



UOHSX00IIPMT

PŘESEDNA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0144/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-49596/2023/162

Brno 15. 12. 2023

V řízení o rozkladu ze dne 17. 10. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

- **Fakultní nemocnice Královské Vinohrady**, IČO 00064173, se sídlem Šrobárova 1150/50, 100 00 Praha – Vinohrady, zastoupena na základě plné moci ze dne 22. 7. 2022 JUDr. Jindřichem Vítkem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 09459, se sídlem Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0448/2023/VZ, č. j. ÚOHS-37310/2023/500, vydanému dne 2. 10. 2023 ve správním řízení o přestupku zahájeném z moci úřední, ve věci možného spáchání přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů v souvislosti s uzavřením

- Smlouvy o poskytování logistických služeb č. 2/2019 ze dne 3. 1. 2019 s dodavatelem NemLog a.s., IČO 27642241, se sídlem Jakubská 647/2, 110 00 Praha 1, za účelem realizace veřejné zakázky s názvem „FNKV – Centrální zajištění logistických služeb“, která byla zadána jako veřejná zakázka malého rozsahu postupem mimo zadávací řízení, a
- Smlouvy o poskytování logistických služeb č. 16/2021 ze dne 14. 1. 2021 s dodavatelem NemLog a.s. za účelem realizace veřejné zakázky s názvem „FNKV – Centrální zajištění

logistických služeb“, která byla zadána jako veřejná zakázka malého rozsahu postupem mimo zadávací řízení,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0448/2023/VZ, č. j. ÚOHS-37310/2023/500 ze dne 2. 10. 2023,

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh zadávacího řízení a správního řízení

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel dne 9. 6. 2022 podnět s žádostí o prošetření postupu obviněného - Fakultní nemocnice Královské Vinohrady, IČO 00064173, se sídlem Šrobárova 1150/50, 100 00 Praha – Vinohrady, zastoupena na základě plné moci ze dne 22. 7. 2022 JUDr. Jindřichem Vítkem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 09459, se sídlem Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha (dále jen „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) v souvislosti s uzavřením Smlouvy o poskytování logistických služeb č. 2/2019 ze dne 3. 1. 2019 (dále také jako „**smlouva na roky 2019-2020**“) s dodavatelem NemLog a.s., IČO 27642241, se sídlem Jakubská 647/2, 110 00 Praha 1 (dále jen „**dodavatel NemLog**“ nebo „**poskytovatel**“), a dále v souvislosti s uzavřením Smlouvy o poskytování logistických služeb č. 16/2021 ze dne 14. 1. 2021 uzavřené s dodavatelem NemLog (dále jen „**smlouva na roky 2021-2022**“), za účelem realizace veřejných zakázek „FNKV – Centrální zajištění logistických služeb“, které byly zadány jako veřejné zakázky malého rozsahu postupem mimo zadávací řízení dle zákona.
2. Vzhledem k tomu, že Úřad považoval na základě shromážděných podkladů za prokázané, že se obviněný dopustil přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, vydal dne 29. 6. 2023 příkaz č. j. ÚOHS-24994/2023/500, sp. zn. ÚOHS-S0448/2023/VZ z téhož dne, který byl obviněnému téhož dne rovněž doručen. Tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 a § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen

„**správní řád**“), a ve spojení s § 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**“), zahájeno řízení o přestupcích z moci úřední. Vzhledem k tomu, že obviněný s uvedeným příkazem v celém jeho rozsahu nesouhlasil a považoval jej za nesprávný a nezákonný, podal proti příkazu dne 4. 7. 2023 odpor z téhož dne.

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 2. 10. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0448/2023/VZ, č. j. ÚOHS-37310/2023/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
4. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel pravidlo pro zadávání veřejných zakázek stanovené v § 2 odst. 3 zákona, když veřejnou zakázku „FNKV – Centrální zajištění logistických služeb“, na jejíž plnění uzavřel dne 3. 1. 2019 smlouvu na roky 2019-2020 s dodavatelem NemLog (dále jen „**veřejná zakázka z roku 2018**“), nezadal v některém z v úvahu přicházejících druhů zadávacích řízení podle § 55 zákona, ačkoliv k tomu byl povinen, neboť podle předpokládané hodnoty veřejné zakázky, do které měla být započítána rovněž provize hrazená jednotlivými dodavateli zdravotnického materiálu na základě dohod o úpravě práv a povinností při zřizování a správě konsignačních zásob, se jednalo o nadlimitní veřejnou zakázku ve smyslu § 25 zákona, přičemž tímto nezákonným postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele.
5. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel pravidlo pro zadávání veřejných zakázek stanovené v § 2 odst. 3 zákona, když veřejnou zakázku „FNKV – Centrální zajištění logistických služeb“, na jejíž plnění uzavřel dne 14. 1. 2021 smlouvu na roky 2021-2022 s dodavatelem NemLog (dále jen „**veřejná zakázka z roku 2020**“), nezadal v některém z v úvahu přicházejících druhů zadávacích řízení podle § 55 zákona, ačkoliv k tomu byl povinen, neboť podle předpokládané hodnoty veřejné zakázky, do které měla být započítána rovněž provize hrazená jednotlivými dodavateli zdravotnického materiálu na základě dohod o úpravě práv a povinností při zřizování a správě konsignačních zásob, se jednalo o nadlimitní veřejnou zakázku ve smyslu § 25 zákona, přičemž tímto nezákonným postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele.
6. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad obviněnému uložil pokutu ve výši 500 000 Kč se splatností dvou měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí.
7. Výrokem IV napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému povinnost uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč do dvou měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí.
8. Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že dodavatel NemLog poskytuje služby související s dodávkami spotřebního zdravotnického materiálu (dále jen „**SZM**“) přes konsignační sklad obviněnému na základě dvou právních titulů. Jednak na základě smlouvy uzavřené s obviněným, jednak na základě dohod uzavřených s jednotlivými dodavateli SZM. Dle smlouvy dodavatel NemLog poskytuje obviněnému služby spočívající v převzetí SZM od jednotlivých dodavatelů, následné konsolidaci a jeho kompletaci v centrálním (konsignačním) skladu, a poté dodání na jednotlivá pracoviště obviněného. Dle dohod pak dodavatel NemLog poskytuje jednotlivým dodavatelům SZM služby spočívající ve zřízení a správě konsignačních

zásob, zejména pak skladování zboží v konsignačním skladu, dále převzetí objednávek od obviněného a dodání zboží obviněnému, včetně dopravy zboží do místa plnění. Přestože se na první pohled může jevit, že vztah mezi zadavatelem a dodavatelem NemLog na straně jedné a vztah mezi dodavatelem NemLog a každým dodavatelem na straně druhé představují odlišné závazkové vztahy, Úřad má za to, že vznikly ve vzájemné souvislosti.

9. S ohledem na výše uvedené tak dle názoru Úřadu předpokládanou hodnotu veřejných zakázek tvoří jednak odměna hrazená obviněným dodavatelem NemLog ve formě ceny za poskytování logistických služeb, a jednak provize, kterou inkasuje dodavatel NemLog od dodavatelů SZM (jako určitá procenta z obrátu materiálu).
10. Výpočtem dále Úřad zjistil, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky z roku 2018, činí 16 477 300 Kč (tj. při výpočtu bez DPH u dodávek 13 306 866 Kč). Předpokládaná hodnota veřejné zakázky z roku 2020 činí 19 399 338 Kč (tj. při výpočtu bez DPH u dodávek 15 615 627 Kč). Obě veřejné zakázky tak představují nadlimitní veřejné zakázky na služby ve smyslu § 14 odst. 2 zákona, neboť jejich předpokládaná hodnota zvláště vypočtená přesahuje finanční limit stanovený v § 3 odst. 1 písm. a) nařízení vlády č. 172/2016 Sb., a obviněný tak byl povinen zadávat je v odpovídajícím druhu zadávacího řízení v nadlimitním režimu podle části čtvrté zákona.
11. Při určení výše pokuty Úřad přihlédl ke všem okolnostem včetně povahy, následků a intenzity přestupků a dále k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem. Současně Úřad zohlednil závažnost přestupků a v rámci zásady absorpce uložil obviněnému pokutu ve výši 500 000 Kč.

