



UOHSX00596MW

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R47/2013/VZ-21020/2013/310/DBa

Brno 30. října 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 20. 2. 2013 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 21. 2. 2013) podaném zadavatelem –

- **Armádní Servisní, příspěvková organizace**, IČ 60460580, se sídlem Podbabská 1, 160 00 Praha 6 – Dejvice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S441/2012/VZ-2416/2013/511/ASh ze dne 6. 2. 2013, ve věci návrhu navrhovatele –

- společnosti **GELST, spol. s r.o.**, IČ 46902252, se sídlem Příkop 843/4, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 14. 6. 2012 JUDr. Zdeňkem Klapkou, advokátem, IČ 13388771, se sídlem nám. T. G. Masaryka 8, 796 01 Prostějov,

na uložení zákazu plnění smlouvy uzavřené dne 28. 6. 2012 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem –

- společností **Bartoň a Partner s.r.o.**, IČ 26810093, se sídlem Chválkovice 580, 779 00 Olomouc,

a ve věci možného spáchání správního deliktu zadáním veřejné zakázky „**Úklidové a pokojské služby, recepční služby a venkovní úklidy v zařízeních AS-PO**“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 26. 6. 2012,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S441/2012/VZ-2416/2013/511/ASh ze dne 6. 2. 2013

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 23. 7. 2012 návrh navrhovatele – společnosti GELST, spol. s r.o., IČ 46902252, se sídlem Příkop 843/4, 602 00 Brno (dále jen „**navrhovatel**“), na uložení zakazu plnění smlouvy uzavřené dne 28. 6. 2012 mezi zadavatelem – Armádní Servisní, příspěvková organizace, IČ 60460580, se sídlem Podbabská 1, 160 00 Praha 6 – Dejvice (dále jen „**zadavatel**“), a vybraným uchazečem - společností Bartoň a Partner s.r.o., IČ 26810093, se sídlem Chválkovice 580, 779 00 Olomouc (dále jen „**vybraný uchazeč**“), ve věci veřejné zakázky „Úklidové a pokojské služby, recepční služby a venkovní úklidy v zařízeních AS-PO“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě písemné výzvy ze dne 26. 6. 2012. Oznámení o zadání veřejné zakázky bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 10. 7. 2012 pod ev. č. 223770, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 21. 7. 2012 pod ev. č. 2012/S 139-232173.
2. Navrhovatel v návrhu uvedl, že zadavatel uzavřel smlouvu na realizaci veřejné zakázky v rozporu s předběžným opatřením Úřadu, ve kterém byl stanoven zákaz uzavřít smlouvu v jednacím řízení bez uveřejnění. Navrhovatel dále uvedl, že zadavatel nepřípustně zahájil jednací řízení bez uveřejnění za účelem zadání veřejné zakázky se stejným předmětem plnění, jako v původní veřejné zakázce zadávané v otevřeném řízení, aniž by předchozí zadávací řízení zrušil. Dle názoru navrhovatele nebyly pro použití jednacího řízení bez uveřejnění naplněny zákonné podmínky dle § 23 odst. 4 písm. b) zákona, na které se zadavatel odvolává. Navrhovatel dále poukázal na skutečnost, že zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu krajní naléhavosti,

<sup>1</sup> Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona.

a to na dobu neurčitou, což je dle názoru navrhovatele v rozporu se samotnou krajní naléhavostí, v níž by měl zadavatel uzavřít smlouvu jen na dobu nezbytně nutnou a v nezbytně nutném rozsahu.

3. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem ze dne 27. 7. 2012. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S441/2012/VZ-14001/2012/511/ASh z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy a činit jiné návrhy. Navrhovateli Úřad stanovil lhůtu k provedení úkonu – doplnění návrhu o doklad o složení kauce ve výši 100 000 Kč. Dále Úřad zadavateli stanovil lhůtu k provedení úkonu – zaslání podkladů a informací ve smyslu § 118 odst. 3 zákona.
4. Dne 30. 7. 2012 Úřad obdržel doklad o zaplacení kauce ve výši 100 000 Kč.
5. Dne 6. 8. 2012 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče. Téhož dne pak Úřad obdržel i vyjádření zadavatele k návrhu a dokumentaci o veřejné zakázce.
6. Usnesením č. j. ÚOHS-S441/2012/VZ-17289/2012/511/ASh ze dne 14. 9. 2012 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Ve stanovené lhůtě ani později se žádný z účastníků řízení nevyjádřil.

## II. Napadené rozhodnutí

7. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 6. 2. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S441/2012/VZ-2416/2013/511/ASh (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona tím, že uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ustanovení § 146 odst. 1 zákona, ačkoli byl povinen toto oznámení uveřejnit. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona zadavateli pokutu ve výši 4 000 000 Kč za spáchání správních deliktů uvedených ve výroci I. a II. Výrokem IV. napadeného rozhodnutí Úřad uložil podle ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) zákona zadavateli zákaz plnění smlouvy uzavřené dne 28. 6. 2012 na veřejnou zakázku, přičemž zákaz plnění smlouvy nabývá účinnosti dnem nabytí právní moci napadeného rozhodnutí.
8. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění na základě § 23 odst. 4 písm. b) zákona. Smlouva na plnění veřejné zakázky byla s vybraným uchazečem uzavřena dne 28. 6. 2012, kdy termín poskytování služeb je stanoven od 1. 7. 2012 a ukončení poskytování služeb je upraveno výpovědí s výpovědní lhůtou tří měsíců.
9. V odůvodnění pro použití jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel ve svém vyjádření k návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy uvedl, že považoval za nezbytné uzavřít smlouvu na služby s novým dodavatelem od 1. 7. 2012, avšak Úřadem zahájená správní řízení v souvislosti s vydanými předběžnými opatřeními mu neumožňovaly uzavřít smlouvu do doby, než bude pravomocně skončeno správní řízení. K tomuto zadavatel uvedl, že nemohl déle vyčkávat rozhodnutí Úřadu a vzhledem k časovému limitu pro zajištění služeb

zadal veřejnou zakázku z důvodu krajně naléhavého případu v jednacím řízení bez uveřejnění.

10. Úřad po přezkoumání případu ve všech vzájemných souvislostech dospěl k závěru, že zadavatel sám zapříčinil situaci, kdy vzhledem k časovému limitu nemohla být veřejná zakázka zadána prostřednictvím jiného zadávacího řízení. Tři neúspěšně realizovaná zadávací řízení, které zadavatel na základě vlastního rozhodnutí zrušil, jsou nepochybně případem zapříčiněným skrze vůli zadavatele. K zadání veřejné zakázky v předchozích zadávacích řízeních se shodným předmětem plnění nedošlo v důsledku počínání zadavatele, přičemž tak vznikl krajně naléhavý případ, který zadavatel bezesporu způsobil svým vlastním jednáním.
11. Úřad dále uvedl, že ve všech zahájených správních řízeních na předmětnou veřejnou zakázku získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a rozhodnutími o předběžných opatřeních zakázal zadavateli uzavřít smlouvu. Úřad k tomuto dodal, že předběžná opatření vydaná na základě pochybností o souladu postupu zadavatele se zákonem, mohl zadavatel předvídat, jelikož si musí být vědom oprávnění, která zákon dodavatelům poskytuje v souvislosti s domnělým porušením zákona úkonem zadavatele. Se lhůtami na vypořádání se s námitkami jakožto i se lhůtami souvisejícími se zahájením správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele měl zadavatel v harmonogramu zadávání předmětné veřejné zakázky počítat.
12. Ke lhůtám Úřad dále uvedl, že správní řízení týkající se předchozí veřejné zakázky se stejným předmětem plnění zadávané rovněž v jednacím řízení bez uveřejnění bylo zahájeno dne 14. 6. 2012. Zadavatel však již dne 22. 6. 2012 toto zadávací řízení zrušil a zahájil zadávací řízení nové s odkazem na § 23 odst. 4 písm. b) zákona. Pro úplnost Úřad uvedl, že i předchozí dvě správní řízení zahájená ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce se stejným předmětem plnění, zadávaná formou otevřeného řízení, byla zahájena v průběhu měsíce května a lhůta pro vydání rozhodnutí tak připadala na měsíc červenec, tedy i v tomto případě zadavatel zrušil zadávací řízení před uplynutím lhůty pro vydání rozhodnutí. Nelze tedy přihlídnout k argumentaci zadavatele, že neukončená správní řízení u Úřadu, jejichž skončení zadavatel očekával ve lhůtách podle § 71 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), jsou okolností, jež by mohla naplnit podmínku pro zadání veřejné zakázky podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona.
13. Z podkladů doručených Úřadu dále vyplynulo, že veřejná zakázka byla zadána v jednacím řízení bez uveřejnění na plný rozsah původně poptávaných služeb. K tomu Úřad uvedl, že jsou-li jednotlivé služby a místa jejich výkonu vzájemně oddělitelné a pouze u některých z nich je obsažen prvek naléhavosti, nelze existenci krajně naléhavého případu automaticky vztahovat na celé plnění. Zadavatel ve vyjádření k návrhu uvedl, že je výhradním poskytovatelem ubytovacích služeb pro Armádu ČR, přičemž pro potřeby Armády ČR je vyčleněno přibližně 62% celkové ubytovací kapacity. V případě oprávněného použití jednacím řízením bez uveřejnění z důvodu krajní naléhavosti by tedy zadavatel měl uzavřít smlouvu pouze v nezbytně nutném rozsahu a nikoli na plný rozsah původně poptávaných služeb, jak se stalo v šetřeném případě.
14. Úřad dále uvedl, že se ztotožňuje s tvrzením navrhovatele, že uzavření smlouvy na realizaci veřejné zakázky na dobu neurčitou je v rozporu se samotnou krajní naléhavostí, v níž by měl

zadavatel uzavřít smlouvu jen na dobu nezbytně nutnou a v nezbytně nutném rozsahu. V tomto ohledu nelze přistoupit na argument zadavatele, že služby budou prováděny po dobu nezbytně nutnou do doby, než bude vybrán nový uchazeč, zejména přihlédl-li Úřad k tomu, že do dne vydání napadeného rozhodnutí (tj. více jak půl roku od uzavření smlouvy) nebyl na základě řádného otevřeného zadávacího řízení nový poskytovatel služeb vybrán, neboť zadávací řízení bylo zahájeno až dne 11. 1. 2013.

