



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců JUDr. Faisala Husseinioho, Ph.D., a Mgr. Petra Pospíšila v právní věci žalobce: **Fakultní nemocnice Olomouc**, se sídlem I. P. Pavlova 6, Olomouc, zastoupená JUDr. Karlem Vítkem, advokátem se sídlem Dobrovského 25, Olomouc, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 5. 2015, č. j. ÚOHS-R74/2014/VZ-11072/2015/323/PMo,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 5. 2015, č. j. ÚOHS-R74/2014/VZ-11072/2015/323/PMo, **se ruší a věc se vrací** k dalšímu řízení žalovanému.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci na náhradě nákladů řízení částku 15 342 Kč, a to k rukám jeho advokáta JUDr. Karla Vítka do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Žalobce napadá rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda Úřadu“) ze dne 12. 5. 2015, č. j. ÚOHS-R74/2014/VZ-11072/2015/323/PMo,

kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21. 2. 2014, č. j. ÚOHS-S158/2012/VZ-3955/2014/523/JDo.

[2] Rozhodnutím ze dne 21. 2. 2014, č. j. ÚOHS-S158/2012/VZ-3955/2014/523/JDo, přitom rozhodl žalovaný jednotlivými výroky následujícím způsobem:

I. Zadavatel (žalobce) se při zadávání zakázky „Systém navigované bronchoskopie“ (dále také jen „veřejná zakázka 1“) dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) tím, že porušil § 21 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách tím, že výše specifikovanou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, aniž by byly naplněny zákonné podmínky nezbytné pro užití zadavatelem zvoleného druhu zadávacího řízení, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku (jednací řízení bez uveřejnění bylo oznámeno výzvou odeslanou dne 1. 6. 2009 a oznámení o zadání zakázky bylo do Informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 15. 7. 2009; kupní smlouva byla v této souvislosti uzavřena dne 26. 6. 2009).

II. Zadavatel (žalobce) se při zadávání veřejné zakázky „Multifunkční systém operačních sálů pro endoskopické operování“ (dále také jen „veřejná zakázka 2“) dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že porušil § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když z další účasti v zadávacím řízení nevyločil uchazeče TIMED, s.r.o. (dále jen „TIMED“), který jako zahraniční dodavatel ve smyslu § 51 odst. 7 v návaznosti na § 53 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách neprokázal splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku (otevřené řízení o dané veřejné zakázce bylo do Informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 5. 6. 2009 pod ev. č. zakázky 60032363; kupní smlouva byla v této souvislosti uzavřena dne 26. 8. 2009).

III. Za spáchání specifikovaných správních deliktů byla dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách žalobci uložena pokuta ve výši 80 000 Kč.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

[3] Žalobce v žalobě navrhl, aby soud rozhodnutí předsedy Úřadu, případně i žalovaného zrušil. Pokud by soud shledal, že se žalobce vytýkaných správních deliktů dopustil, navrhl žalobce, aby soud rozhodl o upuštění od uložení pokuty nebo o jejím snížení v zákonných mezích.

[4] Žalobce se domnívá, že žalovaný při hodnocení důkazů porušil zásadu materiální pravdy dle § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“) a zásadu volného hodnocení důkazů, když nepostupoval tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, zejména nepřihlédl ke skutečnostem, které jsou ve prospěch žalobce, ale naopak jen k těm, které jsou v jeho neprospěch, a všechny důkazy nevyhodnotil v jejich vzájemné souvislosti. Zároveň žalovaný věc nesprávně právně posoudil, když dospěl k závěru, že v daném případě se žalobce dopustil správních deliktů tím, že porušil zákon o veřejných

zakázkách. Poté předseda Úřadu v rámci svého rozhodnutí nezohlednil rozkladové námitky a potvrdil nezákonné prvostupňové rozhodnutí.

[5] Pokud jde o správní delikt týkající se zadávání veřejné zakázky „Systém navigované bronchoskopie“, kdy žalobce uzavřel kupní smlouvu se společností Medinet s.r.o. (dále jen „Medinet“), uvádí žalobce, že žalovaný nedostatečně zohlednil některé skutečnosti. Zejména jde o to, že bylo prokázáno z vyjádření žalobce ze dne 30. 5. 2012 a ze smlouvy o výhradním prodeji ze dne 10. 8. 2007 založené ve spise zadávacího řízení (*International distribution agreement*), že žalobce provedl před zadáváním této zakázky řádně průzkum trhu a zjistil, že předmětný systém (navigovaná bronchoskopie) má celosvětově jediného výrobce (společnost SuperDimension, Inc. z USA), který má pro Českou republiku výhradního distributora (Medinet), a proto tento systém nelze dodat jiným dodavatelem. V daném případě tak byly splněny podmínky pro zadání zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Navíc je v rozporu s výše uvedenými doklady tvrzení předsedy Úřadu, že by žalobce neprovedl průzkum trhu a že by to sám v rozkladu uznal.