III. Rozklad obviněného

12. Dne 17. 10. 2023 obdržel Úřad rozklad obviněného z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 2. 10. 2023. Rozklad tedy byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

13. Obviněný nesouhlasí s právním posouzením případu ze strany Úřadu, protože jej považuje za právně nesprávné a nemající oporu v právních předpisech.
14. Dle vlastního přesvědčení nebyl obviněný povinen do předpokládané hodnoty veřejných zakázek započítat provizi hrazenou jednotlivými dodavateli SZM dodavatelem NemLog. Nejednalo se tak o nadlimitní veřejné zakázky, přičemž v konečném důsledku nelze uvažovat ani o možnosti ovlivnění výběru dodavatele. Úřadem předkládaný způsob stanovení předpokládané hodnoty považuje obviněný za zcela očividně nesprávný.
15. Klíčová pro stanovení předpokládané hodnoty předmětných veřejných zakázek je dle názoru obviněného hodnota plnění odpovídající předmětu veřejných zakázek. Obviněný hradil paušální měsíční odměnu ve výši 57 500 Kč bez DPH. Za rok tedy celkem 690 000 Kč bez DPH a předpokládaná hodnota proto činila částku 1 380 000 Kč bez DPH, přičemž tak nepřekročila finanční limit pro veřejné zakázky malého rozsahu. Obviněný tedy zásadně nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že bylo jeho povinností zohlednit částky, které byly ze strany dodavatelů SZM hrazeny dodavatelem NemLog na základě dohod o úpravě práv a povinností při zřízení a správě konsignačního skladu. Dle obviněného jsou jednotlivá plnění zcela odlišná, když plnění z veřejných zakázek je poskytováno dle smlouvy uzavřené mezi dodavatelem NemLog

a obviněným, zároveň je toto plnění obviněným i hrazeno. Oproti tomu plnění na základě dohod bylo poskytováno dodavatelem NemLog jednotlivým dodavatelům, přičemž smluvními stranami dohod byli pouze dodavatelé SZM a dodavatel NemLog. Za plnění poskytovaná na základě dohod byla hrazena provize, a to přímo dodavateli SZM. Jednotlivá plnění tak nelze navzájem směřovat, neboť jsou poskytována nejen na základě jiného smluvního vztahu, ale jsou zároveň hrazena odlišnými subjekty. Nadto se jedná o odměny za odlišná plnění (služby) a v odlišné výši.

16. Obviněný namítá, že hodnotu plnění poskytovaného dodavatelem NemLog dodavatelům SZM zohlednil v rámci předpokládané hodnoty veřejných zakázek na tyto dodávky. Neshledává tak důvod pro to, aby zohlednil výši nákladů na služby hrazené dodavateli SZM do předpokládané hodnoty veřejných zakázek dvakrát. Takový postup považuje za nelogický a nesprávný, a to s ohledem na skutečnost, že prostředky byly vynaloženy pouze jednou. Postup, při němž dojde ke dvojímu započtení nákladů, shledává obviněný za postup v rozporu s pravidly pro stanovení předpokládané hodnoty stanovenými zákonem a zcela se odklánějící od smyslu a účelu zákonných ustanovení.
17. Navzdory tomu, že je obviněný přesvědčen, že se nedopustil jednání, které by bylo v rozporu se zákonem, vyjádřil se rovněž k druhému z uvedených znaků skutkové podstaty předmětného přestupku. Obviněný má za to, že v daném případě neexistovala jakákoli potenciální možnost vlivu na výběr dodavatele. Je nutné přihlížet k faktu, že požadované plnění vykazuje vysokou míru specifičnosti, která je spojena zejména s charakterem relevantního trhu. K tomu obviněný uvedl, že na daném segmentu trhu fakticky neexistuje hospodářská soutěž ve vztahu k předmětu veřejných zakázek. Obviněný dále uvedl, že ačkoliv podnikl všechny možné kroky k tomu, aby otevřel možnost pro jiné dodavatele, nepodali do zadávacího řízení nabídku. K tomu obviněný vyslovil nesouhlas s dílčími závěry Úřadu o důvodech nepodání nabídek a poukázal na skutečnost, že zahájil předběžné tržní konzultace k veřejné zakázce na roky 2023-2026, na jejichž výsledek odkázal k podpoře tvrzení o neexistenci potenciálních dodavatelů předmětu veřejných zakázek.
18. Obviněný se rovněž v podaném rozkladu vymezil proti šetření provedenému Úřadem ohledně situace na trhu a existence potenciálních dodavatelů. K jednotlivým dodavatelům identifikovaným Úřadem se vyjadřoval v tom smyslu, že nejde o potenciální dodavatele. Dále obviněný poukázal na to, že jeho postup při zajištění služeb konsignačního skladu a logistických služeb není nijak ojedinělý, když podobně postupují i jiní zadavatelé.
19. Obviněný dále namítal, že pokuta ve výši stanovené Úřadem, je nespravedlivá a nepřiměřeně vysoká a současně není ani dostatečně odůvodněná, přičemž k tomu dále konkretizoval své námitky ve vztahu k nezohlednění okolností případu, nevypořádání se s okolnostmi, ke kterým měl Úřad přihlídnout, neposouzení intenzity narušení právem chráněných zájmů, nenaplnění hranice společenské škodlivosti a neposouzení následků uložené pokuty na hospodaření obviněného. V poslední řadě pak obviněný namítal, že ponecháním pokuty ve stejné výši, v jaké byla uložena v příkaze, byla porušena zásada zákazu *reformationis in peius*.

Závěr rozkladu

20. Obviněný navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil napadené rozhodnutí a věc vrátil Úřadu k novému řízení, eventuálně, aby přistoupil ke snížení uložené pokuty.

IV. Řízení o rozkladu

21. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

22. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, byl podle § 98 odst. 1 zákona o přestupcích č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „**zákon o přestupcích**“) přezkoumán soulad výroků napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále byla přezkoumána rovněž správnost napadeného rozhodnutí.
23. Rozkladová komise navrhla potvrdit výrok o vině a výrok o nákladech řízení. Pokud jde o výrok o správním trestu, navrhla, aby předseda Úřadu zvážil snížení pokuty po posouzení případů, které obviněný pro srovnání výše pokut namítá v rozkladu, tedy po detailním posouzení toho, zda je ukládaná pokuta v souladu s legitimním očekáváním. S přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.
24. Úřad rozhodl výroky napadeného rozhodnutí správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které byl rozklad zamítnut a napadené rozhodnutí potvrzeno. Ke snížení uložené pokuty není důvod, a to ani v komparaci s případy namítanými v rozkladu, kde dle názoru obviněného byla uložena v obdobných případech pokuta nižší. Podrobněji k tomu níže.

V. K námitkám rozkladu

K námitce nesprávného určení předpokládané hodnoty veřejných zakázek

25. Obviněný v podaném rozkladu předně namítal, že napadené rozhodnutí Úřadu je nesprávné a nezákonné, neboť Úřad nesprávně přistoupil k výpočtu předpokládané hodnoty veřejných zakázek. Obviněný má za to, že do předpokládané hodnoty nemohly být započteny provize, které jednotliví dodavatelé SZM hradili dodavateli NemLog, neboť se nejednalo o plnění těchto veřejných zakázek, nýbrž zakázek jiných. Jde tedy o smluvní vztah třetích osob a plnění již bylo zohledněno v předpokládané hodnotě jiných zakázek, je tedy nesprávně započítáváno dvakrát.
26. Úřad se v napadeném rozhodnutí v bodu 144 obecně vyjádřil k povinnosti zadavatele stanovit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky tak, aby mohl správně určit její režim a zvolit odpovídající druh zadávacího řízení.
27. Podle § 16 odst. 1 a 2 zákona je zadavatel povinen určit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a do této hodnoty zahrnout všechna plnění, která mohou vyplývat ze smlouvy na veřejnou zakázku.
28. Tato povinnost je zákonem stanovena bez ohledu na to, zda úplatu za plnění poskytuje zadavatel sám nebo jej dodavateli poskytují třetí osoby a rovněž bez ohledu na jejich povahu, tedy zda jde o plnění peněžní či nepeněžní. Takové závěry vyplývají i z rozhodovací praxe Úřadu. K tomu lze konkrétně odkázat např. na rozhodnutí:

- a) ÚOHS-S175/2008/VZ ze dne 30. 10. 2008, podle jehož závěrů „V případě dalšího pojmového znaku veřejné zakázky – úplatnosti – se jedná o úplatu zpravidla hrazenou zadavatelem, avšak nelze vyloučit ani ‚nepřímou‘ úhradu z jiných zdrojů, jako je tomu v šetřeném případě. (...) Postup zadavatele v šetřeném případě ovšem nemůže mít za následek to, že by se zadavatel při objednávání zabezpečení poukázek pro osoby v hmotné nouzi mohl vyhnout postupu podle zákona jen proto, že budou uzavřeny dvě samostatné smlouvy, jedna mezi zadavatelem a uchazečem a jedna mezi uchazečem a třetí osobou, prodejcem. Je tedy zřejmé, že i v šetřeném případě jde o plnění služeb požadovaných zadavatelem, přičemž poskytování těchto služeb se děje za úplatu, a proto je nutno považovat tyto služby za veřejnou zakázku, přestože část úplaty hradí jiné třetí osoby.“
- b) ÚOHS-S236/2008/VZ ze dne 26. 12. 2008, podle něhož „V případě dalšího pojmového znaku veřejné zakázky – úplatnosti – se jedná o úplatu zpravidla hrazenou zadavatelem, avšak nelze vyloučit ani ‚nepřímou‘ úhradu zadavatele, a to např. v případech nepeněžitého protiplnění či v případech jiných konstrukcí úplaty, kdy zadavatel rozhodne o způsobu úhrady jinými osobami, jako je tomu u procentuální části odměny v šetřeném případě. (...) Je tedy zřejmé, že i v šetřeném případě jde o plnění služeb požadovaných zadavatelem za úplatu, které je nutno považovat za veřejnou zakázku, přestože je úplata rozdělena do dvou částí, a na základě rozhodnutí zadavatele hradí pouze část odměny sám a zbylou část odměny hradí jiný subjekt.“
29. Dále lze odkázat na závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 6. 2011, č. j. 9 Afs 3/2011, z něhož vyplývá, že „[d]o předpokládané hodnoty veřejné zakázky podle ustanovení § 13 zákona o veřejných zakázkách je proto nutno zahrnout nejen finanční úhrady poskytované dodavateli přímo zadavatelem, ale i finanční plnění poskytovaná jinými subjekty, je-li takové plnění v přímé souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou a tento subjekt je z určitého důvodu povinen dodavateli fakticky plnit, jak je uvedeno výše (např. v rámci instanční závaznosti či na základě právního předpisu).“
30. Úřad v napadeném rozhodnutí v bodu 159 dále odkázal na závěry rozsudku Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) ze dne 18. 1. 2017 č. C-220/05 ve věci Jean Auroux a spol. proti Commune de Roanne, ve kterém SDEU akcentoval při konstrukci předpokládané ceny veřejné zakázky pohled uchazečů o veřejnou zakázku, kteří jsou v procesu formování zájmu o účast v soutěži o ni motivováni celkovou výší finančních prostředků, které mohou získat, a to bez ohledu na jejich zdroj (tj. na skutečnost, zda tyto prostředky budou pocházet ze zdrojů veřejných či soukromých, případně v jakém poměru). V tomto pojetí se odráží základní zásady zadávacího řízení, jejichž podstatou je požadavek na zajištění transparentní, nediskriminační a právními předpisy regulované hospodářské soutěže mezi potenciálními dodavateli i o taková peněžitá plnění, která sice pocházejí částečně i ze „soukromých“ zdrojů, nicméně k vytvoření těchto peněžních toků přispěl svou činností a svými (veřejnými) finančními prostředky i sám veřejný zadavatel.
31. Lze tak dospět k závěru, že do předpokládané hodnoty veřejné zakázky je nutné rovněž započít veškerou úplatu, kterou mohou v souvislosti s uzavřenou smlouvou na veřejnou zakázku dodavatelé získat, bez ohledu na to, z jakého zdroje plynou. Rozhodující je, že taková úplata je po materiální stránce odměnou za plnění (ve zdejším případě služby), které zadavatel získá.

32. V nyní řešeném případě Úřad z provedeného dokazování mimo jiné zjistil, že se obviněný na základě uzavřených smluv zavázal dodavateli NemLog hradit měsíční paušální odměnu 57 500 Kč bez DPH (viz čl. 5.1. smlouvy na roky 2019-2020 a čl. 5.1. smlouvy na roky 2021-2022). Dále z obou uzavřených smluv vyplývá, že *„Objednatel se zavazuje hradit za poskytované služby řádnou odměnu, a to prostřednictvím jednotlivých dodavatelů, se kterými má Objednatel uzavřené smlouvy na dodávky Spotřebního materiálu a ve výši dle této smlouvy.“* (viz čl. 2.4. smlouvy na roky 2019-2020 a čl. 2.4. smlouvy na roky 2021-2022). Dodavatel NemLog byl na základě obou uzavřených smluv oprávněn *„uzavřít samostatné smlouvy s jednotlivými Dodavateli dle článku 2.1 a 2.2, přičemž v uvedených smlouvách má právo upravit právní vztahy mezi Dodavateli a Poskytovatelem.“* (viz čl. 3.3. smlouvy na roky 2019-2020 a čl. 3.3. smlouvy na roky 2021-2022). Dodavatel NemLog uzavíral s dodavateli SZM Dohody o úpravě práv a povinností při zřizování a správě konsignačních zásob, z nichž vyplývá, že dodavateli NemLog vznikl nárok na odměnu, která se u jednotlivých dodavatelů pohybovala od 8 % do 10 % z měsíčního obrátu zboží na základě vystavených faktur (viz skutková zjištění Úřadu uvedená v bodech 72 až 135 napadeného rozhodnutí).
33. Obviněný skutková zjištění provedená Úřadem v podaném rozkladu ani v průběhu správního řízení u Úřadu nerozporoval. Jeho námitky tak směřovaly pouze do závěrů, ke kterým Úřad na základě těchto zjištění dospěl. V řízení o rozkladu lze proto vyjít z toho, že skutková zjištění nejsou sporná.
34. Na základě provedeného dokazování Úřad dospěl k závěru, který je uveden zejména v bodech 153, 156 a 204 napadeného rozhodnutí, podle něhož *„[s]mluvní konstrukce odměny za poskytování logistických služeb pro dodavatele NemLog tak sestává ze dvou částí, a to z měsíční paušální odměny ve výši 57 500 Kč bez DPH přímo od obviněného a z úplaty dodavatelů, se kterými má obviněný uzavřeny smlouvy na dodávky spotřebního zdravotnického materiálu a kteří současně uzavřeli dohodu s dodavatelem NemLog (uvedenou konstrukci odměny obviněný Úřadu potvrdil ve svém vyjádření ze dne 30. 8. 2022).“* (bod 153 napadeného rozhodnutí) a dále *„[t]ento centrální systém logistických služeb funguje na základě dvou výše uvedených právních titulů, a to na základě smlouvy uzavřené mezi obviněným a dodavatelem NemLog a dohodami uzavřenými mezi dodavatelem NemLog a jednotlivými dodavateli spotřebního zdravotnického materiálu. Jinými slovy, **služby poskytované na základě smlouvy a jednotlivých dohod umožňují toliko společně realizaci požadavku obviněného na centralizované dodávání spotřebního zdravotnického materiálu.**“* (bod 156 napadeného rozhodnutí, zvýraznění doplněno).
35. Z provedeného dokazování vyplývá, že dodavateli NemLog plynuly z uzavřených smluv na veřejné zakázky příjmy jednak od samotného obviněného v rámci paušální odměny a současně získával odměny od jednotlivých dodavatelů. Zadavatel v obou uzavřených smlouvách deklaroval, že se zavazuje za poskytované služby hradit řádnou odměnu, a to prostřednictvím jednotlivých dodavatelů, se kterými má uzavřené smlouvy na dodávky SZM, přičemž však v tomto případě se nejedná o sjednanou paušální odměnu dle čl. 5.1. uzavřených smluv. Jde tedy nepochybně o dvojí finanční plnění, které dodavateli NemLog plyne v souvislosti s oběma uzavřenými smlouvami, přičemž závěry Úřadu učiněné v tomto ohledu v napadeném rozhodnutí lze považovat za správné.

