ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Petra Šebka a soudců Mgr. Petra Sedláka, Ph.D. a JUDr. Václava Štencla, MA ve věci

žalobce: **Česká republika – Ministerstvo obrany**
sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 7. 4. 2021, č. j. ÚOHS-09721/2021/162/HSc,

takto:

I. Žaloba **se zamítá**.

II. Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

1. Žalovaný rozhodnutím ze dne 2. 2. 2021, č. j. ÚOHS-03959/2021/500/Alv (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“) žalobce shledal vinným ze spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“). Toho se měl dopustit 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“ (dále

jen „veřejná zakázka“) do doby doručení rozhodnutí o námitkách podaných stěžovatelem Leonardo S.p.A (dále jen „stěžovatel“), které 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. Za uvedený přestupek uložil žalovaný žalobci pokutu ve výši 550 000 000 Kč. Předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 7. 4. 2021, č. j. ÚOHS-09721/2021/162/HSc (dále jen „napadené rozhodnutí“) dle § 152 odst. 6 písm. b) a § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) částečně formulačně změnil výrok č. I. prvostupňového rozhodnutí, aby odpovídal dikci § 246 odst. 1 písm. b) ZZVZ, ve zbytku prvostupňové rozhodnutí potvrdil a rozklad žalobce zamítl.

II. Stanoviska účastníků řízení

2. Žalobce se domáhá zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. Namítá, že mezi lety 2015-2019 provedl několik kaskádovitě navazujících marketingových průzkumů trhu, ze kterých vyplynulo, že na trhu EU neexistovalo řešení, které by naplnilo požadavky Armády ČR. Jediné řešení splňující požadavky bylo řešení nabízené vládou USA. Konečné závěry týkající se pořízení víceúčelových vrtulníků H-1 od USA byly učiněny až v rámci dokumentu nazvaného „Závěrečná hodnotící zpráva víceúčelové vrtulníky – nákup“ ze dne 15. 7. 2019, č. j. MO 193894/2019-1350. Armáda ČR požadovala leteckou výzbroj, která by byla schopna činit palebnou podporu jednotek pozemních sil, ozbrojený doprovod vojsk na přesunu a podporu operací speciálních sil. Vrtulník AW-139M v militarizované verzi není v požadované konfiguraci nikde zaveden, existovalo tak riziko možných problémů při integraci požadovaných systémů, tento vrtulník navíc činí pouze úkoly pátrání, záchrany a přepravy osob a nákladu. Stěžovatel se průzkumu trhu či zadávacího řízení nijak neúčastnil, jediným subjektem, který mohl podat námitky, byla vláda Italské republiky.

3. Žalobce dále uvádí, že veřejná zakázka byla zadávána mimo zadávací řízení. Žalobce tak nemohl být uznán vinným z porušení § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, podle něhož neměl dodržet pravidlo pro zadání veřejné zakázky stanovení v § 246 odst. 1 písm. b) ZZVZ. Předseda žalovaného prvostupňové rozhodnutí změnil v rozporu s § 152 odst. 6 správního řádu. Stěžovatel není aktivně legitimován k podání námitek, jelikož nebyl schopný požadované plnění dodat. Žalovaný tvrzení o možnosti dodání vrtulníků stěžovatelem opírá výhradně o dokument „Analýza dostupnosti vrtulníků dle požadavků AČR“ ze dne 7. 2. 2018, č. j. MO 42117/2018-1122. Jedná se o interní dokument žalobce, který byl získán na základě úniku informací. Dokument navíc vznikl v době průzkumu trhu a pouze konstatuje, že je stěžovatel schopný reagovat na požadavky Armády ČR v oblasti výzbroje, nikoliv, že se jedná o potenciálního dodavatele. Armáda ČR již od roku 2016 požaduje dodání vrtulníků, které jsou ověřené v praxi. Žalovaný tyto skutečnosti nedostatečně objasnil v rozporu s vyšetřovací zásadou. Nelze přistoupit na široký výklad § 241 odst. 1 ZZVZ, že námitky může podat jakýkoliv subjekt, který o sobě uvede, že je schopen požadované zboží dodat. Soukromá společnost se nemůže účastnit uzavření smlouvy formou G2G, nemůže proto takový postup rozporovat námitkami. Napadené rozhodnutí neobstojí bez nezákonně získaného důkazu v podobě uniklého interního dokumentu žalobce.

4. Podle žalobce žalovaný nemůže při svých úvahách vycházet z presumpce průběhu zadávacího řízení v případě, kdy by žalobce rozhodl o námitkách stěžovatele jiným způsobem. Jediné řešení, které splňovalo požadované parametry, představoval vrtulníkový systém H-1, který bylo možné pořídit pouze od US Navy. Tvrzení žalovaného, že žalobce mohl postupovat jinak je tak vyloučené. Výklad žalovaného je v rozporu se smyslem § 191 odst. 2 písm. c) ZZVZ, který umožňuje rychlé a operativní zadání veřejné zakázky. Žalobce se nemohl dopustit porušení § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, jelikož postupoval mimo zadávací řízení v souladu s § 191 odst. 2 písm. c) ZZVZ. K účinnosti smlouvy, a tedy též jejímu uzavření, došlo až dne 17. 12. 2019, a to okamžikem připsání iniciační platby na účet Finanční a účetní služby Ministerstva obrany USA.