15. Úřad tedy uzavřel, že zadavatel neprokázal naplnění podmínek předpokládaných ustanovením § 23 odst. 4 písm. b) zákona opravňujících zadavatele k použití jednacímho řízení bez uveřejnění.
16. K otázce souběhu zadávacích řízení Úřad uvedl, že zadavatel vypsál na veřejnou zakázku s názvem „Úklidové a pokojské služby, recepční služby a venkovní úklidy v zařízeních AS-PO“ celkem čtyři zadávací řízení (dvě ve formě otevřeného řízení a dvě formou jednacímho řízení bez uveřejnění). Ve věci všech těchto zadávacích řízení byla postupně zahájena správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, přičemž v každém z těchto správních řízení, s výjimkou posledního, bylo vydáno předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu. Úřad konstatoval, že v zadávacím řízení zahájeném dne 26. 6. 2012 (na základě kterého byla uzavřena smlouva na veřejnou zakázku) neuložil zákaz plnění smlouvy a zadavatel tak nejednal v rozporu s rozhodnutím Úřadu, jak tvrdí navrhovatel. Zadavatel taktéž neporušil ustanovení § 84 odst. 6 zákona tím, že by zahájil zadávací řízení, kterému by předcházelo zadávací řízení s obdobným předmětem plnění, před zrušením takového předchozího zadávacího řízení, jelikož zadavatel všechna předchozí zadávací řízení prokazatelně zrušil.
17. K výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že zadavatel postupoval v jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. b) zákona, ačkoliv pro tento postup nebyly naplněny podmínky stanovené zákonem. Zadavatel měl předmětnou veřejnou zakázku zadat v jiném druhu zadávacího řízení, přičemž zákon u nadlimitních veřejných zakázek (mimo veřejné zakázky zadané v jednacím řízení bez uveřejnění) ukládá zadavateli vždy povinnost uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení. S ohledem na uvedené dospěl Úřad k závěru, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona, když uzavřel smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, ačkoli byl podle zákona povinen toto oznámení uveřejnit.
18. K uložené pokutě Úřad uvedl, že postupoval v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (přísnější trest pohlcuje mírnější). V daném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona je u obou těchto správních deliktů shodná horní hranice možné pokuty. Celková cena za recepční, úklidové a pokojské služby za měsíc byla sjednána ve výši 4 657 190,64 Kč bez DPH, avšak tato cena může být upravena na základě změny rozsahu plnění, jelikož rozsah a četnost služeb mohou být snižovány o aktuálně nevyužívané prostory. Vzhledem k tomu, že tedy cenu veřejné zakázky nelze z uzavřené smlouvy ani z jiných podkladů správního řízení přesně určit, je nutné za horní hranici možné pokuty považovat v souladu s ustanovením § 120 odst. 2 písm. a) zákona částku 20 000 000 Kč. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad uložil pokutu ve výši 1/5 zákonné sazby, přičemž tuto výši uložené pokuty považuje vzhledem k souvislostem případu za dostačující.

19. K zakazu plnění smlouvy Úřad uvedl, že byly naplněny podmínky pro uložení zakazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona. Dále Úřad posoudil, zda v konkrétním případě veřejný zájem, který v rámci své činnosti zajišťuje zadavatel, je spojen s důvody hodnými zvláštního zřetele, které vylučují uložení zakazu plnění smlouvy. Vzhledem k tomu, že Úřad je v případě existence takových důvodů povinen zakaz plnění smlouvy neuložit, resp. návrh na jeho uložení podle § 118 odst. 5 písm. b) zákona zamítnout, je třeba § 118 odst. 5 písm. b) zákona vykládat restriktivně, přičemž důkazní břemeno ohledně existence důvodů hodných zvláštního zřetele nese osoba, která se jich dovolává. Zadavatel v šetřeném případě poukazuje na provozní problémy, které by mu uložení zakazu plnění smlouvy způsobilo. I kdyby však tyto provozní problémy bylo možné označit za důvody hodné zvláštního zřetele, v průběhu správního řízení nebylo prokázáno, že by tyto důvody odůvodňovaly platnost uzavřené smlouvy, která byla uzavřena z důvodu krajní naléhavosti, a to v neomezeném rozsahu jako u původně poptávaných služeb ve zrušeném řádném zadávacím řízení. Tato skutečnost nevyplývá z vyjádření zadavatele ze dne 3. 8. 2012 ani z žádného jiného předloženého dokumentu. V této souvislosti Úřad uvedl, že ani zadavatel ve své argumentaci neobhajoval pokračování plnění smlouvy důvody hodnými zvláštního zřetele spojenými s veřejným zájmem, nýbrž ve svém vyjádření odkazoval na ustanovení § 118 odst. 4 zákona.
20. K ustanovení § 118 odst. 4 Úřad uvedl, že pouhé konstatování zadavatele s odkazem na předmětné ustanovení zákona bez bližší specifikace dané situace, která by měla ohrozit obranyschopnost státu a neplnění mezinárodních dohod, nelze považovat za naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování plnění smlouvy. Zadavatel neuvedl, k jakému konkrétnímu negativnímu dopadu na obranyschopnost státu by došlo, a zároveň ani neuvedl, jaké konkrétní uzavřené mezinárodní dohody by nebyly v souvislosti s vysloveným zákazem plnění smlouvy plněny.
21. Úřad rovněž upozornil na skutečnost, že ustanovení § 118 odst. 4 zákona bylo do zákona přidáno novelou č. 258/2011 Sb. ze dne 4. 8. 2011, a to na základě směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/81/ES ze dne 13. 7. 2009. Touto novelou Česká republika splnila povinnost transponovat směrnici o koordinaci postupů při zadávání některých zakázek na stavební práce, dodávky a služby zadavateli v oblasti obrany a bezpečnosti. Zadavatel však předmětnou veřejnou zakázku v žádném z vypsáných zadávacích řízení nezadával ve smyslu ustanovení § 10a zákona, tj. jako veřejnou zakázku v oblasti obrany nebo bezpečnosti.
22. Úřad dále uvedl, že činnost zadavatele spočívající v zabezpečení hospodaření s bytovým fondem, ubytovny, rozvodným tepelným zařízením, odběrným tepelným zařízením a vodohospodářskými zařízeními resortu Ministerstva obrany, nelze považovat za činnost, která by hrála významnou roli při zajišťování bezpečnostních zájmů České republiky. Mezi bezpečnostními zájmy České republiky obsaženými v Bezpečnostní strategii České republiky a předmětem veřejné zakázky, tedy úklidovými, pokojskými a recepčními službami a venkovními úklidy v zařízeních zadavatele, nebyla shledána jakákoli souvislost. Důsledky zakazu plnění smlouvy tedy nemohou závažným způsobem ohrozit existenci širšího obranného nebo bezpečnostního programu, který má zásadní význam z hlediska bezpečnostních zájmů České republiky.

