



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Jana Passera a soudců JUDr. Michala Mazance a Mgr. Davida Hipšra v právní věci žalobce: **Fakultní nemocnice Olomouc**, se sídlem I. P. Pavlova 6, Olomouc, zastoupeného JUDr. Karlem Vítkem, advokátem se sídlem Dobrovského 25, Olomouc, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 28. 2. 2012, čj. ÚOHS-R235/2011/VZ-4024/2012/310/IPs, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 29. 5. 2014, čj. 29 Af 65/2012 – 89,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se z a m í t á .**
- II. Žalobce **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovanému **se n e p ř i z n á v á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

O d ů v o d n ě n í :

I.

1. Rozhodnutím ze dne 27. 9. 2011, čj. ÚOHS-S257/2010/VZ-17876/2010/520/Ema, žalovaný shledal žalobce vinným ze spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Deliktů se měl dopustit tím, že v rozporu s § 21 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách zadal následující veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky stanovené § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách: 1) veřejná zakázka „FN Olomouc - modernizace RTG pracoviště“ oznámená v informačním systému o veřejných zakázkách dne 24. 1. 2008 pod ev. č. 60014263; 2) veřejná zakázka „FN Olomouc

– modernizace pracoviště CT“ oznámená v informačním systému o veřejných zakázkách dne 11. 7. 2008 pod ev. č. 60019862; 3) veřejná zakázka „FN Olomouc – modernizace radioterapeutického pracoviště onkologické kliniky“ oznámená v informačním systému o veřejných zakázkách dne 18. 7. 2008 pod ev. č. 60020044; 4) veřejná zakázka „Modernizace a rozšíření UZ přístroje Image Point“ oznámená v informačním systému o veřejných zakázkách dne 6. 10. 2009 pod ev. č. 60036948. Za spáchání deliktů žalovaný uložil žalobci pokutu ve výši 500 000 Kč.

2. Rozhodnutím ze dne 28. 2. 2012, čj. ÚOHS-R235/2011/VZ-4024/2012/310/IPs, předseda žalovaného zamítl rozklad žalobce a potvrdil rozhodnutí žalovaného.

II.

3. Žalobce napadl rozhodnutí předsedy žalovaného žalobou u Krajského soudu v Brně, který ji rozsudkem ze dne 29. 5. 2014, čj. 29 Af 65/2012 – 89, zamítl. Rozsudek krajského soudu je, stejně jako všechna dále citovaná rozhodnutí správních soudů, dostupný na www.nssoud.cz a soud na něj pro stručnost zcela odkazuje.

III.

4. Žalobce (stěžovatel) brojil proti rozsudku krajského soudu kasační stížností z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) s. ř. s.

5. Stěžovatel měl za to, že v oblasti správního trestání je třeba klást přísné nároky na průběh řízení a dokazování, a nesouhlasil s krajským soudem, že procesní pochybení žalovaného neměla vliv na zákonnost obou správních rozhodnutí.

6. Žalovaný nesprávně vymezil předmět řízení, pokud v oznámení o zahájení řízení ze dne 21. 7. 2010 odkázal na jiné existující veřejné zakázky. Nejednalo se přitom o písarskou chybu, ale o „zásadní věcnou chybu“, kterou žalovaný zopakoval v několika dokumentech, včetně žádosti o zpracování znaleckého posudku ze dne 3. 6. 2010. Chyba se objevila i v posudku ze dne 15. 6. 2010, což přispělo k jeho celkové vadnosti.

7. Dále stěžovatel neměl možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí čj. ÚOHS-S257/2010/VZ-17876/2010/520/Ema před jeho vydáním. Navíc žalovaný vydal rozhodnutí překvapivě dříve, než vypořádal námitky proti oběma posudkům Ing. Jelínka.

8. Od počátku správního řízení a následně v soudním řízení stěžovatel namítal zásadní metodické a obsahové vady znaleckých posudků Ing. Jelínka ze dne 15. 6. 2010, č. 375-19-2010, a ze dne 7. 4. 2011, č. 402-05-2011. Ing. Jelínek zpracoval první posudek ještě před zahájením řízení, proto se nejedná o znalecký posudek ve smyslu § 56 správního řádu, ale pouze o listinný důkaz. Ve vztahu k druhému posudku stěžovatel marně namítal podjatost znalce, který již v prvním posudku vyjádřil názor na věc (v této souvislosti stěžovatel odkázal na rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 18. 3. 1986, sp. zn. 6 Tz 4/86).

9. Před zpracováním prvního posudku Ing. Jelínek neprovedl prohlídku přístrojů, jejichž porizení se veřejné zakázky týkaly, ani si nevyžádal jejich technickou dokumentaci. Prohlídku přístrojů na místě provedl až dne 12. 10. 2010. Na tuto prohlídku pak odkazoval v posudku ze dne 7. 4. 2011, přestože zadání druhého posudku mu žalovaný zaslal až dne 1. 3. 2011. Skutečnost, že v prvním případě znalec vypracoval posudek bez provedení

fyzické prohlídky přístrojů a ve druhém případě se spolehl na prohlídku provedenou dříve, než znal zadání posudku, představuje zásadní metodické pochybení Ing. Jelínka. Krajský soud pochybil, odmítl-li se zabývat namítaným pochybením s tím, že se jedná o odpovědnost znalce samotného.