K uzavření smlouvy tak došlo až po vypořádání námitek stěžovatele. Ustanovení § 246 odst. 1 písm. b) ZZVZ je koncipování pouze pro případy, kdy je veřejná zakázky zadávána v rámci zadávacího řízení. Výše pokuty je zcela nepřiměřená a důvody pro její uložení jsou nezákonné a v rozporu s principy právního státu. Žalovaný nezohlednil, že podání námitky bylo účelové. Na základě individuálních skutkových okolností přichází v úvahu uložení pokuty pouze v symbolické výši. Výše pokuty je nepřiměřená, žalovaný nepřihlédl ke všem relevantním okolnostem. Žalobce vydal rozhodnutí o postupu dle § 191 odst. 2 písm. c) ZZVZ bez zbytečného odkladu v návaznosti na jednání vlády ČR. Žalobce navrhuje upuštění od uložení pokuty, popřípadě snížení její výše.

5. Žalovaný ve svém vyjádření odkazuje na napadené rozhodnutí a navrhuje, aby soud žalobu zamítl. Uvádí, že podle zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, žalovaný vykonává dohled nad zadáváním veřejných zakázek, přičemž zadáváním veřejných zakázek je i postup mimo zadávací řízení. Skutečnost, že stěžovatel připadal v úvahu jako potenciální dodavatel, neplyne pouze z dokumentu č. j. MO 42117/2018-1122, ale také z vyjádření žalobce. Pro aktivní legitimaci k podání námitek postačí, pokud dodavatel byl schopen veřejnou zakázku plnit alespoň teoreticky, tedy pokud disponoval příslušnými živnostenskými oprávněními apod. Podle § 241 odst. 2 písm. c) ZZVZ má dodavatel možnost podat námitky proti postupu zadavatele, kterým zadal veřejnou zakázku mimo zadávací řízení, skutečnost, že žalobce zadal veřejnou zakázku mimo zadávací řízení, tak možnost podání námitek zcela jasně nevylučuje. V daném případě se jedná o nadlimitní veřejnou zakázku, i když žalobce zadal veřejnou zakázku mimo zadávací řízení. Postup žalobce měl vliv na výběr dodavatele, sám žalobce totiž mohl v reakci na námitky postupovat jinak, v úvahu také připadá intervence ze strany žalovaného. Žalobce však uzavřením smlouvy možnost přezkumu vyloučil. Žalobce se mýlí, pokud uvádí, že postup mimo zadávací řízení není zadáním veřejné zakázky. Žalobce zaměňuje pojmy účinnost přijetí nabídky a účinnost smlouvy. Okamžikem uzavření smlouvy je chvíle, kdy dojde akceptace nabídky adresátovi, v tomto případě tedy dne 21. 11. 2019. Cílem zákona o zadávání veřejných zakázek je zajištění účinné hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí. Žalovaný při určení výše pokuty zvážil veškeré okolnosti a výše pokuty je adekvátní.

6. V rámci ústního jednání účastníci setrvali na svých stanoviscích.

III. Posouzení věci krajským soudem

7. Krajský soud v Brně na základě včas podané žaloby přezkoumal napadené rozhodnutí předsedy žalovaného v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů; dále jen „s. ř. s.“), jakož i řízení předcházející jeho vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.).

8. S ohledem na to, že žalobce u řady námitek zdůrazňuje, že použil postup mimo zadávací řízení, považuje soud před vypořádáním jednotlivých žalobních námitek za vhodné nejprve obecně přiblížit zákonné vymezení veřejné zakázky a možné způsoby jejího zadání.

9. Podle § 2 odst. 1 ZZVZ se zadáním veřejné zakázky rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce. Obecně platí, že zadavatel je veřejnou zakázku povinen zadat v některém ze zadávacích řízení uvedených v § 3 ZZVZ. To znamená, že zadavatel je při zadávání veřejné zakázky zadávané v zadávacím řízení povinen řídit se obecnými ustanoveními o zadávacích řízeních upravených v části druhé ZZVZ a ustanoveními příslušné části ZZVZ odpovídajícími zvolenému typu zadávacího řízení. Zákon obsahuje hned několik výjimek (např. § 29 - §31 ZZVZ), které umožňují zadavateli zadat veřejnou zakázku postupem mimo zadávací řízení. Zadavatel se pak při těchto postupech nemusí řídit pravidly pro jednotlivá zadávací řízení. Postup vedoucí k uzavření smlouvy bude nicméně stále představovat zadávání veřejné zakázky.

Zadavatel proto bude mít i nadále povinnost řídit se ostatními pravidly zákona o zadávání veřejných zakázek.

10. Oproti předcházejícím situacím je nutno odlišit uzavření smlouvy, která zadávání veřejné zakázky nepředstavuje. Zákon o zadávání veřejných zakázek totiž vymezuje okruh smluv, jejichž uzavření se za zadání veřejné zakázky nepovažuje. Jedná se o smlouvy zakládající pracovněprávní nebo jiný obdobný vztah nebo smlouvy upravující spolupráci zadavatele při zadání veřejné zakázky podle § 7 až 12, § 155, § 156, § 189 a § 190. Zákon o zadávání veřejných zakázek tyto smlouvy zcela vylučuje ze své působnosti, při jejich uzavírání se tak daná ustanovení nepoužijí [srov rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) ze dne 19. 11. 2021, č. j. 3 As 139/2019-40, všechna zde citovaná judikatura dostupná na www.nssoud.cz].

