



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Vlašína a soudců Mgr. Radovana Havelce a JUDr. Jana Vyklického v právní věci žalobce: **Krajská zdravotní, a.s.**, se sídlem Ústí nad Labem, Sociální péče 3316/12A, zastoupeného JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem se sídlem Praha 4, Na Pankráci 1683/127, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o přezkoumání rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 6. 2013, č. j. ÚOHS-R326/2012/VZ-11148/2013/310/MLr, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 9. 10. 2014, č. j. 62 Af 75/2013 - 109,

t a k t o :

- I.** Kasační stížnost **se zamítá.**
- II.** Žádnému z účastníků **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

O d ů v o d n ě n í :

Včas podanou kasační stížností napadl žalobce (dále též „stěžovatel“) v záhlaví uvedený rozsudek Krajského soudu v Brně, jímž byla zamítnuta jeho žaloba proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 6. 2013, č. j. ÚOHS-R326/2012/VZ-11148/2013/310/MLr. Krajský soud ze správního spisu zjistil následující:

Stěžovatel coby zadavatel zadával veřejnou zakázku „Nákup přístrojového vybavení Nemocnice Chomutov, o.z. a Nemocnice Most, o. z.“ podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno dne 14. 7. 2011 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 18. 7. 2011 pod evidenčním číslem 60062650 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 7. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 137-227729.

Z čl. II.1.5) oznámení zadávacího řízení, čl. 4. zadávací dokumentace a z její přílohy č. 1 „Specifikace předmětu plnění“ vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je dodání digitálního mamografického přístroje, dodání CT přístroje a dodání plicního ventilátoru. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stěžovatel stanovil na 38 milionů Kč (bez DPH). Součástí veřejné zakázky je i instalace přístrojů, uvedení do provozu, zajištění potřebných měření nutných pro zahájení provozu, technické a uživatelské zaškolení obsluhy, technická a uživatelská dokumentace, protokolární předání, zajištění bezplatného záručního servisu v délce 36 měsíců včetně zabezpečení předepsaných prohlídek a dalších kontrol a zajištění pozáručního servisu. Stěžovatel nepřipustil podávání nabídek na části plnění.

Z protokolu o otevírání nabídek ze dne 5. 9. 2011 vyplývá, že ve stanovené lhůtě podali nabídku dva uchazeči. Dne 25. 10. 2011 uzavřel stěžovatel smlouvu s vybraným uchazečem Hospimed, spol. s r. o., na realizaci uvedené veřejné zakázky.

Rozhodnutím žalovaného ze dne 26. 10. 2012, č. j. ÚOHS-S150/2012/VZ-20212/2012/530/KSt, byla stěžovateli uložena pokuta ve výši 500.000 Kč za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ, kterého se měl dopustit tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel zásadu zákazu diskriminace podle § 6 ZVZ v návaznosti na § 98 odst. 1 ZVZ. Stěžovatel omezil okruh možných dodavatelů, neboť nerozdělil předmět veřejné zakázky na části, ačkoli povaha předmětu plnění veřejné zakázky rozdělení na části připouštěla a zároveň tomuto rozdělení nebránilo pravidlo podle § 13 odst. 3 ZVZ. Stěžovatel tak mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Proti prvostupňovému rozhodnutí podal stěžovatel rozklad, který předseda žalovaného svým rozhodnutím ze dne 17. 6. 2013, č. j. ÚOHS-R326/2012/VZ-11148/2013/310/MLr, zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

Krajský soud v Brně předně konstatoval, že účastníci řízení nezpochybňují, že k zahájení správního řízení došlo po téměř šesti měsících od obdržení podnětů upozorňujících na možný nezákonný postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky, tedy v době, kdy již byla smlouva uzavřena (podání, na základě kterých se žalovaný začal věci zabývat, mu byla doručena dne 16. 9. 2011 a dne 22. 9. 2011, správní řízení bylo zahájeno dne 23. 5. 2012). Krajský soud uvedl, že pokud žalovaný po obdržení podnětu na přezkum postupu zadavatele otál se zahájením správního řízení a zadavatel zatím uzavře smlouvu na veřejnou zakázku, nemůže již žalovaný zasáhnout nápravným opatřením podle § 118 odst. 1 ZVZ. To však neznamená, že by jeho otálení založilo oprávněné očekávání stěžovatele, že postupoval v souladu se ZVZ, a že by tak zanikla odpovědnost za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Postup žalovaného v projednávané věci tak nemohl vyvolat nezákonnost rozhodnutí. Krajský soud podotkl, že průtahy žalovaného mohly být zohledněny při stanovení výše pokuty a mohly být též důvodem pro moderaci pokuty správním soudem. Takový návrh však nebyl v žalobě uplatněn, podmínka pro moderaci dle § 78 odst. 2 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), proto nebyla splněna.