10. Posudek Ing. Jelínka ze dne 15. 6. 2010 obsahoval i značné množství faktických tvrzení, která byla následně vyvrácena zejména na základě stanovisek výrobců a dodavatelů zdravotnických přístrojů. Nepravdivými se ukázala především tvrzení znalce o nemožnosti modernizace analogového RTG přístroje na digitální, stejně jako modernizace na vícedetektorový systém, jinak než výměnou za nový přístroj. Dále Ing. Jelínek projevil neznalost vzájemné návaznosti jednotlivých výrobců medicínské techniky (např. uvedl, že přístroj značky Philips nebylo možné modernizovat na přístroj značky Elekta, ač se technologicky jednalo o nástupnický model). Tyto i další faktické vady, stejně jako skutečnost, že Ing. Jelínek porovnával jednotlivé přístroje za použití fotografií, které neřídka vyobrazovaly zcela jiná zařízení, činí posudek značně nepřesvědčivým. Neodborný přístup znalce Ing. Jelínka byl patrný i z jeho posudku ze dne 7. 4. 2011, ve kterém opakovaně vyjádřil právní názor na to, jakým způsobem mělo být provedeno zadávací řízení.

11. Žalovaný a jeho předseda založili svá rozhodnutí zejména na nepřesvědčivých a vadných posudcích Ing. Jelínka. Stěžovatelem předložený posudek prof. Hrabovského ze dne 8. 9. 2010, č. 0345/2010, přitom dospěl k odlišným závěrům. Zatímco Ing. Jelínek uzavřel, že modernizace předmětných lékařských přístrojů byla provedena jejich výměnou za jiné, prof. Hrabovský odmítl takto zjednodušující pohled a shledal, že se jednalo o modernizaci pracovišť jako celků. Za této situace mělo být zadáno vypracování revizního posudku, který by rozpory odstranil. Žalovaný pochybil, pokud místo toho hledal společná východiska posudků Ing. Jelínka a prof. Hrabovského. Stěžovatel s odkazem na rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9. 2. 2011, sp. zn. 22 Cdo 1561/2010, připomněl, že ke znaleckým posudkům nelze přistupovat nekriticky a jejich závěry bez dalšího přebírat.

12. Krajský soud pochybil i v hmotněprávním posouzení věci, neshledal-li naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Z důkazů předložených stěžovatelem, zejména z posudků prof. Hrabovského a prof. Brady, vyplynulo, že postup stěžovatele byl odůvodněn povahou poptávaných přístrojů, které byly součástmi jednotlivých promyšlených a technicky složitých pracovišť. Stěžovatel musel brát ohled na technickou historii pracovišť, návaznost a kompatibilitu jednotlivých prvků systému.

13. Závěrem stěžovatel zpochybnil názor krajského soudu, že podle § 75 odst. 1 s. ř. s. nemohl přihlídnout k rozhodnutí žalovaného čj. ÚOHS-S180/2012/VZ-14446/2012/520/JOn, ze dne 2. 8. 2012, které žalovaný vydal až po nabytí právní moci rozhodnutí napadeného žalobou. V namítaném rozhodnutí žalovaný posuzoval postup Thomayerovy nemocnice při zadání veřejné zakázky „Upgrade CT přístroje SOMATOM Sensation 4 na SOMATOM Definition AS“ formou jednacího řízení bez uveřejnění. Skutkové okolnosti byly obdobné stěžovatelově věci, žalovaný ale v případě Thomayerovy nemocnice neshledal spáchání deliktu. Stěžovatel měl za to, že zcela opačné rozhodnutí obdobné věci za účinnosti stejné právní úpravy, jen pět měsíců poté, nesvědčí o dodržování principu rovnosti a zákonnosti. Krajský soud měl

konfrontovat žalovaného s jeho nekonzistentní rozhodovací praxí a žádat po něm vyjádření.

IV.

14. Podle žalovaného stěžovatel neuvedl, v jakém rozsahu a z jakých důvodů napadl rozsudek krajského soudu. Stěžovatel pouze zopakoval tvrzení uplatněná předtím ve správním řízení a následně před krajským soudem a brojil zejména proti oběma správním rozhodnutím. Argumenty stěžovatele, napadající především procesní postup žalovaného a nesprávné označení předmětu řízení, již byly vypořádány oběma správními instancemi, a správnost jejich závěrů potvrdil krajský soud. Namítal-li stěžovatel vady znaleckých posudků Ing. Jelínka, žalovaný se ztotožnil se závěrem krajského soudu, že i ze znaleckého posudku předloženého stěžovatelem vyplynul shodný závěr, že zdravotnické přístroje, jichž se týkala předmětná výběrová řízení, byly nahrazeny novými, přičemž bylo možné specifikovat obecné požadavky na parametry poptávaných přístrojů z hlediska zajištění kompatibility se stávajícím vybavením pracovišť. Tato zjištění byla rozhodující pro shledání stěžovatele vinným ze spáchání správních deliktů.

