným jako

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 § 58 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

»Oznámení o výběru dodavatele – veřejná zakázka „Nákup munice 2017/I – Ruční útočné granáty 2“«, který mu byl doručen dne 4. 12. 2017.

Ostatním dodavatelům, kteří podali nabídku:

- D-TECHNIK a.s., IČO 61974480, se sídlem č.p. 613, 756 23 Jablůnka (dále jen „**D-TECHNIK a.s.**“),
- STV GROUP a.s., IČO 26181134, se sídlem Žitná 1656/45, Nové Město, 110 00 Praha 1 (dále jen „**STV GROUP a.s.**“),
- MPI Group, s.r.o., IČO 43875017, se sídlem Holečkova 103/31, 150 00 Praha 5 dále jen „**MPI Group, s.r.o.**“),

zadavatel oznámení o výběru dodavatele Česká zbrojovka a.s. nezaslal.

5. Následně dne 22. 12. 2017 zadavatel uzavřel s vybraným dodavatelem kupní smlouvu č. 175110220 – „Nákup munice 2017/I – ruční útočné granáty 2“ (dále jen „**smlouva**“).
6. Jelikož podle názoru účastníka zadávacího řízení dodavatele STV GROUP a.s. postup zadavatele při uzavírání smlouvy, resp. postup předcházející uzavření smlouvy, představoval porušení zákona, podal dodavatel STV GROUP a.s. dne 31. 1. 2018 k Úřadu návrh na uložení zákazu plnění smlouvy. O návrhu rozhodl Úřad ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0038/2018/VZ rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0038/2018/VZ-12786/2018/513/JLÍ ze dne 27. 4. 2018 (dále jen „**prvostupňové rozhodnutí o zákazu plnění**“), které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-R0086,0087,0088/2018/VZ-22465/2018/321/EDo ze dne 6. 9. 2018 (obě rozhodnutí dále jen „**rozhodnutí o zákazu plnění**“). Obě citovaná rozhodnutí nabyla právní moci dne 8. 9. 2018. V průběhu správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0038/2018/VZ Úřad získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, když tento nezaslal oznámení o výběru dodavatele všem účastníkům zadávacího řízení na veřejnou zakázku, a proto zahájil toto správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0111/2019/VZ.

II. Napadené rozhodnutí

7. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0111/2019/VZ-13831/2019/513/JLÍ ze dne 21. 5. 2019 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. konstatoval, že se **obviněný dopustil přestupku** podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona **tím, že nedodržel pravidlo stanovené v § 246 odst. 1 písm. a) zákona, když dne 22. 12. 2017 v zadávacím řízení na veřejnou zakázku před uplynutím lhůty pro podání námitek** proti rozhodnutí o výběru vybraného dodavatele **uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky, neboť neodeslal oznámení o výběru dodavatele podle § 123 zákona účastníkům zadávacího řízení**: D-TECHNIK a.s., STV GROUP a.s., MPI Group, s.r.o., přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele a uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu na plnění veřejné zakázky a zadal tak veřejnou zakázku.
8. Za výše uvedený přestupek byla obviněnému výrokiem II. napadeného rozhodnutí uložena pokuta ve výši 7 200 000 Kč.

