



UOHSX00EEAS8

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0514/2020/VZ

Brno 02.02.2021

Číslo jednací: ÚOHS-03959/2021/500/Alv

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 8. 12. 2020, jehož účastníkem je obviněný

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

ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) citovaného zákona obviněným ve věci veřejné zakázky „Víceúčelové vrtulníky - nákup“ zadávané mimo zadávací řízení, na kterou byla dne 21. 11. 2019 mezi zadavatelem – Česká republika – Ministerstvo obrany – a vládou Spojených států amerických uzavřena smlouva,

rozhodl takto

I.

Obviněný – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany – **se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel pravidlo pro zadání veřejné zakázky stanovené v § 246 odst. 1 písm. b) citovaného zákona, když dne 21. 11. 2019 uzavřel s vládou Spojených států amerických smlouvu na veřejnou zakázku**

„Víceúčelové vrtulníky – nákup“ **před rozhodnutím o námitkách** podaných stěžovatelem – Leonardo S.p.A., reg. č. 00401990585, se sídlem Piazza Monte Grappa 4, 00195 Řím, Itálie, které obviněný obdržel dne 20. 11. 2019 a o nichž rozhodl až dne 5. 12. 2019, **přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele a zadal veřejnou zakázku.**

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu se podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, zadavateli – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany – ukládá,

pokuta ve výši 550 000 000 Kč (pět set padesát milionů korun českých).

Pokuta je splatná **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

III.

Podle § 95 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, v návaznosti na § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, se obviněnému – Česká republika – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany – ukládá

uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč (jeden tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ZADAVATELE

1. Obviněný – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova, 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany (dále jen „obviněný“ nebo též „zadavatel“) – zadal dne 21. 11. 2019 mimo zadávací řízení veřejnou zakázku „Víceúčelové vrtulníky – nákup“ (dále jen „veřejná zakázka“) vládě Spojených států amerických, když uzavřel dne 21. 11. 2019 s vládou Spojených států amerických smlouvu na předmět veřejné zakázky se sjednanou výší peněžitého závazku 645 962 145 USD. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 11. 12. 2019 návrh navrhovatele – Leonardo S.p.A., reg. č. 00401990585, se sídlem Piazza Monte Grappa 4, 00195 Řím, Itálie (dále jen „navrhovatel“ dále „Leonardo S.p.A.“ rovněž „stěžovatel“) – z téhož dne na přezkoumání úkonů zadavatele. Na základě předmětného návrhu bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vedené Úřadem pod sp. zn. S0450/2019/VZ.

II. REKAPITULACE DOSAVADNÍHO POSTUPU ÚŘADU

2. Úřad obdržel dne 11. 12. 2019 návrh na zahájení řízení o přezkoumání postupu zadavatele ze dne 11. 12. 2019, ve kterém bylo mj. uvedeno, že zadavatel nepostupoval podle zákona, když zvolil postup pro zadání zakázky v režimu G2G (vláda – vláda) mimo zadávací řízení na základě výjimky dle § 191 odst. 2 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), neboť zadávání zakázky mimo zadávací řízení v režimu G2G omezuje soutěž o zakázku, vylučuje z ní potenciální dodavatele především z Evropské unie, je v rozporu s výkladovými pravidly Evropské komise a je nevhodné a neodůvodněné.
3. Úřad z materiálů k veřejné zakázce, které od zadavatele obdržel dne 20. 12. 2019, zjistil, že návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele byl podán po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky mezi obviněným a vybraným dodavatelem – vládou Spojených států amerických – a proto na základě § 257 písm. k) zákona usnesením č. j. ÚOHS-03059/2020/513/JMt ze dne 27. 1. 2020 správní řízení vedené pod sp. zn. S0450/2019/VZ zastavil.
4. Z dokumentace postupu zadavatele týkající se veřejné zakázky ovšem Úřad zjistil pochybení obviněného, když tento z pozice zadavatele uzavřel dne 21. 11. 2019 smlouvu veřejnou zakázku „Víceúčelové vrtulníky – nákup“ s vládou Spojených států amerických v časovém úseku mezi podáním námitek (20. 11. 2019) navrhovatele a doručením rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovateli (5. 12. 2019), tedy v době, kdy je podle zákona uzavření smlouvy zapovězeno – viz ustanovení § 246 odst. 1 písm. b) zákona.
5. Dne 24. 8. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0087/2020/VZ, č. j. ÚOHS26228/2020/513/JLÍ, ve kterém konstatoval, že návrh navrhovatele na uložení zákazu plnění smlouvy uzavřené dne 21. 11. 2019 mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem na plnění veřejné zakázky, se podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
6. O rozkladu podaném navrhovatelem rozhodl předseda Úřadu rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-R0180/2020/VZ č. j. ÚOHS-31328/2020/322/HSc dne 13. 11. 2020 tak, že rozhodnutí Úřadu potvrzuje a rozklad zamítá.
7. V odůvodnění rozhodnutí č. j. ÚOHS-31328/2020/322/HSc dne 13. 11. 2020 předseda Úřadu dále uvádí mj. následující:

„25. Důvodem, pro který se navrhovatel domáhá uložení zákazu plnění smlouvy, je skutečnost, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 246 odst. 1 písm. B) zákona, dle něhož zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli, byly-li námitky podány. Takový postup je důvodem pro uložení zákazu plnění smlouvy dle § 264 odst. 1 ve spojení s § 254 odst. 1 zákona.

26. Ačkoliv Úřad následně dospěl k závěru, že zákaz plnění smlouvy nelze uložit z důvodů dle § 264 odst. 5 zákona, a s tímto závěrem je nutno souhlasit, jak plyne z odůvodnění níže, stále je nutno uvést, že zadavatel svým postupem porušil zákaz uzavřít smlouvu obsažený v § 246 zákona. Takový postup je nežádoucí, a to i v případě, kdy se jedná o veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti. Na tomto místě pak lze upozornit na variantu vedení správního

řízení o přestupku (v souladu se zásadou oficality), pokud Úřad zjistí, že došlo ke spáchání přestupku.“

8. Rozhodnutí jsou dostupná ve sbírce rozhodnutí Úřadu.

III. PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

9. Vzhledem k tomu, že Úřad považoval skutková zjištění z předložených materiálů za dostatečná a považoval za prokázané, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, zahájil postupem podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o přestupcích“) a podle § 150 odst. 1 správního řádu, řízení o přestupku z moci úřední vydáním příkazu č. j. ÚOHS-03959/2021/500/Alv ze dne 8. 12. 2020 (dále jen „příkaz“).
10. Příkaz, kterým Úřad rozhodl o tom, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona (výrok I. příkazu), a současně byla obviněnému za spáchání přestupku uložena pokuta ve výši 550 000 000 Kč (výrok II. příkazu), byl obviněnému doručen dne 8. 12. 2020. Tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 správního řádu a § 90 odst. 1 zákona o přestupcích ve spojení s § 150 odst. 1 správního řádu zahájeno řízení o přestupku z moci úřední.
11. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 256 zákona obviněný.
12. Proti uvedenému příkazu podal obviněný dne 15. 12. 2020 odpor z téhož dne. Podle § 150 odst. 3 správního řádu se podáním odporu příkaz ruší a řízení pokračuje, přičemž lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu.

Odpor obviněného

13. Podle názoru obviněného se nelze zcela ztotožnit s konstatováním Úřadu uvedeném v bodě 8. odůvodnění příkazu, tj. že byly ze strany Úřadu dostatečně zjištěny všechny skutkové okolnosti pro vydání příkazu v takové podobě, v jaké byl tento příkaz vydán. Obviněný uvádí, že Úřad detailně neposoudil a rovněž dále nezohlednil polehčující okolnosti, které je dle názoru obviněného ve výše uvedeném řízení o přestupku (dále jen „řízení“) možné nalézt, které dané řízení podstatně odlišují od řízení o přestupku ve věci „Nákup munice 2017/I - Ruční útočné granáty 2“ a které by měly být pozitivně zohledněny při výpočtu uložené pokuty.
14. Podle názoru obviněného by měl Úřad jako polehčující okolnost detailněji zvážit nedostatek nebo min. podstatné omezení legitimity navrhovatele podat námitku v souladu s ustanovením § 241 odst. 1 zákona. Úřad se podrobnou definicí osoby oprávněné podat námitku podle ustanovení § 241 odst. 1 zákona v příkazu zabývá, přičemž explicitně konstatuje, že dodavatelem může být v tomto kontextu prakticky kterýkoliv subjekt, který je schopen „dodat vrtulníky a reagovat na požadavky potenciálních zákazníků v oblasti jejich výzbroje“, obviněný nemůže jinak, než považovat tuto definici za příliš širokou. Obviněný uvádí, že je nutné si uvědomit, že výjimky ze zákona týkající se nákupu specifického vojenského materiálu, jehož atributy mají přímý vliv na zajištění obrany nebo bezpečnosti ČR, byly do zákona zařazeny především proto, aby umožnily obviněnému co možná nejefektivněji participovat na hájení podstatných bezpečnostních zájmů ČR (např. nakupovat vojenský materiál, který co nejlépe naplňuje operační a taktické požadavky a kritéria AČR).

Skutečnost, že by podle výkladu ÚOHS uvedeném v příkazu aplikaci příslušné výjimky ze zákona (i přes naplnění souvisejících zákonných požadavků) mohl zpochybnit prakticky každý subjekt na trhu, který uvede, že je schopen požadovaný vojenský materiál dodat (a to i navzdory negativním výsledkům průzkumu trhu), považuje obviněný za poměrně extrémní.

15. Obviněný rovněž uvádí, že několikrát v rámci předcházejícího správního řízení uvedl, že se na základě výsledků 3 komplexních průzkumů trhu (2015 - 2019) rozhodl realizovat zakázku na základě výjimky ze zákona dle ust. § 191 odst. 2 písm. c) zákona, resp. dle čl. 13 písm. f) Směrnice 2009/81 /ES EP a Rady, o koordinaci postupů při zadávání některých zakázek na stavební práce, dodávky a služby zadavateli v oblasti obrany nebo bezpečnosti a o změně směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ ES (dále jen „směrnice“), tj. v režimu vláda-vláda, a to rovněž za současného dodržení všech doporučení uvedených v Guidance Note on Government to Government Sales and the Application of the Procurement Directive z roku 2016, přičemž naplnění požadavků zadavatelem uvedených v ustanovení § 191 odst. 2 písm. c) zákona a směrnice nebylo ze strany Úřadu zpochybněno. Na konci třetího průzkumu trhu zadavatel informoval o svém postupu zadat zakázku podle výjimky všechny dotčené osoby, včetně vlády Itálie, která se rozhodla nadále do procesu zadání veřejné zakázky nezasahovat, a to i přes tu skutečnost, že by se podle názoru obviněného dala považovat za plně legitimovanou k podání opravných prostředků předvídaných zákonem. Obviněný se domnívá, že vláda Itálie vzala na vědomí dikci ust. § 241 odst. 2 zákona, tj. že námitky je možné podat proti „postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem“, přičemž obviněný v rozporu se zákonem vzhledem ke splnění třech zákonných podmínek (viz výše) skutečně nejednal.
16. Obviněný je rovněž přesvědčen o tom, že navrhovatel nepodal svou námitku proto, že by měl skutečný zájem na plnění veřejné zakázky, a to vzhledem k tomu, že v době podání námítky již musel být zcela seznámen se skutečností, že jeho výrobek parametry a kritéria požadované AČR (viz výsledky průzkumů trhu) nesplňuje a v přijatelné době ani splňovat nezačne. Obviněný skutečně nemůže souhlasit s tvrzením Úřadu, že navrhovatel je i přes nesplnění operačních a taktických požadavků na předmět plnění veřejné zakázky osobou, která je schopná dodat požadovaný předmět plnění veřejné zakázky a je nutné ho považovat za dodavatele dle ustanovení § 5 zákona, tedy i za osobu oprávněnou k podání námitek ve smyslu ust. § 241 odst. 1 zákona. Jak obsah, tak i celá koncepce podané námítky, se obviněnému jeví spíše nikoliv jako snaha bránit se proti nezákonnému rozhodnutí obviněného, ale jako kverulantství praktikované čistě za účelem donutit obviněného ke změně nebo dokonce přehodnocení pro něj operačně a takticky důležitých parametrů a kritérií vojenského materiálu důležitého k naplnění podstatných bezpečnostních zájmů ČR. Již od samého počátku obviněný toto jednání považuje za jednání v rozporu s nutností, aby obviněný své požadavky na předmět plnění stanovil podle jeho specifických potřeb (které navrhovatel může, ale nemusí znát), a ke kterým je podle rozhodovací praxe Úřadu nutno přihlídnout (viz ÚOHS-R160/2011/VZ-20031/2011/310/ASc/JSI nebo č.j.: R153/2006/03-04604/2007/310-Šp). Obviněný se domnívá, že by měl Úřad zohlednit i tuto skutečnost.
17. Obviněný vzhledem k výše uvedenému opětovně uvádí, že je zcela přesvědčen o tom, že se ze strany navrhovatele jednalo o námitku čistě obstrukčního charakteru, jejímž podáním byl sledován jediný cíl, a to účelová blokáce veřejné zakázky nebývalého významu pro ČR.