11. V projednávaném případě žalobce zadal veřejnou zakázku postupem podle § 191 odst. 2 písm. c) ZZVZ. Dle tohoto ustanovení není zadavatel povinen zadat v zadávacím řízení veřejné zakázky v oblasti obrany a bezpečnosti, jestliže jsou zadávány veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. a) vládě nebo místní správě jiného státu a jejich předmětem jsou dodávky vojenského či citlivého materiálu.

12. Již z textace této výjimky je zřejmé, že nákup víceúčelových vrtulníků představoval zadání veřejné zakázky, které pouze dle citovaného ustanovení mohlo proběhnout mimo některý z typů zadávacího řízení upravených v § 3 ZZVZ. Na danou smlouvu se vztahuje působnost ZZVZ, jelikož jejím zadavatelem je Česká republika – Ministerstvo obrany, tedy veřejný zadavatel upravený v § 4 odst. 1 ZZVZ. Předmětem veřejné zakázky jsou dodávky, za které se žalobce zavázal uhradit úplatu, což odpovídá definici zadávání veřejné zakázky upravené v § 2 odst. 1 ZZVZ. Zároveň smlouva typově nespadá pod žádný z případů, které ZZVZ vylučuje ze své působnosti.

13. Lze tak uzavřít, že pořízení víceúčelových vrtulníků žalobcem představovalo zadání veřejné zakázky, byť mimo zadávací řízení. Jelikož se jedná o veřejnou zakázku, žalobce se při tomto postupu, musel řídit pravidly obsaženými v ZZVZ.

14. Dle názoru žalobce rozhodl žalovaný mimo svoji působnost, když žalobce uznal vinným ze spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, neboť dle § 2 zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, vykonává žalovaný dohled při zadávání veřejných zakázek, ale žalobce veřejnou zakázku zadal mimo zadávací řízení postupem podle § 191 odst. 2 písm. c) ZZVZ.

15. Jak soud uváděl výše, skutečnost, že veřejná zakázka byla zadána mimo zadávací řízení neznamená, že se nejedná o zadání veřejné zakázky. Nákup víceúčelových vrtulníků veřejnou zakázku představuje. Jedná se o nákup dodávek veřejným zadavatelem za úplatu. Postup zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení pak nemění charakter uzavírané smlouvy, ale pouze pravidla, kterými se musí zadavatel při jejím zadání řídit. Jelikož lze nákup víceúčelových vrtulníků považovat za zadání veřejné zakázky, působnost žalovaného je na základě § 2 písm. b) zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, dána. Prvostupňové ani napadené rozhodnutí proto nelze považovat za nicotná.

16. Žalobce také namítá, že předseda žalovaného provedl nezákonnou změnu výroku I. prvostupňového rozhodnutí, když místo slov „*před rozhodnutím o námitkách*“ použil slova „*do doby doručení rozhodnutí o námitkách*“, jelikož prvostupňové rozhodnutí lze v řízení o rozkladu změnit, pouze pokud tím správní orgán plně vyhoví rozkladu a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků, ledaže s tím všichni, jichž se to týká, vyslovili souhlas podle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu.

17. Soud se s touto námitkou neztotožnil. Omezení možnosti změny rozhodnutí v řízení o rozkladu uvedené v § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu se vztahuje primárně na podstatné materiální změny rozhodnutí, např. změny podstaty skutku, rozšíření jeho popisu, změny právní kvalifikace

apod. V projednávaném případě však došlo pouze k formální změně, kdy předseda žalovaného změnil textaci skutkové věty tak, aby lépe odpovídala znění zákona o zadávání veřejných zakázek. Vymezení skutku a jeho právní kvalifikace zůstaly beze změny. Upřesnění znění výroku nepředstavuje faktickou změnu prvostupňového rozhodnutí, která by byla omezena pouze na případy plného vyhovění odvolání ve smyslu § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 20. 6. 2016, č. j. 30 Af 42/2014-71). Pokud by rozkladový orgán jen za účelem provedení formulační změny výroku prvostupňového rozhodnutí musel přistoupit k jeho zrušení, byl by takový postup zcela nehospodárný a přepjatě formalistický.

18. Žalobce dále namítá, že stěžovatel nebyl aktivně legitimován k podání námitek proti postupu žalobce, protože nebyl způsobilý dodat požadované plnění, jelikož jím nabízené vrtulníky nebyly v požadované konfiguraci ověřené v praxi, což žalobce požadoval.

19. Podle § 241 odst. 1 ZZVZ může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vzniká újma. Podle § 241 odst. 3 ZZVZ může 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, podat pouze účastník zadávacího řízení.