9. Výrokem III. napadeného rozhodnutí potom Úřad obviněnému v souladu s platnými předpisy uložil uhradit paušální náklady řízení ve výši 1 000 Kč.
10. Úřad k výroku I. napadeného rozhodnutí uvedl, že v šetřeném případě, kdy zadavatel neoznámil výběr dodavatele Česká zbrojovka a.s. ostatním účastníkům zadávacího řízení, mohla tato skutečnost ovlivnit výběr dodavatele, neboť nelze vyloučit, že kdyby zadavatel dodržel pravidlo stanovené zákonem a odeslal oznámení o výběru dodavatele podle § 123 zákona ostatním účastníkům zadávacího řízení, mohli ostatní účastníci zadávacího řízení obdržet informace o hodnocení nabídek, výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele (seznam dokladů, kterými vybraný dodavatel prokazoval kvalifikaci, údaje rozhodné pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace), se kterými by mohli nesouhlasit a rozporovat je tak, že by mohli podat námitky, které, pokud by jim ze strany zadavatele bylo vyhověno, mohly vést i ke zrušení výběru dodavatele Česká zbrojovka a.s., a v konečném důsledku i k následnému uzavření smlouvy s jiným dodavatelem. Skutečnost, že ne všichni účastníci zadávacího řízení bez výhrad akceptovali postup zadavatele, potvrzuje i to, že v souvislosti s předmětným zadávacím řízením podal k Úřadu návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 254 odst. 1 písm. b) zákona dodavatel STV GROUP a.s.
11. Co se týče uložené sankce, Úřad uvedl, že cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil přestupku, a za kterou mu může být uložena pokuta, činí podle uzavřené smlouvy i faktur doložených zadavatelem 192 710 293,05 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty tedy činí částku 19 271 029,305 Kč. Při určení výměry pokuty zadavateli Úřad přihlédl k závažnosti přestupku se závěrem, že přezkum postupu zadavatele v předmětném zadávacím řízení byl tím, že uzavřel smlouvu dříve, než ostatním účastníkům zadávacího řízení zaslal oznámení o výběru dodavatele, zcela zmařen. Účastníci zadávacího řízení tedy nemohli podat námitky zadavateli proti výběru dodavatele Česká zbrojovka a.s., a následně se bránit případným podáním návrhu u Úřadu, který by mohl v době, kdy by to ještě bylo efektivní (před uzavřením smlouvy) nařídit opatření k nápravě eventuálního nezákonného postupu zadavatele. Jedná se o spáchání přestupku, který v sobě zahrnuje možný vliv na výběr dodavatele, proto se jedná o závažné porušení zákona.
12. Jako následek spáchání přestupku Úřad shledal, že smlouva byla uzavřena s dodavatelem Česká zbrojovka a.s. za okolností, které v důsledku nezákonného postupu obviněného při oznámení o výběru dodavatele vyloučily možnost dalších účastníků zadávacího řízení zpochybnit v době před uzavřením smlouvy výběr dodavatele Česká zbrojovka a.s. Ostatním účastníkům zadávacího řízení pak zbyla jen možnost podat po uzavření smlouvy návrh na uložení zákazu plnění smlouvy, který podal dodavatel STV GROUP a.s. Z hlediska intenzity zásahu do právem chráněného zájmu (právo dodavatelů na podání námitek jako opravného prostředku proti nesprávnému postupu zadavatele v zadávacím řízení) se jedná o jedno z nejzávažnějších porušení zákona ze strany zadavatele, neboť v daném případě od rozhodnutí o výběru dodavatele Česká zbrojovka a.s. ignoroval práva ostatních účastníků zadávacího řízení, když jim nezaslal oznámení o výběru dodavatele, od jehož doručení se odvíjí lhůta pro podání námitek ve smyslu § 242 odst. 2 zákona.
13. Jako přitěžující okolnost Úřad zohlednil, že je zadavatel ústředním orgánem státní správy, kterého lze řadit mezi tzv. „velké zadavatele“, neboť veřejné zakázky běžně zadává ve značném počtu i rozsahu, a tudíž by měl mít osvojené „zadávací“ procesy tak, aby veřejné zakázky zadával v souladu se zákonem. Jako polehčující okolnost při úvahách o výši pokuty

ve prospěch zadavatele zohlednil naopak Úřad to, že zadavatel nevyločil soutěžní prostředí a veřejnou zakázku zadával v zadávacím řízení, nabídky hodnotil podle kritéria nejnížší nabídková cena a smlouvu uzavřel s dodavatelem Česká zbrojovka a.s., jehož nabídková cena byla nejnížší. Úřad vzal v potaz rovněž ekonomickou situaci obviněného. Úřad při ukládání pokuty taktéž přihlédl k souběhu s přestupkem, o kterém bylo Úřadem rozhodnuto ve výroku I. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0326/2018/VZ-27321/2018/532/KSt ze dne 18. 9. 2018, který byl spáchán dne 9. 5. 2018, a za nějž byla Úřadem obviněnému uložena pokuta ve výši 40 000 Kč.