18. Předmětem veřejné zakázky jsou dodávky vojenského materiálu – vrtulníkového systému, který má v případě nutnosti zajistit především obranu ČR a jejího obyvatelstva (včetně ochrany života a zdraví vojáka) – a proto musí být ze strany zadavatele najisto postaveno, že vojenský materiál, který bude dodáván vybraným dodavatelem, bude v náležitě (maximální) požadované kvalitě, se všemi požadovanými technickými parametry a dalšími vlastnostmi, neboť právě na tom závisí skutečná bezpečnost státu. Po důkladném vyhodnocení podstatných kritérií jako je např. vhodnost konstrukce vrtulníků, letové a operační parametry, schopnost palebné podpory vojsk, výzbroje a výcviku, jakož i splnění požadavků výše uvedeného strategického dokumentu na dostupnost, pořízení v poli ověřeného vojenského materiálu a zajištění podstatných bezpečnostních zájmů ČR, bylo zadavateli zřejmé, že na trhu EU nebylo v té době nabízeno řešení, jež by bylo pro naplnění potřeb AČR plně vyhovující, a že logicky pro dané zboží neexistovala nejen v ČR, ale v rámci celé EU žádná hospodářská soutěž. Jediným řešením, které v té době splňovalo požadavky AČR uvedené výše, byl vrtulníkový systém H-1, který bylo možné pořídit jen prostřednictvím G2G od USA Navy (USA).
19. Na základě výše uvedených informací se obviněný domnívá, že tvrzení Úřadu, že by nabídka jiného dodavatele mohla být pro obviněného výhodnější, bylo v době uzavření smlouvy na pořízení 12 víceúčelových vrtulníků ze dne 21. 11. 2019 (dále jen „smlouva“) naprosto vyloučené, přičemž bylo možné spolehlivě vyloučit i tvrzení, že by obviněný mohl vybrat jiného dodavatele. Dle názoru obviněného není možné v tomto případě argumentovat tím, že postupem obviněného byla ovlivněna neznámá skupina dodavatelů, kteří by se mohli o veřejnou zakázku spolehlivě ucházet. Obviněný si samozřejmě dokáže představit, že by dané tvrzení bez dalšího platilo v případě, kdy by se jednalo o dodávku komerčního zboží, nikoliv však o vojenský materiál, který pro svou jedinečnost lze dodat pouze prostřednictvím G2G. Příslušné konstatování Úřadu na obviněného působí až přehnaně formalisticky s tím, že rovněž nebere v potaz specifika dané veřejné zakázky. Úřad se navíc ve svých úvahách pohybuje v čistě hypotetické rovině, která se místy jeví spíš nepravděpodobná než pravděpodobná.
20. Obviněný dále v odporu uvádí, že podmínkou spáchání předmětného přestupku je porušení zákona. Toto porušení Úřad shledává v nedodržení pravidla uvedeného v ustanovení § 246 odst. 1 písm. a) zákona, což mohlo mít dle názoru Úřadu za následek ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Jak již vyplývá z výše uvedeného, obviněný je přesvědčen, že svým postupem nemohl ovlivnit výběr dodavatele a neměl by být za svůj postup tak přísně pokutován. K uvedenému v obecné rovině obviněný dodává, že veřejnou zakázku nebo zadávací řízení je nutné posuzovat i s ohledem na cíl zákona, kterým je zejména uspokojení potřeb zadavatele. Názor Úřadu upřednostňuje formální stránku procesu zadání veřejné zakázky před stránkou materiální. Tento postup však z logiky věci nemůže naplnit samotný smysl zadávání veřejných zakázek, a to aby zadavatel obdržel plnění, které odpovídá jeho potřebám – např. pořídit vojenský materiál ověřený v podmínkách nasazení v bojových operacích.
21. Při striktně formálním výkladu, který zastává Úřad, lze dle obviněného dojít k závěru, že postup obviněného by mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, nicméně lze prokázat, že reálně je tato skutečnost nulová (dodání vojenského materiálu ověřeného v podmínkách nasazení v bojových operacích, které by naplňovalo potřeby zadavatele jinak než

prostřednictvím G2G od USA Navy (USA) je nereálné). V neposlední řadě je důležité uvést, že je zcela iluzorní domnívat se, že obviněný neměl nebo nemohl mít přesné informace o tom, kteří dodavatelé jsou schopni dodat plnění, které odpovídá jeho potřebám, konkrétně jeho požadavku na dodání materiálu, resp. zboží odzkoušeného v podmínkách bojového nasazení – stěžejního požadavku zadavatele obsaženého v podstatném strategickém dokumentu, jež je dostupný veřejně k seznámení všem potenciálním dodavatelům.

22. Jak už bylo řečeno výše, obviněný považuje za prokázané, že v době podpisu smlouvy neexistovali jiní dodavatelé, kteří by mohli obviněným požadované plnění nabídnout, tj. dodavatelé, kteří by mohli nabídnout např. v poli ozkoušený vojenský materiál. Úvaha Úřadu uvedená v bodě 10. odůvodnění příkazu, že *„vzhledem k tomu, že obviněný nerozhodl o námitkách a nedoručil je stěžovateli ještě před uzavřením smlouvy, nemohl případně upravit svůj postup v souladu s námitkami stěžovatele a stěžovateli tak reálně odepřel možnost bránit se před případným nesprávným postupem při zadávání veřejné zakázky ještě před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku. Možný vliv na výběr dodavatele Úřad spatřuje i v tom, že kdyby obviněný dodržel pravidlo stanovené v § 246 odst. 1 písm. c) zákona, nelze vyloučit, že výsledkem rozhodování o námitkách by mohlo dojít i k případné korekci postupu obviněného např. zahájením zadávacího řízení (např. i v důsledku obav o mediální obraz obviněného), ve kterém by mohl stěžovatel či další dodavatelé lépe reagovat na zadávací podmínky, hodnocení nabídek by bylo transparentnější než při zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení a obviněný by musel svůj výběr transparentně zaznamenat/zdokladovat. V důsledku zmíněného mohl být postupem zadavatele, který uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky před rozhodnutím o námitkách podaných stěžovatelem ovlivněn výběr dodavatele předmětné veřejné zakázky, neboť lze předpokládat, že v případném zadávacím řízení by v důsledku konkurenční soutěže mezi dodavateli byly podány pro zadavatele výhodnější nabídky, ať už finančně či kvalitativně, než jak je tomu při zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, a není přitom vyloučeno, že by nakonec mohl být vybrán i jiný dodavatel.“* není dle názoru obviněného na místě a nelze o ní uvažovat ani v teoretické rovině.
23. Obviněný se dále domnívá, že Úřad si může pravdivost uvedených argumentů ověřit i na základě vlastního šetření, přičemž toto ověření není nepřiměřeně obtížné ani nemožné a není za hranicí možnosti správního orgánu.
24. K naplnění všech znaků skutkové podstaty přestupku dle ustanovení 268 odst. 1 písm. a) zákona je třeba, aby porušení pravidel stanovených zákonem pro zadání veřejné zakázky ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr dodavatele. Z hlediska zákonného rámce postačuje tedy pouhá možnost ovlivnění výběru. Jak vyplývá z výše uvedeného, tuto možnost ovlivnění výběru lze podle obviněného v daném případě zcela vyloučit, neboť požadavek obviněného na dodání v poli ozkoušeného vojenského materiálu nemůže ani potencionálně jiný než vybraný dodavatel splnit. Obviněný se na základě shora popsanych skutečností domnívá, že Úřad na šetřenou problematiku nenahlížel dostatečně komplexně.
25. Obviněný je seznámen se zákonným rámcem pro výši pokuty, kterou Úřad uvádí v bodě 54. odůvodnění příkazu, tj. že za přestupek je možné uložit pokutu až „do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20.000.000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle ust. § 268 odst. 1 písm. a) až c) zákona“, nicméně nemůže se absolutně ztotožnit s výší pokuty, která mu byla ze strany Úřadu vyčíslena v příslušném příkazu.

Obviněný se domnívá, že exemplární výše dané pokuty zdaleka převyšuje hranici, jejíž uhrazení by pro obviněného plnilo jak represivní, tak preventivní funkci. Obviněný rovněž poukazuje na v zákoně uvedený rozdíl mezi případy, kdy je cena veřejné zakázky známá a kdy celkovou cenu veřejné zakázky nelze zjistit. Obviněnému přijde neracionální, že v případě, kdy by celkovou cenu veřejné zakázky nebylo možné zjistit, byť by se při uzavření příslušné smlouvy zachoval obdobným způsobem a spáchal přestupek podle ust. § 268 odst. 1 písm. a) zákona, by byl obviněný povinen automaticky zaplatit max. pokutu o 530.000.000,- Kč nižší. Ačkoliv případy, kdy cenu určit lze a kdy cenu určit nelze jsou vždy poměrně jasně definovány, obviněný se domnívá, že extrémní propast mezi uloženou pokutou ze strany Úřadu a max. pokutou v zákoně uvedenou pro spáchání stejného přestupku v případě, že cena není známá, poukazuje na nepřiměřenou výši pokuty uložené obviněnému.

26. K samotné výši pokuty obviněný dále uvádí, že dle ust. § 270 odst. 2 zákona má být výše pokuty udělené Úřadem posuzována ve vztahu k závažnosti správního deliktu a mj. i k jeho následkům. Hlavním kritériem pro určení výše pokuty je závažnost správního deliktu. Jedná se o obecnou kategorii poměřující právě rozsah dopadu konkrétního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu právem chráněného zájmu. Úřad může přihlídnout i k jiným okolnostem, pokud jsou pro posouzení závažnosti přestupku podstatné, a které by s ohledem na skutkové okolnosti předmětného případu mohly být posuzovány jako okolnosti přitěžující či polehčující.
27. Mimo okolnosti, které obviněný uvedl výše, by dle názoru obviněného Úřadu měl dále zohlednit, že jedinou přitěžující okolnost, ke které Úřad přihlédl, byla skutečnost, že se obviněný „dopustil přestupku chránícího stejný veřejný zájem opakovaně“, přičemž v tomto kontextu Úřad uvádí veřejnou zakázku „Nákup munice 2017/I - Ruční útočné granáty 2“. Obviněný v tomto případě nesouhlasí s argumentací Úřadu, a to vzhledem k tomu, že se jednalo o veřejnou zakázku, jež byla zadávána v užším řízení podle ust. § 58 zákona, nikoliv tedy na základě ust. § 191 odst. 2 písm. c) zákona za současného využití dané výjimky. V tomto případě by bylo možné se ztotožnit se závěry Úřadu, že opomenutí dodavatelé mohli potenciálně ztratit možnost veřejnou zakázku získat. V posuzovaném případě však z výše uvedených důvodů je „ztráta potenciální možnosti získat veřejnou zakázku“ prakticky vyloučena. Nad to obviněný uvádí, že pochybení při výše uvedeném zadávacím řízení vznikla v důsledku pochybení pracovníka zadavatele a nikoliv s úmyslem snížit transparentnost zadávacího řízení. O tom koneckonců svědčí i skutečnost, že navrhovatel byl schopen získat relevantní informace z veřejně dostupných zdrojů a zadavatel bez dalšího dodržel povinnost zveřejnit uzavřenou smlouvu a písemnou zprávu zadavatele. Vzhledem k výše uvedenému nelze dle názoru obviněného odkaz na správní řízení týkající se veřejné zakázky „Nákup munice 2017/I – Ruční útočné granáty 2“ považovat za zcela přílehlavý a nelze z něj vyvozené „opakované“ spáchání přestupku považovat za přitěžující okolnost.
28. Navrhovatel si musel být po celou dobu trvání zadávacího postupu (po vyhodnocení průzkumu trhu) dostatečně vědom, že nespĺňuje (a v dohledné době ani nezačne spĺňovat) hlavní požadavky obviněného, např. požadavek na pořízení v poli ozkoušeného vojenského materiálu (jedná se o požadavek, který je mj. uveden ve veřejně dostupném dokumentu Strategie vyzbrojování a podpory rozvoje obranného průmyslu ČR do roku 2025). Ve světle této skutečnosti bylo možné už od počátku považovat návrh navrhovatele za šikanózní a účelový, a jehož cílem bylo znemožnit obviněnému pořídit požadované plnění. Okrajově je

rovněž nutné zdůraznit i skutečnost, že navrhovatel ve svých námitkách odkazuje na interní dokumenty obviněného, které nejsou veřejně přístupné a ani je obviněný stěžovateli neposkytl např. na základě žádosti dle zákona 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů, a obviněnému není známo jakým, zákonem předpokládaným způsobem navrhovatel tyto dokumenty získal.