36. Pro správnost takového závěru svědčí i samotná vyjádření obviněného, která učinil v průběhu správního řízení před Úřadem (viz vyjádření obviněného ze dne 8. 9. 2023 bod 16¹ a vyjádření obviněného ze dne 22. 7. 2023 str. 7 odstavec 2²) a dále v podaném rozkladu³. Ve správním řízení tedy bylo nade vší pochybnost prokázáno, že zadavatel odměnu, kterou měli hradit jednotliví dodavatelé SZM dodavateli NemLog, hradil obviněný v rámci platby za dodávky jednotlivým dodavatelům, kteří je pak následně platili dodavateli NemLog. Ačkoliv tedy fyzicky probíhaly platby odměn směrem od dodavatelů k dodavateli NemLog, jednalo se fakticky o finanční prostředky, které nejprve jednotlivým dodavatelům uhradil sám obviněný z veřejných prostředků. Nicméně pro závěry učiněné Úřadem a posouzení jejich správnosti není rozhodující, zda jde o finanční prostředky, které pocházejí ze soukromých zdrojů nebo ze zdrojů veřejných (jak vyplývá i z rozsudku SDEU ze dne 18. 1. 2017 č. C-220/05), nýbrž to, že výše uvedený systém toku peněžních plnění končil u dodavatele NemLog, obviněný jej svým vlastním postupem vytvořil a udržoval a šlo o odměnu tohoto dodavatele za služby poptávané obviněným.
37. Z provedeného dokazování rovněž vyplynulo, že objednávka SZM od jednotlivých dodavatelů vždy rovněž představuje objednávku služeb poskytovaných dodavatelem NemLog, tedy dodání do konsignačního skladu (viz závěry Úřadu uvedené v bodech 155 až 158 napadeného rozhodnutí). Taková objednávka pak následně zakládá nárok na inkasování odměny od jednotlivých dodavatelů dodavatelem NemLog. Obviněný v průběhu řízení před Úřadem podklad pro takový závěr potvrdil ve svém vyjádření ze dne 8. 9. 2023 v jeho bodu 24, kde uvedl, že svůj požadavek, aby dodavatelé SZM k zajištění dodávek využili určeného distributora, považuje za zcela legitimní. Je tak nepochybné, že jednotliví dodavatelé SZM neměli možnost volby v tom, zda dodávky uskuteční prostřednictvím konsignačního skladu dodavatele NemLog či jiným způsobem, neboť požadavek obviněného jim takovou volbu neumožňoval. Dílčí závěr Úřadu uvedený zejména v bodu 158 napadeného rozhodnutí, a tedy, že dodavatel NemLog může spolehlivě kalkulovat s příjmem z odměn hrazených jednotlivými dodavateli, je závěrem správným. Z podkladů rozhodnutí totiž vyplývá, že pro dodávky SZM nemohou dodavatelé zvolit jiný způsob než prostřednictvím konsignačního skladu, čímž jsou tak dodavateli NemLog zajištěny pravidelné a zaručené příjmy peněžních prostředků, a to na základě smluv na roky 2019-2020 a na roky 2021-2022 uzavřených na plnění obou veřejných zakázek. V takto nastíněném systému pak nelze dospět k jinému závěru, než který učinil i Úřad v napadeném rozhodnutí, a tedy, že takové plnění je nutné zahrnout do předpokládané hodnoty daných veřejných zakázek. Závěr Úřadu je tedy zcela správný a odpovídá skutkovému stavu zjištěnému v průběhu správního řízení. Pro jeho správnost rovněž svědčí skutečnost, že

¹ Obviněný ve vyjádření ze dne 8. 9. 2023 v bodu 16 výslovně uvedl: „*Součástí ceny zboží nabízeného dodavateli spotřebního zdravotnického materiálu jsou pak náklady spojené s dodáním a případným uskladněním zboží. Náklady hrazené dodavateli spotřebního zdravotnického materiálu společnosti NemLog jsou pak fakticky promítnuty do ceny zboží nabízeného dodavateli, a tedy i nabídek jednotlivých dodavatelů.*“

² Obviněný ve vyjádření ze dne 22. 7. 2023 na str. 7 v odstavci 2 výslovně uvedl: „*Náklady spojené s uskladněním zboží jsou přitom standardně náklady, které jsou součástí ceny zboží nabízeného dodavateli. Tedy i náklady, které dodavatelé případně budou hradit společnosti NemLog dle uzavřené Dohody lze považovat za součást ceny zboží nabízeného dodavateli a dodavatelé tyto náklady při stanovení nabídkové ceny jistě zohlední.*“

³ Obviněný v podaném rozkladu ze dne 17. 10. 2023 v bodu 36 výslovně uvedl: „*Zadavatel proto zohlednil výše uvedenou předpokládanou výši úplaty hrazenou dodavateli spotřebního zdravotnického materiálu společnosti NemLog při stanovení předpokládané hodnoty veřejných zakázek na dodávky zdravotnického materiálu. Příjemcem úplaty za shora uvedené plnění je pak společnost NemLog, přičemž úplata je hrazena dodavateli spotřebního zdravotnického materiálu.*“

přílohy obou uzavřených smluv na veřejné zakázky tvoří i „Provozní řád zásobování FNKV prostřednictvím konsignačního skladu“. Z tohoto dokumentu vyplývá (konkrétně v části označené jako „Objednávka“), že objednávky SZM zadavatel uskutečňuje prostřednictvím transakčního serveru, odkud si je logista (myšleno dodavatel NemLog) přebírá do svého systému a zajišťuje jejich odeslání. V případě nulové hodnoty některé skladové položky rovněž dodavatel NemLog zajišťuje její naskladnění od dodavatelů SZM (viz část označená jako „Dodání materiálu“).

38. Obviněný v podaném rozkladu namítal, že pokud náklady představující odměny pro dodavatele NemLog započtl již do předpokládaných hodnot jednotlivých veřejných zakázek na dodávky SZM, pak se jedná o dvojí započtení téhož plnění, což je dle jeho přesvědčení nelogické a rozporné s předepsaným postupem pro určení předpokládané hodnoty dle § 16 odst. 2 zákona.
39. Se vznesenou námitkou obviněného se ovšem nelze ztotožnit. Předně zákon v § 16 nestanovuje, že by předpokládaná hodnota veřejné zakázky měla být jakkoliv snižována či upravována v závislosti na tom, zda nějaké konkrétní plnění již bylo dříve započteno na jinou veřejnou zakázku. Lze tak dospět k závěru, že takovému fakticky „dvojímu započtení“ jednoho plnění do předpokládané hodnoty více veřejných zakázek zákon nijak nebrání. Naopak lze říci, že pokud zákon stanovuje povinnost zahrnout do předpokládané hodnoty všechna plnění, která vyplývají ze smlouvy na konkrétní veřejnou zakázku, bylo by nelogické a v rozporu se zákonem, pokud by plnění, které prokazatelně plyne ze smlouvy na veřejnou zakázku bylo z předpokládané hodnoty odečteno jen proto, že již bylo zahrnuto do předpokládané hodnoty jiné veřejné zakázky. Koncepce předpokládané hodnoty veřejné zakázky není vázána na jedno specifické konkrétní plnění, které by mohlo vyplynout ze smlouvy, ale na všechna plnění, ať už peněžní či nepeněžní, která plynou dodavateli jako beneficiantovi právě z jeho postavení dodavatele v dané veřejné zakázce. Je tomu tak proto, že tato hodnota vyjadřuje především to, o co vlastně soutěží dodavatelé, nikoliv to, co jim poskytne přímo zadavatel z veřejných rozpočtů (byť tomu tak ve většině případů je). Tudíž, pokud ve veřejné zakázce dojde k tomu, že její úplata je založena na částečné odměně ze strany zadavatele a částečně je navázána smluvním konstruktem na úplatu ze strany třetí osoby, ale je zřejmé, že zadavatel svou činností přispěl ke vzniku takového peněžního toku, pak je v souladu se zákonem, že se obě částky do předpokládané hodnoty takové veřejné zakázky promítnou, protože to je hodnota, o níž se má soutěžit. Takovému výkladu svědčí i závěry vyplývající z rozhodovací praxe Úřadu i správních soudů, které byly citovány výše v tomto rozhodnutí. Pokud pak část této úplaty platí zadavatel skrytě v rámci jiné zakázky (a záměrně je hovořeno o části, neboť není zřejmé, zda a v jaké výši dodavatelé tuto částku přenesli do nabídek v rámci zakázek SZM), pak v této veřejné zakázce (zakázkách na dodání SZM) dodavatelé soutěží o možnost dodávat plnění, jež má svou vlastní předpokládanou hodnotu, přičemž jejich náklady se mohou do jimi nabídnuté ceny promítnout různě. Stále však soutěží o zakázku v hodnotě, která odráží jejich potenciální zisk a náklady s tím spojené v dané veřejné zakázce. Pokud tedy zadavatel zvolil tento smluvní konstrukt, nemůže se účelně dovolávat zohlednění toho, že úhrada z jeho strany se projeví v rámci předpokládaných hodnot obou veřejných zakázek. Námitku obviněného, kterou namítá nelogičnost a nedostatek opory v zákoně, je proto třeba odmítnout jako nedůvodnou.
40. Současně tedy z důvodů výše uvedených není důvodná ani námitka obviněného, kterou namítal odlišnost a nedostatek souvislosti mezi uzavřenými smlouvami na veřejné zakázky

a dohodami uzavřenými s jednotlivými dodavateli z důvodu, že jde o odlišná plnění poskytovaná na základě odlišných smluv. I přesto, že jde o samostatné smlouvy a dohody uzavřené mezi odlišnými subjekty, což Úřad v napadeném rozhodnutí nepopíral, plnění, která jsou poskytována dodavateli SZM, mají jednoznačně souvislost s uzavřenými smlouvami na veřejné zakázky, neboť fakticky nejde o nic jiného než o úplatu za služby konsignačního skladu, které zadavatel poptával.