### III. Námitky rozkladu

23. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 21. 2. 2013 rozklad zadavatele. Zadavatel v rozkladu nejprve shrnuje své základní argumenty ve prospěch nesprávnosti a nezákonnosti napadeného rozhodnutí. Následně zadavatel shrnuje vývoj předcházející zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. V částech 4. až 6. rozkladu zadavatel následně podrobně rozvádí své argumenty ve prospěch nesprávnosti a nezákonnosti zadávacího řízení.
24. K existenci krajně naléhavého případu zadavatel uvádí, že vzniklá situace, kdy byl zadavatel vystaven hrozbě, že nebude schopen od 1. 7. 2012 poskytovat služby, které zajistí provozuschopnost ubytovacích zařízení sloužících potřebám Armády ČR a v souladu s mezinárodními závazky i státům Severoatlantické aliance, je zjevně případem krajně naléhavého charakteru. Mezi závazky mezinárodního charakteru, k jejichž porušení by v důsledku neprovozuschopnosti ubytovacích zařízení došlo, zadavatel uvádí Severoatlantickou smlouvu a dvoustranné dohody (jejich seznam je obsahem přílohy č. 2 rozkladu).
25. Zajištění řádného fungování ubytovacích zařízení je významným prvkem obranných programů České republiky. Bez zajištění ubytování by nebylo možné provádět potřebná cvičení Armády ČR a význam těchto zařízení je navíc nezpochybnitelný v případech stavu ohrožení či válečného stavu (toto zadavatel dovozuje i z charakteru zadavatele jako státní příspěvkové organizace, která je v případě válečného stavu přeměněna na bojovou jednotku). Zadavatel se proto neztotožňuje se závěry Úřadu, podle kterých nelze provozování těchto zařízení „považovat za činnost, která by hrála významnou roli při zajišťování bezpečnostních zájmů České republiky.“ V ubytovacích zařízeních provozovaných zadavatelem jsou rovněž ubytováni vojáci států Severoatlantické aliance, a to zejména v případech společných vojenských cvičení.
26. Dle zadavatele dále v případě ubytování vojáků panuje velká nepředvídatelnost potřeby ubytovacích zařízení, není žádoucí ani možné stanovit využití lůžek na 100%. V současné době je tak obsazenost nastavena na přibližně 62%. Zadavatel tak rozporuje názor Úřadu, podle kterého měl zadavatel plnění rozdělit a nevztahovat případ krajní naléhavosti na celý předmět plnění. Takové dělení není možné, neboť u všech lůžek musí být zachována jejich připravenost, chce-li Česká republika dostát svým závazkům a zadavatel řádně reagovat na potřeby Armády ČR.
27. Zadavatel rovněž rozporuje závěr Úřadu, podle kterého je uzavření smlouvy na dobu neurčitou v rozporu s krajní naléhavostí. Ačkoli byl totiž cíl zadavatele uzavřít smlouvu na nezbytně nutnou dobu, tedy do uzavření smlouvy na základě nového zadávacího řízení, musel vzít zároveň v úvahu i možné správní řízení či další prodlevy a nemohl tedy stanovit konkrétní datum ukončení smlouvy. Již dne 3. 8. 2012 zadavatel zveřejnil předběžné oznámení veřejné zakázky. V důsledku informační zprávy Ministerstva obrany ze dne 20. 9. 2012 o omezení části ubytovacích zařízení a následných jednání s jednotlivými zainteresovanými stranami (zástupci Armády ČR) byl zadavatel schopen zahájit zadávací řízení až 7. ledna 2013. Toto zpoždění však nebylo zapříčiněno zadavatelem, ale objektivní změnou předmětu zakázky, jejíž nutnost vyplynula z požadavku Ministerstva obrany na omezení ubytovacích kapacit.

28. Dle zadavatele se Úřad existencí stavu krajní naléhavosti v napadeném rozhodnutí blíže nezabývá a neuvádí žádné důvody, které by podporovaly jeho tvrzení, že stav krajní naléhavosti neexistoval. Napadené rozhodnutí je tak v této části pro absenci odůvodnění nepřezkoumatelné.
29. K podmínce absence vlastního zavinění zadavatel uvádí, že učinil vše pro to, aby byla zakázka zadána v otevřeném zadávacím řízení. Protože o správnosti postupu zadavatele v zadávacím řízení č. 1 Úřad v zákonné lhůtě nerozhodl, snažil se zadavatel o zadání zakázky vyhlášením nového otevřeného zadávacího řízení č. 2. Zavinění nelze dle zadavatele spatřovat ve zrušení předchozích zadávacích řízení. Zadavatel pouze usiloval o to, aby byly služby zajištěny řádně a včas. Proto se zadavatel rozhodl zrušit zadávací řízení č. 1 a na základě zkušeností s délkou správního řízení, kdy mohl zadavatel předvídat, že i další správní řízení přesáhne svým trváním zákonnou lhůtu, zrušil i zadávací řízení č. 2. Zadávací řízení č. 2 a č. 3 byla zrušena rovněž z důvodu plynoucího z § 84 odst. 6 zákona. Dle zadavatele nelze v těchto krocích zadavatele spatřovat vlastní zavinění stavu krajní naléhavosti. Naopak tyto kroky byly spíše důsledkem stavu krajní naléhavosti, který byl způsoben zejména prodloužením Úřadu.
30. K podmínce nepředvídatelnosti zadavatel uvádí, že zadávací řízení č. 1 zahájil v dostatečném předstihu více jak rok před datem ukončení původních smluv. Taková časová rezerva je v případě zadání zakázky v otevřeném řízení obvyklá a zohledňuje všechny zákonné lhůty. Zadavatel uvádí, že zohlednil možnost správního řízení u Úřadu, avšak nemohl předvídat, že v takovém správním řízení nebude rozhodnutí vydáno více jak 7 měsíců ode dne jeho zahájení, jak se stalo při přezkumu zadávacího řízení č. 1, a více jak 30 dnů od zahájení, jak se stalo v případě přezkumu zadávacího řízení č. 2. Zadavatel předpokládal, že Úřad rozhodne ve lhůtách podle § 71 odst. 1 správního řádu, tedy bez zbytečného odkladu, popř. ve lhůtě 30 dnů či ve zvláště složitých případech 60 dnů. Nemůže být tedy přičítáno k tíži zadavatele, že Úřad byl nečinný několik měsíců. Zadavatel rovněž nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že lhůta pro jeho rozhodnutí je 60 dnů. V daném případě o zvláště složitou věc nešlo, resp. Úřad vůbec neodůvodňuje, v čem byla spatřována složitost zadávacího řízení č. 1 a č. 2.
31. Zadavatel dále uvádí, že nemohl předvídat účelovost postupu společností, na jejichž návrh byla správní řízení u Úřadu zahajována a které jsou dle informací známých zadavateli úzce propojené. Účelovost zadavatel spatřuje v zájmu společnosti STAEG dosáhnout uzavření nové smlouvy při zachování stejně či obdobně vysoké ceny služeb, která byla sjednána v původních smlouvách. Tyto ceny však zadavatel považuje za velmi nevýhodné, což dokládá srovnávací tabulkou úspor za období červenec 2011 až leden 2012 a červenec 2012 až leden 2013.
32. K podmínce nemožnosti zadat zakázku v jiném druhu zadávacího řízení zadavatel uvádí, že vzhledem k tomu, že v zadávacím řízení č. 3 bylo dne 21. 6. 2012 vydáno předběžné opatření a poskytování služeb dle původních smluv skončilo ke dni 30. 6. 2012, byla splněna i tato podmínka.
33. K deliktu neuveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatel uvádí, že nebyla naplněna skutková podstata správního deliktu. Povinnost uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení platí v případě veřejného zadavatele pouze pro zahájení otevřeného řízení, jednacího řízení s uveřejněním nebo soutěžního dialogu. Zadavatel však zadával zakázku



v jednacím řízení bez uveřejnění, které se zahajuje odesláním výzvy o zahájení zadávacího řízení, přičemž tato výzva nepodléhá povinnému uveřejnění.

34. Zadavatel dále po odkazu na judikaturu Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“)<sup>2</sup> uvádí, že o jednočinný souběh se jedná v případě, kdy jedním skutkem je spácháno více deliktů. Podle NSS je pro existenci jednočinného souběhu nutné, aby v rámci jediného skutku daným jednáním došlo k zasažení různých individuálních objektů ochrany a byly tak vyvolány různě významné právní následky. V napadeném rozhodnutí se však Úřad nevypořádal s tím, jaké různé individuální objekty ochrany byly zasaženy, aby mohl přistoupit ke kvalifikaci jednání jako jednočinného souběhu. Napadené rozhodnutí tak v této části trpí vadou nepřezkoumatelnosti.
35. Dle zadavatele se v daném případě jedná o zdánlivý souběh správních deliktů, tj. případ, kdy je jednočinný souběh vyloučen, ačkoli se skutek formálně vyznačuje znaky dvou nebo více skutkových podstat deliktů. Dle trestněprávní doktríny se podle zadavatele v daném případě jedná o scénář speciality a/nebo faktické konzumpce. V případě speciality se užije to ustanovení, jež lépe vystihuje daný případ a jímž je druhé ustanovení konzumováno. Dle zadavatele je v daném případě delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona speciálním ustanovením konzumujícím obecné ustanovení, které zadavatele penalizuje za neuveřejnění oznámení o zakázce. V případě faktické konzumpce dle zadavatele spáchání deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona konzumuje delikt podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Pokud by tomu tak nebylo, byl by zadavatel za jeden skutek trestán de facto dvakrát. Dle zadavatele tedy Úřad nesprávně rozhodl o spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c), byť k němu přihlédl pouze jako k přitěžující okolnosti.
36. Dle zadavatele dále Úřad porušil zásadu předvídatelnosti rozhodování, když rozhodl o spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Zadavatel v příloze 6 rozkladu odkazuje na řadu dřívějších rozhodnutí Úřadu, kdy v případě nesplnění podmínek pro zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění Úřad rozhodl pouze o spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž současné spáchání deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) nedovodil.
37. K uloženému zákazu plnění smlouvy zadavatel uvádí, že Úřad porušil § 118 odst. 3 a 4 zákona. Dle zadavatele je nutné považovat zajištění provozu ubytovacích zařízení za součást obranných programů České republiky a rovněž za součást plnění mezinárodních závazků státu. Podle směrnice 2009/81/ES jsou to právě zájmy v oblasti obrany nebo bezpečnosti, které lze zařadit pod naléhavé důvody související s veřejným zájmem a které vyžadují zachování účinků smlouvy. Pokud by nebyly služby zadavatelem zajišťovány a ubytovací zařízení by v jejich důsledku nemohla být provozována (zejména s ohledem na hygienické předpisy), byla by Česká republika nucena porušit své mezinárodní závazky a Armáda ČR by nebyla schopna provádět vojenská cvičení. Dle zadavatele v případě přerušování poskytování služeb bezprostředně hrozí porušení § 21a zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o ochraně veřejného zdraví**“), sankce za porušení tohoto ustanovení je pak uvedena v § 92 zmíněného zákona.