20. Nelze souhlasit se zužujícím výkladem žalobce, že námitky proti postupu zadavatele může podat pouze takový dodavatel, který je schopen dodat pouze zcela konkrétní plnění, respektive že by takové plnění už musel dříve jinému zadavateli dodávat. Taková podmínka není zákonem stanovena. Dané ustanovení toliko vyžaduje, aby dodavateli postupem zadavatele vznikla nebo hrozila újma. Zákon vyžaduje existenci „pouze“ újmy hypotetické. Okruh dodavatelů procesně legitimovaných k podání námitek tak bude nutně širší a nebude zahrnovat pouze dodavatele schopné dodat zcela konkrétní plnění. Ostatně v § 5 ZZVZ je dodavatel charakterizován jako osoba, která nabízí poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací, nikoliv jako osoba, jenž nutně splňuje veškeré požadavky zadavatele. Výklad prezentovaný žalobcem je neudržitelný zejména v situaci, kdy některý z dodavatelů brojí námitkami proti diskriminačním zadávacím podmínkám. Z povahy věci totiž půjde o dodavatele, který není schopný konkrétní plnění požadované zadavatelem dodat. Pokud by soud přistoupil na výklad žalobce, daný dodavatel by přišel o možnost obrany proti nezákonně formulovaným zadávacím podmínkám. Soud se proto přiklonil k názoru, že pro aktivní procesní legitimaci dodavatele k podání námitek postačí pouze teoretická (plausibilně tvrzená) možnost dodání požadovaného plnění z jeho strany. Tento názor je prezentován také v odborné literatuře (viz ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. § 241 [Podání námitek]. In: ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 1396.). Je nutné rozlišovat mezi aktivní procesní legitimací k podání námitek a jejich důvodností. Nelze přílišně omezovat možnost obrany dodavatelů na základě presumované nedůvodnosti jejich námitek. Možnost podání námitek proto nebudou mít pouze takové subjekty, které zjevně nejsou schopny ani teoreticky dodat plnění srovnatelné nebo obdobné kategorie. Pouze u takových osob lze hovořit o účelových námitkách, které by mohly mít pouze blokační charakter.

21. Žalovaný přitom ve správním řízení prokázal, že stěžovatel byl aktivně procesně legitimován k podání námitek, jelikož byl teoreticky schopný dodat obdobné plnění.

22. Stěžovatel je soukromoprávní společností zabývající se mimo jiné také dodávkami civilních a vojenských vrtulníků. Z podkladů žalobce vyplývá, že zvažoval nákup vrtulníků AW-139M dodávaných stěžovatelem. Není pravdou, že toto vyplývá pouze z údajně nezákonně získaného dokumentu Analýza dostupnosti vrtulníků dle požadavků AČR ze dne 7. 2. 2018, č. j. MO

42117/2018-1122 (dále jen „Analýza dostupnosti vrtulníků“). Skutečnost, že žalobce nabídku stěžovatele zvažoval, vyplývá mimo jiné také z dokumentu Vyhodnocení průzkumů trhu a doporučení ke způsobu zadání veřejné zakázky ze dne 19. 7. 2019, č. j. MO 211895/2019-1350, nebo z rozhodnutí o odmítnutí námitek stěžovatele ze dne 5. 12. 2019, č. j. MO 349259/2019-1216. Zde je nutné zdůraznit to, že pro aktivní procesní legitimaci stěžovatele je nutné prokázat toliko schopnost stěžovatele dodat plnění obdobného charakteru, nikoliv prokázat, že měl být vybraným dodavatelem v případném zadávacím řízení. Z námitek stěžovatele ze dne 20. 11. 2019 vyplývá, že se aktivně ucházel o získání veřejné zakázky. Pokud jde o obsah podaných námitek, soudu nenáleží, aby hodnotil jejich důvodnost, či oprávní žalobce postupovat dle § 191 odst. 2 písm. c) ZZVZ [lze se totiž plně ztotožnit s názorem žalovaného, že skutková podstata přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ toto nevyžaduje]. Současně však nelze souhlasit se závěrem žalobce, že by byly námitky zcela účelové. Tvrzenou účelovost navíc žalobce nedovozuje z obsahu námitek, nýbrž z jím tvrzené neschopnosti stěžovatele dodat konkrétní jím požadované plnění. Podklady vytvářené samotným žalobcem i průběžná aktivita stěžovatele naopak podporují závěr o jeho aktivní procesní legitimaci k podání námitek.

23. Žalobce dále tvrdí, že dokument Analýza dostupnosti vrtulníků nebyl získán zákonnou cestou, a tudíž je ve správním řízení nepoužitelný. Žalobce neví, jakým způsobem si jej stěžovatel opatřil. Tvrdí, že se jedná o vnitřní dokument, který byl součástí úniku informací.

24. Předně je třeba zdůraznit, že žalobce neuvedl žádné bližší informace, kterými by údajný únik informací objasnil. Současně také nedodal žádné důkazy, kterými by svá tvrzení prokázal. I pokud by však žalobce svá tvrzení prokázal, nemělo by to vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, jelikož informace získané z dokumentu Analýza dostupnosti vrtulníků nejsou samy o sobě nosnými důvody napadeného rozhodnutí. Jak uvádí sám žalobce, z daného dokumentu vyplývá pouze to, že žalobce považoval stěžovatele za subjekt, který je schopen v oblasti výzbroje reagovat na požadavky žalobce, tedy že stěžovatel představoval potenciálního dodavatele víceúčelových vrtulníků. Tento závěr přitom není v rozporu se skutečností, že později nebyl stěžovatel vybrán k dodání veřejné zakázky, jelikož jím nabízené vrtulníky nebyly v dané konfiguraci osvědčené v praxi. Skutečnost, že stěžovatel byl teoretickým dodavatelem vrtulníků vyplývá i z dalších dokumentů (viz odst. 22). Ostatně i přímo z rozhodnutí o námitkách stěžovatele vyplývá, že stěžovatel teoreticky mohl víceúčelové vrtulníky dodat, žalobce jej však jako dodavatele nevybral, jelikož jeho vrtulníky nebyly osvědčené v praxi.