41. Pokud tedy Úřad propočtem části odměn, jejichž výši se mu podařilo v průběhu správního řízení zjistit, dospěl k závěru, že součet paušální částky placené zadavatelem a součet odměn placených jednotlivými dodavateli SZM překračuje limit pro veřejnou zakázku malého rozsahu, pak jeho závěr o tom, že obviněný nedodržel postup stanovený v § 2 odst. 3 zákona, je závěrem správným.
42. Obviněný se v podaném rozkladu dále vymezoval proti tomu, co uvedl Úřad v bodu 191 napadeného rozhodnutí s tím, že v daném případě nelze na řešenou problematiku nahlížet jako na veřejnou zakázku rozdělenou na části.
43. K námitce obviněného je třeba uvést, že takový závěr Úřad v napadeném rozhodnutí neučinil, resp. neposuzoval danou věc jako veřejnou zakázku rozdělenou na části. Podstatou toho, co uvedl Úřad v napadeném rozhodnutí, bylo přiblížit problematiku stanovení předpokládané hodnoty, přičemž tak učinil na příkladu právě veřejných zakázek rozdělených na části, u nichž musí být jejich hodnoty sečteny a tento součet tvoří předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Jinými slovy Úřad chtěl vyjádřit, že i přesto, že jsou takové veřejné zakázky samostatně zadávány, do předpokládané hodnoty se sčítají, v čemž spatřoval analogii s daným případem. Ačkoliv tedy obviněný tuto dílčí úvahu Úřadu shledává nepřipadnou, je její uvedení v napadeném rozhodnutí pouze podpůrné a vysvětlující, a nikoliv nosné pro posouzení zákonnosti postupu obviněného. Nadto se nejvíce může vysvětlit při použití analogie nepřipadné. Ani zde tak námitka obviněného není důvodná.
44. Obviněný v této souvislosti dále namítal, že napadené rozhodnutí vykazuje vnitřní nekonzistentnost, a to v jeho bodu 190. Dle obviněného není naplněn požadavek na funkční a časovou souvislost plnění.
45. Po posouzení obsahu napadeného rozhodnutí v jeho bodu 190 ovšem nelze dospět k závěru, který namítá obviněný. Z celého obsahu napadeného rozhodnutí vyplývá, že je to zadavatel, kdo má zájem na tom, aby mu dodávky SZM byly poskytovány skrze konsignační sklad. Zadavatel tedy poptává služby dodavatele NemLog jako celek, a nikoliv jen jejich část. To ostatně vyplývá i z „Provozního řádu zásobování FNKV prostřednictvím konsignačního skladu“ a jeho znění (blíže viz bod 37 tohoto rozhodnutí). Pouze povinnost poskytnout za tyto služby úplatu je rozdělena mezi zadavatele a jednotlivé dodavatele SZM. Jak dále vyplývá ze závěrů rozsudku SDEU ze dne 18. 1. 2017 č. C-220/05 je nutno při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky zohlednit pohled uchazečů o veřejnou zakázku, kteří jsou v procesu formování zájmu o účast v soutěži motivováni celkovou výší finančních prostředků, které mohou získat, a to bez ohledu na jejich zdroj (tj. na skutečnost, zda tyto prostředky budou pocházet ze zdrojů veřejných či soukromých, případně v jakém poměru). Je proto nutné do předpokládané hodnoty započíst i plnění poskytované dodavateli NemLog jednotlivými dodavateli SZM, k čemuž správně dospěl Úřad v napadeném rozhodnutí. To, že Úřad uvedl, že v obecné rovině nepopírá argument obviněného, že jde o různé smlouvy a dohody uzavřené

mezi různými subjekty, by sice izolovaně od argumentace a závěrů napadeného rozhodnutí mohlo působit nekonzistentně. Nicméně při výše popsaném pohledu na podstatu vztahu mezi zadavatelem, dodavatelem NemLog a jednotlivými dodavateli SZM, nelze shledat, že by si Úřad nějak protiřečil. Skutečně došlo k uzavření různých smluv a zakotvení jednotlivých povinností k platbě v různých smlouvách. To ovšem nemění nic na zjištění, že jsou služby dodavatele NemLog poskytovány na základě požadavku zadavatele a tento za ně rovněž platí.

46. Ačkoliv obviněný v podaném rozkladu nenamítal nesprávnost výpočtu předpokládané hodnoty co do její výše, bylo třeba posoudit postup Úřadu z hlediska jeho zákonnosti. Úřad při výpočtu předpokládané hodnoty vycházel z dohod uzavřených mezi dodavatelem NemLog a dodavateli SZM a z přehledů objednaného materiálu poskytnutých obviněným. Vypočtenou hodnotu pak připočetl k hodnotě vyplývající z uzavřených smluv na veřejné zakázky. Z těchto dále vypočetl, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky z roku 2018 činila částku 13 306 866 Kč bez DPH (viz body 162 až 167 napadeného rozhodnutí) a předpokládaná hodnota veřejné zakázky z roku 2020 činila částku 15 615 276 Kč bez DPH (viz body 205 až 211 napadeného rozhodnutí). Závěry Úřadu jsou tedy správné a odpovídají podkladům rozhodnutí, které se Úřadu podařilo ve správním řízení opatřit.
47. Pokud tedy Úřad následně v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že obě veřejné zakázky překročily limit pro zakázky malého rozsahu a že tak obviněný byl povinen tyto zadat v některém z druhů zadávacího řízení dle § 55 zákona, pak jde o závěr správný a zákonný. Vzhledem k tomu, že ve správním řízení bylo prokázáno, že obviněný obě veřejné zakázky zadal jako zakázky malého rozsahu, pak svým postupem porušil zákon.

K námitce absence vlivu na výběr dodavatele

48. Obviněný v podaném rozkladu namítal, že jeho postup, i pokud by byl shledán v rozporu se zákonem, nenaplnuje skutkovou podstatu přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, neboť chybí potencialita vlivu na výběr dodavatele. Dle obviněného tato absence vyplývá ze situace na trhu, neboť z jeho pohledu objektivně neexistuje hospodářská soutěž o plnění, která jsou předmětem daných veřejných zakázek. O tom má svědčit jednak výsledek tržních konzultací, které zahájil s potenciálními dodavateli, a jednak skutečnost, že ačkoliv zveřejnil výběrová řízení a později zahájil i zadávací řízení v nadlimitním režimu, vždy se mu přihlásil pouze jediný uchazeč, a to dodavatel NemLog. Závěry Úřadu uvedené v napadeném rozhodnutí jsou z pohledu obviněného spekulativní a vycházejí z nereálných faktů.
49. Úřad v napadeném rozhodnutí obviněnému předložil nejprve výklad ohledně naplnění skutkové podstaty přestupku, a to konkrétně ve vztahu k potencialitě vlivu na výběr dodavatele. V této části v bodech 168 až 174 Úřad správně uvedl, že k naplnění skutkové podstaty stačí pouze možnost vlivu na výběr dodavatele a Úřad není povinen provádět dokazování skutečné existence dalších potenciálních dodavatelů, které by mohl postup zadavatele ovlivnit. K individuálním okolnostem daného případu Úřad dále uvedl, že jak veřejná zakázka z roku 2018, tak veřejná zakázka z roku 2020 byly zadávány jako veřejné zakázky malého rozsahu, které byly uveřejněny pouze na profilu zadavatele, a za účelem jejich zadání tedy neproběhla řádná soutěž ve smyslu zákona. Vzhledem k tomu nelze přisvědčit tvrzení obviněného, že skutečnost, že vždy obdržel pouze jednu nabídku, sama o sobě prokazuje, že v době jejich zadání neexistoval jiný potenciální dodavatel. Takovou skutečnost dle závěrů Úřadu nepotvrzuje ani výsledek předběžných tržních konzultací, v rámci nichž

zadavatel oslovil omezený počet dodavatelů, neboť ani tím není prokázána neexistence jiných potenciálních dodavatelů. Dle závěrů Úřadu nelze tedy vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a předmětné veřejné zakázky zadával v některém z druhů zadávacího řízení, mohl by obdržet i jiné nabídky než od dodavatele NemLog.

