UOHSX00EKGB9

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0039/2021/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-09721/2021/162/HSc Brno 07.04.2021

V řízení o rozkladu ze dne 16. 2. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

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

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0514/2020/VZ, č. j. ÚOHS-03959/2021/500/AIv ze dne 2. 2. 2021 vydanému ve správním řízení ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů obviněným ve věci veřejné zakázky „**Víceúčelové vrtulníky - nákup**“ zadávané mimo zadávací řízení, na kterou byla dne 21. 11. 2019 mezi obviněným a vládou Spojených států amerických uzavřena smlouva,

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

I.

Výrok I rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0514/2020/VZ, č. j. ÚOHS-03959/2021/500/AIv ze dne 2. 2. 2021 podle § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

m ě n í m

tak, že tento nově zní:

Obviněný – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany – **se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona** č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů tím, že **nedodržel pravidlo pro zadání veřejné zakázky stanovené v § 246 odst. 1 písm. b) citovaného zákona**, když dne 21. 11. 2019 **uzavřel** s vládou Spojených států amerických **smlouvu na veřejnou zakázku** „Víceúčelové vrtulníky – nákup“ **do doby doručení rozhodnutí o námitkách** podaných stěžovatelem – Leonardo S.p.A., reg. č. 00401990585, se sídlem Piazza Monte Grappa 4, 00195 Řím, Itálie, které obviněný obdržel dne 20. 11. 2019 a o nichž rozhodl až dne 5. 12. 2019 a téhož dne je tomuto stěžovateli i doručil, **přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a zadal veřejnou zakázku**.

II.

Výroky II a III rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0514/2020/VZ, č. j. ÚOHS-03959/2021/500/AIv ze dne 2. 2. 2021

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Postup před zahájením řízení o přestupku

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem, obdržel dne 11. 12. 2019 návrh na zahájení řízení o přezkoumání postupu zadavatele Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova, 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany (dále jen „**obviněný**“ nebo též „**zadavatel**“), který zadal dne 21. 11. 2019 mimo zadávací řízení veřejnou zakázku „Víceúčelové vrtulníky – nákup“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) vládě Spojených států amerických. Návrh podal navrhovatel Leonardo S. p. A., reg. č. 00401990585, se sídlem Piazza Monte Grappa 4, 00195 Řím, Itálie (dále jen „**navrhovatel**“ nebo „**Leonardo S. p. A.**“). Dne 24. 8. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0087/2020/VZ, č. j. ÚOHS26228/2020/513/JLí, ve kterém konstatoval, že návrh navrhovatele na uložení zákazu plnění smlouvy uzavřené dne 21. 11. 2019 mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem na plnění veřejné zakázky, se podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. O rozkladu

podaném navrhovatelem rozhodl předseda Úřadu rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-R0180/2020/VZ č. j. ÚOHS-31328/2020/322/HSc dne 13. 11. 2020 tak, že rozhodnutí Úřadu potvrzuje a rozklad zamítá. Z odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-31328/2020/322/HSc dne 13. 11. 2020 vyplynula zjištění o možném spáchání přestupku ze strany zadavatele.

II. Průběh správního řízení

2. Úřad považoval skutková zjištění získaná v rámci řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0087/2020/VZ za dostatečná a považoval za prokázané, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, zahájil tedy postupem podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o přestupcích**“) a podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), řízení o přestupku z moci úřední vydáním příkazu č. j. ÚOHS-39671/2020/500/ISo ze dne 8. 12. 2020 (dále jen „**příkaz**“).

3. Příkaz, kterým Úřad rozhodl o tom, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona (výrok I. příkazu), a současně byla obviněnému za spáchání přestupku uložena pokuta ve výši 550 000 000 Kč (výrok II. příkazu), byl obviněnému doručen dne 8. 12. 2020. Tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 správního řádu a § 90 odst. 1 zákona o přestupcích ve spojení s § 150 odst. 1 správního řádu zahájeno řízení o přestupku z moci úřední.

4. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 256 zákona obviněný.

5. Proti uvedenému příkazu podal obviněný dne 15. 12. 2020 odpor z téhož dne. Podle § 150 odst. 3 správního řádu se podáním odporu příkaz ruší a řízení pokračuje, přičemž lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu.

III. Napadené rozhodnutí

6. Dne 2. 2. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0514/2020/VZ, č. j. ÚOHS-03959/2021/500/AIv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“) kterým rozhodl ve výroku I tak, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel pravidlo pro zadání veřejné zakázky stanovené v § 246 odst. 1 písm. b) zákona, když dne 21. 11. 2019 uzavřel s vládou Spojených států amerických smlouvu na veřejnou zakázku před rozhodnutím o námitkách podaných společností Leonardo S. p. A., které obviněný obdržel dne 20. 11. 2019 a o nichž rozhodl až dne 5. 12. 2019, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele a zadal veřejnou zakázku (dále jen „**přestupek**“).

7. Ve výroku II rozhodnutí Úřad za spáchání výše uvedeného přestupku obviněnému uložil pokutu ve výši 550 000 000 Kč. Ve výroku III rozhodnutí Úřad obviněnému uložil uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč.

8. Z odůvodnění se podává, že zadavatel rozhodl o námitkách společnosti Leonardo S. p. A až po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, důvodem pro odmítnutí námitek byl nedostatek legitimace navrhovatele k podání námitek. Zadavatel nerespektoval tzv. „blokační dobu“ dle § 246 odst. 1 písm. b) zákona. Úřad dospěl k závěru, že podatel námitek Leonardo S. p. A byl aktivně legitimován k podání námitek i návrhu, neboť je dodavatelem ve smyslu § 5 zákona (do jeho portfolia spadá řada civilních i armádních

vrtulníků, navrhovatelem nabízené vrtulníky AW-139M slouží v armádách řady zemí) a je možné jej považovat za dodavatele přicházejícího v úvahu k plnění veřejné zakázky (mimo jiné dle dokumentu č. j. MO 42117/2018-1122 ze dne 7. 2. 2018 Armády České republiky „Analýza dostupnosti vrtulníků dle požadavků AČR"). Námitky byly navrhovatelem podány proti „postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem". Otázka legitimace navrhovatele k podání námitek byla navíc již rozhodnuta rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-31328/2020/322/HSc ze dne 13. 11. 2020.

9. Možný vliv na výběr dodavatele Úřad spatřuje v tom, že kdyby obviněný dodržel pravidlo stanovené v § 246 odst. 1 písm. c) zákona, nelze vyloučit, že výsledkem rozhodování o námitkách by mohlo dojít i k případné korekci postupu obviněného např. zahájením zadávacího řízení (např. i v důsledku obav o mediální obraz obviněného), ve kterém by mohl navrhovatel či další dodavatelé lépe reagovat na zadávací podmínky, hodnocení nabídek by bylo transparentnější než při zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení a obviněný by musel svůj výběr transparentně zaznamenat/zdokladovat. Vliv na výběr dodavatele postačí dle Úřadu v rovině potenciality. Nepodstatná je tedy námitka, že by zadavatel vždy smlouvu uzavřel s vládou Spojených států amerických, neboť takový výklad by směřoval k potlačení smyslu a účelu institutu námitek.

10. Porušení zákona zadavatelem bylo nutno dle Úřadu kvalifikovat jako velmi závažné, neboť zadavatel naprosto nepřijatelným způsobem zmařil proces vyřizování námitek, navíc při postupu dle § 191 odst. 1 písm. c) zákona, který je z povahy věci méně transparentní. Význam chráněného zájmu (právo navrhovatele na podání námitek) bude v případě zakázky o miliardové hodnotě navíc nepochybně větší, než např. u zakázky v hodnotě řádu miliónů Kč.

11. Úřad zohlednil i to, že zadavateli ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0087/2020/VZ nebyl uložen zákaz plnění smlouvy podle § 264 odst. 1 zákona, což by zadavatele rovněž negativně zasáhlo. Přitěžující okolností je skutečnost, že obviněný je zadavatelem, který by měl být zkušený a disponuje dostatečným odborným personálem. Zadavatel se dále dopustil spáchání přestupku chránícího stejný veřejný zájem opakovaně (v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Nákup munice 2017/I – Ruční útočné granáty 2" před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele uzavřel smlouvu na plnění citované veřejné zakázky).

IV. Rozklad obviněného

12. Dne 16. 2. 2021 podal obviněný proti napadenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 2. 2. 2021. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námitky rozkladu

13. Zadavatel tvrdí, že účelem institutu námitek je ochrana dodavatele před újmou způsobenou postupem zadavatele v rozporu se zákonem, dle ustanovení § 241 zákona je zjevné, že pro úpravu aktivní legitimace k podání námitek je rozhodující reálnost hrozby či existence újmy.