15. Dále žalovaný připomněl, že posudek Ing. Jelínka ze dne 15. 6. 2010 byl zpracován ve fázi přezkoumávání podnětu k zahájení správního řízení. Znalci proto nelze vyčítat, že neprovedl prohlídku přístrojů na místě. Nepodrobil-li krajský soud posudek v tomto ohledu zásadní kritice, není tím založena nepřezkoumatelnost rozsudku, protože soud svůj závěr zdůvodnil. Žalovaný odmítl, že by znalecké posudky Ing. Jelínka byly vadné a svědčily o neobornosti znalce. Obsahovaly-li místy právní hodnocení, žalovaný tyto úsudky nebral v potaz. Odbornou část posudků znalec vypracoval řádně a námitky vznesené stěžovatelem nemohly ovlivnit závěry žalovaného. K posouzení pravdivosti námitek týkajících se odborných tvrzení se žalovaný nemohl vyjádřit, protože nemá příslušné odborné znalosti.

16. Stěžovatel nevznesl nové argumenty ohledně naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Žalovaný proto odkázal na správní rozhodnutí, která se s touto otázkou vypořádala.

V.

17. V replice k vyjádření žalovaného stěžovatel zdůraznil, že napadl rozsudek krajského soudu v celém rozsahu a kasační stížnost podrobně odůvodnil.

18. Stěžovatel souhlasil s žalovaným, že námitky vznesené proti znaleckým posudkům Ing. Jelínka nejsou nové. Od začátku namítal stejné vady posudků a žalovanému vytkl, že tyto námitky ignoroval. Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že se „domnívá, že námitky vůči znaleckému posudku, vznášené stěžovatelem v kasační stížnosti nelze mít za takové, jež by mohly mít vliv na závěry Úřadu. Pokud jde o jejich pravdivost, nemůže se k nim účastník vyjádřit, neboť jde ve většině případů o odborné záležitosti, o nichž nemá účastník znalosti a jejich správnost by si musel ověřit dalším znaleckým posudkem.“ Ve správním řízení přitom stěžovatel navrhl zpracování revizního posudku, který by vysvětlil a odstranil vady posudků Ing. Jelínka. Žalovaný tomuto návrhu nevyhověl, přestože nyní přiznal, že námitky stěžovatele nemohl vypořádat sám bez zadání dalšího posudku.

19. Závěrem stěžovatel upozornil, že žalovaný nevyužil možnosti vyjádřit se ke svému rozhodnutí čj. ÚOHS-S180/2012/VZ-14446/2012/520/JOn, kterým neshledal spáchání přestupku v obdobné věci, a to za použití podobných argumentů, které namítl stěžovatel.

VI.

20. Žalovaný k replice stěžovatele konstatoval, že nezadal vypracování revizního znaleckého posudku, protože stěžovatelem uplatněné námitky vůči posudku Ing. Jelínka nemohly ovlivnit posouzení věci samé. Všechny znalecké posudky, včetně toho předloženého stěžovatelem, se shodovaly v závěrech, které byly podstatné pro rozhodnutí o spáchání správního deliktu.

VII.

21. Stěžovatel znovu upozornil, že se žalovaný nevyjádřil ke svému rozhodnutí ve věci Thomayerovy nemocnice (čj. ÚOHS-S180/2012/VZ-14446/2012/520/JOn). Navrhl, aby si Nejvyšší správní soud vyžádal spis žalovaného v této věci a přihlédl k ní při rozhodování o kasační stížnosti.

22. Závěrem stěžovatel zopakoval, že pouze posudek Ing. Jelínka ze dne 7. 4. 2011 měl atributy znaleckého posudku podle § 56 správního řádu. Ostatní posudky měly charakter listinných důkazů. Byl-li znalecký posudek vadný a celkově nepřesvědčivý, měl žalovaný odstranit vady pomocí revizního posudku, a to tím spíše, že se jednalo o rozhodující důkaz ve věci trestní povahy.

VIII.

23. Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3, 4 s. ř. s.).

24. Kasační stížnost není důvodná.

25. Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval námitkou nesprávného vymezení předmětu řízení v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 21. 7. 2010, čj. ÚOHS-S257/2010/VZ-10507/2010/520/Ema.

26. Správní orgán je povinen dostatečně přesně skutkově vymezit jednání, které považuje za deliktní, aby stíhaný subjekt mohl realizovat své právo na obhajobu; pokud v průběhu řízení vyjdou najevo další skutečnosti ukazující na existenci deliktního jednání dosud nevytýkaného, správní orgán musí „rozšířit obvinění“ a poskytnout subjektu správního řízení možnost přizpůsobit svou obhajobu (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 3. 2011, čj. 2 Afs 91/2009 – 149). Popis skutku v oznámení o zahájení řízení, včetně případných následných modifikací, musí v podstatných rysech odpovídat jeho vymezení v meritorním rozhodnutí.