[6] Skutečnost, že žalovaný provedl následně s odstupem několika let v průběhu řízení o správním deliktu svůj „průzkum trhu“ dotazem na tzv. kompletátorské firmy (PURO-KLIMA, a.s., AMEDIS, spol. s r.o. a TRANSKONTAKT-MEDICAL s.r.o.) a na základě něj dovodil možnost dodání tohoto systému i jiným dodavatelem než výhradním distributorem, nemůže založit u žalobce odpovědnost za postihovaný správní delikt spáchaný v roce 2009. Je třeba zdůraznit, že pokud žalovaný osloví dodavatele, nejedná se o průzkum trhu, ale o žádost státního orgánu o poskytnutí informací, která je činěna v rámci jeho vrchnostenského postavení a nepochybně lze očekávat jinou míru ochoty odpovědět a rovněž jiný rozsah informací, a to i z toho důvodu, že se nejedná o komunikaci mezi soukromými subjekty v souvislosti s hospodářskou soutěží a s rozdílnými zájmy. Skutečnosti takto zjištěné žalovaným nelze považovat za relevantní, a nebyly v roce 2009 pro žalobce zjistitelné a dostupné v rámci uskutečněného průzkumu trhu.

[7] Dalším pochybením žalovaného mělo být to, že neprovedl důkaz dotazem na nejvhodnější subjekt, a to na výhradního dodavatele, společnost Medinet, ač tak v rámci objasňování skutkového stavu bez důvodných pochybností z úřední povinnosti učinit měl. Společnost Medinet by dle názoru žalobce potvrdila, že v roce 2009 nebylo možno běžným průzkumem trhu zjistit jiného dodavatele než ji samotnou, případně že veškeré další informace byly důvěrné. Přitom tato společnost žalobci potvrdila, že tam, kde zadávací podmínky nevyklučovaly její účast zejm. s ohledem na jiné dodávané celky, byla schopna se zadávacího řízení na navigovanou bronchoskopii zúčastnit jen ona. Navíc dle žalobce nelze žalovaným oslovené dodavatele (kompletátory) považovat za řádné dodavatele splňující zadávací podmínky už proto, že nebyli schopni sami zajistit zaškolení a servis navigované bronchoskopie (jak se žalovaný mylně domnívá), protože toho byla schopna dle dostupných dokladů a výhradní smlouvy pouze společnost Medinet.

[8] Přestože si je žalobce vědom výjimečnosti využití jednacího řízení bez uveřejnění, které jako typ zadávacího řízení vede k vyloučení soutěže o nejlepší cenu a podmínky, jako jeden z hlavních účelů zadávání veřejných zakázek, má za to, že formalistický přístup žalovaného a jeho předsedy vede k popření tohoto účelu právní regulace zadávání veřejných zakázek a k vytváření umělé soutěže tam, kde žádná soutěž o nejlepší cenu neexistuje. Žalobce má za to,

že v daném případě prokázal, že byly splněny podmínky pro zadání zakázky formou jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách a správní orgány postupovaly při svém rozhodování nezákonně. Žalobce se tudíž správního deliktu nedopustil.

[9] Pokud jde správní delikt týkající se zadávání veřejné zakázky „Multifunkční systém operačních sálů pro endoskopické operování“ a společnosti TIMED, uvádí žalobce, že žalovaný i předseda Úřadu měl při posuzování odpovědnosti za tento správní delikt zohlednit skutečnost, že se v daném případě jednalo pouze o formální pochybení uchazeče (týkající se stáří dokladů), a že tento uchazeč podal nabídku jako jediný a nevyloučení uchazeče nemělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky a nevedlo k poškození jiného subjektu. V daném případě tak nebyla při posouzení odpovědnosti zohledněna společenská škodlivost deliktu. Dále sice předseda Úřadu dospěl oproti rozhodnutí žalovaného k závěru, že porušením zákona o veřejných zakázkách a správním deliktem není absence překladu ze slovenského do českého jazyka, avšak tuto změnu právního posouzení nezohlednil ve výši sankce.

[10] Konečně u obou deliktů bylo při rozhodování o výši sankce i o vině ze strany správních orgánů nedostatečně zohledněno, že žalobce měl jednotlivé kroky při zadání předmětných veřejných zakázek schválené ze strany Ministerstva zdravotnictví. Navíc předseda Úřadu dostatečně nezohlednil rozkladové námitky žalobce proti prvostupňovému rozhodnutí. Žalobce je přitom přesvědčen, že se správních deliktů, které jsou mu kladeny za vinu, nedopustil, že řízení o správních deliktech je postiženo vadami, a proto by soud měl napadená rozhodnutí zrušit jako nepřezkoumatelná a nezákonná.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě a replika žalobce

[11] Žalovaný ve vyjádření k žalobě poukázal na to, že žalobce ve vztahu k předmětu veřejné zakázky 1 neprokázal existenci důvodů, které by jej opravňovaly k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Např. společnost TRANSKONTAKT-MEDICAL s.r.o. již v roce 2007 uzavřela kupní smlouvu s Fakultní nemocnicí Brno na systém navigované bronchoskopie. I další dodavatelé mohli takovou dodávku realizovat, což mělo být žalobci v rozhodnou dobu známo. I za daného stavu věci měla být dána přednost řešení umožňujícímu soutěž mezi dodavateli a nelze vyloučit, že některý z úvahu přicházejících dodavatelů mohl poptávané plnění nabídnout za výhodnějších podmínek, byť by šlo o výrobek totožného výrobce.