<sup>2</sup> Rozsudek NSS ze dne 3. 12. 2008, sp. zn. 7 Afs 7/2008; rozsudek NSS ze dne 31. 10. 2008, sp. zn. 5 Afs 9/2008

38. Zadavatel dále uvádí, že s ohledem na to, že se zadavatel nemohl dopustit správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, nemohl být ani uložen zákaz plnění smlouvy.
39. K uložené pokutě zadavatel uvádí, že Úřad nevzal v úvahu polehčující okolnosti, zejména několikaměsíční nečinnost Úřadu, která byla jednou z příčin, proč byl zadavatel nucen v časové tísni využít mimořádného řešení v podobě jednacního řízení bez uveřejnění. Dle zadavatele dále Úřad nedodržel zásadu předvídatelnosti správního rozhodování, neboť průměrná výše pokut za zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, pro jehož konání nebyly splněny zákonné podmínky, je přibližně 400 000 Kč. Pokuta uložená zadavateli je o řadu procent vyšší než v obdobných případech a Úřad tak nedodržel zásadu předvídatelnosti rozhodování.

#### **Závěr rozkladu**

40. Na základě výše uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předsedu Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání. Pro případ, že zrušení celého napadeného rozhodnutí nebude možné, zadavatel požaduje zrušení zákazu plnění smlouvy a snížení uložené pokuty.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

41. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

42. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
43. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S441/2012/VZ-2416/2013/511/ASh ze dne 6. 2. 2013 rozhodl tak, jak je výše uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, na základě kterých jsem rozhodl potvrdit rozkladem napadené rozhodnutí a navrhovatelem podaný rozklad zamítnout.

#### **V. K námitkám rozkladu**

44. K argumentaci zadavatele týkající se podmínky existence krajně naléhavého případu (že Úřad dospěl k závěru, že stav krajní naléhavosti neexistoval, přičemž neuvedl v napadeném rozhodnutí žádné důvody, které by podporovaly jeho tvrzení), uvádím, že z napadeného rozhodnutí nijak nevyplývá, že by Úřad dospěl k závěru, že se nejednalo o krajně naléhavý případ. V odstavci 29 napadeného rozhodnutí Úřad výslovně uvádí, že „K zadání veřejné zakázky v předchozích zadávacích řízeních se shodným předmětem plnění nedošlo v důsledku počínání zadavatele, přičemž tak vznikl krajně naléhavý případ, který zadavatel bezesporu způsobil svým vlastním jednáním.“ Z tohoto je zcela zřejmé, že Úřad dospěl k závěru, že zde existoval krajně naléhavý případ. S tímto závěrem Úřadu jsem se přitom zcela ztotožnil, neboť je nesporné, že původní smlouvy měly skončit s účinností k 30. 6. 2012 a v důsledku

zrušení předchozích zadávacích řízení se tak zadavatel dostal do krajně naléhavé situace, kdy mu k uzavření smlouvy na předmět plnění veřejné zakázky zbývalo několik dní (přičemž zajištění předmětu plnění veřejné zakázky je potřeba pro zajištění řádného fungování ubytovacích zařízení pro potřeby Armády České republiky a členských států Severoatlantické aliance). Důvodem, proč bylo shledáno, že nebyly naplněny podmínky pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění, je skutečnost, že nebyl splněn jeden z předpokladů podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona, a to předpoklad, že zadavatel krajně naléhavý případ svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat (k tomu více dále). S ohledem na uvedené tak nelze souhlasit s námitkou zadavatele, že Úřad v napadeném rozhodnutí neuvádí žádné důvody, které by podporovaly jeho tvrzení, že stav krajní naléhavosti neexistoval. Úřad totiž v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že se jednalo o krajně naléhavý případ.

45. Zadavatel dále uvádí, že v případě ubytování vojáků panuje velká nepředvídatelnost potřeby ubytovacích zařízení, není žádoucí ani možné stanovit využití lůžek na 100%. V současné době je tak obsazenost nastavena na přibližně 62%. Zadavatel tak rozporuje názor Úřadu, podle kterého měl zadavatel plnění rozdělit a nevztahovat případ krajní naléhavosti na celý předmět plnění. Takové dělení dle zadavatele není možné, neboť u všech lůžek musí být zachována jejich připravenost. K tomuto uvádím, že zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 3. 8. 2012 uvedl, že *„pro potřeby Armády České republiky je vyčleněno přibližně 62% celkové ubytovací kapacity (tj. přibližně 7000 lůžek).“* Je zde zřetelný jistý rozpor mezi vyjádřením zadavatele k návrhu a rozkladem. Zatímco ve vyjádření k návrhu zadavatel hovoří o vyčlenění 62% ubytovací kapacity pro potřeby Armády České republiky (z tohoto pak vycházel i Úřad v napadeném rozhodnutí), přičemž z logiky tohoto sdělení tedy zbylých 38% ubytovací kapacity není využíváno pro potřeby Armády České republiky (může být využíváno jiným způsobem, např. pro ubytování jiných subjektů, nebo není využíváno vůbec). V rozkladu však zadavatel hovoří o obsazenosti, resp. o využití lůžek. Zadavatel tak v podstatě uvádí, že je pro potřeby Armády České republiky (a případně pro potřeby armád členských států Severoatlantické aliance) vyčleněno plných 100% kapacity, avšak že v průměru je tato kapacita využita ze 62%. Ať už skutečný stav odpovídá první nebo druhé možnosti, nemá to žádný vliv na závěr Úřadu, že měl zadavatel plnění rozdělit a uzavřít smlouvu jen v nezbytně nutném rozsahu na plnění, na které se vztahuje tvrzená krajní naléhavost (krajní naléhavost přitom sám zadavatel spatřuje v tom, že je potřeba zajistit řádné fungování ubytovacích zařízení pro potřeby Armády České republiky a členských států Severoatlantické aliance). Pokud skutečnosti odpovídá první možnost (tedy, že je pro potřeby Armády České republiky vyčleněno jen 62% ubytovací kapacity), měl zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění zadávat veřejnou zakázku pouze ve vztahu k těmto 62% ubytovací kapacity, neboť pouze k této části plnění lze vztáhnout tvrzenou krajní naléhavost. Pokud skutečnosti odpovídá druhá možnost (tedy, že je pro potřeby Armády České republiky vyčleněno plných 100% kapacity, avšak že je tato kapacita využita jen ze 62%), měl zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění zadávat veřejnou zakázku pouze ve vztahu k části plnění, kterou Armáda České republiky a případně členské státy Severoatlantické aliance plánují využít.
46. V této souvislosti nelze souhlasit s tvrzením zadavatele, že v případě ubytování vojáků panuje velká nepředvídatelnost potřeby ubytovacích zařízení, kterou zadavatel spatřuje v tom, že vojenská cvičení nelze plánovat v dlouhodobém horizontu. Sám zadavatel pak na jiném místě v rozkladu uvádí, že pro rok 2013 je naplánováno celkem 32 vojenských cvičení

na území České republiky (přičemž odkazuje na článek zveřejněný v Armádních novinách). Je tedy zřejmé, že minimálně 10 měsíců dopředu (rozklad zadavatele je datován 20. 2. 2013) je zadavatel schopen plánovat potřebu ubytovacích kapacit v souladu s naplánovanými vojenskými cvičení. Nic pak nebránilo zadavateli, aby smlouvu v jednacím řízení bez uveřejnění uzavřel na dobu určitou (délka této doby určité pak závisí na uvážení zadavatele, resp. na informacích zadavatele ohledně plánovaného využití ubytovacích kapacit) a jen na rozsah plnění, který má být dle plánu vojenských cvičení za dobu trvání smlouvy využit. Pokud by se za dobu určitou, na kterou byla uzavřena smlouva, nepodařilo uzavřít smlouvu ve standardním zadávacím řízení (a to z důvodů nezávislých na vůli zadavatele), mohl by zadavatel prodloužit délku trvání této smlouvy a přitom upravit rozsah plnění (zvýšit, snížit, či ponechat stejný) podle plánovaného využití ubytovacích kapacit v následujícím časovém období. Zadavatel dále spatřuje nepředvídatelnost potřeby ubytovacích zařízení v tom, že nelze plánovat případy válečného stavu. V tomto musím se zadavatelem souhlasit. Pokud by však došlo k válečnému stavu, jednalo by se bezesporu o krajně naléhavý případ a bylo by možné zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona. Pokud by tedy zadavatel uzavřel v posuzované veřejné zakázce smlouvu pouze na část ubytovacích kapacit (např. zmiňovaných 62%), bylo by v případě válečného stavu možné zadat veřejnou zakázku na zbylou část ubytovacích kapacit v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona. Nelze však uzavřít veřejnou zakázku na celých 100% ubytovací kapacity nyní a odůvodňovat to tím, že ačkoli není v současnosti tato kapacita využita v celém rozsahu, je možné, že v případě válečného stavu by tato kapacita v celém rozsahu využita byla.