27. Oznámením o zahájení správního řízení žalovaný sdělil žalobci, že spatřuje možné spáchání správních deliktů ve volbě druhu zadávacího řízení ve veřejných zakázkách 1. „FN Olomouc – modernizace RTG pracoviště“, 2. „Modernizace a rozšíření verifikačního systému lineárního urychlovače pro onkologickou kliniku“, 3. „Rozšíření

plánovacího systému lineárního urychlovače pro onkologickou kliniku“, č. 4. „Modernizace a rozšíření UZ přístroje Image Point“. Ke zmíněným veřejným zakázkám dále doplnil podrobnější informace, které ale v případech popsanych pod č. 2 a 3 odpovídaly jiným zakázkám, ve kterých stěžovatel figuroval jako zadavatel. Skutkové okolnosti uvedené k zakázce č. 2 (smlouva o dílo, písemná zpráva zadavatele podle § 85 zákona o veřejných zakázkách) se vztahovaly k zakázce „FN Olomouc – modernizace pracoviště CT“ a pod č. 3 byla blíže popsána zakázka „FN Olomouc – modernizace radioterapeutického pracoviště onkologické kliniky“. Žalovaný zopakoval nesprávné označení předmětných veřejných zakázek i v usnesení ze dne 21. 7. 2010, čj. ÚOHS-S257/2010/VZ-10509/2010/520/Ema, a ze dne 4. 8. 2010, čj. ÚOHS-S257/2010/VZ-11453/2010/520/Ema, kterými prodloužil lhůty, dokdy účastníci mohli činit návrhy ve věci, vyjadřovat svá stanoviska a vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Rozhodnutím ze dne 8. 9. 2010, čj. ÚOHS-S257/2010/VZ-13202/2010/520/Ema, žalovaný opravil citovaná usnesení ve výroku tak, že pod bodem č. 2 měla být uvedena veřejná zakázka „FN Olomouc – modernizace pracoviště CT“ a pod bodem č. 3 veřejná zakázka „FN Olomouc – modernizace radioterapeutického pracoviště onkologické kliniky“. V odůvodnění upřesnil, že opravené nesprávnosti byly obsaženy i v oznámení o zahájení správního řízení.

28. Dne 13. 9. 2010 stěžovatel zaslal žalovanému své stanovisko a vyjádření k podkladům rozhodnutí. Upozornil, že oznámení o zahájení řízení obsahovalo nesprávné označení předmětu řízení pod body č. 2 a 3 a dále obsáhle argumentoval k jednotlivým „správným“ veřejným zakázkám, tj. k zakázkám 1) „FN Olomouc – modernizace RTG pracoviště“, 2) „FN Olomouc - modernizace pracoviště CT“, 3) „FN Olomouc – modernizace radioterapeutického pracoviště onkologické kliniky“ a 4) „Modernizace a rozšíření UZ přístroje Image Point“. Ke svému podání přiložil znalecký posudek, který nechal zpracovat prof. RNDr. Miroslavem Hrabovským, DrSc. I znalec posuzoval „správné“ (ve smyslu opravného rozhodnutí) veřejné zakázky. Zakázku pod bodem č. 2 označil podle předmětné smlouvy o dílo „Modernizace a rozšíření souboru počítačového tomografu“ (plnění tvořící předmět veřejné zakázky „FN Olomouc – modernizace pracoviště CT“) a zakázku č. 3 jako „Modernizace a rozšíření lineárního urychlovače“ (plnění tvořící předmět veřejné zakázky „FN Olomouc – modernizace radioterapeutického pracoviště onkologické kliniky“). V úvodu posudku upřesnil, že žalovaný označil tyto položky v oznámení o zahájení správního řízení pod názvem „Modernizace a rozšíření verifikačního systému lineárního urychlovače pro onkologickou kliniku“, resp. „Rozšíření plánovacího systému lineárního urychlovače pro onkologickou kliniku“.

29. Z uvedeného je patrné, že v oznámení o zahájení správního řízení žalovaný nesprávně označil veřejné zakázky pod body č. 2 a 3, ale tato skutečnost neovlivnila stěžovatelovo právo na obhajobu. Stěžovatel od počátku řízení argumentoval k veřejným zakázkám, v jejichž zadání formou jednacího řízení bez uveřejnění žalovaný spatřoval možný delikt. Skutečnou „totožností“ zakázek si byl natolik jistý, že k jejich posouzení nechal vypracovat posudek znalce prof. Hrabovského. Opravné rozhodnutí žalovaného proto nepředstavovalo materiální změnu vymezení skutku, ale pouze opravu chybného označení. Dále je na místě upozornit, že oprava se netýkala meritorního rozhodnutí, ale jen procesních usnesení, a žalovaný ji provedl v průběhu správního řízení. Měl-li žalovaný za to, že opravným rozhodnutím bylo zasaženo do jeho právní sféry, mohl proti němu brojít odvoláním. Pokud by opravné rozhodnutí znamenalo změnu skutkového vymezení