[12] Nelze akceptovat ani námitku, že oslovení možných dodavatelů žalovaným a získání informací tímto způsobem nemůže být relevantní. Žalovaný v řízení o podnětu předcházejícímu správnímu řízení požádal čtyři potenciální dodavatele o informace o jejich dodávkách systému navigované bronchoskopie, a to včetně doprovodných plnění (zaškolení, servisní zajištění apod.). Minimálně tři oslovené společnosti byly schopné, bez ohledu na výhradní zastoupení společností Medinet, plnění požadované v rámci veřejné zakázky dodat. Takto získané informace jsou relevantní, žalovaný má možnost si před zahájením správního řízení opatřit vysvětlení dle § 137 správního řádu. Na závěry žalovaného by v kontextu výše uvedeného nemělo vliv ani to, kdyby oslovil společnost Medinet, jak navrhuje žalobce.

[13] Co se týká správního deliktu vázícího se k veřejné zakázce 2, je třeba uvést, že materiální znak skutkové podstaty správního deliktu je naplněn za situace, kdy jednání

zadavatele je způsobilé mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Postačuje přitom pouhá možnost podstatného ovlivnění, o čemž kromě zákona o veřejných zakázkách svědčí i judikatura Nejvyššího správního soudu. V případě společnosti TIMED se naopak nejednalo o pouhé formální pochybení. Kdyby přitom byla z další účasti v zadávacím řízení vyloučena, byl by zadavatel musel dané zadávací řízení zrušit a zahájit nové zadávací řízení; v jeho rámci nelze vyloučit obdržení více nabídek či obdržení výhodnější nabídky.

[14] Ve věci je irelevantní argumentace žalobce týkající se výše sankce v souvislosti s tím, že měl svůj postup schválený Ministerstvem zdravotnictví. Odpovědnost totiž nese jen zadavatel. Ani závěry předsedy Úřadu, který ve svém rozhodnutí vyloučil závěry žalovaného ohledně jednoho z dílčích pochybení vázících se k veřejné zakázce 2, nemůže na věci nic změnit. Sankce byla uložena v souladu s právními předpisy a v mezích správního uvážení.

[15] Žalovaný je rovněž toho názoru, že postupoval v souladu se zásadou materiální pravdy a neopomněl (a to ani předseda Úřadu) vypořádat žádnou ze žalobcových námitek.

[16] K vyjádření žalovaného podal žalobce repliku, v níž poukázal na časové souvislosti žalovaným uváděného kontraktu se společností TRANSKONTAKT-MEDICAL s.r.o.; uzavření smlouvy mezi touto společností a Fakultní nemocnicí Brno předcházelo uzavření smlouvy o výhradním zastoupení mezi společnostmi SuperDimension a Medinet. Zároveň je třeba rozlišovat mezi ochotou oslovených společností odpovídat žalovanému, jakožto státnímu orgánu, a žalovanému. Navíc tvrzení osloveného subjektu o tom, že by mohl předmět veřejné zakázky plnit, je ničím nepodloženou domněnkou. Přitom žalobce vycházel v dobré víře z toho, že systém navigované bronchoskopie může dodat jen výhradní prodejce, společnost Medinet. Pakliže jde o veřejnou zakázku 2, poznamenává žalobce, že předseda Úřadu v rozkladovém rozhodnutí dospěl k závěru, že se žalobce nedopustil jednoho z vytýkaných pochybení souvisejícího s nepředložením překladu ze slovenského jazyka společností TIMED. Tato skutečnost však nebyla zohledněna ve výši sankce a nabízí se otázka, jak je vůbec sankce stanovována s ohledem na všechny okolnosti případu a zda je její výše spravedlivá.

IV. Posouzení věci soudem

[17] Zdejší soud, v souladu s § 51 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále též „s. ř. s.“) bez nařízení jednání přezkoumal v mezích žalobních bodů napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i předcházející rozhodnutí žalovaného včetně řízení předcházejícího jeho vydání, a shledal, že **žaloba je důvodná**.

[18] V dané věci představuje jádro sporu otázka, zda se žalobce dopustil dvou shora vymezených správních deliktů. S tím pak souvisí posouzení správnosti udělené sankce. Jednotlivými takto vymezenými otázkami se bude soud v rámci samostatných částí tohoto rozsudku níže věnovat.