47. Zadavatel dále v rozkladu rozporuje závěr Úřadu, podle kterého je uzavření smlouvy na dobu neurčitou v rozporu s krajní naléhavostí. Se závěrem Úřadu uvedeným v odstavci 34 napadeného rozhodnutí, že „uzavření smlouvy na realizaci veřejné zakázky na dobu neurčitou je v rozporu se samotnou krajní naléhavostí, v níž by měl zadavatel uzavřít smlouvu jen na dobu nezbytně nutnou“, jsem se ztotožnil jen částečně. Zákon ani jiný právní předpis v žádném ze svých ustanovení nezakazuje v případě jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona uzavření smlouvy na dobu neurčitou. S ohledem na ústavní zásadu „Každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.“ (čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod) tak nelze dojít k závěru, že je v tomto případě zadavatel povinen vždy uzavřít smlouvu na dobu určitou. Musím však souhlasit s Úřadem, že v případě zadání veřejné zakázky z důvodu existence krajně naléhavého případu (tedy podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona), je nutné, aby smluvní vztah trval jen po dobu nezbytně nutnou, tedy po dobu, kdy zde trvá krajně naléhavá situace. Tohoto však lze docílit nejen uzavřením smlouvy na dobu určitou, ale např. i uzavřením smlouvy na dobu neurčitou s rozvazovací podmínkou či uzavřením smlouvy na dobu neurčitou s velmi krátkou výpovědní lhůtou. Lze tedy uzavřít, že v případě zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona, je nutné, aby smluvní vztah uzavřený na základě tohoto zadávacím řízení trval jen po dobu nezbytně nutnou. Není však vyloučeno, aby byl tento smluvní vztah uzavřen na dobu neurčitou.
48. V šetřeném případě jsem po posouzení Smlouvy o poskytování úklidových a pokojských služeb, recepčních služeb a venkovních úklidů v zařízeních AS-PO ze dne 28. 6. 2012 dospěl k závěru, že tato smlouva byla uzavřena na dobu neurčitou (k problematice, zda se jedná o závazek na dobu určitou či neurčitou odkazují např. na rozsudek Nejvyššího soudu

sp. zn. 31 Cdo 513/2003 ze dne 22. 6. 2005) s rozvazovací podmínkou (tj., že smlouva bude trvat jen do doby než bude na základě řádného otevřeného výběrového řízení dle zákona vybrán nový uchazeč poskytování služeb). Byla tedy sjednána smlouva, která by mohla (resp. měla) vést k tomu, že bude smluvní vztah trvat jen na dobu nezbytně nutnou. Zadavatel však svým postupem při zadávání veřejné zakázky ve standardním zadávacím řízení způsobil, že uzavřený smluvní vztah v jednacím řízení bez uveřejnění netrval jen na dobu nezbytně nutnou. To je zřejmé už jen z toho, že předběžné oznámení zadavatel odeslal k uveřejnění až dne 3. 8. 2012, tedy více než měsíc od uzavření smlouvy v jednacím řízení bez uveřejnění. Nebyl přitom žádný důvod, aby zadavatel s odesláním předběžného oznámení více než měsíc vyčkával, a to i s ohledem na to, že již měl z předchozích veřejných zakázek k dispozici veškeré informace, které je potřeba v tomto předběžném oznámení uvést. K odeslání oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatelem pak došlo až dne 11. 1. 2013. Zadavatel tuto skutečnost (že došlo k zahájení zadávacího řízení více než 5 měsíců po odeslání předběžného oznámení) v rozkladu odůvodňuje tím, že v důsledku informační zprávy Ministerstva obrany České republiky ze dne 20. 9. 2012 o omezení části ubytovacích zařízení a následných jednání se zástupci Armády České republiky byl schopen zadávací řízení zahájit až dne 7. 1. 2013 (zde zadavatel zřejmě zaměnil toto datum za den 11. 1. 2013, kdy bylo předmětné zadávací řízení skutečně zahájeno). K tomuto uvádím, že prošetření, zda zadavatel při předmětných jednáních nepostupoval liknavě, by vyžadovalo další dokazování. Toto dokazování však je nadbytečné s ohledem na to, že zadavatel postupoval liknavě už tím, že předběžné oznámení odeslal k uveřejnění více než měsíc od uzavření smlouvy v jednacím řízení bez uveřejnění (viz výše). Nad to je pro závěr, že nebyly splněny podmínky podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona (posouzení této otázky je zjednodušeně řečeno předmětem tohoto správního řízení), rozhodující to, že zadavatel krajně naléhavý případ způsobil svým vlastním jednáním (k tomu viz dále).

49. Ke splnění podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona, a to, že zadavatel krajně naléhavý případ svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, uvádím následující. Z uvedené podmínky vyplývá, že vznik krajně naléhavého případu nesmí být důsledkem jednání zadavatele a zároveň tento krajně naléhavý případ musí být pro zadavatele objektivně nepředvídatelný. V šetřeném případě tato podmínka splněna nebyla. Zadavatel totiž krajně naléhavý případ způsobil svým vlastním jednáním, když všechna předchozí zadávací řízení na předmět veřejné zakázky svým vlastním rozhodnutím zrušil. S možností uchazečů o veřejnou zakázku podat návrh k Úřadu pak měl zadavatel počítat v harmonogramu zadávání veřejné zakázky.
50. Zadavatel v rozkladu argumentuje v tom smyslu, že učinil vše pro to, aby byla zakázka zadána v otevřeném zadávacím řízení. Protože o správnosti postupu zadavatele v zadávacím řízení č. 1 Úřad v zákonné lhůtě nerozhodl, snažil se zadavatel o zadání zakázky vyhlášením nového otevřeného zadávacího řízení č. 2. Zavinění nelze dle zadavatele spatřovat ve zrušení předchozích zadávacích řízení. Zadavatel pouze usiloval o to, aby byly služby zajištěny řádně a včas. Proto se zadavatel rozhodl zrušit zadávací řízení č. 1 a na základě zkušeností s délkou správního řízení, kdy mohl zadavatel předvídat, že i další správní řízení přesáhne svým trváním zákonnou lhůtu, zrušil i zadávací řízení č. 2. Dle zadavatele nelze v těchto krocích zadavatele spatřovat vlastní zavinění stavu krajní naléhavosti. K této argumentaci zadavatele uvádím následující.