jednání, v němž žalovaný spatřoval správní delikt, stěžovatel mohl tímto směrem upravit svou argumentaci. Stěžovatel se ale proti oprávněnému usnesení neodvolal a vlastní obhajobu nemusel měnit ani doplňovat, protože se od počátku vyjadřoval ke „správným“ veřejným zakázkám. Námitka nesprávného vymezení předmětu řízení, kterou stěžovatel uplatnil v rozkladu proti rozhodnutí žalovaného, v žalobě i v kasační stížnosti, byla zcela formální a nemohla obstát.

30. Stěžovatel tvrdil, že chybné označení zakázek č. 2 a 3 mělo vliv i na správnost posudku Ing. Jelínka ze dne 15. 6. 2010. Žádost o zpracování znaleckého posudku ze dne 3. 6. 2010, čj. ÚOHS-P672/2009/VZ-5411/2010/520/Ema, obsahovala chybné označení veřejných zakázek č. 2 a 3, ale dotazy položené znalci k zodpovězení, stejně jako všechny přílohy (výzvy k podání nabídek, smlouvy o dílo a písemné zprávy zadavatele), se vztahovaly ke správným veřejným zakázkám. Ing. Jelínek v posudku ze dne 15. 6. 2010 přejal chybné označení zakázek, ale věcně se vyjádřil k zakázkám, které byly předmětem správního řízení. Ani tato námitka proto nebyla důvodná.

31. Dále se kasační soud zabýval tvrzením stěžovatele, že neměl možnost se vyjádřit k podkladům rozhodnutí žalovaného čj. ÚOHS-S257/2010/VZ-17876/2010/520/Ema před jeho vydáním.

32. Usnesením ze dne 21. 7. 2010, čj. ÚOHS-S257/2010/VZ-10509/2010/520/Ema, žalovaný stanovil lhůtu pro navrhování důkazů, činění návrhů a vyjadřování stanovisek do 2. 8. 2010 a lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí do 4. 8. 2010. Následně lhůty prodloužil do 13. 9. 2010, resp. 15. 9. 2010, usnesením ze dne 4. 8. 2010, čj. ÚOHS-S257/2010/VZ-11453/2010/520/Ema. V návaznosti na stanovisko stěžovatele ze dne 13. 9. 2010 žalovaný dospěl k závěru o nutnosti nechat vypracovat další znalecký posudek, lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí již ale výslovně nestanovil.

33. Usnesením ze dne 13. 4. 2011, čj. ÚOHS-S257/2010/VZ-5853/2011/520/Ema, žalovaný stanovil účastníkům řízení lhůtu do 22. 4. 2011 k vyjádření ke znaleckému posudku Ing. Jelínka ze dne 7. 4. 2011. K žádosti stěžovatele prodloužil tuto lhůtu do 6. 5. 2011 usnesením ze dne 19. 4. 2011, čj. ÚOHS-S257/2010/VZ-6167/2011/520/Ema. Stěžovatel se k posudku vyjádřil podáním ze dne 6. 5. 2011, další subjekty, které žalovaný označil za účastníky řízení, se k posudku vyjádřily dne 2. 5. 2011 (TRANSKONTAKT – MEDICAL, s. r. o. – vybraný uchazeč ve veřejné zakázce „FN Olomouc – modernizace radioterapeutického pracoviště onkologické kliniky“) a 5. 5. 2011 (CHIRONAX ESTRAL, spol. s r. o. – vybraný uchazeč ve veřejných zakázkách „FN Olomouc – modernizace RTG pracoviště“ a „FN Olomouc - modernizace pracoviště CT“); vybraný uchazeč ve veřejné zakázce „Modernizace a rozšíření UZ přístroje Image Point“, S & T Plus, s. r. o., se k posudku nevyjádřil. Žalovaný neuvědomil stěžovatele o zmíněných vyjádřeních, nestanovil další lhůtu pro vyjádření k podkladům a dne 27. 9. 2011 ve věci meritorně rozhodl.