IV. a) Zadání veřejné zakázky 1 v jednacím řízení bez uveřejnění

[19] V případě veřejné zakázky 1 postupoval žalobce dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, tedy že ji zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, kdy dle tohoto ustanovení „[z]adavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž

tehdy, jestliže [...] veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem“. Žalobce uvádí, že v tomto směru vycházel z toho, že předmětný systém navigované bronchoskopie má celosvětově jediného výrobce, který má pro Českou republiku výhradního distributora, společnost Medinet. Proto se tedy měl důvodně domnívat, že mu daný systém může dodat pouze jmenovaná společnost.

[20] V uvedeném kontextu soud odkazuje na svou judikaturu, kdy v rozsudku ze dne 13. 1. 2015, č. j. 62 Af 95/2013-74, dostupném na www.nssoud.cz, Krajský soud v Brně dospěl k závěru, že ustanovení zákona o veřejných zakázkách, která umožňují výjimky z jinak přísnějších pravidel pro zadávání veřejných zakázek [typicky použití jednacího řízení bez uveřejnění, zde podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, namísto použití otevřenějších zadávacích postupů umožňujících dosažení širší a efektivnější soutěže o veřejnou zakázku], musí být vykládána restriktivně, přičemž důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese vždy ten, kdo se jich dovolává, tj. zadavatel (kasační stížnost proti tomuto rozsudku byla zamítnuta rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 11. 2015, č. j. 3 As 18/2015-32, dostupným na www.nssoud.cz).

[21] Při posouzení otázky, zda byla zadavatelem, zde tedy žalobcem, splněna zákonná hmotněprávní kritéria (resp. kritéria vyplývající na základě zákona z judikatury) pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, je ovšem třeba, aby soud zvážil, zda byla žalovaným (či předsedou Úřadu) dodržena i pravidla procesní, na základě jejichž splnění lze dospět k relevantnímu výsledku. V tomto ohledu žalobce odkazuje zejména na problematiku dokazování, resp. na pochybení, jimiž v otázkách dokazování byla řízení před žalovaným a předsedou Úřadu zatížena. Zejména žalobce namítá, že nebyla dodržena zásada materiální pravdy dle 3 správního řádu a také zásada volného hodnocení důkazů.

[22] K výše uvedenému soud poznamenává, že dle § 3 správního řádu „[n]evyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2“ správního řádu. Podle § 50 odst. 4 správního řádu platí, že „[p]okud zákon nestanoví, že některý podklad je pro správní orgán závazný, hodnotí správní orgán podklady, zejména důkazy, podle své úvahy; přitom pečlivě přihlíží ke všemu, co vyšlo v řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci“; z citovaného ustanovení vyplývá i zmíněná zásada volného hodnocení důkazů, z níž se zároveň podává, že každý podklad, resp. důkaz je třeba hodnotit jednotlivě a všechny důkazy v jejich vzájemné souvislosti.

[23] K závěru, že se žalobce dopustil správního deliktu v souvislosti s veřejnou zakázkou 1, dospěl žalovaný i předseda Úřadu zejména na základě úvahy, že systém navigované bronchoskopie mohl žalobci v rozhodnou dobu dodat i jiný subjekt než společnost Medinet. Svůj závěr opírali o podklady spočívající v odpovědích společností PURO-KLIMA, a.s., HOSPIMED, spol. s r.o., TRANSKONTAKT-MEDICAL s.r.o. a AMEDIS, spol. s r.o. na dotazy žalobce, zda by byly schopny dodat žalobci plnění požadované v rámci předmětné veřejné zakázky.

[24] V popsaném ohledu soud nenalezl v žalovaném předloženém správním spisu ničeho, co by mohl přezkoumat. Tento správní spis tak neobsahuje ani dotazy směřující na

společnosti uvedené v předchozím odstavci, ani jejich odpovědi. Není tak možné nijak posoudit, zda se při hodnocení těchto podkladů žalovaný (či předseda Úřadu) dopustil či nedopustil pochybení; není rovněž možné se seznámit se sděleními těchto společností, zda skutečně uvádějí, že by předmět veřejné zakázky byly schopny žalobci opravdu dodat.