14. Dle zadavatele je k podání námitek dle ustanovení § 241 odst. 2 písm. c) zákona legitimován pouze takový dodavatel, který je schopen příslušnou veřejnou zakázku objektivně plnit, nikoliv tedy každý dodavatel pohybující se na příslušném trhu. Dle zadavatele navrhovatel v rozhodné době nesplňoval nepřekročitelná kritéria zadavatele, a tudíž jej ani nebylo možno považovat za potenciálního dodavatele veřejné zakázky.

15. Zadavatel tvrdí, že provedl několik kaskádovitě navazujících průzkumů trhu, v nichž byla zohledněna kritéria vrtulníků, a zjistil, že v rozhodném období na trhu ČR ani EU neexistuje řešení, které by bylo pro naplnění potřeb AČR plně vyhovující, neexistuje tedy v rámci EU hospodářská soutěž. Jako jediné řešení, které požadavky AČR naplnilo, bylo vyhodnoceno řešení nabízené vládou Spojených států amerických, tj. komplexní vrtulníkový systém H-1 od US Navy.

16. Vrtulník navrhovatele, AW-139M, je sice v dnešní době provozován v „militarizované verzi“ ve 24 státech světa, ve všech těchto státech však plní pouze úkoly pátrání a záchrany a přepravy osob a nákladu, popř. úkoly velmi omezeného bojového pátrání a záchrany (CSAR).

17. Úřad se odkazuje ve svém rozhodnutí na interní dokument zadavatele, č. j.: MO 42117/2018-1122, který není veřejně přístupný a ani jej zadavatel stěžovateli neposkytl, byl identifikován jako dokument ztracený během resortního úniku informací. Takto získaný dokument nemůže být dle zadavatele použit jako řádný podklad pro rozhodnutí Úřadu.

18. Zadavatel dále upozorňuje, že navrhovatel sám se průzkumu trhu i zadávacího postupu nikdy přímo neúčastnil, jediným vyzvaným subjektem/účastníkem postupu, byla vláda Italské republiky, která jediná mohla být legitimována k podání námitek, neboť postup podle ustanovení § 191 odst. 2 písm. c) zákona lze zvolit pouze v případě, kdy je veřejná zakázka zadána vládě nebo místní správě jiného státu.

19. Úřad dle názoru zadavatele v podstatě definici újmy za navrhovatele doplnil, námitky podané navrhovatelem byly ve skutečnosti obstrukční. I přes odmítnutí pro neoprávněnost k podání zadavatel námitky věcně a vyčerpávajícím způsobem vypořádal. Dle názoru zadavatele, v případech, kdy jsou dány důvody pro odmítnutí podaných námitek podle § 245 odst. 3 zákona, blokační doby k uzavření smlouvy plynout nemohou. Úřadem citovaná rozhodovací praxe týkající se hrozby újmy se vztahovala k otevřeným zadávacím řízením, nelze ji proto pro postup podle § 191 odst. 2 písm. c) zákona použít.

20. Tvrzení Úřadu, že by nabídka jiného dodavatele mohla být pro obviněného výhodnější, bylo v době uzavření smlouvy na pořízení 12 víceúčelových vrtulníků naprosto vyloučené, obviněný nemohl vybrat jiného dodavatele než vládu USA. Úřad se v tomto směru neřídil zásadou materiální pravdy, když nezjistil vlastní činností stav věci prostý důvodných pochybností. Napadené rozhodnutí postrádá kvalifikovanou úvahu o možném vlivu pochybení zadavatele na výběr dodavatele dle závěrů uvedených v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 8. 2016, č. j. 9 As 63/2016.

21. K výši pokuty zadavatel uvádí, že v projednávaném případě existovaly individuální skutkové okolnosti, které ospravedlňují uložení pokuty pouze v symbolické výši. Je toho názoru, že pokuta je zcela nepřiměřená vzhledem k závažnosti správního deliktu, neodpovídá

způsobu spáchání ani následkům a nebyly zohledněny všechny relevantní okolnosti. Způsob odůvodnění pokuty je příliš obecný.

22. Obviněný též uvádí, že napadené rozhodnutí je vůbec první rozhodnutí Úřadu týkající se takového případu, a tedy obviněný nemohl nijak zohlednit současný právní názor Úřadu.

Závěr rozkladu

23. Rozklad neobsahuje konkrétní petit, s ohledem na ustanovení § 82 odst. 2 správního řádu je nutno vycházet z toho, že zadavatel se domáhá zrušení celého rozhodnutí.

V. Řízení o rozkladu

24. 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.

Stanovisko předsedy Úřadu

25. 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 předseda podle § 89 odst. 2 správního řádu ve spojení s § 98 odst. 1 zákona o přestupcích přezkoumal soulad výroků napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i jeho správnost v plném rozsahu, přičemž s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

26. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl ve výroku I tak, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel pravidlo pro zadání veřejné zakázky stanovené v § 246 odst. 1 písm. b) zákona, když uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku **před rozhodnutím o námitkách** podaných stěžovatelem, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele a zadal veřejnou zakázku, nepřesně konkretizoval způsob porušení § 246 odst. 1 písm. b) zákona, neboť citované ustanovení pracuje s okamžikem doručení rozhodnutí o námitkách, nikoliv s okamžikem přijetí takového rozhodnutí, jak se nabízí ze znění výroku I napadeného rozhodnutí. Z tohoto důvodu bylo nutno přistoupit k částečné změně výroku I, avšak nikoliv ke změně závěru o tom, že se obviněný porušení § 246 odst. 1 písm. b) zákona, jakož i přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona dopustil.

27. Dále Úřad tím, že výrokem II napadeného rozhodnutí uložil zadavateli pokutu ve výši 550 000 000 Kč a výrokem III uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

28. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které bylo přistoupeno k provedení změny výroku I napadeného rozhodnutí a dále k potvrzení výroku II a III napadeného rozhodnutí, současně se zamítnutím celého rozkladu.

VI. K námitkám rozkladu

Dotčená právní úprava

29. Z ustanovení § 191 odst. 2 písm. c) zákona vyplývá, že zadavatel není povinen zadat v zadávacím řízení veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti, jestliže jsou zadávány

veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. a) vládě nebo místní správě jiného státu a jejich předmětem jsou

1. dodávky vojenského či citlivého materiálu,

2. stavební práce či služby přímo související s dodávkami podle bodu 1,

3. stavební práce či služby výhradně pro vojenské účely, nebo

4. citlivé stavební práce či citlivé služby.

30. Podle § 241 odst. 2 zákona se námitky podle odstavce 1 podávají písemně a lze je podat proti

a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek,

b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo

c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.

31. Jak vyplývá z § 241 odst. 3 zákona, námitky týkající se jiných úkonů či opomenutí zadavatele, než je stanovení zadávacích podmínek, volba druhu zadávacího řízení, režimu veřejné zakázky a postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, může podat pouze účastník zadávacího řízení.

32. Podle § 246 odst. 1 písm. b) zákona zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli, byly-li námitky podány.

33. Zadavatel se podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená 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.

K potvrzení závěrů napadeného rozhodnutí a doplnění výroku I

K provedení změny výroku I napadeného rozhodnutí

34. Podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část změní; změnu nelze provést, pokud by tím některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se.

35. Výše uvedené ustanovení správního řádu umožňuje odvolacímu správnímu orgánu provést změnu rozhodnutí vydaného správním orgánem prvního stupně za situace, kdy dospěje k závěru, že je napadené rozhodnutí v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, tedy pokud po přezkoumání napadeného rozhodnutí dospěje k odlišnému právnímu závěru s ohledem na skutková zjištění obsažená ve správním spisu či zjištěná v průběhu odvolacího řízení. Za těchto podmínek je oprávněn změnit napadené rozhodnutí tak, že celé výroky či jejich část nahradí vlastním rozhodnutím. Je však nutno poznamenat, že ke změně není odvolací správní orgán oprávněn přistoupit kdykoliv, neboť je v této možnosti omezen. Například tak nemůže dojít ke změně napadeného rozhodnutí za situace, kdy by účastníku hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se proti změněnému rozhodnutí. K této

problematice se obdobně vyjadřuje i odborná literatura, např. publikace Jemelka, L., Pondělíčková, K., Bohadlo, D.: Správní řád. Komentář. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 503 a násl. k § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu: *"Odvolací orgán tak nahradí některé výroky či celou výrokovou část svým rozhodnutím, vycházeje z odlišného právního názoru na skutková zjištění obsažená v předloženém spisovém materiálu či doplněná odvolacím orgánem. Jak je již uvedeno výše, změna rozhodnutí by měla být odvolacím orgánem preferována před zrušením rozhodnutí a vrácením věci k novému projednání, pokud jsou k tomu splněny zákonné předpoklady. Pokud správní orgán změní jen část napadeného rozhodnutí, musí je ve zbytku potvrdit dle odstavce 5 věty druhé tohoto ustanovení a nemůže například konstatovat, že další části rozhodnutí ponechává beze změny. Omezující podmínkou, kdy změnu nelze provést, je situace, kdy by změnou rozhodnutí některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se. Toto omezení zabraňuje tzv. překvapivým rozhodnutím, kdy by například odvolací správní orgán rozšířil sankční řízení na další skutkové podstaty správních deliktů, neboť proti ‚přidaným' skutkovým podstatám správních deliktů by již účastník neměl možnost podat odvolání, což je v rozporu se zásadou dvojinstančnosti správního řízení. Vyloučeno ovšem není například upřesnění napadeného výroku rozhodnutí, jehož obsah zůstává v kontextu jeho odůvodnění nezměněn (srov. např. NSS 8 As 6/2013)."*