51. Nejprve považuji za nutné se vyjádřit k zákonné lhůtě pro vydání rozhodnutí podle zákona o veřejných zakázkách. Zadavatel totiž v rozkladu uvádí, že nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že lhůta pro vydání rozhodnutí je 60 dnů. K tomuto uvádím, že řízení vedená podle zákona je třeba obecně považovat za řízení zvláště složitá. K základní lhůtě 30 dnů pro vydání rozhodnutí je tedy nutné připočítat podle § 71 odst. 3 písm. a) správního řádu dalších 30 dnů. Takto se již několikrát vyjádřil i Krajský soud v Brně, např. v rozsudku č. j. 62 A 92/2012-64 ze dne 8. 2. 2013.
52. Co se týče zadávacího řízení č. 1, které bylo zahájeno dne 16. 3. 2011, bylo správní řízení sp. zn. S215/2011/VZ týkající se tohoto zadávacího řízení zahájeno dne 9. 6. 2011. Ukončeno bylo usnesením o zastavení správního řízení č. j. ÚOHS-S215/2011/VZ-3262/2012/520/JHI ze dne 12. 3. 2012, a to pro bezpředmětnost žádosti, neboť bylo zadavatelem zrušeno zadávací řízení. Z uvedeného je zřejmé, že Úřad skutečně nevydal rozhodnutí v zákonné lhůtě 60 dní od zahájení řízení dle § 71 odst. 3 správního řádu. To, že Úřad nevydal rozhodnutí v zákonné lhůtě, však neopravňuje zadavatele k tomu, aby zrušil zadávací řízení. Zadavatel ostatně jako důvod zrušení zadávacího řízení ani neuvedl skutečnost, že Úřad nerozhodl v zákonné lhůtě. Dle sdělení zadavatele, které Úřad obdržel dne 14. 2. 2012, bylo zadávací řízení zrušeno z toho důvodu, že v „*průběhu zadávacího řízení a probíhajícího řízení o přezkoumání úkonů zadavatele došlo k několika zásadním změnám, které ovlivňují podmínky a předmět veřejné zakázky. Změny se týkají především odlišné organizační struktury zadavatele oproti původní, spočívající v rozdílném souboru a počtu zabezpečovaných zařízení a dále v požadovaném rozsahu a četnosti soutěžených služeb. Požadované služby byly soutěženy na jeden kalendářní rok od 1. července do 30. června 2012.*“ Nelze tedy nyní tvrdit, že zadavatel zrušil zadávací řízení č. 1 z důvodu, že Úřad nevydal rozhodnutí v zákonné lhůtě. Nad to je nutné poukázat na to, že předmětem zadávacího řízení č. 1 bylo poskytování soutěžených služeb pouze v období od 1. 7. 2011 do 30. 6. 2012 a nikoliv v období od 1. 7. 2012, na které se vztahovaly zadávací řízení č. 2, zadávací řízení č. 3 a zadávací řízení, které je předmětem přezkumu napadeného a tohoto rozhodnutí. Musím rovněž poukázat na to, že pokud zadavatel měl za to, že je Úřad nečinný, měl podat žádost o uplatnění opatření proti nečinnosti k předsedovi Úřadu podle § 80 správního řádu. Zadavatel však toto neučinil.
53. Co se týče zadávacího řízení č. 2, které bylo zahájeno dne 17. 2. 2012, bylo správní řízení sp. zn. S286/2012/VZ týkající se tohoto zadávacího řízení zahájeno dne 17. 5. 2012. Ukončeno bylo usnesením o zastavení správního řízení č. j. ÚOHS-S286/2012/VZ-12552/2012/510/ASH ze dne 2. 8. 2012, a to pro bezpředmětnost žádosti, neboť bylo zadavatelem dne 22. 6. 2012 zrušeno zadávací řízení. Zadavatel zrušil předmětné zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. d) zákona, a to z důvodu, že „*v průběhu zadávacího řízení a následného probíhajícího řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, došlo k zásadním restriktivním opatřením Ministerstva obrany České republiky na ubytovacích zařízeních ve správě AS-PO, čímž se zásadně mění obsah a rozsah veřejné zakázky.*“ Z uvedeného je zřejmé, že v době zrušení zadávacího řízení běželo správní řízení teprve měsíc a několik dní, je tedy evidentní že v době zrušení předmětného zadávacího řízení dosud neuběhla lhůta pro vydání rozhodnutí. Zadavatel ostatně ani neodůvodnil zrušení zadávacího řízení tím, že by uběhla lhůta pro vydání rozhodnutí ve správním řízení.

54. Co se týče zadávacího řízení č. 3, které bylo zahájeno dne 8. 6. 2012, bylo správní řízení sp. zn. S355/2012/VZ týkající se tohoto zadávacího řízení zahájeno dne 14. 6. 2012. Ukončeno bylo usnesením o zastavení správního řízení č. j. ÚOHS-S355/2012/VZ-12601/2012/510/ASh ze dne 2. 8. 2012, a to pro bezpředmětnost žádosti, neboť bylo zadavatelem dne 22. 6. 2012 zrušeno zadávací řízení podle § 84 odst. 4 zákona. Z uvedeného je tedy opět zřejmé, že v době zrušení zadávacího řízení dosud neuběhla lhůta pro vydání rozhodnutí ve správním řízení.
55. S ohledem na výše uvedené tak lze zcela jednoznačně dojít k závěru, že zadavatel krajně naléhavý případ způsobil svým vlastním postupem, když svým vlastním rozhodnutím zrušil zadávací řízení č. 2 a č. 3 ještě před uplynutím zákonné lhůty pro vydání rozhodnutí ve správním řízení, resp. že nezahájil toto zadávací řízení v dostatečném předstihu. Zadávací řízení č. 1 přitom nelze brát při posuzování postupu zadavatele při zadávání šetřené veřejné zakázky v úvahu, a to z toho důvodu, že zadávací řízení č. 1 se vztahovalo na poskytování předmětných služeb v období od 1. 7. 2011 do 30. 6. 2012, kdežto zadávací řízení na šetřenou veřejnou zakázku se týkalo časového období od 1. 7. 2012. Předmět plnění veřejných zakázek zadávaných v těchto dvou zadávacích řízeních tak byl odlišný. Vzhledem k tomu, že zadavatel krajně naléhavý případ způsobil svým vlastním postupem, mohl ho pak i předvídat.
56. Nelze rovněž přijmout argumentaci zadavatele v tom smyslu, že nemohl předvídat účelovost postupu jednotlivých společností, na jejichž návrh byla správní řízení u Úřadu zahajována. K tomuto uvádím, že je právem dodavatelů podat k Úřadu návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonu zadavatele. Zadavatel tedy musí v harmonogramu zadávacího řízení počítat s tím, že je možné, že některý z dodavatelů podá k Úřadu návrh, a zahájit tak zadávání veřejné zakázky v dostatečném předstihu, resp. postupovat v zadávacím řízení dostatečně rychle tak, aby bylo možné zadat veřejnou zakázku i v případě podání návrhu k Úřadu. Dále musím upozornit na to, že nelze hovořit o účelovosti postupu navrhovatelů, když ve všech výše zmíněných správních řízeních vydal Úřad předběžná opatření, neboť získal pochybnosti o správnosti postupu zadavatele.
57. Co se týče další podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona, a to, že z časových důvodů není možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení, byla tato podmínka splněna a to z toho důvodu, že v době, kdy zadavatel zahájil předmětné jednacím řízení bez uveřejnění (tedy dne 26. 6. 2012), bylo zcela evidentní, že již nebude možné z časových důvodů zadat veřejnou zakázku s dobou plnění od 1. 7. 2012 v jiném druhu zadávacího řízení. To, že byla tato podmínka splněna, však nic nemění na tom, že nebyla splněna podmínka, že zadavatel krajně naléhavý případ svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, a nebylo tak možné zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona.
58. Zadavatel v rozkladu dále uvádí, že nebyla naplněna skutková podstata deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Zadavatel zadával zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, které se zahajuje odesláním výzvy o zahájení zadávacího řízení, přičemž tato výzva nepodléhá povinnému uveřejnění. K tomuto uvádím, že souhlasím se zadavatelem v tom, že předmětná výzva o zahájení zadávacího řízení nepodléhá povinnému uveřejnění dle § 146 zákona. Zadavatel se však dopustil předmětného správního deliktu tím, že nebylo uveřejněno oznámení o zahájení zadávacího řízení, ačkoli u zadávacího řízení na tuto veřejnou zakázku

toto oznámení uveřejněno být mělo, neboť nebyly splněny podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. To, že zadavatel nesprávně zvolil zadávací řízení, které použít nemohl, pak nemůže ospravedlňovat skutečnost, že zadavatel neuveřejnil oznámení o zahájení zadávacího řízení, ačkoli u předmětné veřejné zakázky mělo být toto oznámení zveřejněno. Skutková podstata správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona tak byla naplněna. Ostatně, pokud by tomu tak nebylo, nebyl by Úřad oprávněn v případě nezákonného zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění uložit zákaz plnění smlouvy dle § 118 odst. 2 zákona. Tento závěr je však zcela absurdní, neboť institut zakazu plnění smlouvy zcela evidentně míří mimo jiné i na tyto případy.

59. Dle zadavatele se dále v daném případě jedná jen o zdánlivý souběh správních deliktů (deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona), a to konkrétně o scénář speciality a/nebo faktické konzumpce. Zadavatel má přitom za to, že v daném případě je delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona speciálním ustanovením konzumujícím obecné ustanovení, které zadavatele penalizuje za neuveřejnění oznámení o zakázce. V případě faktické konzumpce dle zadavatele spáchání deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona konzumuje delikt podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. K tvrzené specialitě a faktické konzumpci předmětných správních deliktů uvádím následující.
60. Zdánlivých souběhem správních deliktů se již několikrát zabývat NSS, a to např. v rozsudku č. j. 7 Afs 7/2008-200 ze dne 3. 12. 2008, nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008 (na oba tyto rozsudky v rozkladu odkazuje stěžovatel). Relevantní závěry soudu potřebné pro řešení šetřeného případu, jsou v obou rozsudcích v podstatě totožné, dále v textu tedy budu odkazovat pouze na jeden z těchto rozsudků a to na rozsudek č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008. K poměru speciality NSS ve zmíněném rozsudku odkázal např. na publikaci Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: *Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6.*, doplněné a přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2004, kde je na straně 28 uvedeno následující: „V poměru speciality jsou ustanovení určená k ochraně týchž zájmů, má-li být jedním z těchto ustanovení (speciálním) zvláště postihnout určitý druh útoků proti týmž individuálním objektům, aby byla vystižena zvláštní povaha a stupeň nebezpečnosti takových útoků pro společnost. Speciální skutková podstata má konkretizovány znaky (...) oproti obecné skutkové podstatě, kde jsou tytéž znaky v obecnější poloze (...). Navíc jsou často do speciální skutkové podstaty přidávány další prvky, které sice rozšiřují obsah, ale zužují rozsah pojmu.“ NSS k poměru speciality dále uvedl následující: „V poměru speciality jsou skutkové podstaty kvalifikované a privilegované ve vztahu k základní skutkové podstatě či složené skutkové podstaty vůči skutkovým podstatám, které lze považovat za jejich části. Zejména je v tomto ohledu důležité zodpovězení otázky, zda v obou případech je zasažen chráněný zájem (objekt) pouze jediný, nebo zda je dána mnohost těchto zájmů. V případě, že by došlo k zasažení zájmu pouze jediného a současně by se nejednalo o situaci, kdy by byl tento zájem chráněný v různých směrech, proti různým aspektům téhož skutku, bylo by třeba hovořit o deliktu pouze jediném.“
61. S ohledem na výše uvedené tak nelze v žádném případě souhlasit se zadavatelem v tom, že by byl delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona speciálním ustanovením konzumujícím obecné ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se vztahuje na veškeré postupy zadavatele stanovené zákonem pro zadání veřejné zakázky, oproti tomu delikt podle § 120 odst. 1 písm. c) se vztahuje pouze na jeden z těchto postupů,



a to na povinnost uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona. Zákonná úprava tedy spíše navozuje dojem, že delikt podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona je speciálním deliktem vůči obecnému deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona (a nikoliv naopak, jak tvrdí zadavatel), neboť jsou v deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) konkretizovány znaky (oproti deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona) a rozsah pojmu je tak oproti deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona užší. Z níže uvedených důvodů však mám za to, že tomu tak není, a že delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a delikt podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona jsou samostatnými správními delikty, mezi kterými není vztah speciality.