Co se týče podkladů správního rozhodnutí, nelze podle krajského soudu *a priori* dovodit, že by vyjádření dodavatelů, jejichž zájmy mohou být v rozporu se zájmy stěžovatele, nemohla být podkladem rozhodnutí žalovaného. Taková vyjádření však musí být (právě pro jejich možnou tendenčnost) žalovaným verifikována a objektivizována. Podle krajského soudu je podstatné, jaká skutková zjištění žalovaný na základě jednotlivých vyjádření dodavatelů učinil. Jestliže pomocí nich ověřoval obhajobu stěžovatele, že ve srovnatelných zadávacích řízeních obdrží zadavatelé obvykle pouze dvě nabídky, a zjišťoval-li tak, nakolik byli dodavatelé schopni podat nabídku na celý předmět veřejné zakázky, nelze dovodit, že by taková vyjádření nebyla vhodným důkazním prostředkem. Žalovaný tak v projednávané věci na základě vyjádření dodavatelů zjistil, že na trhu s lékařskými přístroji existuje více dodavatelů než dva, kteří podali nabídku, a že nikoli

každý z dodavatelů je schopen dodat současně všechny tři lékařské přístroje. Tato zjištění přitom stěžovatel nezpochybnil. Zpochybnil-li stěžovatel pouze některá dílčí konstatování dodavatelů, neznamená to, že by jejich vyjádření nemohla být řádným podkladem rozhodnutí ve vztahu ke zmíněným dvěma klíčovými skutkovými otázkám.

Krajský soud má za to, že pokud jsou předmětem veřejné zakázky tři různé lékařské přístroje, jejichž dodání nemusí nutně navazovat, každý z těchto přístrojů je schopen „pracovat“ a „být obsluhován“ samostatně a každý z nich může být určen pro různý okruh pacientů, lze uzavřít, že předmět veřejné zakázky v posuzované věci zahrnuje plnění, která spolu vzájemně nesouvisí a která jsou svým charakterem plněními odlišnými. Za tohoto stavu ob stojí závěr žalovaného, že pokud stěžovatel znemožnil některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku tím, že nepovolil podávání nabídek pouze na části veřejné zakázky, ačkoli povaha předmětu plnění veřejné zakázky rozdělení na části připouštěla a zároveň toto rozdělení nebránilo pravidlo podle § 13 odst. 3 ZVZ, porušil zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 ZVZ v návaznosti na § 98 odst. 1 ZVZ a dopustil se tak správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Krajský soud rovněž přisvědčil žalovanému v tom, že pokud by stěžovatel povolil plnění částí veřejné zakázky, mohl by na každou část obdržet více než dvě nabídky, což by mohlo umožnit jejich pořízení za výhodnější cenu. Tato úvaha navíc koresponduje se skutkovým zjištěním žalovaného ohledně nabídkové ceny jednoho z přístrojů v jiném zadávacím řízení. Na základě uvedeného krajský soud zamítl žalobu jako nedůvodnou ve smyslu § 78 odst. 7 s. ř. s.

Podanou kasační stížností napadl stěžovatel rozsudek Krajského soudu v Brně z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a) a b) s. ř. s. Má za to, že se žalovaný v projednávané věci dopustil zbytečných průtahů, neboť v rozporu s § 6 odst. 1 a 2 a § 42 správního řádu nezahájil správní řízení v zákonné lhůtě 30 dnů od obdržení prvního podnětu na přezkoumání postupu stěžovatele a nezabránil mu v uzavření smlouvy ani vydáním předběžného opatření dle § 117 odst. 1 ZVZ. Stěžovatel má za to, že pasivita žalovaného trvající více než jeden měsíc po obdržení podnětů odůvodňovala jeho oprávněné očekávání, že je jeho postup v zadávacím řízení v souladu se ZVZ. V důsledku toho byla vyloučena jeho odpovědnost za správní delikt ve smyslu § 121 odst. 1 ZVZ. Žalovanému muselo být zřejmé (např. z rozhodnutí o námitkách), že stěžovatel nemá žádné pochybnosti o zákonnosti svého postupu a že tedy nemá důvod se podpisu smlouvy zdržet. Stěžovatel poukázal na to, že primárním smyslem správního řízení nemá být postih zadavatele za správní delikt, ale především zabránění tomu, aby ke spáchání správního deliktu došlo. Namítl, že pokud krajský soud při svém rozhodování dospěl k závěru, že průtahy v postupu žalovaného mohou být důvodem pro moderaci pokuty dle § 78 odst. 2 SRS, měl takto postupovat.