36. Výrok I napadeného rozhodnutí konstruoval porušení právní povinnosti tak, že obviněný uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku před rozhodnutím o námitkách. Dikci ustanovení § 246 odst. 1 písm. b) zákona však lépe odpovídá závěr, že obviněný porušil svoji zákonnou povinnost tím, že smlouvu uzavřel „do doby doručení rozhodnutí o námitkách", tedy před okamžikem, než bylo rozhodnutí o námitkách stěžovateli doručeno. Výrok I napadeného rozhodnutí byl tedy změněn v tomto smyslu a zároveň byl do něj doplněn údaj o okamžiku doručení rozhodnutí o námitkách.

37. Z výše uvedených důvodů je nutno dospět k závěru, že byly splněny podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí v jeho výroku I. Je tedy třeba současně vypořádat otázku, zda změnou napadeného rozhodnutí nemůže být účastníkům řízení způsobena újma spočívající v tom, že by jim byla odňata možnost podat proti takové změně odvolání, případně zda se nejedná o tzv. překvapivé rozhodnutí. Taková situace však v daném případě nenastala, když veškerá pochybení byla obviněnému vytčena již v napadeném rozhodnutí, pouze ve výroku samotném byl uveden popis situace, v níž došlo k nedodržení tzv. „blokační doby", tak, že neodpovídal přesně dikci § 246 odst. 1 písm. b) zákona, což bylo změnou tohoto výroku napraveno. I v napadeném rozhodnutí se Úřad zabýval otázkou, zda zadavatel dodržel svou povinnost zdržet se uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky v tzv. blokační době, odkazoval i na totožné ustanovení zákona. V daném případě tak šlo pouze o upřesnění napadeného výroku rozhodnutí, jehož obsah však zůstal v kontextu jeho odůvodnění nezměněn, jak ostatně přímo připouští shora citovaná literatura. Nelze tak označit stávající rozhodnutí za překvapivé, neboť v plném rozsahu reaguje na dosavadní stav řízení, stav dokazování, existující procesní situaci a uplatněné právní námitky (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 7. 2007, č. j. 8 Afs 59/2005-83).

K důvodům potvrzení závěru o spáchání přestupku

38. Úřad v úvodu nosné části odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatuje, že dne 20. 11. 2019 byly obviněnému doručeny námitky navrhovatele proti postupu obviněného jako zadavatele. Následující den, tj. 21. 11. 2019, byla zadavatelem podepsána smlouva na veřejnou zakázku. Zadavatel o námitkách navrhovatele rozhodl dne 5. 12. 2019, rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno tentýž den. Námitky byly zadavatelem odmítnuty z důvodu nedostatku legitimace navrhovatele k podání námitek – dle zadavatele byla v daném případě účastníkem zadávacího postupu vláda Italské republiky a nikoliv navrhovatel. Tyto skutečnosti jsou nesporné a potvrdil je sám zadavatel, není tedy důvodu o těchto skutečnostech jakkoliv pochybovat.

39. Úřad se dále zabývá legitimací navrhovatele k podání námitek proti postupu zadavatele mimo zadávací řízení a dospívá k závěru, že navrhovatel byl k podání takových námitek oprávněn a jejich podáním tak byla aktivována tzv. „blokační doba“ v souladu s § 246 odst. 1 zákona. Jeho závěry obsažené v bodech 60-74 napadeného rozhodnutí jsou správné a lze na ně v plném rozsahu odkázat. Je vhodné doplnit, že námitky byly podány rovněž včas. Zadavatel konstatoval skutečnost, že hodlá postupovat při realizaci veřejné zakázky postupem dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona až ve svém rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 12. 11. 2019, tato skutečnost mimo jiné plyne i z rozhodnutí o námitkách ze dne 5. 12. 2019 (viz bod 56 tohoto rozhodnutí níže). Námitky tak byly podány v zákonné lhůtě, neboť navrhovatel se o postupu zadavatele dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona dozvěděl dne 12. 11. 2019 prostřednictvím tiskové zprávy zadavatele, námitky pak podal dne 20. 11. 2019. Ostatně zadavatel včasnost podání námitek ze strany navrhovatele nijak nerozporuje. S ohledem na skutečnost, že zadavatel na svém názoru o nedostatku aktivní legitimace navrhovatele setrvává i ve svém rozkladu, lze závěry napadeného rozhodnutí v této otázce shrnout a doplnit následovně.

40. Úřad správně přezkoumal, zda jsou splněny podmínky stanovení v § 241 odst. 1 zákona. Dospěl, rovněž správně, k závěru, že navrhovatel připadá v úvahu jako potenciální dodavatel veřejné zakázky, neboť se jedná o výrobce civilních i armádních vrtulníků. Tato skutečnost byla Úřadem dostatečně prokázána. Ostatně fakt, že vrtulníky, které vyrábí navrhovatel, byly zvažovány jako možné plnění veřejné zakázky, plyne i z vyjádření zadavatele o tom, že jednal o jejich dodání s vládou Italské republiky. Dokument č. j. MO 42117/2018-1122 ze dne 7. 2. 2018 Armády České republiky „Analýza dostupnosti vrtulníků dle požadavků AČR“ je tak pouze důkazem, který doplňuje již opakovaně prokázanou skutečnost, že vrtulníky AW-139M výrobce Leonardo S. p. A. byly zvažovány zadavatelem v rámci průzkumu trhu k plnění veřejné zakázky. Tuto skutečnost ostatně potvrzuje i sám zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách navrhovatele ze dne 5. 12. 2019, kde výslovně uvádí, že militarizovaná verze civilních vrtulníků AW-139M výrobce Leonardo S. p. A. částečně naplňuje ambice velení AČR (str. 10, třetí odstavec).

41. V této souvislosti lze i odkázat na odbornou literaturu vztahující se k výkladu § 241 odst. 1 zákona, dle které postačí, aby dodavatel byl schopen veřejnou zakázku plnit alespoň teoreticky, tedy pokud disponuje příslušnými živnostenskými oprávněními apod. (srov. např. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 1143.).

42. Námitku zadavatele spočívající ve skutečnosti, že pro případné plnění veřejné zakázky byla v rámci průzkumu trhu oslovena toliko vláda Italské republiky případně spočívající v tvrzení, že navrhovatel nedisponuje vrtulníky, které by svými parametry vyhovovaly požadavkům zadavatele, je nutno v plném rozsahu odmítnout. Jak správně upozorňuje Úřad v bodě 72 napadeného rozhodnutí, podal navrhovatel námitky proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, a namítal, že se tak děje v rozporu se zákonem. Nelze tak skutečnosti, kterými zadavatel zdůvodňuje svůj postup podle § 191 odst. 2 písm. c) zákona (tedy zadání veřejné zakázky vládě jiného státu, jejímž předmětem je dodávka vojenského materiálu) uplatnit rovněž pro odůvodnění vyloučení možnosti dodavatele podat proti takovému postupu zadavatele námitky. Přijetí této argumentace by totiž zcela popíralo samotnou možnost podat námitky proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, která je však jasně zakotvena v § 241 odst. 2 písm. c) zákona.

43. Navíc, jak správně uvádí Úřad v bodě 70 napadeného rozhodnutí, dle § 241 odst. 3 zákona není třeba, aby námitky proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení podával účastník zadávacího řízení. Pokud tedy byla v rámci postupu dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona oslovena toliko vláda Italské republiky a nikoliv přímo navrhovatel jako výrobce vrtulníků AW-139M, neznamená to, že by navrhovatel byl v důsledku takové skutečnosti vyloučen z možnosti podat proti postupu zadavatele námitky. Je třeba mít na zřeteli, že i volba způsobu zadání veřejné zakázky vládě cizího státu byla v gesci zadavatele, a nelze připustit možnost, aby zadavatel byl schopen svým jednáním fakticky zablokovat jakoukoliv možnost dodavatele bránit se proti jeho postupu.