29. I když obviněný dobře rozumí tomu, že řízení o přestupku je nutno posuzovat v neoddělitelné souvislosti se správním řízením o návrhu na uložení zákazu plnění ze smlouvy, neztotožňuje se s tvrzením Úřadu v bodě 63. odůvodnění příkazu, že vzhledem k tomu, že Úřad obviněnému v rámci předcházejícího správního řízení neuložil zákaz plnění smlouvy, musí obviněnému jeho pochybení dát naopak pocítit v podobě výše uložené pokuty. Toto tvrzení implikuje, že kdyby obviněný neprokázal skutečnost, že smlouvu uzavřel za účelem splnění závazných parametrů širšího obranného nebo bezpečnostního programu a zákaz plnění smlouvy by ze strany Úřadu uložen byl (což by, dle tvrzení Úřadu mělo negativní dopad na činnost obviněného), následná pokuta by mohla být nižší. Dle názoru obviněného se toto tvrzení nelze považovat za přijatelné. Fakt, že obviněný uzavřel smlouvu za účelem splnit parametry širšího obranného či bezpečnostního programu co nejdříve by nemělo být vnímáno jako přitěžující okolnost, ale právě naopak. Obviněný k tomuto dále uvádí, že vzhledem k tomu, že se jednalo o smlouvu uzavíranou v rámci programu FMS, jejíž návrh byl před odesláním obviněnému jednostranně schválen US Kongresem (schválení US Kongresem trvá dlouhou dobu – v extrémních případech se může protáhnout až na 1 rok) a měl omezenou časovou platnost (do 15. 12. 2019), neměl obviněný jinou možnost, než reagovat rychle a smlouvu podepsat v co nejkratším možném čase. V případě, že by do konce expirační lhůty obviněný smlouvu nepodepsal, pravděpodobně by se mu nepodařilo splnit milníky příslušného širšího obranného a bezpečnostního programu.
30. Dle názoru obviněného Úřad v tomto kontextu zcela opomíjí skutečnost, že extrémně vysoká pokuta bude pro obviněného znamenat i negativní dopad v podobě rostoucího mediálního tlaku a s tím spojeného, mnohdy až příliš radikálního plošného odsouzení ze strany široké veřejnosti. I když se na první pohled může takto definovaný negativní dopad jevit jako marginální, může podstatně znesnadnit činnost obviněného v mnoha ohledech.
31. V souladu s výše uvedeným se obviněný domnívá, že Úřad řádně a dostatečně neposoudil závažnost a následky přestupku a ani nezohlednil polehčující okolnosti (a právě naopak, kladl důraz na okolnosti přitěžující, které však nelze dle názoru obviněného v daném kontextu zcela aplikovat). Úřad se v příkazu dále nijak nevyvozoval s vyvratitelnou právní domněnkou v ust. § 270 odst. 1 zákona, dle něhož se má za to, že čin, který vykazuje formální znaky přestupku dle zákona, je společensky škodlivý. Obviněný společenskou škodlivost svého jednání nespatřuje, jednoznačně ne v takové intenzitě jako Úřad. Obviněný se domnívá, že správní pokuty by měly být především účinně přiměřené a odrazující a že požadovaného účelu trestu může být v tomto případě nepochybně dosaženo i mírnější pokutou.
32. Obviněný je toho názoru, že zdůrazňování pouhé potenciality vlivu na výběr dodavatele, který je s ohledem na znění zákona zcela postačující v případě spáchání přestupku podle ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) zákona v daném případě neobstojí. Ze skutkových okolností vyplývá, že se nejednalo o porušení zákona natolik fatální, aby vedlo k výměře sankce v naprosto přemrštěné a exemplární, která sice koresponduje formálnímu zákonnému

rozpětí i rozpočtovým limitům obviněného, ale zcela jistě neodpovídá intenzitě skutkových okolností.

Další průběh řízení o přestupku

33. V usnesení č. j. ÚOHS-40522/2020/513/JLÍ ze dne 16. 12. 2020 byla obviněnému ze strany Úřadu stanovena lhůta 7 dnů ode dne doručení tohoto usnesení, k provedení úkonu – ve které je podle § 36 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 citovaného zákona oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.

Vyjádření obviněného

34. Dne 21. 12. 2020 doručil obviněný Úřadu své vyjádření. Obviněný setrvává na své argumentaci uvedené v podaném odporu proti příkazu Úřadu a plně na něj odkazuje.
35. Tvrzení Úřadu obsažená v příkazu považuje obviněný za obecná konstatování, která lze použít v prakticky jakémkoli případě spáchání přestupku. Obviněný je toho názoru, že k vyvození delikt ní odpovědnosti nemůže v posuzovaném případě postačovat, že určitá možnost dle Úřadu není vyloučena. Obviněný též namítá, že jeho jednání nenaplnuje materiální znak skutkové podstaty správního deliktu, přičemž je toho názoru, že Úřad je povinen jeho naplnění zkoumat. Obviněný je přesvědčen, že přestupek popsany v příkazu nemůže být samostatným správním deliktem, jelikož u tohoto jednání není naplněn znak podstatného ovlivnění nebo možnosti podstatného ovlivnění výběru nejhodnější nabídky.
36. Obviněný dále považuje za absolutně nepřezkoumatelné úvahy týkající se výše uložené pokuty, jelikož Úřad použil obecná prohlášení, která nevypovídají nic o konkrétní závažnosti správního deliktu. Obviněný se domnívá, že exemplární výše dané pokuty zdaleka převyšuje hranici, jejíž uhrazení by pro obviněného plnilo jak represivní, tak preventivní funkci. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí není podle obviněného zřejmé, jak se konkrétní okolnosti případu promítly do výše pokuty, a způsob odůvodnění obviněný považuje za obecný, kterým lze odůvodnit jakoukoli výši pokuty.
37. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2007 č. j. 8 As 17/2007-135, týkajícího se posuzování správních deliktů, vyplývá, že správní delikty představují ve srovnání s trestnými činy jinou formu protiprávního společensky nebezpečného jednání a pro jejich trestnost mají platit podobné principy a pravidla jako v případě trestných činů. Podstatou správních deliktů je tedy postih za jednání v rozporu s právem. K jeho trestnosti však nepostačuje, že jednání po formální stránce vykazuje znaky skutkové podstaty deliktu, pokud zároveň není jednáním společensky nebezpečným (škodlivým). S ohledem na již uvedené má obviněný za to, že nebylo Úřadem prokázáno, že se obviněný dopustil porušení zákona, přičemž ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a tedy tímto svým jednáním ohrozil spravedlivou a otevřenou soutěž, a svým postupem ohrozil efektivní vynakládání veřejných prostředků, čímž došlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu/přestupku.
38. Z již nastíněných důvodů je podle obviněného vyloučeno, aby jednání spočívající v porušení § 246 odst. 1 písm. b) zákona, naplnilo znaky přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona.

39. Usnesením č. j. ÚOHS-00549/2020/513/EŠt ze dne 6. 1. 2021 stanovil Úřad obviněnému podle § 261 odst. 3 zákona lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Obviněný se k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

40. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména materiálů k veřejné zakázce, odporu a vyjádření předloženého obviněným a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, tím, že nedodržel pravidlo pro zadání veřejné zakázky stanovené v § 246 odst. 1 písm. b) citovaného zákona, když dne 21. 11. 2019 uzavřel s vládou Spojených států amerických smlouvu na veřejnou zakázku „Víceúčelové vrtulníky – nákup“ před rozhodnutím o námitkách podaných stěžovatelem – Leonardo S.p.A., reg. č. 00401990585, se sídlem Piazza Monte Grappa 4, 00195 Řím, Itálie, které obviněný obdržel dne 20. 11. 2019 a o nichž rozhodl až dne 5. 12. 2019, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele a zadal veřejnou zakázku. Za spáchání přestupku byla obviněnému uložena pokuta a Úřad současně rozhodl o uložení nákladů řízení. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K postavení obviněného

41. Úřad v úvodu posoudil postavení obviněného jako zadavatele podle § 4 zákona. Podle § 4 odst. 1 písm. a) zákona je veřejným zadavatelem Česká republika a její organizační složky.
42. Ministerstvo obrany je ve smyslu § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, organizační složkou státu, a tudíž je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. a) zákona, který je povinen postupovat při zadávání veřejných zakázek podle zákona.

III. K výroku I. tohoto příkazu

Relevantní ustanovení zákona

43. Podle § 2 odst. 1 zákona se zadáním veřejné zakázky pro účely tohoto zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce.
44. Podle § 2 odst. 2 zákona je veřejnou zakázkou veřejná zakázka na dodávky podle § 14 odst. 1, veřejná zakázka na služby podle § 14 odst. 2, veřejná zakázka na stavební práce podle § 14 odst. 3, koncese na služby podle § 174 odst. 3 nebo koncese na stavební práce podle § 174 odst. 2.
45. Podle § 5 se dodavatelem rozumí osoba, která nabízí poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací, nebo více těchto osob společně. Za dodavatele se považuje i pobočka závodu; v takovém případě se za sídlo dodavatele považuje sídlo pobočky závodu.
46. Podle § 14 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou na dodávky veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věcí, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil, pokud nejsou součástí veřejné zakázky na stavební práce podle odstavce 3. Pořízením se rozumí zejména koupě, nájem nebo pacht.
47. Podle § 15 odst. 1 zákona se veřejné zakázky, které v sobě zahrnují více druhů veřejných zakázek, zadávají v souladu s pravidly platnými pro druh veřejné zakázky odpovídající

hlavnímu předmětu této veřejné zakázky. Odstavec 2 dále uvádí, že obsahují-li veřejné zakázky dodávky i služby a nejedná se o veřejnou zakázku na stavební práce, určí se hlavní předmět podle části předmětu veřejné zakázky s vyšší předpokládanou hodnotou.