III. Námitky rozkladu

14. Napadené rozhodnutí napadl zadavatel rozkladem ze dne 30. 5. 2019 doručeným Úřadu téhož dne. Napadené rozhodnutí zadavatel obdržel dne 21. 5. 2019, rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
15. Zadavatel v rozkladu poukazuje, že dle jeho názoru rozhodnutími o zákazu plnění Úřad legalizoval postup zadavatele tím, že mu vzhledem k existenci veřejného zájmu a důvodům hodným zvláštního zřetele poskytl sedmiměsíční lhůtu ke splnění smlouvy. V době rozhodování o zákazu plnění již však byl Úřad informován o okolnostech tvrzeného spáchání přestupku, proto měl dle zadavatele o něm zahájit řízení. Stejně tak si byl Úřad dle zadavatele vědom, že v sedmiměsíční odkládací lhůtě již smlouva bude vzhledem k termínu plnění pravděpodobně splněna. Tímto postupem Úřad dle zadavatele připustil, aby pro výměru sankce nastaly podmínky daleko nepříznivější, než kdyby o výměře sankce rozhodoval v době, kdy probíhalo řízení o uložení zákazu plnění smlouvy, jak mu dle mínění zadavatele ukládá § 270 odst. 3 zákona.
16. K výši pokuty má zadavatel za to, že je příliš vysoká, když byly sice naplněny formální znaky přestupku, avšak jeho společenská škodlivost takové pokutě neodpovídá i s ohledem na rozhodnutí o zákazu plnění, v nichž Úřad shledal veřejný zájem na termínovaném plnění dané smlouvy. Zadavatel zdůrazňuje, že o výběru dodavatele rozhodl v souladu s výsledky zadávacího řízení, kdy smlouva byla uzavřena s dodavatelem, který podal nabídku s nejnížší nabídkovou cenou, a který prokázal splnění kvalifikace pro plnění veřejné zakázky. Zdůrazňování pouhé potenciality vlivu na výběr dodavatele, která je s ohledem na znění zákona postačující v případě spáchání přestupku podle ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) zákona, dle zadavatele neobstojí, neboť výběr dodavatele plně odpovídal výsledkům zadávacího řízení, které k naplnění svého účelu nebylo nijak pokříváno. Neodeslání oznámení o výběru dodavatele jako porušení pravidel zadávacího řízení v tomto případě znamená dle zadavatele pochybení pouze ohrožující, nikoliv poškozující zájmy chráněné zákonem.

Závěr rozkladu

17. Zadavatel žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání, případně žádá snížení vyměřené pokuty.

IV. Řízení o rozkladu

18. 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 společně se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

19. 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 § 98 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**zákon o přestupcích**“) přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k závěru uvedenému ve výrokové části tohoto rozhodnutí, který v podrobnostech odůvodňuji níže.

V. K námitkám rozkladu

Ke zpochybnění materiální stránky přestupku

20. Úvodem podotýkám, že není sporu o tom, že zadavatel porušil zákon, když neodeslal oznámení o výběru dodavatele podle § 123 zákona ostatním účastníkům zadávacího řízení vyjma vybraného dodavatele a v rozporu s § 246 odst. 1 písm. a) zákona uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky v zadávacím řízení před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru vybraného dodavatele. Toto porušení zákona, které je podstatou výroku I. napadeného rozhodnutí, ostatně ani zadavatel nepopírá, je totiž zcela zjevné, tedy se s jeho konstatováním Úřadem bez dalšího plně ztotožňuji a potřebu jeho jakéhokoli dalšího přezkumu neshledávám.
21. Zadavatel nicméně nesouhlasí s posouzením materiální stránky skutkové podstaty tohoto přestupku ze strany Úřadu, když v této souvislosti poukazuje na předchozí rozhodnutí o zákazu plnění, který byl uložen vzhledem k existenci veřejného zájmu a důvodům hodným zvláštního zřetele se sedmiměsíčním odkladem, čímž byl Úřad údajně srozuměn s úplným splněním smlouvy. S tímto postojem zadavatele rozhodně nelze souhlasit, obsah obou rozhodnutí o zákazu plnění takový závěr přímo vyvrací, a to kupříkladu výslovně v bodech 131 až 135 prvostupňového rozhodnutí o zákazu plnění.
22. V bodě 131 prvostupňového rozhodnutí o zákazu plnění Úřad uvedl: „*V šetřeném případě důvody hodným zvláštního zřetele (které převážily veřejný zájem na pokračování smlouvy vyplývající ze zákona o bezpečnosti ČR nad veřejným zájmem vyplývajícím ze zákona o zadávání veřejných zakázek) Úřad shledal možnost vzniku případných budoucích závažných negativních důsledků spojených s ohrožením plnění povinnosti státu zabezpečit svrchovanost a územní celistvost České republiky, ochranu jejích demokratických základů a ochranu životů, zdraví a majetkových hodnot. Vědom si těchto závažných negativních dopadů okamžité účinnosti rozhodnutí o zákazu plnění smlouvy Úřad ve výroku tohoto rozhodnutí rozhodl tak, že plnění smlouvy je zakázáno až uplynutím lhůty 7 měsíců od právní moci tohoto rozhodnutí. **Poskytnutím této „odkladné“ lhůty, která byla stanovena s ohledem na povahu veřejné zakázky, je zadavateli poskytnuta možnost, aby zbývající část předmětu veřejné zakázky zajistil během této lhůty způsobem, který bude souladný se zákonem** (zdůraznil předseda Úřadu, pozn. předsedy Úřadu).“*