62. Prvním podstatným rozdílem je chráněný zájem. Cílem zákona je dle konstantní judikatury správních soudů (např. rozsudek NSS č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008) „zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli“. Chráněným zájmem správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je tedy zajištění hospodárného a efektivního zadávání veřejných zakázek, a to prostřednictvím zajištění hospodářské soutěže dodavatelů o veřejnou zakázku. Tato hospodářská soutěž dodavatelů o veřejnou zakázku je pak zajištěna dodržáním postupů stanovených zákonem pro zadavatele. Chráněným zájmem deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona je pak ve svém důsledku rovněž zajištění hospodárného a efektivního zadávání veřejných zakázek (toto je ostatně ve svém důsledku chráněným zájmem všech správních deliktů podle § 120 zákona). Specificky je však chráněným zájmem správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona zajištění uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení ve věstníku veřejných zakázek a případně v Úředním věstníku Evropské unie. Díky tomuto uveřejnění se pak dodavatelé o veřejné zakázce „dozví“ a mohou se účastnit soutěže o tuto zakázku, což ve svém důsledku povede ke zmíněnému hospodárnému a efektivnímu zadávání veřejných zakázek. U správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona je však dán další chráněný zájem, a to veřejná kontrola zadávání veřejných zakázek. Díky tomu, že je uveřejněno oznámení o zahájení zadávacího řízení ve veřejně dostupném Věstníku veřejných zakázek a případně Úředním věstníku Evropské unie, se totiž veřejnost dozví informace o zadávání předmětné zakázky. Veřejnost je tedy schopna „sledovat a kontrolovat“ postup zadavatele při vynakládání veřejných prostředků. V případě pochybností o zákonnosti postupu zadavatele pak může veřejnost např. podat podnět k Úřadu, aby prošetřil postup zadavatele v předmětné veřejné zakázce. Z uvedeného je zřejmé, že chráněné zájmy předmětných správních deliktů nejsou zcela totožné.
63. Podstatnou odlišnost ve zmíněných správních deliktech je nutno rovněž spatřovat v tom, že v případě deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je nutné, aby v případě porušení postupu stanoveného zákonem došlo rovněž k podstatnému vlivu na výběr nejvhodnější nabídky (popř. k možnosti vlivu na výběr nejvhodnější nabídky). Při posuzování, zda byl spáchán správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tak Úřad posuzuje, zda případné porušení postupu stanoveného zákonem podstatně ovlivnilo či mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. U deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona toto není nutné zkoumat, neboť tato podmínka není v ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona zakotvena. I tato skutečnost tedy svědčí o tom, že mezi předmětnými správními delikty není vztah speciality.

64. Dle zadavatele se dále v daném případě jedná o faktickou konzumpci správních deliktů, přičemž spáchání deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona dle zadavatele konzumuje delikt podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. K faktické konzumpci NSS v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008 odkázal na publikaci Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: *Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6.*, doplněné a přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2004, kde je na straně 29 uvedeno, že o faktické konzumpci lze hovořit, když „*jeden trestný čin je prostředkem relativně malého významu ve srovnání se základním trestným činem nebo vedlejším, málo významným produktem základního trestného činu. Předpoklady faktické konzumpce jsou vytvořeny faktickým průběhem činu a nevyplývají z poměru skutkových podstat trestných činů nebo jejich trestních sankcí.*“ Jako příklad pak NSS ve zmíněném rozsudku uvádí situaci, kdy jsou oběti při vraždě poškozeny šaty. S ohledem na vše výše uvedené nelze souhlasit se zadavatelem, že by v daném případě delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona konzumoval delikt podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Nelze totiž v žádném případě s ohledem na výše zmíněné chráněné zájmy předmětných správních deliktů dojít k závěru, že by delikt podle § 120 odst. 1 písm. c) byl relativně malého významu, popř. že by byl málo významným produktem správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Rovněž nápravné opatření – zákaz plnění smlouvy, které lze uložit v případě spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona (a nikoliv při spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona), svědčí o tom, že tento delikt není deliktem relativně malého významu, či málo významným produktem správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. S ohledem na vše výše uvedené je tak zřejmé, že Úřad postupoval správně, když v daném případě dospěl k závěru, že došlo k jednočinnému souběhu správních deliktů a tuto skutečnost vzal v úvahu při ukládání pokuty, tedy že postupoval v souladu se zásadou absorpce a ke správnímu deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) přihlédl jako k přitěžující okolnosti.
65. Zadavatel dále namítá, že Úřad porušil zásadu předvídatelnosti rozhodování, když rozhodl o spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. V dřívějších rozhodnutích týkajících se případů nesplnění podmínek pro zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění (zadavatel odkazuje na tyto rozhodnutí v příloze č. 6 rozkladu), Úřad dle zadavatele rozhodl pouze o spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž současné spáchání deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona nedovodil. K tomuto uvádím následující. Zadavatel v příloze rozkladu uvádí celkem šest různých rozhodnutí (rozhodnutí č. j. ÚOHS-S284/2011/VZ-13779/2011/530/JNe ze dne 21. 9. 2011 je v příloze rozkladu uvedeno dvakrát). V pěti ze šesti těchto rozhodnutí bylo Úřadem rozhodnuto pouze o spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. V jednom rozhodnutí (č. j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu ze dne 18. 4. 2011) bylo rozhodnuto zároveň o spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Je však nutno mezi těmito rozhodnutími spatřovat jednu velmi podstatnou odlišnost a to skutečnost, že u předmětných pěti rozhodnutí, ve kterých bylo rozhodnuto pouze o spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, bylo správní řízení zahájeno z moci úřední. U rozhodnutí č. j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu ze dne 18. 4. 2011 bylo naopak správní řízení zahájeno na návrh (tj. stejně jako v šetřeném případě). Lze tedy konstatovat, že není porušením zásady legitimního očekávání, když nyní Úřad rozhodl o spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona současně se spácháním správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c)

zákona, neboť již v dřívějším rozhodnutí (č. j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu ze dne 18. 4. 2011) Úřad rozhodl stejným způsobem (příčemž se jednalo o rozhodnutí vydané ve správním řízení zahájeném na návrh).