48. Podle § 25 zákona je nadlimitní veřejnou zakázkou veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota je rovna nebo přesahuje finanční limit stanovený nařízením vlády zapracovávajícím příslušné předpisy Evropské unie.
49. Podle § 2 odst. 2 nařízení vlády č. 176/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek, činí finanční limit pro určení nadlimitní sektorové veřejné zakázky na dodávky nebo pro určení nadlimitní veřejné zakázky na dodávky v oblasti obrany nebo bezpečnosti 10 989 000 Kč.
50. Z ustanovení § 191 odst. 2 zákona vyplývá, že zadavatel není povinen zadat v zadávacím řízení veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti, jestliže jsou zadávány veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. a) vládě nebo místní správě jiného státu a jejich předmětem jsou
 1. dodávky vojenského či citlivého materiálu,
 2. stavební práce či služby přímo související s dodávkami podle bodu 1,
 3. stavební práce či služby výhradně pro vojenské účely, nebo
 4. citlivé stavební práce či citlivé služby.
51. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma.
52. Podle § 241 odst. 2 zákona se námitky podle odstavce 1 podávají písemně a lze je podat proti
 - a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek,
 - b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo
 - c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.
53. Jak vyplývá z § 241 odst. 3 zákona, námitky týkající se jiných úkonů či opomenutí zadavatele, než je stanovení zadávacích podmínek, volba druhu zadávacího řízení, režimu veřejné zakázky a postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, může podat pouze účastník zadávacího řízení.
54. Podle § 246 odst. 1 zákona zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem
 - a) před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení, o výběru dodavatele nebo proti úkonu dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu,
 - b) do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli, byly-li námitky podány,

c) před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud podané námitky odmítl,

d) ve lhůtě 60 dnů ode dne zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud byl návrh na zahájení řízení podán včas; zadavatel však může i v této lhůtě smlouvu uzavřít, pokud Úřad návrh zamítl nebo bylo správní řízení vedené o návrhu zastaveno a takové rozhodnutí nabylo právní moci.

55. Zadavatel se podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
56. Podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek podle odstavce 1 písm. a) uloží pokuta do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
57. Jak dále vyplývá z ustanovení § 270 odst. 1 zákona, má se za to, že čin, který vykazuje formální znaky přestupku, je společensky škodlivý.

Zjištění vyplývající z materiálů k zadání veřejné zakázky a dalších podkladů a informací získaných při úřední činnosti Úřadu

58. Z příloh k návrhu, který navrhovatel zaslal Úřadu v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0450/2019/VZ, vyplývá, že dne 20. 11. 2019 byly obviněnému doručeny námitky navrhovatele proti postupu zadavatele. Následující den, tj. 21. 11. 2019, byl zadavatelem podepsán dokument „Letter of Offer and Acceptance (LOA) EZ-P-SBF“. Podepsáním předmětného dokumentu došlo dne 21. 11. 2019 k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku „Víceúčelové vrtulníky – nákup“ s vládou Spojených států amerických, což potvrdil sám zadavatel ve svém sdělení ze dne 9. 1. 2020, které Úřadu zaslal v rámci uvedeného správního řízení. Dále z přílohy k návrhu navrhovatele vyplývá, že rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 5. 12. 2019 bylo navrhovateli doručeno tentýž den.
59. Z rozhodnutí o námitkách i vyjádření obviněného k návrhu o přezkoumání postupu zadavatele vyplývá, že námitky byly obviněným odmítnuty z důvodu nedostatku legitimity navrhovatele k podání námitek. Obviněný ve vyjádření k návrhu doslovně uvádí: „Navrhovatel se zadávacího postupu neúčastnil, respektive jediným, Zadavatelem vyzvaným subjektem/účastníkem zadávacího postupu byla vláda Italské republiky.“

Legitimize společnosti Leonardo S.p.A k podání námitek

60. Zákon stanovuje v určitých případech takzvanou „blokační dobu“, což je doba, po kterou zadavatel nesmí uzavřít smlouvu. Jak mimo jiné vyplývá z ustanovení § 246 odst. 1 písm. b) zákona, zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli, byly-li námitky podány. Zadavatel, však uvedené pravidlo v šetřeném případě nerespektoval, když smlouvu na plnění veřejné zakázky uzavřel den poté, co dne 20. 11. 2019 obdržel námitky stěžovatele, přičemž o námitkách rozhodl až 5. 12. 2019. V tomto rozhodnutí přitom námitky stěžovatele podle § 245 odst. 3 písm. a) zákona odmítl z důvodu, že nebyly podány oprávněnou osobou, jelikož se stěžovatel zadávacího postupu neúčastnil, „resp. jediným zadavatelem vyzvaným subjektem/účastníkem zadávacího

postupu byla vláda Italské republiky". Na uvedeném názoru obviněný setrvává i ve svém vyjádření ze dne 20. 12. 2019 k návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ve správním řízení sp. zn. S0450/2019/VZ.

61. Vyřešení otázky legitimace navrhovatele/stěžovatele k podání námitek je tedy rozhodné pro zjištění, zda došlo k aktivaci „blokační doby“ lhůty podle § 246 odst. 1 zákona, po kterou zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem veřejné zakázky, či nikoliv, resp. zda zadavatel uzavřením smlouvy následující den po obdržení námitek společnosti Leonardo S.p.A. porušil zákon.
62. K tomu Úřad uvádí, že právo k podávání námitek slouží jako ochrana dodavatele před nesprávným postupem zadavatele při zadávání veřejné zakázky a k případné korekci takového postupu. Nositelem tohoto práva je dle § 241 odst. 1 zákona dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky hrozí nebo vznikla újma. Dodavatelem ve smyslu zákona (§ 5) je osoba, která nabízí poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací, nebo více těchto osob společně, nikoliv pouze osoba, kterou zadavatel vyzval k jednání/podání nabídky apod.
63. Pro účely posouzení legitimace navrhovatele/stěžovatele k podání námitek Úřad zkoumal, zda jsou splněny všechny podmínky stanovené v § 241 odst. 1 zákona. Podle tohoto ustanovení zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma. Úřad se tedy zabýval jednak vlastní osobou dodavatele, tak i otázkou, zda se postup zadavatele vůbec týká veřejné zakázky, zda je tato svou hodnotou podlimitní či nadlimitní, a rovněž tím, zda postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním takové zakázky stěžovateli hrozí nebo vznikla újma.
64. Nejprve Úřad řešil otázku, zda navrhovatel připadá v úvahu jako potenciální dodavatel veřejné zakázky. Navrhovatel na svých webových stránkách <https://www.leonardocompany.com/en/about-us/our-company/profile> uvádí, že se zabývá vesmírným, obranným a bezpečnostním průmyslem s výnosem 13,8 miliard EUR a dodává produkty jak civilnímu, tak i vládnímu a armádnímu sektoru. Do jeho portfolia spadá řada civilních i armádních vrtulníků. Z veřejně dostupných internetových zdrojů^{1, 2} je patrné, že navrhovatelem nabízené vrtulníky AW-139 slouží v armádách řady zemí, mimo jiné byl objednan i ze strany Spojených států amerických. Již to samo o sobě svědčí o tom, že navrhovatel je dodavatelem ve smyslu § 5 zákona.
65. Podle dokumentu č.j. MO 42117/2018-1122 ze dne 7. 2. 2018 Armády České republiky „Analýza dostupnosti vrtulníků dle požadavků AČR“, předloženého navrhovatelem dne 11. 12. 2019 v příloze návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů ze dne 11. 12. 2019 v rámci správního řízení ÚOHS-S0450/2019/VZ, nabízí navrhovatel u vrtulníků AW-139 „možnost implementace AČR požadované výzbroje“. Dále je zde rovněž uvedeno: „Ostatní

¹ <https://www.armadinoviny.cz/evropske-vrtulniky-mh-139-ochrani-americke-jaderne-zbrane.html>

² <https://www.securitymagazin.cz/defence/agustawestland-aw139m-viceucelovy-vrtulnik-vhodny-pro-acr-1404063096.html>

výrobci, jako např. již zmiňovaný Eurocopter nebo Leonardo jsou, jak prokázal i marketingový průzkum, schopni reagovat v oblasti výzbroje, dle požadavků zákazníka.“ Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 20. 12. 2019 uvádí, že dokumenty, kterými disponuje navrhovatel, „*nejsou ničím jiným než z celkového konceptu realizace veřejné zakázky vytržené dílčí interní dokumenty, které představují profesní, či expertní názory subjektů v podřízenosti Zadavatele“*, a proto „*je nelze považovat za důkazy ve smyslu, v jakém se je snaží představit Navrhovatel“*. K tomu Úřad uvádí, že předmětný dokument je však dostačujícím důkazem pro to, že společnost Leonardo S.p.A. je možné považovat za dodavatele přicházejícího v úvahu k plnění veřejné zakázky. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uvádí, že navrhovatel je osobou, která je schopna dodat požadovaný předmět plnění veřejné zakázky a je nutno ho považovat za dodavatele podle § 5 zákona, tedy i za osobu oprávněnou k podání námitek ve smyslu § 241 odst. 1 zákona.

66. Pokud jde o podmínku, že námitkami napadený postup zadavatele se musí týkat veřejné zakázky (§ 2 zákona odst. 2), Úřad při jejím posouzení vycházel ze smlouvy uzavřené na předmětnou veřejnou zakázku dne 21. 11. 2019. Z této smlouvy vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky je dodávka 8 vrtulníků UH-1Y a 4 vrtulníků AH-1Z vč. výzbroje, podpory (technická podpora, logistická technická podpora, výcvik, ...) a příslušenství. Podle přílohy č. 1 k zákonu spadá předmět veřejné zakázky do kategorie 11, tj. jedná se o vojenský materiál ve smyslu § 28 odst. 1 písm. n) zákona. K problematice druhu zakázky Úřad uvádí vybrané položky ze smlouvy na veřejnou zakázku ze dne 21. 11. 2019, a to vrtulníky UH-1Y, vrtulníky AH-1Z, motory Turbo T700-GE-401C, FLIR systém, operační podpůrný systém, ovládací jednotky, přilby, integrace, zobrazovací jednotky, další podpůrné vybavení. Hodnota zmíněných položek činí celkem 405 275 180 USD z celkové ceny veřejné zakázky, která činí 645 962 145 USD. I když bude třeba vedle výše uvedených dodávek zajistit výcvik, technickou podporu apod., může Úřad uzavřít, že vyšší hodnotu mají podle smlouvy dodávky a při aplikaci ustanovení § 15 odst. 1 a 2 zákona se tak jedná o veřejnou zakázku na dodávky ve smyslu § 14 zákona.
67. Skutečnost, že jde o veřejnou zakázku na dodávky v oblasti obrany a bezpečnosti, je nesporná, navíc použití výjimky pro veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti podle § 191 odst. 2 písm. c) zákona deklaruje zadavatel v „Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky“ č. j. MO 322165/2019-1350 ze dne 12. 11. 2019 a rovněž ve svém vyjádření k návrhu ze dne 20. 12. 2019, čímž potvrzuje, že dodání víceúčelových vrtulníku má povahu veřejné zakázky.
68. Pokud jde o splnění další podmínky stanovené v § 241 odst. 1 zákona, že námitkami napadený postup se týká podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, vycházel Úřad rovněž ze smlouvy uzavřené dne 21. 11. 2019 na plnění předmětné veřejné zakázky. Sjednaná cena ve smlouvě činí 645 962 145 USD. Po přepočtu na koruny české na základě kurzu devizového trhu vyhlášeného Českou národní bankou ke dni uzavření smlouvy tato částka činí 14 863 588 956,50 Kč. Z uvedeného je zcela zjevné, že uvedená částka přesahuje finanční limit pro určení nadlimitní veřejné zakázky (10 989 000 Kč bez DPH) na dodávky v oblasti obrany, a jedná o nadlimitní veřejnou zakázku.
69. Další z podmínek pro aktivní legitimaci dodavatele je vzniklá nebo hrozící újma způsobená postupem zadavatele související se zadáváním veřejné zakázky. Navrhovatel v námitkách ze dne 20. 11. 2019 uvádí, že mu „*v důsledku nezákonného postupu Zadavatele hrozí újma*

spočívající ve vyloučení možnost účastnit se soutěže o zakázku a tuto případně získat a realizovat, ačkoliv by byl schopen požadované plnění dodat“. I podmínku hrozící újmy tedy Úřad považuje za splněnou.