23. V bodě 132 prvostupňového rozhodnutí o zákazu plnění Úřad podotkl, že zadavatel prokázal důvody hodné zvláštního zřetele (nutnost vyřazování ručních granátů z důvodu kritických bezpečnostních vad vedoucí k pouze 8 % zabezpečení touto výzbrojí) ve spojení s veřejným zájmem **vyžadujícím pokračování plnění smlouvy v roce 2018** (nutnost zajištění obrany České republiky a účasti v zahraničních operacích při plnění aliančních kolektivních úkolů) a že proto stanovil zákaz plnění smlouvy s odkladným účinkem v délce 7 měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí, **aby bylo zadavateli umožněno pořídit část plnění, které je předmětem smlouvy v roce 2018.**
24. Úřad v bodě 133 prvostupňového rozhodnutí o zákazu plnění zdůraznil, že předmět plnění veřejné zakázky má být dodán ve třech etapách, přičemž první dvě etapy mají být dodány v roce 2018. Úřad zde také odkázal na vyjádření zadavatele ze dne 9. 2. 2018: „*V případě nepořízení ručních granátů v roce 2018 bude zcela ochromena bojeschopnost jednotek k plnění jak úkolů obrany státu, tak úkolů vedoucích k jejich připravenosti*“. Vzhledem k datu dodání předmětu plnění smlouvy a délce odkladného účinku zákazu plnění uzavřené smlouvy tak Úřad učinil závěr, že **bojeschopnost jednotek AČR bude v roce 2018 reálně zajištěna** (neboť reálně dojde k plnění prvních dvou etap plnění smlouvy), a tím také naplněn veřejný zájem na zajištění obrany České republiky a účasti v zahraničních operacích při plnění aliančních kolektivních úkolů.
25. Úřad v bodě 134 prvostupňového rozhodnutí o zákazu plnění zdůvodnil, že stanovil odkladnou lhůtu v délce 7 měsíců, jelikož dle Úřadu odkladná lhůta v délce 7 měsíců představuje pro zadavatele dostatečnou dobu pro realizaci výběru dodavatele nesplněné části předmětu plnění smlouvy (nejpravděpodobněji III. etapa), která by měla pokrýt jak **provedení samotného zadávacího řízení**, tak i eventuálně dobu nezbytnou pro řešení námitek u zadavatele, resp. případně následně podaného návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu.
26. V bodě 135 prvostupňového rozhodnutí o zákazu plnění Úřad zdůraznil, že **stanovení lhůty delší než 7 měsíců by zadavateli reálně umožnilo realizovat i III. etapu**, která má termín plnění „nejdříve od 1. 3. 2019 a nejpozději do 31. 10. 2019“ a **účel správního řízení by tak byl s největší pravděpodobností zcela zmařen.**
27. Z výše citovaných bodů prvostupňového rozhodnutí o zákazu plnění, které bylo aprobováno předsedou Úřadu i ve 2. stupni správního řízení je tak zřejmé, že zákaz plnění byl od počátku uložen s odkladem, v rámci kterého měl zadavatel z předmětné veřejné zakázky, při jejímž zadávání porušil zákon, plnit jenom a pouze nezbytně nutnou část pro zajištění obranyschopnosti (maximálně realizaci řečených dvou etap plnění). Zároveň byla zadavateli poskytnuta možnost k tomu, aby v této odkladné lhůtě provedl řádné zadávací řízení a zbývající část předmětu veřejné zakázky (minimálně odpovídající etapě III) zajistil v souladu se zákonem, což však neučinil. Jak totiž vyplývá z bodů 11 a 14 napadeného rozhodnutí, zadavatel realizoval smlouvu kompletně včetně III. etapy, čímž nevyužil možnost danou mu Úřadem při uložení zákazu plnění smlouvy s odkladem.
28. Je třeba zdůraznit, že odklad zákazu plnění nevedl k legitimizaci postupu zadavatele, jeho pochybení tím nebylo nikterak umenšeno, jelikož důvodnost uložení zákazu plnění Úřad seznal, když jej také uložil. Odklad zákazu plnění vyjádřil veřejný zájem vyžadující dočasné pokračování plnění dané smlouvy, ovšem nikoli pro realizaci všech jejích etap, ale pouze

jejího nejnezbytnějšího rozsahu. Odklad zákazu plnění však v žádném případě nijak „nezlehčil“ pochybení zadavatele.