[25] Soud si uvědomuje, že z napadených rozhodnutí vyplývá, že dotazy a vyjádření k nim měly být součástí „podnětového“ spisu vedeného v souvislosti s podnětem, který žalovaný obdržel ještě před zahájením správního řízení s žalobcem. Přesto však je třeba odkázat na závěry judikatury zdejšího soudu, dle které *„je nezbytné, aby veškeré podklady, o něž správní orgán opírá svoje rozhodnutí, byly trvalou a nezměnitelnou součástí správního spisu. Jednak je to potřebné k tomu, aby se účastník správního řízení mohl s podklady správního rozhodnutí řádně seznámit a vyjádřit se k nim a jednak je úplnost podkladů nezbytná k provedení řádného soudního přezkumu, je-li správní rozhodnutí napadeno správní žalobou. Chybí-li totiž ve správním spisu klíčové podklady, které jsou nutné k posouzení postupu žalovaného správního orgánu, nemá správní soud možnost přezkoumat zákonnost takového postupu a je zásadně třeba uzavřít, že skutkový stav, který vzal žalovaný za základ napadeného rozhodnutí, nemá oporu ve správním spisu. [...] Zjednodušeně řečeno podkladem správního rozhodnutí jsou veškeré podklady, z nichž správní orgán během správního řízení vycházel a zjistil pro rozhodnutí ve věci relevantní informace. Pokud tedy v daném případě žalovaný mj. posuzoval, zda žalobce stanovil v souladu s cenovými rozhodnutími výši položky „Zisk“, bylo namístě, aby podklady, z nichž tuto zákonnost dovozoval (tedy regulační výkazy), byly součástí správního spisu. [...] Soud pouze dodává, že na povinnosti žalovaného učinit veškeré podklady, o něž opírá svoje rozhodnutí, trvalou a nezměnitelnou součástí správního spisu, nemá žádný vliv to, zda žalobce využije možnosti seznámit se s těmito podklady a vyjádřit se k nim podle § 36 odst. 3 správního řádu či nikoli. I za situace, kdy se žalobce s podklady rozhodnutí neseznámí, je totiž třeba, aby správní spis obsahoval veškeré pro rozhodnutí ve věci relevantní podklady, mimo jiné proto, aby v případě, že je napadené správní rozhodnutí napadeno žalobou, soud mohl zákonnost postupu žalovaného řádně přezkoumat.“* (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 12. 4. 2012, č. j. 62 A 7/2010-66, dostupný na www.nssoud.cz; obdobně pak např. rozsudek Krajského soudu v Ostravě ze dne 26. 6. 2014, č. j. 22 A 142/2012-26, či rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 73/2010-178, oba dostupné na www.nssoud.cz – o tom, že je tento rozsudek Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže znám, svědčí např. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 27. 11. 2013, č. j. ÚOHS-R52/2010/VZ-22968/2013/310/PMo, dostupné na www.uohs.cz; ze starší judikatury lze v této souvislosti odkázat i na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 1. 2004, č. j. 4 Azs 55/2003-51, publikovaný pod č. 638/2005 Sb. NSS).

[26] V tomto ohledu tak nezbyvá, než uzavřít, že vzhledem k tomu, že v daném případě ve správním spisu chybí klíčové podklady, který jsou nutné k posouzení zákonnosti postupu žalovaného, tak skutkový stav, který vzal žalovaný (resp. předseda Úřadu) za základ napadeného rozhodnutí, nemá oporu ve správním spisu. V tomto ohledu je tedy rozhodnutí žalovaného i předsedy Úřadu stíženo vadou dle § 76 odst. 1 písm. b) s. ř. s. Daná rozhodnutí tak nemohou obstát ani pohledem toho, zda byla dodržena zásada materiální pravdy a požadavky na aplikaci zásady volného hodnocení důkazů.

[27] K výše uvedenému je však třeba dodat následující: Vzhledem k tomu, že zmíněné dotazy a vyjádření oslovených společností nejsou součástí předloženého správního spisu,

nemohl se soud seznámit s některými jejich důležitými aspekty. Z vyjádření žalovaného k žalobě i z podstaty věci však soud usuzuje, že se jednalo o vysvětlení dle § 137 správního řádu. Nebylo však možné ověřit, zda tato vysvětlení byla získána zcela v souladu s citovaným ustanovením správního řádu. Zároveň je třeba mít na paměti § 137 odst. 4 správního řádu, dle kterého „[z]áznam o podání vysvětlení nelze použít jako důkazní prostředek“. V dalším řízení tak bude muset žalovaný (potažmo předseda Úřadu) vyhodnotit, nakolik tato vyjádření byla v řízení o správních deliktech žalobce důkazně použitelná.

[28] Zároveň považuje soud za potřebné dodat, že z předloženého správního spisu nevyplývá, že by byly žalovaným dodrženy povinnosti vyplývající z § 51 odst. 2 správního řádu a § 53 odst. 6 správního řádu. Dle prvního ze zmíněných ustanovení platí, že „[o] provádění důkazů mimo ústní jednání musí být účastníci včas vyrozuměni, nehrozí-li nebezpečí z prodlení. Tuto povinnost nemá správní orgán vůči účastníkovi, který se vzdal práva účasti při dokazování.“ Z druhého vzpomenutého ustanovení správního řádu pak plyne, že „[o] provedení důkazu listinou se učiní záznam do spisu. Za přítomnosti účastníků nebo zúčastněných osob, anebo účastní-li se úkonu veřejnost, se důkaz listinou provede tak, že se listina přečte nebo sdělí její obsah.“ Jak již bylo řečeno, obsah správního spisu nevypovídá o dodržení těchto povinností. Jejich porušení sice samo o sobě nemusí nutně vést k nezákonnosti správního rozhodnutí jako takového, na druhou stranu je tento postup žalovaného, který v podstatě uvedené povinnosti ignoruje, častým nešvarem, se kterým se zdejší soud u žalovaného setkává (viz např. rozsudky Krajského soudu v Brně ze dne 17. 1. 2017, č. j. 29 Af 1/2015-228, či ze dne 28. 4. 2017, č. j. 29 Af 37/2015-220, oba dostupné na www.nssoud.cz). Jak bylo zmíněno, tento nedostatek nemusí zcela nutně vést k závěru o nezákonnosti správního rozhodnutí, ovšem v daném případě úzce souvisí s již zmíněnými nedostatky v dokazování. Za ilustraci důsledků takto „benevoletního“ či ledabylého zacházení s procesními pravidly pak může kromě výše uvedeného sloužit i závěr předsedy Úřadu v bodě 25. jeho rozhodnutí, kde se vyjadřuje k odkazu žalobce na pořad České televize týkající se případů prodražování veřejných zakázek. Pokud předseda Úřadu věc hodnotí tak, že jde o reportáž „týkající se zcela jiného případu“, pak tak učinil zjevně bez toho, aby tento v podstatě důkazní návrh řádně provedl v souladu s požadavky správního řádu, případně uvedl, proč daný důkaz neprovede.