70. Námitky ze dne 20. 11. 2019 byly stěžovatelem podány proti „postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem“. Součástí námitek je požadavek navrhovatele, „*aby Zadavatel zrušil námitkami napadený postup, který směřuje k zadání zakázky VSVV mimo zadávací řízení na základě výjimky dle § 191 odst. 2 písm. c)*“. Na základě uvedeného je tedy nepochybné, že se jedná o námitky podle § 241 odst. 2 písm. c) zákona směřující proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem. Přitom je třeba v souvislosti s názorem zadavatele, že se stěžovatel zadávacího postupu neúčastnil, „*resp. jediným zadavatelem vyzvaným subjektem/účastníkem zadávacího postupu byla vláda Italské republiky*“ a v důsledku toho nemohl námitky podat, upozornit na ustanovení § 241 odst. 3 zákona, podle kterého je podání námitek pouze účastníkem zadávacího řízení vázáno na 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. S ohledem na ustanovení § 241 odst. 3 zákona a obsah námitek, které směřují proti postupu zadavatele k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem, nemůže názor zadavatele obstát.
71. Z výše uvedeného je zřejmé, že navrhovatel byl oprávněn k podání námitek proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání zakázky mimo zadávací řízení podle § 241 odst. 1 zákona a odst. 2 písm. c) zákona.
72. Obviněný ve svém odporu obsáhle argumentuje ohledně toho, že stěžovatel nebyl osobou přicházející v úvahu k podání námitek podle § 241 zákona, případně aby problematika legitimace k podání námitek stěžovatelem byla zohledněna jako polehčující okolnost, a zdůvodňuje to zadavatelem vymezeným předmětem plnění veřejné zakázky a další podmínkou plnění (např. zboží ozkoušené v poli, které vyplývá ze Strategie vyzbrojování a podpory rozvoje obranného průmyslu ČR do roku 2025³), kterou stěžovatel podle názoru zadavatele nesplňuje. Obviněný se dále domnívá, že zadavatelem zvolený způsob zadání (uplatnění výjimky podle § 191 odst. 2 písm. c) zákona) má za následek to, že jako dodavatel přichází v úvahu k podání námitek pouze osoba (např. vláda Itálie), která se zúčastnila průzkumů trhu, které zadavatel dělal v letech 2015 – 2019. K výše uvedené argumentaci obviněného Úřad opětovně zdůrazňuje, že **námitka stěžovatele míří proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem**. Toto je stěžejní pro pochopení postavení stěžovatele coby osoby, která je legitimovaná k podání námitek. Uvedené proto neznamená, že by co do splnění podmínek legitimace k podání námitek musel stěžovatel bezezbytku splnit veškeré zadavatelem případně vymezené podmínky na předmět plnění veřejné zakázky. Opačný názor je zcela nepřijatelný, v rozporu s principem zajištění ochrany potenciálních dodatelů veřejných zakázek, a aplikace takového výkladu by znamenala, že by např. nemohl podat potenciální

³ V předmětné strategii vyzbrojování a podpory rozvoje obranného průmyslu ČR do roku 2025 je uvedeno: „*Ministerstvo preferuje, z hlediska rychlosti, spolehlivosti a efektivnosti, včetně dosažení urgentní operační potřeby, pořízení dostupného, v praxi ověřeného vojenského materiálu, který je možné získat na globálním trhu s obranným a bezpečnostním materiálem.*“

dodavatel námitky směřující proti zadávacím podmínkám. Zadavatel dále ve svém odporu uvádí odkazy na rozhodovací praxi Úřadu (ÚOHS-R160/2011/VZ-20031/2011/310/ASc/JSI nebo č.j.: R153/2006/03-04604/2007/310-Šp), týkající se námitek proti zadávacím podmínkám. K tomu Úřad uvádí, že předmětná rozhodnutí se jednak týkají předchozí právní úpravy, avšak co je podstatné, v daných případech se nejednalo o námitky, které by směřovaly k proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení; uvedená rozhodnutí tedy dle Úřadu nelze považovat za příléhavá na právě přezkoumávaný případ (přestože bylo ze strany Úřadu/předsedy Úřadu shledáno stanovení podmínek zadavatelem jako oprávněné), neboť námitky uchazečů o veřejnou zakázku směřovaly proti stanovení zadávacích podmínek v zadávacích řízeních, tedy tam, kde probíhala mezi dodavatelem soutěž o zakázku, a o těchto námitkách bylo ze strany zadavatelů rozhodnuto.

73. Stejně tak nelze souhlasit s tvrzením obviněného, že podle výkladu Úřadu by mohl zpochybnit postup zadavatele prakticky každý subjekt na trhu, který uvede, že je schopen požadovaný vojenský materiál dodat. Úřad k takovému výkladu nepřistoupil, naopak na základě výše uvedených skutečností prokázal, že stěžovatel dodává produkty jak civilnímu, tak i vládnímu a armádnímu sektoru, a do jeho portfolia spadá řada civilních i armádních vrtulníků (ostatně sám zadavatel prostřednictvím vlády Itálie o vrtulnících stěžovatele v rámci průzkumu trhu uvažoval) a je tedy potenciálním dodavatelem i ve vztahu k předmětné veřejné zakázce. Na uvedeném nemůže nic změnit ani tvrzení zadavatele, že aplikoval výjimku v souladu s ustanovením § 191 odst. 2 písm. c) zákona a v souladu se směrnicí. Na posouzení zadavatelem spáchaného přestupku a okolností při jeho spáchání však dle Úřadu nemá skutečnost, zda zadavatel uplatnil výjimku ze zákona v souladu se zákonem, či nikoliv, žádný vliv, neboť předmětem správního řízení o přestupku je postup zadavatele při jeho rozhodování o námitkách stěžovatele a posouzení toho, zda obviněný dodržel zákaz uzavřít smlouvu v důsledku podaných námitek či nikoliv; Úřad v tomto řízení věcně neřeší oprávněnost postupu zadavatele při aplikaci výjimky uvedené v § 191 odst. 2 písm. c) zákona, resp. uvedené dle Úřadu není nijak rozhodné pro naplnění odpovědnosti obviněného za spáchaný přestupek, a není tak současně ani možno tuto okolnost považovat za jakkoliv významnou pro stanovení výše pokuty. K domněnkám zadavatele, že ze strany navrhovatele se jednalo o námitku čistě obstrukčního charakteru, jejímž podáním byl sledován jediný cíl, a to účelová blokáce veřejné zakázky nebývalého významu pro Českou republiku, Úřad uvádí, že nijak nezpochybňuje význam zakázky pro činnost zadavatele či pro Českou republiku. Z postupu stěžovatele je však zřejmé, že měl zájem na získání zakázky na dodání vrtulníků pro obviněného a byl-li názoru, že zadavatel chce zadat zakázku na základě výjimky podle § 191 odst. 2 písm. c) zákona v rozporu se zákonem, byl k podání námítka, jak již bylo uvedeno výše, ze zákona oprávněn.
74. Nad výše uvedené je však třeba, pokud jde o legitimaci stěžovatele k podání námitek, zdůraznit i tu skutečnost, že se prakticky jedná již o věc rozhodnutou, neboť v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-26228/2020/513/JLÍ ze dne 24. 8. 2020 vydaném ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0087/2020/VZ potvrzeném rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-31328/2020/322/HSc ze dne 13. 11. 2020 vydaném v řízení o rozkladu sp. zn. ÚOHS-R0180/2020/VZ, bylo již konstatováno nedodržení pravidla stanovené v § 246 odst. 1 písm. b) zákona zadavatelem, z čehož lze dovodit, že byly naplněny podmínky pro vedení

řízení i v tom, že námitky stěžovatele byly ze strany Úřadu shledány jako podané oprávněnou osobou.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

75. Jak již Úřad uvedl výše, stěžovatel podal v šetřeném případě námitky proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem. Zákonodárce přitom výslovně stanovil – § 241 odst. 1 a § 241 odst. 2 písm. a) – že podání námitek je v takovém případě (postup zadavatele směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení) připuštěno, a od zadavatele tedy očekává, že námitky vyřídí v souladu se zákonem. K uvedenému mj. slouží ustanovení § 246 zákona, které zadavateli zakazuje uzavřít smlouvu, do doby, než bude věc (zjednodušeně řečeno) náležitě vyřízena. Dodavatel, který podal řádně a včas námitky musí mít zaručeno, že jeho námitky budou řádně vyřízeny a případně následně musí mít zachovanou možnost přezkumu postupu zadavatele směřujícího k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, pokud podá stěžovatel návrh k orgánu dozoru. Jde tedy o systém opatření, jehož cílem je zachování funkční ochrany dodavatelů proti případnému nesprávnému postupu zadavatele, a to ve všech fázích možné obrany dodavatele – viz blíže ustanovení § 246 zákona.
76. K samotnému postupu obviněného, kterým došlo ke spáchání přestupku, Úřad uvádí, že z návrhu na zahájení přezkumu postupu zadavatele a z obviněným zaslané dokumentace, zejména pak ze smlouvy na veřejnou zakázku uzavřené mezi obviněným a vládou Spojených států amerických a doručenek námitek navrhovatele a rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 5. 12. 2019, vyplývá, že námitky byly navrhovatelem podány dne 20. 11. 2019. Den poté, tedy 21. 11. 2019, došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku mezi vládou Spojených států amerických a obviněným, přičemž obviněný rozhodl o námitkách navrhovatele dne 5. 12. 2019. Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli odesláno a doručeno téhož dne. Podle § 246 odst. 1 písm. b) zákona nesmí zadavatel uzavřít smlouvu s dodavatelem do doby doručení rozhodnutí o námitkách. Z výše uvedeného je patrné, že zadavatel nedodržel postup stanovený citovaným ustanovením zákona, neboť uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku s vládou Spojených států amerických dne 21. 11. 2019, tedy před rozhodnutím o námitkách podaných dne 20. 11. 2019 stěžovatelem. Rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 5. 12. 2019 přitom bylo stěžovateli doručeno až dne 5. 12. 2019.
77. Další a poslední znak skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona spočívá v tom, že nedodržení pravidel stanovených zákonem ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele. Aby tedy došlo k naplnění tohoto znaku skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, musí nezákonným postupem zadavatele dojít k ovlivnění nebo k alespoň potenciálnímu ovlivnění výběru dodavatele. Je tedy nutné prokázat, zda výše uvedený nezákonný postup zadavatele ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr dodavatele.
78. Vzhledem k tomu, že obviněný nerozhodl o námitkách stěžovatele ještě před uzavřením smlouvy, stěžovateli tak reálně odepřel možnost bránit se před případným nesprávným postupem při zadávání veřejné zakázky ještě před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku. Možný vliv na výběr dodavatele Úřad spatřuje v tom, že kdyby obviněný dodržel pravidlo stanovené v § 246 odst. 1 písm. c) zákona, nelze vyloučit, že výsledkem rozhodování o námitkách by mohlo dojít i k případné korekci postupu obviněného např. zahájením zadávacího řízení (např. i v důsledku obav o mediální obraz obviněného), ve kterém by mohl

stěžovatel či další dodavatelé lépe reagovat na zadávací podmínky, hodnocení nabídek by bylo transparentnější než při zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení a obviněný by musel svůj výběr transparentně zaznamenat/zdokladovat. V důsledku zmíněného mohl být postupem zadavatele, který uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky před rozhodnutím o námitkách podaných stěžovatelem ovlivněn výběr dodavatele předmětné veřejné zakázky, neboť lze předpokládat, že v případném zadávacím řízení by v důsledku konkurenční soutěže mezi dodavateli byly podány pro zadavatele výhodnější nabídky, ať už finančně či kvalitativně, než jak je tomu při zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, a není přitom vyloučeno, že by nakonec mohl být vybrán i jiný dodavatel.

79. Obecně k vlivu postupu zadavatele na výběr dodavatele, který směřuje vně zadávacího řízení, což je šetřený případ, Úřad uvádí, že se jedná o takový postup zadavatele, kterým je ovlivněna neznámá skupina dodavatelů, kteří by se za jiných okolností (pokud by např. postup zadavatele při vymezení zadávacích podmínek byl souladný se zákonem) ucházeli o veřejnou zakázku.
80. Zákon v případě přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona přitom nevyžaduje výlučně prokázání vlivu na výběr dodavatele, postačí takové jednání (postup) zadavatele, které mohlo mít potenciální vliv na výběr dodavatele. V této souvislosti je možno poukázat např. na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009, ve kterém je k dané problematice uvedeno, že *„[s]kutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo ‚podstatně‘ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. (...) k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“* K obdobným závěrům dospěl rovněž Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 36/2012-104 ze dne 9. 5. 2013 či v rozsudku č. j. 62 Af 14/2011-74 ze dne 19. 7. 2012, ve kterém mj. judikoval, že *„[z] uvedeného ustanovení [§ 120 odst. 1 písm. a) zákona] je zřejmé, že se deliktu dopustí již ten zadavatel, který nedodrží ZVZ, přičemž tím pouze hypoteticky ovlivní výběr nejhodnější nabídky.“*
81. Rovněž Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 4 As 61/2016-38 ze dne 28. 6. 2016 konstatoval, že v případě, kdy správní orgán (Úřad) shledá, že *„se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu (...) Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem (...), že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“* Přestože se uvedená judikatura vztahuje k předchozí právní úpravě zadávání veřejných zakázek, lze ji aplikovat

i na současnou právní úpravu, neboť i podle § 268 odst. 1 zákona postačuje možnost ovlivnění výběru dodavatele.