29. Účel správního řízení vedeného ve věci uložení zákazu plnění však byl zmařen, čímž došlo k nežádoucí situaci, kterou zmínil Úřad právě ve výše uvedeném bodě 135 prvostupňového rozhodnutí o zákazu plnění. Úřad tedy při ukládání zákazu plnění s odkladem nebyl v žádném případě srozuměn s tím, že dojde ke splnění celého předmětu smlouvy. Naopak takový postup zadavatele rozhodně nepovažoval za žádoucí a právě odkladem zákazu plnění dal zadavateli možnost co nejdříve přistoupit k zadávání nové veřejné zakázky na zbývající část plnění v souladu se zákonem, což zadavatel neučinil, když připustil kompletní splnění celé veřejné zakázky, jejíž plnění bylo zakázáno být s odkladem směřovaným však pouze k umožnění realizace jen toho nejnutnějšího plnění.
30. Co se potom týče námitky zadavatele, že Úřad zahájil správní řízení o tomto přestupku s určitým časovým odstupem od řízení o uložení zákazu plnění vedeného na návrh, tak uvádím, že ji neshledávám opodstatněnou. Úřad se o spáchání přestupku, k němuž došlo zadáním veřejné zakázky, tj. uzavřením smlouvy dne 22. 12. 2017, dozvěděl z návrhu navrhovatele STV GROUP a.s., který obdržel dne 31. 1. 2018, řízení o přestupku bylo zahájeno doručením oznámení o zahájení řízení z moci úřední dne 14. 3. 2019 zadavateli. K uplynutí lhůty vymezené v § 270 odst. 5 zákona pro zahájení řízení tedy nedošlo a odpovědnost obviněného za přestupek uplynutím promlčecí doby nezanikla, jak výslovně uvedl Úřad v bodě 49 napadeného rozhodnutí. Z žádného ustanovení zákona nevyplývá, že by měl Úřad zahajovat řízení o přestupku v bezprostřední návaznosti na řízení o zákazu plnění smlouvy. Řízení o přestupku zadavatele je zcela samostatné řízení a Úřad je povinen je zahájit před uplynutím promlčecí doby v souladu s § 270 odst. 5 zákona, což je v daném případě dodrženo.
31. Ani odkaz zadavatele na § 270 odst. 3 zákona, dle kterého má-li být uložen zákaz plnění smlouvy, přihlédne se při určení výměry pokuty zadavateli též k tomu, v jakém rozsahu bylo již ze smlouvy plněno, neshledávám případným. Dle komentáře k § 270 odst. 3 zákona (viz JUDr. Vilém PODEŠVA, LL.M., Mgr. Lukáš SOMMER, JUDr. Jiří VOTRUBEC, JUDr. Martin FLAŠKÁR, Mgr. Jiří HARNACH, Mgr. Jan MĚKOTA, JUDr. Martin JANOUŠEK aj. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář [Systém ASPI]. Wolters Kluwer) platí: *„Pokud má být uložen zákaz plnění smlouvy podle § 263 odst. 1, přihlédne ÚOHS při určení výměry pokuty také k tomu, v jakém rozsahu bylo již z dotčené smlouvy plněno. Pokud bude zákaz plnění smlouvy uložen hned na počátku realizace této smlouvy, bude pokuta uložená ÚOHS nižší, neboť lze očekávat, že při opětovném zadání zbývající části veřejné zakázky již bude postupováno v souladu se zákonem. Pokud však již bude větší část smlouvy splněna, nebude možné reálné nápravy dosáhnout, a pokuta uložená ze strany ÚOHS bude proto vyšší.“* Toto ustanovení se totiž vztahuje k situaci, kdy je uložen zákaz plnění bez dalšího, tedy jeho uložení je veškeré další plnění znemožněno.
32. V daném případě byl zákaz plnění uložen s odkladem za účelem umožnění splnění jen té nejnezbytnější části veřejné zakázky. To, že zadavatel v odkladné lhůtě umožnil kompletní splnění celé zakázky, může jít jedině k jeho tíži. Z výše zmíněných pasáží prvostupňového rozhodnutí o zákazu plnění je zřejmé, že Úřad zadavateli rozhodně „neodsouhlasil“ splnění všech etap smlouvy. Nakolik bude zadavatel realizovat předmětnou veřejnou zakázku – minimálně co se týče její III. etapy – tak měl zadavatel „ve svých rukou“ a rozhodně měl volit

takový postup, aby alespoň III. etapu původní smlouvy zadal v novém zadávacím řízení, které by bylo již v souladu se zákonem.