[29] V návaznosti na žalobní námitky tak soud hodnotí věc ve vztahu ke správnímu deliktu, jehož se žalobce měl dopustit v souvislosti s veřejnou zakázkou 1 tak, že z výše uvedených důvodů závěry rozhodnutí předsedy Úřadu (resp. žalovaného) neobstojí. V tomto směru bude muset správní orgán v dalším řízení provést řádné dokazování, potažmo stav správního spisu uvést do takové podoby, tak, aby bylo možné učinit přezkoumatelný závěr, zda se žalobce vytýkaného správního deliktu dopustil čili nic.

IV. b) Nevyloučení společnosti TIMED z další účasti v zadávacím řízení

[30] Druhá posuzovaná otázka spočívá v tom, že se žalobce při zdávání veřejné zakázky 2 měl dopustit správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že porušil § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když z další účasti v zadávacím řízení nevyloučil uchazeče TIMED, který jako zahraniční dodavatel ve smyslu § 51 odst. 7 v návaznosti na § 53 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách neprokázal splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější

nabídky, a žalobce uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Na rozdíl od případu předchozího správního deliktu se soud domnívá, že zde rozhodl předseda Úřadu (i žalovaný) správně a přezkoumatelně.

[31] Soud souhlasí se závěry předsedy Úřadu (a žalovaného), že v případě společnosti TIMED se jednalo o zahraničního dodavatele se sídlem ve Slovenské republice, který měl k prokázání základních kvalifikačních předpokladů doložit jak doklady ze země svého sídla, tak také z České republiky, neboť základní kvalifikační předpoklady podle § 53 odst. 1 písm. a), b), f), g) a h) zákona o veřejných zakázkách musí prokázat jak ve vztahu k České republice, tak také ve vztahu ke svému sídlu, tedy ke Slovenské republice. Tento požadavek vyplývá z § 51 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na § 53 odst. 1 zákona téhož zákona.

[32] Žalovaný v odůvodnění napadeného rozhodnutí poukázal na vytýkané porušení zákona o veřejných zakázkách uchazečem TIMED v rámci veřejné zakázky 2, a sice na to, že tento uchazeč zadavateli (tedy žalobci) v rámci splnění kvalifikace v nabídce vůbec nedoložil doklady Slovenské republiky ve smyslu § 53 odst. 1 písm. a), b), f), g) a h) zákona o veřejných zakázkách. Tyto doklady žalovaný označil jako: „*Výpisy z registra trestov*“, „*Potvrdenie miestne príslušného úradu*“ o tom, že uchazeč TIMED nemá nedoplatky na dani v zemi svého sídla a „*Potvrdenie ohľadne zdravotného, sociálneho poistenia*“ vydávaného Sociálnou poisťovňou a zdravotnou poisťovňou. Absence uvedených dokladů je v podstatě nesporná, a to i s tím, že ani žalobce tuto skutečnost nijak nerozporuje, když uvádí pouze to, že nedostatky byly jen formálního charakteru. Lze přitom souhlasit s předsedou Úřadu, že nedostatek daných dokladů v nabídce společnosti TIMED sama o sobě zakládá zákonný důvod pro vyloučení tohoto uchazeče z další účasti v zadávacím řízení v rámci veřejné zakázky 2 dle § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, což žalobce neučinil.