82. Z pohledu potenciality vlivu je podle názoru Úřadu zcela nepodstatná případná námitka zadavatele, že by vždy smlouvu uzavřel s vládou Spojených států amerických, neboť takový výklad by byl nelogický a směřoval by k potlačení smyslu a účelu institutu námitek brojících proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem.
83. Z výše uvedeného vyplývá, že pouhá potencialita vlivu na výběr dodavatele je tak s ohledem na znění zákona zcela postačující v případě spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, a Úřadu tedy nezbyvá než uzavřít, že obviněný svým jednáním naplnil tento znak skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona.
84. Obviněný též namítá, že jeho jednání nenaplnuje materiální znak skutkové podstaty „správního deliktu“, přičemž je toho názoru, že Úřad je povinen jeho naplnění zkoumat. Obviněný je přesvědčen, že přestupek popsany v příkazu nemůže být samostatným „správním deliktem“, jelikož u tohoto jednání není naplněn znak podstatného ovlivnění nebo možnosti podstatného ovlivnění výběru nejhodnější nabídky.
85. S ohledem na výše uvedený princip musí Úřad tvrzení zadavatele, že nic nemohlo zadavatele ovlivnit v jeho rozhodnutí požadovat právě ten který předmět plnění, resp. ve výběru subjektu, se kterým bude uzavírat smlouvu, zcela odmítnout. Úřad k tomu na vysvětlenou dále uvádí, že to, jak by zadavatel rozhodl o námitkách stěžovatele v zákonem stanovené lhůtě, již nelze ničím nasimulovat a nelze to ani nahradit následným tvrzením zadavatele, že by námitkám nikdy nevyhověl a nikdy nemohlo dojít ke změně požadovaného předmětu/osoby, se kterou bude smlouvu uzavírat. Jedná se totiž o situaci, která je neopakovatelná. Úřad dále doplňuje, že nelze ani vyloučit, že kdyby zadavatel rozhodl o námitkách v souladu se zákonem a tyto odmítl, že by navrhovatel podal návrh k Úřadu na přezkoumání postupu zadavatele směřujícímu k zadání zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem. Úřad by musel ve správním řízení zkoumat, zda zadavatel použil zvláštní pravidlo pro zadání veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti podle § 191 odst. 2 písm. c) zákona oprávněně. Pokud by Úřad shledal, že nikoliv, zadavateli by nezbylo, než zadat zakázku v zadávacím řízení, přičemž není vyloučeno, že by v zadávacím řízení byl vybrán k uzavření smlouvy jiný subjekt. Úřadu tedy nezbyvá než uzavřít, že uvedený postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele, neboť tuto potencialitu ovlivnění výběru dodavatele z povahy věci nelze nijak vyloučit. Úřad však uvádí, že skutečnost, zda zadavatel uplatnil výjimku z povinnosti zadat veřejnou zakázku podle § 191 odst. 2 písm. c) zákona oprávněně či nikoliv, není rozhodná pro posouzení toho, zda je či není naplněna odpovědnost obviněného za přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona. Úřad proto uvádí, že posouzení otázky oprávněnosti využití výjimky z povinnosti zadat veřejnou zakázku podle § 191 odst. 2 písm. c) zákona ze strany zadavatele nelze v žádném případě považovat za otázku, kterou by bylo třeba vyřešit před vydáním rozhodnutí ve věci, která je předmětem tohoto řízení.
86. Na základě výše uvedených skutečností Úřad může učinit závěr, že jsou naplněny všechny znaky přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona. Úřad proto konstatuje, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel pravidlo pro zadání

veřejné zakázky stanovené v § 246 odst. 1 písm. b) citovaného zákona, když dne 21. 11. 2019 uzavřel s vládou Spojených států amerických smlouvu na veřejnou zakázku „Víceúčelové vrtulníky – nákup“ před rozhodnutím o námitkách podaných stěžovatelem, které obviněný obdržel dne 20. 11. 2019 a o nichž rozhodl až dne 5. 12. 2019, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele a zadal veřejnou zakázku.

87. Co se týče škodlivosti přestupku a odkazu obviněného na možnou vyvratitelnost právní domněnky uvedené v ustanovení § 270 odst. 1 zákona, dle něhož se má za to, že čin, který vykazuje formální znaky přestupku podle tohoto zákona, je společensky škodlivý, obviněný společenskou škodlivost svého jednání nespátňuje vůbec či minimálně, avšak ne v takové intenzitě jako Úřad. K tomu Úřad uvádí, že prokázal výše, že jednání obviněného vykazuje všechny znaky přestupku uvedené v zákoně v § 268 odst. 1 písm. a) a současně může konstatovat, že uvedeným postupem bylo jednoznačně zmařeno právo na ochranu dodavatele před případným nesprávným postupem zadavatele v době před uzavřením smlouvy, a nepochybně se tak jedná o přestupek, který je společensky škodlivý.
88. K naplnění materiální stránky přestupku Úřad konstatuje, že lze odkázat i na důvodovou zprávu k zákonu č. 183/2017 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákona o některých přestupcích, kde je uvedeno, že *„[m]ateriálně-formální pojetí se pro oblast zadávání veřejných zakázek nejeví jako zcela vhodné. Společenská škodlivost je u těchto přestupků dána již samotným naplněním skutkové podstaty přestupku. V případě, že by konkrétní společenská škodlivost protiprávního jednání nedosahovala ani minimální hranice typové škodlivosti, nebyl by dán veřejný zájem na jeho stíhání. Proto se upravuje vyvratitelná právní domněnka spočívající v tom, že se má za to, že čin, který vykazuje formální znaky přestupku podle tohoto zákona, je společensky škodlivý“*, z čehož vyplývá, že pokud jednání obviněného naplňuje formální znaky skutkové podstaty některého z přestupků upravených zákonem, pak již není nutné posuzovat materiální stránku takového jednání, tzn. jeho společenskou škodlivost, jelikož ta je tímto protiprávním jednáním bez dalšího naplněna. Důsledkem pojetí přestupku v oblasti zadávání veřejných zakázek je tedy skutečnost, že Úřad se nemusí při rozhodování o přestupku zabývat tím, *„zda jednání zadavatele, které jinak naplňuje znaky skutkové podstaty přestupku uvedené v § 268 a § 269, je společensky škodlivé či nikoliv, tj. zabývat se výslovně materiální stránkou přestupku, pokud neexistují takové okolnosti, které zcela vylučují, že se vůbec jedná o přestupek. Jinak řečeno, ÚOHS v zásadě nemusí dokazovat materiální stránku přestupku, když ta je ze zákona výslovně presumována.“* (srov. Flaškár, Martin; Harnach, Jiří; Janoušek, Martin; Měkota, Jan; Podešva, Vilém; Sommer, Lukáš; Votrubec, Jiří. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer).
89. V této souvislosti Úřad odkazuje též na judikaturu Nejvyššího správního soudu, který v rozsudku č. j. 9 As 34/2012-28 ze dne 9. 8. 2012 konstatoval, že *„[p]odle judikatury zdejšího soudu zpravidla není nutno, aby se správní orgány otázkou naplnění materiální stránky daného správního deliktu explicitně zabývaly i v odůvodnění svých rozhodnutí. V zásadě totiž platí, že v případě správních deliktů je jejich materiální stránka dána již samotným naplněním skutkové podstaty deliktu (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 12. 2009, č. j. 5 As 104/2008-45, nebo rozsudek ze dne 30. 3. 2011, č. j. 1 Afs 14/2011-62). Až ve chvíli, kdy se jedná o případ, v němž je sporné, zda konkrétní*

společenská nebezpečnost dosahuje ani minimální hranice typové nebezpečnosti, je nezbytné, aby se správní orgán zabýval materiální stránkou správního deliktu i v odůvodnění svého rozhodnutí. (...) Jak uvedl Nejvyšší správní soud ve výše uvedeném rozsudku prvního senátu, obzvláště u správních deliktů, jejichž naplnění nevyžaduje zavinění, nebudou mít okolnosti obvykle zkoumané v souvislosti s konkrétní společenskou nebezpečností (míra zavinění, vztah pachatele k jednání, způsob spáchání atd.) žádný vliv na naplnění materiální stránky deliktu. Tyto zvláštní okolnosti daného případu však nezůstanou bez povšimnutí, ale budou správním orgánem hodnoceny při stanovení výše sankce. Obecně je přitom nutno vycházet z premisy, že již stanovením formálních znaků určité skutkové podstaty zákon předpokládá, že při jejich naplnění v běžně se vyskytujících případech bude stupeň společenské nebezpečnosti zpravidla vyšší než nepatrný (rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 17. 4. 1996, sp. zn. 1 Tzn 2/96).“ Přestože závěry citovaného rozsudku byly vysloveny za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v níž absentovala výslovná právní úprava materiálního znaku, jsou plně aplikovatelné i za účinnosti zákona, jenž na ustálenou judikaturu navazuje.

90. Jak vyplývá z výše uvedeného, pakliže jednání zadavatele naplňuje formální stránku přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, má se za to, že je bez dalšího naplněna i materiální stránka daného přestupku. Společenská škodlivost je tedy dána již naplněním skutkové podstaty přestupku. Úřad však může s ohledem na výše uvedené dokazování konstatovat, že i materiální stránka přestupku byla naplněna.
91. Vzhledem k uvedenému Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí – uložení pokuty

92. Úřad po zvážení všech okolností postupu obviněného přistoupil k uložení pokuty tak, jak je stanoveno ve výroku II., neboť došlo ke spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona.
93. Podle § 270 odst. 5 zákona činí promlčecí doba 5 let, přičemž podle § 270 odst. 6 písm. a) zákona se promlčecí doba přerušuje, a to oznámením o zahájení řízení o přestupku.
94. Podle § 31 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
95. V návaznosti na výše uvedené Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupku došlo dne 21. 11. 2019, kdy obviněný uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Správní řízení ve věci spáchání přestupku bylo zahájeno dne 8. 12. 2020. K uplynutí lhůty vymezené zákonem pro zahájení správního řízení tedy nedošlo a odpovědnost obviněného za přestupek nezanikla.
96. Podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek uloží pokuta do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) až c) zákona.
97. Cena, která byla ve smlouvě uzavřené dne 21. 11. 2019 na plnění předmětné veřejné zakázky sjednána, činí 645 962 145 USD. Tato částka po přepočtu na koruny na základě kurzu

devizového trhu vyhlášeného Českou národní bankou ke dni 21. 11. 2019 (23,010 Kč za 1 USD <https://www.cnb.cz/cs/financni-trhy/devizovy-trh/kurzy-devizoveho-trhu/kurzy-devizoveho-trhu/index.html?date=21.11.2019>) činí 14 863 588 956,50 Kč. Horní hranice pokuty tedy činí 1 486 358 895,65 Kč.