44. Úřad konečně správně vyhodnotil i poslední z podmínek pro aktivní legitimaci, kterou je vzniklá nebo hrozící újma způsobená postupem zadavatele. Navrhovatel tuto újmu definuje tak, že v důsledku nezákonného postupu zadavatele mu hrozí újma spočívající ve vyloučení možnosti účastnit se soutěže o zakázku a tuto případně získat a realizovat. Taková definice újmy je zcela postačující, jak ostatně konstatuje i odborná literatura, z níž se podává: „*Vzniklá nebo hrozící újma tedy nemusí spočívat ve vzniku přímé škody, ale může ji představovat také ztráta šance dodavatele na získání veřejné zakázky nebo porušení některého z procesních práv účastníka zadávacího řízení či v rámci jiného zvláštního postupu zadavatele*.“ (srov. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 1143.).

45. Lze tedy shrnout, že Úřad zcela správně uzavřel, že navrhovatel byl aktivně legitimován k podání námitek proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, správně poukázal i na skutečnost, že otázka aktivní legitimace navrhovatele k podání námitek byla již vyřešena v předchozím rozhodnutí Úřadu (sp. zn. ÚOHS-S0087/2020/VZ, č. j. ÚOHS-26228/2020/513/JLí ze dne 24. 8. 2020) a předsedy Úřadu (sp. zn. ÚOHS-R0180/2020/VZ, č. j. ÚOHS-31328/2020/322/HSc dne 13. 11. 2020). Zadavatel tak nesměl uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku do doby doručení svého rozhodnutí o námitkách navrhovateli ve smyslu ustanovení § 246 odst. 1 písm. b) zákona.

46. V další části napadeného rozhodnutí se Úřad zabývá naplněním znaků skutkové podstaty přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona. Správně konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený citovaným ustanovením zákona, neboť uzavřel smlouvu na veřejnou

zakázku s vládou Spojených států amerických dne 21. 11. 2019, tedy před rozhodnutím o námitkách podaných dne 20. 11. 2019 stěžovatelem. Rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 5. 12. 2019 přitom bylo stěžovateli doručeno až dne 5. 12. 2019. Tuto skutečnost ostatně zadavatel ani nezpochybňuje.

47. Posledním znak skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, tedy zda nedodržení pravidel stanovených zákonem ze strany zadavatele ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr dodavatele je dovozen v bodech 77-85 napadeného rozhodnutí, na něž lze v plném rozsahu (snad jen s výhradou otázky, do jakého okamžiku nesměl obviněný uzavřít smlouvu – viz výše) odkázat. Úřad zde konstatuje, že zadavatel uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku předtím, než bylo rozhodnuto o námitkách navrhovatele, odepřel navrhovateli možnost bránit se případnému nesprávnému postupu při zadávání veřejné zakázky. Možný vliv na výběr dodavatele pak Úřad spatřuje v tom, že kdyby obviněný dodržel pravidlo stanovené v § 246 odst. 1 písm. c) zákona, nelze vyloučit, že výsledkem rozhodování o námitkách by mohlo dojít i k případné korekci postupu obviněného, ve kterém by mohl stěžovatel či další dodavatelé lépe reagovat na zadávací podmínky. Uvádí dále, že to, jak by zadavatel rozhodl o námitkách stěžovatele v zákonem stanovené lhůtě, již nelze ničím nasimulovat. Úřad dále doplňuje, že nelze ani vyloučit, že kdyby zadavatel rozhodl o námitkách v souladu se zákonem a tyto odmítl, že by navrhovatel podal návrh k Úřadu na přezkoumání postupu zadavatele směřujícímu k zadání zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem. Úřad by musel ve správním řízení zkoumat, zda zadavatel použil zvláštní pravidlo pro zadání veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti podle § 191 odst. 2 písm. c) zákona oprávněně. Pokud by Úřad shledal, že nikoliv, zadavateli by nezbylo, než zadat zakázku v zadávacím řízení, přičemž není vyloučeno, že by v zadávacím řízení byl vybrán k uzavření smlouvy jiný subjekt. Úřad dále připojuje judikaturu týkající se ohrožovací formy správního deliktu, na základě níž uzavírá, že pouhá potencialita vlivu na výběr dodavatele je s ohledem na znění zákona zcela postačující v případě spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona.

48. Otázkou případné potenciality vlivu pochybení zadavatele na výběr dodavatele se zabývá zejména rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 61/2016-38 ze dne 28. 6. 2016, jehož podstatné části jsou citovány i v bodě 81 napadeného rozhodnutí. Nejvyšší správní soud zde konstatoval, že: *„[p]okud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu…“* Ačkoliv tedy v uvedeném rozsudku Nejvyšší správní soud uzavřel, že dokazování v otázce skutečného porušení právem chráněného zájmu nemusí být vedeno, podporuje svůj závěr v konkrétní věci i zjištěními týkajícími se tam řešené veřejné zakázky a postupu zadavatele a konstatuje, že *„nelze zjednodušeně tvrdit, že závěry stěžovatele jsou ryze hypotetické, neboť nebyly ničím podloženy“* (srov. bod 27 předmětného rozsudku). Předseda Úřadu se tak domnívá, že ačkoliv je Úřad nebyl povinen zkoumat, existují i v projednávané věci určité indicie, které naznačují, že případný vliv postupu zadavatele na výběr dodavatele není zcela hypotetický.

49. Závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 61/2016-38 ze dne 28. 6. 2016 byly potvrzeny i dalším rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 8. 2016 č. j. 9 As 63/2016 – 43, z něhož se podává: *„Lze tedy uzavřít, že stěžovatel není u ohrožovací formy správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách*

(nezákonným postupem zadavatele mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky) povinen prokazovat, že zde existoval konkrétní dodavatel, který by se, nebýt pochybení zadavatele, zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku. Postačí, aby stěžovatel v rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tj. k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku." Předseda Úřadu má za to, že napadené rozhodnutí takovou kvalifikovanou úvahu obsahuje, a to zejména v bodech 78 a 85 napadeného rozhodnutí. Tato úvaha je navíc podpořena argumentací uvedenou níže, která poukazuje na určité signály o možnosti zpochybnění postupu zadavatele dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona.

50. Se závěry Úřadu týkajícími se případné možnosti vlivu nezákonného postupu zadavatele na výběr dodavatele veřejné zakázky se tedy předseda Úřadu plně ztotožňuje a doplňuje k nim následující. V daném případě je nezákonný postup zadavatele spatřován v nedodržení procesu vyřízení námitek. Je zjevné, že od případného nesprávného vyřízení námitek proti postupu zadavatele mimo zadávací řízení k možnosti ovlivnění výběru dodavatele vede delší cesta, než je tomu u jiných pochybení zadavatele, kde je taková možnost ovlivnění patrná podstatně více (například neoprávněné vyloučení dodavatele podávajícího nejlepší nabídku). Je nutno si však uvědomit, že případné zvrácení postupu zadavatele podle § 191 odst. 2 písm. c) zákona by vedlo k diametrálně odlišnému způsobu zadání veřejné zakázky, jak správně uvádí Úřad v bodě 78 napadeného rozhodnutí. Je na místě uzavřít, že v případě, kdy by zadavatel postupoval nikoliv na základě výjimky obsažené v § 191 odst. 2 písm. c) zákona, ale v některém z druhů zadávacího řízení, byla by možnost ovlivnění výběru dodavatele zcela reálná. Postup v některém z druhů zadávacího řízení totiž nastavuje výrazně odlišné podmínky oproti zvolenému postupu dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona. Konstatování Úřadu, že „*není vyloučeno, že by v zadávacím řízení byl vybrán k uzavření smlouvy jiný subjekt*" (bod 85 napadeného rozhodnutí) by tak bylo lépe nahradit tvrzením, že v případě postupu v zadávacím řízení by zcela jistě existovala reálná možnost ovlivnění výběru dodavatele ve smyslu shora citované judikatury, neboť již sám navrhovatel prokázal významný zájem o získání veřejné zakázky. Pokud by tedy zadavatel zahájil některý z druhů zadávacího řízení, mohli by dodavatelé lépe reagovat na zadávací podmínky, hodnocení nabídek by bylo transparentnější než při zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení a obviněný by musel svůj výběr transparentně zaznamenat/zdokladovat, jak ostatně uvádí Úřad v bodě 78 napadeného rozhodnutí.

51. Pokud tedy bylo uzavřeno, že v případě zpochybnění postupu zadavatele dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona by možnost ovlivnění výběru dodavatel zcela jistě existovala, je nutno zabývat se otázkou, zda rovněž existuje alespoň hypotetická možnost, že by v případě zákonného postupu zadavatele při vyřízení námitek navrhovatele mohl být postup zadavatele dle uvedené výjimky zpochybněn. Zadavatel totiž opakovaně tvrdí (a je to jeho v podstatě stěžejní argument v průběhu celého řízení), že v daném případě nikdy nemohlo dojít k jinému postupu, než k postupu dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona a nikdy nemohl být vybrán jiný dodavatel, než vláda Spojených států amerických.