34. Účelem § 36 odst. 3 správního řádu je umožnit účastníkům řízení seznámit se s obsahem správního spisu v době bezprostředně předcházející vydání rozhodnutí, tj. v době, kdy mezi seznámením se s podklady a vydáním rozhodnutí již není správní spis doplňován o další důkazní prostředky (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 2. 2010, čj. 8 Afs 21/2009 – 243 nebo ze dne 6. 6. 2013, čj. 1 As 24/2013 – 28). V

rozsudku čj. 8 Afs 21/2009 – 243 soud vyložil, že není porušením § 36 odst. 3 správního řádu, pokud souběžně s oznámením o zahájení řízení správní orgány stanoví účastníkům lhůtu pro činění návrhů a vyjadřování stanovisek a pozdější lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí. Účastníci pak mohou oprávněně očekávat, že se v době mezi uplynutím dřívější a pozdější lhůty budou moci seznámit s kompletními podklady rozhodnutí, které již správní orgán nedoplní, ledaže by je o tom informoval (obdobně též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 11. 2014, čj. 9 As 42/2014 – 35). „*Pokud by správní orgán vyšel z podkladů rozhodnutí, které byly založeny do správního spisu až po výzvě k seznámení se s podklady rozhodnutí, resp. které nebyly účastníkovi řízení známy, bylo by možno shledat vadu řízení mající za následek nezákonnost rozhodnutí*“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 4. 2014, čj. 6 Ads 67/2013 – 48). Doplní-li správní orgán spis o další důkazy po uplynutí lhůty pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí, aniž by o tom účastníka řízení informoval, dopustí se procesního pochybení, ale toto pochybení nebude mít vliv na zákonnost jeho rozhodnutí, „*pokud došlo k doplnění jen takových podkladů, které nejsou rozhodné pro posuzovanou věc*“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 6. 2014, čj. 3 As 87/2013 – 31; obdobně též rozsudek čj. 6 Ads 67/2013 – 48). Jinými slovy, pro úspěšnost námitky nemožnosti vyjádřit se k podkladům rozhodnutí je nezbytné, „*aby žalobce upřesnil podklady, jež neměl k dispozici, a jakým způsobem takové pochybení správního orgánu mohlo ovlivnit vydané meritorní rozhodnutí*“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 6. 2011, čj. 8 As 28/2011 – 78).

35. V posuzované věci žalovaný pochybil, pokud usnesením čj. ÚOHS-S257/2010/VZ-5853/2011/520/Ema a čj. ÚOHS-S257/2010/VZ-6167/2011/520/Ema určil pouze lhůtu pro vyjádření ke znaleckému posudku Ing. Jelínka ze dne 7. 4. 2011, aniž by zároveň určil novou lhůtu pro vyjádření se k podkladům řízení nebo uvědomil stěžovatele o dalších podáních, která doplnil do spisu. Toto pochybení ale nemělo vliv na zákonnost rozhodnutí žalovaného, protože listiny doplněné do spisu nebyly rozhodné pro posuzovanou věc. Žalovaný založil své rozhodnutí na tom, že stěžovatel neprokázal naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění (k tomu viz níže). Tento závěr neovlivnilo vyjádření společnosti TRANSKONTAKT – MEDICAL, s. r. o. ze dne 2. 5. 2011, ani vyjádření společnosti CHIRONAX ESTRAL, spol. s r. o. ze dne 5. 5. 2011. Ostatně stěžovatel ani netvrdil, že by se posouzení věci mohlo jakkoliv změnit, kdyby se žalovaný nedopustil předmětného procesního pochybení a umožnil stěžovateli se k těmto listinám vyjádřit. Námitka stěžovatele proto neobstála. Na okraj kasační soud poznamenal, že souhlasil s krajským soudem, že podle § 116 zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012, měl být účastníkem řízení pouze stěžovatel jako zadavatel, nikoliv také jednotliví vybraní uchazeči, protože předmětem řízení nebylo přezkoumání rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo rozhodnutí o výběru nejvhodnějšího návrhu. Tato skutečnost ale neměla vliv na posouzení kasační námitky stěžovatele.

36. Následně se kasační soud zabýval námitkami stěžovatele ohledně vadnosti posudků Ing. Jelínka a naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. V prvním případě se sice jednalo o námitku procesního pochybení žalovaného při zjišťování skutkového stavu a v druhém případě o námitku nesprávného hmotněprávního posouzení, řešení obou otázek ale vzájemně souviselo.

37. Stěžovatel zadal předmětné veřejné zakázky v tzv. jednacím řízení bez uveřejnění. Jedná se o jediný druh zadávacího řízení podle zákona o veřejných zakázkách, ve kterém zadavatel neoznamuje svůj úmysl zadat veřejnou zakázku neomezenému počtu dodavatelů (s výjimkou zjednodušeného podlimitního řízení). Použitím jednacího řízení bez uveřejnění proto z povahy věci dochází k omezení (v případě oznámení úmyslu omezenému počtu zájemců) či vyloučení (v případě oznámení úmyslu jedinému zájemci – jako v posuzované věci) hospodářské soutěže (srov. Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 301). Zadavatel může použít jednací řízení bez uveřejnění jen za podmínek stanovených v § 23 zákona o veřejných zakázkách, jinak musí využít jiný způsob (§ 21 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách).