98. Podle § 37 písm. a) a c) zákona o přestupcích se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.
99. Podle § 38 zákona o přestupcích je povaha a závažnost přestupku dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku a okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti citovaného ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
100. Pokud jde o význam neurčitého právního pojmu „závažnost přestupku“, Úřad uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnost) je dán také konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit, nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny, ale také, jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
101. V rámci posouzení povahy a závažnosti přestupku ve smyslu § 37 písm. a) zákona o přestupcích Úřad konstatuje, že obviněný v důsledku nesplnění povinnosti stanovené v § 246 odst. 1 písm. b) zákona a uzavření smlouvy na veřejnou zakázku s dodavatelem dne 21. 11. 2019, tedy před rozhodnutím o námitkách podaných dne 20. 11. 2019 stěžovatelem, reálně znemožnil stěžovateli řádnou obranu proti případnému nezákonnému postupu zadavatele před uzavřením smlouvy.
102. Námitky jsou formální a kvalifikovaný způsob, jak může stěžovatel zadavatele upozornit na případnou nezákonnost, aniž by v tuto chvíli musel být do procesu zapojen orgán dozoru. Právo podat námitky náleží stěžovateli podle § 241 zákona a slouží k jeho obraně před potenciálním nezákonným postupem zadavatele. Zadavatel a stěžovatel si tedy mohou problém vyjasnit mezi sebou, samozřejmě za splnění všech formálních náležitostí a postupů. Dnem, kdy zadavatel obdrží řádně a včas podané námitky, započne proces, jehož pravidla je třeba po dobu vyřizování námitek dodržet. Jednáním, kterého se zadavatel dopustil tím, že den po podání námitek stěžovatelem uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky, tento proces zmařil a ve své podstatě stěžovateli odňal jemu zákonem přiřčenou možnost obrany. Takové jednání je třeba chápat jako zcela nepřijatelné, neboť spočívá v ignoraci práv stěžovatele, a je ho nutno posuzovat jako jedno z nejzávažnějších porušení zákona.
103. Jak již bylo uvedeno výše, porušení zákona zadavatelem bylo nutno kvalifikovat jako velmi závažné, neboť zadavatel naprosto nepřijatelným způsobem zmařil proces vyřizování námitek tím, že uzavřel smlouvu bezodkladně poté, co obdržel námitky stěžovatele. Situaci, kdy zadavatel využil při uzavření smlouvy na veřejnou zakázku výjimku podle § 191 odst. 1 písm. c) zákona, tedy z povahy věci méně transparentní (oproti běžným druhům zadávacího řízení) postup, a kontrola postupu zadavatele byla v takovém případě značně omezená, a

jedinou možnou obranu proti případnému nezákonnému postupu zadavatele přicházející v úvahu před uzavřením smlouvy zadavatel ignoroval, Úřad vyhodnotil, že závažnosti popisovaného stavu musí odpovídat i výše uložené pokuty.

104. Pokud jde o závažnost přestupku, lze dále říci, že význam chráněného zájmu, v tomto případě právo stěžovatele na podání námitek, resp. jejich řádné projednání před uzavřením smlouvy, nepochybně roste s cenou zakázky. Tedy i z tohoto pohledu je třeba postup zadavatele hodnotit jako zvláště závažný, neboť význam chráněného zájmu bude v případě zakázky o miliardové hodnotě nepochybně větší, než např. u zakázky v hodnotě řádu milionů Kč.
105. Úřad současně při stanovení výše pokuty zohlednil i to, že zadavateli ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0087/2020/VZ nebyl uložen zákaz plnění smlouvy podle § 264 odst. 1 zákona, což by zadavatele rovněž negativně zasáhlo, a o to intenzivněji tedy musí zadavatel pociťovat zásah do finanční sféry spočívající ve výši uložené pokuty.
106. Ve vztahu ke kritériu uvedenému v § 37 písm. c) zákona o přestupcích, podle kterého Úřad při určení a druhu trestu a jeho výměry přihlédne k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem, Úřad uvádí následující.
107. Přitěžující okolností je skutečnost, že obviněný je zadavatelem, který by měl být zkušený v oblasti zadávání veřejných zakázek a nelze pochybovat o tom, že má dostatečný personální i materiální základ k provádění zadávacích řízení bez závažných vad a při plném respektování všech práv dodavatele. V této souvislosti musí Úřad konstatovat, že jako přitěžující okolnost posoudil Úřad v souladu s § 40 písm. c) zákona o přestupcích i tu skutečnost, že se zadavatel dopustil spáchání přestupku chránícího stejný veřejný zájem opakovaně tím, že nedodržel pravidlo stanovené v § 246 odst. 1 písm. a) citovaného zákona, když dne 22. 12. 2017 v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Nákup munice 2017/I – Ruční útočné granáty 2“ zadávanou v užším řízení zahájeném dne 19. 6. 2017 odesláním oznámení o zakázce v oblasti obrany a bezpečnosti do Věstníku veřejných zakázek, jejíž oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 22. 6. 2017 pod ev. č. zakázky 747212, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 118-238312, před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele – Česká zbrojovka a.s., IČO 46345965, se sídlem Svat. Čecha 1283, 688 01 Uherský Brod – uzavřel smlouvu na plnění citované veřejné zakázky, neboť neodeslal oznámení o výběru dodavatele podle § 123 citovaného zákona účastníkům zadávacího řízení D-TECHNIK a.s., IČO 61974480, se sídlem č.p. 613, 756 23 Jablůnka, STV GROUP a.s., IČO 26181134, se sídlem Žitná 1656/45, Nové Město, 110 00 Praha 1, a MPI Group, s.r.o., IČO 43875017, se sídlem Holečkova 103/31, 150 00 Praha 5, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele a uzavřel dne 22. 12. 2017 s vybraným dodavatelem – Česká zbrojovka a.s., IČO 46345965, se sídlem Svat. Čecha 1283, 688 01 Uherský Brod – smlouvu na plnění veřejné zakázky a zadal tak veřejnou zakázku. O spáchání výše uvedeného přestupku Úřad rozhodl dne 21. 5. 2019 (viz rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0111/2019/VZ-13831/2019/513/JLÍ potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0101/2019/VZ-22207/2019/321/EDo ze dne 12. 8. 2019, která nabyla právní moci dne 12. 8. 2019). Že se jedná o přestupek chránící stejný veřejný zájem jako v právě přezkoumávaném případě, je dle Úřadu nepochybné, neboť v obou případech bylo zadavatelem stěžovatelům odňato právo na spravedlivou obranu v době, kdy ještě bylo možné sjednat nápravu, tedy před uzavřením smlouvy.

108. Žádné další přitěžující okolnosti Úřad v jednání obviněného neshledal a neshledal ani okolnosti polehčující.
109. Úřad se dále ve smyslu rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 123/2013-85 ze dne 9. 4. 2015 zabýval i dobou, která uplynula od spáchání přestupku do jeho potrestání, kterou je třeba podle citovaného rozsudku zohlednit při posouzení následku správního trestání. K tomu Úřad konstatuje, že od spáchání přestupku (21. 11. 2019 – uzavření smlouvy na veřejnou zakázku) uplynula pouze doba cca 14 měsíců. Na základě těchto skutečností nelze učinit závěr, že by byl relativizován vztah mezi spáchaným přestupkem a ukládanou sankcí v důsledku doby, která uplynula mezi spácháním přestupku a jeho potrestáním. Účinnost působení uložené pokuty na obviněného tedy není snížena dobou, která uplynula od spáchání přestupku do jeho potrestání.
110. Při posuzování výše uložené pokuty Úřad vycházel rovněž z premisy, že pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, jež nelze oddělit, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v obviněného materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro obviněného likvidačním. Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam.
111. Při určení výše pokuty tedy Úřad přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Naopak nepřijatelné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z přílohy č. 3 k zákonu č. 355/2019 Sb., o státním rozpočtu České republiky na rok 2020, nově zákon č. 600/2020 Sb., o státním rozpočtu České republiky na rok 2021 (příloha č. 3) vyplývá, že obviněný bude v letošním roce hospodařit s finanční částkou v řádech miliard korun českých (konkrétně celkem ve výši 75 359 896 857,- Kč)⁴ Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat za likvidační ani za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu obviněného (a v tomto smyslu nespravedlivou).
112. Úřad konstatuje, že s ohledem na mimořádně vysokou cenu veřejné zakázky, vysoký stupeň závažnosti přestupku a shledané přitěžující okolnosti uvažoval o uložení pokuty v horní polovině zákonem stanovené sazby. Úřad však musel současně dbát na to, aby nedošlo k zásadnímu ohrožení funkce obviněného vyplývající z ustanovení § 16 zákona 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, tedy zejména jeho působnosti coby ústředního orgánu státní správy v oblasti zabezpečování obrany České

⁴ Ukazatele kapitoly 307 Ministerstvo obrany uvádí v části Souhrnné ukazatele Příjmy celkem 5 453 513 144,- Kč a Výdaje celkem 75 359 896 857,- Kč).

republiky, řízení armády České republiky, dále na evropské úrovni organizování součinnosti s armádami jiných států atd. Z uvedeného důvodu Úřad stanovil pokutu ve výši do 37 % její maximální možné výše. Přestože se jedná poměrně vysokou absolutní částku pokuty ukládanou oproti jiným správním řízením, Úřad velmi akcentoval funkci preventivní, když uložil pokutu ve výši cca jen 0,729831 % z výdajů státního rozpočtu určeného pro jmenovaného zadavatele [viz výše], ale současně je dostatečně naplněna i funkce represivní. Úřad si je plně vědom toho, že uložená výše pokuty je zřejmě ve své absolutní hodnotě nejvyšší, kterou Úřad za porušení zákona kdy uložil, avšak uložení nižší pokuty v tomto případě by do budoucna mohlo mít nepříznivé následky při trestání zadavatelů za nezákonné postupy u veřejných zakázek s nižší hodnotou, neboť obdobným postupem, tedy uložením nižší výše pokuty, by nebylo možné u zadavatelů vyvolat dostatečně odstrašující dopad a tedy zajistit preventivní i represivní funkci právní odpovědnosti. Primárně musí každý zadavatel, který spáchá přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, počítat s tím, že mu bude uložena pokuta, jejíž výše se počítá z ceny zakázky (viz § 268 odst. 2 písm. a) zákona), tedy čím vyšší cena veřejné zakázky, tím vyšší může být uložená pokuta.

113. V obdobné procentuální výši byla zadavateli uložena pokuta v případě správního řízení sp. zn. S0111/2019/VZ, a to byl navíc oproti předmětnému případu zadavateli uložen zákaz plnění smlouvy byl podle § 264 odst. 1 zákona s odkladem 7 měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu (viz rozhodnutí Úřadu sp. zn. S0038/2018/VZ <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-15635.html>).
114. Úřad konstatuje, že zjistil, resp. ověřil, že v právě projednávaném případě není přestupek obviněného v souběhu s žádnými dalšími přestupky obviněného. Vzhledem k právě řečenému tedy Úřad nemusel přikročit k uplatnění institutu souhrnného trestu.
115. Podle názoru Úřadu uložená pokuta v daném případě plní obě funkce právní odpovědnosti, přičemž svou výší, která činí 550 000 000 Kč, je s ohledem na horní hranici pro uložení pokuty zjevné, že je akcentována spíše její preventivní funkce.
116. K námitkám týkajícím se výše pokuty uvedeným obviněným v odporu, že exemplární výše dané pokuty zdaleka převyšuje hranici, jejíž uhrazení by pro obviněného plnilo jak represivní, tak preventivní funkci, přičemž obviněný současně poukazuje na zákonné rozdíly mezi případy, kdy je cena veřejné zakázky známá a kdy celkovou cenu veřejné zakázky nelze zjistit, přičemž obviněnému přijde neracionální, že v případě, kdy by celkovou cenu veřejné zakázky nebylo možné zjistit, by se při uzavření příslušné smlouvy zachoval obdobným způsobem a spáchal přestupek podle ust. § 268 odst. 1 písm. a) zákona, by byl obviněný povinen automaticky zaplatit max. pokutu o 530.000.000,- Kč nižší, Úřad uvádí následující. Zákon v případě přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona stanoví v § 268 odst. 2 písm. a) zákona dvě sazby. Dvacet milionů Kč v případě, že nelze celkovou cenu zakázky zjistit, a tam, kde je cena zakázky známá, uloží se pokuta do 10 % ceny veřejné zakázky. Úřad zvolil při výměru pokuty sazbu do 10 % ceny veřejné zakázky, neboť v šetřeném případě je cena veřejné zakázky známá a tento fakt obviněný ani v průběhu vedeného řízení nijak nezpochybnil. Nemůže tedy být sporu o tom, že byla Úřadem aplikována správná právní norma. Úřad uvádí, že zákonodárce pro projednávaný případ veřejné zakázky evidentně spojuje maximální možnou výši pokuty s množstvím vynakládaných prostředků, které vyplývá ze smlouvy na veřejnou zakázku, a Úřad se tedy při úvahách o výši pokuty pohybuje v zákonem stanovených mezích. Jestliže by zákonodárce chtěl i v případě, kdy je cena známá,

nějak omezit maximální výši pokuty horní hranicí, určitě by tak učinil. S ohledem na uvedené Úřad názor zadavatele ohledně nepřiměřené výše pokuty nesdílí; takový názor nemá oporu v zákoně a nemůže být dle Úřadu ani kritériem přiměřenosti, neboť jde o situaci právem předvídanou a jasně upravenou.