52. Je třeba přiznat, že veřejné zakázky v oblasti obrany mají speciální postavení, pramenící zejména z čl. 296 Smlouvy o ES (nyní čl. 346 Smlouvy o fungování Evropské unie), dle jehož odst. 1 písm. b) může každý členský stát učinit opatření, která považuje za nezbytná

k ochraně podstatných zájmů své bezpečnosti a která jsou spjata s výrobou zbraní, střeliva a válečného materiálu nebo obchodem s nimi. Jak bylo dále konstatováno i v rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0180/2020/VZ, č. j. ÚOHS-31328/2020/322/HSc ze dne 13. 11. 2020, jsou postupy týkající se obrany a bezpečnosti země do jisté míry politickou otázkou a jako takové jsou plně v kompetenci státního aparátu za tuto agendu odpovědného.

53. Na druhou stranu je nutno spatřovat v politice Evropské unie sílící tendence brát ohledy na rovné podmínky na vnitřním trhu i v případě veřejných zakázek v odvětví obrany a bezpečnosti, což koresponduje s potřebou zachování a posílení evropské vojenské schopnosti. Odkázat lze v tomto směru například na sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů „Směrem ke konkurenceschopnějšímu a účinnějšímu odvětví obrany a bezpečnosti“ (dokument č. COM/2013/0542 final,[1] dále jen „**sdělení Komise č. COM/2013/0542**“), z něhož se v části týkající se posílení vnitřního trhu v oblasti obranného vybavení podává následující: „*Další zvláštní výjimky, zejména týkající se prodeje státní správou státní správě a zadávání zakázek, které se řídí mezinárodními pravidly, však lze vykládat způsobem narušujícím správné uplatňování této směrnice. To by mohlo ohrozit rovné podmínky na vnitřním trhu. Komise proto zajistí, aby se tyto výjimky vykládaly restriktivně a nebyly zneužívány k obcházení směrnice*.“

54. Shora uvedená pasáž sdělení Komise č. COM/2013/0542 se dále promítá do oznámení Komise č. 2016/C 450/01 „Pokyny k zadávání zakázek mezi veřejnými správami v oblasti obrany a bezpečnosti (čl. 13 písm. f) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/81/ES)“[2] (dále jen „**oznámení Komise č. 2016/C 450/01**“), na které ostatně odkazuje sám zadavatel ve svém rozkladu (str. 3, poslední odstavec), kde jej označuje jako „Guidance Note on Government to Government Sales and the application of the Procurement Directive“ (zadavatel v rozkladu uvádí, že svůj postup dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona zvolil za dodržení doporučení uvedených v tomto oznámení).

55. Oznámení Komise č. 2016/C 450/01 stanovuje ve svém čl. 4 doporučení pro postup, kdy neexistuje, případně je prakticky nemožná hospodářská soutěž (na neexistenci hospodářské soutěže se zadavatel odvolává pro odůvodnění postupu dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona opakovaně). Součástí těchto doporučení je i následující odstavec: „*Veřejným zadavatelům, kteří se odvolávají na čl. 13 písm. f) směrnice, protože hospodářská soutěž neexistuje nebo není v praxi možná, se doporučuje, aby své rozhodnutí oznámili zveřejněním buď volně formulovaného textu v Úředním věstníku EU (viz oddíl 5), nebo oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante. Tímto zveřejněním zadání zakázky mimo působnost směrnice veřejný zadavatel oznámí své rozhodnutí o zadání zakázky jiné veřejné správě na základě čl. 13 písm. f) v případech, kdy hospodářská soutěž neexistuje nebo není v praxi možná. Zveřejněný text nebo oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante obsahuje popis zamýšlené transakce G2G, který má hospodářské subjekty informovat a poskytnout jim možnost předložit veřejnému zadavateli alternativní řešení, která doposud mohla být přehlížena.*“

[1] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/ALL/?uri=CELEX:52013DC0542
[2] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1202(01)&from=NL

56. Ačkoliv se v daném případě jedná pouze o doporučení, nelze přehlédnout kroky zadavatele při rozhodování o zadání veřejné zakázky postupem dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona. Je nesporné, že navrhovatel – společnost Leonardo S. p. A. – byl v rámci přípravy realizace veřejné zakázky osloven při průzkumu trhu a zjevně měl zájem veřejnou zakázku plnit. Vystupoval proto velmi aktivně vůči zadavateli s dotazy na stav zadávacího řízení. Jak plyne z jeho námitek podaných dne 20. 11. 2019, podával opakovaně zadavateli námitky proti postupu mimo zadávací řízení, které byly opakovaně odmítnuty se sdělením, že o konkrétním postupu zadání veřejné zakázky nebylo dosud rozhodnuto. Poslední takovou odpověď měl navrhovatel obdržet dne 5. 11. 2019. Tato skutečnost plyne mimo jiné ze znění rozhodnutí o námitkách ze dne 5. 12. 2019. V tomto rozhodnutí zadavatel uvádí plný text námitek navrhovatele, který v jejich článku VII namítá nedostatek vypořádání svých předchozích námitek ze dne 22. 10. 2019, kdy zadavateli vytýká následující: *„I v případě, že by námitky neobsahovaly veškeré obligatorní náležitosti, jak tvrdí Zadavatel, není možné o nich "nerozhodnout" tak, jak učinil Zadavatel. Ustanovení § 245 odst. 3 písm. c) ZZVZ zcela jasně stanoví, že zadavatel námitky odmítne v případě, že tyto nesplňují náležitosti stanovené zákonem. Pokud tedy Zadavatel došel k závěru, že námitky neobsahovaly veškeré povinné náležitosti, byl povinen o nich rozhodnout tak, že by je odmítnul. Postup Zadavatele tak byl v rozporu s § 245 odst. 3 písm. c) ZZVZ, což je přestupkem dle § 268 odst. 1 písm. d) ZVZZ*." Zadavatel na popsanou námitku reaguje takto: *„K tvrzení stěžovatele, že v rozporu se Zákonem „nerozhodl" o námitkách čj. MO 306916/2019- 1350 ze dne 29. října 2019, když na základě jejich neúplnosti měl tyto námitky odmítnout, uvádí, že* ***zadavatel o námitkách nerozhodl ne kvůli jejich neúplnosti, ale na základě skutečnosti, že byly podány proti, v té době neexistující skutečnosti/stavu****. Vzhledem k tomu, že stěžovatel „námitkami" brojil proti něčemu, co neexistovalo, nepovažoval zadavatel doručený dokument za námitky podle zákona*." Ačkoliv zadavatel označil námitky navrhovatele ze dne 22. 10. 2019 svým číslem jednacím a odlišným datem (29. 10. 2019), jedná se zjevně o reakci právě na námitky navrhovatele ze dne 22. 10. 2019, které zadavatel odmítá proto, že jsou podávány proti v té době neexistujícímu stavu. Toto sdělení nelze vykládat jinak, než že zadavatel ještě v době rozhodování o námitkách navrhovatele ze dne 22. 10. 2019 nepovažoval případný postup mimo zadávací řízení, proti kterému navrhovatel námitkami ze dne 22. 10. 2019 brojil, za existující stav.

57. Přitom již dne 12. 11. 2019 vydal zadavatel rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, v němž uvedl následující: *„Zadavatel na základě písemné zprávy o hodnocení nabídek čj. MO 305585/2019-1350 ze dne 8. listopadu 2019 k veřejné zakázce „Víceúčelové vrtulníky - nákup"* ***zadané souladu s ust. § 191 odst. 2 písm. c) zákona****, a to zadávacím postupem obdobným jednacímu řízení bez uveřejnění rozhodl, o výběru účastníka zadávacího postupu „Letter of Offer and Acceptance EZ-P-SBF for 4 x AHIZ Viper and 8 x UH-1Y Venom Helicopters 15 June 2019" dodavatele: Government of the United States, State Department Pouch Room, Washington, DC 20521-5849."* Samotná smlouva na veřejnou zakázku pak byla uzavřena 9 dní poté, tedy 21. 11. 2019. Je tedy zjevné, že existoval velmi malý časový prostor, kdy mohl být případný postup zadavatele mimo zadávací řízení ze strany dodavatelů rozporován námitkami dle § 241 odst. 2 písm. c) zákona. Tato skutečnost navíc významně rezonuje v kontrastu se shora citovaným doporučením uvedeným v oznámení Komise č. 2016/C 450/01 a rovněž se skutečností, že příprava k realizaci veřejné zakázky započala již v r. 2015, jak plyne mimo jiné z rozkladu zadavatele (str. 2, druhý odstavec).