38. Stěžovatel měl za to, že v případě posuzovaných veřejných zakázek byla splněna podmínka použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, tedy že *„veřejná zakázka [mohla] být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem“*. Toto ustanovení transponuje čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby. Ke shodně formulovanému ustanovení čl. 9 písm. b) směrnice Rady 71/305/EHS o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Council Directive 71/305/EEC concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts) Soudní dvůr uvedl, že toto ustanovení musí být vykládáno restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících zadání zakázky určitému dodavateli nese ten, kdo se jich dovolává (rozsudek ze dne 10. 3. 1987 Komise proti Itálii, 199/85, bod 14). V rozsudku ze dne 18. 5. 1995 Komise proti Itálii, C-57/94, Soudní dvůr upřesnil, že zadavatel musí prokázat nejen existenci „technických důvodů“, ale také, že kvůli těmto technickým důvodům bylo „naprosto nezbytné“ („*absolutely essential*“) zadat zakázku určitému uchazeči (bod 24 rozsudku). Obdobně se Soudní dvůr vyjádřil ke shodně formulovanému čl. 7 odst. 3 písm. b) směrnice Rady 93/37/EHS o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce v rozsudku ze dne 14. 9. 2004 Komise proti Itálii, C-385/02, a dodal, že návaznost jednotlivých prací týkajících se složitých projektů (jednalo se o stavbu protipovodňových opatření) byla „technickým důvodem“, ale že pouhé tvrzení o složitosti a náročnosti prací, jichž se veřejná zakázka týkala, nepostačovalo k prokázání, že zakázka mohla být provedena jen určitým zhotovitelem (bod 21 rozsudku).

39. Citovaná judikatura Soudního dvora se plně uplatní při výkladu § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Nejvyšší správní soud potvrdil v rozsudku ze dne 11. 1. 2013, čj. 5 Afs 43/2012 – 54, že jednací řízení bez uveřejnění lze použít pouze výjimečně, pokud *„uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku“*, přičemž důkazní břemeno ohledně naplnění zákonných podmínek nese zadavatel. Ohledně způsobitelných technických důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách soud upřesnil, že *„mohou spočívat např. v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility, v požadavku odůvodněném také technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění“*.

40. V posuzované věci bylo na stěžovateli, aby prokázal, že předmětné veřejné zakázky mohly být splněny z technických důvodů pouze vybranými uchazeči. Podle kasačního soudu toto důkazní břemeno neunesl a ani to netvrdil. V kasační stížnosti stěžovatel odůvodnil svůj postup podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách následovně: *„V daném případě se jedná o vysoce sofistikované, tedy promyšlené a technicky složité pracoviště, složené z jednotlivých aktivních i pasivních technických prvků a každý z těchto prvků musí splňovat řadu stěžejních parametrů, aby mohl v rámci komplexního systému kvalitně fungovat. Přístroj je jen prvkem (byť drahým prvkem) tohoto pracoviště a je nutné brát ohled na technickou historii (minulost) pracoviště, technické návaznosti, náročnost technické obsluhy, servisu, informačního systému a návaznosti dlouhodobého vědeckého výzkumu (důvěryhodnost a kompatibilita dlouhodobých vědeckých informací).“* Toto tvrzení ale vypovídá pouze o existenci „technických důvodů“, nikoliv o „absolutní nezbytnosti“ zadat předmětné zakázky určitým dodavatelům (srov. výše citované rozsudky Soudního dvora C-57/94 a C-385/02).

41. Těžiště stěžovatelovy argumentace spočívalo ve zpochybnění znaleckých posudků, které si žalovaný nechal zpracovat Ing. Jelínkem. Stěžovatel zcela pominul, že žalovaný nenesl důkazní břemeno ohledně nesplnění podmínek pro použití jednacního řízení bez uveřejnění, ale že to byl on sám, kdo musel prokázat, že podmínky byly naplněny. K tomuto účelu přitom nemohl sloužit posudek prof. Hrabovského předložený stěžovatelem v průběhu správního řízení. V úvodu posudku znalec vymezil, že jeho úkolem bylo *„posoudit modernizaci a způsob provozování těchto pracovišť [jichž se týkaly předmětné veřejné zakázky] v kontextu se způsobem pořízení tohoto majetku.“* Zadáni pak odpovídalo celkové vyznění posudku, jehož vyústěním bylo doporučení posuzovat dané zakázky *„jako modernizaci (upgrade) příslušného pracoviště, nikoliv jako upgrade samostatných a provozně nezávislých přístrojů/zařízení bez ostatních medicínsko-technických vazeb a vybavení, které jsou logicky pro efektivní provoz takovýchto pracovišť nutné a nezbytné.“* Znalec se nevyjádřil k tomu, zda mohli z technických důvodů zakázky splnit pouze vybraní dodavatelé. Znalec se nejvíce dotkl otázky výběru konkrétních dodavatelů v závěru posudku: *„FNOL [stěžovatel] také deklarovala a preferovala upgrade předmětných přístrojů/zařízení od původních výrobců z důvodů kontinuity medicínské, technické, také z důvodů oprav a servisu a především z důvodu dříve získaného ojedinělého know-how lidského (lékařského týmu), vysoce specializovaného medicínskému potenciálu, jehož existence, kompatibilita a zkušenost s příslušnou technikou je nejdůležitější podmínkou efektivní existence příslušného pracoviště FNOL.“* Preference stěžovatele ale nic nevypovídají o objektivní možnosti jiných než vybraných dodavatelů splnit předmětné zakázky. „Preference“ naopak předpokládá možnost výběru z více variant.