[33] Předseda Úřadu dále v odůvodnění svého žalobou napadeného rozhodnutí vyslovil souhlas se závěrem žalovaného, že uchazeč TIMED v nabídce doložil „*Potvrdenie o zapísaní do zoznamu podnikateľov*“ vydaný Úradom pre verejné obstarávanie, tedy výpis ze zahraničního seznamu kvalifikovaných dodavatelů dle § 143 odst. 1 zákona, který však nelze akceptovat, neboť je starší než 3 měsíce. Zdejší soud s tímto konstatováním, stejně jako se závěrem, že předmětné potvrzení bylo slovenským Úradom pre verejné obstarávanie vydáno dne 12. 3. 2009, a tedy nevyhovovalo požadavkům zákona o veřejných zakázkách, souhlasí. Jak totiž bylo stanoveno v článku 5 zadávací dokumentace, posledním dnem pro podání nabídek bylo datum 29. 7. 2009. V daném případě se jednalo o otevřené řízení, pročez byla ve vztahu k určení stáří dokladů rozhodující lhůta pro podání nabídek. Z hlediska stáří výpisu je tedy rozhodující skutečností, že posledním dnem pro prokázání splnění kvalifikace bylo datum 29. 7. 2009, kterým je rovněž datován protokol o otevírání obálek (v tomto smyslu viz *Podešva, V., Olík, M., Janoušek, M., Stránský, J. a kol.* Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. APSI ID: KO137_2006CZ, komentář k § 143 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách). Je tedy zřejmé, že k tomu dni bylo předmětné „*Potvrdenie o zapísaní do zoznamu podnikateľov*“ ze dne 12. 3. 2009 starší než 3 měsíce, čímž uchazeč TIMED porušil § 143 odst. 4 věta první zákona o veřejných zakázkách. Zde soud opět souhlasí s názorem předsedy Úřadu, že i toto porušení zákona o veřejných zakázkách společností TIMED je samo o sobě důvodem pro vyloučení tohoto uchazeče z další účasti v zadávacím řízení v rámci veřejné zakázky 2. Ostatně žalobce skutečnost, že společnost TIMED předložila žalobci v pozici zadavatele výpis ze zahraničního seznamu starší tří měsíců, ani žalobce nijak zvláště

nerozporoval, a to ani v rozkladu, ani v žalobě. V žalobě se opět omezil jen na sdělení, že tento nedostatek je dle něj v podstatě formální povahy.

[34] Co se týká rozporované společenské nebezpečnosti správního deliktu spojené s veřejnou zakázkou 2, je si soud vědom argumentace žalobce spojené např. s tvrzením o výhodnosti zvoleného postupu např. s ohledem na zájmy pacientů či hospodárnosti za situace, kdy společnost TIMED byla jediným uchazečem. Zároveň však dle názoru soudu tato argumentace nic nemění na tom, že správní delikt spáchán byl, přičemž podmínky posuzování společenské nebezpečnosti správních deliktů na poli veřejných zakázek jsou nastaveny poměrně přísně. V tomto ohledu soud odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu, potažmo na vyjádření žalovaného k žalobě.

[35] Lze tak souhlasit s žalovaným, že materiální znak skutkové podstaty správního deliktu spáchaného žalobcem je naplněn za situace, kdy je jednání zadavatele způsobilé mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Jak vyplývá z judikatury Nejvyššího správního soudu, např. z jeho rozsudku ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012-28, dostupného na www.nssoud.cz, „[v] *projednávané věci je podstatné znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, dle něhož se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Ze zákonného znění přitom expressis verbis plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.*“ Postačí tedy „pouhá“ možnost (potentialita) podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Jak uvedl ve vyjádření k žalobě i žalovaný, v daném případě byla podmínka možného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky splněna, přičemž jednáním žalobce byly naplněny všechny pojmové znaky skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. S ohledem na konkrétní okolnosti věci by v případě vyloučení společnosti TIMED z další účasti v zadávacím řízení zadavatel byl povinen dané zadávací řízení zrušit a zahájit nové zadávací řízení. Přitom tato skutečnost mohla mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť v rámci nově zahájeného zadávacího řízení mohl zadavatel obdržet více nabídek, resp. mohl obdržet výhodnější nabídku od některého z případných uchazečů.

[36] Navíc se ve věci obdobně uplatní judikatura Nejvyššího správního soudu, dle které naplní-li určitá osoba formální znaky skutkové podstaty přestupku (v nyní posuzovaném případě se přitom nejednalo o přestupek, ale o jiný správní delikt, ovšem zde zmíněné principy je třeba vztáhnout i na tuto situaci), je nutno mít za to, že je naplněn i znak materiální, ledaže by existovaly zvláštní okolnosti případu, jež by nebezpečnost příslušného jednání snižovaly natolik, že by materiální znak naplněn nebyl (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 4. 2012, č. j. 7 As 137/2011-10, dostupný na www.nssoud.cz). Jak již také judikoval Nejvyšší správní soud, „[o] *kolnostmi, jež snižují nebezpečnost jednání pro chráněný zájem společnosti pod míru, která je typická pro běžně se vyskytující případy přestupků, mohou být zejména, avšak nikoliv výlučně, význam právem chráněného zájmu, který byl přestupkovým jednáním dotčen, způsob jeho provedení a jeho následky, okolnosti, za kterých byl přestupek spáchán, osoba pachatele, míra jeho zavinění a jeho pohnutka.*

Okolnosti, jež vylučují porušení nebo ohrožení zájmu společnosti, musí být ovšem posuzovány vždy v každém konkrétním případě“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 12. 2009, č. j. 5 As 104/2008-11, publikovaný pod č. 2011/2010 Sb. NSS). Takové okolnosti však dle názoru zdejšího soudu nenastaly, a to i vzhledem k tomu, že v posuzované věci se jednalo poměrně běžný případ zadávacího řízení, kdy i pochybení uchazeče TIMED bylo poměrně „standardní“ a nebyly vykázány takové okolnosti, které by skutečně materiální stránku správního deliktu snižovaly pod společností pod míru, která je typická pro běžně se vyskytující případy.