25. Závěrem soud k údajné nezákonnosti důkazu dokumentem Analýza dostupnosti vrtulníků dodává, že mezi žalobcem a žalovaným v části sporu týkající se legitimace stěžovatele k podání námitek nepanuje skutkový spor, který by měl být odstraňován dokazováním (např. oním sporným dokumentem), ale spor právní. Skutkový stav (včetně postavení stěžovatele na trhu s víceúčelovými vrtulníky) dostatečně popisují i jiné podklady obsažené ve spise a žalovaný nijak nerozporuje tvrzení žalobce, že stěžovatel nebyl schopen žalobci dodat plnění dle požadavků, které žalobce nyní prezentuje, tj. víceúčelové vrtulníky s konkrétní výzbrojí a osvědčené v praxi. Strany se rozchází pouze v tom, zda je postavení stěžovatele dostatečné pro jeho legitimaci k podání námitek. Jak soud již uvedl výše, v této otázce se přiklonil k výkladu žalovaného.

26. Soud se neztotožnil ani s argumentem žalobce, že pouze italská vláda je legitimována k podání námitek, jelikož pouze ona byla žalobcem oslovena k účasti na kaskádovém průzkumu trhu. V první řadě je třeba zdůraznit, že zákon o zadávání veřejných zakázek žádné oslovení ze strany zadavatele k legitimaci dodavatele k podání námitek nevyžaduje. Výklad žalobce by navíc vedl k absurdním důsledkům, neboť by to byl zadavatel, kdo by svým postupem před zadáním veřejné zakázky určoval okruh dodavatelů oprávněných podat námitky. Pokud by přitom byl postup zadavatele nezákonný, mohl by zároveň vyloučit z možnosti podat námitky právě ty dodavatele, kteří byli přímo dotčeni daným nezákonným postupem. Taková situace by tak byla zcela v rozporu se smyslem institutu námitek dodavatele podle § 241 ZZVZ, kterým je beze sporu je ochrana dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele.

27. Nelze souhlasit ani s argumentem, že v případě zakázky formou vláda-vláda není oprávněn podat námitky soukromý subjekt. Zákon žádné takové omezení nestanovuje, a to opět z logických důvodů. Při zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení může každý potenciálně dotčený dodavatel namítat, že nebyly splněny podmínky pro takový postup. V případě nesplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky formou vláda-vláda jsou přitom potenciálně dotčenými i soukromé subjekty. Potencialitu jejich dotčení přitom nelze posuzovat pohledem výsledného věcného posouzení námitek, tj. vyhodnocením, zda byly či nebyly pro zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení splněny zákonné podmínky.

28. Žalobce se také snaží poukázat na skutečnost, že zadání předmětné veřejné zakázky neodpovídá žádnému z postupů uvedených v hypotéze § 241 odst. 1 ZZVZ, jelikož zakázka byla zadána mimo zadávací řízení. Zde soud opět opakuje výše odůvodněný závěr, že zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení je stále zadáním veřejné zakázky. V projednávaném případě šlo zcela jasně o zadání nadlimitní veřejné zakázky, což je proces, který je v hypotéze § 241 odst. 1 ZZVZ uveden.

29. Obsahem další žalobní námitky je argumentace poukazující na absenci možného vlivu na výběr dodavatele, jelikož v rozhodné době splňoval požadované parametry Armády ČR pouze vrtulníkový systém H-1, který bylo možné pořídit pouze od vlády USA.

30. Podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.

31. Ze skutkové podstaty uvedeného přestupku plyne, že se jedná o přestupek ohrožovací. K naplnění skutkové podstaty tak postačí, pokud bude mít pochybení zadavatele potenciální vliv na výběr dodavatele. Jelikož zcela postačí potenciální ohrožení chráněného zájmu, nelze požadovat, aby žalovaný nade vši pochybnost prokázal konkrétní vliv na výběr dodavatele. Pokud by například měl prokazovat existenci konkrétního dodavatele, který mohl být postupem zadavatele zkrácen na svých právech, ve skutečnosti by prokazoval nikoliv možnost ovlivnění výběru dodavatele (tj. ohrožení chráněného zájmu), jak požaduje zákon, nýbrž konkrétní ovlivnění výběru dodavatele (tj. poruchu chráněného zájmu). Zcela postačí, aby žalovaný v rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru dodavatele, tj. k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku (srov. rozsudek NSS ze dne 18. 8. 2016, č. j. 9 As 63/2016-43).

32. Soud má za to, že napadené rozhodnutí tuto kvalifikovanou úvahu obsahuje. Dle žalovaného potencionální ovlivnění výběru dodavatele spočívá v tom, že nelze vyloučit, že by v důsledku rozhodování o námitkách došlo k případné korekci postupu žalobce, který by veřejnou zakázku zadal v zadávacím řízení. Námitky stěžovatele totiž primárně směřovaly vůči zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení postupem podle § 191 odst. 2 písm. c) ZZVZ. Nelze vyloučit také přezkum postupu žalobce provedený v navazujícím správním řízení žalovaným, který mohl potenciálně vyústit v povinnost žalobce zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení. Z aktivity stěžovatele lze presumovat, že minimálně stěžovatel by se do případného zadávacího řízení přihlásil.