66. K uloženému zákazu plnění smlouvy zadavatel uvádí, že Úřad porušil § 118 odst. 3 a 4 zákona. Dle zadavatele je nutné považovat zajištění provozu ubytovacích zařízení za součást obranných programů České republiky a rovněž za součást plnění mezinárodních závazků státu. Podle směrnice 2009/81/ES jsou to právě zájmy v oblasti obrany nebo bezpečnosti, které lze zařadit pod naléhavé důvody související s veřejným zájmem a které vyžadují zachování účinků smlouvy. Pokud by nebyly služby zadavatelem zajišťovány a ubytovací zařízení by v jejich důsledku nemohla být provozována (zejména s ohledem na hygienické předpisy), byla by Česká republika nucena porušit své mezinárodní závazky a Armáda ČR by nebyla schopna provádět vojenská cvičení. Co se týče argumentace zadavatele v tom smyslu, že je naplněn důvod pro neuložení zákazu plnění smlouvy dle § 118 odst. 4 zákona, uvádím, že zadavatel veřejnou zakázku nezadával jako veřejnou zakázku v oblasti obrany nebo bezpečnosti. O veřejnou zakázku v oblasti obrany nebo bezpečnosti se ostatně ani nejedná (viz § 10a zákona). § 118 odst. 4 zákona byl přitom do zákona zakotven zákonem č. 258/2011 Sb., a to s účinností od 12. 9. 2011. Důvodem přijetí tohoto zákona byla dle důvodové zprávy k tomuto zákonu „*povinnost České republiky transponovat do národního právního řádu Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2009/81/ES ze dne 13. července 2009 o koordinaci postupů při zadávání některých zakázek na stavební práce, dodávky a služby zadavateli v oblasti obrany a bezpečnosti a o změně směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES.*“ V této souvislosti dále považuji za nutné uvést, že důvod pro neuložení zákazu plnění smlouvy upravený v § 118 odst. 4 zákona je na komunitární úrovni upraven pouze ve zmíněné směrnici Evropského Parlamentu a Rady 2009/81/ES (čl. 60 odst. 3) a nikoliv už ve Směrnici Rady 89/665/EHS ze dne 21. 12. 1989, o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce, ve znění pozdějších předpisů, a ani ve Směrnici Rady 92/13/EHS ze dne 25. 2. 1992, o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se uplatňování pravidel Společenství pro postupy při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a komunikací, ve znění pozdějších předpisů (tyto dvě směrnice přitom na komunitární úrovni upravují přezkumné řízení ve věci veřejných zakázek před orgánem dohledu – Úřadem). Předmětné ustanovení § 118 odst. 4 zákona se tedy vztahuje pouze na veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti podle § 10a zákona. S ohledem na to, že se v šetřeném případě o veřejnou zakázku v oblasti obrany nebo bezpečnosti podle § 10a zákona nejedná, není ani možné neuložit zákaz plnění smlouvy podle § 118 odst. 4 zákona.
67. Co se týče důvodu pro neuložení zákazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 3 zákona, uvádím, že zadavatel ve svém vyjádření ze dne 3. 8. 2012 (kterým reagoval na usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S441/2012/VZ-14001/2012/511/ASh ze dne 27. 7. 2012, jehož výrokem byla mimo jiné zadavateli určena lhůta sedm dnů ode dne doručení tohoto usnesení k provedení úkonu – zaslání podkladů a informací ve smyslu § 118 odst. 3 zákona) uvedl, že ustanovení § 118 odst. 4 zákona v daném případě nedovoluje Úřadu vyslovit zákaz plnění smlouvy. Že by zde byly dány důvody pro neuložení zákazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 3 zákona zadavatel v průběhu prvostupňového správního řízení nikdy netvrdil (a neoznačil tak ani relevantní důkazy). Podle § 82 odst. 4 správního řádu se k novým skutečnostem a k návrhům

na provedení nových důkazů, uvedeným v odvolání nebo v průběhu odvolacího řízení, přihlédne jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti nebo důkazy, které účastník nemohl uplatnit dříve. S ohledem na uvedené tak musím konstatovat, že zadavatel mohl již v průběhu správního řízení před Úřadem uplatnit důvody pro neuložení zakazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 3 zákona a předložit k tomu relevantní důkazy, avšak neučinil tak (dokonce k tomu byl i Úřadem vyzván). Musím tedy souhlasit s Úřadem v tom, že nebylo v průběhu prvostupňového správního řízení prokázáno, že by zde existovaly důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, které by vyžadovaly pokračování plnění smlouvy.

68. K tvrzení zadavatele, že v případě přerušování poskytování služeb bezprostředně hrozí porušení § 21a zákona o ochraně veřejného zdraví, uvádím, že tato skutečnost nebyla tvrzena v rámci prvostupňového správního řízení, ačkoli tuto skutečnost zadavatel tvrdit měl a mohl. Opět lze tedy odkázat na § 82 odst. 4 správního řádu, podle kterého nemohu přihlédnout k nově tvrzeným skutečnostem.
69. S ohledem na uvedené lze tedy konstatovat, že byly naplněny podmínky pro uložení zakazu plnění smlouvy.
70. K uložené pokutě zadavatel uvádí, že Úřad nevzal v úvahu polehčující okolnost, a to několikaměsíční nečinnost Úřadu, která byla dle zadavatele jednou z příčin, proč byl zadavatel nucen zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. K tomuto uvádím, že v zákonné lhůtě nevydal Úřad rozhodnutí jen ve správním řízení sp. zn. S215/2011/VZ při přezkumu zadávacího řízení č. 1 (podrobně viz výše). V zadávacím řízení č. 1 se však jednalo o veřejnou zakázku na poskytování předmětných služeb v období od 1. 7. 2011 do 30. 6. 2012 a nikoliv v období od 1. 7. 2012, což je předmětem šetřené veřejné zakázky. Předmět plnění veřejných zakázek zadávaných v těchto dvou zadávacích řízeních tak je odlišný. Nelze tedy v žádném případě souhlasit s tím, že nevydání rozhodnutí ve správním řízení sp. zn. S215/2011/VZ v zákonné lhůtě bylo jednou z příčin, proč byl zadavatel nucen zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. Dále musím konstatovat, že zadávací řízení č. 1 bylo zrušeno samotným zadavatelem a to nikoli z důvodu, že Úřad nerozhodl v zákonné lhůtě, ale z jiných důvodů (viz výše). Musím rovněž poukázat na to, že pokud zadavatel měl za to, že je Úřad nečinný, měl podat žádost o uplatnění opatření proti nečinnosti k předsedovi Úřadu podle § 80 správního řádu. Zadavatel však toto neučinil. S ohledem na uvedené tak nelze vzít v úvahu jako polehčující okolnost skutečnost, že Úřad ve správním řízení sp. zn. S215/2011/VZ nevydal rozhodnutí v zákonné lhůtě.
71. Dle zadavatele dále Úřad nedodržel zásadu předvídatelnosti správního rozhodování, neboť průměrná výše pokut uložených v případech uvedených v příloze č. 6 rozkladu za zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, pro jehož konání nebyly splněny zákonné podmínky, je přibližně 400 000 Kč. K tomuto uvádím, že uložená pokuta z hlediska své výše vzhledem k maximální možné výši pokuty nijak nevybočuje z rozhodovací praxe Úřadu (a ani z rozhodnutí uvedených zadavatelem v příloze č. 6 rozkladu). V příloze č. 6 rozkladu zadavatel uvedl následující rozhodnutí: rozhodnutí č. j. ÚOHS-S78/2011/VZ-11015/2011/520/Ema, rozhodnutí č. j. ÚOHS-S284/2011/VZ-13779/2011/530/JNe (uvedeno dvakrát), rozhodnutí č. j. ÚOHS-S1/2009/VZ-2133/2009/540/VKu, rozhodnutí č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-12164/2009/510/HOd, rozhodnutí č. j. ÚOHS-S304/2011/VZ-17211/2011/520/Ema a rozhodnutí č. j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu. Co se týče rozhodnutí č. j. ÚOHS-S78/2011/VZ-11015/2011/520/Ema byla uložena pokuta

500 000,- Kč z maximální možné pokuty 5 940 302,- Kč, tedy cca ve výši 8,4% z maximální možné pokuty. Co se týče rozhodnutí č. j. ÚOHS-S284/2011/VZ-13779/2011/530/JNe byla uložena pokuta 20 000,- Kč z maximální možné pokuty 77 945,50,- Kč, tedy cca ve výši 25,7% z maximální možné pokuty. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S1/2009/VZ-2133/2009/540/VKu byla uložena pokuta 800 000,- Kč z maximální možné pokuty 1 795 500,- Kč, tedy cca ve výši 44,6% z maximální možné pokuty. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-12164/2009/510/Hod byla uložena pokuta 800 000,- Kč z maximální možné pokuty 11 840 500,- Kč, tedy cca ve výši 6,8% z maximální možné pokuty. Co se týče rozhodnutí č. j. ÚOHS-S304/2011/VZ-17211/2011/520/Ema byla uložena pokuta 300 000,- Kč z maximální možné pokuty 1 382 644,- Kč, tedy cca ve výši 21,7% z maximální možné pokuty. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu byla uložena pokuta 1 100 000,- Kč z maximální možné pokuty 10 000 000,- Kč, tedy cca ve výši 11% z maximální možné pokuty. Z uvedeného je zcela zřejmé, že pokuta ve výši 20% z maximální možné výše pokuty, která byla udělena v šetřeném případě, nijak nevybočuje z rozhodovací praxe Úřadu.

72. Musím dále upozornit na ustanovení § 121 odst. 2 zákona, dle kterého se při určení výměry pokuty přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Výše pokuty udělená v konkrétním případě tedy vždy vychází z konkrétních polehčujících a přitěžujících okolností týkajících se daného případu.
73. Jen pro úplnost považuji za nutné upozornit, že novelou zákona provedenou zákonem č. 55/2012 Sb., byly maximální výše pokuty ukládané dle § 120 odst. 2 zákona zvýšeny dvojnásobně. Zadavateli tedy může připadat absolutní výše uložené pokuty jako neodpovídající dříve ukládaným pokutám. V poměru výše pokuty k maximální možné výši pokuty však pokuta uložená v šetřeném případě zcela odpovídá rozhodovací praxi Úřadu (viz výše).

## **VI. Závěr**

74. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
75. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku.

## **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží**

1. Armádní Servisní, příspěvková organizace, Podbabská 1, 160 00 Praha 6 – Dejvice
2. JUDr. Zdeněk Klapka, advokát, nám. T. G. Masaryka 8, 796 01 Prostějov
3. Bartoň a Partner s.r.o., Chválkovice 580, 779 00 Olomouc

### **Vypraveno dne**

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