IV. c) Otázky nepřezkoumatelnosti rozhodnutí předsedy Úřadu, výše sankce a dalšího postupu v řízení

[37] Žalobce v žalobě dále namítal nepřezkoumatelnost rozhodnutí předsedy Úřadu, a to také v důsledku toho, že nebyly dostatečně zohledněny rozkladové námitky. Konkrétně však žalobce neuvádí, v čem měla konkrétně nepřezkoumatelnost daného rozhodnutí spočívat, resp. na které konkrétní rozkladové námitky předseda Úřadu nereagoval. Lze tak spíše mít za to, že žalobce má na mysli, že jeho námitkám nebylo dopráno sluchu takovým způsobem, jakým by si představoval. Odlišný právní názor předsedy Úřadu však v tomto smyslu nelze interpretovat jako nepřezkoumatelnost, ale spíše jako doklad trvajících rozporů v názorech žalobce a správního orgánu. Nad rámec výše uvedeného nedostatku spojeného s nedostatečnou oporou skutkového stavu v obsahu správního spisu však soud žalobcem tvrzenou nepřezkoumatelnost rozhodnutí předsedy Úřadu neshledává.

[38] Pokud jde o námitky týkající se výše sankce, pak soud uvádí, že vzhledem ke zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu nepovažuje za nutné se touto otázkou podrobně zabývat. V dalším řízení bude Úřad pro ochranu hospodářské soutěže na základě doplněného dokazování muset znovu rozhodnout o tom, zda byl spáchán správní delikt spojený s veřejnou zakázkou 1 a podle toho bude povinen opětovně rozhodnout rovněž o výši sankce. V rámci tohoto rozhodování musí pečlivě zvážit, i v rámci toho, zda bude sankci ukládat za spáchání dvou nebo jednoho správního deliktu, jaká byla skutečná společenská nebezpečnost jednání žalobce, za kolik jednotlivých porušení zákona o veřejných zakázkách žalobce postihuje (zejména v souvislosti s veřejnou zakázkou 2), či jaké byly celkové okolnosti eventuálně spáchaných deliktů (opět zejména v případě veřejné zakázky 2 žalobcem zmiňované skutečnosti týkající se počtu uchazečů apod.).

[39] Vzhledem k závěrům formulovaným v tomto rozsudku nerozhodoval soud o návrhu žalobce na moderaci výše uložené sankce.

[40] Krajský soud s ohledem na shora uvedené ruší rozhodnutí předsedy Úřadu dle § 76 odst. 1 písm. b) s. ř. s. Soud přistoupil ke zrušení pouze rozhodnutí předsedy Úřadu, a nikoli také žalovaného, neboť nedostatky správního řízení lze odstranit v rámci (na základě) řízení o rozkladu. V dalším řízení bude muset správní orgán rozhodnout na základě doplněného dokazování zejména o vině žalobce ve vztahu k veřejné zakázce 1 [postup dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách] a následně také o výši sankce.

V. Závěr a náklady řízení

[41] Krajský soud v Brně z výše uvedených důvodů rozhodnutí předsedy Úřadu pro vady

řízení ruší a věc vrací žalovanému k dalšímu řízení [§ 76 odst. 1 písm. b) § 78 odst. 1 a 4 s. ř. s.]; v dalším řízení je žalovaný právním názorem soudu vázán (§ 78 odst. 5 s. ř. s.).

[42] O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl.

[43] Žalobce dosáhl v řízení o žalobě plného úspěchu, a proto má právo na náhradu nákladů řízení vůči žalovanému. Odměna žalobcova advokáta a náhrada hotových výdajů byla stanovena podle § 35 odst. 2 s. ř. s. a vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů. V daném případě se jednalo o tři úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení, žaloba, další podání ve věci samé) a tři režijní paušály, a to ve výši $3 \times 3\,100$ Kč a 3×300 Kč [§ 7 bod 5., § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. a) a d), § 13 odst. 3 advokátního tarifu], tedy celkem 10 200 Kč. Protože advokát žalobce je plátcem daně z přidané hodnoty, zvyšují se náklady řízení o částku 2 142 Kč, odpovídající dani (21 %), kterou je povinen z odměny za zastupování a z náhrad hotových výdajů odvést podle zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty (§ 57 odst. 2 s. ř. s.). Žalobci dále přísluší náhrada za zaplacený soudní poplatek za žalobu ve výši 3 000 Kč.

[44] Celkem tedy byla žalobci vůči žalovanému přiznána náhrada nákladů ve výši 15 342 Kč. K jejímu zaplacení soud určil přiměřenou lhůtu.

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

V Brně dne 27. června 2017

JUDr. Zuzana Bystřická, v.r.
předsedkyně senátu