33. S ohledem na výše řečené konstatuji, že naplnění skutkové podstaty přestupku posoudil Úřad v napadeném rozhodnutí (mj. v jeho bodech 35 až 43, zejm. pak v bodě 38) správně, když konstatoval, že tím, že zadavatel neoznámil výběr dodavatele Česká zbrojovka a.s. ostatním účastníkům zadávacího řízení, mohla tato skutečnost ovlivnit výběr dodavatele, neboť nelze vyloučit, že kdyby zadavatel dodržel pravidlo stanovené zákonem a odeslal oznámení o výběru dodavatele podle § 123 zákona ostatním účastníkům zadávacího řízení, mohli ostatní účastníci zadávacího řízení obdržet informace o hodnocení nabídek, výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele (seznam dokladů, kterými vybraný dodavatel prokazoval kvalifikaci, údaje rozhodné pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace), se kterými by mohli nesouhlasit a rozporovat je tak, že by mohli podat námitky, které, pokud by jim ze strany zadavatele bylo vyhověno, mohly vést i ke zrušení výběru dodavatele Česká zbrojovka a.s., a v konečném důsledku i k následnému uzavření smlouvy s jiným dodavatelem. Co se tedy týče materiální stránky přestupku, tak podotýkám, že obecně platí presumpce škodlivosti jednání naplňujícího formální znaky přestupku, zde však navíc je škodlivost postupu zadavatele zcela patrná, což vyvrací námitku zadavatele zmiňující pouze ohrožující charakter svého pochybení.
34. V této souvislosti je třeba bezvýhradně trvat na tom, že uzavření smlouvy na veřejnou zakázku musí vždy předcházet odesláním oznámení o výběru dodavatele všem účastníkům zadávacího řízení, aby se všichni účastníci zadávacího řízení mohli na základě zaslání oznámení nejen seznámit s výsledkem zadávacího řízení, ale i s celým průběhem zadávacího řízení po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Oznámení o výběru dodavatele je klíčovým a v podstatě jediným dokumentem, na základě kterého mohou účastníci zadávacího řízení vyhodnotit, zda zadavatel v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku po uplynutí lhůty pro podání nabídek postupoval v souladu se zákonem a jím stanovenými zadávacími podmínkami a rozhodnout se, zda proti výběru dodavatele, či jemu předcházejícímu postupu zadavatele podají na základě § 241 zákona námitky či nikoliv.
35. To, že zadavatel v rozkladu tvrdí, že o výběru dodavatele rozhodl v souladu s výsledky zadávacího řízení a že nebylo nijak pokřiveno, je jeho do jisté míry subjektivní tvrzení – v zásadě je o správnosti svého postupu navenek přesvědčen téměř každý zadavatel. Takové přesvědčení však zadavatele nijak nezprošťuje povinnosti odeslat oznámení o výběru dodavatele všem účastníkům zadávacího řízení. Všichni účastníci zadávacího řízení totiž mají přímo ze zákona právo se s postupem zadavatele v průběhu zadávacího řízení zavčas seznámit a i jej případně v námitkách, potažmo v návrhu na zahájení správního řízení u Úřadu rozporovat. Aby dodavatelé nepodávali neopodstatněné či přímo šikanózní návrhy u Úřadu, k tomu slouží institut kauce, která musí být složena s podáním návrhu, a pokud se namítaná pochybení zadavatele u Úřadu neprokáží, dodavatel o kauci přichází, když propadne do státního rozpočtu. Takový je standardní zákonný postup a zadavatel do něj nemůže svévolně zasahovat a bránit dodavatelům v přístupu k informacím neodesláním oznámení o výběru dodavatele.
36. Újma na právech dodavatele může spočívat i ve ztrátě potenciální možnosti získat veřejnou zakázku. V tomto kontextu lze odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 54/2012 – 443 ze dne 9. 4. 2013, v němž je uvedeno, že „[k] tomu zda podmínka hrozící nebo

vzniklé újmy byla splněna, soud vycházel také z rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. 7. 2010, č. j. R158/2009/VZ-10447/2010/310-Asc, kde se uvádí: „Co se týče vyjádření újmy, lze souhlasit s navrhovatelem (a potažmo i s napadeným rozhodnutím), že v zásadě postačí, aby byla prokázána alespoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. (...)“ Jakkoli byl tedy zadavatel přesvědčen, že ostatní uchazeči na rozdíl od vybraného dodavatele v zadávacím řízení uspěli méně, nemohl jim možnost se s jeho výsledkem seznámit a i jej případně napadnout odepírat tím, že jim oznámení o výběru dodavatele vůbec neodeslal. Možnost ovlivnit výběr dodavatele tak byla neodesláním oznámení o výběru dodavatele ze strany zadavatele naplněna.