Stěžovatel dále namítl, že krajský soud nezohlednil, že žalovaný učinil svá skutková zjištění ohledně podoby trhu zdravotnických přístrojů výhradně na základě vyjádření konkurenčních podnikatelských subjektů vybraného uchazeče, které mohly mít zájem na výsledku zadávacího řízení. Oslovené subjekty nejsou žádným ustanovením právních předpisů nuceny uvádět pravdivé údaje, což jim dává prostor pro účelová tvrzení, kterými mohou sledovat své osobní ekonomické zájmy. Jejich vyjádření jsou proto neobjektivní a naprosto irelevantní. Stěžovatel poukázal na zjevnou nepravdivost takto opatřovaných podkladů. Odmítl argumentaci krajského soudu, že je lze považovat za pravdivé, neboť je nezpochybnil.

Stěžovatel dále nesouhlasil se závěrem krajského soudu, že nemělo být provedeno jediné zadávací řízení, neboť pořizované přístroje byly samostatné, jejich dodání nemuselo navazovat a každý z nich byl určen pro jiných okruh pacientů. Žalovaný a soud zcela pomíjejí, že stěžovatel jako zadavatel nemůže čekat, až bude potřebovat pořídit přesně ty přístroje, které dodává co nejširší okruh dodavatelů. Žalovaný a soud rovněž zcela pomíjí zájem stěžovatele odebrat plnění od jednoho dodavatele a tím snížit své režijní a administrativní náklady a zjednodušit možnost reklamací. Za relevantní považují porovnání vysoutěžené ceny s dílčími cenami indikovanými

v jiných zadávacích řízeních, pomíjí se však přitom, že zadavatel nemůže předvídat, jaké ceny vysoutěží. Pokud důvodně očekává, že mu jeho postup přinese úsporu (což bylo prokázáno), pak mu nelze vytýkat, že se jeho předpoklad zcela nenaplnil. Stěžovatel navrhl, aby Nejvyšší správní soud rozsudek Krajského soudu v Brně zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

Žalovaný ve svém vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že ačkoli se doba, která uplynula mezi podáním podnětů a zahájením správního řízení může jevit jako otálení, nemá vliv na zákonnost rozhodnutí o uložení pokuty. Dále má za to, že v projednávané věci bylo možné přihlédnout k vyjádření dotázaných dodavatelů bez ohledu na tvrzení stěžovatele o jejich podjatosti. Žalovaný totiž na základě těchto vyjádření pouze ověřil to, zda na trhu s lékařskými přístroji existuje více dodavatelů než dva, kteří podali nabídku, a zda je každý z dodavatelů schopný dodat současně všechny tři lékařské přístroje požadované v dané veřejné zakázce. Žalovaný navrhl zamítnutí kasační stížnosti.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek Krajského soudu v Brně z hlediska uplatněných stížných bodů, jakož i ve smyslu § 109 odst. 4 s. ř. s., a po posouzení věci dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

Nejvyšší správní soud předně přisvědčil závěru krajského soudu o tom, že samotná skutečnost, že žalovaný během 30 dnů nevyřídil podnět na přezkum postupu stěžovatele v zadávacím řízení a nezahájil správní řízení v této věci, nemohla založit oprávněné očekávání stěžovatele, že je jeho postup v souladu se ZVZ. Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že aplikovatelnost zásady ochrany legitimního očekávání je omezena tím, že nesmí jít o „nezákonné“ legitimní očekávání. Jestliže stěžovatel porušil v zadávacím řízení zásadu zákazu diskriminace, nemohl se pouze na základě nekonání žalovaného oprávněně domnívat, že nemůže být v případě uzavření smlouvy na veřejnou zakázku postižen za správní delikt dle § 120 ZVZ. Liberační důvod dle § 121 odst. 1 ZVZ tak nemohl být naplněn. Nejvyšší správní soud shrnuje, že prodlení s vyřízením podnětu nemohlo v projednávané věci založit nezákonnost rozhodnutí o uložení pokuty.