58. Předseda Úřadu nehodlá jakkoliv naznačovat případné pochybnosti o oprávněnosti postupu zadavatele dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona. V tomto směru se plně ztotožňuje se závěry napadeného rozhodnutí obsaženými v jeho bodě 85, dle nichž posouzení otázky oprávněnosti využití výjimky z povinnosti zadat veřejnou zakázku podle § 191 odst. 2 písm. c) zákona ze strany zadavatele nelze v žádném případě považovat za otázku, kterou by bylo třeba vyřešit před vydáním rozhodnutí ve věci. Tato nemožnost vyřešení otázky oprávněnosti postupu zadavatele dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona ostatně vychází i z tezí týkajících se ohrožovací formy přestupku a současně ze skutečnosti, že případné zpětné přezkoumání postupu zadavatele je nejen fakticky nemožné z důvodu přetržení procesu pochybením při vypořádání námitek navrhovatele. Rovněž by takové dokazování bylo nepřiměřeně obtížné (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 61/2016 – 34 ze dne 28. 6. 2016). Pokud však má být zvažována zcela hypotetická možnost zpochybnění postupu zadavatele dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona, je nutno konstatovat, že minimálně shora uvedené skutečnosti týkající se velmi krátké doby, kdy skutečně bylo možno postup zadavatele napadnout námitkami, by nemohly uniknout pozornosti Úřadu, pokud by případnou oprávněnost postupu zadavatele dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona skutečně posuzoval.

59. Nelze odhlédnout ani od skutečnosti, že navrhovatel vystupoval v případě veřejné zakázky velmi aktivně k obraně svých práv, opakovaně se zadavatele dotazoval na stav postupu směřujícího k realizaci veřejné zakázky, podával námitky a návrhy k Úřadu, jak plyne mimo jiné ze závěrů učiněných v bodě 56 tohoto rozhodnutí shora. Lze důvodně očekávat, že i v případě, kdy by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a námitky navrhovatele řádně vyřídil, by se proti jeho rozhodnutí bránil návrhem dle § 250 odst. 1 písm. f) zákona. Navrhovatel byl rovněž Úřadem považován za dodavatele, který by mohl být schopen veřejnou zakázku za určitých podmínek plnit, ostatně takto s ním v průzkumech trhu jednal i sám zadavatel. Jeho „boj“ o možnost získání veřejné zakázky v kontrastu se shora popsaným postupem zadavatele tak nelze stavět na roveň s případnými obstrukčními námitkami osoby, která by se skutečně objektivně nemohla plnění veřejné zakázky účastnit, neboť by se jednalo např. o výrobce sportovního vybavení.

60. Lze tedy uzavřít, že ačkoliv zadavatel uvádí a opakovaně tvrdí, že jakékoliv jeho pochybení v postupu při vyřízení námitek ze strany navrhovatele nemohlo za žádných okolností ani hypoteticky ovlivnit výběr dodavatele, Úřad a v souladu s ním i předseda Úřadu tento jeho názor nesdílí. Ačkoliv lze i bez dalšího souhlasit se závěry napadeného rozhodnutí obsaženými v jeho bodě 85, tedy že tam popsanou potencialitu ovlivnění výběru dodavatele nelze z povahy věci nijak vyloučit, přistupují k závěru o potencialitě vlivu i specifické shora popsané okolnosti případu, týkající se jak postupu navrhovatele, tak i postupu zadavatele. Je tedy nutno konstatovat, že Úřad ve spojení s doplněním odůvodnění provedeným předsedou Úřadu prokázal, že jsou naplněny všechny znaky přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona. Je nutno souhlasit se závěrem Úřadu, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel pravidlo pro zadání veřejné zakázky stanovené v § 246 odst. 1 písm. b) citovaného zákona, když dne 21. 11. 2019 uzavřel s vládou Spojených států amerických smlouvu na veřejnou zakázku „Víceúčelové vrtulníky – nákup“ před doručením rozhodnutí o námitkách podaných stěžovatelem, které obviněný obdržel dne 20. 11. 2019 a o nichž rozhodl až dne 5. 12. 2019, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele a zadal veřejnou zakázku.

61. Je třeba se ztotožnit i se závěry napadeného rozhodnutí v otázce škodlivosti přestupku, které jsou obsaženy v jeho bodech 87-90. Úřad zde správně uzavírá, že jednání obviněného vykazuje všechny znaky přestupku uvedené v § 268 odst. 1 písm. a) zákona a současně postupem zadavatele bylo zmařeno právo na ochranu dodavatele před případným nesprávným postupem zadavatele v době před uzavřením smlouvy, a nepochybně se tak jedná o přestupek, který je společensky škodlivý.

K jednotlivým námitkám rozkladu proti výroku I napadeného rozhodnutí

K nedostatku aktivní legitimace navrhovatele k podání námitek

62. Otázka aktivní legitimace navrhovatele k podání námitek proti postupu zadavatele dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona byla již vyřešena v bodech 60-74 napadeného rozhodnutí a rovněž v bodech 39-45 tohoto rozhodnutí shora. Pokud zadavatel trvá na tom, že navrhovatel nebyl reálně schopen veřejnou zakázku plnit, je taková námitka ve světle argumentace Úřadu irelevantní. Úřad navíc nevycházel ve svých úvahách o možnosti plnění veřejné zakázky ze strany navrhovatele pouze z mediálních článků či údajů na stránkách navrhovatele, ale zejména ze skutečnosti, že zadavatel prokazatelně oslovil navrhovatele (byť případně prostřednictvím vlády Italské republiky) v rámci průzkumu trhu pro plnění veřejné zakázky a jeho vrtulníky AW-139M pro realizaci veřejné zakázky určitým způsobem zvažoval. Tyto skutečnosti plynou mimo jiné i z rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 5. 12. 2019, str. 10, třetí odstavec. Je nutno uvážit i znění Směrnice Rady 92/13/EHS, dle jejíhož článku 1, bod 3 platí, že členské státy jsou povinny zajistit, aby bylo přezkumné řízení podle prováděcích pravidel, která mohou členské státy samy stanovit, dostupné alespoň každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla nebo hrozí škoda.

63. Veškeré námitky zadavatele týkající se konkrétních požadavků na víceúčelové vrtulníky a tvrzení, že dodavatel nikdy nemohl takové požadavky naplnit, jsou pak, jak je konstatováno shora, konkrétními důvody pro postup zadavatele dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona. Tyto důvody nelze z logiky věci použít pro obhájení nemožnosti podat proti takovému postupu námitky, neboť by to vedlo k faktické nemožnosti takový postup vůbec napadnout. Zákon však možnost podat námitky proti postupu zadavatele mimo zadávací řízení výslovně umožňuje, je tedy nutné, aby tyto námitky mohly podat i dodavatelé, kteří sice nesplňují podmínky takovým postupem nastavené, ale tvrdí, že by mohli veřejnou zakázku plnit v případě postupu odlišného. Tutéž argumentaci je třeba použít na tvrzení zadavatele, že v průzkumech trhu jednal vždy pouze s vládou Italské republiky. Tento přístup byl rovněž pouze volbou zadavatele související s jeho postupem dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona, který právě navrhovatel svými námitkami napadl. Navíc je nutno konstatovat, že skutečným dodavatelem předmětných vrtulníků, který bude ekonomicky zasáhnut případnou nemožností své plnění nabídnout, je v daném případě výrobce, nikoliv příslušná vláda. Uvedené platí o to více, pokud příslušná země dovoluje výrobcům přímý obchod se zbraněmi s vládami dalších zemí.

64. Zadavatel dále vyčítá Úřadu nečitelné posouzení otázky újmy způsobené navrhovateli a uvádí, že Úřad tuto újmu jakožto náležitost návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy ze dne 18. 12. 2019 za navrhovatele doplnil. K této námitce lze pouze uvést, že tvrzení újmy způsobené postupem zadavatele lze v daném případě posuzovat pouze ve vztahu

k námitkám navrhovatele ze dne 20. 11. 2019 směřujícím proti postupu mimo zadávací řízení. Zde otázku tvrzené újmy Úřad řádně vypořádal a předseda Úřadu se s jeho závěry ztotožnil. Skutečnost, zda byla újma řádně tvrzena v návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy, je v kontextu napadeného rozhodnutí zcela irelevantní, neboť toto rozhodnutí postihuje pochybení zadavatele při vyřízení námitek navrhovatele ze dne 20. 11. 2019.

65. Skutečnosti neodpovídá ani tvrzení zadavatele, že navrhovatel neměl fakticky skutečný zájem na plnění veřejné zakázky a jeho námitky byly pouze obstrukční. Naopak z aktivity navrhovatele jasně plyne, že měl o získání veřejné zakázky zájem enormní a právě v nemožnosti se o tuto zakázku ucházet spatřuje újmu na své straně.