K uložení pokuty

37. Co se potom týče konkrétní výše uložené pokuty Úřadem, tak připouštím, že je pokuta poměrně vysoká, ale její opodstatněnost právě v takové výši je Úřadem dostatečně odůvodněna i s ohledem na závažnost pochybení zadavatele. Jak správně k závažnosti přestupku konstatoval Úřad v bodě 55 napadeného rozhodnutí, přezkum postupu zadavatele v předmětném zadávacím řízení byl tím, že uzavřel smlouvu dříve, než ostatním účastníkům zadávacího řízení zaslal oznámení o výběru dodavatele, zcela zmařen. Účastníci zadávacího řízení tedy nemohli podat námitky zadavateli proti výběru dodavatele Česká zbrojovka a.s., a následně se bránit případným podáním návrhu u Úřadu, který by mohl v době, kdy by to ještě bylo efektivní (před uzavřením smlouvy), nařídit opatření k nápravě eventuálního nezákonného postupu zadavatele.
38. V bodě 56 potom Úřad doplnil, že z hlediska intenzity zásahu do právem chráněného zájmu (právo dodavatelů na podání námitek jako opravného prostředku proti nesprávnému postupu zadavatele v zadávacím řízení) se jedná o jedno z nejzávažnějších porušení zákona ze strany zadavatele, neboť v daném případě od rozhodnutí o výběru dodavatele Česká zbrojovka a.s. ignoroval práva ostatních účastníků zadávacího řízení, když jim nezaslal oznámení o výběru dodavatele, od jehož doručení se odvíjí lhůta pro podání námitek ve smyslu § 242 odst. 2 zákona. Za takové situace opravdu vůbec nehraje roli, že zadavatel byl přesvědčen, že v zadávacím řízení postupoval korektně, když vybral vybraného dodavatele. I po provedeném zadávacím řízení totiž zadavatel musí respektovat zákonná ustanovení, což zahrnuje i jeho povinnost o svém postupu transparentně informovat i všechny ostatní účastníky zadávacího řízení právě i formou oznámení o výběru dodavatele.
39. Úřad tedy řádně a dostatečně posoudil a odůvodnil závažnost a následky přestupku. Neopomněl zohlednit i polehčující okolnost, že zadavatel nevyločil soutěžní prostředí a veřejnou zakázku zadával v zadávacím řízení, nabídky hodnotil podle kritéria nejnižší nabídkové ceny a smlouvu uzavřel s dodavatelem, jehož nabídková cena byla nejnižší. Což jsou právě argumenty, kterými se zaštiťoval zadavatel, které jej však nikterak nezprošťují jeho odpovědnosti za přestupek. Jako přitěžující okolnost potom Úřad zohlednil, že je zadavatel ústředním orgánem státní správy, kterého lze řadit mezi tzv. „velké zadavatele“, neboť veřejné zakázky běžně zadává ve značném počtu i rozsahu, a tudíž by měl mít osvojené „zadávací“ procesy tak, aby veřejné zakázky zadával v souladu se zákonem. Úřad se při posouzení následku správního trestání zabýval i dobou, která uplynula od spáchání přestupku do jeho potrestání, a konstatoval, že účinnost působení uložené pokuty

na obviněného není snížena dobou, která uplynula od spáchání přestupku do jeho potrestání.