50. Argumentace, kterou předkládal obviněný v průběhu správního řízení a v rámci vyjádření, byla Úřadem v napadeném rozhodnutí přesvědčivě vyvrácena. Při pohledu optikou potenciality vlivu na výběr dodavatele tedy nelze mít za prokázané, že na trhu skutečně nemohou existovat další dodavatelé, kteří by byli schopni předmět daných veřejných zakázek splnit.
51. Je vhodné upozornit na skutečnost, že nezájem o veřejnou zakázku, který deklaruje obviněný a který dle jeho názoru svědčí o tom, že žádný jiný potenciální dodavatel neexistuje, může být výsledkem nejen nezadání veřejné zakázky v zadávacím řízení, ale rovněž toho, že svým postupem obviněný mohl vzbudit v potenciálních dodavatelích představu, že z realizace veřejné zakázky obdrží plnění toliko ve výši 1 380 000 Kč. Nelze však vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval správně a veřejné zakázky zadal v zadávacím řízení se správným výpočtem předpokládaných hodnot (13 306 866 Kč bez DPH a 15 615 276 Kč bez DPH) pak by výše případného zisku mohla oslovit více potenciálních dodavatelů.
52. Závěr Úřadu o potencialitě vlivu postupu obviněného na výběr dodavatele je tedy závěrem správným, a to již v rozsahu odůvodnění, které Úřad obviněnému předestřel v bodech 168 až 173.
53. Úřad nepochybil, když se v napadeném rozhodnutí nad rámec již učiněného závěru podrobně zabýval i argumentací obviněného vztahující se k existenci hospodářské soutěže na dané veřejné zakázce (v bodech 175 až 183 napadeného rozhodnutí.) Úřad se v této části podrobněji vyjadřoval k hodnocení postupu zadavatele a jeho potencialitě k vlivu na výběr dodavatele. Dále obviněnému předložil výsledek svého šetření ohledně existence dalších potenciálních dodavatelů. Není účelné blíže opakovat úvahy a závěry Úřadu, které v napadeném rozhodnutí učinil, neboť je možno se s nimi plně ztotožnit. I tyto závěry Úřadu svědčí ve prospěch závěru, který již Úřad učinil v bodu 174 napadeného rozhodnutí, a tedy, že byl naplněn i znak skutkové podstaty přestupku spočívající v možnosti vlivu na výběr dodavatele.
54. Obviněný se v podaném rozkladu vymezoval proti závěrům Úřadu ve vztahu k potenciálním dodavatelům, a to jak těm, kteří byli osloveni v rámci tržních konzultací, tak i těm, které v rámci svého šetření identifikoval Úřad. Dle obviněného se Úřadu nepodařilo prokázat, že by v době zadání předmětných veřejných zakázek byli schopni poskytnout plnění v souladu s požadavky obviněného.
55. K argumentaci obviněného lze plně odkázat na závěry, které učinil Úřad v napadeném rozhodnutí v bodech 168 až 174 napadeného rozhodnutí. Nicméně je vhodné k tomu dále uvést, že ačkoliv na jedné straně obviněný tvrdí, že se nejedná o potenciální zadavatele, neboť se nepodařilo prokázat, že by byli schopni plnění požadované obviněným dodat, na straně druhé nepředkládá žádné důkazy k prokázání toho, že se o potenciální dodavatele skutečně nejedná. Možnost existence dodavatele totiž není dána jen tím, zda k určitému okamžiku takové plnění skutečně dodával, ale zda by byl schopen a ochoten si vytvořit takové podmínky, aby předmět plnění dodávat mohl. S ohledem na podmínky, které se pojí s předmětem veřejných zakázek a které by musel potenciální dodavatel naplnit, lze dovodit, že k tomu

postačuje mít odpovídající skladovací prostor, vozidla pro logistiku, počítačové a programové zabezpečení a být držitelem příslušného živnostenského oprávnění, které však současně nemusí být zvláštním oprávněním pro distribuci léčiv či zdravotnického materiálu. Skutečnost, že potenciální dodavatel nemusí být držitelem zvláštního oprávnění, vyplývá zejména ze zadávací dokumentace na veřejnou zakázku „FNKV – centrální zajištění logistických služeb 2023 - 2026“ a jejího bodu 6.2. týkající se podmínek profesní způsobilosti dle § 77 odst. 1 a odst. 2 písm. a) zákona, kde obviněný výslovně uvedl, že nepožaduje povolení k distribuci léčivých přípravků a certifikátu osvědčujícího splnění podmínek správné distribuční praxe. Za situace, kdy potenciální dodavatelé nemusí být držiteli zvláštního oprávnění, ačkoliv musí naplnit podmínky stanovené zvláštními předpisy pro správnou distribuční praxi, lze dovodit, že faktický okruh potenciálních dodavatelů může být ještě širší než ten, který oslovil obviněný v rámci předběžných konzultací, a ten, který identifikoval Úřad v napadeném rozhodnutí. I tato skutečnost tak dokresluje správnost závěru o tom, že postup zadavatele byl způsobilý ovlivnit výběr dodavatele. Námitku obviněného je tedy nutné odmítnout jako nedůvodnou, neboť účelově omezuje okruh potenciálních dodavatelů, ačkoliv skutečnosti vyplývající z obsahu správního spisu vypovídají o tom, že takový okruh může být ve skutečnosti ještě širší než bylo ve správním řízení uvažováno.

56. Současně za důvodnou nelze považovat ani námitku obviněného spočívající v tom, že obdobným způsobem zadávají zakázky na provoz konsignačního skladu a logistické služby i jiní zadavatelé. Tato skutečnost nevypovídá o okruhu potenciálních uchazečů zhola nic.
57. Ve správním řízení bylo zjištěno, že postup obviněného naplnil skutkovou podstatu přestupků dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž tyto závěru Úřadu byly v rámci řízení o podaném rozkladu shledány správnými a zákonnými.

K námitce nepřiměřenosti uložené pokuty

58. Obviněný považuje uloženou pokutu za nespravedlivou a nepřiměřeně vysokou a dále za nedostatečně zdůvodněnou.
59. Obviněný uvedl, že opětovně akcentuje, že Úřad žádným způsobem nezohlednil specifické okolnosti konkrétního případu. Dle jeho názoru Úřad zcela opomíjí skutečnost, že na relevantním trhu neexistují jiní dodavatelé než dodavatel NemLog, kteří by byli schopní a ochotní poskytovat jím poptávané služby, jak podrobně popisuje v podaném rozkladu.
60. K této námitce obviněného je nejprve nutné uvést, že tato se rozchází se skutečným obsahem napadeného rozhodnutí v rámci odůvodnění pokuty. Jak lze vyčíst z bodu 234 napadeného rozhodnutí, Úřad k situaci na trhu popisované obviněným přihlédl (Úřad výslovně uvedl, že nemohl nepřihlédnout), a to v souladu s tím, co blíže uváděl v odůvodnění napadeného rozhodnutí, na které právě v bodu 234 odkázal. Byť tedy obviněný tvrdí, že Úřad nezohlednil specifické okolnosti případu, pak po přezkoumání celého kontextu bodu 234 napadeného rozhodnutí v návaznosti na příslušné pasáže obsažené v bodech 181 až 183 napadeného rozhodnutí, lze dospět k závěru, že Úřad k tvrzené okolnosti přihlédl, a to v souladu se závěry uvedenými v napadeném rozhodnutí.
61. Obviněný dále poukázal na to, že při ukládání sankce lze „nad rámec kritérií uvedených v zákoně přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu

mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.“. V rámci toho obviněný uvedl, že trvá na svém předešlém tvrzení, že Úřad měl při stanovení sankce za údajné spáchání předmětného přestupku zohlednit skutečnost, že obviněný veřejné zakázky uveřejnil prostřednictvím svého profilu.