K nezákonně získanému důkazu

66. Zadavatel dále tvrdí, že Úřad se v napadeném rozhodnutí odkazuje na interní dokument zadavatele, č. j.: MO 42117/2018-1122, který není veřejně přístupný a ani jej zadavatel stěžovateli neposkytl, tento dokument byl identifikován jako dokument ztracený během resortního úniku informací. Podle názoru obviněného závěry Úřadu nemohou být založeny na základě nezákonně získaného dokumentu.

67. Předně zadavatel neuvádí ke svým tvrzením o ztrátě dokumentu během resortního úniku informací žádné podrobnější informace, natož důkazy. Předmětný důkaz poskytl Úřadu sám navrhovatel, Úřad tedy nevyvinul žádné nezákonné praktiky k jeho získání. Dále pak předmětný dokument pouze doplňuje již opakovaně prokázanou skutečnost, že vrtulníky AW-139M výrobce Leonardo S. p. A. byly zvažovány zadavatelem v rámci průzkumu trhu k plnění veřejné zakázky (srov. bod 40 tohoto rozhodnutí shora).

68. Z judikatury Nejvyššího správního soudu pak vyplývá, že i pokud byl ve správním řízení použit důkaz získaný v rozporu se zákonem (což předseda Úřadu popírá), nemusí to být vždy bez dalšího důvodem pro zrušení rozhodnutí správního orgánu pro vady řízení. Konkrétně se podává toto: *„(ž)aloba může být nedůvodná, pokud lze i při odhlédnutí od nezákonného důkazu z ostatních důkazů provedených ve správním řízení učinit jednoznačný závěr, že skutkový stav, který vzal správní orgán za základ napadeného rozhodnutí, obstojí*.“ (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 8. 2013, č. j. 4 As 28/2013-24).

69. Předseda Úřadu tak uzavírá, že i pokud by byl interní dokument zadavatele, č. j.: MO 42117/2018-1122 nezákonně získaným důkazem, což však popírá, obstojí napadené rozhodnutí i bez něj, neboť tímto důkazem byla prokázána skutečnost, která plyne i z jiných důkazů, např. z rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 5. 12. 2019.

70. Nadto lze doplnit, že obviněný ani nekonkretizuje, které zákonné ustanovení bylo porušeno tím, že navrhovatel předmětnou listinu získal. Otázku, zda byl tento důkaz navrhovatelem získán protiprávně, tak nelze ani věcně vyřešit.

K tvrzení, že námitky byly věcně vypořádány

71. Zadavatel tvrdí, že i přes přesvědčení, že námitky byly podány neoprávněnou osobou, tyto vypořádal, proto naplnil povinnost vymezenou v ustanovení § 245 odst. 1 zákona spočívající v jasném a srozumitelném odůvodnění rozhodnutí o námitkách. Zde lze uvést, že Úřad se kvalitou vypořádání námitek navrhovatele ze strany zadavatele věcně nezabýval. V každém případě však je tvrzená skutečnost o věcném vypořádání námitek pro posouzení přestupku zadavatele nepodstatná, neboť zadavateli je vyčítáno porušení povinnosti

stanovené v § 246 odst. 1 písm. b) zákona a nikoliv nedostatečné věcné vypořádání námitek. Navíc tvrzení zadavatele, že námitky byly podány neoprávněnou osobou, bylo napadeným rozhodnutím i tímto rozhodnutím o rozkladu vyvráceno.

K tvrzení, že v případě odmítnutí námitek netřeba dodržet blokační dobu

72. Zadavatel dále tvrdí, že dle jeho názoru v případech, kdy jsou dány důvody pro odmítnutí námitek dle § 245 odst. 3 zákona, blokační lhůty k uzavření smlouvy nemohou plynout. Odkazuje přitom na závěry rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 12. 5. 2015, č. j. ÚOHS-R324/2014/VZ-11120/2015/321/IPs. K této námitce lze předně uvést, že v řízení bylo uzavřeno, že navrhovatel byl aktivně legitimován k podání námitek, jejich odmítnutí dle § 245 odst. 3 zákona tak bylo nezákonné. Veškerá argumentace zadavatele vedoucí směrem k nedostatku aktivní legitimace zadavatele je tak nepřípadná. Současně zadavatelův odkaz na citované rozhodnutí předsedy Úřadu je zcela nepřiléhavý, neboť toto rozhodnutí se zabývalo uplynutím lhůty k podání námitek, tedy námitkami opožděnými, a to v případě, kdy tyto námitky skutečně opožděně podány byly. Nelze v žádném případě přijmout názor, že to, zda počne běžet blokační doba či nikoliv, závisí na názoru zadavatele o opožděnosti, případně nedostatku aktivní legitimace k podání námitek. Úprava tzv. blokační doby obsažená v § 246 zákona je navíc velmi odlišná od úpravy obsažené v původním zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, z případných závěrů uvedeného rozhodnutí tak nelze v daném případě vycházet, tím méně je zobecňovat.

73. Naopak v daném případě podal navrhovatel své námitky proti postupu zadavatele již dne 20. 11. 2019, tedy 8 dní poté, co zadavatel rozhodl o využití postupu dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona na základě rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 12. 11. 2019. Navrhovatel byl aktivně legitimován k podání těchto námitek a zadavatel tak byl povinen dodržet tzv. blokační dobu dle § 246 odst. 1 písm. b) zákona. Jeho nesprávný názor, že předmětné námitky byly podány neoprávněnou osobou, nemohl běh blokační doby jakkoliv vyloučit.

K námitkám nedostatečnosti závěrů ohledně možného ovlivnění výběru dodavatele

74. Zadavatel tvrdí, že závěry Úřadu týkající se možného ovlivnění výběru dodavatele jsou nepodložené, jedná se pouze o obecná konstatování, která je možné prakticky použít v jakémkoliv případě spáchání správního deliktu. Napadené rozhodnutí postrádá dle zadavatele kvalifikovanou úvahu dle závěrů uvedených v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 8. 2016 č. j. 9 As 63/2016 – 43.

75. K této námitce lze v plném rozsahu odkázat na závěry tohoto rozhodnutí obsažené v bodech 47-61 shora, kde předseda Úřadu ve spojení s odkazem na závěry napadeného rozhodnutí (zejm. jeho body 78 a 85) uvádí kvalifikovanou úvahu, z níž logickým a srozumitelným způsobem vyplývá, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.

K potvrzení závěrů napadeného rozhodnutí obsažených ve výroku II a III

K důvodům potvrzení závěru o výši pokuty

76. Předseda Úřadu se v plném rozsahu ztotožňuje se závěry napadeného rozhodnutí v otázce výše uložené pokuty, které jsou obsaženy v bodech 92-128 napadeného rozhodnutí. Úřad správně posoudil, že nedošlo k uplynutí lhůty vymezené zákonem pro zahájení správního

řízení a odpovědnost obviněného za přestupek nezanikla. Úřad rovněž správně stanovil horní hranici pokuty částkou 1 486 358 895,65 Kč.

77. Bylo správně vyloženo, že námitky podané zadavateli jsou právem stěžovatele (v daném případě jím byl navrhovatel) a slouží k jeho obraně před potenciálním nezákonným postupem zadavatele. Zadavatel svým postupem, kdy uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku jediný den poté, kdy obdržel námitky navrhovatele, odňal navrhovateli možnost obrany proti svému postupu, která mu ze zákona náleží. Úřad správně odsoudil tento přístup jako zcela nepřijatelný, tím spíše se může jevit nepřijatelným v situaci, kdy navrhovatel brojil proti postupu zadavatele opakovaně. Přestupek tak byl kvalifikován jako velmi závažný, a to i s ohledem na postup zadavatele dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona, což je postup, který z povahy věci zásadně omezuje hospodářskou soutěž. Tato úvaha je rovněž zcela správná. Byl dostatečně akcentován i význam chráněného zájmu, tedy právo stěžovatele na podání námitek a právo na jejich řádné projednání, tento význam pak roste s cenou zakázky. Byla zohledněna i skutečnost, že zadavateli nebyl ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0087/2020/VZ uložen zákaz plnění smlouvy.

78. Úřad dostatečně zvážil i přitěžující okolnosti, tedy skutečnost, že zadavatel je zkušený v oblasti zadávání veřejných zakázek a má dostatečný personální i materiální základ k provádění zadávacích řízení bez závažných vad a při plném respektování všech práv dodavatele (na rozdíl např. od drobného zadavatele, typicky menší obce, která dostatečným odborným aparátem nedisponuje). Zadavateli přitížila i skutečnost, že se dopustil spáchání přestupku chránícího stejný veřejný zájem opakovaně (srov. rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0101/2019/VZ-22207/2019/321/EDo ze dne 12. 8. 2019).