33. Závěry žalovaného nepředstavují nepřípustné předvídání rozhodování o námitkách, jak tvrdí žalobce. Právě naopak, žalovaný se zcela držel toho, že úvahu o potencialitě dotčení nelze stavět na výsledném posouzení zákonnosti zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Tomuto věcnému posouzení totiž žalobce svým postupem zabránil. Žalovaný se proto zcela správně zabýval možným vlivem na výběr dodavatele s ohledem na všechny možné výsledky přezkumu postupu žalobce, ke kterému pro pochybení žalobce nemohlo v úplnosti dojít. Úvahy žalovaného

jsou tak zcela v souladu s koncepcí potenciality vlivu pochybení zadavatele na výběr dodavatele judikovanou Nejvyšším správním soudem. Nepřípadná je také argumentace specifickými požadavky na předmětné plnění. V případném otevřeném zadávacím řízení by měli dodavatelé možnost brojit také proti nedostatkům zadávacích podmínek a jejich možnému diskriminačnímu nastavení.

34. Krajský soud doplňuje, že žalobce sice uvozuje shora uvedenou námitku podnadpisem ve znění „*K nesprávné interpretaci § 246 odst. 1 písm. c) ZVZ žalovaným*“, nicméně nesprávné interpretaci daného ustanovení se v příslušném textu žaloby nikterak nevěnuje. Soud žalobní námitku vyhodnotil dle jejího obsahu, a právě tím se v předchozí části odůvodnění zabýval. Pouze pro úplnost soud dodává, že se s interpretací § 246 odst. 1 písm. c) ZZVZ provedenou žalovaným se ztotožnil.

35. Žalobce dále vytýká žalovanému nesprávnou aplikaci § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ. Dle názoru žalobce se na něj toto ustanovení nemůže vztahovat, jelikož veřejnou zakázku zadal mimo zadávací řízení. Soud opakuje, že i když žalobce veřejnou zakázku zadal postupem mimo zadávací řízení, stále se jedná o zadání veřejné zakázky, ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ se tak na případ žalobce vztahuje. Zákon umožňuje podání námitek vůči postupu zadavatele, kterým dojde k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Postup zadavatele totiž může být rozporný se zákonem, což lze logicky postihnout dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ.

36. Žalobce dále argumentuje tím, že smlouva na nákup víceúčelových vrtulníků byla podepsána 21. 11. 2019, ale účinnosti nabyla až připsáním iniciační platby dne 17. 12. 2019, tedy po doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli.

37. Krajský soud se ani s touto námitkou žalobce neztotožnil. Žalobce totiž zaměňuje pojmy účinnost přijetí nabídky a účinnost smlouvy. Ustanovení § 246 odst. 1 písm. b) ZZVZ zakazuje zadavateli uzavření smlouvy do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli. Dle § 1745 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „OZ“), dojde k uzavření smlouvy okamžikem účinnosti přijetí nabídky, nikoliv účinnosti uzavření smlouvy. V projednávaném případě byla nabídka ministrem obrany akceptována dne 21. 11. 2019 a téhož dne doručena americké vládě, což potvrzuje dokument s názvem On behalf of the Governments of the United States of America and the Czech Republic taktéž ze dne 21. 11. 2019. K účinnosti přijetí nabídky tak došlo dne 21. 11. 2019, téhož dne došlo k uzavření smlouvy, tvrzené nabytí účinnosti smlouvy až dne 17. 12. 2019 pak a této skutečnosti nic nemění.

38. Dále žalobce odkazuje na komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek [Dvořák, Machurek, Novotný, & Šebesta a kol. (2017). *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář.* 1. vydání. Praha: C. H. Beck Str. 1172 – k odst. 1], dle kterého se § 246 odst. 1 písm. b) ZZVZ vztahuje pouze na postupy zadávané v zadávacím řízení. Ani s touto námitkou soud nesouhlasí. Dle § 241 ZZVZ je přímo dána možnost podat námitky proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Aby zadavatel nemohl zmařit případné přezkumné řízení tím, že smlouvu uzavře, zákon stanoví tzv. blokační dobu, po kterou zadavatel nemůže smlouvu uzavřít. Blokační doba je mimo jiné navázána na doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli. Pokud tedy zákon předpokládá, že postup směřující k zadání zakázky mimo zadávací řízení lze rozporovat pomocí námitek, bylo by zcela v rozporu s účelem institutu námitek, pokud by s jejich podáním nebyl spojen také počátek blokační doby. Výklad prezentovaný žalobcem navíc nedává smysl ani systematicky, neboť není jasné, proč by zrovna na námitky proti postupu zadavatele mimo zadávací řízení mělo být pohlíženo zcela rozdílně. Právě s ohledem na absenci jakékoliv podpůrné argumentace se lze domnívat, že komentář právní názor žalobce nezastává a že odkaz na zadávací řízení je použit pouze pro srozumitelnost textu. Daná výkladová varianta by totiž byla v rozporu jak s textem zákona, tak s jeho smyslem. Lze proto předpokládat, že by autoři komentáře takový revoluční výklad zákona podložili náležitou argumentací.

39. Žalobce žalovanému také vytýká, že v odstavci 48 napadeného rozhodnutí odkazuje na jakési indicie, které mají naznačovat, že vliv postupu žalobce na výběr dodavatele není pouze hypotetický. Jelikož žalovaný tyto indicie nijak blíže nespecifikoval, napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné.

40. Pro spáchání přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ postačí, pokud má postup zadavatel potenciální vliv na výběr dodavatele. Potencialita vlivu postupu žalobce na výběr dodavatele byla v napadeném rozhodnutí žalovaným jasně a srozumitelně vysvětlena. Úvahy o existenci indicií, které svědčí o tom, že vliv na dodavatele byl více než potenciální, jsou pak pro naplnění skutkové podstaty § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ nadbytečné. Tyto úvahy proto nepředstavují nosné důvody napadeného rozhodnutí. I přesto, že z napadeného rozhodnutí zcela nevyplývá, jaké indicie měl žalovaný na mysli, tak tato skutečnost nevede k nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí.