62. K této námitce obviněného lze uvést, že obdobně jako v případě předchozí námitky Úřad tuto okolnost nepominul, když se jí zabýval v bodu 233 napadeného rozhodnutí. Při jejím zhodnocení Úřad vzal v úvahu nejen skutečnost, že obviněný veřejné zakázky uveřejnil, což by samo o sobě mohlo být považováno za polehčující okolnost, jak se obviněný snaží prosadit, ale zejména hodnotil i další okolnosti, a to zejména délku lhůty pro podání nabídek, která v jednom případě činila 15 dní a ve druhém 11 dní s přihlédnutím k tomu, že do této lhůty spadaly i dny pracovního klidu o vánočních svátcích. Úřad proto uzavřel, že z uvedených důvodů, které jsou blíže rozvedeny v napadeném rozhodnutí, nelze k uveřejnění na profilu přihlídnout. Takové posouzení Úřadu lze považovat za zcela odpovídající skutkovým okolnostem daného případu, a proto nelze přisvědčit obviněnému v tom, že samotné uveřejnění na profilu by mělo představovat polehčující okolnost, k níž měl Úřad přihlídnout.
63. Obviněný dále konstatuje, že intenzita, s jakou by došlo k údajnému naplnění znaků skutkové podstaty přestupku, tedy k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v daném případě, byla minimální, ba dokonce nepatrná. V důsledku jeho jednání nevznikla žádnému ze subjektů (účastníků zadávacího řízení) škoda, a následky jednání tak byly bezvýznamné.
64. Intenzitou porušení právem chráněných hodnot se při určení výše pokuty Úřad zabýval v bodu 231 napadeného rozhodnutí. V tomto dospěl k závěru, že postupem obviněného došlo k porušení právem chráněného zájmu spočívajícího v zachování efektivní hospodářské soutěže při zadávání veřejných zakázek, přičemž takové jednání označil za typově jedno z vůbec nejzávažnějších. S takovým závěrem Úřadu je nutné se plně ztotožnit. Jak vyplývá ze závěrů učiněných v napadeném rozhodnutí, obviněný svým postupem zcela vyloučil jakoukoliv soutěž o veřejnou zakázku a takový postup ohrožuje samotný účel zákona. Nelze se tedy ztotožnit s tvrzením obviněného, že právem chráněný zájem byl porušen s intenzitou toliko minimální či nepatrnou. Obviněný se snaží bagatelizovat závažnost svého jednání tím, že dle něj nezpůsobilo žádné následky. Z provedeného dokazování ovšem vyplývá, že nelze vyloučit existenci nabídky jiného dodavatele, která mohla být pro obviněného ekonomicky výhodnější. V důsledku takového postupu obviněného vedl či alespoň mohl vést k nevhodnému výdeji veřejných prostředků (viz bod 232 napadeného rozhodnutí). Argumentace obviněného se tak zcela míjí se skutečnými následky jeho nezákonného postupu, přičemž se s ní nelze ztotožnit. Naopak s ohledem na posuzované následky jednání obviněného Úřad intenzitu porušení právem chráněného zájmu i samotné následky jednání zhodnotil zcela správně a v souladu se zákonem.
65. Obviněný uvádí, že mu nelze klást za vinu fakt, že neobdržel žádnou reakci ani nabídky od jiných dodavatelů.
66. K této námitce obviněného je třeba uvést, že takovou skutečnost mu Úřad za vinu neklade. Úřad posuzoval postup zadavatele v celkovém kontextu s ohledem na zjištěné okolnosti daného případu. To, co na tomto místě uvádí obviněný, však žádným způsobem neovlivnilo Úřad při určení výše uložené pokuty. Úřad obviněnému neklade za vinu, že neobdržel další nabídky. Úřad obviněnému klade za vinu, že k takovému stavu vytvořil podmínky tím, že

nevypsal řádné zadávací řízení, které představuje zákonem předvídaný nástroj k tomu, aby se veřejná zakázka stala co nejvíce dostupnou všem potenciálním uchazečům. Námitka obviněného tak není důvodná a míjí se se skutečnými důvody, které měly vliv na rozhodnutí Úřadu.

67. Na uvedeném závěru nic nemění ani obviněným namítané výsledky zadávacího řízení na veřejnou zakázku vypsanou pro roky 2023-2026. Ačkoliv Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že výsledek tohoto zadávacího řízení na nadlimitní veřejnou zakázku mohl být ovlivněn přísně nastavenými kvalifikačními požadavky (viz bod 182 napadeného rozhodnutí), přesto tato úvaha nijak nevstoupila do určení výše pokuty, ani ji Úřad obviněnému nekladl za vinu.
68. Obviněný dále namítal, že v daném případě je vyvrácena společenská škodlivost, resp. je prokázána skutečnost, že se v daném případě nejedná o situaci, kdy společenská škodlivost dosahuje hranice škodlivosti, ale nachází se pod touto hranicí.
69. Jak již bylo uvedeno výše, konkrétně v části vztahující se k posouzení intenzity porušení právem chráněných hodnot, dopustil se obviněný ne pouze jednoho, ale dokonce dvou přestupků, které představují typově jedno z nejzávažnějších porušení právem chráněného zájmu, neboť ohrožují samotný účel zákona. Jednání obviněného tak naopak vykazuje vysokou společenskou škodlivost. Materiální znak přestupku je tak v daném případě nepochybně naplněn. Námitka obviněného proto v kontextu posouzení intenzity porušení právem chráněného zájmu není důvodná.
70. Současně obviněný namítal, že výše uložené sankce nijak nereflektuje polehčující okolnost, a to, že nebyl veden přímým úmyslem ignorovat zákonné podmínky.
71. K této námitce je nejprve třeba upřesnit, že odpovědnost za přestupek dle zákona je koncipována jako odpovědnost objektivní, tedy odpovědnost za výsledek. Zavinění tedy není Úřad povinen ani zkoumat, ani není povinen jej posuzovat. To platí i pro určení výše pokuty. Jakkoliv se však snaží obviněný tvrdit, že jde o polehčující okolnost, ke které měl Úřad přihlídnout, tvrzená absence přímého úmyslu nebyla v průběhu řízení předmětem dokazování ani posouzení Úřadem, a jako taková tedy nemohla vyjít najevo. Úřad k ní tedy přihlídnout nemusel a fakticky ani nemohl. Proti jejímu zohlednění rovněž svědčí povaha namítané okolnosti, neboť se ve skutečnosti nejedná o okolnost, nýbrž o stav mysli obviněného, který ovšem nemůže být v řízení spolehlivě prokázán, přičemž pouhé tvrzení obviněného k tomu nepostačuje. Úřad tak postupoval správně, pokud k takové „okolnosti“ tvrzené obviněným nepřihlédl. Ani v této části tedy námitka obviněného není důvodná.
72. Obviněný dále namítal, že Úřad nepřihlédl k tomu, že ačkoliv se v současné době obviněný nenachází ve finanční ztrátě, donedávna se nacházel v tíživé finanční situaci a disponoval řadou faktur po splatnosti.
73. Taková argumentace obviněného by se mohla promítnout do úvah Úřadu při určení výše pokuty jedině v případě, že by obviněný svá tvrzení prokázal. K tomu ovšem nedošlo. Obecně platí, že pokuta v rámci správního trestání by neměla mít likvidační charakter. Obviněný však námitkou nesměřuje k tvrzení likvidačnosti uložené pokuty, přičemž ani skutečnosti zjištěné při posouzení výsledků hospodaření obviněného k takovému závěru nevedou. Ani tuto námitku obviněného nelze mít za důvodnou. Navíc není ani zcela zřetelné, zda jde vůbec o námitku řádné uplatněnou. Pokud obviněný spíše než likvidačnost namítá nepříznivý vliv

pokuty na jeho hospodaření, pak lze konstatovat, že taková výše pokuty plní svůj účel, kterým je mimo jiné represivní funkce. Vliv uložené pokuty by tak měl obviněný pocítit už proto, aby skutečně plnila svůj účel. Současně obviněný poukázal na skutečný výsledek hospodaření k 30. 6. 2023, který se rozchází s Úřadem předpokládanými výnosy z činnosti za rok 2023. K tomuto dílčímu tvrzení je třeba uvést, že Úřad vycházel z údajů, které na internetu uveřejnil sám obviněný a jiné podklady mu předloženy nebyly. Úvahy Úřadu stran ekonomické situace obviněného tak zcela odpovídají podkladům, které měl k dispozici. Hodnotit výsledek hospodaření za období, které ještě nebylo ukončeno a kde se celkový výsledek může ještě měnit ani nedává smysl.

74. Na základě námitek podaných v rozkladu byla přezkoumána správnost a zákonnost postupu Úřadu při posouzení všech okolností rozhodných pro určení výše pokuty, přičemž po tomto přezkumu nebylo shledáno, že by Úřad uložil pokutu v nepřiměřené výši, ani to, že by Úřad určenou výši pokuty nedostatečně odůvodnil.