42. O naplnění podmínek podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách nevypovídal ani posudek prof. Brady ze dne 12. 9. 2011, který stěžovatel doložil v průběhu řízení o rozkladu proti rozhodnutí žalovaného. Tento posudek, jenž byl vypracován primárně pro účely trestního řízení proti MUDr. R. M., se věnoval otázce, zda nákupem nových přístrojů stěžovateli vznikla škoda. Znalec souhlasil s posudkem prof. Hrabovského, že se jednalo o modernizaci pracovišť, a dospěl k závěru, že vyměněná zařízení již byla zastaralá a nákup nových přístrojů byl prospěšný. K možnosti splnění zakázek jiným dodavatelem se posudek nevyjádřil.

43. Stěžovatel by unesl důkazní břemeno ohledně splnění podmínek použití jednacího řízení bez uveřejnění, pokud by z jím předloženého posudku či jiných důkazů jednoznačně vyplynulo, že z důvodu kompatibility se zbývajících součástmi zdravotnických pracovišť bylo jediným možným řešením pořídit nové přístroje od původních výrobců nebo jejich technologických pokračovatelů a zároveň, že vybraní dodavatelé byli výhradními distributory těchto přístrojů. „Jediným možným řešením“ je přitom třeba rozumět jediné ekonomicky přijatelné řešení; např. vždy je možné uvažovat o vybudování nového pracoviště tzv. na zelené louce, což by ale mohlo být zjevně nesmyslné vedle možnosti zadat původnímu dodavateli výměnu pouze jedné z mnoha součástí pracoviště. Následně, pokud by žalovaný stále měl pochybnosti o naplnění podmínek podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, bylo by na něm, aby jejich splnění vyvrátil (srov. rozsudek čj. 5 Afs 43/2012 – 54). V posuzované věci ale stěžovatel důkazní břemeno neunesl. Nechal-li žalovaný v reakci na posudek prof. Hrabovského vypracovat další posudek Ing. Jelínka ohledně možnosti poptávat zařízení od jiných dodavatelů, jednal nad rámec potřebného dokazování, a námitky stěžovatele proti tomuto posudku nemohly nic změnit na závěru, že stěžovatel neprokázal splnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Stejně tak nemohly obstát námitky věcné nesprávnosti prvního posudku Ing. Jelínka (ze dne 15. 6. 2010), který stěžovatel nechal vypracovat ještě před zahájením správního řízení za účelem přezkoumání podnětu k zahájení správního řízení. Skutečnost, zda se jednalo o znalecký posudek ve smyslu § 56 správního řádu, přitom nebyla pro posouzení věci rozhodná.

44. Neobstála ani námitka, že krajský soud nezohlednil rozhodnutí žalovaného ze dne 2. 8. 2012, čj. ÚOHS-S180/2012/VZ-14446/2012/520/JOn (dostupné na www.uohs.cz), týkající se zadání veřejné zakázky „Upgrade CT přístroje SOMATOM Sensation 4 na SOMATOM Definition AS“ v jednacím řízení bez uveřejnění. I v této věci žalovaný trval na tom, že bylo na zadavateli, „aby prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky“ (odst. 29 rozhodnutí). Zadavatel (Thomayerova nemocnice) zdůvodnil existenci jediného možného dodavatele zejména nutností využít autorsky chráněné programové vybavení, k čemuž byl oprávněn jen dodavatel původního přístroje (odst. 45 a 46 rozhodnutí). Skutečnost, že dodávku mohl realizovat jediný uchazeč, potvrdil ustanovený znalec (odst. 48 rozhodnutí) a závěrem se s ní ztotožnil i žalovaný, který proto řízení o možném spáchání správního deliktu zastavil. Úkolem kasačního soudu nebylo zabývat se správností závěru žalovaného o prokázání naplnění podmínek podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách jiným zadavatelem v jiném správním řízení. Pro posuzovanou věc bylo podstatné, zda splnění těchto podmínek v nyní posuzovaném správním řízení prokázal stěžovatel. Nejvyšší správní soud souhlasil s žalovaným i krajským soudem, že nikoliv.

45. Nejvyšší správní soud neshledal napadený rozsudek krajského soudu nezákonným ani nepřezkoumatelným, proto kasační stížnost zamítl (§ 110 odst. 1 s. ř. s.).

46. O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti Nejvyšší správní soud rozhodl podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatel nebyl v řízení o kasační stížnosti úspěšný, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému, jemuž by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, protože mu podle obsahu spisu v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně 31. srpna 2015

JUDr. Jan Passer
předseda senátu