40. Úřad vzal v potaz rovněž ekonomickou situaci obviněného. Úřad při ukládání pokuty taktéž přihlédl k souběhu s přestupkem, o kterém bylo Úřadem rozhodnuto ve výroku I. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0326/2018/VZ-27321/2018/532/KSt ze dne 18. 9. 2018, který byl spáchán dne 9. 5. 2018, a za nějž byla Úřadem obviněnému uložena pokuta ve výši 40 000 Kč. Podle názoru Úřadu uložená pokuta plní preventivní i represivní funkci právní odpovědnosti, přičemž svou výší, která činí jen cca 0,14 % příjmů zadavatele, akcentoval spíše její preventivní funkci.
41. V bodě 51 napadeného rozhodnutí Úřad vyčíslil, že cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil přestupku, činí podle uzavřené smlouvy i faktur doložených zadavatelem 192 710 293,05 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty tedy činí částku 19 271 029,305 Kč. Pokuta ve výši 7 200 000 Kč se sice v absolutní částce jeví vysoká, nicméně i tak nedosahuje ani 40 % její maximální možné výše, jak podotkl Úřad v bodě 59 napadeného rozhodnutí. S ohledem na fakt, že pokuta je uložena ve spodní polovině její možné zákonné sazby, dodávám, že ji nelze považovat za trest exemplární. Je třeba zároveň zdůraznit, že pokuta zastává i funkci generální prevence a při zohlednění závažnosti zadavatelova pochybení je pokuta ukládána rovněž za tím účelem, aby se i jiní zadavatelé takových se zákonem rozporných postupů vyvarovali.
42. Vzhledem k tomu, že jsem uloženou pokutu přezkoumal z hlediska její přiměřenosti a zákonnosti, stejně jako i postup Úřadu při jejím ukládání, mohu říci, že uložená pokuta je přiměřená významu spáchaného správního deliktu, když se typově jedná o jedno z nejzávažnějších možných pochybení zadavatele. Dále připomínám, že ukládaná sankce nereflektuje jen peněžní částku poskytnutou za plnění v rámci určité veřejné zakázky, nýbrž že zohledňuje i řadu dalších okolností, které formují vlastní úvahy Úřadu o konkrétní výši pokuty v tom kterém samostatném případě. Z hodnoty veřejné zakázky se v souladu se zákonem stanoví finanční rozpětí, v němž Úřad může uložit určitý peněžitý postih, nicméně a priori taková hodnota z pohledu její výše neukazuje na společenskou škodlivost či závažnost deliktního jednání bez toho, aniž by byly zohledněny veškeré skutečnosti individuální pro každý jednotlivý případ. Úřad v bodě 41 napadeného rozhodnutí vhodně odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 61/2016-38 ze dne 28. 6. 2016, z jehož závěrů citovaných Úřadem je patrné, že přestupky jsou koncipovány jako ohrožující, na což je navázáno i uložení sankce. Argument zadavatele, že v daném případě nešlo o „poškozující“ přestupek, tak na správnosti závěrů a úvah Úřadu o pokutě ničeho nezmění.
43. V návaznosti na výše uvedené ještě zdůrazňuji, že je pokuta ukládána v této výši i s ohledem na fakt, že navzdory uloženému zákazu plnění (byť s odkladem), nevyčerpal zadavatel pouze nezbytně nutnou část plnění pro zajištění částečné obranyschopnosti do doby, než budou moci vypsát nové zákonné zadávací řízení, ale vyčerpal v rozporu s podmínkami uvedenými v rozhodnutích o zákazu plnění celý původní předmět smlouvy. Za to, že se výše pokuty odvozovala z ceny kompletně splněné veřejné zakázky, je tak zodpovědný právě zadavatel.
44. Pro úplnost mohu odkázat i na závěr Nejvyššího správního soudu, sp. zn. 7 As 15/2013 deklarující, že výše pokuty je do značné míry správním uvážením Úřadu: „*Nelze po správních orgánech očekávat přesné zdůvodnění, proč byla uložena pokuta zrovna ve výši 200 000 Kč*“

a nikoliv například ve výši 210 000 Kč. Podstatou správní uvážení je, že s ohledem na pestrost možných situací není možné nastavit žádný univerzální vzorec pro výpočet konkrétní výše pokuty. Pokud by tomu tak bylo, zahrnul by jej bezesporu zákonodárce přímo do zákona. Z hlediska soudního přezkumu je rozhodné, že výše pokuty byla uložena v zákonném rozmezí a řádně zdůvodněna, bylo přihlédnuto ke všem zákonným hlediskům a úvahy žalované se pohybují v mezích správního uvážení.“ V návaznosti na výše uvedené mohu konstatovat, že Úřad uložil pokutu v zákonném rozmezí, když maximální výše pokuty mohla být až 19 271 029,305 Kč, výši pokuty rovněž řádně zdůvodnil a přihlédl ke všem zákonným hlediskům, čímž dostatečně naplnil v tomto bodě citované požadavky Nejvyššího správního soudu pro uložení peněžité sankce za správní delikt.

45. S ohledem na výše uvedené tedy uzavírám, že Úřad v napadeném rozhodnutí řádně vymezil znaky skutkové podstaty přestupku, posoudil všechny okolnosti případu a uložil pokutu přiměřenou těmto okolnostem za současné individualizace trestu.

VI. Závěr

46. Ve smyslu § 98 odst. 1 zákona o přestupcích jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrocích a jeho věcnou správnost v plném rozsahu a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem dospěl k závěru, že Úřad při vydání napadeného rozhodnutí postupoval v souladu se zákonem, správním řádem a zákonem o přestupcích, nejsou tak naplněny předpoklady pro jeho zrušení nebo změnu.
47. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Česká republika – Ministerstvo obrany, Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6

Vypraveno dne:

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