K námitce porušení zásady legitimního očekávání při určení výše pokuty

75. Obviněný v podaném rozkladu dále namítal, že výše pokuty, kterou mu určil Úřad v napadeném rozhodnutí, je nepřiměřená, neboť Úřad porušil svoji povinnost postupovat ve skutkově obdobných případech tak, aby mezi nimi nevznikaly neodůvodněné rozdíly. K tomu obviněný odkazoval na pokuty určené Úřadem v několika vybraných případech.
76. K této námitce je třeba nejprve uvést, že určení výše pokuty spadá do správního uvážení, Výsledná výše pokuty tak bude správním orgánem v zásadě vždy uložena s ohledem na individuální okolnosti daného případu. Ačkoliv se obviněný dovolává zásady legitimního očekávání, je dosah této zásady na institut správního trestání, zejména tedy ve vztahu k uložené pokutě výrazně omezen. Správní orgán je nepochybně vázán vlastní správní praxí, v případě že se taková praxe vytvořila. Avšak v rámci principu legitimního očekávání musí být rozhodovací praxe Úřadu konzistentní v tom, že pokud je některý postup zadavatele opakovaně shledán jako protiprávní, či naopak, nemůže se správní orgán od takové praxe odchýlit bez toho, aniž aby to dostatečně zdůvodnil. Takový závěr vyplývá např. z usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006-132. Jak však bylo uvedeno výše, uložená sankce za přestupek musí být vždy výsledkem posouzení všech individuálních okolností případu. Aby bylo možné se dovolávat této zásady z hlediska výše uložené pokuty, bylo by nutné, aby byly všechny skutkové okolnosti dalších případů prakticky totožné. Ačkoliv takovou situaci nelze teoreticky vyloučit, lze si její skutečné naplnění v praxi představit jen velmi obtížně.
77. S ohledem na zde uvedené tedy nelze výši pokuty uložené v daném případě poměřovat k případům, které uváděl obviněný, neboť tyto se v konkrétních okolnostech, které mají vliv na určení výše pokuty, liší, což vyplývá z níže uvedeného přehledu:

- a) Sp. zn. ÚOHS-S0098/2023/VZ – Správa železnic – pokuta 150 000 Kč (cca 0,8 % z horní hranice)

Jednalo se o dělení zakázky. Zadavatel zakázky nezadal v zadávacím řízení. Předpokládaná hodnota zakázky cca 155 mil. Kč. Horní hranice pokuty 18,83 mil. Kč. Souběh s přestupky v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0114/2021/VZ, za ně byla uložena pokuta ve výši 15 000 Kč. Úřad přihlédl k tomu, že byl uložen zákaz plnění ve

fázi, kdy už bylo téměř splněno. Žádné další polehčující ani přitěžující okolnosti nebyly shledány.

- b) Sp. zn. ÚOHS-S0206/2022/VZ – Centrum kardiovaskulární a transplantační chirurgie Brno – pokuta 100 000 Kč (cca 5,9 % z horní hranice)

Zakázka na zdravotnický materiál zadaná mimo zadávací řízení. Dodávky byly dodány v hodnotě 14 mil. Kč bez DPH. Rozhodnuto příkazem – odpor nebyl podán. Horní hranice cca 1,68 mil. Kč. Bez souběhu. Úřad přihlédl k tomu, že obviněný dosud nebyl trestán a snažil se pochybení napravit. Přitěžující okolnosti Úřad neshledal.

- c) Sp. zn. ÚOHS-S0532/2022/VZ – Fakultní nemocnice v Motole – pokuta 40 000 Kč (7,5 % z horní hranice)

Zakázka zadaná mimo zadávací řízení – pokračování. Pořízení dodávek léčivých přípravků. Dodávky dodány v hodnotě 11,5 mil. Kč. 3 přestupky – absorpce. Horní hranice 0,54 mil. Kč. Úřad přitížil v rámci absorpce. Jako polehčující okolnost zhodnotil, že od jednání zadavatel částečně ustoupil. Souběh: ÚOHS-S0356/2022/VZ – pokuta ve výši 100 000 Kč a ÚOHS-S0272/2022/VZ – pokuta 30 000 Kč.

- d) Sp. zn. ÚOHS-S0639/2016/VZ – Zdravotnický holding Královéhradeckého kraje – pokuta 95 000 Kč (20 % z horní hranice)

Zadavatel zadal v JŘBU dodavateli NemLog logistické služby na dodávky spotřebního zdravotnického materiálu. Hodnota cca 4,7 mil. Kč. Horní hranice cca 0,47 mil. Kč. Polehčující okolnosti Úřad shledal v časové tísní na straně zadavatele, dále v tom, že dříve vypsál otevřené řízení, které nestihl dokončit a současně že plnění bylo zadáno pouze na omezenou dobu. Přitěžující okolnosti Úřad neshledal. Souběh nebyl.

78. V rozhodovaném případě byl obviněný shledán vinným ze dvou přestupků a trest byl ukládán v souladu se zásadou absorpce. Horní hranice pokuty byla určena ve výši 20 mil. Kč, neboť celkovou cenu veřejné zakázky nebylo možno zjistit. Pokuta tedy byla uložena ve výměře 2,5 % z horní hranice pokuty. Úřad shledal jednání obviněného jako jedno z typově nejzávažnějších. Za přitěžující okolnost považoval Úřad spáchání druhého přestupku a jako významně polehčující okolnost posoudil to, že obviněný zjevně hodlá od nezákonného postupu upustit.

79. S ohledem na výše vymezené rozdíly v obviněném označených rozhodnutí Úřadu a okolností nyní řešené věci nelze dospět k závěru o důvodnosti námitky obviněného. Současně nelze shledat, že by pokuta uložená toliko ve výši 2,5 % z možné horní hranice byla uložena ve zjevně nepřiměřené či snad excesivní výši. Při porovnání počtu a intenzity jednotlivých polehčujících i přitěžujících okolností shledaných ve zdejších případech na straně jedné a v namítaných případech na straně druhé zdejší případ žádným způsobem „nevyčnívá“. Dokonce lze upozornit, že v případě sp. zn. ÚOHS-S0206/2022/VZ, jakož i v případě sp. zn. ÚOHS-S0639/2016/VZ byl Úřad dokonce ještě přísnější než v případě nyní řešeném. Nadto nelze ani pominout, že v případě řešeném pod sp. zn. ÚOHS-S0098/2023/VZ byl současně uložen zákaz plnění smlouvy, což pro zadavatele často představuje mnohem citelnější zásah než samotné uložení pokuty.

K námitce porušení zásady zákazu reformationis in peius

80. Obviněný podaným rozkladem namítá, že Úřad porušil zásadu zákazu *reformationis in peius* tím, že ponechal pokutu ve stejné výši jako ve vydaném příkazu.
81. K tomu je nutné nejprve vymežit hlavní atributy této zásady, která vychází z toho, že v řízení o podaném odvolání či jiném opravném prostředku nemůže dojít ke zhoršení právního postavení obviněného. Je tak nutno se předně zabývat otázkou toho, zda odpor proti vydanému příkazu představuje řádný opravný prostředek. Příkaz představuje zvláštní formu rozhodnutí o správním přestupku ve smyslu § 90 zákona o přestupcích. Vzhledem k tomu, že jde dle své povahy o rozhodnutí, je nutno v souladu s tím považovat odpor za řádný opravný prostředek. Zákon o přestupcích dále v § 90 odst. 3 stanoví, že pokud byl proti příkazu podán odpor, nelze obviněnému v řízení uložit jiný druh správního trestu s výjimkou napomenutí nebo vyšší výměry správního trestu, než mu byly uloženy příkazem; to neplatí, pokud správní orgán v řízení změnil právní kvalifikaci skutku. V nyní řešeném případě z výroků vydaného příkazu a následně vydaného rozhodnutí po zrušení příkazu jednoznačně vyplývá, že obviněný byl výroky I a II shledán vinným ze stejných přestupků, přičemž tak nedošlo ke změně právní kvalifikace skutků, současně výrokem III mu byla uložena pokuta ve stejné výši, tedy 500 000 Kč, čímž nedošlo ke stanovení vyšší výměry trestu. Po přezkoumání námitky obviněného tedy nelze dospět k závěru, že by Úřad svým postupem porušil zásadu zákazu změny k horšímu. Námitka obviněného proto nebyla shledána důvodnou. Žádné další konkrétní aspekty k porušení uvedené zásady obviněný nevznášel, námitka tak byla vypořádána v tomto obecném rozsahu, v jakém ji obviněný vznesl.

Závěr

82. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, nebyly shledány důvody pro změnu nebo zrušení napadeného rozhodnutí. Proto bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí a podaný rozklad proti napadenému rozhodnutí byl zamítnut.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

JUDr. Jindřich Vítek, Ph.D., advokát, se sídlem Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha,

Vypraveno dne

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