41. S žalobcem nelze souhlasit ani v tom, že by přístup žalovaného byl striktně formalistický, ignorující hlavní cíl ZZVZ, kterým je dle žalobce uspokojování potřeb zadavatele. Hlavními účely zákona o zadávání veřejných zakázek jsou bezpochyby zajištění účinné hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli a zajištění hospodárného využívání veřejných prostředků. Dle soudu je přiléhavé hodnocení žalovaného, že tento omyl žalobce dokresluje jeho přístup k zadávání veřejných zakázek. Soud nezpochybňuje, že žalobce odvádí důležitou a nezastupitelnou práci na poli obranyschopnosti a bezpečnosti České republiky, k plnění jeho zákonných povinností však žalobce nemůže zaujmout přístup „účel světí prostředky“, jelikož tento přístup je v právním státě nepřípustný.

42. Na závěr žalobce brojí proti výši uložené pokuty. Ta je podle něj zcela nepřiměřená a důvody, které žalovaného vedly k uložení pokuty v tak značné výši, jsou nezákonné a v rozporu s principy právního státu.

43. Pokud jde o výši uložené pokuty, musí soud předeslat, že stanovení konkrétní sankce je předmětem správního uvážení žalovaného (tj. jeho diskrečního práva). Žalovanému je zákonem dána volnost při určení výše pokuty rozhodnout ve vymezených hranicích. Jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 3. 4. 2012, č. j. 1 Afs 1/2012 - 36, „[n]*a rozdíl od posuzování otázek zákonnosti, jimiž se soud musí při posuzování správní věci k žalobní námitce zabývat, je oblast správní diskrece soudní kontrole prakticky uzavřena. Podrobit volné správní uvážení soudnímu přezkoumání při hodnocení zákonnosti rozhodnutí lze jen potud, překročil-li správní orgán zákonem stanovené meze tohoto uvážení, vybočil-li z nich nebo volné uvážení zneužil. Není však v pravomoci správního soudu, aby vstoupil do role správního orgánu a položil na místo správního uvážení uvážení soudcovské a sám rozhodl, jaká pokuta by měla být uložena.* […] *Z judikatury Nejvyššího správního soudu přitom vyplývá, že při posuzování zákonnosti uložené sankce správní soud k žalobní námitce přezkoumá, zda správní orgán při stanovení výše sankce zohlednil všechna zákonem stanovená kritéria, zda jeho úvahy o výši pokuty jsou racionální, ucelené, koherentní a v souladu se zásadami logiky, zda správní orgán nevybočil z mezí správního uvážení nebo jej nezneužil, ale rovněž, zda uložená pokuta není likvidační [srov. např. usnesení rozšířeného senátu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008 - 133, publikované pod č. 2092/2010 Sb. NSS, www.nssoud.cz, nebo nálezy Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 3/02 ze dne 13. 8. 2002 (N 105/27 SbNU 177; 405/2002 Sb.), nebo sp. zn. Pl. ÚS 38/02 ze dne 9. 3. 2004 (N 36/32 SbNU 345; 299/2004 Sb.); oba dostupné na http://nalus.usoud.cz]. Při hodnocení zákonnosti uložené sankce správními soudy není dán soudu prostor pro změnu a nahrazení správního uvážení uvážením soudním, tedy ani prostor pro hodnocení prosté přiměřenosti uložené sankce. Přiměřenost by při posuzování zákonnosti uložené sankce měla význam jedině tehdy, pokud by se správní orgán dopustil některé výše popsané nezákonnosti, v jejímž důsledku by výše uložené sankce neobstála, a byla by takříkajíc nepřiměřená okolnostem projednávaného případu.*“

44. Soud výši uložené sankce přezkoumal v duchu výše vymezených pravidel a dospěl k závěru, že žalovaný při jejím uložení nevybočil z hranic zákonnosti, jeho úvahy jsou racionální a koherentní, současně zohlednil všechna zákonná kritéria.

45. Před vypořádáním jednotlivých námitek žalobce směřujících vůči výši pokuty soud upozorňuje, že se na tomto místě již nezabýval námitkami, v rámci kterých žalobce tvrdí, že pokuta neměla být uložena v takové výši, jelikož se žalobce žádného porušení zákona nedopustil. Tato argumentace principiálně nesměřuje proti výroku o sankci, nýbrž proti výroku o vině, a soud ji v úplnosti vypořádal výše. Stejně tak se krajský soud nezabýval ani tím, do jaké míry má uložená sankce represivní a preventivní funkci, jelikož by tím nahrazoval správní uvážení uvážením soudním, což je při přezkumu správního rozhodnutí nepřípustné. Z hlediska soudního přezkumu je rozhodující, že tyto funkce může uložená sankce zcela jistě plnit, neboť je dostatečně citelná na to, aby ji žalobce pociťoval jako újmu a aby v jejím světle v budoucnu přizpůsobil své kroky zákonným požadavkům.