117. K argumentům obviněného týkajícím se závažnosti přestupku Úřad opětovně uvádí, že jako přitěžující okolnost Úřad přihlédl ke skutečnosti, že se obviněný dopustil přestupku chránícího stejný veřejný zájem opakovaně. Zde zadavatel rozporuje, že v nyní šetřeném případě je ztráta potenciální možnosti získat veřejnou zakázku prakticky vyloučena. K uvedenému argumentu se již Úřad vyjádřil výše v části týkající se legitimace stěžovatele k podání návrhu i v části možného vlivu na výběr dodavatele a může tedy uzavřít, že argumenty zadavatele nejsou relevantní. Stejně tak není podstatné, jakým konkrétním jednáním vzniklo pochybení při postupu zadavatele ve veřejné zakázce „Nákup munice 2017/I – Ruční útočné granáty 2“, neboť při posuzování otázky, zda lze spatřovat v jednání obviněného i přitěžující okolnost v souladu s § 40 písm. c) zákona o přestupcích, není rozhodné, zda se jedná o zcela totožný skutek či nikoliv, ale podstatné je, že se jedná o přestupek chránící stejný veřejný zájem, kterým je v obou případech zcela nezpochybnitelně právo na ochranu dodavatele před případným nesprávným postupem zadavatele v době před uzavřením smlouvy.
118. Sám zadavatel uvádí, že je nutno posuzovat řízení o přestupku v souvislosti se správním řízením o návrhu na uložení zákazu plnění ze smlouvy, avšak neztotožňuje se s tím, že dal Úřad zadavateli pocítit ve výši uložené pokuty tu skutečnost, že ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0087/2020/VZ nebyl zadavateli uložen zákaz plnění smlouvy. Podle názoru obviněného, by nemělo být vnímáno jako přitěžující okolnost to, že obviněný uzavřel smlouvu za účelem splnit parametry širšího obranného či bezpečnostního programu co nejrychleji, ale právně naopak. K tomu zadavatel doplňuje, že se jednalo o smlouvu uzavíranou v rámci programu FMS, jejíž návrh byl před odesláním schválen US Kongresem (což trvá dlouhou dobu) a měl omezenou časovou platnost do 15. 12. 2019 a obviněný neměl jinou možnost než reagovat rychle a smlouvu podepsat v co nejkratším možném čase. Uvedené usuzování obviněného nepovažuje Úřad za správné. Pokud jsou naplněny podmínky, což je šetřený případ (zadavatel nedodržel pravidlo pro zadání veřejné zakázky, tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a zadavatel uzavřel smlouvu), zákon upřednostňuje uložení zákazu plnění smlouvy. Pouze ve výjimečných případech k tomuto uložení nedojde i přes to, že zákonné podmínky pro uložení byly naplněny. Mezi tyto výjimečné případy, kdy Úřad neuloží zákaz plnění smlouvy, patří podle § 264 odst. 5 zákona situace, že jde o smlouvu na veřejnou zakázku v oblasti obrany nebo bezpečnosti a zároveň by důsledky zákazu plnění smlouvy závažným způsobem ohrozily existenci širšího obranného nebo bezpečnostního programu, který má zásadní význam z hlediska bezpečnostních zájmů České republiky. Uvedené však dle Úřadu žádným způsobem nečiní spáchaný přestupek méně závažným. Naopak zadavatel nemůže očekávat, že když nedodrží postup stanovený zákonem, současně mu s ohledem na existující výjimku z uložení zákazu plnění smlouvy, nebude tento zákaz uložen, bude vzhledem k existující výjimce z uložení zákazu plnění smlouvy tato skutečnost následně posouzena jako polehčující okolnost při ukládání pokuty. Takový obviněným prezentovaný názor je třeba odmítnout jako nesmyslný, neboť existence výjimky z uložení zákazu plnění, nemůže znamenat, že zadavatel bude rovněž zproštěn odpovědnosti za spáchaní přestupku či uvedené bude vnímáno jako polehčující okolnost.

119. K argumentu obviněného týkajícímu se skutečnosti, že smlouva je uzavírána v rámci programu FMS, resp. že měl zadavatel omezený časový prostor pro uzavření smlouvy do 15. 12. 2019, Úřad uvádí, že i kdyby tomu tak bylo, s ohledem na to, že námitky navrhovatele obdržel zadavatel dne 20. 11. 2019 a lhůta pro jejich vyřízení by tedy uplynula nejpozději dnem 5. 12. 2019, měl by tak obviněný i časový prostor o námitkách stěžovatele rozhodnout ve lhůtě uvedené v ustanovení § 245 zákona, tedy ještě v termínu do 15. 12. 2019 a současně ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení námitek zadavateli.
120. Zadavatel sice ve svém odporu opakuje, že mu byla uložena extrémně vysoká pokuta, ale s tímto se Úřad nemůže ztotožnit. Uložená výše pokuty odráží porušení zákona, kterého se zadavatel dopustil, okolnosti, za kterých byl přestupek spáchán, a s ohledem na zákonem stanovenou sazbu reaguje na výši peněžitého závazku z uzavřené smlouvy. Škodlivost jednání, když zadavatel nerozhoduje o řádně podaných námitkách, je značná a zasluhuje dle názoru Úřadu exemplární potrestání. Přesto Úřad k exemplárnímu potrestání nepřistoupil, ač se tak zadavatel domnívá.
121. K tvrzení zadavatele, že tato vysoká pokuta bude pro obviněného znamenat i negativní dopad v podobě rostoucího mediálního tlaku a s tím spojeného až příliš radikálního plošného odsouzení ze strany široké veřejnosti, Úřad uvádí, že výši pokuty určil v souladu se zákonem. Pokud se chce zadavatel vystříhat nedativního mediálního dopadu, lze uvedenému předcházet dodržováním postupů stanovených zákonem. Navíc v šetřeném případě nešlo o situaci, kdy by mohlo být – na rozdíl od jiných situací, v nichž se občas ocitají zadavatelé – jakkoliv výkladově sporné, jaké jsou povinnosti a omezení zadavatele v tom smyslu, kdy zadavatel nesmí uzavřít smlouvu.
122. Obviněný, jak vyplývá z jeho vyjádření, považuje úvahy Úřadu týkající se výše uložené pokuty za absolutně nepřezkoumatelné, „jelikož Úřad použil obecná prohlášení, která nevypovídají nic o konkrétní závažnosti správního deliktu. Obviněný se domnívá, že exemplární výše dané pokuty zdaleka převyšuje hranici, jejíž uhrazení by pro obviněného plnilo jak represivní, tak preventivní funkci. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí není podle obviněného zřejmé, jak se konkrétní okolnosti případu promítly do výše pokuty, a způsob odůvodnění obviněný považuje za obecný, kterým lze odůvodnit jakoukoli výši pokuty“.
123. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2007 č. j. 8 As 17/2007-135, týkajícího se posuzování správních deliktů podle názoru obviněného vyplývá, že správní delikty představují ve srovnání s trestnými činy jinou formu protiprávního společensky nebezpečného jednání a pro jejich trestnost mají platit podobné principy a pravidla jako v případě trestných činů. Podstatou správních deliktů je tedy postih za jednání v rozporu s právem. K jeho trestnosti však nepostačuje, že jednání po formální stránce vykazuje znaky skutkové podstaty deliktu, pokud zároveň není jednáním společensky nebezpečným (škodlivým). S ohledem na již uvedené má obviněný za to, že nebylo Úřadem prokázáno, že se obviněný dopustil porušení zákona, přičemž ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a tedy tímto svým jednáním ohrozil spravedlivou a otevřenou soutěž, a svým postupem ohrozil efektivní vynakládání veřejných prostředků, čímž došlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu/přestupku.

124. Obviněný se domnívá, že správní pokuty by měly být především účinně přiměřené a odrazující a že požadovaného účelu trestu může být v tomto případě nepochybně dosaženo i mírnější pokutou, uvádí Úřad následující.
125. Hlavním účelem rozhodnutí o námitkách je seznámení stěžovatele s věcným pohledem zadavatele na stěžovatelem podané námitky. Podá-li tedy stěžovatel zadavateli námitky, zadavatel je povinen zabývat se jimi s veškerou pečlivostí. Seznámení stěžovatele s pohledem zadavatele na argumenty vznesené v námitkách totiž může mít zásadní význam pro rozhodování stěžovatele o jeho dalším postupu, tj. zda bude proti postupu zadavatele dále brojit návrhem u Úřadu, či nikoliv. V situaci, kdy zadavatel svůj postup napadený námitkami v zákonem stanovené lhůtě neodůvodní, resp. o námitkách nerozhodne, a naopak v „blokační“ době uzavře smlouvu na plnění veřejné zakázky, znemožní či ztíží stěžovateli bránit se proti postupu zadavatele. Nerozhodnutím o námitkách stěžovatele ve lhůtě stanovené zákonem a uzavřením smlouvy v době, kdy to zákon zakazuje, a naplněním podmínky možného vlivu na výběr dodavatele (viz výše), je naplněna materiální stránka přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, a tedy i jeho společenská škodlivost. K argumentu obviněného, že správní pokuty by měly být především účinně přiměřené a odrazující a že požadovaného účelu trestu může být v tomto případě nepochybně dosaženo i mírnější pokutou, Úřad uvádí, že při stanovení výše pokuty zohlednil všechny relevantní okolnosti spáchání přestupku a je toho názoru, že stanovená pokuta funkci odrazující a preventivní nyní plní; naopak mírnější výši pokuty by této funkce nebylo dosaženo, jak ostatně plyne z toho, že zadavateli za přestupek chránící stejný veřejný zájem již pokuta uložena byla a uložená pokuta evidentně na zadavatele nepůsobila odrazujícím způsobem, když se zadavatel dopustil přestupku chránícího stejný veřejný zájem opakovaně.
126. Výše uvedeným odůvodněním je dle názoru Úřadu prokázáno, že se Úřad postupem obviněného při spáchání přestupku včetně všech okolností při jeho spáchání a tedy i posouzením výše uložení pokuty zabýval podrobně a dostatečně konkrétně vzhledem k posuzovanému případu.
127. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
128. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj – pracoviště Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

K výroku III. rozhodnutí – náklady řízení

129. Podle ustanovení § 93 odst. 1 písm. i) zákona o přestupcích se ve výrokové části rozhodnutí o přestupku, kterým je obviněný uznán vinným, kromě náležitostí podle správního řádu uvede výrok o náhradě nákladů řízení.
130. Správní orgán podle § 95 odst. 1 zákona o přestupcích uloží obviněnému, který byl uznán vinným, povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou. Pokud bylo rozhodnutí o přestupku zrušeno jiným orgánem veřejné moci a tato skutečnost má za následek nesplnění podmínek pro uložení náhrady nákladů řízení, správní orgán nahrazené náklady vrátí.
131. Vzhledem k tomu, že zákon o přestupcích v současné době náklady řízení blíže neupravuje, musel správní orgán vycházet z obecného právního předpisu, kterým je správní řád.

132. Podle § 79 odst. 5 správního řádu uloží správní orgán povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti. Podle citovaného ustanovení správního řádu výši paušální částky nákladů řízení stanoví prováděcí právní předpis. Tímto předpisem je vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výtěžku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“), která v § 6 odst. 1 stanoví, že paušální částka nákladů správního řízení, které účastník vyvolal porušením své právní povinnosti, činí 1 000 Kč.
133. Jelikož v daném případě Úřad zahájil řízení o přestupku z moci úřední, neboť dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku, je zřejmé, že řízení bylo vyvoláno porušením právní povinnosti obviněného a Úřad je tedy povinen obviněnému uložit náhradu nákladů řízení ve výši stanovené vyhláškou. Z toho důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
134. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2020000514.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

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

Vypraveno dne

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