Nejvyšší správní soud pak stejně jako krajský soud poznamenává, že průtahy v postupu správního orgánu by mohly být v určitých případech zohledněny jedinečně v rámci stanovení sankce. V projednávané věci však krajský soud nebyl k provedení moderace uložené pokuty oprávněn. Z § 78 odst. 2 s. ř. s. totiž vyplývá, že jednou z nutných podmínek pro upuštění od sankce či její snížení je návrh žalobce. Stěžovatel však v žalobě takový návrh neuplatnil. Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že tento návrh musí být učiněn výslovně, nepostačuje, jestliže stěžovatel v žalobě namítl, že je rozhodnutí jako celek nezákonné.

Co se týče samotné otázky, zda byl opodstatněn závěr žalovaného, že se stěžovatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ, uvádí Nejvyšší správní soud následující: Žalovaný v projednávané věci zjistil, že předmětem veřejné zakázky jsou tři různé lékařské přístroje, jejichž dodání na sebe nemusí nutně navazovat, každý z těchto přístrojů je schopen „pracovat“ a „být obsluhován“ samostatně a každý z nich může být určen pro různý okruh pacientů. Dílčí plnění předmětu veřejné zakázky však nebylo v jejím zadání umožněno. Tato zjištění stěžovatel nezpochybnil.

Na základě uvedeného Nejvyšší správní soud souhlasí se závěrem žalovaného, že předmět veřejné zakázky tvořila plnění, která spolu vzájemně nesouvisela a která jsou svým charakterem plněními odlišnými. Proto stěžovateli nic nebránilo v tom, aby její předmět rozdělil na části.

Nejvyšší správní soud již v řadě rozhodnutí zdůraznil, že při zadávání veřejných zakázek je nutné zachovat adekvátní konkurenční prostředí a postupovat tak, aby nedošlo k nedůvodnému zúžení okruhu potenciaálních zájemců o veřejnou zakázku. Za skrytou

diskriminaci je třeba považovat situaci, kdy někteří z dodavatelů mají bez jakýchkoli rozumných ekonomických důvodů *a priori* znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, publ. pod č. Sb. NSS 1771/2009).

Nejvyšší správní soud považuje v projednávané věci za podstatné právě to, že stěžovatel bez oprávněných potřeb veřejné zakázky neumožnil podávání nabídek na části plnění. Upřel tak možnost ucházet se o veřejnou zakázku těm dodavatelům, kteří by byli schopni podat nabídky na dodání jednotlivých přístrojů, které byly předmětem veřejné zakázky, nebyli však schopny dodat současně všechny tři přístroje. Stěžovatel tím vytvořil neodůvodněnou překážku hospodářské soutěži. V důsledku toho mohl ovlivnit průběh zadávacího řízení a tedy výběr nejvhodnější nabídky.

Zjištění vyplývající z vyjádření oslovených podnikatelských subjektů (Philips Česká republika s. r. o., MEDIFINE a. s., FUJIFILM Europe GmbH, a Audioscan, spol. s r. o.) o tom, že byly schopny podat nabídky na dodání pouze některých přístrojů, lze proto považovat pouze za podpůrný argument pro závěr, že postup zadavatele byl skutečně diskriminačním. Za této situace proto nemohlo mít vliv na zákonnost rozhodnutí žalovaného, že uvedení dodavatelé mohli mít protichůdný zájem na výsledku správního řízení než stěžovatel.

Nejvyšší správní soud dodává, že stejně jako krajský soud považuje za logickou úvahu žalovaného o tom, že v případě rozdělení předmětu veřejné zakázky na části by mohl stěžovatel na každou část obdržet více než dvě nabídky a mohl by tak jednotlivé lékařské přístroje pořídit za nižší cenu.

Nejvyšší správní soud se tak ztotožnil se závěrem krajského soudu i žalovaného, že se stěžovatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace podle § 6 ZVZ v návaznosti na § 98 odst. 1 ZVZ.

Na základě uvedeného Nejvyšší správní soud uzavřel, že kasační stížnost stěžovatele není důvodná, a proto ji zamítl.

Stěžovatel neměl ve věci úspěch, nemá proto právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti ze zákona (§ 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s.). Žalovaný měl ve věci úspěch, nevznikly mu však náklady řízení o kasační stížnosti přesahující rámec jeho běžné úřední činnosti. Nejvyšší správní soud mu proto náhradu nákladů řízení nepřiznal (§ 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s.).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné (§ 53 odst. 3 s. ř. s.).

V Brně dne 3. září 2015

JUDr. Jaroslav Vlašín
předseda senátu