46. Soud nesouhlasí s tvrzením žalobce, že žalovaný nezohlednil účelovou povahu námitek stěžovatele, jelikož dle soudu podané námitky nelze bez dalšího hodnotit jako účelové. Soud opakuje, že žalobce navíc účelovost nedovozuje ze samotného obsahu námitek, nýbrž z povahy stěžovatele, který podle něj nebyl schopen požadované plnění dodat. Stěžovatel se však aktivně ucházel o získání veřejné zakázky v rámci kaskádovitého průzkumu trhu, proti rozhodnutí žalobce zadat zakázku mimo zadávací řízení brojil námitkami, po jejich odmítnutí podal návrh k žalovanému. Z této aktivity stěžovatele lze dle názoru soudu dostatečně jasně vyčíst, že stěžovatelovým úmyslem bylo zakázku skutečně obdržet, nikoliv pouze blokovat její zadání americké vládě. Navíc podané námitky obsahují racionální argumentaci týkající se zadání zakázky mimo zadávací řízení. Soud nehodnotí, zda by byly námitky stěžovatele úspěšné, s ohledem na jejich obsah a aktivitu stěžovatele je však v žádném případě nelze označit za účelové. Žalovaný tak k dané okolnosti správně nepřihlédl.

47. Soudu není zřejmé, jak se má skutečnost, že se veřejná zakázka týká nákupu vojenského materiálu, promítnout do úvah o výši pokuty. Lze zopakovat, že i když žalobce veřejnou zákazu zadává za účelem nákupu vojenského materiálu, který má sloužit k obraně České republiky a jejích obyvatel, nejedná se o skutečnost, která by žalobce legitimovala k postupu v rozporu se zákonem. Právě proto, že žalobce pořizuje vojenský materiál, který je důležitý z pohledu ochrany obyvatel České republiky, měl by při zadání této veřejné zakázky postupovat s maximální možnou opatrností a vyhnout se jakémukoliv porušení zákona.

48. Žalovaný přičetl žalobci k tíži přitěžující okolnost v podobě předchozího přestupku žalobce, o kterém předseda žalovaného rozhodl rozhodnutím ze dne 12. 8. 2019, č. j. ÚOHS-R0101/2019/VZ-22207/2019/321/Edo (dále jen „porovnávaný případ“). Žalobce namítá, že v porovnávaném případě vycházel žalovaný ze zcela jiných okolností a že společným jmenovatelem je pouze osoba žalobce. V porovnávaném případě žalobce neoznámil ostatním účastníkům zadávacího řízení rozhodnutí o výběru dodavatele a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku před uplynutím lhůty k podání námitek. Byť porovnávaný případ není shodný s nyní projednávanou věcí, v obou případech vedlo pochybení žalobce k zásahu do stejného chráněného zájmu, kterým je zájem na možnosti přezkumu postupu zadavatele před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku. Žalobce tudíž již jednou spáchal přestupek, kterým narušil stejný chráněný zájem jako v projednávané věci. Předchozí provinění tak může představovat přitěžující okolnost. Žalovaný ostatně nikdy neuváděl, že by byly porovnávané případy totožné, nýbrž že spáchání přestupku žalobcem v obou případech narušilo stejný chráněný zájem.

49. Žalobce nesouhlasí ani s tím, že mu byla žalovaným vytčena malá časová prodleva mezi rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky a uzavřením smlouvy. To žalobce podle svých slov nemohl ovlivnit, jelikož dané okolnosti byly zcela závislé na jednání mezi českou a americkou vládou.

50. Byť soud rozumí tomu, že zadání předmětné veřejné zakázky mohlo být komplikované a nezáviselo zcela na žalobcově vůli, nelze se odpovědnosti za zadání veřejné zakázky zbavit odkazem jednání jiných subjektů. Žalobce je jako zadavatel veřejné zakázky zodpovědný za

dodržení postupu stanoveného v ZZVZ. Krátká doba mezi rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy je tak „přičitatelná“ právě jemu.

51. Uložená pokuta je sice na první pohled vysoká, nicméně přiměřenost sankce dle ZZVZ nelze hodnotit izolovaně toliko na základě samotné její výše. Zákon totiž sazbu sankce přímo váže na hodnotu veřejné zakázky (10 % z této hodnoty představuje horní hranici zákonné sazby). Východiskem zákonodárce je tedy zjevně úvaha, že s růstem hodnoty veřejné zakázky roste obecná společenská škodlivost přestupků spáchaných zadavatelem. Uložení sankce ve výši 37 % z její maximální výše přitom odpovídá jak hodnocení přitěžujících okolností ze strany žalovaného, tak jeho dosavadní praxi (shora označenému porovnávanému případu). Pokuta zároveň nemohla ohrozit fungování žalobce, neboť představovala 0,729831 % z výdajů státního rozpočtu určeného pro žalobce v roce 2021, tj. v době rozhodování žalovaného. Krajský soud z těchto důvodů nevyhodnotil pokutu ani jako zjevně nepřiměřenou, a nepřistoupil proto k jejímu snížení ani upuštění od jejího uložení dle § 78 odst. 2 s. ř. s.

IV. Shrnutí a náklady řízení

52. Krajský soud na základě shora provedeného posouzení neshledal žalobu důvodnou, a proto ji ve smyslu § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.

53. O nákladech řízení bylo rozhodnuto ve smyslu § 60 odst. 1 s. ř. s., podle kterého nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. V dané věci neúspěšný žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení a žalovanému v souvislosti s tímto řízením žádné náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 15. února 2023

Mgr. Petr Šebek v. r.
předseda senátu

Shodu s prvopisem potvrzuje Kristýna Pejčochová