79. V napadeném rozhodnutí je řádně zvážena doba, která uplynula od spáchání přestupku do jeho potrestání. Bylo dbáno na to, aby pokuta splnila represivní i preventivní funkci, Úřad přihlédl i k ekonomické situaci obviněného. Výše pokuty v sazbě 37 % maximální možné výše byla následně stanovena i s ohledem na nutnost zachování fungování zadavatele jako ústředního orgánu státní správy v oblasti zabezpečování obrany České republiky. Nižší pokuta by dle názoru Úřadu neplnila dostatečně represivní ani preventivní funkci. I tyto závěry jsou správné.

80. Úřad následně dostatečně vypořádal i námitky, které proti výši pokuty vznesl zadavatel.

81. Lze tedy uzavřít, že veškeré závěry Úřadu týkající se výše pokuty a nákladů řízení jsou správné, Úřad se posouzením výše uložení pokuty zabýval podrobně a dostatečně konkrétně vzhledem k posuzovanému případu.

K důvodům potvrzení závěru o nákladech řízení

82. Úřad dostatečně, srozumitelně a správně odůvodnil i výrok, kterým byla zadavateli uložena povinnost uhradit náklady řízení, na jeho závěry obsažené v bodech 129-134 napadeného rozhodnutí tak lze v plném rozsahu odkázat.

K námitkám rozkladu proti výroku II napadeného rozhodnutí

Námitka směřující k uložení pokuty pouze v symbolické výši

83. Zadavatel tvrdí, že v daném případě jsou dány individuální skutkové okolnosti, které ospravedlňují uložení pokuty pouze v symbolické výši. Odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího

správního soudu ze dne 21. 4. 2006, č. j. 5 As 20/2005-66 s tím, že generální prevenci nemusí splnit jen sankce při horní hranici sazby, zejména pokud je materiální stránka deliktu slabá a existují významné polehčující okolnosti. Zadavatel tvrdí, že při uložení pokuty nebylo zohledněno, že se v případě veřejné zakázky jednalo o vojenský materiál, který byl zadáván na základě výjimky dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona.

84. K této námitce lze uvést, že Úřad naopak zvážil pečlivě veškeré skutkové okolnosti daného případu. Postup naznačený zadavatelem se zcela rozchází se zjištěními Úřadu, který naopak shledal závažnost přestupku jako vysokou a neshledal rovněž žádné polehčující okolnosti, pouze okolnosti přitěžující. Ke skutečnosti, že veřejnou zakázkou byl pořizován vojenský materiál na základě výjimky, Úřad zvážil rovněž, když posoudil, že takový způsob zadání veřejné zakázky, tedy na základě výjimky dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona, z povahy věci zcela vylučuje hospodářskou soutěž. Snaha zadavatele „omluvit“ své pochybení skutečností, že nakupuje vojenský materiál, který je nutný k obraně České republiky a jejího obyvatelstva je nepřípadná. Ačkoliv mají nákupy vojenského materiálu mnoho specifik, která sama o sobě jejich účel zohledňují, nelze s odkazem na tento účel omlouvat ignoraci elementárních pravidel zadávání veřejných zakázek. Přijetí takového přístupu by neznamenalo nic jiného, než potvrzení rčení „*účel světí prostředky*“, což je zcela nepřípustné. Nelze tak souhlasit se zadavatelem, že v daném případě měla být uložena pokuta pouze v symbolické výši. Naopak, Úřad jasně, srozumitelně a správně uvedl, že uložení nižší pokuty by do budoucna mohlo mít nepříznivé následky při trestání zadavatelů za nezákonné postupy u veřejných zakázek s nižší hodnotou, neboť obdobným postupem, tedy uložením nižší výše pokuty, by nebylo možné u zadavatelů vyvolat dostatečně odstrašující dopad, a tedy zajistit preventivní i represivní funkci právní odpovědnosti (srov. bod 112 napadeného rozhodnutí).

Námitka týkající se rozhodovací praxe Úřadu

85. Zadavatel uvádí, že napadené rozhodnutí je vůbec prvním rozhodnutím Úřadu v obdobné věci, jeho právní názor tak nemohl zadavatel zohlednit. Výše pokuty je navíc nepřiměřená i s ohledem na dřívější rozhodnutí Úřadu. Je rovněž namítáno, že Úřad avizoval možnost uložení citelné pokuty za přestupek již před vydáním napadeného rozhodnutí, což je nepřípustné.

86. Skutečnost, že se jedná o první rozhodnutí v obdobné věci, je zcela nepodstatná. Každá věc musí být logicky někdy rozhodnuta poprvé. Navíc v daném případě nebylo pochybení zadavatele způsobeno nejistotou právního výkladu jeho povinnosti, ale zjevným ignorováním základní a jasně stanovené zákonné povinnosti zdržet se uzavření smlouvy do doby doručení rozhodnutí o námitkách. Navíc za obdobný skutek byl zadavatel již jednou postižen, nelze tedy jakkoliv omluvit jeho postup s ohledem na nejistotu v rozhodovací praxi. Skutečnost, že výše pokut naopak odpovídá předchozí rozhodovací praxi Úřadu je konstatována v bodě 113 napadeného rozhodnutí. Případná námitka týkající se avizování „citelné“ pokuty v tiskové zprávě Úřadu je rovněž irelevantní. Předně tato poznámka byla uvedena pouze jako určitá možnost, která z povahy věci existuje vždy, v žádném případě se tak nejednalo o předjímání budoucího rozhodnutí Úřadu. Navíc není jasné, jak by taková poznámka mohla ovlivnit výši uložené pokuty, když tato výše byla řádně odůvodněna, tedy určena na základě zákonných kritérií a v souladu s příslušnou judikaturou, jak plyne z dotčené části odůvodnění napadeného rozhodnutí.

Námitka týkající se nedostatečné individualizace přestupku a nenaplnění funkcí pokuty

87. Zadavatel uvádí, že úvahy týkající se výše uložené pokuty lze považovat za absolutně nepřezkoumatelné a nedostatečně individualizované, uložená pokuta nesplňuje ani preventivní, ani represivní funkci a je nepřiměřená.

88. Tyto námitky lze v plném rozsahu vypořádat odkazem na závěry napadeného rozhodnutí obsažené v bodech 92-128 i na závěry uvedené v tomto rozhodnutí shora, které dle předsedy Úřadu prokazují opak a není třeba je opakovat.

Shrnutí

89. Na základě všech výše uvedených skutečností lze shrnout, že Úřad v napadeném rozhodnutí správně uzavřel, že se obviněný dopustil přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, když uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku s vládou Spojených států amerických dne 21. 11. 2019, tedy před doručením rozhodnutí o námitkách podaných dne 20. 11. 2019 navrhovatelem. Rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 5. 12. 2019 přitom bylo navrhovateli doručeno až dne 5. 12. 2019. Tímto postupem mohl zadavatel ovlivnit výběr dodavatele, neboť v případě vyčkání s uzavřením smlouvy na dobu po řádném doručení rozhodnutí o námitkách mohl jednak zadavatel zvolit jiný postup, jednak tento postup mohl případně vyplynout z případného rozhodnutí Úřadu. S ohledem na jednání zadavatele však již v současné době nelze popsanou situaci zpětně nasimulovat a potencialitu ovlivnění výběru dodavatele nelze z povahy věci nijak vyloučit. K závěru o potencialitě vlivu přistupují i specifické okolnosti týkající se navrhovatele, tedy zejména jeho opakovaná snaha napadnout postup zadavatele dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona, tak postup zadavatele, který konečné rozhodnutí o způsobu postupu v zadávacím řízení učinil pouze 9 dní před samotným uzavřením smlouvy, ačkoliv o snahách navrhovatele věděl a přípravu k realizaci veřejné zakázky započal již v r. 2015.

90. Úřad v řízení předcházejícímu napadenému rozhodnutí dostatečně zjistil skutkový stav a postupoval v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů a se zásadou materiální pravdy. Důkaz listinou, která měla být údajně nezákonně získána navrhovatelem, Úřad použil pouze podpůrně a skutkový stav obstojí i na základě důkazů ostatních. Zadavatel navíc neuvedl k údajné nezákonnosti důkazu žádná podrobná tvrzení či důkazy.

VII. Závěr

91. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad výrok napadeného rozhodnutí formuloval nepřesně s ohledem na znění § 246 odst. 1 písm. b) zákona, avšak jinak postupoval v posuzovaném případě v souladu se zákonem, správním řádem a zákonem o přestupcích, bylo uzavřeno, že nastaly podmínky pro částečnou změnu výroku I napadeného rozhodnutí, k čemuž předseda Úřadu přistoupil. S ohledem na skutečnost, že Úřad správně posoudil spáchání přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, bylo na místě potvrdit i výroky II a III týkající se pokuty a nákladů řízení. Výše pokuty je stanovena správně s ohledem na všechny konkrétní okolnosti případu.

92. Vzhledem k výše uvedenému bylo rozhodnuto tak, jak je ve výrocích 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.

JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží
Ministerstvo obrany, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany

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